

Revista Justiça e Sistema Criminal

Modernas Tendências do Sistema Criminal

FAE Centro Universitário

<i>Rev. Justiça e Sistema Criminal</i>	Curitiba	v. 9	n. 16	p. 1-378	2017
--	----------	------	-------	----------	------

Associação Franciscana de Ensino Senhor Bom Jesus

Presidente
Frei João Mannes, ofm
Diretor-Geral
Jorge Apóstolos Sarcos

FAE Centro Universitário

Reitor da FAE Centro Universitário | Diretor-Geral da FAE São José dos Pinhais
Jorge Apóstolos Sarcos

Pró-Reitor de Ensino, Pesquisa e Extensão
Everton Drohomerski

Pró-Reitor de Administração e Planejamento
Régis Ferreira Negão

Diretor de Campus – FAE Centro Universitário
Marco Antônio Regnier Pedrosa

Diretor Acadêmico da Faculdade FAE São José dos Pinhais
Elcio Douglas Joaquim

Diretor de Pós-Graduação
José Vicente Bandeira Mello Cordeiro

Assessora da Pró-Reitoria de Ensino, Pesquisa e Extensão
Danielle da Motta Ferreira Filho

Diretor do Instituto de Ciências Jurídicas
Sérgio Luiz da Rocha Pombo

Ouvizoria
Samar Merheb Jordão

Diretor de Relações Corporativas
Paulo Roberto Araújo Cruz

Editor
Paulo César Busato

Editoração FAE

Cláudia Mara Ribas dos Santos (Revisão de texto)
Edith Dias (Normalização)
Maristela Ferreira de Andrade Gomes da Silva (Coordenação)
Marcela Narvaéz Botero (Revisão de linguagem espanhol)
Ticiane de Farias Pietro (Diagramação)

Coordenador do curso de Direito | Programa FAE Law Experience

Karlo Messa Vettorazzi

Coordenador do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Paulo César Busato

Pesquisadores do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal

Adriana Maria Gomes de Souza Spengler
Aíro Chaves Junior
Alex Wilson Duarte Ferreira
Alexandre Ramalho de Farias
Alexey Choi Caruncho
Aline Macohin
Almério Vieira de Carvalho Júnior
Amanda Gehr
Ana Maria Lumi Kamimura Murata
Anne Carolina Stipp Amador Kozikoski
Antonio José Franco de Souza Pécego
Bibiana Caroline Fontella
Bruno Augusto Vigo Milanez
Bruno Hauer Doetzer
Camila Rodrigues Forigo
Carolina de Freitas Paladino
Clara Moura Masiero
Daniel Fauth Washington Martins
Daniel Ferreira Filho
Daniel Rogério de Carvalho Veiga
Danubia Andrade da Silva Santos
Danyelle da Silva Galvão
Denise Luz
Décio Franco David
Emília Merlini Giuliani
Fabiano Oldoni
Fernando Antônio Carvalho Alves de Souza
Frederico Manso Brusamolín
Fábio André Guaragni
Fábio da Silva Bozza
Gabriel Ribeiro de Souza Lima
Gabriel Rodrigues de Carvalho
Gustavo Britta Scandelari
Heloísa Tabalipa Perusso
Juri Victor Romero Machado
Jacson Luiz Zilio
José Roberto Wanderley de Castro
João Guilherme Holzmann Duarte
João Luiz de Carvalho Botega
João Paulo Arrosi
Júlia Flores Schütt
Larissa Horn Zambiasi
Leandro Ayres França
Leandro Garcia Algarte Assunção
Leonardo Henriques da Silva
Luiza Borges Terra
Luiza Isfer Ravello
Maria Fernanda Loureiro
Mariana Andreola de Carvalho Silva
Marlus Heriberto Arns de Oliveira
Matheus Almeida Caetano
Michelangelo Cervi Corsetti
Márcio Soares Berclaz
Odoné Serrano Júnior
Patrícia Possatti Ferrigolo
Pedro Paulo Porto de Sampaio
Priscilla Placha Sá
Regina Lúcia Alves Carneiro
Rodrigo da Silva Brandalise
Rodrigo Jacob Cavagnari
Rodrigo Leite Ferreira Cabral
Rodrigo Régner Chemim Guimarães
Sandra Regina Szibera da Silva Busato
Silvia de Freitas Mendes
Stella Maris Piegel
Stephan Nascimento Basso
Sérgio Valladão Ferraz
Sílvia Neves Mayer
Tahena Vidal Andrade
Tatiana Sovek Oyarzabal
Yuri Frederico Dutra

Conselho Editorial e Consultivo

Adriana Maria Gomes de Souza Spengler (Univali)
Alexandre Kamalho de Farias (MPPR)
Alexey Choi Caruncho (FEMPAR)
Alexis Couto de Brito (Universidade McKenzie)
Alfonso Galán Muñoz, Dr. (Universidad Pablo de Olavide)
Ana Carolina Carlos de Oliveira (IBCCrim)
Bernardo Feijoo Sánchez (Universidad Autónoma de Madrid/Espanha)
Carlos Roberto Bacila, Dr. (UFPR)
Carmen Gomez Rivero, Dra. (Universidad de Sevilla)
Cezar Roberto Bitencourt, Dr. (PUC - Porto Alegre)
Diego Araque (Universidad de Medellín, Colômbia)
Dino Carlos Caro Conia (Pontificia Universidad Católica del Perú/Peru)
Edgar Hernán Fuentes Contreras (Universidad Jorge Tadeo Lozano, Colômbia)
Eduardo Demetrio Crespo (Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha)
Elena Nuñez Castaño, Dra. (Universidad de Sevilla)
Fábio André Guaragni (Unicuitiba)
Fernando Antonio Carvalho Alves de Souza (Universidade Maurício de Nassau)
Francisco Muñoz Conde, Dr. (Universidad Pablo de Olavide) Jacinto
Nelson de Miranda Coutinho (UFPR)
Ignacio Flores Prada (Universidad Pablo de Olavide/Espanha)
Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno (Universitat Pompeu Fabra/Espanha)
Isidoro Blanco Cordero (Universidad de Alicante/Espanha)
José Manuel Damião da Cunha (Universidade Católica Portuguesa/Portugal)
Leandro Ayres França (UCS)
Leandro Gornicki Nunes (Univille)
Manuel Maroto Calatayud (Universidad de Castilla-La Mancha/Espanha)
Marcus Alan de Melo Gomes, Dr. (UFPA)
Mauricio Stegemann Dieter, Msc (FAMEC)
Michelangelo Cervi Corsetti (UCS)
Nilo Batista (UFRI)
Patrícia Faraldo Cabaña (Universidade da Coruña/Espanha)
Priscilla Placha Sá (UFPR, PUC-PR)
Renato Vargas Lozano (Universidad Sergio Arboleda/Colômbia)
Ricardo Rabinovich-Berkmann (UBA, Argentina)
Rodrigo Régner Chemim Guimarães, Msc (FAE, Unicuitiba) Rodrigo
Sánchez Ríos (PUC-PR)
Salo de Carvalho (UFRGS)
Sérgio Cuarezma Terán, Dr. (Universidad Politécnica de Nicaragua)
Sérgio Valladão Ferraz (Proc. da República)
Vera Malaguti Batista (ICC)

Distribuição

Comunidade científica: 50 exemplares

Revista Justiça e Sistema Criminal. v. 1, n. 1, jul./dez. 2009 -
Curitiba: FAE Centro Universitário, 2009 -

v. ilustr.

Semestral
ISSN 2177 - 4811

1. Direito penal - Periódicos. I. FAE Centro Universitário

CDD 341.5

Os artigos publicados na Revista Justiça e Sistema Criminal são de inteira responsabilidade de seus autores. As opiniões
neles emitidas não representam, necessariamente, pontos de vista da FAE Centro Universitário.

A Revista Justiça e Sistema Criminal tem periodicidade semestral e está disponível em www.sistemacriminal.org.

Endereço para correspondência:
FAE Centro Universitário

Rua 24 de Maio, 135 – 800230-080 – Curitiba – PR – Tel.: (41) 2105-4098

Apresentação

Há oito anos, nenhum de nós tinha ideia de que o veículo que inaugurávamos chegaria a ser uma fonte tão importante de trabalhos científicos na área criminal.

Reuníamos uns poucos inscritos de professores que eram nossas referências aos trabalhos do grupo, e pouco mais.

Hoje, ao contrário, recebe-se um grande volume de artigos para avaliação no sistema *blind-view* de autores que buscam pela revista sem qualquer prévio contato com o editorial. Isso sem perder o referencial de seguir recebendo constantemente material estrangeiro, o que permitiu que mantivéssemos sempre as exigências de exogenia em elevados patamares.

O volume que o leitor tem nas mãos possui três sessões distintas.

A primeira, de *doutrina internacional*, conta com três artigos de professores espanhóis de diferentes universidades, centrados no tema das neurociências, que já foi objeto de um projeto de pesquisas do Grupo Modernas Tendências do Sistema Criminal e que chegou a levar à produção de um livro.

O Prof. Diego-Manuel Luzón Peña, presidente de honra da FICP e Catedrático da Universidad de Alcalá, em Madrid, abre o volume com um texto em que relaciona os temas da liberdade, da culpabilidade e neurociências, no qual se ocupa da discussão mais candente relativa a tal intersecção, analisando o papel desempenhado pela liberdade no plano da imputação penal, rechaçando severamente as críticas deterministas em defesa da culpabilidade como fonte última da responsabilidade penal, apontando, para tanto, para razões constitucionais.

O trabalho do Prof. José Antonio Ramos Vázquez, da Universidad d'A Coruña, trabalha com a pergunta sobre a liberdade de ação, na qual analisa a ideia neurocientífica de que o ser humano está determinado por seu cérebro a partir de postulados oferecidos pela filosofia da linguagem (particularmente de Ludwig Wittgenstein), instrumento com o qual culmina por afirmar a existência da liberdade de ação humana.

O terceiro trabalho é da lavra do maior especialista espanhol na matéria, quem coordena há anos um projeto de pesquisas específico sobre o tema da intersecção entre Direito penal e Neurociências: o Prof. Eduardo Demetrio Crespo. Em seu texto, ele trabalha os fundamentos da polêmica sobre os efeitos das pesquisas sobre o cérebro no âmbito da responsabilidade penal, tendo por foco os aspectos derivados das fórmulas deterministas.

A segunda seção da revista, de *doutrina nacional*, é aberta com um trabalho de minha lavra, em companhia do Prof. Rodrigo Jacob Cavagnari, da FAE Centro

Universitário, em que se trabalha o modelo de tipo de ação proposto pelo Prof. Vives Antón, demonstrando como se trata de uma perspectiva inovadora, ao compará-lo ao trabalho do finalista Cláudio Brandão, quem, através do método entimemático, propõe um valioso instrumento de correção hermenêutica da tipicidade penal. O que se pretende, com a intersecção, é demonstrar como as duas distintas perspectivas são hábeis a aperfeiçoar o sistema de imputação.

O segundo trabalho é de autoria do Prof. Dr. Jacson Zilio, da UFPR, e serviu de base para várias de suas conferências. Ele analisa a relação entre direito penal e liberdade de expressão no âmbito do direito penal mínimo, típico do Estado Democrático de Direito, para questionar as perspectivas incriminatórias do chamado *discurso de ódio*, frente às garantias fundamentais relativas à liberdade de expressão.

O terceiro artigo também se decanta por uma perspectiva de filosofia da linguagem, agora vinculada ao campo do Direito penal econômico, reunindo, nesse contexto, os principais interesses em matéria penal entre minha perspectiva de estudos e a do Prof. Décio Franco David, da UFPR. Analisamos conjuntamente a capacidade de rendimento da Teoria Significativa do delito na esfera da criminalidade econômica, especialmente quanto à capacidade de agir das pessoas jurídicas.

Como sempre, preservamos o espaço de trabalho do processo penal. Neste volume, recebemos a contribuição de Marcelo Azambuja Araujo, no qual se propõe o debate sobre a investigação criminal no PLS n. 156/2009, que é o projeto de novo Código de Processo penal, notadamente no campo da investigação defensiva, a qual é comparada com os sistemas processuais estadunidense e italiano.

Também se mantém a referência político criminal, através da aproximação com a seara do Direito administrativo, no texto do Dr. Rodrigo Leite Ferreira Cabral, especialista na matéria de dolo, o qual dedica-se a verificar o quanto desta categoria penal se infiltra no âmbito da determinação do ato de improbidade administrativa previsto no ordenamento brasileiro.

Fechando a série de trabalhos de doutrina nacional, oferece-se dois excelentes trabalhos das pesquisadoras Ângela dos Prazeres e Marina Jonsson Souza. O primeiro deles – de autoria de Ângela – alinha o direito e a economia no plano de discussão dos efeitos do *compliance* em matéria penal. Trata-se de um tema absolutamente inovador, no qual o cenário brasileiro ainda engatinha.

Na mesma linha, o trabalho de Marina dedica-se a uma análise crítica da Lei do Feminicídio, apontando com clareza as debilidades e os problemas que tal regimento jurídico trouxe exatamente para aquele ambiente que – em teoria – ele deveria dedicar-se a proteger.

Como fecho de ouro do volume, retomamos a tradicional *resenha dos clássicos* com a excelente nota bibliográfica do festejado catedrático doutor *mult. honoris causa* Francisco Muñoz Conde, analisando a obra de Viknor Nerlich acerca do famoso penalista Reinhart Maurach, publicada em Berlim em 2015.

Ainda que se trate de um livro novo, sua temática é mais uma análise de um dos autores centrais para o desenvolvimento do Direito penal, abordando aspectos importantes de sua vida pessoal, que muito iluminam a interpretação que se pode fazer de sua obra.

Espero que o volume reproduza no leitor o prazer que norteou sua confecção e revisão e que sigamos sendo fonte de instigação ao estudo do sistema criminal.

Curitiba, junho de 2017.

Paulo César Busato
Editor e Coordenador do Grupo de Pesquisas Modernas
Tendências do Sistema Criminal

Índice

SEÇÃO I – DOUTRINA INTERNACIONAL

Libertad, Culpabilidad y Neurociencias

Freedom, Culpability and Neurosciences

(Diego-Manuel Luzón Peña) _____ 9

La Pregunta por la Libertad de Acción (y una Respuesta Desde da Filosofía del Lenguaje)

The Question About Free Will (and an Answer from the Philosophy of Language)

(José Antonio Ramos Vázquez) _____ 79

Libertad de Voluntad, Investigación sobre el Cerebro y Responsabilidad Penal: Aproximación a los Fundamentos del Moderno Debate sobre Neurociencias e Derecho Penal

Free Will, Brain Research and Criminal Liability: Approximation to the Foundations of the Current Debate on Neurosciences and Criminal Law

(Eduardo Demetrio-Crespo) _____ 105

SEÇÃO II – DOUTRINA NACIONAL

Tipicidade Penal Finalista e Tipo de Ação Significativo

Finalist Attribution and Meaningfull Attribution

(Paulo César Busato, Rodrigo Cavagnari) _____ 147

Direito Penal e Discurso de Ódio

Criminal Law and Hate Speech

(Jacson Zilio) _____ 181

A Empresa é Capaz de Ação? Uma Proposta de Discussão sobre a Capacidade de Rendimento da Concepção Significativa da Ação no Direito Penal Empresarial

Is the Company Capable of Action? A Proposal if Discussion about the Capacity of Income of the Meaning Action Conception in Business Criminal LAW

(Décio Franco David, Paulo César Busato) _____ 205

Considerações sobre o Tratamento da Investigação Criminal Defensiva no PLS n. 156/09

Considerations on the Treatment of Defensive Criminal Investigation in PLS n. 156/09

(Marcelo Azambuja Araujo) _____ 233

O Elemento Subjetivo do Ato de Improbidade Administrativa

The Subjective Element of the Act of Administrative Dishonesty

(Rodrigo Leite Ferreira Cabral) _____ 247

Criminal Compliance no Direito Penal Econômico e da Empresa

Criminal Compliance in Criminal Economic Law and Business Law

(Angela dos Prazeres) _____ 269

Lei do Feminicídio: Aplicabilidade Legal e Violência Contra Mulher

Feminicide Law: Legal Applicability and Violence Against Women

(Marina Jonsson Souza) _____ 295

SEÇÃO III – RESENHA DOS CLÁSSICOS

Reinhart Maurach: el Penalista Venido del Frío

(Francisco Muñoz Conde) _____ 343

LIBERTAD, CULPABILIDAD Y NEUROCIENCIAS¹

FREEDOM, CULPABILITY AND NEUROSCIENCES

Diego-Manuel Luzón Peña²

RESUMEN

Es permanente la discusión de si es posible un concepto de culpabilidad como reprochabilidad basada en la libertad del sujeto o si por el contrario no se puede mantener tal concepto de culpabilidad porque la libertad humana no existe o no es demostrable en el caso concreto. Esta última posición, defendida siempre por los deterministas, se refuerza en los últimos tiempos por las tesis de las neurociencias. El trabajo rechaza estas posiciones, que afirman que la actuación del hombre está sometida, como todo en la naturaleza, a la ley de la causalidad ciega y que es un espejismo creer que podemos tomar racionalmente decisiones libres; y defiende por el contrario la posibilidad y conveniencia de que la culpabilidad como último elemento del delito se entienda como reprochabilidad basada en la libertad del hombre en condiciones normales. Pues el Derecho y la Constitución en España como en tantos otros países parten de la libertad humana y el libre desarrollo de la personalidad como axioma o aserto jurídico indiscutible, que a su vez se basa en la autoconciencia que las sociedades y los individuos tienen de sí mismos como seres libres y responsables.

Palabras-clave: Culpabilidad. Responsabilidad. Libertad. Determinismo. Neurociencias.

¹ Este trabajo se ha elaborado dentro del proyecto de investigación DER2014-58546-R, financiado por la Direcc. Gral. de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España, y que dirijo como investigador principal en la Univ. de Alcalá, Madrid. Los arts. sin indicación del texto legal corresponden al actual CP español de 1995.

Se trata de una versión revisada y más completa de otras anteriores del mismo título cits. infra en Bibliografía.

² Catedrático de Derecho Penal (Universidad de Alcalá, Madrid). Presidente de Honor de la Fundación Internacional de Ciencias Penales (FICP)- *E-mail*: diegom.luzon@uah.es

ABSTRACT

Permanent is the discussion whether a concept of guilt as reproachability or reprehensibility based on individual's freedom is possible, or, on the contrary, such a concept of guilt cannot be maintained because human freedom doesn't exist or is impossible to prove in each particular case. The latter opinion, always defended by determinists, is reinforced in recent times by the points of view of neurosciences. This paper rejects this opinions, which assert that human behaviour is, same as everything in nature, subjected to the law or principle of blind causality, and that it is an illusion to believe that we can rationally make free decisions; it defends, on the contrary, the possibility and opportunity of understanding guilt, as the last element of crime, as reproachability based on human freedom in normal conditions. Then Law and Constitution in Spain, same as in so many other countries, start from human freedom and free development of personality as indisputable legal axiom or assertion, which is itself based on the self-conscience that societies and individuals are free and responsible beings.

Keywords: Guilt. Liability. Freedom. Determinism. Neurosciences.

INTRODUCCIÓN

Algunos ejemplos y las preguntas que suscitan pueden servir como punto de partida para ilustrar la cuestión básica del fundamento de la culpabilidad como último gran elemento del delito, la de si se puede aceptar la libertad de decisión y consiguiente responsabilidad del ser humano normal como base de la culpabilidad entendida como reprochabilidad o si por el contrario tal libertad no existe o al menos es absolutamente indemostrable y ello debe conducir, o bien a negar el elemento de la culpabilidad (y como consecuencia más coherente, aunque no todos la extraen, a negar la legitimación de la pena como respuesta a un ilícito que no es culpable y sustituirla por medidas de seguridad), o bien a concebir de otra manera y reformular la culpabilidad prescindiendo de la reprochabilidad.

Un jefe político, militar o de una banda armada planifica y ordena la ejecución de crímenes contra la humanidad o de un genocidio por motivos raciales, étnicos o religiosos; un empresario realiza importantes fraudes patrimoniales o defraudaciones a Hacienda; un particular y un funcionario acuerdan cometer cohecho para obtener cada uno el correspondiente beneficio económico. Fuera del delito: un político actúa de modo muy nocivo y engañando y mintiendo a conciencia, etc. (actuación ético-socialmente negativa o reprochable); una persona dedica gran parte o incluso toda su vida y energías a ayudar y cooperar con seres o poblaciones necesitados (actuación ético-socialmente positiva o plausible); un ciudadano que quiere comprar una casa, tras examinar cuidadosamente múltiples ofertas de viviendas y los pros y los contras de su situación, tamaño, precio y de sus necesidades y capacidades económicas, toma la decisión de comprar una vivienda que considera que es la que mejor se ajusta a todas esas condiciones (actuación lícita de importantes repercusiones personales, familiares y negociales, pero en principio éticamente neutra). En ninguno de estos casos se constata ninguna alteración o anomalía en las facultades psíquicas o en la situación del sujeto.

¿Tienen razón la sociedad – la gran mayoría de los ciudadanos – y en su caso el Derecho, que consideran que todos esos sujetos han decidido y actuado libremente y que por ello merecen un reproche jurídicopenal y ser considerados culpables los que por motivaciones egoístas o bajas han cometido esos delitos, o un reproche social, ético y cívico el político que se ha comportado de modo indeseable, o que merecen alabanza y admiración quienes se comportan de modo tan altruista o quienes han llevado a cabo una compraventa de modo tan racional y responsable?. ¿O por el contrario están equivocados la sociedad y el Derecho al sostener esas concepciones y valoraciones, porque, como sostienen otras posiciones, las deterministas, apoyadas recientemente por la opinión mayoritaria en las neurociencias, es un puro espejismo o fantasía la creencia social y humana en la libertad de

voluntad, ya que todos los actos del ser humano, como ocurre en el resto de la naturaleza, están totalmente determinados por factores externos e impulsos inconscientes que el sujeto no controla en absoluto?, y por tanto ¿a ninguno de los delincuentes citados ni al político nocivo se les podrá reprochar nada, ni a los que realizan acciones positivas se les debería hacer ninguna alabanza, ya que en ambas situaciones los sujetos que las realizan son meros ejecutores de impulsos inconscientes y factores causales que no controlan, sino que los determinan y manejan a ellos como títeres en manos del destino o del azar?. ¿O estará equivocada la concepción social y jurídicamente dominante porque, como sostienen otras posiciones, en todo caso es empíricamente indemostrable la libertad de cada sujeto en el caso concreto y la consecuencia de ello debe ser que no se debe manejar un concepto de culpabilidad como posibilidad de reprochar al sujeto su hecho, y por ende tampoco se debería considerar digna de alabanza personal la actuación positiva que no sabemos si se debe o no a una decisión libre?

Anticipo mi respuesta: Sería sorprendente que la mayoría de la sociedad y de los humanos estén totalmente equivocados y no se pueda reprochar nada a quienes han cometido fríamente por intereses egoístas o de poder esos hechos delictivos, o esa actuación política nociva o indeseable, y que no tenga sentido alabar, o incluso premiar o primar, a quienes han decidido actuar de modo valioso y positivo. El concepto jurídico-penal de culpabilidad puede y debe partir de las convicciones sociales mayoritarias sobre la libertad de los seres humanos en condiciones normales, porque como veremos tienen una indiscutible base racional y empírica y porque por todo ello están reflejadas en los valores y principios básicos de la Constitución y del Derecho.

1 EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA CULPABILIDAD Y CONCEPCIONES ACTUALES

Igual que el resto de la teoría general del delito, la culpabilidad ha experimentado una notable evolución desde el siglo XIX en su concepto, contenido y caracterización, y actualmente hay una gran divergencia de concepciones, coexistiendo una concepción mayoritaria de la culpabilidad, la normativa, con otras concepciones muy distintas. De todas ellas voy a seleccionar a continuación sólo las concepciones que guardan mayor relación con la polémica sobre la libertad de decisión y actuación como fundamento de la culpabilidad.

1.1 CONCEPCIÓN PSICOLÓGICA DE LA CULPABILIDAD

Como es sabido, en el inicial concepto clásico de delito elaborado en el último tercio del s. XIX y defendido por Beling o von Liszt como principales representantes, como consecuencia de la influencia del pensamiento analítico propio de las ciencias naturales en la orientación del concepto general de delito, se defiende la denominada “concepción psicológica” o concepto psicológico de la culpabilidad, y éste llevaba sobreentendida la premisa de la libertad. La *culpabilidad*, que es la sede donde se sitúa todo lo *subjetivo*, se concibe como elemento puramente *descriptivo*, *fáctico*, concretamente como comprobación de un nexo o relación psíquica (sin valorar nada). Al igual que en la acción se hablaba de un nexo causal material entre el movimiento y el resultado, la culpabilidad es la relación o el nexo psicológico, no material, entre el autor y el hecho³. La diversa intensidad de ese nexo de unión da lugar a las formas de la culpabilidad: el dolo y la imprudencia (o culpa). En caso de dolo (que mayoritariamente se entiende como *dolus malus*⁴) el nexo psíquico que une al autor con el hecho es la voluntad o incluso intención, ya que el sujeto conoce y quiere realizar el hecho (causar el resultado en los delitos de resultado); mientras que en el caso de la imprudencia resultaba más difícil hallar ese nexo psíquico, ya que el sujeto no quiere causar el resultado o, de modo más general – para los delitos de mera conducta –, no quiere realizar el hecho típico, pero pese a todo se ve

³ BURI, M. von. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**. Leipzig: Gebhardt, 1873. p. 15 e ss.: nexo de voluntad. LISZT, F. Von. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Berlin: Guttentag, 1881, p. 105 e ss.: culpabilidad es la relación psíquica o subjetiva del autor con el hecho, con el resultado al que se vincula la responsabilidad jurídica. BELING, E. von. **Die Lehre vom Verbrechen**. Mohr, 1906, p. 180, culpabilidad es la “relación psíquica del autor hacia el hecho como una acción típica antijurídica” sin embargo, junto a esto BELING, E. von. Ibidem, p. 46 ss. Ibidem, p. 180, tb. habla de defectuosidad del hecho, de contenido censurable de la voluntad, que permiten un reproche, con lo que, como señala ACHENBACH, H. **Historische und Dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**. Berlin: J. Schweitzer, 1974, p. 37 ss, supone ya el tránsito a la teoría normativa o valorativa de la culpabilidad). Tb. LÖFFLER, A. **Die Schuldformen des Strafrechts in Vergleichend: Historischer und Dogmatischer Darstellung**. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1895, p. 5 ss. “el conjunto de las relaciones penalmente relevantes de la interioridad de un ser humano con un resultado socialmente dañoso de sus acciones”. RADBRUCH, G. Über den Schuldbegriff. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 24, n. 1, 1904, p. 334 ss. En la acción cuenta sólo la actuación de la voluntad, en la culpabilidad el contenido de la voluntad, y Ibidem, p. 345-348 en la culpabilidad quedan sólo el dolo y la imprudencia, siendo el dolo un estado psíquico y la imprudencia, junto con una valoración del descuido que pertenece a la antijuridicidad, un estado psíquico, perteneciente a la culpabilidad: la falta de cuidado o descuido y la no previsión de lo previsible. Cf. ampliamente al respecto ACHENBACH, H. Op. cit., p. 37 ss. Ibidem, p. 62 ss. Tb. ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. München: C. H. Beck, 1997, p. 19 ss. MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 26 ss.

⁴ O sea, dolo con conocimiento no sólo de los elementos típicos, sino también de la antijuridicidad o prohibición de la conducta; ello salvo para posiciones minoritarias en la doctrina penal, no tanto en la jurisprudencia, que consideraban irrelevante el error de Derecho.

la relación, según unos, en que quiere la acción en sí (voluntad), o, según otros, en que conoce o puede conocer que puede producir el hecho típico (conocimiento o previsión o al menos cognoscibilidad, previsibilidad)⁵. Como presupuesto de esas formas de culpabilidad se exige la imputabilidad⁶, es decir, capacidad individual por condiciones de madurez y normalidad psíquica, que generalmente se considera (expresamente o se da por sentado) que suponen también la libertad del sujeto, el poder actuar de otro modo. Y por último, otra serie de circunstancias subjetivas, como propósitos o fines específicos, móviles, condiciones personales, error, etc. podrían graduar o excluir la culpabilidad⁷.

2 CONCEPCIÓN NORMATIVA DE LA CULPABILIDAD: REPROCHABILIDAD, LIBERTAD, EXIGIBILIDAD

Para la concepción normativa de la culpabilidad, formulada en las primeras décadas del siglo XX y que posteriormente se ha convertido en teoría dominante, la culpabilidad es la “reprochabilidad” (“*Vorwerfbarkeit*”) del hecho al sujeto, la posibilidad de hacerle a éste un reproche individual por su acción desde valoraciones y criterios normativos. Es Frank quien en 1907 idea el concepto de reprochabilidad⁸ (posibilidad de reprochar al sujeto por haber emprendido el hecho) como caracterización de la culpabilidad, según la cual la culpabilidad es el elemento que permite hacer un juicio de valor basado en el mandato de la norma sobre la parte interna del hecho; porque, por mucho que haya dolo en un hecho, o sea plena conexión psíquica con el acto, éste no es culpable si no le es

⁵ Así, con unos u otros matices, ya desde BURI, M. von. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**, Op. cit., p. 15-29, exigiendo nexo de voluntad, que en la culpa en Ibidem, p. 28, es el “querer del no querer”, “voluntad de no querer procurarse la necesaria ilustración sobre las circunstancias”. LISZT, F. Von, Op. cit., p. 105 ss., el dolo y la imprudencia son las dos especies o formas de la culpabilidad: el dolo es la voluntad como origen de una acción acompañada de la representación de la causalidad de la misma Ibidem, p. 108, y la imprudencia es la voluntad como origen de una acción no acompañada de la representación de su causalidad pero dejando de lado el cuidado necesario y con previsibilidad de la causalidad, Ibidem, p. 117. Cf. sobre ambos ampliamente ACHENBACH, H., Op. cit., p. 37 ss.

⁶ Así la doc. mayor.; o incluso como elemento de la culpabilidad: LISZT, F. Von. Op. cit., p. 135 ss. Algunos sin embargo rechazan la imputabilidad como elemento o incluso como presupuesto de la culpabilidad: p. ej. RADBRUCH, G., Op. cit., p. 338 ss.

⁷ VON LISZT, F. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 2. ed. Berlin: Guttentag, 1884, p. 147 ss.

⁸ FRANK, R. von. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Giessen: A. Töpelmann, 1907, p. 11-14. En Ibidem, p. 12 destaca que ello requiere tres elementos: 1) la disposición espiritual normal del sujeto o imputabilidad, 2) la relación psíquica concreta del sujeto con el hecho o la posibilidad de tal relación: ver completamente el alcance del hecho o poder verlo (dolo o imprudencia) y 3) la disposición normal de las circunstancias en que obra el sujeto.

reprochable al disculparse por un estado de necesidad o por inimputabilidad⁹. Por tanto, en resumen criticaba a la concepción psicológica porque puede haber casos de pleno nexo psíquico de unión con el hecho y sin embargo faltar la culpabilidad. A esa crítica a la teoría psicológica de la culpabilidad se le suma por muchos autores la crítica de que tal teoría no es capaz de explicar la culpabilidad en la imprudencia inconsciente, donde no hay nexo psicológico¹⁰ y sin embargo es culpable por ser reprochable.

Tal concepto normativo de la culpabilidad como reprochabilidad, que evidentemente parte de la premisa de la libertad o poder actuar de otro modo¹¹ del sujeto, es desarrollado, como es conocido, por Goldschmidt, que destaca que lo que importa no es el juicio de reproche sobre la disposición o cualidad subjetiva del hecho (juicio externo al hecho), sino la propia disposición defectuosa de la voluntad de la acción que posibilita el juicio de reproche¹², y que basa la reprochabilidad en la contrariedad a deber (*Pflichtwidrigkeit*, o sea infracción de una implícita norma de deber para la conducta interna) y en la adicional exigibilidad (*Zumutbarkeit*)¹³; por Hegler, que sostiene que en cuanto a su contenido material la reprochabilidad o posibilidad de reproche se basa en el dominio del hecho por

⁹ Cf. FRANK, R. von, Op. cit., p. 6 ss.

¹⁰ Crítica formulada ya por RADBRUCH, G. Über den Schuldbegriff. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 24, n. 1, 1904, p. 338 ss., y muy repetida después.

¹¹ Premisa sobreentendida en el propio concepto de reprochabilidad empleado por FRANK y GOLDSCHMIDT, y formulada expresamente como punto de partida por FREUDENTHAL, B. **Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht**. Tübingen: Mohr, 1922, p. 25. Posteriormente FRANK, R. von. **Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze**. 18. ed. Tübingen: Mohr, 1931, antes del § 51 II, relaciona expresamente la reprochabilidad con la “libertad” como elemento positivo de la culpabilidad. En la doctrina alemana se utiliza, más aún que el concepto de “libertad de voluntad” (*Willensfreiheit*), como equivalente el término “poder actuar de otro modo” (*Anders-handeln-können*); pero también la expresión “poder para ello” o “poder al respecto” (*dafür-können*), que en alemán es exactamente sinónimo de ser culpable, y a la inversa, no tener poder para ello o no poder hacer nada al respecto equivale a no ser culpable: “*er kann nichts dafür*”, que literalmente es “él no puede (hacer) nada al respecto” (o no tiene poder para ello), se traduce también como “él no tiene la culpa o no es culpable de ello”. WELZEL, H. **Das Deutsche Strafrecht: Eine Systematische Darstellung**. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969, p. 140, señala que él mismo que em WELZEL, H. *Persönlichkeit und Schuld*. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 60, 1941, p. 456, con su teoría final de la acción precisó el objeto de la reprochabilidad, “enlazando con una larga tradición filosófica y jurídica, como el ‘poder para ello, poder al respecto’ (‘Dafür-Können’) de la persona por su antijurídica formación de la voluntad”.

¹² GOLDSCHMIDT, J. Der Notstand, ein Schuldproblem. In: _____. *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*. Wien: Manz, 1913, p. 161. GOLDSCHMIDT, J. **Normativer Schuldbegriff. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1930, p. 428 y ss.

¹³ Cf. GOLDSCHMIDT, J. Der Notstand, ein Schuldproblem. In: _____. *Österreichische Zeitschrift für Strafrecht*. Wien: Manz, 1913, p. 129 ss. (en 162 ss. se refiere al estado de necesidad ante peligro para la vida, en el que el ordenamiento no exige el heroísmo); GOLDSCHMIDT, J. **Normativer Schuldbegriff. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16. August 1930**. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1930, p. 428 y ss.

el sujeto, en que el sujeto haya sido dueño del mismo en su disposición de ese modo¹⁴; y por Freudenthal, que amplía el concepto de inexigibilidad (*Unzumutbarkeit*) de conducta conforme a la norma como causa general (supralegal, aunque a veces legal) de exclusión de la culpabilidad¹⁵. A partir de entonces *la teoría normativa de la culpabilidad se convierte en totalmente mayoritaria* en Alemania y fuera de ella y continúa siéndolo, aunque con muchas variantes en la concreta formulación de su fundamento o fundamentos y en cuanto al alcance de la exclusión de la reprochabilidad por inexigibilidad u otros motivos¹⁶, y por supuesto, con diversidad de concepciones en cuanto al contenido de la culpabilidad, o sea de los elementos que fundamentan la reprochabilidad, que varían.

3 NEGACIONISTAS: POSICIONES NEGADORAS DE LA CULPABILIDAD

Ya desde el siglo XIX ha habido posiciones negadoras del concepto mismo de culpabilidad, que por tanto han sostenido un concepto de delito o crimen sin culpabilidad. Los negadores o “negacionistas” se basaban en la concepción filosófica defensora del determinismo frente al indeterminismo, esto es, la negación de la libertad de decisión o libre albedrío humano, la idea de que el ser humano no es libre en su actuación, sino que obra siempre determinado por factores externos o incluso condicionantes internos que lo motivan¹⁷, aún más, lo determinan a actuar de un modo y no de otro, y ello incluso

¹⁴ HEGLER, A. Die Merkmale des Verbrechens. *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, v. 36, n. 1, 1915, p. 184 y ss. Cf. detalladamente al respecto ACHENBACH, Op. cit., p. 106 y ss.

¹⁵ Cf. FREUDENTHAL, B. *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*. Tübingen: Mohr, 1922. Idem. *Culpabilidad y reproche en el derecho penal*. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2003, passim. Tb. GOLDSCHMIDT, Op. cit., 428 ss. Ibidem, p. 442. Partiendo de que el poder individual del sujeto, de si había estado en situación y condiciones de actuar de otro modo, o sea conforme a las exigencias del Derecho, es presupuesto de la posibilidad de reproche, FREUDENTHAL, Op. cit., p. 25 y ss., sostiene que no es reprochable y no merece pena “quien según las circunstancias del hecho no podía evitar su comisión”, bien por peligros para la existencia económica y social o por coacción amenazante que fuerza a infringir la norma, o, dicho en otros términos (7 ss.), falta el poder y con ello el reproche de culpabilidad cuando para no cometer un delito “habría hecho falta una fuerza y capacidad de resistencia como normalmente no se puede exigir a nadie”.

¹⁶ Sobre las diversas posiciones cf. p.ej. JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. *Lehrbuch des Strafrechts*. Allgemeiner Teil. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988, p. 378 ss. Ibidem, p. 454 ss. ROXIN, C. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Beck, 2006, v. 1, § 19/18 ss. Ibidem, § 22/1 ss., p. 142 ss. ROXIN, C. *Derecho penal: parte general*. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/16 ss. Ibidem, § 22/1 ss., p. 138 ss. LUZÓN PEÑA, D.-M. *Lecciones de derecho penal: parte general*. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, L. 26/17 ss. Ibidem, L. 28/20 ss.

¹⁷ Sobre el determinismo y su repercusión para la culpabilidad Cf. p.ej. HADDENBROCK, S. Freiheit und Unfreiheit der Menschen im Aspekt der forensischen Psychiatrie. *Juristenzeitung*, v. 24, 1969, p. 121 ss. Idem, Versuch anthropologischer Versöhnung von Determinismus und Indeterminismus im Strafrecht An

aunque el sujeto crea que actúa libremente. Si esto es así, no habrá culpabilidad no sólo en los supuestos de anomalías psíquicas o motivacionales o de inmadurez del sujeto, sino tampoco en los casos que abreviadamente denominamos de normalidad, en las que a lo sumo se afirmará que en el delincuente hay atribuibilidad, o personalidad peligrosa o preocupante, o responsabilidad subjetiva por razones de necesidad de prevención, pero no culpabilidad moral ni jurídica del sujeto. A la misma posición llega también otro sector de la ciencia penal que no toma partido por la polémica filosófica entre determinismo e indeterminismo, pero aduce que, aun no sabiendo si el hombre es libre o no, científicamente no es demostrable y verificable la libertad del sujeto en el momento concreto de delinquir y por tanto no se puede sostener un elemento o requisito del delito basado en algo científicamente indemostrable como es la libertad del delincuente para poder haber obrado de otro modo. La consecuencia es prescindir asimismo de la pena como castigo como reacción frente al delito culpable y sustituirla por un Derecho de medidas preventivas (Derecho penal sin culpabilidad y sin penas), o mantener formalmente la pena pero sin connotación de castigo justo por la culpabilidad y concebida materialmente con la misma función preventiva – sobre todo preventiva especial – que las medidas de seguridad (Derecho penal sin culpabilidad y con penas-medidas).

En la doctrina más moderna, a lo largo del siglo XX, ha habido diversas posiciones que, o bien niegan la libertad de voluntad humana desde una óptica determinista o al menos afirman que científicamente la libertad es indemostrable en el sujeto y momento concreto del delito y por ello, o bien rechazan la culpabilidad y mantienen un concepto de delito sin culpabilidad o, como veremos *infra* II 4 a, mantienen el elemento pero sustituyen el nombre de culpabilidad por otros, o finalmente propugnan un concepto de culpabilidad basado en datos empíricos, generalmente preventivos, como la normalidad y la necesidad de prevención, y absolutamente ajeno a la idea de reproche normativo (ciertamente estas posiciones ya no son negacionistas o negadoras de la culpabilidad); y como consecuencia, o bien defienden la eliminación de la pena y su sustitución por medidas de seguridad¹⁸,

der Schwelle eines kriminalanthropologischen Paradigmawechsels? In: ESER, A. et al. (Org.). **Straf-und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin**: Festschrift für Hanns Karl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes. Köln Berlin, Bonn, München: Heymann, 1995, p. 633 ss. SEBASS, G. Freiheit und Determinismus: Teil I. **Zeitschrift für Philosophische Forschung**, n. 47. Konstanz: Bibliothek der Universität Konstanz, 1993, p. ss. Ibidem, p. 223 ss. QUIROGA, J. L. B. DE. Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático. **Cuadernos de derecho judicial**, v. 8, 2005, p. 13 ss. SPILGIES, G. **Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits** für das Strafrecht. Hamburg: Kovac, 2004.

¹⁸ Así la corriente de la “defensa social”: GRAMATICA, F. **Principi di difesa sociale**. Padova: Cedam, 1961, p. 41 ss.

de finalidad puramente preventivo-especial, o bien mantienen un concepto de “pena sin culpabilidad” (así Ellscheid/Hassemmer en su trabajo del mismo título¹⁹) o en cualquier caso una pena puramente preventiva sin ningún matiz de reproche, justicia y retribución²⁰.

4 PANORAMA ACTUAL: CONCEPCIÓN NORMATIVA Y OTRAS CONCEPCIONES

A lo largo de la segunda mitad del siglo XX y en la actualidad se ha ido configurando un panorama en la doctrina científica sobre la culpabilidad, que en lo sustancial confirma lo que ya sucedía en etapas anteriores: no hay unanimidad en el concepto de culpabilidad, y aunque es muy mayoritaria la concepción normativa de la reprochabilidad, por una parte dentro de ésta se han desarrollado diversas fundamentaciones materiales que explican la reprochabilidad, y por otra parte la concepción mayoritaria coexiste con nuevas concepciones alternativas.

a) Mantenimiento del nombre culpabilidad o denominaciones distintas

La gran mayoría de la doctrina mantiene el nombre de culpabilidad para el último gran elemento del delito, tanto los partidarios de la mayoritaria concepción normativa, como también muchos entre los defensores de concepciones alternativas sobre la culpabilidad distintas de su entendimiento como reprochabilidad²¹. Sin embargo, también

¹⁹ ELLSCHEID, G.; HASSEMER, W. Strafe ohne Vorwurf. In: LÜDERSSEN, K.; SACK, F. (Org.). **Seminar: Abweichendes Verhalten II**. Frankfurt: Suhrkamp, 1975, p. 266 ss.

²⁰ En este sentido (además de las posiciones que sustituyen el concepto de culpabilidad por otros: *infra* a) Cf. p. ej. BAUER, F. Das Verbrechen und die Gesellschaft. München: Ernst Reinhardt Verlag, 1957, p. 17 ss. DANNER, M. **Gibt es einen freien Willen?**: Eine psychologische Studie. 4. ed. Hamburg: Kriminalistik, 1977, p. 190 ss. Ibidem, *passim*. PLACK, A. **Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts**. München: List, 1974. BAURMANN, M. Schuldlose Dogmatik? Überlegungen im Anschluss an George P. Fletcher: „‘Ordinary Language Philosophy’ und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik“. In: LÜDERSSEN, K.; SACK, F. (Org.). **Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980, p. 196 ss. KARGL, W. **Kritik des Schuldprinzips**: eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht. Frankfurt: Campus, 1982. Una amplia exposición crítica de estas posiciones, especialmente de las de Baurmann y Kargl, en ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. München: Beck, 2006, v. 1, § 19/51-53. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, §19/43-45.

²¹ Así p.ej. mantienen la denominación de culpabilidad, dentro de quienes optan por su entendimiento como capacidad de motivación, normalidad o motivabilidad normal conectado con la prevención, MUÑOZ CONDE, F. Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform. In: _____. **Strafrecht und Strafrechtsreform**. Berlin: Köln, 1974, p. 314 ss. MUÑOZ CONDE, F. El principio de culpabilidad. In: JORNADA DE PROFESORES DE DERECHO PENAL, 3., 1976, Santiago de Compostela. **Anais...** Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones, 1975, p. 223 ss. MUÑOZ CONDE, F. Über den materiellen Schuldbegriff. Heidelberg: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1978, p. 65-78. MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN,

hay posiciones que prefieren denominar a este elemento del delito con otra denominación, como responsabilidad, imputación personal, individual o subjetiva o atribuibilidad²², precisamente para buscar un concepto neutro, que no implique la carga de reproche, no ya ético, sino ni siquiera jurídico.

b) Las distintas concepciones y el concepto material de culpabilidad

Las diversas concepciones del último gran elemento del delito que coexisten actualmente, con el nombre de culpabilidad o con otro distinto, no sólo divergen sobre la caracterización formal de ese elemento, empezando por la primera gran toma de

M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 349 ss. Ibidem, p. 354 ss. MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976, p. 155 ss. Ibidem, p. 573 ss. Abandona la denominación desde MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996. En mi anterior posición, LUZÓN PEÑA, D.-M. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**. Barcelona: Bosch, 1978, p. 221 s. Ibidem, p. 243 s. LUZÓN PEÑA, D.-M. Medición de la pena y sustitutivos penales. In: _____. **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998, p. 311 ss. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. In: CASABONA, C. M. R. **Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López**. Granada: Comares, 1999, p. 161 ss. MIR PUIG, S., Op. cit., p. 51 s. Ibidem, p. 59. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. **Teoría jurídica del delito**. Madrid: Civitas, 1984, p. 439 ss., que, aunque tb. habla de reprochabilidad individual, muestra su simpatía (449 ss.) por la motivabilidad. También mantienen el concepto de culpabilidad desde sus concepciones preventivas JAKOBS, G. **Allgemeiner teil**. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991, 17/1 ss. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Tradução de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y Garcia Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, p. 19 ss, aunque como veremos a la “culpabilidad” (accesibilidad normativa) le añade la “responsabilidad”.

- ²² Así MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Barcelona, 1996, desde la 4. ed. hasta la actual MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/1 ss. sustituye culpabilidad por “imputación personal” y culpable por personalmente imputable. GIMBERNAT, E. O. Tiene um Futuro la Dogmática Jurídico-Penal? In: _____. **Problemas actuales de derecho penal y procesal**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971, p. 87-109. GIMBERNAT, E. O. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1976, p. 93 ss. Ibidem, p.114 s., sin llegar a cambiar la denominación, realmente no la compartía, refiriéndose a ella como “lo que llamamos culpabilidad”, pues materialmente propone renunciar a la culpabilidad por entender que se basa en el indemostrable libre albedrío y sustituirla por los criterios preventivos. ROXIN desde 1974: ROXIN, C. Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien. In: _____. **Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. Berlin**: Gruyter, 1974, p. 171 ss. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 200 ss. ROXIN, C. **Culpabilidad y Prevencion en derecho penal**. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, comienza a hablar de “responsabilidad” al lado de culpabilidad, y en algunos trabajos engloba todo en la “responsabilidad” y casi prescinde de la culpabilidad (en cambio en ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. München: C. H. Beck, 1991, hasta en ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006, a partir del § 19 vuelve a hablar de modo bipartito de “culpabilidad y responsabilidad”. GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. **Teoría jurídica del delito**. Madrid: Civitas, 1984, p. 437 ss. habla de “culpabilidad o imputación subjetiva” y en Ibidem, p. 453 de “atribuibilidad personal” y de “juicio de atribución personalizada de un injusto a su autor”, de “juicio de imputación subjetiva”. TOLEDO Y UBIETO, E.; OCTAVIO DE. HUERTA TOCILDO, S. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Madrid: R. Castellanos, 1986, p. 281 ss., denominan “atribuibilidad” a este elemento del delito, diciendo la rúbrica del Cap. XIII “Atribuibilidad (culpabilidad)”. Yo mismo en la primera ed. de mi manual LUZÓN PEÑA, D.-M. **Curso de derecho penal**: parte general. Madrid: Universitat, 1996, p. 51-56 sí mantenía el término culpabilidad, pero decía que “podemos definirla ahora [...] con una noción neutra, como atribuibilidad o responsabilidad” y hablaba de “culpabilidad como situación de responsabilidad normal del sujeto”.

posición de si se parte de su concepción como reprochabilidad o se rechaza ésta y se busca otra caracterización distinta, sino que sobre todo son distintas en cuanto a cuáles son los presupuestos materiales que fundamentan la apreciación de culpabilidad (o responsabilidad o imputación personal), es decir, sobre lo que se denomina el “concepto material de culpabilidad”. Y éste puede fundamentarse de modo distinto, como veremos, incluso aunque se mantenga la mayoritaria concepción normativa de la reprochabilidad.

En cualquier caso, sobre el concepto material de la culpabilidad²³ se mantienen fundamentaciones de carácter fáctico o empírico frente a otras de carácter normativo, bien valorativo o bien teleológico, no sólo las diversas fundamentaciones de la reprochabilidad, sino también otras diferentes.

c) Concepciones basadas en fundamentos empíricos o fácticos

Igual que en su momento la concepción psicológica de la culpabilidad la basaba claramente en un fundamento fáctico, la voluntad, la conciencia o la posibilidad de ellas como elementos psicológicos internos del acto del sujeto, algunas de las concepciones modernas de la culpabilidad (o concepto equivalente) se basan no en un criterio normativo, sino en un fundamento fáctico, empírico, experimentalmente constatable de la situación individual del sujeto que permite atribuirle el hecho. Así sucede con las fórmulas de la normalidad o motivabilidad del sujeto y esa es también en principio la orientación de la concepción roxiniana de la accesibilidad.

1) NORMALIDAD, MOTIVABILIDAD O DETERMINABILIDAD (Y PREVENCIÓN)

Diversas posiciones en la época moderna acuden a la posición que desde una perspectiva determinista, rechazando la libertad, sostuvo von Liszt²⁴ de que la base

²³ Cf. sobre este “concepto material de culpabilidad”: MUÑOZ CONDE, F. Über den materiellen Schuldbegriff. Heidelberg: Goltdammer’s Archiv für Strafrecht, 1978, p. 65 ss. TORÍO LÓPEZ, A. Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad. **Cuadernos de Política Criminal**, v. 36, 1988, p. 759 ss. CEREZO MIR, J. Der materielle Schuldbegriff. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 108, 1996, p. 9 ss. ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006, § 19/18 ss.

²⁴ Ello no era incompatible con el hecho de defender el concepto psicológico de culpabilidad (v. *supra* n. 2). Y posteriormente LISZT, seguido por sus discípulos, defendió la concepción de culpabilidad por el carácter o peligrosidad del sujeto: así ya LIEPMANN, M. **Einleitung in das strafrecht**: Eine kritik der kriminalistischen grundbegriffe. Berlin: O. Häring, 1900, p. 159 ss. VON LISZT, F. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. 14. ed. Berlin: Guttentag, 1905, p. 157 s. RADBRUCH, G. Über den Schuldbegriff. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v.24, n. 1, Jan. 1904, p. 333. ROSENFELD, E. H. Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 32, 1911, p. 470 ss. GRÜNHUT, M. Gefährlichkeit als Schuld Moment. **Monatsschrift für Kriminalpsychologie und**

material de la “responsabilidad”, como equivalente a la imputabilidad y la culpabilidad, es la “determinabilidad o posibilidad de determinación normal por motivos”²⁵ (entre otros las amenazas penales) y que no hay imputabilidad y culpabilidad en quien reacciona a los motivos de modo anormal, distinto al hombre medio normal²⁶. Esas ideas, determinabilidad, normalidad, posibilidad de motivación, se manejan por algunos en la dogmática alemana, tanto por deterministas como por indeterministas, desde los años 60, y desde los 70 en la dogmática española por deterministas o al menos contrarios a basar la culpabilidad en la libertad. La posibilidad o capacidad individual de determinación por motivos o de motivación, o al menos de motivación normal, es un concepto se supone que empírico, constatable sociológicamente en los sujetos normales, y no implica (des)valoración normativa. Por otro lado, en gran parte de estas formulaciones esa fundamentación empírica o sociológica de la culpabilidad (o concepto equivalente) va unida a una fundamentación adicional en la prevención: en caso de posibilidad de determinación, motivabilidad o normalidad del sujeto la pena es necesaria para la prevención, mientras que es innecesaria a efectos de prevención si no hay posibilidad de determinación o motivabilidad o no hay en absoluto motivabilidad normal; y se discute sólo si eso sucede tanto en la prevención general como especial o únicamente en la prevención general.

Así en la doc. alemana a partir de los años sesenta: Bockelmann fundamenta la culpabilidad en que la persona sea normal y tenga íntegra, no destruida, la adecuación a sentido de su actuación, porque el normal por regla general se puede motivar por los imperativos jurídicos y, aunque él rechaza el libre albedrío, considera que la “motivabilidad normal” se puede concebir a su vez indistintamente como basada en la libre decisión o a su vez determinada²⁷, posición en la que le sigue Roxin, que afirma que esto no es más que afinar el pensamiento de v. Liszt²⁸; igualmente Noll entiende que la culpabilidad requiere motivabilidad por normas²⁹. Desde una perspectiva no determinista Armin Kaufmann entiende la culpabilidad como la

Strafrechtsreform, n. 17, 1926, p. 87 ss. GRÜNHUT, M. Gefährlichkeit als Schuldmoment. **Festgabe für Aschaffenburg**. Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform: Die Zeitschrift, v. 1, 1926. Destaca que esta corriente caracterológica es sustentada por discípulos de LISZT como RADBRUCH, EB. SCHMIDT, KOHLRAUSCH, GRÜNHUT (con cita sólo de este último) ROXIN, C. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006, § 6/5.

²⁵ LISZT, F. Von. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**. v. 2. Berlin: Guttentag, 1905, p. 48, p.86.

²⁶ Así LISZT, F. Von. Op. Cit, p. 43 ss., 85 ss., 218 s.

²⁷ BOCKELMANN, P. Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 75. Berlin: De Gruyter, 1963, p. 372 ss.

²⁸ ROXIN, C. **Strafrechtliche Grundlagenprobleme**. Berlin: De Gruyter, 1973, p. 51. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 53. ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 172.

²⁹ NOLL, S. Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. In: GEERDS, F. et al. (Org.). **Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70**. Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 223 ss.

capacidad del sujeto para motivarse de acuerdo con la norma³⁰, concepto que es seguido y desarrollado ampliamente como capacidad de autodeterminarse o dejarse motivar o motivarse por la norma en la doctrina portuguesa por Figueiredo Días desde una defensa del libre albedrío³¹; en cambio desde una perspectiva determinista y contraria incluso a la culpabilidad, Baumann propone sustituirla por la accesibilidad normativa, el criterio defendido por Roxin, como algo empíricamente constatable y que identifica con la motivabilidad³².

De modo similar, en la doctrina española a partir de los años setenta se sustentan posiciones similares desde el rechazo o al menos la imposibilidad de comprobación de la libertad o libre albedrío del sujeto: Gimbernat sostiene³³ que, frente al tipo y la antijuridicidad, donde se trata de lo que el Derecho penal quiere o no prohibir a la generalidad, en la “culpabilidad” se trata de si se puede o no motivar al sujeto concreto y

³⁰ KAUFMANN, A. Die Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum. In: BOCKELMANN, P. et al. (Org.). **Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70.** Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, p. 321; igualmente HORN, E. **Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit. Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie.** Berlin: Duncker & Humblot, 1969, p. 212 ss., entiende la culpabilidad como capacidad de motivarse por la norma y por ello reprochabilidad.

³¹ Cf. FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Liberdade, culpa, direito penal.** 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 65 ss. (a favor de la libertad de voluntad en Ibidem, p. 55 ss.). En FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Direito penal: parte geral.** Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 522 ss, insiste en la culpabilidad de la persona basada en la libertad, pero más que en la libertad de voluntad del acto vuelve a la culpabilidad por el carácter, al decir que la elección de la acción concreta. Ibidem, p. 524, “tiene que ser reconducida a una decisión a través de la cual el hombre se decide a sí mismo, creando su propio ser [...] El hombre determina su acción a través de su libre decisión sobre sí mismo”.

³² BAURMANN, M. Schuldlose Dogmatik? Überlegungen im Anschluss an George P. Fletcher: Ordinary Language Philosophy und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik. In: _____. **Seminar: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht.** Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980, p. 238. BAURMANN, M. **Zweckrationalität und Strafrecht:** Argumente für ein tatbezogenes Massnahmerecht. Wiesbaden. Opladen: Westdeutscher, 1989, p. 294-302. Tb. KARGL, W. **Kritik des Schuldprinzips:** Eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht. Frankfurt: Campus, 1982, p. 246, identifica la accesibilidad normativa de Roxin con motivabilidad. Cf. sobre ambos ROXIN, C. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006, § 19/51. Ibidem, n. 116 s. ROXIN, C. **Derecho penal:** parte general. Madrid: Civitas, 1997. v. 1, § 19/43. Ibidem, n. 85 s. El propio ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal.** Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 211 ss, tras exponer su teoría de que, más que la culpabilidad, importa la “responsabilidad” basada en la necesidad o no de prevención, y antes de desarrollar su concepto de accesibilidad normativa, que desarrolla en su Parte General I, señala en Ibidem, p. 214, coincidiendo con GIMBERNAT ORDEIG, E. Zur Strafrecht Systematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. In: HENKEL, H. et al. (Org.). **Festschrift für Heinrich Henkel zum 70.** Geburtstag: Walter de Gruyter, 1974, p. 151 ss., que la impunidad de la inimputabilidad y del error de prohibición invencible se pueden explicar por la no motivabilidad y la falta de necesidad de prevención general.

³³ GIMBERNAT ORDEIG, E. **El sistema de derecho penal en la actualidad:** estudios de derecho penal. Madrid: Tecnos, 1976, p. 276 ss. Ibidem. p. 93 ss. Ibidem. p. 114 s. Ya apuntado en GIMBERNAT ORDEIG, E. Tiene um Futuro la Dogmática Jurídico-Penal? In: _____. **Problemas actuales de derecho penal y procesal.** Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971, p. 89 ss, donde insiste en la indemostrabilidad del libre albedrío.

por tanto ésta es la posibilidad de motivarse o motivabilidad; como fundamento indica³⁴ que, si no hay culpabilidad, la pena es ineficaz desde el punto de vista de la prevención general como intimidación y además es innecesaria tanto para la prevención general, porque los motivables no se van a dejar de intimidar porque no se imponga pena a un no culpable, como para la prevención especial, ya que frente al inculpable basta la medida de seguridad. Muñoz Conde parte de la imposibilidad de demostrar que el sujeto concreto en la situación concreta podía haber actuado de otro modo y, atendiendo a la función de motivación de la norma, propone la contraposición motivación general-individual como delimitación entre tipo y culpabilidad³⁵, y defiende que el concepto material de culpabilidad presupone la capacidad de motivación individual por la norma, además de participación en los bienes jurídicos y otros criterios³⁶; considera también que las exigencias de prevención general se corresponden con la capacidad de motivación y la delimitan, y por otra parte la pena adecuada a la culpabilidad se adecua a la función de prevención general³⁷. Una limitación de esas formulaciones de la posibilidad o capacidad o no de motivarse la efectúa Mir Puig, que, desde una perspectiva determinista³⁸ y volviendo a la idea de normalidad de v. Liszt, sostiene que la culpabilidad, término que posteriormente sustituye por imputación personal³⁹, es atribuibilidad del hecho al sujeto por la normalidad del

³⁴ Sobre ineficacia de la prevención general, cf. GIMBERNAT ORDEIG, E. El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad. In: _____. **Estudios de Derecho penal**. Madrid: Tecnos, 1976, p. 115. sobre no necesidad para la prev. general y especial en GIMBERNAT ORDEIG, E. **El sistema de Derecho penal en la actualidad**. Ibidem, p. 77 s. Ibidem, p. 99 ss. Idem, El sistema del Derecho Penal en la actualidad. **Anuario de Ciencia Jurídica**, tomo I, 1971, p. 282 ss. Idem. Tiene um Futuro la Dogmática Jurídico-Penal? In: _____. **Problemas actuales de derecho penal y procesal**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971, p. 105.

³⁵ Cf. MUÑOZ CONDE, F. Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform. In: _____. **Strafrecht und Strafrechtsreform**. Heymanns: Colonia, 1974, p. 314 ss. Id. El principio de culpabilidad. In: JORNADA DE PROFESORES DE DERECHO PENAL, 3., 1975, Santiago de Compostela. **Anais...** Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones, 1975, p. 223 ss.

³⁶ Ibidem, p. 324 ss. Ibidem, p. 229 ss. Idem. Über den materiellen Schuldbegriff. Heidelberg: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1978, p. 73 ss., añadiendo as la capacidad de motivación los criterios de participación en los bienes jurídicos (coincidente con Schmidhäuser), rol social del individuo y la limitación de la no participación en bienes jurídicos por el carácter esencial de los mismos. MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 354 ss.

³⁷ Cf. ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Reus, 1982, p. 28 s. Ibidem, p. 34 ss. Ibidem, p. 166 ss. MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 352 ss.

³⁸ MIR PUIG, S. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. In: _____. **El Derecho penal en el estado social**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 93 s. Idem. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

³⁹ MIR PUIG utiliza el concepto culpabilidad en las obras cits. en estas notas hasta la 3. ed. inclusive de su Parte General. Desde MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996, hasta la actual, MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/1 ss, sustituye culpabilidad por "imputación personal" y culpable por personalmente imputable.

proceso de motivación o normal racionalidad de su decisión, en suma por su *capacidad de motivación normal* por la norma⁴⁰, ya que, destaca, la posibilidad de motivación puede no estar totalmente excluida en los inimputables y claramente no lo está en los casos de inexigibilidad y sin embargo se excluye la culpabilidad si no hay posibilidad de motivación normal⁴¹; ello significa ampliar los casos de exclusión de la culpabilidad, admisibles no sólo cuando en el hecho el sujeto no es en absoluto motivable, sino también cuando su motivabilidad es claramente anormal, está profundamente perturbada⁴². MIR considera que la culpabilidad o imputación personal así entendida debe actuar como límite a las exigencias de prevención y no fundamentarse en las mismas⁴³, sino que su fundamento se basa en las exigencias del Estado democrático y en el principio constitucional de igualdad, de igualdad real ante la ley, que exige tratar desigualmente a los inculpables o no imputables, que son totalmente desiguales a los normales⁴⁴. El planteamiento de MIR ha sido seguido por otros, especialmente de modo pleno por Octavio de Toledo⁴⁵, y en parte también por mí mismo en mi posición anterior.

⁴⁰ MIR PUIG, S. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. In: _____. **El derecho penal en el estado social**. Barcelona: Bosch, 1979, p. 153 ss. (concretando la simple referencia a la motivabilidad por la norma de 106 s.). Idem. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. In: MIR PUIG, S. **El derecho penal en el estado social**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 93 s. Idem. Derecho penal: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/45 ss.

⁴¹ Ibidem, 20/47-50. Idem. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. In: _____. **El derecho penal en el estado social**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 96 s. Idem. Introducción a las bases del derecho penal. Montevideo: B. de F., 1976, p. 161.

⁴² Así expresamente MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/46 ss.

⁴³ MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo: B. de F., 1976, p. 162. MIR PUIG, S. Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982, p. 98. MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 4/63 ss. Ibidem, 20/49.

⁴⁴ MIR PUIG, S. **Introducción a las bases del derecho penal**. Montevideo: B. de F., 1976, p. 151-163; Idem. Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho. In: MIR PUIG, S. **El derecho penal en el estado social**. Barcelona: Bosch, 1979, p. 98 ss.; Idem Derecho penal: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/50 s., no obstante, a diferencia de obras anteriores, en Ibidem, 4/66, fundamenta constitucionalmente la culpabilidad no sólo en la exigencia de igualdad real, sino ya antes también “en la dignidad humana”, coincidiendo con el planteamiento de la doc. mayoritaria. Igual doble fundamento en JERICÓ OJER, L. **El conflicto de conciencia ante el derecho penal**. Madrid: La ley, 2007, p. 360.

⁴⁵ Cf. TOLEDO Y UBIETO, E. O. DE. **Sobre el concepto del derecho penal**. Madrid: Universidad de Madrid, 1981, p. 137 ss. Influencias de esta tendencia y en especial de la concepción y terminología de Mir tb. en GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. **Teoría jurídica del delito**. Madrid: Civitas, 1984, p. 439-453 ss. aunque tb. habla de reprochabilidad individual, muestra su simpatía por la motivabilidad, y habla de “culpabilidad o imputación subjetiva” y de “atribuibilidad personal” y de “juicio de atribución personalizada de un injusto a su autor” y de “juicio de imputación subjetiva”.

En mis trabajos durante muchos años, partiendo no del determinismo sino de la imposibilidad de demostrar empíricamente (en la situación concreta) el libre albedrío⁴⁶, he rechazado la reprochabilidad y defendido un entendimiento de la culpabilidad como atribuibilidad del hecho al sujeto basada en la posibilidad de motivación normal, en la motivabilidad normal⁴⁷, en la accesibilidad normal al mandato de la norma y al estímulo de la amenaza o conminación penal y a la motivación que ello supone⁴⁸, que puede estar excluida o totalmente perturbada⁴⁹ o simplemente disminuida, lo que dará lugar a la exención o atenuación de la culpabilidad y de la pena⁵⁰. Como fundamento invocaba la

⁴⁶ Cf. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**. Barcelona: Bosch, 1978, p. 26 s. Idem. **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 21.

⁴⁷ Cf. LUZÓN PEÑA, D.-M. Ibidem, p. 38 ss. Ibidem, p. 44-46. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**. Barcelona: Bosch, 1978, p. 26 s. Ibidem, p. 222. Ibidem, p. 243 s. Idem. Alcance y función del derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, 1989, p. 20-32. Idem, Culpabilidad y pena en el Código Penal Español de 1995. In: **Teorías actuales en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998. p. 311 ss. Idem. Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995. In: _____. **El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Don Angel Torío López**. Granada: Comares, 1999, p. 161 ss. Idem, Curso de derecho penal: parte general. Madrid: Universitas, 1996. v. 1. p. 51 s. atribuibilidad o responsabilidad; Ibidem, p. 59: motivabil normal.

⁴⁸ Cf. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**. Barcelona: Bosch, 1978, p. 26 s. Ibidem, pp. 221-243 s. Idem, **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 38 s. Ibidem, n.84, pp. 44-46. Idem, Alcance y función del derecho penal. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, 1989, pp. 21-32; en: Idem. Culpabilidad y pena en el código penal español de 1995. In: _____. **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc; Idem. Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995. In: _____. **El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Don Angel Torío López**. Granada: Comares, 1999, p. 161 ss. Idem, Curso de derecho penal: parte general. Madrid: Universitas, 1996. v. 1. p. 86.

⁴⁹ LUZÓN PEÑA, D.-M. Alcance y función del derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, 1989, p. 32-43(en n. 92, y tras n. 130). Idem. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 46, 1993, p. 32. Idem, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. In: SILVA SANCHEZ, J. M. et al. (Org.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal: libro-homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 125. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 211. Idem. Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau. In: SCHÜNEMANN, B.; FIGUEIREDO DIAS, J. de (Ed.). **Bausteine des Europäischen Strafrechts Coimbra-Symposium für Claus Roxin**. Köln: Carl Heymanns, 1995, p. 105. Idem, Curso de derecho penal: parte general. Madrid: Universitas, 1996. v. 1. p. 59.

⁵⁰ Cf. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 45 s. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. In: **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 46, 1993, p. 32. Idem, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. In: SILVA SANCHEZ, J. M. et al. (Org.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal: Libro-Homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p. 125; Idem. **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 211. Idem, Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau. In: SCHÜNEMANN, B.; FIGUEIREDO DIAS, J. de (Ed.). **Bausteine des Europäischen Strafrechts Coimbra-Symposium für Claus Roxin**. Köln: Carl Heymanns, 1995, p. 105.

necesidad y eficacia de la prevención general (de intimidación) frente a los culpables y la ineficacia y falta de necesidad de la prevención general en los actos de los no culpables, y destacaba e insistía en que, en cambio, aquí no cuenta el punto de vista de la prevención especial, ya que en los culpables puede no haber peligrosidad ni por tanto necesidad preventivo-especial y en algunos inculpables sí hay necesidad de prevención especial, aunque sea con medidas de seguridad⁵¹; pero también añadía como fundamento político-constitucional el principio de igualdad⁵².

⁵¹ Cf. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 38 s. Ibidem, p. 44-46. Ibidem, p. 46, n. 95. Idem, Alcance y función del Derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, 1989, p. 21 s. Ibidem, p. 32 s. Idem, Culpabilidad y pena en el código penal español de 1995. In: **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1998, p. 316 s. Idem, Observaciones sobre culpabilidad y pena en el Código Penal español de 1995. In: _____. **El nuevo código penal: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Don Angel Torío López**. Granada: Comares, 1999, p. 165 ss. Idem, **Curso de derecho penal: parte general**. Madrid: Universitas, 1996. v. 1, p. 59, culpabilidad como motivabilidad normal y por ello necesidad y eficacia de la prevención general. Ibidem, p. 86, fundamentación del principio de culpabilidad en la no necesidad ni eficacia de la prevención general si falta la culpabilidad. Insistiendo especialmente en que en la (no) culpabilidad cuenta la necesidad y eficacia o no de la prevención general, pero no de la especial, y en que en cambio es en las causas de exclusión de la tipicidad y de la antijuridicidad donde falta tanto la necesidad de prevención general como de prevención especial, en Merecimiento y necesidad de pena, LUZÓN PEÑA, D.-M. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Tomo 46, 1993, p. 30-32. Idem. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. In: SILVA SANCHEZ, J. M. et al. (Org.). **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal: libro-homenaje a Claus Roxin**. Barcelona: J. M. Bosch, 1995, p.123-126. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 208-212; Idem. Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau. In: SCHÜNEMANN, B.; FIGUEIREDO DIAS, J. de (Ed.). **Bausteine des Europäischen Strafrechts Coimbra-Symposium für Claus Roxin**. Köln: Carl Heymanns, 1995, p. 103-106. JERICÓ OJER, L. **El conflicto de conciencia ante el derecho penal**. Madrid: La ley, 2007, p. 356-360, sigue mi concepción y la de Gimbernat, pero sin la matización que hago yo en cuanto a la posible necesidad de prevención especial, y en 360 fundamenta la culpabilidad en el principio de igualdad, coincidiendo con mi fundamentación (v. n. sig.) que seguía a MIR PUIG.

⁵² Cf. LUZÓN PEÑA, D.-M. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 46, 1993, p. 32. Idem, Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau. In: SCHÜNEMANN, B.; FIGUEIREDO DIAS, J. de (Ed.). **Bausteine des Europäischen Strafrechts Coimbra-Symposium für Claus Roxin**. Köln: Carl Heymanns, 1995, p. 125. Ibidem, p. 105. Idem, La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. In: MIR PUIG, S.; LUZÓN PEÑA, D.-M. **Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 1995, p. 211. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Curso de derecho penal: parte general**. Madrid: Universitas, 1996. v. 1, p. 86, en el principio de culpabilidad. En mis primeras obras (Aspectos esenciales y Medición de la pena) seguía la distinción tipo-culpabilidad de GIMBERNAT, aunque discrepando de su fundamentación, coincidente con ROXIN, de la no culpabilidad en la falta de necesidad de prevención tanto general como especial, pero inmediatamente añadía, como hemos visto, coincidiendo con MIR, que cuenta la motivabilidad normal, que la culpabilidad es atribuibilidad o posibilidad de responsabilidad o atribución personal, y posteriormente he coincidido asimismo en que se fundamenta también en el principio de igualdad.

Prescindimos ahora de la posible crítica a estas posiciones, en la medida en que se basan en la imposibilidad de probar la libertad de un sujeto en el hecho concreto o incluso algunas en el determinismo, si, como veremos, se debe partir de la libertad y responsabilidad humana y por tanto de la culpabilidad como reprochabilidad, objeción que no afecta a las concepciones de culpabilidad como capacidad de motivarse o determinarse basadas en una perspectiva indeterminista o en una que no rechaza la libertad (pues en tal caso la capacidad de motivación o determinación por la norma no es más que una concreción del poder actuar de otro modo). Y tampoco voy a entrar aquí en las discrepancias sobre si es más correcto basar la culpabilidad sólo en la perspectiva preventivo-general o también en la preventivo-especial y sobre si la culpabilidad puede fundamentarse también en la prevención o es independiente y un límite a la misma. En todo caso a estas concepciones se les ha formulado una objeción que, de ser cierta, sería contundente: que estas concepciones no quieren basar la culpabilidad en la libertad de decisión, en el poder actuar de otro modo del sujeto, que se dice que es un postulado metafísico o indemostrable, y se busca sustituirlo por un criterio que sí es empíricamente constatable, pero la capacidad o posibilidad, plena o normal, de motivación o determinación por la norma, si es individual, o sea del sujeto concreto en el momento del hecho concreto, realmente equivale a poder actuar de otro modo⁵³; y se añade que ya la misma distinción de error de prohibición vencible e invencible y por tanto la afirmación de que un error de prohibición puede ser vencible para el sujeto (que es uno de los casos en que se afirma la posibilidad de motivación por la norma) presupone el reconocimiento de la capacidad del delincuente de obrar de otro modo en la situación concreta⁵⁴. Y cabe añadir que, si el criterio de la motivabilidad que se emplea es generalizador, o sea que simplemente se afirma que es constatable que la mayoría de los humanos, los normales, son capaces de determinación o motivación normal por las normas, entonces trasladar esa motivabilidad al individuo concreto en el momento del hecho concreto es una simple suposición no verificable en el caso concreto, es decir que estas posiciones estarán procediendo del mismo modo generalizador que muchos critican a la concepción del poder actuar de otro.

⁵³ Así CARBONELL MATEU, J. C. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. **Enfermedad mental y delito: aspectos psiquiátricos, penales y procesales**. Madrid: Civitas, 1987, p. 30-32 (objeción que tb. recoge, pero rechazándola, CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español: parte general**. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3, 38 y n.111. Idem **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, 755 n. 111. PÉREZ MANZANO, M. **Culpabilidad y prevención: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena**. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990, p. 39 ss.

⁵⁴ CEREZO MIR, J. **Revista de Ciencias Penales**, n. 1. Tomo XXXII. Valparaíso: Instituto de Ciencias Penales, 1973, p. 189-204. CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3. p. 29. Idem **Derecho penal: parte general**. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 746. CÓRDOBA RODA, J. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977, p. 43 s.

La verdad es que no es cierta la objeción de que el error de prohibición vencible implica capacidad de actuar de otro modo, pues que el sujeto pudiera conocer una norma prohibitiva no implica necesariamente que, una vez conocida, también tenga posibilidad y capacidad de decidir conforme y no en contra de esa prohibición. En cuanto a la objeción de que la propia capacidad o posibilidad de motivarse equivale a poder actuar de otro modo, depende de qué se entienda por poder motivarse. Si con ello se quisiera decir que el sujeto puede motivarse normal y activamente por el mandato y la amenaza de la norma para decidir obrar conforme a ella, entonces realmente ello equivaldría al poder actuar de otro modo⁵⁵, y la motivabilidad o determinabilidad normativa no sería sino otra formulación de la libre voluntad expresada con otras palabras, o bien una concreción del mecanismo motivador por el que la libertad puede decidir. Pero ello no es así para la mayoría de estas formulaciones basadas en el determinismo o al menos en la indemostrabilidad de la libertad del sujeto en el hecho concreto. Así Mir desde una perspectiva claramente determinista dice que,

según mi planteamiento, el sujeto penalmente responsable lo es no porque tuviera ‘capacidad normal de motivación’ o de ‘motivarse’, en el sentido de que *pudiera haberse motivado a sí mismo* en una medida normal a actuar de otro modo –lo que ciertamente supondría la libertad de voluntad–, sino porque *pudo ser* (en pasiva) y *fue motivado* normalmente, aunque el motivo representado por la norma no lograra imponerse frente a otros motivos,

ya que defiende el “postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo”⁵⁶.

Ahora bien, si realmente el sujeto, pese a ser normalmente motivable y a haber sentido en efecto la motivación de la norma penal, de todos modos no podía actuar de otro modo a como lo hizo porque eran más fuertes otros motivos que le hicieron infringir la norma, no se entiende bien la razón de que se le declare responsable. Y lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo, se parte de que es indemostrable la libertad en el caso concreto y por tanto de que pese a la motivabilidad normal del sujeto no se puede descartar que en el hecho concreto no pudiera decidir de otro modo. Y ésta sí es una objeción frontal y decisiva contra las teorías de la normalidad y la motivabilidad:

⁵⁵ Así lo reconoce MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/52. Ibidem, n. 43, pero negando que ese sea el significado de su planteamiento. En cambio, sí lo es el de quienes utilizan estas fórmulas desde perspectivas indeterministas, como las citadas de FIGUEIREDO DIAS o ARM. KAUFMANN.

⁵⁶ Ibidem, p. 560 (en 20/52) el primer entrecomillado, afirmándolo contra la suposición de CARBONELL y la interpretación liberoarbitrista que efectúa PÉREZ MANZANO de la teoría de la motivación; y en 20/52 el segundo entrecomillado. Le da la razón frente a Carbonell CERESO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 38 y n.111. Ibidem, p. 755.

La crítica más importante que se le puede hacer a las teorías de la motivabilidad, normalidad o motivabilidad normal cuando, como sucede mayoritariamente, no son concreciones de la libre voluntad, del poder decidir y actuar de otro modo, es a mi juicio que *no fundamentan suficiente y plausiblemente la culpabilidad, responsabilidad o atribuibilidad de la persona normalmente motivable*. Explicar y justificar por qué no se exige responsabilidad al sujeto no motivable o no normalmente motivable no ofrece demasiada dificultad, aunque no se maneje el criterio de la reprochabilidad, acudiendo a fundamentos como la falta de eficacia y de necesidad de prevención, sobre todo general, ante el no normal o no motivable o como el principio de igualdad en vista de la inferior situación del no normalmente motivable frente al normal. La dificultad estriba precisamente en explicar por qué hay culpabilidad o (si no se quiere utilizar ese nombre) responsabilidad simplemente por realizar el sujeto el hecho ilícito en situación de motivabilidad normal si pese a todo no era libre, o no lo sabemos, para actuar de otro modo, lícitamente⁵⁷. Desde una perspectiva declaradamente determinista MIR lo intenta fundamentar del modo siguiente:

fundar la responsabilidad en un distinto poder de resistencia del autor frente al delito no se opone al postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo. Supone sólo que *a priori* el sujeto que actúa normalmente cuenta con unas condiciones motivacionales mucho más favorables que el no responsable penalmente para resistir al delito y atender a la llamada de la norma, lo que permite a la sociedad imponer unas expectativas muy distintas en ambos casos⁵⁸.

⁵⁷ De modo similar CEREZO MIR, J. Ibidem, p. 38. CEREZO MIR, J. Ibidem, p. 755, citando otros pasajes de MIR (distintos del que cito a continuación), en los que sostiene una capacidad de motivación puramente pasiva (cits. en n. anterior), lo critica acertadamente: “pero la simple capacidad pasiva de motivación no puede servir de base a la atribución del hecho a su autor, como persona, si éste no podía obrar de otro modo, es decir no podía ser motivado con éxito para obrar de acuerdo con las exigencias del ordenamiento jurídico”. Tb. ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/43 s. examinando críticamente el determinismo y las posiciones de neurobiólogos en ese sentido, y concretamente la tesis de que las decisiones de la voluntad realmente surgen inconscientemente y predeterminadas por el potencial neurológico nm. 45 “que una decisión no condicionada por nada sería casual y precisamente por ello no se podría atribuir a su autor”.

⁵⁸ MIR PUIG, S. **Derecho penal: parte general**. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 560: “Ello es lo que permite fundar las ‘expectativas normativas que cabe imponer a un hombre sano’”. Cf. ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981, p.164, siguiendo a Jescheck. Pero estos autores basan esas expectativas sociales en que el sujeto normal podría acceder a la norma con capacidad de autocontrol y por tanto se le atribuye normativamente la posibilidad de conducta conforme a Derecho: así expresamente ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/4. ROXIN, C. **Derecho penal: parte general**. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo e Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/39. JESCHECK, H.-H. **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1972, p. 305. Idem, **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988, § 37 I 2 b. JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T. **Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil**. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 410 ss.

Pero el argumento de las expectativas sociales frente al normal no es suficiente si al final nadie puede actuar de modo distinto a como lo hizo. En efecto, si por mucho que haya *ex ante* normalmente más oportunidades (“chances”) de resistencia en el sujeto normalmente motivable por las normas, *ex post* se comprueba que en el sujeto y caso concreto esa expectativa era infundada precisamente porque delinquiró, es decir si no pudo decidirse a favor de la norma porque tuvo otros motivos, conscientes o inconscientes, para infringirla más fuertes y que no pudo resistir (si nadie puede actuar de otro modo a como lo hace), no se entiende por qué va a pesar más la expectativa inicial de resistencia normal que posteriormente se demuestra infundada y por qué se le va a “imponer” por ello responsabilidad, declararle culpable, atribuirle o imputarle personalmente el delito a un sujeto que no podía actuar de otro modo porque no podía oponerse a motivaciones más poderosas. Del mismo modo que en otros lugares de la teoría del delito, en la imputación objetiva o en la autoría, se niega la imputación, la atribución del resultado o del hecho a la conducta si tal hecho o resultado no es obra precisamente de la peligrosidad de la conducta o de la acción del sujeto, sino de otro factor decisivo o de la actuación de otro sujeto, lo coherente será negar también la atribución o imputación personal de responsabilidad penal, es decir, del presupuesto para imponer, no una medida, sino una pena o castigo al sujeto, si el hecho no es obra del poder de decisión del mismo, sino de otros motivos más fuertes e irresistibles que lo determinan y deciden por él. Y realmente *lo mismo sucede si, aunque no se comparta el determinismo, se parte de la indemostrabilidad de la libertad* y la posibilidad de decidir y actuar de otro modo el sujeto concreto *en el caso concreto; pues en un Derecho penal y procesal penal en el que rige el in dubio pro reo* en cuanto a la demostración de lo fáctico, si no se puede estar seguro, y por tanto hay una duda razonable e insoluble, de que el sujeto concreto tuviera o no capacidad para decidir y actuar de otro modo, habría que inclinarse por la hipótesis más favorable al reo, la de que no tenía capacidad y por tanto no declararle culpable o responsable por mucho que fuera normalmente motivable. Por consiguiente, las teorías de la normalidad o motivabilidad que no aceptan la libertad – la mayoría – realmente serían más bien coherentes, no con la fundamentación de culpabilidad o de responsabilidad personal, sino con la posibilidad de imposición – en el caso más frecuente de peligrosidad y consiguiente necesidad de prevención especial del sujeto motivable y normal – de una medida de seguridad o, como proponía *von Liszt*, de una pena-fin de significado únicamente preventivo-especial; pero entonces injustamente se estaría tratando igual a los normales que a los inimputables u otros sujetos claramente inculpables.

2) ACCESIBILIDAD NORMATIVA: ¿CRITERIO EMPÍRICO O NORMATIVO?

Según el criterio de Roxin culpabilidad es “actuación injusta pese a la existencia de accesibilidad normativa” (*normative Ansprechbarkeit*), es decir, que le sean psíquicamente accesibles al sujeto posibilidades de decisión por una conducta orientada conforme a la llamada de la norma; y ROXIN indica que “no se trata de una hipótesis indemostrable [sobreentendido: como la libertad], sino de un fenómeno científico empírico” como prueban la psiquiatría y la psicología⁵⁹. Así planteado, el criterio de la accesibilidad normativa parece un criterio empírico, fáctico, sin contenido normativo. Pero, como veremos más adelante (II.4 d 2 b’ y c’), ROXIN añade que la accesibilidad normativa parte de la base de que “el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma”, porque “se le trata como libre”, o sea, porque hay una “suposición de libertad”, que “es una aserción normativa”. Con lo cual, su concepción es más bien normativa, o como mínimo mixta, empírico-normativa.

d) Concepciones basadas en fundamentos normativos axiológicos o teleológicos

Otras concepciones mantenidas en la época moderna, desde la que mantiene la versión tradicional de la concepción normativa de la culpabilidad como reprochabilidad basada en la libertad, en el poder actuar de otro modo, u otras distintas, de las que ahora se exponen las más importantes, se basan en fundamentos claramente normativos, bien axiológicos o valorativos, o bien de carácter más bien teleológico, finalista o funcional. Hay que advertir que algunas, como las de la actitud interna, el contacto espiritual con los valores o participación en los bienes jurídicos o la defraudación de expectativas – que aquí no se van a examinar por razones de espacio– no son incompatibles con la mayoritaria concepción normativa de la reprochabilidad, sino formas de darle contenido alternativas o adicionales a la fórmula del poder actuar de otro modo; por el contrario, concepciones como la de Roxin (especialmente en la segunda parte, la exigencia adicional de responsabilidad) y la funcional o funcionalista de Jakobs –que tampoco podemos examinar aquí – son absolutamente diferentes de la concepción normativa de la reprochabilidad.

⁵⁹ ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19 nm 36. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/34.

1) PODER ACTUAR DE OTRO MODO O LIBERTAD DE DECISIÓN

a') *osiciones que se basan en la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión*

Según la concepción tradicional y mayoritaria la culpabilidad como posibilidad de reprochar el hecho al sujeto se basa en la libertad de voluntad, en la libertad de decisión y actuación de ese sujeto en ese hecho concreto, o, según lo formula la doctrina alemana mayoritaria, en “el poder actuar de otro modo” (*das anders-Handeln-Können*) del sujeto, en haber cometido un injusto pese a poder haber cumplido, respetado la norma, o, como fórmula de significado equivalente en alemán, el ‘poder para ello o poder al respecto’, el “poder evitarlo y responsabilidad por ello” (*das Dafür-Können*)⁶⁰. Evidentemente, si el sujeto podía libremente haber decidido actuar de otro modo, de modo lícito y haber actuado así, y sin embargo actuó cometiendo un ilícito penal, jurídicamente y también jurídicopenalmente se le podrá reprochar subjetivamente ese hecho (a no ser que concurra otra circunstancia de disculpa); y si al contrario por alguna razón interna permanente u ocasional o externa está excluida la libertad del sujeto al cometer el hecho típico, no se le podrá reprochar individualmente esa actuación que no podía haber evitado, no habrá reprochabilidad y con ello se excluirá la culpabilidad. Bien porque se parta del indeterminismo y se comparta la posición filosófica y ética de la existencia del libre albedrío en el ser humano, o bien porque, sin entrar en la polémica filosófica indeterminismo-determinismo, se considere que la libertad humana es una premisa normativa de la que parten todos los ordenamientos jurídicos, a no ser que en el sujeto o en la situación concreta

⁶⁰ O “poder evitarlo (y consiguiente responsabilidad)”. Reproduzco la explicación de esta traducción de “Dafürkönnen” que indiqué en mi traducción de Roxin, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. MÜNCHEN: C. H. BECK, 1991, § 7 nm., 22 nota, p. 202: La expresión del texto “*das ‘Dafürkönnen’*”, aquí traducida como “el ‘poder evitar(lo) (y consiguiente responsabilidad)’”, literalmente significa “poder respecto de ello (de algo)”, lo que no suena nada bien en castellano, por lo que en lenguaje usual se traduce como “tener la culpa (o ser culpable, o responsable) de algo”, siendo más frecuente la formulación negativa: “*ich kann nichts dafür*” = “yo no tengo la culpa (o no soy culpable, responsable) de eso” (literalmente: yo no puedo –no he podido– hacer nada al respecto). Pero cuando se expone que para un sector el fundamento o base de la culpabilidad es el “*Dafürkönnen*” (o “*dafür können*”) del autor, naturalmente no se puede traducir esa expresión con la versión vulgar de “tener la culpa o ser culpable el autor”, porque sería una tautología; y traducirlo por la variante más culta de “ser responsable el autor” aclararía poco. Aparte de que no hay que olvidar que la estructura lingüística en alemán, que lleva a la idea de ser culpable o responsable, es el poder (“*können*”) del sujeto respecto de lo ocurrido (“*dafür*”), es decir, poder hacerlo, pero también poder hacer o lograr que no hubiera ocurrido. Ello emparenta esa expresión con otra que también utiliza la doctrina en sentido equivalente para designar el fundamento material de la culpabilidad: el “poder actuar de otro modo” (“*anders handeln können*” o “*das Andershandelndkönnen*”), que es otra forma de designar la libertad de voluntad o libre albedrío. Por todo ello, para indicar que el ‘tener la culpa, o ser culpable o responsable’ de la versión de aquella expresión en el lenguaje corriente es consecuencia del poder del sujeto para evitar cometer el hecho típico y antijurídico, se ha optado por la fórmula “poder evitar (y consiguiente responsabilidad)”.

haya circunstancias excepcionales que demuestren o pongan seriamente en tela de juicio la anulación o exclusión de su libertad (excepción esta que obviamente hacen ambas fundamentaciones, la del indeterminismo y la de la premisa normativa), con cualquiera de esos fundamentos la doctrina penal claramente dominante mantiene que el sujeto actuó libremente al decidir realizar un injusto típico y podía haber actuado de otro modo, o sea haber evitado infringir la norma, por lo que se le puede reprochar el hecho, mientras que si por cualquier causa no tenía libertad y no podía actuar de otro modo y respetar la norma, el hecho no le será reprochable⁶¹.

⁶¹ Así, entre innumerables autores, en la doc. alemana, p.ej. KAUFMANN, A. **Das Schuldprinzip**: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Heidelberg: Winter, 1961, p. 279 ss. WELZEL, H. **Das deutsche Strafrecht**: Eine systematische Darstellung. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1969, p. 138 ss. LENCKNER, T. Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit. In: GÖPPINGER, H. **Handbuch der Forensischen Psychiatrie**. Berlin: Springer, 1972, p. 19 ss. STRATENWERTH, G. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 3. ed. München: Heymann, 1981, p. 213 ss. DREHER, E. **Die Willensfreiheit**: ein zentrales Problem mit vielen Seiten. München: Beck, 1987, p. 52 ss. SCHÜNEMANN, B. Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland. In: HIRSCH, H. J. (Org.). **Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland**. Berlin: Ducker & Humblot, 1989, p. 147 ss. Ibidem, p. 151 ss. JESCHECKH.-H.; WEIGEND, T. **Lehrbuch des Strafrechts**. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996, p. 410 ss. ESER, A.; SCHÖNKE, A.; SCHRÖDER, H. et al. **Strafgesetzbuch**: Kommentar. München: C. H. Beck, 2000, § 32, 110 ss. BAUMANN, J.; WEBER, U.; MITSCH, W. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 10. ed. Bielefeld: Giesecking, 1995, p. 386 ss. Idem. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 11. ed. 2003, § 23 III 2, IV. En la doc. española, p.ej. ANTÓN ONECA, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid, 1949, p. 192 ss. QUINTANO RIPOLLÉS, A. **Curso de derecho penal**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1963, p. 266 ss. CÓRDOBA RODA, J. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977, p. 70 ss. RODRÍGUEZ DEVESEA, J. M.; SERRANO GOMEZ, A. **Derecho penal español**: parte general. 18. ed. Madrid: Dykinson, 1995, p. 432 ss. COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 539 ss. CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español** parte general. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3. p. 26 ss. Ibidem, p. 38 ss. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 743 ss. Ibidem, p. 755 ss. CUELLO CONTRERAS, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002, XI/40 ss. Ibidem, p. 939 ss. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. et al. **Derecho penal**: parte general. Tomo IV. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014, p. 317 ss. En la portuguesa ya vimos (supra 20/ y n.) la posición de FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Liberdade, culpa, direito penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 65 ss., capacidad de autodeterminarse por la norma (a favor de la libertad de voluntad en 55 ss.). FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Questões fundamentais: a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 522-24 ss, insiste en la culpabilidad de la persona basada en la libertad, pero más que en la libertad de voluntad del acto vuelve a la culpabilidad por el carácter basada en la libre decisión del hombre sobre sí mismo. En la doc. iberoamericana parten del poder actuar de otro modo p.ej. DONNA, E. A. **Teoría del delito y de la pena**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 245. DONNA, E. A. **Teoría del delito y de la pena 2**: imputación delictiva. Buenos Aires: Astrea, 1996, p. 182 ss. DONNA, E. A. **Derecho penal**: parte general, Teoría general del delito III, Tomo IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009, p. 33 ss. ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1982. v. 4. p. 10 ss. ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000, p. 641 ss. Ibidem, p. 620 ss. aunque combina el reproche por la autodeterminación con el reproche por la “vulnerabilidad” del agente. Idem, **Tratado de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002, p. 650-56 ss. VELÁSQUEZ, F. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Santafé de Bogotá: Temis, 1997, p. 547 ss. En VELÁSQUEZ, F. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Bogotá: Comlibros, 2009, aunque hablando no de reprochabilidad sino de exigibilidad. HURTADO POZO, J. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Lima: Eddili, 1987, p. 427 ss. HURTADO POZO, J. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Lima: Grijley, 2005, p. 604-09 ss.

b') Posiciones que rechazan la afirmación de la libertad de voluntad o de decisión: determinismo, agnosticismo contrario a la reprochabilidad

Desde posiciones contrarias o diferentes se han hecho críticas a la utilización de la libertad como base de la reprochabilidad y la culpabilidad. Por una parte, desde el determinismo, que naturalmente rechaza la libertad humana y cree que el hombre actúa siempre determinado por motivos o presiones que no puede evitar ni controlar. Y eso mismo sostienen actualmente científicos experimentales como representantes de las neurociencias (neurobiología etc.), que sostienen que las investigaciones empíricas sobre la estructura y conexiones neuronales entre partes del cerebro indican que no hay decisión libre y consciente en la actuación humana, pues ésta viene ya prefijada por procesos neuronales⁶². Es más, la creencia humana de que decide la libre voluntad dirigida por el yo consciente es un espejismo o autoengaño, porque las investigaciones neurocientíficas afirman que son los impulsos y deseos inconscientes del sistema límbico del cerebro los que realmente deciden unos instantes antes de que los percibamos conscientemente⁶³. Si esto es así, para la mayoría de los cultivadores de las neurociencias, la libertad de voluntad y decisión es un artificio inexistente, una mera ilusión, no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe⁶⁴.

⁶² Así cita HASSEMER, W. Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, v. 2, 2011, p. 21, como testimonio representativo entre otros muchos de las neurociencias, para después rebatirlo, la afirmación de ROTH, G. Worüber dürfen Hirnforscher reden - und in welcher Weise? In: GEYER, C. (Org.). **Hirnforschung und Willensfreiheit**: Zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, p.73: "el acto consciente de voluntad de ningún modo (puede) ser el causante del [...] movimiento, porque este movimiento está fijado ya previamente por procesos neuronales". Denominan "neurodeterminismo" a esa posición MERKEL, R. **Willensfreiheit und rechtliche Schuld**: eine strafrechtsphilosophische Untersuchung. Baden-Baden: Nomos, 2008, p. 30. HERZBERG, R. D. **Willensunfreiheit und Schuldvorwurf**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 2 ss. Citándolos FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. **Derecho penal y neurociencias: ¿Una relación tormentosa?** **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, v. 2, 2011. Cf. más ampliamente DEMETRIO CRESPO, E. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, n. 2, 2011. p. 2 ss. y críticamente con más citas ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/43 s.

⁶³ Así ROTH, G. Fühlen, Denken, Handeln: wie das Gehirn unser Verhalten steuert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p. 553: como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que trabaja de modo inconsciente) tiene la primera y la última palabra en lo que concierne a la aparición de deseos e intenciones, de modo que las decisiones adoptadas ocurren en el sistema límbico uno o dos segundos antes de que podamos percibir las de modo consciente. Cf. ampliamente DEMETRIO CRESPO, E. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, n. 2, 2011, p. 6 s.

⁶⁴ Resume así la posición de las neurociencias DEMETRIO CRESPO, E. Ibidem, p. 5. Insisten en que aceptación de la libertad de voluntad es una mera ilusión, fantasía, autoengaño o construcción teórica o elaboración social de algo inexistente p. ej. ROTH, G. **Fühlen, Denken, Handeln**: wie das Gehirn unser Verhalten

También se critica, de modo más extendido en la ciencia penal, la aceptación de la libertad desde una posición (el llamado “agnosticismo”, que no sabe si hay o no libertad) no determinista pero que objeta que la libertad de voluntad, el poder actuar de otro modo de un sujeto concreto en el hecho concreto es empíricamente, científicamente indemostrable⁶⁵

steuert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p. 553. SINGER, W. Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen. In: GEYER, C. (Org.). **Hirnforschung und Willensfreiheit**: Zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt: Suhrkamp, 2004, p. 43-48 ss. PRINZ, W. Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution. In: **Psychologische Rundschau**, v. 55, n. 4, 2004, p. 198 ss, intentando desarrollar cómo se producen los mecanismos cerebrales y psicológicos que conducen a esa simple ilusión; pero las complejas explicaciones que dan estos autores no son comprobaciones o demostraciones irrefutables, sino meros intentos explicativos, son a su vez construcciones o elaboraciones teóricas para explicar por qué se produce de modo casi unánime en los humanos la percepción de la libertad de decisión, que tienen que reconocer que es un contundente dato empírico sociológico, pero que ellos consideran que es una falsa percepción. Sin embargo, no todos los defensores de esta posición e las neurociencias llegan a la conclusión de que sea ilegítimo que la sociedad y el Derecho basen la culpabilidad y la responsabilidad en la aceptación social de la libertad de voluntad, pues bastantes de los que aceptan estas tesis como punto de partida matizan y consideran importante la función que para la estructura social representa la aceptación de la libertad: Cf. ampliamente la exposición de DEMETRIO CRESPO, E., Op. cit., p. 5-14 ss.

- ⁶⁵ Así ENGISCH, K. Die **Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart Vortrag geh.** vor d. Jurist. Ges. am 4. Mai 1962. Berlin: De Gruyter, 1963. Idem. **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart Vortrag geh.** vor d. Jurist. Ges. am 4. Mai 1962. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1965, p. 23 ss. BOCKELMANN, P. **Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit**. Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. v. 75. Berlin: De Gruyter, 1963, p. 372. Ibidem, p. 380. DANNER, M. **Gibt es einen freien Willen?**: Eine psychologische Studie. 4. ed. Hamburg: Kriminalistik, 1977, p. 190 ss. GIMBERNAT ORDEIG, E. Tiene un Futuro la Dogmática Jurídico-Penal? In: _____. **Problemas actuales de derecho penal y procesal**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971, p. 89 ss. MUÑOZ CONDE, F. **Über udn materiellen Schuldbegriff**. Heidelberg: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1978, p. 68. ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 23. ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**: problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976. ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 203. Ibidem, p. 13 s. ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/21, p. 37 ss. Ibidem, p. 41. Idem: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/19, p. 35-38 ss. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Medición de la pena y sustitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 21. ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**: problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 13. Ibidem, p. 203. ROXIN, C. **Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien**. In: **Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft**. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. Berlin: Gruyter, 1974, p. 174 s. ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil**. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/37, destaca que esto lo reconocen incluso muchos partidarios del poder actuar de otro modo y (en el segundo trabajo) cita a WELZEL, H. **Das deutsche Strafrecht**: Eine systematische Darstellung. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1969, p. 148. HENKEL, H. Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem. In: PAULUS, G. et al. (Org.). **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**. München: C.H. Beck, 1973,

y una tesis puramente metafísica, dado que no se puede repetir experimentalmente exactamente esa circunstancia histórica concreta de ese hombre en el tiempo y en el espacio para comprobar reiteradamente si podía decidir de otro modo, dado que la vez siguiente el sujeto ya no sería exactamente igual, pues tendría la experiencia de la vez anterior y lo sucedido después y las circunstancias no serán idénticas⁶⁶. La acusación es entonces que los partidarios del poder actuar de otro modo no afirman la comprobación de la libertad del sujeto concreto en el acto concreto, sino que se limitan a constatar que el sujeto habría podido obrar de otro modo con la necesaria fuerza de voluntad “de acuerdo con sus disposiciones y aptitudes generales”, que en las circunstancias concretas “otro en su lugar” habría podido, que hay que hacer “una comparación... con el comportamiento que la experiencia nos muestra de aquellos hombres que se encontraron en la misma situación”, o que el Derecho parte de la posibilidad de empleo de fuerza de voluntad y disposición “del término medio”, del “poder de la persona media que existe conforme a experiencia” o capacidad de la “mayoría de las personas”⁶⁷, y se critica ese proceder diciendo que no

p. 24. LENCKNER, T. Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit. In: GÖPPINGER, H. **Handbuch der forensischen Psychiatrie**. Berlin: Springer, 1972, p. 9. STRATENWERTH, G. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. München: Heymann, 1971, nm. 531. JESCHECK, H.-H. **Lehrbuch des Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1972, p. 305. y en su Parte General cita a DREHER, E. **Die Willensfreiheit**: ein zentrales Problem mit vielen Seiten. München: Beck, 1987, p. 396. GRIFFEL, A. Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**. v. 98, 1, 1986, p. 35-42 ss. KAUFMANN, A. Unzeitgemässe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht. **Juristische Ausbildung**, 1982, p. 225. Afirmando desde una perspectiva neutra sobre la polémica filosófica, p.ej. LACKNER, K. Prävention und Schuldunfähigkeit. In: KAUFFMANN, H. et al. (Org.). **Strafverfahren im Rechtsstaat**: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. München: Beck, 1985, p. 245-49 ss., con múltiples citas. ROXIN, C. lugs. cit.

⁶⁶ Cf. ENGISCH, loc. cit. GIMBERNAT ORDEIG, E. Tiene un Futuro la dogmática jurídico-penal? In: _____. **Problemas actuales de derecho penal y procesal**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971, p. 89 ss. GIMBERNAT ORDEIG, E. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1976, p. 60 ss. MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/40 s.

⁶⁷ Así las fórmulas de, respectivamente, ENGISCH, K. **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart**. Berlin: De gruyter, 1963. ENGISCH, K. **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart**. 2. ed. Berlin: De gruyter, 1965, p. 26 eso sí, ENGISCH usa el criterio de las disposiciones y aptitudes generales del propio sujeto, porque en p. 25 rechaza “el salto a otra persona o al género persona”, como destaca ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. MÜNCHEN: Verlag, C. H. Beck, 2006, § 19/22 n. 51. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo Y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/20, n. 38. JESCHECK, H.-H. **Lehrbuch des Strafrechts**: allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1972, p. 305. JESCHECK, H.-H. **Lehrbuch des Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988, § 37 I 2 b. KAUFMANN, A. Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankes um Strafrecht. In: **Juristenzeitung**, n. 18, 1967, p. 560. HENKEL, H. Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem. In: PAULUS, G. et al. (Org.). **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**. München: C.H. Beck, 1973, p. 25. MANGAKIS, G. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 75, n. 4, 1963, p. 517. LENCKNER, T. Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit. In: GÖPPINGER, H. **Handbuch der forensischen Psychiatrie**.

se puede basar un reproche al sujeto en las capacidades que posiblemente otros tengan, pero no tiene o no se sabe si tiene el sujeto y que si para la culpabilidad se presupone un fenómeno empírico que por principio no puede constatarse, ello debería conducir a la absolución en virtud del principio “*in dubio pro reo*”⁶⁸.

c') Respuestas al rechazo de la libertad como base de la culpabilidad

c' 1) A las críticas contra la aceptación de la libertad como base de la culpabilidad se les ha dado las correspondientes respuestas:

En primer lugar, existe igual *indemostrabilidad empírica del determinismo*, de la falta de libertad humana⁶⁹ que aquella de la que se acusa a la aceptación de la libertad; y aclaro que ya de entrada por la misma razón: para más detalles v. *infra* III. 2 b.

Berlin: Springer, 1972, p. 19. Cf. al respecto ROXIN, C. Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien. In: _____. **Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft**. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. Berlin: Gruyter, 1974, p. 174 s. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 203 s. Ibidem, p. 53. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/22. ROXIN, C. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/20 que señala en Ibidem, n. 38. Idem. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, n. 51, que la idea del poder de “otro en su lugar” utilizada por JESCHECK procede al parecer de DOHNA, A. G. zu. Ein unausrottbares Missverständnis. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**. v. 66. n. 4. Berlin: De Gruyter, 1954, p. 511 ss.

⁶⁸ Así ROXIN, C. **STRAFRECHT**: ALLGEMEINER TEIL. 4. ed. MÜNCHEN: VERLAG C. H. BECK, 2006, § 19/22 Y 21. ROXIN, C. **Derecho Penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo Y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/20 y 19; ya en Idem, **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 14. Crítica similar en CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3. p. 39 s. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 756. Todo ello sin perjuicio de que, como se verá a continuación, ROXIN sí admite en cambio la libertad como presunción o aserción normativa para afirmar la culpabilidad, últimamente concebida como accesibilidad normativa del sujeto.

⁶⁹ Así p. ej. ANTÓN ONECA, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid, 1949, p. 192 ss. Ibidem, p. 219. BOCKELMANN, P. Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 75. Berlin: De Gruyter, 1963, p. 386 ss. GRIFFEL, A. Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 98, 1, 1986, p. 35-42 ss. CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3. p. 26 ss. Ibidem, p. 38 ss. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 743 ss. Ibidem, p. 755 ss. CUELLO CONTRERAS, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002, XI/41 s. Ibidem, p. 940 s. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/21, p. 44. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo E Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/19. Ello lo reconoce implícitamente un determinista como MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/40, que considera simplemente “razonable pensar que sí se haya determinada” la conducta, que no pudo ser otra que la que fue, y añade: “Si esto es así, o por lo menos no hay posibilidad de demostrar científicamente que no sea así”, pero no dice que se pueda demostrar científicamente que sea así, y por eso tiene que recurrir a la ley general de la causalidad.

Se destaca que es equivocado aceptar que la última palabra sobre las peculiaridades del comportamiento humano y social la tienen las apreciaciones de los científicos naturales o experimentales, como hoy ocurre p. ej. con ciertas afirmaciones de representantes de la neurobiología, por lo demás sectoriales y parciales, unilaterales, en el sentido de que el movimiento humano de ningún modo es causado por un acto consciente de voluntad, por una decisión, sino que está fijado, determinado previamente por procesos neuronales de determinada parte del cerebro; esto supone, dice Hassemer, el error categorial de muchos biólogos humanos arrogantes de estar convencidos de que sus resultados demuestran la falsedad de la posibilidad de libre albedrío y responsabilidad, con vulneración de un principio de la teoría del conocimiento y de la ciencia, que toda ciencia sólo ve aquello a lo que sus instrumentos le permiten el acceso, y lo que pertenece al instrumental de una ciencia queda determinado en función de su objeto formal, de modo que si una ciencia actúa fuera del ámbito que le resulta accesible, confunde las cosas y las categorías y crea caos; y eso es lo que sucede cuando se niega que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina con ello una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo, vulnerando el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres no nos ven como un sistema compuesto por huesos, músculos y nervios, sino que nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción”⁷⁰.

Y aún hay más, es que el propio impulsor de estas tesis de la neurobiología, LIBET, acaba destacando que *la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes*: “la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes” y concluye que tan no demostrado está el determinismo como el indeterminismo ⁷¹.

Pero además se argumenta que *la aceptación de la libertad de voluntad* como base de la culpabilidad tiene, por un lado, *fundamento empírico* y, por otro, *un decisivo fundamento normativo y constitucional*⁷². En efecto, la aceptación de la libertad de decisión y actuación

⁷⁰ Cf. muy ampliamente HASSEMER, W. Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1. 2011, p. 15-24. En el mismo sentido ya SCHÜNEMANN, B. Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland In: HIRSCH, H. J. (Org.). **Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland**. Berlin: Ducker & Humblot, 1989, p. 147 ss.

⁷¹ Cf. LIBET, B. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER, C. (Org.). **Hirnforschung und Willensfreiheit**: zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, p. 268-84 ss. Lo subraya ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/43 s., criticando las posiciones de neurobiólogos en sentido determinista, y destacando en nm. 44 que LIBET, Benjamin, Op. cit., p. 287, acaba incluso expresando simpatía hacia el indeterminismo.

⁷² Ambas fundamentaciones están muy extendidas, pero también es frecuente la fundamentación mixta, combinado la empírica y la normativa: así p.ej. ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**: problemas

humana excepto en casos de perturbación o situaciones excepcionales corresponde, por una parte, a la común experiencia humana cotidiana, porque de modo incontestable la inmensa mayoría de los humanos se viven, se sienten, se ven y se consideran a sí mismos, y a los demás (la llamada “imagen del hombre”), como capaces en circunstancias normales de decisión libre, de elegir entre posibilidades de acción, y por ello como seres responsables de sus actos⁷³, porque “la autocomprensión natural del ser humano normal se basa en esta

básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27 s. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 54. ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? In: Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht. v. 104, 1987, p. 369. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal. In: _____. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 685. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/41, p. 46. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/38 s. “la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo”. CERESO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 755: “Hacia un concepto empírico-normativo de culpabilidad conforme a la Constitución”, aunque en Ibidem, p. 755. CERESO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3. p. 38. Ibidem, p. 39, destaca con HENKEL, H. Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem. In: PAULUS, G. et al. (Org.). **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**. München: C.H. Beck, 1973, p. 23 ss, que la capacidad de autodeterminación del hombre en el caso concreto sólo es parcialmente comprobable en aspectos concretos. Es muy destacable que ROXIN, que como hemos visto antes ha insistido tanto en la no demostrabilidad científica de la libertad de voluntad y en que por ello la culpabilidad no puede basarse en la tesis filosófica del indeterminismo, sin embargo acaba basando la culpabilidad en la libertad, pero fundamentada en datos empíricos y sobre todo en fundamentos normativos: en los primeros trabajos de modo menos enérgico e insistiendo en que la culpabilidad así concebida era utilizada sólo como límite de la pena, pero no como su fundamento, por tanto para ampliar derechos y libertades, no para restringirlos ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27 s. En cambio en su manual, ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/36 ss. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/34 ss, reconoce amplia y tajantemente la libertad, de base empírica y normativa, como integrante de la accesibilidad normativa en que consiste la culpabilidad y ésta ya es tanto fundamento de la pena como límite de la prevención. En todo caso ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27 s. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/37. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo Y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/35, insiste que una concepción así de la libertad o poder actuar de otro modo, con fundamento empírico y normativo, puede ser admitida como base de la culpabilidad tanto por los indeterministas como incluso por los deterministas, y también, añade, por los agnósticos a ese respecto: “asimismo podrán aceptarla el agnóstico que se declara desconocedor de la existencia o no de libre albedrío (como tal se confiesa el autor en este punto) y el determinista”. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/37. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/35.

⁷³ Así ROXIN, C. Sentido y límites de la pena estatal. In: **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27, los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común. Ibidem, p. 54. “la conciencia humana de libertad como realidad social y física indiscutible. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/41, 21, 37 y 40. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo Y Javier De Vicente

conciencia de libertad”⁷⁴, porque la libertad de voluntad, en palabras de Schünemann, es “una parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y pertenece... a un sector

Remesal. Madrid: Civitas, 1997 § 19/38. Ibidem, 19/35-37. GRIFFEL, A. Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 98, 1, 1986, p. 35-43 ss, la libertad es una vivencia o experiencia interior irrefutable, pero tb. puede justificarse ante la propia conciencia y ante la comunidad como decisión razonable del conocimiento, reconocible intersubjetivamente y fundamentable racionalmente. DREHER, E. **Die Willensfreiheit**: ein zentrales Problem mit vielen Seiten. München: Beck, 1987, p. 296: libertad y la responsabilidad son un elemento irrenunciable de la convivencia humana, ya que no poseemos otra realidad que la vivida por nosotros. HIRSCH, H. J. Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. 4, v. 106, 1994, p. 763 ss. HIRSCH, H. J. El principio de culpabilidad y su función en el Derecho Penal. In: _____. **Nueva doctrina penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996, p. 41 ss. su reconocimiento por los ciudadanos. SCHÜNEMANN, B. Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. In: SCHÜNEMANN, B. et al. (Org.). **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlin; New York: De Gruyter, 1984, p. 163-66. SCHÜNEMANN, B. **El Sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Madrid: Tecnos, 1991, p. 154-156. SCHÜNEMANN, B. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. **Goldammer's Archiv für Strafrcht**, 1986, p. 293 ss. SCHÜNEMANN, B. Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland. In: HIRSCH, H. J. (Org.). **Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland**. Berlin: Ducker & Humblot, 1989, p. 147 ss. Ibidem, p. 151 ss. SCHÜNEMANN, B. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld. In: DOLLING, D. (Org.). **Jus humanum**: Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, p. 547 s. la libertad es parte de la llamada reconstrucción social de la realidad y de un sector especialmente elemental al menos de la cultura occidental, es socialmente real aunque sólo sea por asentarse en las estructuras elementales del lenguaje y la comunicación social, es una estructura social, firmemente asentada como parte de la realidad social. CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3. p. 41. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 758: la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos, reflejada incluso como destaca Schünemann en las estructuras del lenguaje y la reconstrucción de la realidad, el reconocimiento de la libertad de voluntad en la realidad social. CUELLO CONTRERAS, J. **El derecho penal español**: parte general: Nociones introductoria. Teoría del delito. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002, XI/41 ss. Ibidem, p. 939 ss. Ibidem, n. 70. HASSEMER, W. Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, 2011, p. 24: “Quien – por las razones que fuere – niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas. La base de ese reconocimiento es la expectativa recíproca de que nuestros congéneres [...] nos perciben también como persona y se conducen en función de esa percepción. Cuando no hay indicios de lo contrario, atribuimos al otro la responsabilidad que vivimos en nosotros mismos y que reivindicamos para nosotros [...] porque no podemos vivir juntos sin ese crédito recíproco”. Similar ya ANTÓN ONECA, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid, 1949, p. 192 ss: “la creencia en la libertad intuita por nuestra conciencia”.

⁷⁴ ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 104, 1987, p. 369. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal. **Cuadernos de Política Criminal**. n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 685. Idem. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/41. Idem: parte general. Tomo I. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/38.

especialmente elemental al menos de la cultura occidental”⁷⁵. Además, coincidentemente con ello, las investigaciones de la moderna antropología y psicología comparando la conducta humana con la animal ponen de manifiesto que el hombre, con el desarrollo de su razón, valores y conciencia ética, es capaz de controlar sus impulsos e instintos mediante su inteligencia y voluntad y por ello que no hay determinación biológica general del hombre⁷⁶.

Por otra parte se destaca la regulación jurídica absolutamente universal, que parte de la libertad y responsabilidad de los hombres, de esa misma “imagen del hombre” como ser libre que los humanos tienen de sí mismos⁷⁷; la negación de la libertad y de la responsabilidad personal derivada de su uso sería perturbadora y disfuncional, de consecuencias catastróficas para la sociedad y el Derecho, porque sería muy difícil o

⁷⁵ SCHÜNEMANN, B. Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. In: SCHÜNEMANN, B. et al. (Org.). **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlin; New York: De Gruyter, 1984, p. 163. SCHÜNEMANN, B. **El Sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Madrid: Tecnos, 1991, p. 154 s.

⁷⁶ Así LANGE, R. In: LANGE, R. et al. (Org.). **Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben**: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960. Karlsruhe: C.F. Muller, 1960, p. 345 ss. LANGE, R. Die moderne Anthropologie und das Strafrecht. In: FREY, E. (Org.). **Schuld, Verantwortung, Strafe**. München, 1964, p. 277 ss. KAUFMANN, A. **Das Schuldprinzip**: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Heidelberg: Winter, 1961, p. 116 ss. WELZEL, H. **Das deutsche Strafrecht**: Eine systematische Darstellung. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1969, p. 142 ss. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 13 s. Ibidem, p. 27 (en n. 23: “A R. Lange le corresponde particularmente el mérito de haber hecho provechosas para el Derecho penal las modernas investigaciones antropológicas”). JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Lehrbuch des Strafrechts**. Allgemeiner Teil. 4. ed. Berlin, 1988, p.409 ss. Idem, **Tratado de derecho penal**: parte general. 5. ed. Granada: Comares, 2002, p. 369 ss. CEREZO MIR, J. Curso de derecho penal español parte general. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3. p. 40 s. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 757 s.

⁷⁷ Sobre “la imagen del hombre” (*das Menschenbild*) por parte del Derecho penal Cf. JESCHECK, H.-H. **Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform**. Tübingen: Mohr, 1957. WÜRTENBERGER, T. **Die geistige Situation der deutschen Strafrechtswissenschaft**. 2. ed. Karlsruhe: C.F. Müller, 1959. MAIHOFER, W. Menschenbild und Strafrechtsreform. In: BAUER, Karl-H. et al. (Org.). **Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform**. Berlin: Walter de Gruyter, 1964, p. 5 ss. BAUER, F. Das Strafrecht und das heutige Bild des Menschen In: REINISCH, L. (Ed.). **Die deutsche Strafrechtsreform**. München: Beck, 1967, p. 11 ss. ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**: problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27, llama “esa imagen del hombre, constitutiva para el ordenamiento de nuestra comunidad” al hecho de que los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y de que los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad; CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3, p. 40 ss. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 757 ss., habla del “concepto del ser humano” y de la “concepción del hombre” como persona y ser libre y responsable por parte del Derecho y la Constitución.

incluso imposible que la organización social y el Derecho pudieran funcionar sin partir de la libertad de actuación de los hombres en circunstancias normales y consiguiente exigencia de responsabilidad a los mismos, pues la educación y los mecanismos de contención no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan⁷⁸: “una ordenación razonable de la vida social humana no es posible sin la concesión recíproca de libertad”⁷⁹. Por eso estamos, se afirma con unos términos u otros, ante la premisa o aserción normativa o suposición, presuposición o presunción normativa y constitucional de libertad⁸⁰ (basada, como el principio de

⁷⁸ Así ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**: problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común. En Ibidem, p. 54 el PA parte de que “al hombre imputable [...] se le debe tratar en el campo de su actuación privada y social como una persona capaz de conducta libre y responsable. Esto no es sólo que corresponda a la Ley Fundamental [...]; es que además ningún orden jurídico que reconozca la dignidad humana y el principio de igualdad podrá disponer otra cosa”. ROXIN, C. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/21 (un determinismo estricto es prácticamente inviable) y 41 (v. nota sig.). ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 § 19/19. Ibidem, 38. SCHÜNEMANN, B. Cit. en n. 71. CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3, p. 41. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 758: el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos, coincidiendo con Schünemann, y no hacerlo sería desconcertante y disfuncional, pues las normas serían concebidas sólo como factores causales de posible influencia en los individuos. CUELLO CONTRERAS, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002, XI/42, p. 940: el determinismo “haría irrisorio todo nuestro sistema educativo, pensado para que el hombre aprenda a ejercer la libertad, motivándose correctamente, privaría de sentido al ordenamiento jurídico, que parte de la capacidad del hombre de motivarse conforme a deber, y, lo que es más grave, provocaría una especie de vuelta al estado de naturaleza, ya que cualquiera, en cualquier momento podría sucumbir a un impulso irresistible, sobre todo si ya cayó una vez”; por contra, añade in Ibidem, XI/41, desde la infancia llevamos a cabo actos tendentes a controlar impulsos que de otra forma nos llevarían a atentar contra nosotros mismos y contra los demás. HASSEMER, W. Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1. 2011, p. 24: “Quien [...] niegue que los seres humanos pueden ser responsables de lo que hacen, elimina una pieza clave no sólo de nuestro ordenamiento jurídico, sino también de nuestro mundo. Vulnera el fundamento normativo de nuestro trato social, el reconocimiento como personas [...] atribuimos al otro la responsabilidad que vivimos en nosotros mismos y que reivindicamos para nosotros [...] porque no podemos vivir juntos sin ese crédito recíproco”.

⁷⁹ Así ROXIN, C. *Strafrecht: Allgemeiner Teil*. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006, § 19/41. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 § 19/38. Similar HASSEMER, Winfried, Op. cit.

⁸⁰ Así ROXIN, Sentido y límites de la pena estatal. In: ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad, y los hombres existen en todos los tiempos con la conciencia de libertad y responsabilidad y conforme a ese sentido tienen que conformar su vida en común, 28: el concepto de culpabilidad “que corresponde a la responsabilidad de un hombre concebido como libre y capaz de responsabilidad [...] se debe reconocer el principio de culpabilidad “en la esfera normativa de

las regulaciones ordenadoras de la sociedad, como una disposición de la comunidad jurídica, que protege al particular de la superioridad de un poder estatal". ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 54: al hombre imputable "se le debe tratar en el campo de su actuación privada y social como una persona capaz de conducta libre y responsable", como corresponde a la Constitución, y "ésta es una decisión normativa, es decir, un principio regulador político-social, que es completamente independiente de la posibilidad de fundamentar el indeterminismo [...] Tal premisa jurídica de libertad ...". ROXIN, C. In: **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform**, v. 56. Köln: Carl Heymanns, 1973, p. 316 ss. Ibidem, p. 320: el poder de autodeterminación como "principio normativo regulador de carácter generalizante", "postulado políticocriminal dirigido al juez" o "suposición de libertad. ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 104, 1987, p. 369. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en derecho penal. In: **Cuadernos de Política Criminal**. n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 685 "Nos sentimos autorizados a la 'aserción normativa' de que una persona cuya capacidad de control en una determinada situación (aún) está acompañada también puede actuar libremente"; ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/37. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/35, "esta suposición de libertad [...] la misma no dice que el sujeto pudiera efectivamente actuar de otro modo -lo que precisamente no podemos saber-, sino sólo que, cuando exista una capacidad de control intacta y con ella asequebilidad normativa, se le trata como libre. La suposición de libertad es una 'aserción normativa' [normative Setzung, tb. proposición o posición normativa], una regla social de juego, cuyo valor social es independiente del problema de teoría del conocimiento y de las ciencias naturales. Con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad", Ibidem, p. 40, la suposición de libertad es una aserción normativa independiente de los datos empíricos y admisible por igual para deterministas e indeterministas. Ibidem, p. 41, nm. 38, ssuposición de libertad, aserción normativa, "el Derecho penal debe partir del libre albedrío, aunque el mismo no se pueda demostrar exactamente". Ibidem, p. 42 aserción normativa. Ibidem, p. 46, nm. 39, se atribuye normativamente la posibilidad – derivada de la capacidad general de autocontrol y la accesibilidad normativa, empíricamente constatables – de conducta conforme a Derecho), Ibidem, p. 49, nm. 42, culpabilidad como suposición o hipótesis garante de la libertad, siguiendo a Roxin. BACKES, Otto. Strafrecht und Lebenswirklichkeit. In: KAUFMANN, A. (Org.). **Rechtsstaat und Menschenwürde**: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag. Frankfurt am Main: Klostermann, 1988, p. 53 ss. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L. Libertad y responsabilidad penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 42, n. 1, 1989, p. 561 ss. Ibidem, p. 568: suposición de libertad. MAURACH, R.; ZIPF, H. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch. 8. ed. Heidelberg: C. F. Muller, 1992, p. 431. Ibidem, p. 487, concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación. SCHÜNEMANN, B. Cit. en n. 73. CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. Madrid: Tecnos, 2001 v. 3, p. 41. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 757: concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación, citando de la CE los arts. 1 con el Estado social y democrático de Derecho y los valores de libertad, justicia e igualdad, y 10.1: dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad; el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos, la visión que tienen del mundo y de sí mismos, coincidiendo con Schünemann. HEUN, W. Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften. **Juristenzeitung**. n. 60, 2005, p. 853 ss. KUHLEN, L.; STRATENWERTH, G. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Die Straftat. 6. ed. München: Vahlen, 2011, § 7/26: el Derecho penal presupone el "poder" dentro de ciertos límites definidos normativamente. Califican la libertad o poder individual como "ficción" normativa KOHLRAUSCH, E. Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung. In: _____. **Festgabe für Karl Gutterbock zur achzigsten Wiederkehr seines Geburtstages**. Berlin: Neudruck der Ausgabe, 2010, p. 26: "ficción necesaria para el Estado"; sobre ello ampliamente STRATENWERTH, G. Willensfreiheit - eine staatsnotwendige Fiktion? **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 101, 1984, p. 225 ss. HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L., Op. cit., p. 568: suposición o ficción de libertad; este término en todo caso no me parece adecuado porque ficción es aparentar algo inexistente, imaginario, inventado o falso, y la libertad de elección de los hombres normales es algo que tiene como mínimo sólidas bases antropológicas y sociológicas, además de jurídicas, y lo más que sucede es que no se puede comprobar experimentalmente si existía o no en el caso concreto, pero tampoco que no existiera.

culpabilidad, en elementos o valores constitucionales como la dignidad – incluso ahora Mir –, el libre desarrollo personalidad, la justicia, etc.)⁸¹; pero esta aserción normativa también tiene

⁸¹ Así ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**: problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27, los conceptos de dignidad humana y autonomía de la persona, que presiden la Ley Fundamental y la tradición occidental, indiscutiblemente presuponen al hombre como ser capaz de culpabilidad y responsabilidad. Ibidem, p. 54: “persona capaz de conducta libre y responsable. Esto no es sólo que corresponda a la Ley Fundamental [...] es que además ningún orden jurídico que reconozca la dignidad humana y el principio de igualdad podrá disponer otra cosa. ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 104, 1987, p. 369. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal. **Cuadernos de Política Criminal**, n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 685 “Nos sentimos autorizados a la ‘aserción normativa’ de que una persona [...] puede actuar libremente porque”. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/37 “con la libertad no ocurre en el Derecho otra cosa que con la igualdad”. ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**: problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 49, culpabilidad como hipótesis garante de la libertad, dirigida contra los excesos punitivos del Estado, mantiene los límites propios del Estado de Derecho. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 § 19/35, p. 42. MAURACH, R.; ZIPF, H. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch. 8. ed. Heidelberg: C. F. Muller, 1992, p. 431. Ibidem, p. 487, concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación. CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español**: parte general. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3, p. 40-41. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 757 concepto constitucional del hombre como responsable y capaz de autodeterminación, citando de la CE los arts. 1 con el Estado social y democrático de Derecho y los valores de libertad, justicia e igualdad, y 10.1: dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad. El principio de culpabilidad lo fundamenta gran parte de la doctrina en los mencionados principios constitucionales: además de los autores cit., Cf. p. ej., fundamentándolo mayoritariamente en la dignidad de la persona, WELZEL, H. Das deutsche Strafrecht: Eine systematische Darstellung. 11. ed. Berlin: W. de Gruyter, 1969, p. 138. BACIGALUPO ZAPATER, E. Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad? **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía. n. 2, 1982, p. 936 ss. siguiendo al Trib. Const. alemán podría derivarse del principio del Estado de Derecho y también de la dignidad humana (aunque el BVerfG añadía como fundamento tb. el derecho a la libertad general de actuación. CEREZO MIR, J. Derecho Penal y Derechos Humanos: experiencia española y Europea. **Revista Actualidad Penal**, 1993. CEREZO MIR, J. Derecho penal y derechos humanos: experiencia española y Europea. **Revista Actualidad Penal**, 1993, p. 194. CEREZO MIR, J. Curso de derecho penal español parte general. Madrid: Tecnos, 2001. v. 3, p. 16 s. MIR PUIG, S. Derecho penal: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 732 s. JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin, 1996, p. 23 ss. Como he señalado *supra* n. 42, incluso MIR PUIG, que rechaza tajantemente la libertad de voluntad y basa la culpabilidad o imputación personal en el principio de igualdad, ahora añade en Ibidem, 4/66, su fundamento constitucional también “en la dignidad humana”; igualmente ahora MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 355-357, fundan la culpabilidad, además de en la posibilidad de motivación por la norma en un apoyo constitucional: el proceso de motivación ha de ser conforme a las exigencias de igualdad del Estado democrático (Ibidem, p. 356 s.), y exigir culpabilidad es “limitar el poder punitivo del Estado en base a consideraciones emanadas de la propia dignidad del ser humano como sujeto responsable”. Además Cf. GARCÍA PEREZ, O. Anuario de derecho penal y ciencias penales. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, tomo 42, n. 2, 1993, p. 642 ss. se deriva de los preceptos constitucionales que consagran el valor superior de la justicia, la garantía de la seguridad jurídica, la dignidad de la persona y la presunción de inocencia. COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p. 544, n. 36: fundamento en el principio de legalidad, la prohibición de exceso o exigencias generales del Estado de Derecho como el respeto al libre desarrollo de la personalidad.

base fáctica, empírica, antropológica y sociológica, como se acaba de ver y que por eso el Derecho no puede desconocer. Y obsérvese que de este modo se parte de la premisa de que hay libertad en todos los hombres, obviamente mientras no haya circunstancias excepcionales que la anulen en el hombre concreto, de modo que se afirma normativamente también la libertad del sujeto concreto al realizar y ya no hay que decir que se afirma por lo que otros en su lugar, o el término medio etc., habrían podido hacer. Anticipo ya que esta posición y estas fundamentaciones me parecen las más convincentes y son las que comparto (v. *infra* III).

Otra posible crítica, que en efecto han hecho algunos, consiste en que, aunque se admitiera la libertad o el poder actuar de otro modo, es insuficiente o inexacto como fundamento de la culpabilidad, puesto que hay muchos casos en que no se declara culpables a personas que sí eran capaces de actuar de otro modo, o sea que no tienen excluida la libertad, ya que se les exculpa por situaciones de inexigibilidad o consideraciones normativas⁸². Sin embargo, esta crítica no es decisiva: la libertad no es el fundamento único de la reprochabilidad, aunque sí necesario para la misma, de modo que ciertamente en algunos casos podrá no ser reprochable ni por tanto culpable la actuación de una persona, pese a que en puridad sí tenía libertad para haber actuado lícitamente en vez de ilícitamente, si por otros motivos de dificultad situacional se le podía disculpar (es decir que, aparte de la no libertad, puede haber otros fundamentos para la exculpación), pero lo que no podrá haber es reprochabilidad y culpabilidad si el sujeto carecía de libertad en el caso concreto.

c' 2) Es discutible si la libertad de decisión o poder actuar de otro modo es un criterio normativo u ontológico-fáctico. Para quienes, por razones religiosas o sólo racionales y éticas, toman partido en la polémica filosófica a favor del indeterminismo el libre albedrío humano será una realidad innegable, que pertenece al mundo del ser, y por tanto una categoría ontológica, pero que, eso sí, permite una valoración normativa como es la reprochabilidad de la conducta injusta libremente realizada. En cambio, para las fundamentaciones, crecientes en la actualidad, que como hemos visto parten de una atribución jurídica de libertad, basada también en la convicción y atribución social de la misma, la libertad de actuación es un criterio claramente normativo o un criterio mixto empírico-normativo.

⁸² Cf. p.ej. ROXIN, C. Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien. In: **Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft**. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag am 12. Berlin: Gruyter, 1974, p. 175 s. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 204 s. (actualmente, en cambio, Roxin ya no formula esa objeción, ya que, en ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006, § 19/3 ss., considera que la culpabilidad en sentido estricto requiere accesibilidad a la norma y poder de autocontrol para poder actuar conforme a la norma, mientras que en los casos en que pese a ese poder no hay exigibilidad ni necesidades preventivas lo que falta es la "responsabilidad", lo que por tanto no afecta a la culpabilidad); MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/41, p. 44.

2) Accesibilidad a la norma como culpabilidad. Responsabilidad (prevención general y especial) además de culpabilidad: ROXIN

Por la importancia e influencia de las posiciones de ROXIN en la ciencia penal, hago referencia separada a las mismas en cuanto a su formulación de la accesibilidad normativa, sin detenerme en cambio en la segunda categoría de la “responsabilidad” que propone, que no afecta al objeto de este trabajo. (Por la misma razón se prescinde aquí de la importante concepción de JAKOBS⁸³).

a') Posiciones iniciales

Después de haber sido durante mucho tiempo muy crítico con la concepción tradicional de culpabilidad como reprochabilidad basada en el indemostrable poder actuar de otro modo acorde con el indeterminismo y usada como fundamento de la pena (sobre todo si se concibe como retributiva) y sin embargo acabar aceptando como límite de la pena esa misma culpabilidad basada en la libertad, eso sí, fundamentada de modo no indeterminista, basada en el dato empírico de la convicción social universal de la libertad de los hombres y en la suposición, premisa o aserción normativa y constitucional de libertad, ROXIN ya en su Kriminalpolitik de 1970 anticipa una nueva posición, la de que en la categoría llamada culpabilidad lo que realmente cuentan son los principios políticocriminales de la teoría del fin de la pena: la prevención general y la especial, cuya necesidad se excluye cuando hay situaciones de inculpabilidad. En su trabajo “Culpabilidad” y “responsabilidad” como categorías sistemáticas jurídicopenales, de 1974, desarrolla su tesis sosteniendo que la culpabilidad basada en ese poder actuar de otro modo (que en otros trabajos ha fundamentado empírico-normativamente) y que admite, sin embargo se puede dejar de lado y al final no es decisiva, ya que, aunque en el caso concreto se parta del poder actuar de otro modo, siempre se podrá negar la necesidad jurídicopenal de sancionar, o, visto afirmativamente, “lo decisivo es que el legislador desde puntos de vista jurídicopenales quiera hacer responsable al autor de su actuación”, y esta cuestión se dilucida dentro de otra categoría que denomina “responsabilidad” (*Verantwortlichkeit*⁸⁴), por lo que

⁸³ JAKOBS, G. **Schuld und Prävention**. Tübingen: J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), 1976, p. 8 ss. Ibidem, p. 31 ss. JAKOBS, G. **Strafrecht Allgemeiner teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch**. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991, 1/3 ss. Ibidem, 17/20 ss. Ibidem, 17/48 ss. JAKOBS, G. **Derecho penal: parte general. Fundamentos y teoría de la imputación**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997. Cf. sintéticamente LUZÓN PEÑA, D.-M. **Lecciones de derecho penal: parte general**. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, 26/28 ss.

⁸⁴ De los términos alemanes equivalentes a responsabilidad: *Verantwortlichkeit*, *Verantwortung* y *Haftung*, ROXIN elige el primero, que, aunque es prácticamente idéntico al segundo, indica más la cualidad de responsabilidad del sujeto en el acto, de sujeto responsable, mientras que *Verantwortung* – que era el término que había utilizado antes MAURACH para su categoría de la *Tatverantwortung*: “responsabilidad por el hecho”, intermedia entre la antijuridicidad y la culpabilidad MAURACH, R. **Schuld und Verantwortung im Strafrecht**. Wolfenbüttel: Wolfenbütteler Verlagsanstalt, 1948, passim. MAURACH, R. **Deutsches Strafrecht: ein Lehrbuch**. Allgemeiner Teil. 4. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1971, §§ 31 ss. MAURACH, R. **Tratado de derecho penal I**. Traducción: Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962. seguido por su discípulo ZIPE.

añade: “por ello ya no hablaré a continuación de culpabilidad sino de responsabilidad”⁸⁵; y para determinar si hay responsabilidad se examina en las diversas eximentes de la misma si aunque haya culpabilidad no hay necesidad de pena a efectos de los fines políticocriminales de la pena, a efectos de prevención general y especial, y va argumentando cómo no se da esa necesidad de pena ni para la prevención general (entendida unas veces como evitación del mal ejemplo y otras como aceptación social del Derecho) ni para la especial tanto en eximentes legales como el estado de necesidad disculpante, los supuestos de inimputabilidad, el error de prohibición inevitable, o el exceso de la legítima defensa por turbación, terror o espanto, a principios regulativos como la inexigibilidad o la insignificancia en delitos imprudentes y a causas supralegales de exclusión de la “responsabilidad” como en los casos de “eutanasia” de algunos pacientes para preservar al resto del exterminio nazi o en la omisión del socorro consistente en transfusión sanguínea por motivos de conciencia⁸⁶. Posteriormente va reformulando en diversos trabajos la relación entre culpabilidad y “responsabilidad” y sobre todo llega a admitir claramente la culpabilidad bajo la fórmula de “accesibilidad normativa”⁸⁷, que ahora examinamos.

MAURACH, R.; ZIPF, H. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch. 8. ed. Heidelberg: C. F. Muller, 1992, §§ 31 ss.; y en la doc. española por BACIGALUPO ZAPATER, E. Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad. La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, n. 4, 1986, p. 1198 ss. BACIGALUPO ZAPATER, E. In: DORNSEIFER, G. (Org.). **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**. Koln: Heymanns, 1989, p. 465 ss. BACIGALUPO ZAPATER, E. **Principios de derecho penal**: parte general. 5. ed. Madrid: Akal, 1998, p. 278 ss. LAURENZO COPELLO, P. **El Aborto no punible**: el art. 417 bis del Código Penal. Barcelona: Bosch, 1990, p.143 ss. tiene ciertamente esa connotación, pero también indica más, igual que *Haftung*, la idea de responsabilidad por (no en) el acto que se exige al sujeto, de responsabilidad –moral, social, jurídica – consistente en la imposición de una obligación (p. ej. de indemnizar) o de una sanción. Ahora bien en su tratado, aunque utiliza constantemente la rúbrica “*Verantwortlichkeit*” o exclusión de la misma, también emplea a veces como sinónimos los otros términos: v. p. ej. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/5 (*Verantwortung*), 1 (*Haftbarmachung*, equivalente a *Haftung*)

⁸⁵ Cf. sobre todo lo anterior ROXIN, C. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem**. Berlin: De Gruyter, 1970, p. 33 ss. ROXIN, C. Política criminal y sistema de derecho penal. Barcelona: Universidad de Huelva, 1972, p. 67 ss. ROXIN, C. Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien. In: **Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag** am 12. Berlin: Gruyter, 1974, p. 181 s. ROXIN, C. Problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 209-210.

⁸⁶ Cf. ROXIN, C. Schuld und Verantwortlichkeit als strafrechtliche Systemkategorien. In: **Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag** am 12. Berlin: Gruyter, 1974, p. 182-197. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 210-225.

⁸⁷ Cf. sobre todo ello ROXIN, C. Zur jüngsten Diskussion über Schuld. Geburtstag. In: KAUFMANN, A.; BAUMANN, G. et al. (Org.). **Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht in**: Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. München: C. H. Beck, 1979, p. 279 ss. ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1981. ROXIN, C. Zur Problem atik des Schuldstrafrechts. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 96, 1984, p. 641 ss. ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 104, 1987, p. 356 ss. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal. **Cuadernos de Política**

b') Posición actual

En su formulación actual, desarrollada en su tratado, Roxin hace una síntesis de los conceptos “culpabilidad” y “responsabilidad”, que unas veces aparecen separados, pero en su concepción global el primero es integrante del segundo⁸⁸. En cualquier caso, para la “responsabilidad” jurídicopenal en sentido amplio considera necesarias, primero la “culpabilidad” basada en la accesibilidad o apelabilidad normativa, y segundo la “necesidad preventiva de sanción penal”, “necesidad preventiva de pena” o “necesidad de prevención”⁸⁹, lo que también se puede denominar “responsabilidad” en sentido estricto –puesto que aquí se trata de las “causas de exclusión de la responsabilidad”– como categoría determinada por la necesidad preventiva de pena (más exactamente, por no faltar las necesidades preventivas de pena), tal como empezó a sostener en 1970, y que va desarrollando en el examen de las diversas causas de “exclusión de la responsabilidad”, que son las usualmente llamadas causas de exculpación o disculpa⁹⁰. Pero Roxin ahora ya

Criminal. n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 671 ss. ROXIN, C. **Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschliessungsgründen.** **Juristische Schulung**, v. 28, n. 6, 1988, p. 425 ss. ROXIN, C. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. In: **Cuadernos de Política Criminal**, n. 46, 1992, p.169 ss. ROXIN, C. Das Schuldprinzip im Wandel in: Strafrechtsgerechtigkeit. In: WINFRIED, H.; NEUMANN, U. **Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70.** Heidelberg: C. F. Müller, 1993, p. 519 ss. ROXIN, C. **Dogmática penal y política criminal.** Traducción: Manuel Abanto Vázquez. Lima: Idemsa, 1998, p. 169 ss. ROXIN, C. Zur kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems. In: ALBRECHT, H.-J.; DÜNKEL, F. et al. (Org.). **Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70.** Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1998, p. 885 ss. ROXIN, C. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen Können und Zumutbarkeit. In: KREUZER, A.; OTTO, H. et al. (Org.). **Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck.** Mönchengladbach, 1999, p. 385 ss. ROXIN, C. In: BEMMANN, G.; SPINELLIS, D. (Org.). **Strafrecht, Freiheit, Rechtsstaat:** festschrift für Georgios Alexandros Mangakis. Athens: Sakkoulas, 1999, p. 237 ss. Utiliza la “accesibilidad normativa” desde ROXIN, C. Zur Problematik des Schuldstrafrechts. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 96, 1984, p. 652 s. ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 104, 1987, p. 369. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal. **Cuadernos de Política Criminal.** n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 685.

⁸⁸ En efecto, la Sección 5. del libro se denomina “Culpabilidad y responsabilidad” como dos conceptos en paridad, pero a continuación le da cierto carácter globalizador a la responsabilidad como integrado también por la culpabilidad al dedicar el § 19 a “Cuestiones básicas de la teoría de la responsabilidad” y comenzar su apartado I con “Culpabilidad y necesidad preventiva como presupuestos de la responsabilidad jurídicopenal”. Cf. ROXIN, C. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19; ROXIN, C. **Derecho penal:** parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19.

⁸⁹ ROXIN, C. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/3, 7, 5. ROXIN, C. **Derecho penal:** parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/3, 6, 4.

⁹⁰ Cf. ROXIN, C. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 20-22. ROXIN, C. **Derecho penal:** parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/1, 3 ss.

acepta sin reticencias como primer requisito la culpabilidad, entendida como accesibilidad normativa basada en la libertad de determinación y actuación como aserción normativa.

c') Accesibilidad normativa como culpabilidad

Según el criterio de Roxin culpabilidad es “actuación injusta pese a la existencia de accesibilidad normativa”; según esto la base o fundamento material de la culpabilidad es la accesibilidad normativa o accesibilidad a la norma (“*normative Ansprechbarkeit*”, término formulado por primera vez por Noll⁹¹, en otras posibles traducciones abordabilidad, apelabilidad, reclamabilidad por la norma o normativa⁹², por tanto accesibilidad por la norma desde una perspectiva: el sujeto es accesible, apelable, abordable por la norma; accesibilidad a la norma desde una segunda perspectiva: la norma es accesible para el sujeto, puede acceder a ella), es decir, que el sujeto “según su constitución espiritual y anímica estaba disponible en el momento del hecho para la llamada de la norma”, que “(aún) le eran psíquicamente accesibles posibilidades de decisión por una conducta

⁹¹ NOLL, S. Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft. **Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70.** Berlin: Duncker & Humblot, 1966, p. 219; así lo destaca ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil.** 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/36 n. 86. ROXIN, C. **Derecho penal:** parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/34 N. 69.

⁹² El sustantivo *Ansprechbarkeit*, derivado del adjetivo *ansprechbar* (donde los sufijos alemanes *-barkeit* y *-bar* equivalen a los españoles *-bilidad* y *-ble*), tiene una bastante difícil traducción. El verbo *ansprechen*, de donde ambos provienen, significa, con diversos matices, dirigir la palabra a alguien, acercarse para hablarle, abordarle, apostrofarle, apelarle, llamarle, reclamarle o requerirle. Entonces *normative Ansprechbarkeit* se puede traducir, desde una perspectiva activa del sujeto, como la accesibilidad a la norma, ser o estar accesible a la llamada o apelación de la norma y en efecto ROXIN, C. **Strafrecht: Allgemeiner Teil.** 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19 nm 36. ROXIN, C. **Derecho penal:** parte general. Tomo I Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/34, utiliza el término alemán “accesible”, o sea “*zugänglich*”: al sujeto le eran psíquicamente aún accesibles las posibilidades de decisión: “*ihm Entscheidungsmöglichkeiten... psychisch noch zugänglich waren*”); y desde una perspectiva más bien pasiva del sujeto, como abordabilidad, apelabilidad, reclamabilidad o requeribilidad por la norma, es decir, ser el sujeto abordable por la norma o susceptible de que la norma le apele, le llame, le reclame o le requiera. FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Direito penal:** parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 520 lo traduce como “apelabilidad normativa”. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, en su traducción de esta parte del manual de ROXIN (ROXIN, C. **Derecho penal:** parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 § 19/34 ss.), ha utilizado la expresión “asequibilidad normativa”, e igual DEMETRIO CRESPO, E. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. **Revista General de Derecho Penal**, n. 8, 2007, p. 16 y yo mismo he utilizado indistintamente asequibilidad y accesibilidad en LUZÓN PEÑA, D.-M. **Anuario de derecho penal y ciencias penales.** Tomo 42. n. 1, 1989, II 3. a 1 y b 2, 3º y 4º párr, tb nota 130. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Curso de derecho penal:** parte general. Madrid: Universitas, 1996, IV 1. a, IV 2. a, y b 1, 3º, pero me parece preferible “accesibilidad”, aunque frecuentemente se utilizan como sinónimos, porque asequible es lo “que puede conseguirse o alcanzarse”, mientras que “accesible” significa “que tiene acceso” a algo, en este caso a la norma y a la llamada o apelación de la norma o, si se quiere, que la norma tiene acceso a él.

orientada conforme a la norma”, que “la posibilidad... psíquica de control que existe en el adulto sano en la mayoría de las situaciones, existía en el caso concreto”; e indica que “no se trata de una hipótesis indemostrable [sobrentendido: como la libertad], sino de un fenómeno científico empírico” como prueban la psiquiatría y la psicología⁹³. Pero ROXIN añade que la accesibilidad normativa y consiguiente culpabilidad “parte de” la base de que “el sujeto posee también capacidad de comportarse conforme a la norma”, porque “se le trata como libre”, o sea, porque hay una “suposición de libertad”, que “es una aserción normativa” o premisa, suposición o disposición normativa, y ya hemos visto que, aunque sigue señalando que la libertad en el caso concreto es indemostrable experimentalmente, la fundamenta doblemente: en el dato empírico-sociológico de la aceptación y convicción social general de la existencia de libertad, en la que descansa la organización social, y la recepción jurídica y constitucional casi universal de esa convicción⁹⁴. Con lo cual, su concepción es predominantemente normativa, aunque también con fundamentos empíricos, por tanto mixta, empírico-normativa⁹⁵. Hay que subrayar que la accesibilidad

⁹³ Esta afirmación y todo el planteamiento inicial en ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19 nm 36. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 § 19/34. Ya he señalado, *supra* II 4 c 2, que así planteado, el criterio de la accesibilidad normativa podría parecer un criterio empírico, fáctico, sin contenido normativo; es más, ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006,, § 19/36 n. 86; ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/34 n. 69, indica que el criterio se halla en la tradición de Franz von Liszt, quien caracterizó la imputabilidad como “determinabilidad normal por motivos”, y éste es de carácter empírico o fáctico; sin embargo, como ya anticipé y a continuación repito, el criterio de ROXIN es empírico-normativo al vincularlo a la libertad de voluntad.

⁹⁴ Cf. sobre todo ello ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/36 ss., p. 41-46. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 § 19/34 ss., p. 38 s.; ya antes p.ej. en ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 104, 1987, p. 356 ss. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal. **Cuadernos de Política Criminal**. n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 671ss. V. ampliamente en detalles *supra* II 4 d 1 c'. ROXIN formula su concepto de accesibilidad normativa ya en ROXIN, C. Zur Problematik des Schuldstrafrechts. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 96, 1984, p. 652 s. ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 104, 1987, p. 369. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal. **Cuadernos de Política Criminal**. n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 671 ss. ROXIN, C. In: BEMMANN, G.; SPINELLIS, D. (Org.). **Strafrecht, Freiheit, Rechtsstaat**: festschrift für Georgios Alexandros Mangakis. Athens: Sakkoulas, 1999, p. 237.

⁹⁵ Así ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/46. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/39: “la culpabilidad es un dato mixto empírico-normativo”, y todos los lugs. cit. en nota anterior. Ya antes de hablar de accesibilidad normativa, en ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**: problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27 s. Ibidem, p. 54. V. *supra* n. 70.

“parte de la libertad”, por tanto accesibilidad a la norma no significa sólo que el sujeto puede conocer y comprender el mandato, normalmente prohibición, de la norma penal y percibir la prohibición y la amenaza de pena como posible motivación de su conducta, pero sin que ello signifique afirmar que el delincuente podía decidir conforme a la motivación normativa (porque se cree que no o no se sabe), sino que significa además que el sujeto normal puede, es libre de, si quiere, determinarse según la norma, es decir, decidir y actuar de otro modo a como actuó, actuar de modo lícito en vez de ilícito; por tanto la accesibilidad normativa de Roxin equivale materialmente al criterio de la libre capacidad de autodeterminación^{96 97}.

d') Valoración

En una estimación de conjunto de toda la construcción de Roxin, merece valoración positiva que haya llegado a la posición de admitir con claridad la culpabilidad, su criterio material de la accesibilidad normativa o apelabilidad normativa, que es una interesante aportación al entendimiento del funcionamiento de los mecanismos de la capacidad de determinarse por las normas, que ambas, culpabilidad y accesibilidad, las base en la libertad de voluntad como categoría socialmente aceptada y como aserción normativa, y que considere que la culpabilidad no sólo es límite, sino también fundamento de la pena. Sólo no me parece compatible su tesis de reducir la culpabilidad a la accesibilidad normativa y no considerar terminológica o conceptualmente que se puede seguir hablando de exclusión de la culpabilidad en las eximentes que trata como excluyentes de la responsabilidad. En efecto, la cuestión es más discutible en cuanto a su nueva categoría de la “responsabilidad”, cuestión que aquí no vamos a tratar.

⁹⁶ Criterio que defiende FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Liberdade, culpa, direito penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983, p. 65 ss. (a favor de la libertad de voluntad en 55 ss.). FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Direito penal: parte geral: Questões fundamentais, a doutrina geral do crime**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 522-524. Pero mientras que ROXIN se refiere a la accesibilidad y libre posibilidad de determinación por la norma en el hecho concreto, recuérdese (v. *supra* n. 29) que Figueiredo Dias reconduce la libertad sobre el hecho a la libertad de decisión sobre el carácter, sobre su modo de ser (culpabilidad por el carácter), diciendo in *Ibidem*, p. 524 que la elección de la acción concreta “tiene que ser reconducida a una decisión a través de la cual el hombre se decide a sí mismo, creando su propio ser... El hombre determina su acción a través de su libre decisión sobre sí mismo”.

⁹⁷ Nótese por último que esta concepción de la culpabilidad, aunque no emplea el término reprochabilidad, en el fondo coincide con ese criterio, puesto que “actuar de modo injusto pese a la accesibilidad normativa”, que supone libertad para haber podido determinarse por la norma y no de modo antijurídico, evidentemente implica la reprochabilidad individual de esa actuación, sólo que la caracterización de Roxin precisa y profundiza bastante más en la formulación del fundamento de la reprochabilidad, o sea del concepto material de culpabilidad.

III POSICIÓN PERSONAL: REPROCHABILIDAD JURÍDICA-PENAL INDIVIDUAL Y VALORACIONES NORMATIVAS

1 LA REPROCHABILIDAD JURÍDICA-PENAL INDIVIDUAL Y SUS BASES

En mi opinión – y abandonando la posición que mantuve en obras anteriores de basar la culpabilidad, concebida de modo neutro como responsabilidad personal, exclusivamente en la motivabilidad normal y en la no necesidad de prevención general ante la inculpabilidad –, es correcta la muy mayoritaria *concepción normativa de la culpabilidad*, entendiendo ésta como *reprochabilidad jurídica-penal individual del hecho* típico. Lo primero que hay que destacar es que el concepto no está impregnado, como a veces se afirma, de una indeseable connotación moralizante, y menos metafísica o religiosa⁹⁸: se trata de reprochabilidad jurídica, desde valoraciones jurídicas, y concretamente jurídica-penal⁹⁹ (reprochabilidad que tiene incluso su confirmación en el Derecho positivo español dentro de la LORPM¹⁰⁰), porque se trata de si al sujeto se le puede reprochar, y lo merece,

⁹⁸ Cf. sobre el rechazo al reproche moralizante e incluso religioso vinculado a la retribución BRAUNECK, A.-E. Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines Strafgesetzbuches. In: **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform**, v. 41, 1958, p. 129. ROXIN, C. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. **Juristische Schulung**, 1966, pp. 377. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 14. Sobre la acusación de metafísica como la libertad o poder actuar de otro modo ROXIN, C. Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 81, Berlin, 1969. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 54. MUÑOZ CONDE, F. Über den materiellen Schuldbegriff. Heidelberg: Goldammer's Archiv für Strafrecht, 1978, p. 68. ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981, p. 23. MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 351. MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/41.

⁹⁹ Lo destaca CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. v. III. Madrid: Tecnos, 2001, p. 42. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 758 ss.

¹⁰⁰ En efecto, hay que destacar que incluso en el Derecho penal de los menores la regulación española de la LORPM, precisamente porque considera que no son totalmente inimputables los mayores de 14 y menores de 18 años, habla reiteradamente de la reprochabilidad de sus conductas: así el art. 14.1 permite la modificación de la medida impuesta “siempre que la modificación redunde en el interés del menor y se exprese suficientemente a éste *el reproche merecido* por su conducta”, el art. 23.1 considera que la instrucción del Fiscal tendrá como objeto entre otros “valorar la participación del menor en los hechos para *expresarle el reproche que merece* su conducta” y el art. 27.4 permite “no continuar la tramitación del expediente en interés del menor, por haber sido *expresado suficientemente el reproche* al mismo a través de los trámites ya practicados”, el 51.2 permite la sustitución de la medida si la conciliación “y el tiempo de duración de la medida ya cumplido expresan suficientemente *el reproche que merecen* los hechos cometidos por el menor” y el art. 50.3 entiende que el quebrantamiento de medida por el menor como infracción “*merecedora de reproche* sancionador”.

desde la perspectiva penal la comisión de un hecho como delictivo, y naturalmente que se le puede formular un reproche social y jurídico al sujeto por haber cometido un hecho criminal, delictivo si es responsable de ello; por lo demás, no se puede desconocer que ciertamente el reproche jurídico-penal y social de ser responsable de un delito implica también generalmente una connotación de reproche ético¹⁰¹, ya que, aunque no todas las conductas inmorales son ilícitos jurídicos ni menos ilícitos penales, a la inversa la gran mayoría de las conductas delictivas, si están bien seleccionadas por su dañosidad social, son al tiempo conductas inmorales, atentatorias contra la ética social. Tal reprochabilidad jurídica-penal individual se basa en la libertad de decisión y actuación del sujeto, en su posibilidad de acceder a las normas y de determinarse normalmente por ellas y en la exigibilidad penal individual basada en valoraciones normativas que no hagan comprensible, explicable o disculpable su infracción en la situación concreta.

2 LIBERTAD: FUNDAMENTO EMPÍRICO Y NORMATIVO. LIBERTAD COMO PRESUPUESTO VOLITIVO DE LA POSIBILIDAD DE DETERMINACIÓN POR LA NORMA

a) La aceptación de la autoconvicción social de la libertad de decisión de los humanos salvo en condiciones anormales

En cuanto a la libertad de decisión y actuación conforme a lo decidido o poder actuar de otro modo, lo que abreviadamente se denomina libertad de voluntad, que constituye el *presupuesto volitivo de la posibilidad humana de determinación por la norma*, es decir de que la voluntad consciente del hombre tiene capacidad de elegir entre posibilidades, y concretamente en el caso del delito, de controlar sus impulsos y condicionantes, de frenar y reprimir sus tendencias e intereses antisociales e ilícitos y por tanto de motivarse y determinarse conforme a la norma penal, aunque haya optado por infringirla, cabe decir lo siguiente:

Si empíricamente no es verificable la libertad de un ser humano en el hecho concreto, pero exactamente igual que tampoco lo es la hipótesis del determinismo de que el hombre obra siempre sin libertad, totalmente determinado por causas o motivos que no controla, y si los pretendidos intentos de comprobación científica de la falta de

¹⁰¹ Igual CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. v. III. Madrid: Tecnos, 2001, p. 42. Idem Derecho penal: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p.758 s. ciertamente son diferentes, pero “se trata de dos conceptos íntimamente relacionados”.

libertad humana son inadecuados precisamente por querer tratar la realidad humana y social como si fuera un fenómeno de la naturaleza, entonces resulta *más convincente y adecuado en el campo de la valoración y regulación jurídica penal de la actuación humana en sociedad partir de la base de la que parten tanto la sociedad, la inmensa mayoría de los humanos, como las normas sociales y jurídicas* de modo prácticamente universal: partir de que *el ser humano maduro y mentalmente sano en situación normal tiene libertad para decidir y actuar de un modo u otro*, cumpliendo las normas o infringiéndolas, y por eso es responsable en caso de infracción.

Además hay que destacar que la discusión sobre si no es demostrable la libertad de voluntad se suele plantear pensando en crímenes o delitos muy graves como los de sangre, violentos o los sexuales, donde ciertamente puede surgir la duda de si el hecho no ha sido determinado más bien por impulsos inconscientes o incontrolables que por la voluntad consciente, y efectivamente a veces se da excepcionalmente una situación anómala así que puede excluir o disminuir la culpabilidad, pero, aunque esto no se suele destacar en la discusión, resulta bastante fuera de lugar dudar de la libertad de decisión del sujeto en la mayoría de los delitos de mediana o menor gravedad, como fraudes, falsedades, delitos fiscales, medioambientales, urbanísticos, corrupción de funcionarios como cohecho o tráfico de influencias etc., en los que no tiene sentido hablar de impulsos inconscientes o incontrolables como motivación de la actuación, sino que es evidente que esta responde a cálculos e intereses egoístas y por tanto a decisiones racionales, por lo que resulta totalmente inadecuado y hasta ridículo plantear en ellos la tesis de que no es cierto o al menos no es demostrable que sus autores fueran libres para haber podido dejar de cometer el delito y por tanto no les es reprochable.

b) Respuesta a las posiciones deterministas y, en particular, a las tesis mayoritarias en las neurociencias

Es cierta la indemostrabilidad empírica, mediante experimentos, del libre albedrío de alguien concreto: es irreplicable la situación del sujeto en el momento del hecho y no se puede reproducir después exactamente igual para comprobar si alguna otra vez decide reaccionar de otra manera, porque ya tiene experiencia, memoria, conocimiento y valoraciones previas de la situación anterior, pero además porque ser humano tiene inteligencia y razón y no sabemos si su valoración y ponderación de lo último sucedido pesará como motivo más. Pero es que eso mismo es lo que impide comprobar experimentalmente la determinación necesaria y automática de la actuación del hombre como pretende el determinismo: en efecto, no se puede repetir una vez tras otra, como en los experimentos de laboratorio, exactamente la misma situación del sujeto que cuando cometió el hecho para comprobar esta vez si siempre reacciona idénticamente e inferir de ahí que no podía actuar de otro modo, pues la situación humana nunca será la misma, dado que el individuo cada vez tiene

la experiencia de lo anterior y sus consecuencias, ha podido valorarlo y ha tenido otras experiencias en el intervalo. Además, la comprobación segura de la hipótesis determinista exigiría tener la comprobación no en un sujeto concreto, o en unos cuantos, a modo de muestra sociológica, sino en la totalidad de los humanos y eso es imposible.

Por otra parte no se puede admitir en absoluto una pretendida validez universal de parciales y aislados experimentos de las *neurociencias* sobre los impulsos neuronales, máxime cuando en gran parte se producen en comprobaciones con patologías o incluso daños cerebrales, y menos la validez de las inferencias que de ellos se quieren extraer de que sólo las capas profundas neuronales determinan realmente el actuar humano y le imponen totalmente su decisión a la parte cerebral donde radican la conciencia y voluntad, con lo que toda la percepción que los humanos tenemos de que en situación normal elegimos y decidimos consciente y voluntariamente no sería más que un espejismo, una vana ilusión¹⁰². Por eso el determinismo se remite como argumento de peso, no a la comprobación empírica, sino a la validez universal de una ley natural, la ley de la causalidad; así dice MIR¹⁰³ que “resulta imposible demostrar científicamente la existencia de la pretendida desvinculación de la voluntad humana de la ley de la causalidad, según la cual todo efecto obedece a una causa”, y en consecuencia sostiene, como vimos, el “postulado determinista según el cual nadie pudo actuar de otro modo a como lo hizo”¹⁰⁴. Y en las neurociencias se afirma lo mismo: así sostiene Singer que, dado que las neurociencias proporcionan crecientemente pruebas convincentes de que los cerebros humano y animal apenas se diferencian y que su evolución, su constitución y sus funciones obedecen a los mismos principios, y no tenemos razones para dudar que en el caso de los animales todo comportamiento está completamente determinado, descansa en funciones cerebrales y

¹⁰² Así ROTH, G. **Fühlen, Denken, Handeln**: wie das Gehirn unser Verhalten steuert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003, p. 553. SINGER, W. Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen. In: GEYER, C. (Org.). **Hirnforschung und Willensfreiheit** - Zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt: Suhrkamp, 2004, p. 43-48 ss. PRINZ, W. **Kritik des freien Willens**: Bemerkungen über eine soziale Institution. In: Psychologische Rundschau. v. 55, n. 4, 2004, p. 198 ss. Cf. DEMETRIO CRESPO, E. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, v. 2. Barcelona, 2011, p. 55 ss. En contra de estas tesis hay que recordar (v. n. 69) que, como destaca a ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/44, el iniciador de esta posición en la neurobiología, LIBET, B. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER, C. (Org.). **Hirnforschung und Willensfreiheit**: zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004, p. 268-77 ss. acaba destacando que la voluntad consciente puede bloquear el impulso surgido de procesos neuronales inconscientes: “la voluntad consciente influye el resultado del proceso de voluntad, aunque este último fue introducido por procesos cerebrales inconscientes”.

¹⁰³ MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/40.

¹⁰⁴ Ibidem, 20/52.

por consiguiente está sometido a las leyes deterministas de procesos psico-químicos, la afirmación de la dependencia material del comportamiento debe valer también para los seres humanos¹⁰⁵.

Sin embargo, esta pretendida cuasi-igualdad de los cerebros animales y el humano no se basa en pruebas irrefutables y comprobadas en todos los humanos en comparación con todos los animales (¿incluyendo las formas menos desarrolladas? ¡!) ni tampoco en una argumentación lógica incontestable, sino que más bien se basa en un pre-juicio firmemente asentado en muchos de estos científicos experimentales, el de que nada en el mundo, ni las fuerzas de la naturaleza, ni los animales ni los humanos, puede sustraerse a las leyes de la causalidad¹⁰⁶ (ciega) y por tanto ningún ser puede obrar de modo distinto a como lo hace, por estar determinado a ello por causas que no controla, es decir la tesis del determinismo. Pero ocurre que, aunque por supuesto que otros motivos, impulsos y condicionantes previos y actuales influyen en el actuar humano, éste cuenta también con un factor que no concurre en los fenómenos naturales o en los movimientos animales: la voluntad racional, con la libertad de elección y decisión por la misma, y ésta también puede ser causa, y la causa decisiva y determinante del acto humano como efecto de tal causa. Los seres humanos, a diferencia de los restantes animales y de las fuerzas naturales, al tener inteligencia y razón, y además poseer, salvo perturbaciones o desviaciones graves, también conciencia moral, que les hace valorar el significado de los actos como bueno o malo, han desarrollado la capacidad de sustraerse a la ley causal ciega de la naturaleza,

¹⁰⁵ Así SINGER, W. Verschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen. In: GEYER, C. **Hirnforschung und Willensfreiheit**: Zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt: Suhrkamp, 2004, p. 37. Argumentando nuevamente con la similitud con la conducta animal, SINGER, W. Ibidem, p. 35. Ibidem, p. 31 ss., sostiene que, igual que no tenemos problemas en reconocer que el comportamiento animal está completamente determinado, tendríamos que aceptar que cada acción viene dada necesariamente por una combinación entre la constelación que origina el estímulo actual y los estados cerebrales inmediatamente anteriores, y que éstos están determinados a su vez por la organización genética previamente dada del respectivo sistema nervioso, por la multitud de factores epigenéticos y procesos educativos que modifican la arquitectura de las cadenas nerviosas, y finalmente por la historia previa inmediata, que resuena en la dinámica de la interacción neuronal. Citándolo y exponiendo ampliamente su posición DEMETRIO CRESPO, E. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, v. 2. Barcelona, 2011, p. 10-11 ss.

¹⁰⁶ Este mismo prejuicio de orientación se detecta en PRINZ, W. Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution. **Psychologische Rundschau**, v. 55, n. 4, 2004, p. 198 cit. por DEMETRIO CRESPO, E. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre Neurociencias y Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, v. 2. Barcelona, 2011, p. 7. Ibidem, p. 11, cuando dice que hablar de libertad de voluntad desde el punto de vista de la Psicología es como desde el punto de vista de la Zoología hablar del unicornio, es decir, algo que no existe en la ontología de la disciplina, es por tanto un mero constructo teórico social y cultural.

incluyendo en gran medida a sus instintos e impulsos profundos y a su disposición y modo de ser¹⁰⁷, de poder por el contrario controlar la naturaleza y dominarla cada vez en mayor medida, de poder valorar tanto utilitaria como moralmente y de poder elegir y decidir entre posibles efectos, tanto en lo cotidiano y menos importante, como en lo más importante y trascendente. Y esto es algo que efectivamente comprueban hace mucho tiempo tanto la antropología¹⁰⁸ como la psicología¹⁰⁹, de modo por cierto totalmente coincidente con la convicción social absolutamente dominante y constatable sociológicamente, a saber que el aparato psíquico-espiritual humano posee, junto a pasiones, instintos, impulsos incluso inconscientes, con su fuerza (que a veces puede ser patológica y excesiva), una instancia consciente, lo que el psicoanálisis denomina el “yo”, en donde radica la inteligencia, la consciencia y la conciencia de los valores, la voluntad y su capacidad de control de los impulsos y deseos y de elegir y decidir la actuación; y poco a poco se va descubriendo trabajosamente las partes cerebrales en que se asienta la posibilidad física de esos procesos psíquicos, pero lo que es comprobable de modo totalmente general es que en los sujetos normales y en circunstancias no anormales la voluntad consciente tiene capacidad de controlar los impulsos y de decidir lo que prefiere.

¹⁰⁷ MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, 20/40, tras invocar la sujeción de la voluntad humana a la ley de la causalidad, reconoce ciertamente: “Aun admitiendo que la decisión humana no se explica como mero producto mecanicista, es razonable pensar que sí se halla determinada, en cambio, por la concurrencia de los distintos factores, en parte *normativos*, que concurren en el *proceso de motivación racional* conforme a sentido”, pero a continuación explica del modo siguiente cuáles son esos factores: “la disposición hereditaria y el medio dan origen, al confluir, a una personalidad determinada que reacciona de una determinada forma ante cada situación motivacional y en definitiva no puede dejar de decidirse por el motivo que según su modo de ser –del que no es libre– en el momento concreto e irreplicable le parece preferible por la razón que sea y en el sentido (incluso irracional) que sea”; con lo que resulta que lo decisivo es la personalidad determinada originada por la disposición hereditaria y el medio, que reacciona según su modo de ser no libre y no puede dejar de decidirse de otro modo a como lo hizo, es decir que la decisión sí es un producto determinado de un modo complejo pero mecanicista al fin y al cabo.

¹⁰⁸ Cf. obras cit. *supra* en n. 74. Pese a insistir siempre en la indemostrabilidad científico-natural de la libertad de voluntad, ROXIN, C. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. **Juristische Schulung**, 1966, p. 377 ss. ROXIN, C. Sentido y límites de la pena estatal. In: **Problemas básicos en el derecho Penal**. Traducción: Diego Manuel Luzon Penã. Madrid: Editorial Reus, 1976, p. 27, destaca (invocando en n. 23 la aplicación por LANGE de las investigaciones antropológicas al Derecho penal) “el hecho de que los hombres – de acuerdo con su relativa ‘ligazón a los instintos’ y con la ‘apertura al mundo’ condicionada por lo primero y necesitada de orientación por unas normas– existen en todos los tiempos con la conciencia de la libertad y responsabilidad, y de que materialmente no pueden por menos de conformar su vida en común según proyectos conforme a un sentido”, por lo que en 28 dice que “el concepto de culpabilidad, que en cuanto realidad experimental no se puede discutir”; y en 13 resume: “las recientes investigaciones antropológicas han puesto de manifiesto que no existe una determinación biológica general del hombre (al contrario que en el animal) y que esa relativa falta de esquemas instintivos fijos es sustituida por modelos de conducta culturales principalmente”.

¹⁰⁹ CEREZO MIR, J. Curso de derecho penal español parte general. v. III. Madrid: Tecnos, 2001, p. 48 s. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 757.

La libertad de decisión consiste en la capacidad, que se va adquiriendo progresivamente en el proceso de maduración, educación y socialización, de ser, gracias a la capacidad racional de motivación y autocontrol, *dueño de los propios actos* – naturalmente dentro de límites de lo humanamente factible –, en vez de un mero juguete de las circunstancias, los impulsos inconscientes y demás condicionantes¹¹⁰, salvo cuando concurren condiciones o circunstancias totalmente anormales que impiden o perturban dicha capacidad de la voluntad consciente. Este dominio de los propios actos y control de los impulsos y emociones profundas es algo que, como es sabido, se puede adquirir paulatinamente con el uso de medios como fármacos o sustancias, o de diversas técnicas de ayuda psico-fisiológica como terapias y entrenamiento de conducta, yoga, meditación profunda o introspección.

Es por ello esencialmente correcto el planteamiento doctrinal del fundamento mixto: empírico – sociológico, antropológico y psicológico – y normativo de la libertad humana como base de la culpabilidad. Y de ese modo se puede prescindir de la no demostrabilidad mediante experimentos o mediante comprobaciones físico-químicas-biológicas de la libertad o no libertad de todo y cada hombre en cada actuación concreta: hay que volver a insistir un siglo después en algo que puso de relieve la concepción neoclásica del delito basándose en aportaciones del neokantismo y la filosofía de los valores, a saber que el método de las ciencias naturales (aparte de la matemática, la experimentación física, química y derivados biológicos, fisiológicos etc.) no es adecuado para comprender los objetos de los que se ocupan las “ciencias del espíritu”, o sea las ciencias humanas y sociales, en los que esa corriente destacó que hay que tener en cuenta peculiaridades humanas y sociales, entre otras cosas valores, elementos de sentido y normativos¹¹¹. Y, como destaca certeramente ROXIN¹¹², se puede prescindir también de tomar partido a efectos

¹¹⁰ Y por cierto: el uso de la racionalidad y la razón presupone también, entre otras cosas, que se pretende influir con la fuerza racional y plausibilidad de los argumentos para convencer a los otros. Si no fuera así, carecería de sentido toda discusión pretendidamente racional y razonable en la ciencia, la lógica, la filosofía, la política, etc.: ¿para qué se esfuerzan p. ej. los neurocientíficos y los deterministas en convencer a los demás en esta materia, si resulta que la decisión de adoptar una u otra posición al respecto no va a ser tomada racionalmente por la voluntad consciente, sino determinada totalmente y adoptada en cualquier caso ya antes por impulsos inconscientes, incontrolables y no accesibles a la argumentación racional?

¹¹¹ Cf. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Curso de derecho penal**: parte general. Madrid: Universitas, 1996, p. 230 ss. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Lecciones de derecho penal**: parte general. 3. ed. amp. y. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2016, 9/26 ss.

¹¹² Cf. ROXIN, C. **Sentido y límites de la pena estatal**. Problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 27 s. ROXIN, C. **Problemas básicos del derecho penal**. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976, p. 53 s. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/37-46. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997 § 19/35-39.

de culpabilidad en la polémica indeterminismo/determinismo, respecto de la cual en el campo filosófico y teórico-cognoscitivo cada uno se inclinará por lo que le parezca más convincente, ya que a efectos de la convivencia de los hombres en sociedad, y por tanto a efectos de resolver un problema humano-social como la culpabilidad por el delito, ya toman partido a favor de la existencia de la libertad de decisión y actuación por una parte la propia sociedad y su convicción, apoyada por ciencias humanas, y por otra el Derecho.

c) Base en la autoconvicción social de la libertad de decisión humana y su aceptación por las ciencias humanas y sociales

En efecto, por una parte tienen razón todos los que afirman que la aceptación en circunstancias normales de la libertad de la voluntad de las personas para decidir y actuar se basa empíricamente de entrada en la conciencia, percepción, experiencia y convicción prácticamente universal de los humanos de que, aun teniendo condicionantes por su modo de ser, circunstancias, impulsos o pasiones, los hombres en circunstancias no excepcionales o anormales, usando su razón y teniendo en cuenta su conciencia o su conveniencia, son capaces no sólo de acceder a las normas, conocerlas, comprenderlas y motivarse por ellas, sino también capaces y libres para controlar con su voluntad consciente sus impulsos, tendencias o preferencias y para decidir actuar de un modo u otro, en el caso de los hechos delictivos de modo contrario o conforme a las normas penales y para actuar conforme a esa decisión. Y esa convicción y experiencia humanas se reflejan en las pautas, normas sociales y organización de la vida comunitaria, que reconocen y respetan a los individuos como personas con su dignidad precisamente porque se los reconoce como seres libres y con la responsabilidad que de ahí se deriva (lo que luego tiene su correlato y reflejo en la normación jurídica): Pues, por una parte, la educación y los mecanismos sociales y jurídicos de contención de hechos gravemente antijurídicos no funcionarían si las personas supieran que no se les va a considerar seres libres y responsables de las infracciones que cometan (cfr. *supra* texto corresp. a n. 76), lo que tendría un efecto catastrófico tanto para las exigencias de justicia como para la eficacia mínima de la prevención general (de intimidación y de respeto y convicción) como medio de protección de bienes jurídicos; es más, la mayoría de los delincuentes, especialmente los autores de los delitos más graves como asesinos, genocidas, terroristas, violadores, etc., estarían muy satisfechos, se burlarían y se crecerían ante el panorama de una sociedad y un ordenamiento que consideraran que, con seguridad o posiblemente, los “pobres” no actuaban libremente al delinquir y por ello no se les podía reprochar nada ni considerarlos culpables, responsables, sino que a lo sumo habría que ponderar si aplicarles una medida de seguridad. Y por otra parte, si por el contrario, precisamente para evitar ese efecto desastroso, se exigiera responsabilidad penal de todos modos a personas no consideradas como libres en su actuación, los ciudadanos no entenderían ni aceptarían como justa la exigencia de la responsabilidad más grave si

se aplicara a seres que no podían actuar de otro modo o de los que no sabemos si podían actuar de otro modo. Y sobre las valoraciones y convicciones sociales hay que añadir por último que, igual que los propios delincuentes no entenderían y se burlarían de ello, la misma incomprensión absoluta, pero en este caso con rechazo social activo, se produciría en la sociedad ante un sistema social y jurídico que de modo general no considerara libres y responsables de sus delitos a los delincuentes por muy normales que sean y que se abstuviera por ello de reprocharles penalmente sus delitos (y reaccionara a lo sumo en algunos casos de peligrosidad con medidas de seguridad neutras); ello produciría indignación en el caso de los delitos más graves, pero también habría una total incomprensión social en el caso de la mayoría de los delitos medianos y menos graves, pues, como hemos visto (*supra* III 2 a), en ellos socialmente (desde las concepciones valorativas, éticas y jurídicas de la sociedad) se consideraría hasta ridículo negar la libertad de decisión de los que los cometen. Por todo ello tales premisas de existencia de libertad de decisión y capacidad de control de sus actos en las personas normales son indispensables para el funcionamiento de la organización social y normativa que conocemos¹¹³. Todo esto es no sólo susceptible de una elemental verificación sociológica, sino que la aceptación de la libertad está corroborada coincidentemente por las indicadas comprobaciones de la antropología y la psicología sobre las peculiaridades del actuar humano¹¹⁴.

d) La libertad como base de las normas constitucionales y jurídicas

Y por otra parte, y esto es decisivo, todos los ordenamientos jurídicos mínimamente avanzados, históricamente y desde luego en la actualidad, parten de la libertad de decisión y actuación y de la consiguiente responsabilidad de los seres humanos normales en circunstancias normales, y tienen esa posición precisamente coincidiendo con y basándose en el abrumador dato sociológico de las percepciones, convicciones y necesidades sociales, de los humanos y en la confirmación por los indicados datos antropológicos y psicológicos;

¹¹³ Así CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. v. III. Madrid: Tecnos, 2001, p. 41. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 758, que como ya vimos (cf. *supra* n. 71, 75 y 76) insiste en que el Derecho no puede ignorar la conciencia de la libertad de los ciudadanos y su visión del mundo y de sí mismos y por eso ha partido siempre de la concepción del hombre como persona y ser responsable, afirma: “Es difícil imaginar, incluso, que no lo hiciera y partiera de una concepción determinista del ser humano. Las normas serían concebidas únicamente como factores causales de posible influencia en la conducta de los ciudadanos. Ello resultaría tanto más desconcertante y disfuncional en cuanto los seres humanos se creen libres, tienen el sentimiento de la libertad de poder obrar en cada momento de un modo u otro [...]”. Ello es cierto, pero hay más que acabo de indicar: si las normas partieran de que el hombre no era libre y no podía actuar de otro modo al delinquir, los ciudadanos no considerarían justo, no comprenderían y rechazarían que se le declarara responsable y se le impusiera una pena, por lo que no funcionaría correctamente esta parte de la organización social y jurídica.

¹¹⁴ Cf. *supra* n. 74.

y ello tanto más en los ordenamientos jurídicos de supremacía constitucional y orientados al Estado de Derecho como son los del modelo occidental, en que se consagra a la libertad como un valor constitucional superior, quizás el inspirador de todo el edificio constitucional y jurídico. La Constitución Española de 1978 no sólo parte, como se suele destacar con más frecuencia, en el art. 10.1 de la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, lo que indudablemente presupone libertad y responsabilidad como reverso y por eso ese precepto conecta la dignidad con el libre desarrollo de la personalidad (ya que el ser humano posee dignidad inviolable y tiene valor único en sí mismo precisamente porque, a diferencia de otros objetos y seres, tiene razón, conciencia y libertad de voluntad), y se inspira también (art. 1.1 CE) en el Estado de Derecho, la justicia y la igualdad, en los que muchos quieren basar el principio de culpabilidad, sino que *está presidida e impregnada en sus pilares esenciales precisamente por “la libertad”*: ya nada menos que el art. 1.1 CE consagra “la libertad” como primer valor superior del ordenamiento jurídico, junto con la justicia y la igualdad (y el pluralismo político) pero antes que ellas, el art. 9.2 reconoce “la libertad e igualdad del individuo” y exige crear las condiciones para que sean reales, el art. 10.1 reconoce la dignidad de la persona y el “libre desarrollo de la personalidad” como fundamentos del orden político y la paz social, el Cap. II, Secc. 1.^a del Tít. I se dedica a los derechos fundamentales y “libertades públicas”, entre las cuales se protege en el art. 17 obviamente la “libertad” genérica, no sólo la libertad ambulatoria, sino toda la libertad de decisión y actuación, al igual que en los arts. 16 y 20 otras facetas básicas de la libertad personal como son la libertad de conciencia y la libertad de expresión e información, etc. Por su parte los Códigos Penales, entre ellos claro está el español, recogen títulos de delitos contra la libertad en general y contra otras facetas específicas de las libertades. Y la libertad que se reconoce, consagra y protege constitucional y jurídicamente comprende todos los aspectos o facetas de la misma, no sólo la libertad externa o ausencia de coacción o presión exterior sobre el hombre, en sus relaciones con otros y con el poder público, sino ya la propia libertad interna del ser humano, su libertad para decidir y actuar como quiera. Pero es más, es evidente que el CP español acoge la concepción de que el sujeto que delinque podría si quisiera haber actuado conforme a Derecho, cuando en las causas de inimputabilidad del art. 20, 1.^o y 2.^o, anomalía psíquica o trastorno mental transitorio e intoxicación plena por alcohol o drogas, el requisito de la exclusión de culpabilidad por esas causas es que el sujeto “no pueda comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión” o que la intoxicación “le impida comprender la ilicitud del hecho o actuar conforme a esa comprensión”, lo que *sensu contrario* implica que fuera de esas circunstancias sí puede actuar de otro modo.

e) *La libertad como aserción normativa o axioma normativo*

La libertad o poder actuar de otro modo de los hombres es por tanto, como vimos que la define Roxin, no sólo una suposición, disposición o premisa normativa, sino una “aserción

normativa”¹¹⁵, es decir, según el significado de aserción, una “proposición en que se afirma o da por cierto algo” por parte de las normas jurídicas empezando por las constitucionales. Y se afirma o da como cierta precisamente por la evidencia del dato sociológico y antropológico de la convicción y autoconciencia de los humanos como seres libres y responsables en condiciones normales y de que sólo eso les permite considerar justa la exigencia de responsabilidad y castigo a los infractores como delincuentes, y por la coincidencia universal por esas razones tanto de la organización y normas sociales como de las más elaboradas normas jurídicas en afirmar la libertad y responsabilidad de las personas salvo que se demuestre lo contrario en casos excepcionales. Si esa aserción normativa se basa en datos evidentes, entonces la afirmación como regla de la libertad de decisión es para el Derecho realmente un *axioma normativo*¹¹⁶, ya que es una “proposición tan clara y evidente que se admite sin necesidad de demostración”. Y en efecto, el Código español como generalmente *los Códigos penales no exigen para la responsabilidad por delito que se compruebe o demuestre positivamente en cada caso la libertad de voluntad del sujeto en el hecho concreto*, máxime cuando el concepto legal de delito (art. 10 CP) no requiere expresamente la culpabilidad¹¹⁷, sino que *se parte de la premisa de libertad como regla que no hay que probar y sólo se excluye negativamente la responsabilidad en el art. 20, 1.º a 3.º y 6º CP (como en el § 20 StGB), por ausencia de culpabilidad, en circunstancias excepcionales o eximentes que permiten comprobar la exclusión o gravísima perturbación de la libertad del sujeto en el caso concreto, como algunos casos de perturbación psíquica o en el miedo insuperable (ello aparte de las causas de exculpación con el fundamento más laxo de la inexigibilidad individual)*¹¹⁸, o se atenúa la culpabilidad en casos de disminución comprobable

¹¹⁵ La expresión alemana de ROXIN es “*normative Setzung*”, que también se puede traducir como proposición o posición normativa. En ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo Y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997. DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO la traduce certeramente como “aserción normativa”. Cf. ROXIN, C. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 104, 1987, p. 369. ROXIN, C. Que queda de la culpabilidad en Derecho Penal. Cuadernos de Política Criminal. n. 30. Madrid: Edersa, 1986, p. 685 ss. (SILVA la traduce como “determinación normativa”. ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Munich: C. H. Beck, 2006, § 19/37, 39-40. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo Y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/35, 37-38. Ver con más detalles *supra* n. 72.

¹¹⁶ De modo similar, Cuello Contreras, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002, XI/45. Ibidem, p. 47 s. Ibidem, p. 942 s. habla del “dogma de la culpabilidad”, que basa en la libertad, aunque sea indemostrable en el caso concreto.

¹¹⁷ Y más aún cuando el art. 5 CP sólo proclama el principio de responsabilidad subjetiva, pero no el principio de culpabilidad, el “no hay pena sin culpabilidad”. Pero incluso aunque se formulara expresamente, tal principio podría interpretarse perfectamente en el sentido negativo de que no puede haber pena cuando en concreto no haya libertad porque ello excluye la culpabilidad, pero no en el sentido de que la culpabilidad necesaria para la pena exigiría la comprobación positiva de la libertad en cada caso concreto.

¹¹⁸ Todo ello lo destaca inteligentemente, HASSEMER, W. Neurociencias y culpabilidad en Derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 1, 2011, p. 26 s, citando el § 20 (y el 21,

de la libertad de actuación. Siendo así, desde una perspectiva probatoria, sobre todo procesal, también podría decirse que la libertad de la persona en condiciones normales es una *presunción iuris et de iure*, que no admite prueba en contrario, mientras cuando se tiene en cuenta a todos los sujetos posibles, incluyendo a los que puedan estar en condiciones anormales personales o situacionales, sería una *presunción iuris tantum*, que admite prueba en contrario.

f) Base de la culpabilidad también en otros principios y valores constitucionales

Basada así en el reconocimiento constitucional y jurídico de la libertad de actuación y sus facetas y del libre desarrollo de la personalidad, la reprochabilidad individual se fundamenta también por supuesto en los principios constitucionales de justicia, igualdad (art. 1.1 CE) y dignidad de la persona (art. 10.1 CE), y con ello la culpabilidad como reprochabilidad individual descansa en el conjunto de valores y principios que suponen los cimientos del sistema constitucional.

Se basa en la justicia porque imponer un a sanción tan grave como la pena criminal sólo es justo si el agente tenía libertad para no haber cometido el hecho típico, pero sería injusto si no era libre, y así lo percibe además la conciencia social; en el principio de igualdad porque no pueden ser tratados igual quienes están en situación tan esencialmente distinta al cometer el hecho como los que tenían libertad para actuar de otro modo y los que carecían de ella, de modo que ni sería adecuado igualar los culpables a los inculpables no imponiéndoles penas ni por supuesto a la inversa, imponer penas a los inculpables como si fueran culpables; no se olvide que si se considerara no libres a todos los humanos aunque sean normales y maduros, lo coherente sería no declararlos responsables e imponerles sólo medidas de seguridad cuando haya necesidad preventivo-especial, pero entonces injustamente se estaría tratando igual a los normales que a los inimputables u otros sujetos claramente inculpables (v. *supra* II 4 c 1) *in fine*). Y se basa en la dignidad de la persona, primero porque la persona es digna precisamente en cuanto ser libre, además de con conciencia, racional y único, y segundo porque, como tantas veces se destaca¹¹⁹,

atenuación de la culpabilidad). Tb. CEREZO MIR, J. **Curso de derecho penal español parte general**. v. III. Madrid: Tecnos, 2001, p. 42. CEREZO MIR, J. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008, p. 758, aunque sin citar en esto expresamente el CP, señala que no hay que demostrar plenamente la capacidad general de obrar de otro modo en el caso concreto, sino excluir la culpabilidad cuando se demuestre la imposibilidad de actuar de otro modo; similar GARCÍA ARAN, M. Culpabilidad, legitimación y proceso. **Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales**. Tomo 41. n. 1. Madrid, 1988, p. 98 ss. En Derecho español el concepto de culpabilidad es negativo y formal.

¹¹⁹ Cf. p.ej ROXIN, C. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil. 4. ed. München: Verlag C. H. Beck, 2006, § 19/35. ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo Y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997, § 19/33, criticando la fundamentación preventivo-general de JAKOBS invocando la máxima de KANT, I. **Die Metaphysik der Sitten**: Erläuternde Bemerkungen zu den metaphysischen. Erlangen: Fischer, 1797, § 49: “El ser humano no puede nunca ser utilizado meramente como medio para los propósitos de otro y ser mezclado con los objetos del Derecho de cosas, contra lo cual le protege su personalidad innata”.

sólo se respeta la dignidad de la persona si según la idea kantiana se la trata como un fin en sí mismo y se la reconoce como tal persona y no se la instrumentaliza como un mero objeto útil al servicio de otros fines, en nuestro caso si se le exige responsabilidad penal precisamente en atención a que es una persona libre y por ello responsable del ilícito cometido, aunque ello sirva también para la necesaria prevención general, mientras que se la instrumentaría como mero objeto, no como ser digno en y por sí mismo, si se declarara culpable y se impusiera pena a alguien que no podía actuar de otro modo o que no lo sabemos, pero, como argumentan las concepciones puramente preventivas, que es normal y por ello interesara declararle responsable por ser útil o conveniente para la prevención general de delitos de los demás sujetos normales.

g) La exclusión o restricción de la libertad en condiciones o situaciones anormales

La libertad de la voluntad puede estar excluida en ciertos casos de inimputabilidad que anulen o casi anulen la capacidad volitiva de controlar e inhibir los impulsos, como reconoce el art. 20,1.º y 2º CP para las anomalías psíquicas, trastorno mental transitorio e intoxicación etílica o de drogas o síndrome de abstinencia cuando el sujeto, pese a poder comprender la ilicitud del hecho, por la indicada situación “no pueda actuar conforme a esa comprensión”, podría darse en algún caso de menor edad del art. 19, y desde luego sucederá en los supuestos de miedo totalmente insuperable del art. 20, 6.º. Hay otros casos en que la libertad de decisión, sin estar anulada, está ciertamente coartada y ya por ello el hecho no habrá plena culpabilidad; pero en unos supuestos pese a todo se disculpa porque la enorme dificultad de la situación sumada a la disminución de la libertad hace que se aprecie inexigibilidad penal individual, mientras que en otros supuestos no se da esta circunstancia y la disminución de la libertad operará sólo como eximente incompleta o atenuante.

3 ACCESIBILIDAD Y DETERMINABILIDAD NORMAL POR LA NORMA, SU PRESUPUESTO COGNITIVO: LA POSIBILIDAD SUBJETIVA (INCLUYENDO IMPUTABILIDAD) DE CONOCIMIENTO DE LA ANTIJURIDICIDAD Y DE LOS PRESUPUESTOS DE LA PROHIBICIÓN

En estos dos últimos apartados 3) y 4) me limitaré a esbozar los restantes presupuestos que según mi concepción requiere la culpabilidad entendida como reprochabilidad penal subjetiva: la accesibilidad normativa y determinabilidad normal por la norma y la exigibilidad penal individual¹²⁰.

¹²⁰ Sobre todo ello remito a la exposición mucho más amplia de mi obra: LUZÓN PEÑA, D.-M. **Lecciones de derecho penal**: parte general. 3. ed. amp. y rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2016, cap. 26-28.

La reprochabilidad penal individual requiere, además de libertad de decisión y actuación, más concretamente posibilidad de determinarse o motivarse normalmente el sujeto por las normas penales y ello a su vez presupone, como ha destacado especialmente ROXIN basándose en la fórmula de NOLL, accesibilidad (o apelabilidad o abordabilidad) normativa, es decir, que la correspondiente norma jurídicopenal pueda acceder a la inteligencia y comprensión del sujeto para motivarle e influir en su comportamiento antes de que tome la decisión, o, viéndolo desde el agente, que éste pueda acceder a la norma penal. Ello tiene a su vez un presupuesto cognitivo doble: En primer lugar, que es lo que se suele destacar al llegar a este punto, el conocimiento de las normas prohibitivas, la conciencia de la antijuridicidad (y además de la prohibición penal) para la plena reprochabilidad y culpabilidad, o al menos la posibilidad de esa conciencia para un mínimo de reprochabilidad y culpabilidad aunque atenuada, lo que negativamente significa que el error de prohibición excluye al menos la plena culpabilidad e incluso, si es subjetivamente invencible, toda la culpabilidad. Y ello presupone antes la capacidad cognoscitiva y comprensiva de la imputabilidad, es decir, antes ya del error de prohibición, que no haya una situación de inimputabilidad, de las de anomalías o trastornos psíquicos o de menor edad, que sea tal que, como dicen los n.ºs 1.º o 2.º del art. 20 CP, impidan “comprender la ilicitud del hecho”. Pero en segundo lugar, la culpabilidad también requiere – lo que es más frecuente pasar por alto en este contexto – la posibilidad subjetiva o individual de conocer los presupuestos de la prohibición o antijuridicidad, es decir los elementos del tipo y la ausencia de los elementos de las causas de justificación, ya que ello es necesario para que como consecuencia exista la posibilidad subjetiva de conocer la prohibición en el caso concreto; pues si el conocimiento de esos presupuestos le fuera por sus circunstancias personalmente imposible al agente, bien por una situación de inimputabilidad que le impidiera conocer los elementos del hecho¹²¹, bien por imprevisibilidad subjetiva del hecho (aunque se debiera sólo a imputabilidad disminuida) o por un error subjetivamente invencible sobre los elementos del tipo o los de una causa de justificación, el sujeto en su hecho no sería cognitiva, intelectualmente accesible a la prohibición de la norma penal y no se podría determinar por la misma y por tanto no sería culpable.

¹²¹ En las causas de inimputabilidad del art. 20, la del n. 3º, alteraciones congénitas o infantiles en la percepción, sí habla de que se “tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad”, lo que implica la imposibilidad de un correcto conocimiento tanto fáctico como valorativo de la realidad. En cambio, los nms 1º y 2º dicen que el sujeto no pueda “comprender la ilicitud del hecho”, pero ello presupone que pueda subjetivamente conocer y entender el hecho mismo, capacidad que puede estar excluida en algunos casos de enfermedad mental o trastorno mental transitorio.

4 EXIGIBILIDAD PENAL INDIVIDUAL DESDE VALORACIONES NORMATIVAS

Un último requisito de la reprochabilidad individual es la exigibilidad penal e individual de la conducta ordenada, es decir de abstenerse de la conducta prohibida, que negativamente presupone la *ausencia de causas de inexigibilidad penal individual*, de *causas de exculpación o disculpa*. Es equivocado decir, como tantas veces se afirma, ya desde los creadores de la idea de inexigibilidad, que en circunstancias o situaciones difíciles o extremas el Derecho no puede exigir a nadie otra conducta, la lícita en vez de la realización del hecho típico; si eso fuera así, la inexigibilidad sería una causa de exclusión de la antijuridicidad si el Derecho no exigiera con carácter general abstenerse de esa conducta a nadie, o al menos una causa de exclusión de la tipicidad penal o el injusto penal si jurídicamente sí se exigiera a todos la conducta lícita aunque sea difícil pero, dada la poca entidad del ilícito, el Derecho renunciara a exigir penalmente, bajo amenaza de pena a nadie abstenerse de la conducta, y en ambos casos ello beneficiaría a todos, no sólo a los autores, sino también a los partícipes. En el campo de la culpabilidad ha de tratarse de inexigibilidad individual, frente sólo al sujeto en quien concurra una situación personal especial, pero no frente a los demás partícipes, a quienes se les sigue exigiendo penalmente abstenerse incluso de cooperar o inducir; y además inexigibilidad no jurídica general, no desde todos los campos del derecho, sino sólo inexigibilidad penal, es decir, que ante una situación motivacional muy complicada y difícil para un sujeto concreto el Derecho penal renuncia al reproche criminal individual porque estima desde sus puntos de vista valorativos y teleológicos, incluyendo los fines de la pena, que no se le puede o no merece la pena exigirle a él penalmente, o sea, bajo amenaza de considerarlo criminal y por ello de pena, que no cometa la conducta que sigue estando desvalorada y prohibida con carácter general. Hay determinadas circunstancias situacionales del sujeto en el hecho concreto que le hacen, no imposible, pero sí muy difícil el cumplimiento de la norma, la motivación conforme a la misma, y entonces la infracción, aunque objetivamente esté prohibida y sea reprochable, es subjetivamente comprensible, explicable, disculpable desde las valoraciones normativas penales y por eso se considera subjetivamente inexigible bajo amenaza de pena y de consideración criminal la observancia de la norma en ese caso. De estas circunstancias de inexigibilidad penal subjetiva o individual¹²² denominadas causas

¹²² ROSO CAÑADILLAS, R. Miedo insuperable In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (Dir.). **Enciclopedia penal básica**. Granada: Comares, 2002, p. 952 s, comparte en general y para el miedo insuperable mi concepción de la “inexigibilidad penal individual” como fundamento de las causas de exculpación frente a la inexigibilidad jurídica general (causas de justificación) y la inexigibilidad penal general (causas de exclusión de la tipicidad

de exculpación o de disculpa, unas están previstas legalmente como eximentes (o como atenuantes en caso de concurrencia más débil o incompleta), y otras se pueden apreciar como eximentes por analogía o causas supralegales de inexigibilidad individual. Pero en cualquier caso, el que esa inexigibilidad individual se decida desde consideraciones valorativas y teleológicas de las normas penales explica que la decisión y admisión o no de esta exculpación pueda ser distinta en supuestos en que la presión o dificultad motivacional pueda ser de similar intensidad, admitiendo. la disculpa en casos de circunstancias que no merecen una valoración o censura muy negativa como p. ej. el miedo u otros estados pasionales asténicos o débiles o el ilícito por un conflicto extremo de conciencia, y rechazándola en cambio ante circunstancias paralelas pero valoradas como preocupantes o muy negativas, p. ej. los estados pasionales esténicos o violentos o la delincuencia por convicción¹²³.

penal), ya anticipada por mí en LUZÓN PEÑA, D.-M. **Curso de derecho penal**: parte general. Madrid: Universitas, 1996, p. 568 ss. Ibidem, p. 648 ss.

¹²³ Sobre todo ello Cf. LUZÓN PEÑA, D.-M. EXCULPACIÓN por inexigibilidad penal individual. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 9-36, jan./jun. 2016. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Gaceta penal y procesal penal**: gaceta jurídica. Tomo 61. Lima, 2014, p. 343 ss. Tb. en: LUZÓN PEÑA, D.-M. Exculpación por inexigibilidad penal individual. **Revista Libertas**, n. 2, 2014, p. 232 ss. LUZÓN PEÑA, D.-M. Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit. In: GRECO, L. et al. (Org.). **Festschrift für Bernd Schünemann zum 70**. Berlin: De Gruyter, 2014, p. 445 ss. LUZÓN PEÑA, D.-M. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. **Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales**: Libertas, n. 4, 2016, p. 95 ss. LUZÓN PEÑA, D.-M. Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat. In: ZÖLLER, M. A. et al. (Herg.). **Gesamte Strafrechtswissenschaft in Internationaler Dimension**: Festschrift für Wolter. Berlin: Duncker & Humblot, 2013, p. 431 ss. Una exposición aún más amplia en LUZÓN PEÑA, D.-M. **Lecciones de derecho penal**: parte general. 3. ed. amp. y rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016. LUZÓN PEÑA, D.-M. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2016, cap. 28.

BIBLIOGRAFÍA

ACHENBACH, H. **Historische und Dogmatische Grundlagen der strafrechtssystematischen Schuldlehre**. Berlin: J. Schweitzer, 1974.

ANTÓN ONECA, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Madrid: [s. n.], 1949.

BACIGALUPO ZAPATER, E. Entre la justificación y la exclusión de la culpabilidad. **La Ley**: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía, Madrid, v. 25, n. 4, p. 1198-1203, 1986.

BACKES, O. Strafrecht und Lebenswirklichkeit. In: KAUFMANN, A. (Org.). **Rechtsstaat und Menschenwürde**: Festschrift für Werner Maihofer zum 70. Geburtstag. Frankfurt am Main: Klostermann, 1988. p. 41-59.

BAUER, F. Das Strafrecht und das heutige Bild des Menschen In: REINISCH, L. (Ed.). **Die deutsche Strafrechtsreform**. München: Beck, 1967. p. 11-23.

_____. **Das Verbrechen und die Gesellschaft**. München: Ernst Reinhardt Verlag, 1957.

BAUMANN, J.; WEBER, U.; MITSCH, W. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 10. ed. Bielefeld: Giesecking, 1995.

BAUMANN, J.; WEBER, U.; MITSCH, W. **Strafrecht**: allgemeiner Teil. 11. ed. Bielefeld: Giesecking, 2003.

BAURMANN, M. Schuldlose Dogmatik? Überlegungen im Anschluss an George P. Fletcher: „‘Ordinary Language Philosophy’ und die Neubegründung der Strafrechtsdogmatik“. In: LÜDERSEN, K.; SACK, F. (Org.). **Seminar**: Abweichendes Verhalten IV. Kriminalpolitik und Strafrecht. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1980. p. 196-265.

_____. **Zweckrationalität und Strafrecht**: Argumente für ein tatbezogenes Massnahmerecht. Wiesbaden. Opladen: Westdeutscher, 1989.

BELING, E. von. **Die Lehre vom Verbrechen**. Tübingen: Mohr, 1906.

BEMMANN, G.; SPINELLIS D. (Org). **Strafrecht, Freiheit, Rechtsstaat**: Festschrift für Georgios Alexandros Mangakis. Athens: Sakkoulas, 1999. p. 237-255.

BOCKELMANN, P. **Willensfreiheit und Zurechnungsfähigkeit**: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. Berlin: De Gruyter, 1963. v. 75.

BRAUNECK, A.-E. Zum Schuldstrafrecht des neuesten Entwurfs eines Strafgesetzbuches. **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform**, Köln, v. 41, p. 129-146, jan. 1958.

BURI, M. von. **Ueber Causalität und deren Verantwortung**. Leipzig: Gebhardt, 1873.

CARBONELL MATEU, J. C. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. **Enfermedad mental y delito**: aspectos psiquiátricos, penales y procesales. Madrid: Civitas, 1987. p. 21-74.

CEREZO MIR, J. Curso de derecho penal español: parte general. v. III. Madrid: Tecnos, 2001, 38 y n.111.

_____. Der materielle Schuldbegriff. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 108, n. 1, p. 9-60, jan. 1996.

CEREZO MIR, J. Derecho penal y derechos humanos: experiencia española y Europea. **Revista Actualidad Penal**, Madrid, n. 14, p. 187-195, abr. 1993.

_____. **Derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Editorial B. de F., 2008.

COBO DEL ROSAL, M.; VIVES ANTÓN, T. S. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

CÓRDOBA RODA, J. **Culpabilidad y pena**. Barcelona: Bosch, 1977.

CUELLO CONTRERAS, J. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002.

_____. **El derecho penal español**: parte general, nociones introductoria, teoría del delito. 3. ed. Madrid: Dykinson, 2002.

DANNER, M. **Gibt es einen freien Willen?**: Eine psychologische Studie. 4. ed. Hamburg: Kriminalistik, 1977.

DEMETRIO CRESPO, E. Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin. **Revista General de Derecho penal**, Madrid, n. 8, out. 2007.

_____. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: Aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal.

Indret: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 2, abr./jun. 2011.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. El error de prohibición: pasado, presente y futuro. In: CASABONA, C. M. R. et al. (Ed.). **Libro homenaje al profesor doctor Don Ángel Torío López**. Granada: Comares, 1999. p. 335-368.

DOHNA, A. G. zu. Ein unausrottbares Missverständnis. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 66, n. 4, p. 505-514, jan. 1954.

DONNA, E. A. **Derecho penal**: parte general – teoría general del delito III. Tomo IV. Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2009.

_____. **Teoría del delito y de la pena**. 2. ed. Buenos Aires: Astrea, 1996.

_____. **Teoría del delito y de la pena 2**: imputación delictiva. Buenos Aires: Astrea, 1996.

DREHER, E. **Die Willensfreiheit**: ein zentrales Problem mit vielen Seiten. München: Beck, 1987.

DORNSEIFER, G. (Org.). **Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann**. Köln: Heymanns, 1989.

_____. **Principios de derecho penal**: parte general. 5. ed. Madrid: Akal, 1998.

_____. Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad? **La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía**, Madrid, v. 7, n. 2, p. 936-942, 1982.

ELLSCHIED, G.; HASSEMER, W. Strafe ohne Vorwurf. In: LÜDERSEN, K.; SACK, F. (Ed.). **Seminar**: Abweichendes Verhalten II. Die gesellschaftliche Reaktion auf Kriminalität. Band 1. Strafrechtsdogmatik. Frankfurt: Suhrkamp, 1975. p. 266-292.

ENGISCH, K. **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 4.** Berlin: De Gruyter, 1963.

ENGISCH, K. **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 4.** 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1965.

ESER, A.; SCHÖNKE, A.; SCHRÖDER, H. et al. **Strafgesetzbuch**: Kommentar. München: C. H. Beck, 2000.

FEIJOO SÁNCHEZ, B. J. **Derecho penal y neurociencias**: ¿Una relación tormentosa? **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 2, p. 1-58, abr./jun. 2011.

FIGUEIREDO DIAS, J. de. **Direito penal**: parte geral – questões fundamentais, a doutrina geral do crime. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

_____. **Liberdade, culpa, direito penal**. 2. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 1983.

FRANK, R. von. **Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze**. 18. ed. Tübingen: Mohr, 1931.

_____. Über den Aufbau des Schuldbegriffs. Giessen: A. Töpelmann, 1907.

FREUDENTHAL, B. **Culpabilidad y reproche en el derecho penal**. Buenos Aires: B. de F., 2003.

_____. **Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht**. Tübingen: Mohr, 1922.

GARCÍA ARAN, M. Culpabilidad, legitimación y proceso. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, Tomo 41, n. 1, 1988.

GARCÍA PEREZ, O. Delitos de sospecha: principio de culpabilidad y derecho a la presunción de inocencia, los artículos 483 y 485 CP. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid Tomo 42, n. 2, p. 629-678, dez. 1993.

GIMBERNAT ORDEIG, E. El estado de necesidad: un problema de antijuridicidad. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1976.

_____. El sistema de derecho penal en la actualidad. **Anuario de Ciencia Jurídica**, Madrid, Tomo I, 1971.

_____. **Estudios de derecho penal**. Madrid: Civitas, 1976.

_____. Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? In: UNIVERSIDAD DE SALAMANCA: FACULTAD DE DERECHO. **Problemas actuales de derecho penal y procesal**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1971. p. 87-109.

_____. **Zur Strafrecht Systematik auf der Grundlage der Nichtbeweisbarkeit der Willensfreiheit, Grundfragen der gesamten Strafrechtswissenschaft**. Festschrift für Heinrich Henkel zum 70. Geburtstag: Walter de Gruyter, 1974.

GOLDSCHMIDT, J. **Normativer Schuldbegriff. Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag 16.** August 1930. Tübingen: J.C.B. Mohr, 1930.

GOLDSCHMIDT, J. Der Notstand, ein Schuldproblem. In: LÖFFLER, A. Österreichische Zeitschrift für Strafrecht. Wien: Manz, 1913. p. 129-224.

GÓMEZ BENÍTEZ, J. M. **Teoría jurídica del delito**. Madrid: Civitas, 1984.

GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. et al. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2014. Tomo IV.

GRAMATICA, F. **Principi di difesa sociale**. Padova: Cedam, 1961.

GRIFFEL, A. Prävention und Schuldstrafe. Zum Problem der Willensfreiheit. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 98, n. 1, p. 28-43, jan. 1986.

GRÜNHUT, M. Gefährlichkeit als Schuldmoment. In: DOHNA, G.; LILIENTHAL, K. (Org.). **Beiträge zur Kriminalpsychologie und Strafrechtsreform Festgabe zum Geburtstage von Gustav Aschaffenburg**. Heidelberg: Winter, 1926. p. 87-96.

HADDENBROCK, S. Freiheit und Unfreiheit der Menschen im Aspekt der forensischen Psychiatrie. **Juristenzeitung**, Tübingen, v. 24, p. 121-127, 1969.

_____. Versuch anthropologischer Versöhnung von Determinismus und Indeterminismus im Strafrecht An der Schwelle eines kriminalanthropologischen Paradigmawechsels? In: ESER, A. et al. **Straf- und Strafverfahrensrecht, Recht und Verkehr, Recht und Medizin**: Festschrift für Hannskarl Salger zum Abschied aus dem Amt als Vizepräsident des Bundesgerichtshofes. Köln; Berlin; Bonn; München: Heymann, 1995. p. 633-650.

HASSEMER, W. Neurociencias y culpabilidad en derecho penal. **Indret**: Revista para el Análisis del Derecho, Barcelona, n. 2, p. 1-15, jan./abr. 2011.

HEGLER, A. Die Merkmale des Verbrechens. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 36, n. 1, p. 184-232, jan./abr. 1915.

HENKEL, H. Die Selbstbestimmung des Menschen als rechtsphilosophisches Problem. In: PAULUS, G. et al. (Org.). **Festschrift für Karl Larenz zum 70. Geburtstag**. München: C.H. Beck, 1973. p. 3-25.

HERZBERG, R. D. **Willensunfreiheit und Schuldvorwurf**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.

HEUN, W. Die grundgesetzliche Autonomie des Einzelnen im Lichte der Neurowissenschaften. **Juristenzeitung**, Tübingen, n. 60, p. 853-860, set./dez. 2005.

HIERRO SÁNCHEZ-PESCADOR, L. L. Libertad y responsabilidad penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, Tomo 42, n. 1, p. 561-570, jan./abr. 1989.

HIRSCH, H. J. El principio de culpabilidad y su función en el derecho penal. In: INSTITUTO DE ESTUDIOS COMPARADOS EN CIENCIAS PENALES Y SOCIALES. **Nueva doctrina penal**. Buenos Aires: Editores Del Puerto, 1996. p. 25-43.

_____. Das Schuldprinzip und seine Funktion im Strafrecht. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 106, n. 4, p. 746-765, jan. 1994.

HORN, E. **Verbotsirrtum und Vorwerfbarkeit**: Eine systematische Grundlagenanalyse der Schuldtheorie. Berlin: Duncker & Humblot, 1969.

HURTADO POZO, J. **Manual de derecho penal**: parte general. 2. ed. Lima: Eddili, 1987.

_____. **Manual de derecho penal**: parte general. 3. ed. Lima: Grijley, 2005.

JAKOBS, G. **Strafrecht Allgemeiner teil**: die Grundlagen und die Zurechnungslehre Lehrbuch. 2. ed. Berlin: De Gruyter, 1991.

_____. **Derecho penal**: parte general – fundamentos y teoria de la imputación. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 1997.

_____. **Schuld und Prävention**. Tübingen: J. C. B. Mohr, 1976.

JERICÓ OJER, L. **El conflicto de conciencia ante el derecho penal**. Madrid: La ley, 2007.

JESCHECK, H.-H. **Das Menschenbild unserer Zeit und die Strafrechtsreform**. Tübingen: Mohr, 1957.

_____. **Lehrbuch des Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 2. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1972.

_____. **Lehrbuch des Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

JESCHECK, H.-H.; WEIGEND, T. **Lehrbuch des Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 4. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1988.

_____. **Lehrbuch des Strafrechts**: Allgemeiner Teil. 5. ed. Berlin: Duncker & Humblot, 1996.

KANT, I. **Die Metaphysik der Sitten**: Erläuternde Bemerkungen zu den metaphysischen. Erlangen: Fischer, 1797.

KARGL, W. **Kritik des Schuldprinzips**: eine rechtssoziologische Studie zum Strafrecht. Frankfurt: Campus, 1982.

KAUFMANN, A. **Die Schuldfähigkeit und Verbotsirrtum**. Festschrift für Eberhard Schmidt zum 70. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 1961.

_____. **Das Schuldprinzip**: Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung. Heidelberg: Winter, 1961.

KAUFMANN, A. Dogmatische und kriminalpolitische Aspekte des Schuldgedankes im Strafrecht. **Juristenzeitung**, Tübingen, v. 22, n. 18, p. 553-560, jul./set. 1967.

_____. Unzeitgemässe Betrachtungen zum Schuldgrundsatz im Strafrecht. **Juristische Ausbildung**, Kronberg, n. 9, p. 225-233, set. 1986.

KOHLRAUSCH, E. Sollen und Können als Grundlagen der strafrechtlichen Zurechnung. In: GÜTERBOCK, K. **Festgabe für Karl Güterbock zum achtzigsten Wiederkehr seines Geburtstages**. Berlin: Vahlen, 1910. p. 1-34.

KUHLEN, L.; STRATENWERTH, G. **Strafrecht Allgemeiner Teil**: Die Straftat. 6. ed. München: Vahlen, 2011.

LACKNER, K. Prävention und Schuldunfähigkeit. In: KAUFFMANN, H. et al. (Org.). **Strafverfahren im Rechtsstaat**: Festschrift für Theodor Kleinknecht zum 75. Geburtstag am 18. München: Beck, 1985. p. 245-266.

LANGE, R. Das Rätsel Kriminalität: Was wissen wir vom Verbrechen? In: LANGE, R. et al. (Org.). **Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben**: Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960. Karlsruhe: C.F. Müller, 1960. p. 345.

LANGE, R. Die moderne Anthropologie und das Strafrecht. In: FREY, E. (Org.). **Schuld, Verantwortung, Strafe im Lichte der Theologie, Jurisprudenz, Soziologie, Medizin und Philosophie**. Zürich: Schulthess & Co., 1964.

LAURENZO COPELLO, P. **El aborto no punible**: el art. 417 bis del código penal. Barcelona: Bosch, 1990.

LENCKNER, T. Strafe, Schuld und Schuldfähigkeit. In: GÖPPINGER, H. **Handbuch der forensischen Psychiatrie**. Berlin: Springer, 1972. p. 3-286.

LIBET, B. Haben wir einen freien Willen? In: GEYER, C. (Org.). **Hirnforschung und Willensfreiheit**: zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004. p. 268-289.

LIEPMANN, M. **Einleitung in das strafrecht**: Eine kritik der kriminalistischen grundbegriffe. Berlin: O. Häring, 1900.

LISZT, F. Von. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Berlin: Guttentag, 1881.

_____. **Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge**. Berlin: Guttentag, 1905. v. 2.

LÖFFLER, A. **Die Schuldformen des Strafrechts in Vergleichend** - Historischer und Dogmatischer Darstellung. Leipzig: Verlag von C. L. Hirschfeld, 1895.

LUZÓN PEÑA, D.-M. Actuación en conciencia y objeción de conciencia como causa de justificación y como causa de exculpación frente a la punición del delincuente por convicción. **Libertas**: Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales, Madrid, n. 4, p. 95-116, jul. 2016.

_____. Alcance y función del derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, Tomo 42, n. 1, p. 5-53, 1989.

_____. **Causas de justificación y de atipicidad en derecho penal**. Pamplona: Aranzadi, 1995.

_____. **Curso de derecho penal**: parte general. Madrid: Universitas, 1996. v. 1.

_____. Die Beziehung von Strafwürdigkeit und Strafbedürftigkeit zum Verbrechensaufbau. In: SCHÜNEMANN, B.; FIGUEIREDO DIAS, J. de (Ed.). **Bausteine des Europäischen Strafrechts Coimbra-Symposium für Claus Roxin**. Köln: Carl Heymanns, 1995. p. 97-106.

_____. Entschuldigung aus subjektiver strafrechtlicher Unzumutbarkeit. In: GRECO, L. et al. (Org.). **Festschrift für Bernd Schünemann zum 70**. Berlin: De Gruyter, 2014. p. 445-456.

_____. Exculpación por inexigibilidad penal individual. **Revista Libertas**, Madrid, n. 2, p. 232-249, jul. 2014.

_____. Exculpación por inexigibilidad penal individual. **Revista Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 8, n. 14, p. 9-36, jan./jun. 2016.

_____. Handeln aus Gewissensgründen als Entschuldigungsgrund im vergleich zur Strafbarkeit der Überzeugungstat. In: ZÖLLER, M. et al. (Org.). **Gesamte Strafrechtswissenschaft in Internationaler Dimension**: Festschrift für Wolter. Berlin: Duncker & Humblot, 2013. p. 431-438.

LUZÓN PEÑA, D.-M. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. In: SILVA SANCHEZ, J. M. **Fundamentos de un sistema europeo del derecho penal**: libro-homenaje a Claus Roxin. Barcelona: J M Bosch, 1995. p. 115-127.

LUZÓN PEÑA, D.-M. La relación del merecimiento de pena y de la necesidad de pena con la estructura del delito. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**, Madrid, Tomo 46, n. 1, p. 21-33, 1993.

_____. **Lecciones de derecho penal**: parte general. 3. ed. amp. y. rev. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____. **Medición de la pena y substitutivos penales**. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 1979.

_____. Medición de la pena y substitutivos penales. In: OLIVIÑA, G. et al. **Teorías actuales en el derecho penal**. Buenos Aires: Ad-hoc, 1998. p. 311-321.

_____. Observaciones sobre culpabilidad y pena en el código penal español de 1995. In: CERESO MIR, J. et al. **El nuevo código penal**: presupuestos y fundamentos: libro homenaje al profesor Don Angel Torío López. Granada: Comares, 1999. p. 161-169.

_____. **Aspectos esenciales de la legítima defensa**. Barcelona: Bosch, 1978.

_____. Alcance y función del derecho penal. **Anuario de derecho penal y ciencias penales**. Madrid, v. 41, n. 1, p. 5-55, 1989.

MAIHOFER, W. Menschenbild und Strafrechtsreform. In: BAUER, K.-H. et al. **Gesellschaftliche Wirklichkeit im 20. Jahrhundert und Strafrechtsreform**. Berlin: W. de Gruyter, 1964.

MANGAKIS, G. Über das Verhältnis von Strafrechtsschuld und Willensfreiheit. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 75, n. 4, p. 497-540, jan. 1963.

MAURACH, R. **Deutsches Strafrecht**: ein Lehrbuch Teil 1, Allgemeiner Teil. 4. ed. Heidelberg: C.F. Müller, 1971.

_____. **Schuld und Verantwortung im Strafrecht**. Wolfenbüttel: Wolfenbütteler Verlagsanstalt, 1948.

_____. **Tratado de derecho penal I**. Traducción: Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MERKEL, R. **Willensfreiheit und rechtliche Schuld**: Eine Strafrechtsphilosophische Untersuchung. Baden-Baden: Nomos, 2008.

MAURACH, R.; ZIPF, H. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch. 8. ed. Heidelberg: C. F. Muller, 1992.

MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Barcelona: Reppertor, 1990.

_____. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Barcelona: Reppertor, 1996.

_____. **Derecho penal**: parte general. 10. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2015.

_____. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. Barcelona: Bosch, 1979.

_____. **Función de la pena y teoría del delito en el estado social y democrático de derecho**. 2. ed. Barcelona: Bosch, 1982.

_____. **Introducción a las bases del derecho penal**. Barcelona: Bosch, 1976.

MUÑOZ CONDE, F. El principio de culpabilidad. In: JORNADA DE PROFESORES DE DERECHO PENAL, 3., 1975, Santiago de Compostela. **Anais...** Santiago de Compostela: Secretariado de Publicaciones, 1975. p. 221-240.

MUÑOZ CONDE, F. Funktion der Strafnorm und Strafrechtsreform. In: MADLENER, K.; PAPENFUSS, D.; SCHÖNE, W. (Org.). **Strafrecht und Strafrechtsreform**: Referate und Diskussionen eines Symposiums der Alexander - von - Humboldt - Stiftung, Bonn – Bad Godesberg, veranstaltet vom 7. - 12.9. 1973 in Ludwigsburg. Berlin: Köln, 1974. p. 309-330.

_____. Introducción. In: ROXIN, C. **Culpabilidad y prevención en derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981. p. 13-40.

_____. Über den materiellen Schuldbegriff. Heidelberg: Goltdammer's Archiv für Strafrecht, 1978.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.

NOLL, S. **Beiträge zur gesamten Strafrechtswissenschaft**. Festschrift für Hellmuth Mayer zum 70. Berlin: Duncker & Humblot, 1966.

PÉREZ MANZANO, M. **Culpabilidad y prevención**: las teorías de la prevención general positiva en la fundamentación de la imputación subjetiva y de la pena. Madrid: Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, 1990.

PLACK, A. **Plädoyer für die Abschaffung des Strafrechts**. München, 1974.

PRINZ, W. Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution. In: **Psychologische Rundschau**, Göttingen, v. 55, n. 4, p. 198-206, set./dez. 2004.

QUINTANO RIPOLLÉS, A. Curso de derecho penal. Madrid: **Revista de Derecho Privado**, 1963.

QUIROGA, J. L. B. de. Aproximación a la culpabilidad como elemento del delito. Libre albedrío y determinismo. Finalismo. Funcionalismo. Evolución del concepto dogmático. In: **Cuadernos de derecho judicial**, Madrid, n. 8, p. 13-56, jul./dez. 2005.

RADBRUCH, G. Über den Schuldbegriff. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft, Berlin**, v. 24, n. 1, p. 157-166, jan. 1904.

RODRÍGUEZ DEVESA, J. M.; SERRANO GOMEZ, A. **Derecho penal español**: parte general. 18. ed. Madrid: Dykinson, 1995.

ROSENFELD, E. H. Schuld und Vorsatz im v. Lisztschen Lehrbuch. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 32, 1911.

ROSO CAÑADILLAS, R. Miedo insuperable. In: LUZÓN PEÑA, D.-M. (Dir.). **Enciclopedia Penal Básica**. Granada: Comares, 2002. p. 950-954.

ROTH, G. **Fühlen, Denken, Handeln**: wie das Gehirn Unser Verhalten Steuert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

_____. Worüber dürfen Hirnforscher reden: und in welcher Weise? In: GEYER, C. **Hirnforschung und Willensfreiheit**: Zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt a.M.: Suhrkamp, 2004. p. 66-85.

ROXIN, C. Causas de justificación, causas de inculpabilidad y otras causas de exclusión de la pena. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, v. 1, n. 46, p. 169-194, jan./abr. 1992.

_____. **Culpabilidad y prevención em derecho penal**. Traducción: Francisco Muñoz Conde. Madrid: Reus, 1981.

ROXIN, C. Das Schuldprinzip im Wandel in: Strafgerechtigkeit. In: WINFRIED, H.; NEUMANN, U. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Heidelberg: C. F. Müller, 1993. p. 519-535.

_____. **Derecho penal:** parte general. Tomo I. Traducción: Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

_____. Die strafrechtliche Verantwortlichkeit zwischen Können und Zumutbarkeit. In: KREUZER, A.; OTTO, H. et al. (Org.). **Fühlende und denkende Kriminalwissenschaften, Ehrengabe für Anne-Eva Brauneck.** Mönchengladbach, 1999. p. 385-402.

_____. **Dogmática penal y política criminal.** Traducción: Manuel Abanto Vázquez. Lima: Idemsa, 1998.

_____. Franz von Liszt und die kriminalpolitische Konzeption des Alternativentwurfs. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft,** Berlin, v. 81, n. 3, p. 613-649, jul./set. 1969.

_____. Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip. **Monatsschrift für Kriminologie und Strafrechtsreform,** Köln, v. 56, n. 6, p. 312-325, jun. 1973.

_____. **Kriminalpolitik und Strafrechtssystem.** Berlin: De Gruyter, 1970.

_____. **Política criminal y sistema de derecho penal.** Barcelona: Universidad de Huelva, 1972.

_____. **Problemas básicos del derecho penal.** Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

_____. Que queda de la culpabilidad en derecho penal. **Cuadernos de Política Criminal,** Madrid, v. 3, n. 30, p. 671-692, set./dez. 1986.

_____. Rechtfertigungs- und Entschuldigungsgründe in Abgrenzung von sonstigen Strafausschlussgründen. **Juristische Schulung,** München, v. 28, n. 6, p. 425-433, nov./dez. 1988.

_____. **Sentido y límites de la pena estatal:** problemas básicos del derecho penal. Traducción: Diego Manuel Luzón Peña. Madrid: Reus, 1976.

_____. Sinn und Grenzen staatlicher Strafe. **Juristische Schulung,** München, v. 6, n. 5, p. 377-387, set./out. 1966.

_____. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil. München: C. H. Beck, 1997.

_____. **Strafrecht:** Allgemeiner Teil. 4. ed. München: C. H. Beck, 2006.

_____. **Strafrechtliche Grundlagenprobleme.** Berlin: De Gruyter, 1973.

_____. Was bleibt von der Schuld im Strafrecht übrig? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht,** Bern, v. 104, n. 1, p. 356-376, jan./jul. 1987.

_____. Zur jüngsten Diskussion über Schuld. Geburtstag. In: KAUFMANN, A.; BAUMANN, G. et al. (Org.). **Prävention und Verantwortlichkeit im Strafrecht in:** Festschrift für Paul Bockelmann zum 70. München: C. H. Beck, 1979. p. 279-309.

_____. Zur Kriminalpolitischen Fundierung des Strafrechtssystems. In: ALBRECHT, H.-J.; DÜNKEL, F. et al. (Org.). **Internationale Perspektiven in Kriminologie und Strafrecht, Festschrift für Günther Kaiser zum 70.** Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 1998. p. 885-896.

ROXIN, C. Zur Problematik des Schuldstrafrechts. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 96, n. 3, p. 641-660, jan. 1984.

SCHÜNEMANN, B. Die deutschsprachige Strafrechtswissenschaft nach der Strafrechtsreform im Spiegel des Leipziger Kommentars und des Wiener Kommentars. Tomo 2: Schuld und Kriminalpolitik. **Goldammer's Archiv für Strafrecht**, Heidelberg, n. 133, p. 293-352, 1986.

_____. Die Entwicklung der Schuldlehre in der Bundesrepublik Deutschland. In: HIRSCH, H. J. (Org.). **Strafrecht und Kriminalpolitik in Japan und Deutschland**. Berlin: Ducker & Humblot, 1989. p. 147-176.

_____. Die Funktion des Schuldprinzips im Präventionsstrafrecht. In: SCHÜNEMANN, B. et al. (Org.). **Grundfragen des modernen Strafrechtssystems**. Berlin; New York: De Gruyter, 1984. p. 153-196.

SCHÜNEMANN, B. **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales: estudios en honor de Claus Roxin en su 50º aniversario. Madrid: Tecnos, 1991.

_____. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre von der Strafrechtsschuld. In: DOLLING, D. (Org.). **Jus humanum**: Grundlagen des Rechts und Strafrecht: Festschrift für Ernst-Joachim Lampe zum 70. Geburtstag. Berlin: Duncker & Humblot, 2003. p. 537-560.

SEEBASS, G. Freiheit und Determinismus: Teil I. **Zeitschrift für philosophische Forschung**, Konstanz, n. 47, 1993.

SINGER, W. **Verschaltungen legen uns fest**: Wir sollten aufhören, von Freiheit zu sprechen. In: GEYER, C. **Hirnforschung und Willensfreiheit**: Zur Deutung der neuesten Experimente. Frankfurt: Suhrkamp, 2004. p. 30-65.

SPILGIES, G. **Die Bedeutung des Determinismus-Indeterminismus-Streits für das Strafrecht**. Hamburg: Kovac, 2004.

STRATENWERTH, G. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. München: Heymann, 1971.

_____. **Strafrecht Allgemeiner Teil**. 3. ed. München: Heymann, 1981.

_____. Willensfreiheit: eine staatsnotwendige Fiktion? **Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht**, v. 101, p. 225-241, jul. 1984.

TOLEDO Y UBIETO, E. O. de. **Sobre el concepto del derecho penal**. Madrid: Universidad de Madrid, 1981.

TOLEDO Y UBIETO, E. O. de; HUERTA TOCILDO, S. **Derecho penal**: parte general. 2. ed. Madrid: R. Castellanos, 1986.

TORÍO LÓPEZ, A. Indicaciones metódicas sobre el concepto material de culpabilidad. **Cuadernos de Política Criminal**, Madrid, v. 36, n. 3, p. 759-768, set./dez. 1988.

VELÁSQUEZ, F. **Derecho penal**: parte general. 3. ed. Bogotá: Temis, 1997.

_____. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Bogotá: Comlibros, 2009.

VON LISZT, F. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. 2. ed. Berlin: Guttentag, 1884.

_____. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. 14. ed. Berlin: Guttentag, 1905.

WELZEL, H. **Persönlichkeit und Schuld. Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, n. 01, v. 60, p. 428-474, jan. 1941.

_____. **Das Deutsche Strafrecht**: Eine Systematische Darstellung. 11. ed. Berlin: De Gruyter, 1969.

WÜRTENBERGER, T. **Die Geistige Situation der Deutschen Strafrechtswissenschaft**. 2. ed. Karlsruhe: C.F. Müller, 1959.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 1982. v. 4.

ZAFFARONI, E. R.; ALAGIA, A.; SLOKAR, A. **Tratado de derecho penal**: parte general. Buenos Aires: Ediar, 2000.

_____. **Tratado de derecho penal**: parte general. 2. ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZIPF MAURACH, R.; ZIPF, H. **Strafrecht**: Allgemeiner Teil: ein Lehrbuch. 8. ed. Heidelberg: C. F. Müller, 1992.

LA PREGUNTA POR LA LIBERTAD DE ACCIÓN (Y UNA RESPUESTA DESDE LA FILOSOFÍA DEL LENGUAJE)

THE QUESTION ABOUT FREE WILL (AND AN ANSWER FROM THE PHILOSOPHY OF LANGUAGE)

José Antonio Ramos Vázquez¹

RESUMEN

Este artículo analiza la idea neurocientífica de que el ser humano está determinado por su cerebro. Desde la perspectiva de la filosofía del lenguaje (y, en particular, desde los postulados de Ludwig Wittgenstein) se descarta dicha idea, afirmándose la existencia de la libertad de acción humana.

Palabras clave: Determinismo. Neurociencias. Filosofía del Lenguaje. Libertad de Acción.

ABSTRACT

This paper analyzes the idea of neurodeterminism. Using the approach of the Philosophy of the language (and, specially, the ideas of Ludwig Wittgenstein) the author discuss the very idea of determinism and states the possibility of free will.

Keywords: Determinism. Neurosciences. Philosophy of Language. Free Will.

¹ Profesor Contratado Doctor de Derecho penal, Universidade da Coruña. *E-mail*: jramosv@udc.es

1 PREMISA

“¿Somos libres?”. Mejor aún: “¿somos *realmente* libres?” (signifique lo que signifique ese “*realmente*”) es, sin duda alguna, una de las grandes preguntas del ser humano y, por ello, ha ocupado a los filósofos de todos los tiempos, de suerte que, como expresó en su día HARTMANN, el problema de la libertad es no sólo “casi la más metafísica” sino también (y sobre todo) “la más práctica y actual de todas las cuestiones” (HARTMANN, 1962, p. 694).

Nuestra pregunta, huelga decirlo, atañe de un modo particularmente intenso a los que nos dedicamos al mundo del Derecho penal, pues, como ha afirmado DREHER, la existencia o no de libertad es el caballo de batalla de, sobre todo, dos disciplinas: la Teología (¿cómo habría de existir una noción de pecado sin libertad?) y el Derecho penal (¿cómo podría haber delito sin libertad?) (DREHER, 1987, p. 11).

Y, en efecto, el determinismo hace del elogio y la censura algo absurdo, del castigo algo brutal, del remordimiento una insensatez, del propósito de enmienda una cosa desesperada y del deber un engaño. Pero el determinismo es una idea más inquietante aún, nos hace sentir minusvalorados, meros juguetes de fuerzas externas, cada ser humano sería “una máquina, un gran reloj estúpido que tiene la impresión de estar actuando libremente, pero cuyos movimientos están completamente controlados por las ruedas y pesas que tiene dentro” (BLANSHARD, 1969, p. 25). En este sentido, su afirmación no sólo supondría replantearnos un aspecto básico de nuestra vida en sociedad, como puede ser la noción de responsabilidad, sino mucho más. Y este “mucho más” es el auténtico objeto de este trabajo.

Las próximas páginas están, pues, dedicadas al análisis de la pregunta por la libertad, de qué se está preguntando en realidad y de cuáles son las posibles respuestas y sus consecuencias. Y mi idea no es tanto conseguir fundamentar responsabilidades y castigos, sino simplemente devolver al ser humano un valor que perdería de considerarse válida la premisa determinista (en el mismo sentido, NORZICK, 1981, p. 291) o, sin más, intentar mostrar que no es posible afirmar dicha premisa sin que el mundo en que vivimos (o, mejor dicho, *el mundo que vivimos*) se desmorone ante nosotros.

2 EL ALMA QUE TEJE Y EDIFICA: PROBLEMAS METODOLÓGICOS Y MEREOLÓGICOS DEL NEURODETERMINISMO

“Afirmar que es el alma quien se irrita sería como afirmar que es el alma la que teje o edifica. Mejor sería, en realidad, no decir que es el alma quien se compadece, aprende o discurre, sino el hombre en virtud del alma” (ARISTÓTELES, 1978, p. 178).

Dado que es el experimento Libet el icono, por así decirlo, de la negación de la libertad en la neurociencia actual, comenzaré este apartado, dedicado a los problemas metodológicos que plantea la visión neurodeterminista, señalando que el propio Libet no era determinista y siempre renegó de las visiones antilibertarias de sus descubrimientos (que son eso, descubrimientos científicos, no teorías sobre el ser humano).

En efecto, el problema fundamental de las conclusiones que se suelen extraer del experimento LIBET no es si hay o no unas concretas condiciones neuronales que nos indiquen la existencia o no de la voluntad, sino si podemos extraer de todo ello alguna conclusión determinista. Y, en un trabajo de 1999 (LIBET, 1999), dicho científico realiza una serie de matizaciones sobre trabajos anteriores que nos sirven, entre otras cosas, para mostrar que ni él mismo se citaría como base para una concepción determinista del ser humano. De hecho, él mismo sostiene que el determinismo es una creencia especulativa, no una proposición científica demostrada y que la existencia de la libertad de acción “es una opción científica al menos tan buena, si no mejor, que su negación por la teoría determinista” (LIBET, 1999, p. 55 y 56).

Esto sentado, y obviando otros problemas metodológicos², quisiera dejar sentado, en primer lugar, que hay una confusión de fondo en el debate sobre neurodeterminismo.

Utilizaré en este momento un largo fragmento de Bennett y Hacker que coloca la discusión en, creo, sus justos términos:

Las preguntas empíricas sobre el sistema nervioso son el campo de la neurociencia. El cometido de ésta es establecer los hechos en lo que concierne a las estructuras y las operaciones neurales. Es tarea de la neurociencia *cognitiva* explicar las condiciones neurales que hacen posibles las funciones perceptivas, cognitivas, cogitativas, afectivas y volitivas. Las investigaciones experimentales confirman o cuestionan tales teorías explicativas.

Por contraste, las preguntas conceptuales (las que, por ejemplo, se refieren a los conceptos de mente o memoria, pensamiento o imaginación), la descripción de las relaciones lógicas entre los conceptos (como las que existen entre los conceptos de percepción y sensación o los de conciencia y autoconciencia) y el examen de las relaciones estructurales entre los distintos campos conceptuales (por ejemplo, entre el psicológico y el neural, o el mental y el conductista), son el campo propio de la filosofía.

² Tugendhat, por ejemplo, indica lo siguiente:

“Recientemente, se ha mostrado en la fisiología cerebral que cada vez que uno quiere mover su dedo, este acto de la voluntad viene precedido de un movimiento en el cerebro por una fracción de segundo. Pero aun si eso no fuera así, tendríamos que suponer que el acto de voluntad está causado por condiciones psicológicas, ya que la alternativa sería que la persona produce el acto de voluntad mágicamente desde la nada, idea tan grotesca como infundada, aun cuando filósofos serios la han defendido” (TUGENDHAT, 2008, p. 39).

Las preguntas conceptuales son previas a las cuestiones de verdad y falsedad. Son preguntas que conciernen a nuestras *formas de representación*, no a la verdad o falsedad de afirmaciones empíricas. Estas formas están presupuestas en las afirmaciones científicas verdaderas (y en las falsas) y las teorías científicas correctas (e incorrectas). No determinan lo que es empíricamente válido, sino más bien lo que tiene o no tiene sentido.

De ahí que las preguntas conceptuales no sean pertinentes ni en la investigación y la experimentación científicas ni en la teorización científica. Y es que cualquiera de estas investigaciones y teorizaciones *presuponen* los conceptos y las relaciones conceptuales en cuestión (BENNETT, HACKER, 2008, p. 16 y 17).

En efecto, no se trata de que exista un conflicto entre las conclusiones de ambas disciplinas, sino dos lógicas de investigación distintas, en la que la filosófica establece, de algún modo, las reglas del juego de la científica.

En esta línea, una de mis pretensiones en este trabajo es intentar dilucidar qué hay de cierto en expresiones como “la libertad es una ficción cerebral” (RUBIA, 2009, p. 60), “lo que ves no es realmente lo que hay: es lo que tu cerebro cree que hay” (CRICK, 1995, p. 30), etc. Incluso, adelantando alguna de mis primeras conclusiones, diría que no sólo intentaré averiguar qué hay de cierto en ese tipo de afirmaciones, sino, directamente, *si tienen sentido*.

Una afirmación clara y rotunda como “creo que el ser humano es libre” tiene dos opciones de respuesta: “¿qué pruebas tienes?” o “libre, ¿en qué sentido?”. La primera, obviamente, reclama la presentación de algún tipo de evidencia empírica. La segunda reclamaría, en cambio, clarificación conceptual.

Debo dejar sentado, pues, que no sólo no pretendo en absoluto aportar *pruebas* de la *existencia* de la libertad de acción, sino que mantengo que tales pruebas no existen, porque la libertad implica³ una cierta imagen del mundo, de modo que “mal podría afirmarse o negarse desde datos empíricos, pues de lo que en ella se trata es de ver el mundo de un modo u otro” (VIVES ANTÓN, 2011, p. 325).

De esta suerte, si la neurociencia pretende desvelar el “misterio” de la libertad, creo que yerra, porque ni hay tal “misterio” ni, de haberlo, es resoluble científicamente, al no existir ninguna comprobación empírica posible. En este sentido, me parece que la neurociencia está enfocando su (altísima) potencialidad en un objetivo que no es el suyo, no porque la libertad sea una cuestión demasiado gigantesca para el alcance de las investigaciones sobre el cerebro, sino porque, desde esa perspectiva, sólo es un molino.

³ Utilizo deliberadamente el verbo “implicar” en vez del verbo “ser” por dos razones: la de huir de toda posible tacha de ontología (pues la libertad no es en el sentido en el que es un objeto) y la de evitar una confusión sobre el propio carácter de “libertad” en cuanto que fenómeno.

Creo que nadie se plantea seriamente decir “sólo si se descubre tal o cual cosa podré decir que soy libre” (o a la inversa: “soy libre hasta que la ciencia no me demuestre lo contrario”). No es la ciencia la que puede demostrar la libertad. Ni la no-libertad.

Por ejemplo, volviendo al experimento Libet, al que sistemáticamente se recurre como “prueba” de que la decisión voluntaria no existe, no hay nada en él que, desde mi óptica, constituya un criterio de si el hombre es libre o no. Ni siquiera de qué sea “tomar una decisión”. A unos impulsos cerebrales o a unas conexiones sinápticas dadas no se les puede llamar inteligiblemente “decisión”. No es ésa la gramática de “decidir”.

No me adelantaré en este momento a todo lo que voy a decir seguidamente: quedémonos de momento con que la cuestión de la libertad no *puede* ser contestada desde la neurociencia. Evidentemente, uno de los objetivos de este trabajo será probar dicha afirmación, utilizando en gran medida la filosofía de Wittgenstein, por ser el filósofo más poderoso a quien recurrir en estos casos de necesidad de clarificación conceptual (hasta el punto de que, como ha señalado Dennett, cuando la neurociencia asfixia a los filósofos, siempre llega *San Ludwig* en su rescate – DENNETT, 2008, p. 98).

Dicho lo anterior, y como claro ejemplo, en mi opinión, de los problemas conceptuales que plantea la visión del ser humano que nos ofrecen los neurocientíficos, cabe decir que en multitud de ocasiones la mayor fuente de mistificación y uno de los sedicentes *misterios* del cerebro, es adscribir atributos psicológicos al cerebro en sí mismo considerado, en vez de al ser humano (BENNETT, HACKER, 2001, p. 500).

En efecto, muchos neurocientíficos predicán del cerebro o, incluso, de sus partes, cualidades que usualmente atribuimos sólo al ser humano. Unos ejemplos:

“Lo que ves no es realmente lo que hay: es lo que tu cerebro cree que hay (...) El cerebro hace la mejor interpretación que puede de acuerdo con su experiencia previa y la información limitada y ambigua que los ojos le proporcionan” (CRICK, 1995, p. 30).

“Tales neuronas poseen conocimientos. Tienen inteligencia, pues son capaces de calcular la probabilidad de acontecimientos externos” (BLAKEMORE, 1977, p. 91).

“Podemos considerar todo acto de ver como una búsqueda continua de las respuestas a preguntas formuladas por el cerebro. Las señales que proceden de la retina constituyen mensajes que transmiten esas respuestas. A continuación, el cerebro utiliza esa información para construir hipótesis adecuadas sobre lo que hay” (YOUNG, 1978, p. 119).

Como vemos, el cerebro nos engaña, interpreta, busca, construye hipótesis etc. Esa parte de nuestro cerebro tiene por tanto, de acuerdo con esta perspectiva, cualidades que normalmente aplicamos al ser humano en su conjunto. Es más, incluso las partes de dicho órgano (las neuronas) tienen conocimientos e inteligencia.

El problema de esta visión es que incurre en la falacia mereológica, la misma que ya Aristóteles, en el fragmento que encabeza este apartado, denunciaba en el siglo IV a. C.

Me explico: se entiende por Mereología la parte de la Lógica que estudia las relaciones entre las partes y el todo. Y, en consecuencia, entendemos por falacia mereológica la adscripción a las partes de cualidades que son privativas del todo.

En este sentido, creo fundamental dejar sentado que la atribución de atributos psicológicos al cerebro no tiene sentido, es conceptualmente inapropiada y fuente de importantes confusiones metodológicas.

Señalan, por ejemplo, Bennett y Hacker lo siguiente:

Llamaremos '*principio mereológico*' en neurociencia al principio de que los predicados psicológicos aplicables únicamente a un ser humano (u otro animal) en su totalidad no se pueden aplicar de modo inteligible a sus partes, por ejemplo, al cerebro [...] Los predicados psicológicos se aplican paradigmáticamente al *ser humano (o animal) como un todo* y no al cuerpo y sus partes (BENNETT, HACKER, 2008, p. 38).

Es decir, conviene hacer hincapié en que una gran cantidad de expresiones, entre las que destacan los términos psicológicos, son predicables *stricto sensu* sólo de seres humanos y ello por la sencilla razón de que los *criterios* de aplicación de tales expresiones son, como veremos, ciertos comportamientos en contextos específicos analizados desde la óptica de un complejo y ramificado *background* manifestado en el comportamiento.

Un corolario evidente de esta premisa es que carece de sentido adscribir sensaciones, pensamientos, capacidades sensoriales etc. – salvo, por supuesto, en el supuesto de un uso metafórico o metonímico del lenguaje – ni a seres inanimados ni al propio cuerpo humano en su conjunto, ni a alguna de sus partes (señaladamente el cerebro) ni, *a fortiori*, a las partes de las partes (p. ej., las neuronas).

Voy a invocar en este momento a *San Ludwig*, quien dedicó varios fragmentos de sus *Investigaciones Filosóficas* a esta cuestión, entre otros, los que se reproducen a continuación:

“Sólo de seres humanos vivos y de lo que se les asemeja (se comporta de modo semejante) podemos decir que tienen sensaciones, ven, están ciegos, oyen, están sordos, son conscientes o inconscientes” (WITTGENSTEIN, 1988, parágrafo 281).

¡Mira una piedra e imagínate que tiene sensaciones! – Uno se dice: ¿cómo se puede llegar siquiera a la idea de adscribirle una *sensación* a una *cosa*? ¡Igualmente se la podría adscribir a un número! – Y ahora mira una mosca retorciéndose y al momento esa dificultad ha desaparecido y el dolor parece poder *agarrar* aquí, donde antes todo era, por así decirlo, *liso* para él (WITTGENSTEIN, 1988, parágrafo 284).

“Sólo de lo que se comporta como un ser humano” – nos dice Wittgenstein – “se puede decir que *tiene dolor*” (WITTGENSTEIN, 1988, parágrafo 283). Y éste es un principio, como bien recalca HACKER, *gramatical*, “no una generalización empírica o una necesidad metafísica” (HACKER, 1990, p. 147).

En efecto, no es un hecho empírico que sea la persona la que tenga hambre y no, vgr., su estómago. Tampoco es un principio metafísico, derivado de la *esencia* del cuerpo humano o del pensamiento que es la persona quien reflexiona y no su cerebro. Es la *gramática* la que excluye la atribución de la toma de decisiones al cerebro: no existen condiciones de aplicación para el uso correcto de “su cerebro tomó una decisión”.

Aplicando esta idea a la neurociencia y sus descubrimientos, la conclusión es clara: la comprensión de un texto, el cálculo, la percepción del mundo real y, en lo que aquí nos importa, la decisión voluntaria, son, se nos dice, “operaciones cerebrales”. Sin embargo, tan sólo se trata de rellenar nuevos odres con el viejo vino cartesiano, sustituir “mente” (*res cogitans*) por “cerebro” y las viejas “revelaciones filosóficas” por las nuevas “revelaciones científicas”.

Tan poco sentido tiene decir “mi mente tiene dolor de muelas” como que mi cerebro percibe la realidad, construye hipótesis o toma decisiones 800 milisegundos antes de que yo lo haga. Éstos son predicados referidos a los seres humanos, aplicados sobre la base de un comportamiento sofisticado y presuponiendo capacidades complejas.

No “ve” más el cerebro de lo que “ve” la mente, pues soy yo quien veo. Alguien puede decir: “espera un momento y te doy la respuesta”, pero no “espera un momento a que mi cerebro me dé la respuesta y luego yo te la doy a ti” (HACKER, 1990, p. 162).

Por ello, como mencionaba antes, querría alertar sobre el peligro de considerar al cerebro como una especie de ente que reúne una serie de capacidades que *no tiene*. E, insisto, no las tiene no porque yo tenga un descubrimiento empírico que revelarles en este momento, sino porque no es conceptualmente correcto afirmar tal cosa. Y los problemas son mayores de lo que parecen: al enunciar frases como “el cerebro decide en cada momento qué acciones realizamos” estamos otorgando al cerebro cualidades que *no tiene*, y al ser humano una naturaleza que *no* es la suya. Como muy agudamente observa Kenny, a veces hablamos como si tuviésemos un cuerpo, cuando en realidad, *somos* un cuerpo (KENNY, 2000, p. 47).

Leamos, para concluir esta línea de pensamiento, el siguiente fragmento de RUBIA:

Gazzaniga apuntó que el hemisferio izquierdo es el hemisferio ‘intérprete’. Y sus interpretaciones pueden ser falsas [...] Por ser falsas esas interpretaciones, yo lo calificué de ‘mixtificador’. Como ya he expresado en otro lugar, estos casos muestran que el cerebro necesita una historia plausible, aunque sea falsa. Si le falta información, él mismo la genera y la presenta como explicación, por ejemplo de una conducta de la que no conoce sus causas (RUBIA, 2009, p. 56).

¿Se fijan en cómo los tentáculos de aquel *genio maligno* que rompía todas las certezas de DESCARTES llegan hasta nuestros científicos actuales?

No sólo contamos con un hemisferio cerebral que “interpreta” el mundo y lo que en él sucede, sino que puede, además, inventarse una explicación falsa. Y una de esas “explicaciones falsas” es, ni más ni menos, que existe algo como la voluntad. ¡Qué ingenuos somos dejándonos llevar por lo que nuestro maligno hemisferio inventa!

Desde mi perspectiva, el hemisferio izquierdo no interpreta nada. Sólo de un ser humano puede decirse que realiza interpretaciones. Más aún, ni siquiera lo que pueda suceder a nivel neuronal constituye criterio alguno de que la propia persona esté interpretando. La falacia mereológica y los resabios cartesianos siguen acechándonos.

En suma, el cerebro no es un sujeto lógicamente apropiado para serle atribuidos predicados como, en lo que aquí nos importa, “decidir”. Y, desde luego, tanto esta adscripción como la idea de que decida por *nosotros* (estableciendo una cesura entre *nosotros* y nuestros cerebros) como la de que nos engaña son formas degeneradas de cartesianismo. Digo más, se trata de un cartesianismo al cuadrado, por así decirlo, pues el cerebro (la *res cogitans*) no sólo *nos* domina (y el ser humano deviene así una mera *res extensa*) sino que, además, nos engaña, como si fuese ese genio maligno que entorpecía las meditaciones de Descartes.

En suma, teniendo en cuenta que *lo específico de la acción humana no es algo físico, sino contextual*, parece claro que bajo ningún concepto un determinado estado cerebral puede ser entendido como *criterio* de un determinado comportamiento. Ni el lenguaje de los términos psicológicos es el de la neurofisiología, pues aunque los fenómenos psicológicos pudiesen ser *deducidos* de los neurológicos, no podrían ser *explicados* por ellos (MARTÍNEZ FREIRE, 1995, p. 84), pues lo que otorga significado a cualquier producto de mi cerebro es algo completamente exterior a él (KENNY, 2000, p. 204 y ss.).

Nada de lo que se pueda decir inteligiblemente que realiza un cerebro puede constituir un criterio de lo que el ser humano hace. No son los cerebros los que sienten dolor o toman decisiones, sino las personas. Y nuestros criterios para decir que una persona siente dolor o está reflexionando están basados en su conducta y el complejísimo entramado de acciones, juegos de lenguaje y formas de vida de que nos hablaba Wittgenstein, no en el examen de su córtex cerebral.

En este sentido, cuando los neurocientíficos manifiestan que cuando una persona toma una decisión algo sucede en su cerebro y que, por tanto, esto constituye un criterio de “decidir”, están mostrando, en mi opinión, una enorme confusión sobre el concepto de comportamiento en general y sobre los criterios de actuar y de tomar una decisión en particular.

3 EL NEURODETERMINISMO COMO ESPECIE DEL DETERMINISMO CIENTÍFICO

“El determinismo consiste en la tesis de que en cada momento dado hay exactamente un único futuro físicamente posible” (VAN INWAGEN, 1983, p. 3).

Si en el apartado anterior bosquejaba una crítica a la concepción cartesiana de la mente, conviene traer a colación de nuevo a Descartes en este momento, puesto que, como apunta Rabossi,

si Aristóteles fijó la agenda de la filosofía de la acción, correspondió a Descartes y a Hobbes fijarla para la filosofía de la mente. Ambos encarnan el optimismo científico de la época, los dos ven en el método empleado por Galileo un paradigma metodológico generalizable para la obtención de conocimientos ciertos, los dos contribuyen al desarrollo de temas científicos (Descartes es, en este aspecto, muy superior a Hobbes) y ambos creen que los fenómenos físicos son explicables en términos de una causalidad mecánica determinista (RABOSSO, 1997, p. 11).

En efecto, señala Descartes, entre otros muchos posibles fragmentos, lo siguiente:

Juzguemos que el cuerpo de un hombre vivo difiere tanto del de un hombre muerto, como difiere un reloj u otro autómatas (es decir, otra máquina que se mueve por sí misma), cuando está montado y tiene en sí el principio corporal de los movimientos para los que está constituido, con todo lo que se requiere para su acción, del mismo reloj, u otra máquina, cuando está rota y el principio de su movimiento deja de actuar (DESCARTES, 1997, p. 61-62).

Si considero el cuerpo del hombre como una máquina construida de tal modo y compuesta de huesos, nervios, músculos, venas, sangre y piel, que, aún sin contener espíritu alguno, no dejaría de moverse del mismo modo que ahora, cuando no se mueve dirigido por la voluntad ni, por consiguiente, con la ayuda del espíritu, sino solamente por la disposición de los órganos (DESCARTES, 1977, p. 71).

En verdad puede establecerse una adecuada comparación de los nervios de la máquina que estoy describiendo con los tubos que forman parte de la máquina de estas fuentes; sus músculos y tendones pueden compararse con los ingenios y resortes que sirven para moverlas; los espíritus animales con el agua que las pone en movimiento; su corazón con el manantial y, finalmente, las concavidades del cerebro son los registros del agua (DESCARTES, 1980, p. 62).

Esta idea fue retomada posteriormente por La Mettrie, quien, tomando confesadamente estos principios cartesianos⁴, desarrolló en su *El hombre máquina* una visión puramente mecanicista del ser humano, indicando que

⁴ Si bien La Mettrie reconoce las debilidades de algunas posturas de Descartes, afirmando que “es verdad que este célebre filósofo se equivocó mucho y nadie discrepa de eso” (LA METTRIE, 1987, p. 104).

el hombre es una máquina tan compleja que en principio es imposible hacerse una idea clara de ella y, por consiguiente, de definirla. Es por esto por lo que todas las investigaciones de los más grandes filósofos han hecho *a priori*, es decir, queriendo servirse de alguna manera de las alas del espíritu, han resultado vanas. Así, no es más que *a posteriori*, o esforzándose en aclarar qué es el alma por medio de los órganos del cuerpo como se puede, no ya descubrir con evidencia la naturaleza misma del hombre, sino alcanzar el grado más elevado de probabilidad posible sobre este tema (LA METTRIE, 1987, p. 38).

Desde este punto de vista, la conclusión de La Mettrie es clara:

cuando hago el bien o el mal, o cuando soy virtuoso por la mañana y vicioso por la noche, la causa de ello es mi sangre; es mi sangre la que me hace alegre, serio, vivaz, jocosos, festivo, loco. Es mi sangre lo que me impulsa a querer y lo que determina todo (...) Sin embargo, estoy convencido de haber elegido y me felicito por mi libertad (...) Una determinación absolutamente necesaria nos arrastra aunque no queramos ser esclavos. Somos locos, y locos tanto más desdichados cuanto más nos reprochemos no haber hecho lo que en realidad no estaba en nuestro poder hacer (LA METTRIE, 2005, p. 76).

Dicho lo anterior, cabe decir que, al igual que sucedía con la concepción cartesiana de la mente, esta visión del ser humano sigue viva casi tres siglos después. En efecto, p. ej., DENNETT no tiene empacho en afirmar que “cada uno de nosotros está hecho de robots mecánicos y punto. No hay ingredientes no físicos, no robóticos, en la receta de los seres humanos” (DENNETT, 2006, p. 17).

Pero ¿cómo habríamos de pensar lo contrario, a la luz de los hallazgos científicos? ¿no es la ciencia la que determina lo que debemos creer acerca de nosotros mismos?

Como afirma Guttenplan, existe una enorme tentación de pensar que todo lo que sucede es explicable en términos estrictamente científicos y que, de las dos opciones posibles: caer en dicha tentación o resistirse a ella, la auténticamente racional es la primera (GUTTENPLAN, 1994, p. 76).

De este modo, el determinismo *científico*, que es la vestimenta con la que se nos presenta el determinismo de nuestros tiempos se convierte en un prejuicio que alcanza una naturaleza quasi-religiosa, pues, en suma, nos invita a contemplar el mundo al estilo de Laplace, quien, en plena coherencia con su visión científicista del mundo, señaló que

se podría concebir un intelecto⁵ que en cualquier momento dado conociera todas las fuerzas que animan la naturaleza y las posiciones de los seres que la componen;

⁵ Este intelecto es denominado por Laplace “demonio”, en el sentido no de malignidad, sino de inteligencia sobrehumana.

si este intelecto fuera lo suficientemente vasto como para someter los datos a análisis, podría condensar en una simple fórmula el movimiento de los grandes cuerpos del universo y del átomo más ligero; para tal intelecto nada podría ser incierto y el futuro así como el pasado estarían frente sus ojos (LAPLACE, 1819).

Se está, en suma, concibiendo el mundo *sub especie aeternitatis*, de modo que, como con razón señaló Wittgenstein a este respecto, “la física no es historia. Profetiza. Si se intentase concebir la física como una mera constatación de los hechos observados en un momento dado, le faltaría su elemento más esencial: su relación con el futuro” (WITTGENSTEIN, 1979, p. 101).

Eso es justo lo que Laplace pretendía con su *demonio*: la profecía consiste en que, con la ayuda del conocimiento de las condiciones iniciales de cualquier estado dado del mundo y con las leyes de la naturaleza, seremos capaces de deducir todos los futuros estados del mundo. Y ésta sería una tarea *científica*.

En efecto, como pone de manifiesto Popper,

el punto crucial del argumento de Laplace es éste: *hace de la doctrina del determinismo una verdad de la ciencia y no de la religión*. El demonio de Laplace no es un Dios omnisciente, sino simplemente un supercientífico. No se le supone capaz de nada que no puedan hacer los científicos humanos, o al menos que no puedan hacer aproximadamente: simplemente se le supone capaz de realizar sus tareas con perfección sobrehumana (POPPER, 1984, p. 53).

Así, tenemos explicitado uno de los núcleos básicos del tema que estamos tratando: la obsesión científicista, la entronización de las ciencias como único modo de ver el mundo con prestancia de verdad, nos lleva a considerar que toda certeza está en ellas y que, por consiguiente, su visión del ser humano como regido por el cerebro o como simple “materia, al igual que el resto del universo” (RUBIA, 2009, p. 56) ha de ser, por fuerza, verdadera.

En este sentido, la neurociencia (como también muchos genetistas) deviene determinista por una pulsión según la que la ciencia algún día descubrirá que *todo* comportamiento humano es *tan* inteligible (y predecible) como el de cualquier otro hecho natural (pues el comportamiento humano, desde esta perspectiva, no deja de ser un hecho natural más).

El científico ocupa, en este sentido, la posición tradicionalmente reservada a la divinidad omnisciente⁶. Y si en este momento de la ciencia no es posible afirmar el determinismo con

⁶ El propio Guttentplan, quien, como acabamos de ver, sostiene que es perfectamente racional creer que todo comportamiento humano es explicable en términos estrictamente físicos, afirma poco después que se trata, no obstante, de “una profesión de fe” (GUTTENPLAN, 1994, p. 82 y 83).

toda rotundidad es, simplemente, porque no contamos aún con los conocimientos necesarios; pero en el futuro nada obstará a la consecución de ese conocimiento.

Aquí se entrelazan, dos pulsiones metafóricamente complementarias: la de la máquina y la de la ciencia. Pero todo ello descansa sobre una serie de malentendidos.

Como el lector podrá encontrar en este mismo libro el trabajo de Vives Antón, en el que realiza una exposición del famoso fragmento de las *Investigaciones filosóficas* wittgensteinianas sobre la máquina como símbolo y la máquina como realidad efectiva, me limitaré a decir que dar por supuesto el principio de determinación de toda conducta humana es como hablar de una máquina entendida como símbolo, *no de una máquina real*. Estamos, en suma, contemplando el mundo, al estilo del demonio de Laplace.

Pero nosotros no somos inteligencias sobrehumanas. Ni somos máquinas simbólicas. Más aún, nunca nos referimos a nosotros mismos como símbolos de máquinas, salvo cuando filosofamos. El giro pragmático consiste, precisamente, en pasar de la máquina ideal a la real, insertando la libertad en nuestras prácticas, en nuestras formas de vida y no en un *Begriffshimmel* en el que, además, se la niega sistemáticamente. En suma, como indica Gómez López, “el giro pragmático consiste precisamente en pasar de la máquina ideal a la máquina real, a la práctica, una práctica que, como en el caso de la máquina real, nos abre un campo modal nuevo, a saber, que nos podemos equivocar o que la máquina se puede romper” (GÓMEZ LÓPEZ, 2003, p. 110 y ss.).

Con estas ideas en la cabeza, el siguiente paso es, sin más, desechar las aporías de la visión cientificista del mundo y del determinismo *fuerte* que se pretende extraer de tal visión.

En este sentido, “aunque la idea del determinismo ‘científico’ parece, históricamente hablando, una especie de transferencia del determinismo religioso a términos naturalistas y racionalistas, es posible, desde luego, ver la idea de determinismo ‘científico’ bajo un aspecto diferente” (POPPER, 1984, p. 30), aspecto éste que POPPER desarrolla bajo la metáfora de las nubes y los relojes.

En efecto, señala el mencionado autor que el determinismo científico es el

resultado de una crítica un tanto sofisticada de la concepción del mundo según el sentido común, de acuerdo con la que todos los sucesos del mundo pueden dividirse en dos tipos: los sucesos predictibles, tales como el cambio de las estaciones, los movimientos diarios y anuales del sol y de las estrellas fijas, o el funcionamiento de un *reloj*; y los sucesos impredecibles, tales como los caprichos del tiempo o el comportamiento de las *nubes*.

Ahora bien, esta concepción, según el sentido común, de la diferencia entre *relojes* y *nubes* puede criticarse haciendo la pregunta un tanto sofisticada de si estos dos tipos de sucesos son realmente diferentes o si sólo el insatisfactorio estado de nuestros conocimientos los hace aparecer como diferentes; *si no, sería el comportamiento de las nubes tan predecible como el de los relojes, si supiéramos tanto sobre nubes como sabemos sobre relojes*.

Esta pregunta, o, mejor, esta conjetura, se convirtió en convicción tan pronto como el avance del conocimiento científico hizo posible predecir los movimientos de los planetas o ‘vagabundos’ – que fueron una vez símbolos notorios del capricho – con tanta precisión como los de las propias estrellas fijas. Fue este éxito, el éxito de las leyes de Kepler y de la dinámica de los cielos de Newton, el que llevó a la aceptación casi universal del determinismo ‘científico’ en los tiempos modernos (POPPER, 1984, p. 30).

Eso es exactamente lo que sucede con el determinismo neurocientífico: nos concibe como relojes o, más exactamente, como nubes que podrán llegar a ser conocidas en todos sus extremos en cuanto alcancemos un grado óptimo de conocimiento científico, pues, en resumidas cuentas, somos un mecanismo que no difiere en mucho del de un reloj – salvo, lógicamente, en su complejidad.

En lo que sigue intentaré desmontar esta imagen del mundo que tan perniciosos resultados conlleva en el tema que centra estas páginas.

Ante todo, dado que fue Laplace, como vimos, quien expresó con mayor plasticidad el postulado básico de esta clase de determinismo (y de la ciencia como *Weltanschauung*), conviene dejar sentado que la visión laplaceana incurre en una larga serie de problemas lógicos, de modo que, como señala DUCASSE, resulta susceptible de una “devastadora crítica en varios frentes” (DUCASSE, 1969, p. 213).

Así la lleva a cabo dicho autor, señalando, en primer lugar, que la idea laplaceana parte de la errónea idea de que

el mundo físico es todo el mundo; y esto no explica los acontecimientos mentales en general y las voliciones en particular, a no ser que las defina como acontecimientos puramente físicos: por ejemplo, como acontecimientos moleculares en los tejidos del cerebro. Mas el definirlos así no es legítimo, puesto que equivale a aseverar que la frase ‘acontecimientos mentales’ no expresa los acontecimientos que *nosotros expresamos* con estas palabras, sino que más bien denota ciertos acontecimientos completamente distintos (DUCASSE, 1969, p. 213 y 214).

En efecto, en la línea de cuanto hemos apuntado hasta ahora, cuando hacemos referencia a nuestros estados mentales no lo estamos haciendo ni en cuanto que espectadores privilegiados y únicos de nuestras propias mentes ni en cuanto que conocedores de nuestras conexiones sinápticas. Como señalamos en su momento y como muy bien pone de manifiesto Ducasse, los criterios para la adscripción de acontecimientos mentales no son éstos.

Y es que, además, efectivamente, no todo *el mundo* es el mundo físico. Cuando Rubia señalaba que el cerebro era materia “como el resto del universo”, estaba cometiendo

en cierto modo una petición de principio, pues no todo el universo es materia; al menos no en un sentido de “universo” que incluya la vida de los seres humanos, que está llena de aspectos no reductibles a lo físico. Fundamental y especialmente, la acción humana (que es a fin de cuentas de lo que hablamos aquí).

El propio Ducasse, en una segunda línea de crítica, expone esta idea señalando que

el determinismo laplaceano supone que las únicas fuerzas que operan en el mundo son las de la mecánica clásica. Mas esto no está demostrado, y es dudoso en particular en el caso de los procesos biológicos, y todavía más en el caso de la acción consciente realizada con un fin (DUCASSE, 1969, p. 214).

Además, este determinismo que opta por un reduccionismo materialista termina cayendo en una suerte de epifenomenalismo, mediante el que los deterministas no sólo incurren en una abierta contradicción con nuestro sentido común sino en una abierta contradicción, pues si sólo somos materia ¿para qué dar razones que en nada cambiarán la materia? ¿cómo es posible que mantengan la determinación de todo ser humano y a la vez crean en la posibilidad de convencimiento por razones no físicas?⁷.

De hecho, como agudamente señalan Popper y Eccles, puede oponérsele al determinismo el aforismo 40 de Epicuro: “quien diga que todas las cosas suceden por necesidad no puede criticar a quien que no todas las cosas ocurren por necesidad, ya que ha de admitir que la afirmación también sucede por necesidad” (ECCLES, POPPER, 1980, p. 85).

En suma, el determinista que argumenta a favor de su tesis es el mismo que destruye “la función y el oficio del razonamiento” (HINTZ, 1969, p. 235).

A través de este camino, como veremos inmediatamente, se desanudan los enredos filosóficos que están detrás del determinismo científico. Por de pronto, sigamos con la crítica de Ducasse al determinismo laplaceano.

“El determinismo, tal y como es concebido por Laplace” – señala este autor:

supone que la observación aportaría el conocimiento preciso del estado del mundo físico en un tiempo dado; y esto, desde los tiempos de LAPLACE, ha sido refutado. Se ha demostrado que el observar en un tiempo dado tanto la posición como la velocidad de una partícula no sólo es difícil, sino inherentemente imposible, porque el intentarlo automáticamente supone alterar la una o la otra (DUCASSE, 1969, p. 214).

⁷ De hecho, no deja de ser asombroso que, estando el mundo y nuestro comportamiento completamente determinados, exista esta especie de armonía universal que hace que nuestras vidas *parezcan* no estar determinadas y que *parezca* que existe algo así como una racionalidad y un convencimiento por razones fundadas.

Como el lector se imaginará, Ducasse está haciendo una crítica *intracientífica*, haciendo mención del principio de incertidumbre o relación de indeterminación enunciado por Heisenberg (1927, p. 172 y ss.) y que constituye una de las bases de la mecánica cuántica.

No quisiera – ni está a mi alcance – realizar aquí una exposición de las diferencias entre la mecánica clásica newtoniana y la mecánica cuántica, pero sí dejar constancia de lo que esta última teoría supone a la hora de afrontar una crítica al determinismo científico actual.

En efecto, no sólo el determinismo laplaceano, sino en general el determinismo actual basado en las neurociencias, parten de los postulados newtonianos y, con ello, caen en su propia paradoja científica, pues la física clásica ha sido desplazada, parece que definitivamente, por la física cuántica, en la que muchos de los argumentos aportados por los mecanicistas clásicos son refutados.

La primera conclusión a la que debemos llegar (sobre esto incidiremos nuevamente un poco más tarde) es que *ciencia* no es un estado unívoco del saber humano, sino un conglomerado de teorías que son desechadas o aceptadas en una línea temporal dada.

En este sentido, ya Kuhn, en su fundamental *La estructura de las revoluciones científicas*, ha hecho referencia a los cambios de paradigma en las ciencias naturales, entendiendo el cambio de tales explicaciones (el cambio de los paradigmas) de un modo personal, como el cambio de punto de vista de determinados grupos de investigadores, no como un cambio que debería imponerse como objeto de la investigación (KUHN, 2005).

De hecho, incluso dentro de la mecánica cuántica (o, mejor dicho, especialmente dentro de la mecánica cuántica) existen toda una serie de corrientes interpretativas (la de Copenhague, la de los universos paralelos, la de Bohm, la del colapso objetivo...)⁸ que ofrecen distintos resultados y distintas aproximaciones. Corrientes interpretativas que, por cierto, en su gran mayoría *no* son deterministas.

Así, en la interpretación de Copenhague – mayoritaria en el estado actual de la cuestión entre los científicos (TEGMARK, 1997, p. 855) no sólo no podemos conocer simultáneamente la posición y el momento de una partícula dada, de suerte que es imposible seguir utilizando el concepto de trayectoria, tan importante en la mecánica clásica newtoniana, sino que, corolario de esto, es imposible conocer algo así como “el presente” o “el mundo en un momento dado”, pues, a lo sumo, podremos sólo asignar a un momento dado una probabilidad de que el estado de cosas sea de una determinada manera o de otra.

⁸ Vid., entre otras muchas posibles referencias manualísticas en castellano, YNDURÁIN MUÑOZ, 2003 y VELARDE, 2002.

Un ejemplo ya célebre nos sirve para apuntalar esta idea: el gato de Schrödinger (SCHRÖDINGEN, 1935).

Según esta metáfora, si nos imaginamos un gato encerrado en una caja opaca, ajena a toda observación, en la que también hay un veneno y una partícula radioactiva que tiene un 50% de probabilidades de activarse y producir la liberación del veneno, pasado el tiempo en el que la partícula puede llegar a activarse, un científico clásico nos dirá que el gato o está vivo o está muerto, mientras que, en realidad, desde la mecánica cuántica, esa caja está en una superposición de estados (vivo/muerto) de la que nada podemos saber *a priori*, y sólo en el momento en el que la abramos (esto es, *en el momento en el que entre el observador en escena*) el gato estará vivo o muerto.

Es decir, mientras que en la mecánica clásica el gato está vivo o muerto y nosotros observadores nos limitamos a *comprobarlo*, en la mecánica cuántica, el gato está vivo y muerto; y nuestra observación, abriendo la caja, no es una *comprobación*, sino un paso de una superposición de estados a un estado definido (impredictible).

“El resultado” – señala Ducasse –

es no sólo que desconocemos si es verdad el determinismo en el sentido de *previsibilidad teóricamente universal*, ya se trate de los acontecimientos físicos, o también de los acontecimientos de otras clases – por ejemplo, de los acontecimientos mentales en general y de las voliciones o decisiones en particular –, sino que, más bien, sabemos que es falso. De ahí que el *status* del determinismo en el sentido de previsibilidad teóricamente universal sólo es el de un pío pero tendencioso artículo de fe científica (DUCASSE, 1969, p. 215).

Ésta y otras muchas paradojas⁹ nos demuestran que la pretensión científicista de alcanzar un conocimiento objetivo y certero del mundo es una mera ilusión y, a fin de cuentas, como señalaba Popper, nuestro intento de describir el mundo en términos de teorías universales no es más que “un intento de racionalizar lo único, lo irracional” (POPPER, 1984, p. 69).

De todos modos, esto no implica que la ciencia no cumpla ninguna función al respecto. Sobre esta cuestión, me gustaría citar unos fragmentos de la “Clases sobre libre albedrío” de Wittgenstein que clarifican un poco esta temática.

En primer lugar, el filósofo austríaco se pone en el lugar del determinista, señalando:

“Si comprendieras el funcionamiento de su mente y comprendieras todas las circunstancias tan bien como comprendes una máquina, no le considerarías responsable

⁹ Muy original, y útil para entender la diferencia entre la interpretación de Copenhague y la teoría de los universos paralelos, la paradoja del “suicidio cuántico” (TEGMARK, 1997, p. 857 y ss.).

de sus acciones”. Indicando, acto seguido: “Yo diría: ¿cómo lo sabes? [...] Supóngase que supiera todo y aún más de lo que los biólogos y los físicos saben ¿por qué habría de decir que esto lo hace más parecido a una máquina – excepto en la medida en que puedo predecir mejor?” (WITTGENSTEIN, 1997, p. 416).

En efecto, Wittgenstein nos alerta sobre la confusión entre una mejora de nuestro conocimiento y que eso implique necesariamente un paso adelante en una concepción de los seres humanos como máquinas, como la que hemos expuesto y criticado antes. De hecho, Wittgenstein insiste en una idea que ya hemos traído a colación en repetidas ocasiones a lo largo de estas páginas, a saber: “estos enunciados [los referidos a la acción libre] no son enunciados científicos, no son corregidos por la experiencia. Estos enunciados no son usados como enunciados científicos en absoluto y ningún descubrimiento de la ciencia afectaría a tal enunciado” (WITTGENSTEIN, 1997, p. 420).

No obstante, añade inmediatamente una precisión que es la que creo necesaria en este momento:

Esto no es totalmente verdadero. *Lo que quiero decir es que no podríamos decir ahora ‘si se descubre tal y cual, entonces diré que soy libre’.* Esto no es lo mismo que decir que los descubrimientos científicos no afectan a los enunciados de este tipo. [...] El conocimiento de esas leyes [de la naturaleza] simplemente transformaría la cuestión [...] Podría decirse: la capacidad de calcular cosas que ahora no podemos calcular ciertamente transformaría la situación en su conjunto (WITTGENSTEIN, 1997, p. 420-423).

En suma, bajo ningún concepto quisiera negar las aportaciones de la ciencia al desarrollo humano, sino, simplemente, colocar la cuestión en sus justos términos, sobre todo en un momento histórico en el que, incluso desde la propia ciencia, la afirmación de que todas las nubes de la vida humana pronto serán relojes ha sido sustituida por la contraria: en realidad, vivimos en la ilusión cientificista de los relojes, cuando todos los sistemas físicos, incluyendo los relojes, son en realidad nubes (ECCLES, POPPER, 1980, p. 38).

Si esto es así – y tal parece ser –, creo que es el momento de que exponga mi propia visión acerca del problema de la libertad.

4 ACTUAR, HABLAR, SER LIBRE

“Pues la libertad no está en el torrente de los pensamientos, sino en la acción” (BONHOEFFER, 2008, p. 225).

En su *“Pippini Regalis et Nobilissimi Juvenis Disputatio cum Albino Scholastico”*, Alcuino de York, filósofo del siglo VIII, escribe el siguiente diálogo entre él mismo y Pipino, el hijo de Carlomagno:

“A. *Quid est quod est et non est? P. Nihil. A. Quomodo potest esse et non est? P. Nomine est, et re non est*” (ALCUINO DE YORK, 1863, p. 979).

“Está en la palabra, no en la cosa”. Así es: si desechamos las aporías de la visión que el determinismo ofrece del mundo y de nosotros mismos, nos encontramos con que la libertad no está *ahí fuera*, en ese mundo físico calculable y predecible, ni *dentro* de nosotros mismos, como si fuese una facultad metafísica, sino que está (más bien, *se da*) en nuestros juegos de lenguaje y en nuestra forma de vida. Es decir la libertad está presupuesta y es a su vez fundamento de nuestras prácticas (de nuestra vida, en suma).

Es, por tanto, en la *fluidez* de nuestras acciones y en el examen de nuestras prácticas lingüísticas, de cómo utilizamos los resbaladizos conceptos vinculados con “libertad”, donde encontraremos solución a todo este mal sueño filosófico-científico del determinismo. El problema de la libertad (si es que, en puridad, tal problema existe), se disuelve, pues, en la práctica lingüística y social, en las palabras y en las acciones, confundiendo en ellas y con ellas.

En efecto, la acción constituye el elemento clave de la incardinación del ser humano en el mundo: el ser humano sólo existe como sujeto empírico, como yo individuado, en la medida en que ha crecido en el mundo inteligible del sentido lingüístico y, por tanto, no existe acción desligada del momento público del sentido, de la interpretación y de la validez (JIMÉNEZ REDONDO, 2011, p. 56). De hecho, sin ánimo de reiterar ideas que ya expuse con cierta prolijidad en otro trabajo (RAMOS VÁZQUEZ, 2008), la acción humana es un significado: el sentido que, de acuerdo con los distintos tipos de reglas sociales, puede darse al comportamiento humano.

Así, y dado que *el significado reside en el uso*, no es algo que tenga una existencia efectiva, lo específico de la acción humana es algo externo, *contextual*, pues “lo específico de la acción humana es su sentido, que no se puede determinar ni desde hechos mentales ni desde rasgos del mundo, sino desde sistemas simbólicos, algo que no es ni físico ni psicológico, ni material ni mental” (RODRÍGUEZ CONSUEGRA, 2000, p. 16).

Rechazo, por tanto, en sintonía con todo lo dicho hasta ahora en las anteriores páginas, la posibilidad de que los estados cerebrales puedan ser criterios del comportamiento humano.

También rechazo la idea, apuntada por Demetrio Crespo de que la libertad sea sólo un fenómeno lingüístico. Señala dicho autor que nuestros juegos de lenguaje presuponen la libertad y que “este eventual argumento a favor del indeterminismo no resulta convincente, sino al revés, sería una prueba más de que la ‘supuesta’ libertad podría radicar sólo (o predominantemente) en el lenguaje, aunque en realidad se trate de una mera ilusión” (DEMETRIO CRESPO, 2011, p. 31).

Pero o se concibe el mundo desde la libertad o no puede ser concebido en absoluto, pues es condición de toda interpretación posible (incluso de la determinista: VIVES ANTÓN, 2011, p. 333).

No puede convencer un argumento como el expuesto en el sentido de que la libertad esté sólo en el lenguaje (signifique lo que signifique eso), pues, de un lado, el determinismo es una idea desde fuera del sistema, en el sentido de que el marco general de actitudes y de reconocimiento del otro que subyace a nuestros juegos de lenguaje constituye *lo dado* y ni demanda ni permite una justificación “racional” externa (STRAWSON, 1974, p. 23).

Por otro, la libertad está inscrita no sólo en el lenguaje sino primariamente y sobre todo en la *acción*, hasta el punto de que Arendt pudo decir que “sólo la acción se halla bajo la categoría de la libertad” (ARENDT, 2006, p. 214), de modo que el intento de desgajar lenguaje y acción es artificioso.

Y es que “las palabras sólo tienen significado en la corriente de la vida” (WITTGENSTEIN, 1996, parágrafo 687), y “desde esta perspectiva, la acción humana deviene

concepto último y primario [...] que queda indisolublemente ligado a los conceptos de sentido, interpretación, validez y verdad. La acción no pertenece al mundo, no aparece como hecho en el mundo objetivo [...] porque la acción, lo realizativo, lo performativo, es el campo donde radican las condiciones de posibilidad de que a la clase de seres que somos nos venga abierto algo así como mundo (JIMÉNEZ REDONDO, 2011, p. 54).

Desde esta perspectiva, la dinámica de los diversos juegos de lenguaje y las reglas que subyacen a éstos se convierten en el elemento clave, con el telón de fondo de nuestras formas de vida. Lenguaje y acción se funden. Y se funden de un modo casi diríamos que natural. Como señala Arendt, “uno de los elementos más notables y estimulantes del pensamiento griego era precisamente que desde el principio, esto es, desde Homero, no existía una tal escisión fundamental entre hablar y actuar” (ARENDT, 1997, p. 76).

Entre nuestras palabras y nuestras acciones existe, pues, una conexión mucho más profunda y sutil que la altisonante misión otorgada al lenguaje de ser el espejo de las inmutables estructuras de la realidad.

Como señala Moya Espí,

las oraciones tienen sentido en el marco de ciertos juegos de lenguaje, que incluyen, en unión con el aspecto lógico abstracto, aspectos conductuales y comunitarios. En realidad, las sublimes relaciones lógicas tienen su raíz en las humildes relaciones que se establecen en el seno de estos juegos de lenguaje y no a la inversa (MOYA ESPÍ, 1993, p. 131).

Respecto de esto último, el propio Wittgenstein señaló que:

estamos bajo la ilusión de que lo peculiar, lo profundo, lo que es esencial en nuestra investigación, reside en que se trata de captar la incomparable esencia del lenguaje. Esto es, el orden existente entre los conceptos de proposición, palabra, deducción, de verdad, de experiencia, etc. Este orden es un super-orden entre – por así decirlo – super-conceptos. Mientras que, por cierto, las palabras ‘lenguaje’, ‘experiencia’, ‘mundo’, si es que tienen un empleo, han de tenerlo tan bajo como las palabras ‘mesa’, ‘lámpara’, ‘puerta’ (WITTGENSTEIN, 1988, parágrafo 97).

Hay que descender, pues, de la ilusión y del embrujo de las grandes palabras al humilde terreno del día a día del ser humano, su actuar y su lenguaje. Con ello, creo que podremos dar la razón a la segunda parte del aserto de Samuel Johnson “toda teoría está en contra del libre albedrío; toda práctica, a su favor” (citado por ROWE, 1995, p. 151), después de haber argumentado que no es cierto que toda teoría esté en contra.

Pues bien, se pregunta Hintz cómo sea posible que, de hecho, “los seres humanos sanos y racionales que pretenden retener su cordura, su racionalidad y la finalidad de sus vidas, insistan obstinadamente en decidir y obrar como si fueran individuos autónomos, dignificados y libres”, añadiendo acto seguido: “éste es el fenómeno que, por encima de todos, necesita una explicación” (HINTZ, 1969, p. 237).

La explicación es bien sencilla: *sólo se puede actuar bajo una idea de libertad* (ARENDT, 2006, p. 793) y, por tanto, el hervidero de acciones humanas que vemos a nuestro alrededor es la demostración palpable de la libertad: ese laboratorio es mucho más grande del que pueda conseguir ningún científico y sus resultados son mucho más tozudos.

Las personas, *de facto*, actúan *como si* fuesen libres. Y esto, para mí, significa, sin más, que actúan *porque* son libres. En este sentido, creo que Dennett yerra cuando dice que “libertad” designa el ideal de cómo nos gustaría ser y no somos (DENNETT, 1992, p. 89). “Libertad” no expresa un ideal, sino una realidad. Es el determinismo –como he intentado demostrar– el que supone un (inalcanzable) ideal: el de un mundo perfectamente aprehensible por la red conceptual de la ciencia y objetiva y universalmente previsible; esto es, un ideal de mundo y de ciencia que no casa nada bien con la realidad de nuestro modo de ser en el mundo (y de comprender dicho mundo).

Y, si construimos la gramática de “libertad” tomando como cimiento el comportamiento contextualizado de los seres humanos (¿y qué si no podríamos tomar como fundamento?), me atrevo a concluir que “libertad” designa, ante todo, una práctica y una actitud. Designa, sin más, lo que hacemos, cómo entendemos lo que hacemos y qué actitud tenemos hacia los demás y hacia nosotros mismos.

La libertad es, sin duda, uno de esos momentos en los que la pala del filósofo (y del neurocientífico) se retuercen: tan dura es esa roca que sustenta nuestra visión del mundo.

Tanto es así que debemos entender la libertad de acción (el poder de elegir) como una de aquellas proposiciones de las que no podemos dudar, porque constituyen los andamios sobre el que se levanta el edificio de nuestro lenguaje y el conjunto de nuestra forma de vida.

Wittgenstein señala que toda duda descansa sobre el hecho de que algunas proposiciones están fuera de toda duda, al ser, ni más ni menos, que los ejes sobre los que nuestras preguntas y nuestras dudas giran (WITTGENSTEIN, 1991, parágrafo 341). Y uno de esos ejes, es, sin duda alguna, que la libertad existe. Sin postular la libertad, como venimos apuntando reiteradamente, nuestra visión del mundo se vendría abajo. Por eso, frente a la peculiar categoría epistemológica a la que se pretende elevar la *verdad científica del determinismo* debemos subrayar que es precisamente la idea de libertad la que goza de ese privilegiado *status* en cuanto que es una de esas proposiciones que no podemos poner en duda porque están presupuestas en todo lo que decimos y hacemos¹⁰.

En suma, como señalan Popper y Eccles, nadie puede vivir bajo una idea de determinismo (ECCLES, POPPER, 1980, p. 614), pues sin presuponer la libertad no cabe ninguna idea de responsabilidad, ni de acción, ni de lenguaje, ni – por supuesto – de racionalidad (SEARLE, 2000, p. 167).

En este sentido, creo que sigue vigente lo que con sorna propuso Avicena hace ya más de mil años: “los partidarios de que la contingencia no existe deberían ser torturados hasta que admitan que podrían no haber sido torturados”¹¹.

Así pues, la libertad, insisto, debemos concebirla no como *algo* que poseemos, sino como una práctica. Pero también una actitud.

Utilizaré este memorable fragmento de las *Investigaciones filosóficas* como apoyo a esta idea:

Imagínate que digo de un amigo: ‘no es un autómeta’. ¿Qué se comunica aquí y para quién representaría esto una comunicación? ¿Para un ser humano que se encuentra con el otro en circunstancias normales? ¿Qué podría comunicarle eso! [...] ‘Creo que no es un autómeta’, así, sin más, aún no tiene ningún sentido. Mi actitud hacia él es una actitud hacia un alma. No tengo la opinión de que tiene un alma (WITTGENSTEIN, 1988, p. 417).

¹⁰ De hecho, insisto, entendemos que la gente *hace* cosas y no sólo que las cosas sin más suceden (de un modo, por cierto, misteriosamente conectado con nuestras intenciones) precisamente porque hay libertad y podemos concebir el mundo en términos de (libertad de) acción.

¹¹ A decir verdad, dicha frase de AVICENA es citada por DUNS SCOTO (DUNS SCOTO, *Opus oxoniense*, I, d. 39, q. 5, n. 13) sin que haya podido encontrarla en la obra de AVICENA. Desconozco, pues, si pertenece a este último filósofo o si el *Doctor sutil* se la atribuyó a AVICENA como argumento de autoridad.

“Libertad” es, pues, la expresión quintaesenciada de nuestra actitud respecto de los demás y respecto de lo que los demás hacen. No tengo la opinión de que los seres humanos son libres y no autómatas. No me baso en datos neurales, ni en disquisiciones metafísicas, ni es sin más mi *opinión*. No se trata de eso: mi actitud hacia otros seres humanos no es una actitud hacia una máquina, sino la actitud hacia esos individuos autónomos, dignificados y libres que tanta perplejidad provocan en los deterministas. Y con eso y todo lo dicho anteriormente creo que es suficiente para cerrar el círculo de la crítica del determinismo y de la afirmación de la libertad.

Querría traer a colación, como conclusión, a Nicolás de Cusa, quien, en su obra *De non aliud*, proponía el *no-otra-cosa-que* como paradigma de definición (NICOLAS DE CUSA, 2008).

Pues bien, la libertad es *no-otra-cosa-que* el actuar libre. La que practicamos todos los días en nuestra vida y la que reconocemos en nuestros congéneres. Y, de este modo, a fin de cuentas, es la libertad la que nos hace libres (ARENDT, 2006, p. 793). Ejercitarla y potenciarla al máximo es, pues, la demostración más poderosa que podamos hacer de su existencia.

Concluyo: señala Dennett que “libertad es una palabra que se usa cuando no queda nada por perder” (DENNETT, 1992, p. 142) y ésta es, según creo, la perspectiva que muchos adoptan frente a un tema que no es fundamentalmente teórico sino esencialmente (casi diría: *agónicamente*) práctico.

En cambio, mi postura es que la libertad no es algo que se *posee* o que *exista*, como si fuese un bien cualquiera, sino un modo de ver el mundo, una actitud hacia éste y hacia los demás seres humanos, y una *práctica* que nace y se nutre en el espacio intersubjetivo (en el espacio político, me atrevería a decir).

Por ello, el valor de lo que está en juego cuando utilizamos dicha palabra – cuando jugamos al juego de lenguaje de *libertad* – pero, sobre todo, cuando hacemos justicia a una libertad auténticamente libre, ejercitándola y reconociendo a los demás miembros de la comunidad política su carácter de libres y autónomos, es mayor que el de cualquier posesión que nos podamos imaginar. Pues la libertad, al contrario de lo que Dennett supone es, sin más, *nuestro mundo* y, por tanto, *todo* cuanto podemos perder.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCUINO DE YORK. Pippini regalis et nobilissimi juvenis disputatio cum albino scholastico. In: FROBENIUS, F. **Patrologia Latina**. Paris: Sirou, 1863. p. 975-980. v. 101.
- ARENDT, H. **Diario filosófico 1950-1973**. Barcelona: Herdes, 2006.
- _____. **¿Qué es la política?** Barcelona: Paidós, 1997.
- ARISTÓTELES. **Acerca del alma**. Madrid: Gredos, 1978.
- BENNETT, M.; HACKER, P. Fragmentos de Philosophical foundations of neuroscience. In: BENNETT, M. et al. **La naturaleza de la conciencia**: cerebro mente y lenguaje. Barcelona: Paidós, 2008. p. 15-68.
- BLAKEMORE, C. **Mechanics of the mind**. Cambridge: Cambridge University, 1977.
- BLANSHARD, B. En defensa del determinismo. In: HOOK, S. (Ed.). **Determinismo y libertad**. Barcelona: Fontanella, 1969. p. 15-31.
- BONHOEFFER, D. **Resistencia y sumisión**: cartas y apuntes desde el cautiverio, Salamanca: Sígueme, 2008.
- CRICK, F. **The astonishing hypothesis**. Londres: Touchstone Books, 1995.
- DEMETRIO CRESPO, E. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. **InDret**, Barcelona, v. 12, n. 2, p. 1-38, abr. 2011. Disponible em: <<http://www.indret.com/pdf/807.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- DENNETT, D. C. La filosofía como antropología ingenua. In: BENNETT, M. et al. **La naturaleza de la conciencia**: cerebro mente y lenguaje. Barcelona: Paidós, 2008. p. 93-120.
- _____. **Dulces sueños**: obstáculos filosóficos para una ciencia de la conciencia. Buenos Aires: Katz, 2006.
- _____. **La libertad de acción**: un análisis de la exigencia de libre albedrío. Barcelona: Gedisa, 1992.
- DESCARTES, R. **Las pasiones del alma**. Madrid: Tecnos, 1997.
- _____. **Meditaciones metafísicas con objeciones y respuestas**. Madrid: Alfaguara, 1977.
- _____. **Tratado del hombre**. Madrid: Nacional, 1980.
- DREHER, E. **Die Willensfreiheit**: ein zentrales Problem mit vielen Seiten. München: C. H. Beck, 1987.
- DUCASSE, C. J. Determinismo, libertad y responsabilidad. In: HOOK, S. (Ed.), **Determinismo y libertad**. Barcelona: Fontanella, 1969. p. 213-215.
- ECCLES, J. C.; POPPER, K. **El yo y su cerebro**. Barcelona: Labor, 1980.
- GÓMEZ LÓPEZ, C. **Significado y libertad**: un ensayo en filosofía del lenguaje. Madrid: Siglo Veintiuno, 2003.
- GUTTENPLAN, S. An essay on mind. In: GUTTENPLAN, S. (Ed.). **A companion to the philosophy of mind**. Oxford: Basil Blackwell, 1994. p. 3-107.

- HACKER, P. M. S. **Wittgenstein**: meaning and mind. Oxford; Cambridge: Basil Blackwell, 1990. v. 3.
- HARTMANN, N. **Ethik**. 4. ed. Berlin; Leipzig: W. de Gruyter, 1962.
- HEISENBERG, W. Über den anschaulichen Inhalt der quantentheoretischen Kinematik und Mechanik. **Zeitschrift für Physik**, Berlin, v. 43, n. 3-4, p. 172-198, März. 1927.
- HINTZ, H. W. Más reflexiones sobre la responsabilidad moral. In: HOOK, S. (Ed.). **Determinismo y libertad**. Barcelona: Fontanella, 1969.
- KENNY, A. **La metafísica de la mente**: filosofía, psicología, lingüística. Barcelona: Paidós, 2000.
- KUHN, T. S. **La estructura de las revoluciones científicas**. Madrid: Fondo de Cultura Económica, 2005.
- JIMÉNEZ REDONDO, M. Estudio preliminar a Vives Antón, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- LA METTRIE, J. O. **Discurso sobre la felicidad**. Buenos Aires: Cuenco de plata, 2005.
- _____. **El hombre máquina**. Madrid: Alhambra, 1987.
- LAPLACE, P. S. **Essai philosophique sur les probabilités**. 5. ed. Bruselas: Remy, 1819.
- LIBET, B. Do we have free will? **Journal of Consciousness Studies**, Exeter, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, Aug. 1999.
- MARTÍNEZ FREIRE, P. F. **La nueva filosofía de la mente**. Barcelona: Gedisa, 1995.
- MOYA ESPÍ, C. Mente, substancia y contexto. In: SANFÉLIX VIDARTE, V. (Ed.). **Acerca de Wittgenstein**. Valencia: Departamento de Metafísica y Teoría del Conocimiento de la Universidad de Valencia, 1993. p. 123-136.
- NICOLAS DE CUSA. **Acerca de lo no-otro o de la definición que todo define**. Buenos Aires: Biblos, 2008.
- NORZICK, R. **Philosophical explanations**. Cambriadge: Harvard University, 1981.
- POPPER, K. **El universo abierto**: un argumento en favor del indeterminismo. Post Scriptum a La Lógica de la investigación científica. Madrid: Tecnos, 1984. v. 2.
- RABOSSO, E. La filosofía de la acción y la filosofía de la mente. In: CRUZ, M. (Dir.). **Acción humana**. Barcelona: Ariel, 1997. p. 5-20.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- RODRÍGUEZ CONSUEGRA, F. **Prólogo a La metafísica de la mente**: filosofía, psicología, lingüística. Barcelona: Paidós, 2000.
- ROWE, W. L. Two concepts of freedom. In: O'CONNOR, T. (Ed.). **Agents, cases and events**: essays on indeterminism and free will. New York: Oxford University, 1995. p. 151-171.
- RUBIA, F. J. **El fantasma de la libertad**: datos de la revolución neurocientífica. Barcelona: Crítica, 2009.
- SCHRÖDINGEN, E. Die Gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik. **Die Naturwissenschaften**, Berlin, v. 23, n. 48, p. 807-812, Nov. 1935.

- SEARLE, J. **Razones para actuar**: una teoría del libre albedrío. Oviedo: Nobel, 2000.
- STRAWSON, P. F. **Freedom and resentment and other essays**. Londres: Methuen, 1974.
- TEGMARK, M. The interpretation of quantum mechanics: many worlds or many words? **Fortschritte der Physik**, Berlin, v. 46, n. 6-8, p. 855-862, Aug. 1997.
- TUGENDHAT, E. **Antropología en vez de metafísica**. Barcelona: Gedisa, 2008.
- VAN INWAGEN, P. **An essay on free will**. Oxford: Clarendon, 1983.
- VELARDE, G. **Mecánica cuántica**. Madrid: McGraw-Hill, 2002.
- VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- WITTGENSTEIN, L. **Investigaciones Filosóficas**. Barcelona: Crítica, 1988.
- _____. **Ocasiones filosóficas 1912-1951**. Madrid: Cátedra, 1997.
- _____. **Sobre la certeza**. 2. ed. Barcelona: Gedisa, 1991.
- _____. **Últimos escritos sobre filosofía de la psicología**. Madrid: Tecnos, 1996. v. 2.
- _____. **Wittgenstein and the Vienna Circle**. Oxford: Blackwell, 1979.
- YNDURÁIN MUÑOZ, F. J. **Mecánica cuántica**: teoría general. Barcelona: Ariel, 2003.
- YOUNG, J. Z. **Programs of the brain**. Oxford: Oxford University, 1978.

LIBERTAD DE VOLUNTAD, INVESTIGACIÓN SOBRE EL CEREBRO Y RESPONSABILIDAD PENAL: APROXIMACIÓN A LOS FUNDAMENTOS DEL MODERNO DEBATE SOBRE NEUROCIENCIAS Y DERECHO PENAL¹

FREE WILL, BRAIN RESEARCH AND CRIMINAL LIABILITY: APPROXIMATION TO THE FOUNDATIONS OF THE CURRENT DEBATE ON NEUROSCIENCES AND CRIMINAL LAW

Eduardo Demetrio-Crespo²

RESUMEN

El artículo versa sobre los fundamentos de la reciente polémica acerca de las repercusiones que la moderna investigación sobre el cerebro llevada a cabo en el ámbito de las Neurociencias podría acarrear en lo concerniente a la responsabilidad penal.

Palabras clave: Determinismo. Neurociencia. Responsabilidad Penal.

ABSTRACT

This article analyzes the recent debate around the impact on the theory of criminal responsibility of the latest advances in the study of the brain in the area of neurosciences.

Keywords: Determinism. Neuroscience. Criminal Responsibility.

¹ El presente artículo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación "Neurociencia y Derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad (MICINN/DER2009-09868 / IP: Eduardo Demetrio-Crespo).

² Catedrático de Derecho penal, Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo). *E-mail*: eduardo.demetrio@uclm.es

Al Prof. Dr. Dr. h. c. mult. Hans Joachim Hirsch,
con el mayor de los afectos y profunda gratitud, por su magisterio.

INTRODUCCIÓN

De un modo si se quiere algo sorprendente el viejo debate sobre el determinismo, libertad de voluntad y responsabilidad penal se ha situado en el primer plano de la actualidad³ a la luz de las últimas investigaciones llevadas a cabo en el campo de la neurobiología⁴, que parecen conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección entre actuar bien o mal moralmente, ya que la libertad de voluntad sería una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro.

Sin embargo, es muy dudoso que estas investigaciones puedan provocar un cambio de paradigma⁵ que ponga en cuestión radical la actual cultura jurídica⁶. Según el

³ BLECH/VON BREDOW, „Die Grammatik des Guten“, *Der Spiegel* 31/2007; HASSEMER, „Haltet den geborenen Dieb!“, *FAZ* 15.06.2010 y la réplica de ROTH/G.MERKEL, „Haltet den Richter!“, *FR-online* 22.07.2010. A su vez, las réplicas a Roth/Merkel de WALTER, M., „Unzulässige Überinterpretation“, *Frankfurter Rundschau* 05.07.200 y LÜDERSEN, „Wer determiniert die Hirnforscher?“, en *Frankfurter Rundschau* 19.07.2010.

⁴ Véanse, entre otras referencias, DETLEFSEN (actualmente G. MERKEL), *Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips. Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht*, 2006; HABERMAS, „Freiheit und Determinismus“, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, 52, 2004, p. 871-890; HERZBERG, *Willensunfreiheit und Schuldvorwurf*, 2010; R. MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2008, lb., „Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen“, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121/4, 2009, p. 919 y ss; PAUEN/ROTH, *Freiheit, Schuld und Verantwortung. Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit*, 2008; MONYER/RÖSLER/ROTH/SCHIECH/SINGER/ELGER/FRIEDERICI/KOCH/H. LUHMANN/VON DER MALSBURG/MENZEL, „Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung“, *Gehirn&Geist*, 6, 2004, p. 30-37; PÉREZ MANZANO, „Fundamento y fines del derecho penal (Una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia)“, en *Revista de Occidente*, nº 356, enero 2011, p. 41 y ss; PRINZ, „Freiheit oder Wissenschaft“, en Cranach / Foppa (Hrsg.), *Freiheit des Entscheidens und Handelns*, 1996, p. 86-103; lb., „Der Mensch ist nicht frei“, en Geyer, C. (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, p. 20 y ss; lb., „Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution“, *Psychologische Rundschau* 55/4, 2004, p. 198 y ss; ROTH, *Das Gehirn und seine Wirklichkeit*, 6ª ed., 2001; lb., *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2003; lb., „Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung“, en Roth /Grün (Hrsg.), *Das Gehirn und seine Freiheit*, 2009, p. 9 y ss; ROTH/LÜCK/STRÜBER, „Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld aus Sicht der Hirnforschung“, en Lampe / Pauen / Roth (Hrsg.) *Willensfreiheit und rechtliche Ordnung*, 2008, p. 99 y ss; RUBIA, Francisco J., „El controvertido tema de la libertad“, en *Revista de Occidente*, nº 356, enero 2011, p. 5 y ss; SÁNCHEZ ANDRÉS, „El espacio de libertad en el determinismo“, en *Revista de Occidente*, nº 356, 2011, p. 65 y ss; SENN/PUSKÁS (Hrsg.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, Stuttgart, 2006; SINGER, *Ein neues Menschenbild? Gespräche über Hirnforschung*, 2003; lb., „Veranschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören von Freiheit zu sprechen“, en Geyer, C. (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, p. 30 y ss; STOMPE/SCHANDA (Hrsg.), *Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften*, 2010.

⁵ Véase, KUHN, *Die Struktur wissenschaftlicher Revolutionen*, 1976.

⁶ Confróntese, MAHLMANN, *Rationalismus in der praktischen Theorie: Normentheorie und praktische Kompetenz*, 1999.

punto de vista tradicional mayoritariamente sostenido por la Ciencia del Derecho penal el principio de culpabilidad tiene como presupuesto lógico la libertad de decisión de la persona⁷, argumentándose que no se puede desconocer la existencia del libre arbitrio como fenómeno asentado en las estructuras elementales de la comunicación social⁸ y el propio entendimiento que el ser humano tiene de si mismo⁹.

Desde hace décadas este punto de vista se ha puesto en cuestión debido no solo a la imposibilidad de demostrar la libertad de voluntad, sino además al progresivo influjo ejercido por las ciencias que estudian el comportamiento humano y sus causas¹⁰. Ante el desafío lanzado por dichas ciencias y la permanente necesidad de justificación que caracteriza al Derecho penal, la Ciencia penal ha respondido en general en sentido crítico¹¹, con cierta resignación¹², y en casos excepcionales de un modo favorable a un Derecho penal de medidas¹³.

⁷ JESCHECK/WEIGEND, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, trad. de M. Olmedo Cardenete, 2002, p. 437.

⁸ SCHÜNEMANN, "La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo", en Schünemann (ed.), *El sistema moderno del derecho penal: cuestiones fundamentales*, 1991, p. 156; IB., "La culpabilidad: estado de la cuestión", en Roxin/Jakobs/Schünemann/Frisch/Köhler, *Sobre el estado de la teoría del delito*, 2000, p. 93 ss.

⁹ HIRSCH, "Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre", en Dannecker et al. (Hrsg.), *Festschrift für Harro Otto*, 2007, p.321.

¹⁰ Especialmente significativo y premonitorio a la vez GIMBERNAT, "¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal?", en *Estudios de Derecho Penal*, 2ª ed, 1980 (3ª ed, 1990), p. 108-109.

¹¹ Véanse, entre otras referencias, BURKHARDT, "La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal", traducción de R. Alcacer. In: BURKHARDT, B.; GÜNTHER, K.; JAKOBS, G. *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, 2007, p. 29-93; GÜNTHER, "Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff", *KJ* 39, 2006, p. 116-133; IB., "Acción voluntaria y responsabilidad criminal", trad. de R. Alcácer Guirao. In: BURKHARDT, B.; GÜNTHER, K.; JAKOBS, G. *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, Buenos Aires, 2007, p. 95-130; HIRSCH, "Zur gegenwärtigen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 62 y ss; HILLENKAMP, "Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung", *Juristenzeitung*, 7, 2005, p. 313 ss; JAKOBS, "Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica", trad. de B. Feijoo Sánchez. In: BURKHARDT, B.; GÜNTHER, K.; JAKOBS, G. *El problema de la libertad de acción en el Derecho penal*, 2007, p. 131 y ss [Original alemán: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 117 (2005), p. 247 y ss]; KRAUSS, "Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht?", en Müller Dietz et al. (Hrsg.), *Festschrift für Heike Jung*, 2007, p. 411 ss; LAMPE, "Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre", *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 118, 2006, p. 1 y ss; LÜDERSEN, "Ändert die Hirnforschung das Strafrecht?", en Geyer, C. (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, p. 98 ss; STRENG, "Schuldbegriff und Hirnforschung", en Pawlik (Hrsg.), *Festschrift für Günther Jakobs*, Köln.Berlin.München: Heymann, 2007, p. 675 y ss; T. WALTER, "Hirnforschung und Schuldbegriff", en Hoyer et al. (Hrsg.), *Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder*, 2006, p. 131 y ss.

¹² Confróntese R. MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2008, p. 133.

¹³ Véase, sobre todo, DETLEFSEN (actualmente G. MERKEL), *Grenzen der Freiheit*, 2006; IB., "Hirnforschung, Sprache und Recht", en Putzke et al. (Hrsg.), *Strafrecht zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg*, 2008, p. 3 y ss; G. MERKEL/ROTH., "Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe", en Grün / Friedman / Roth (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts. Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht*, 2008, p. 54 y ss.

En mi opinión es importante no perder de vista que la carga de la justificación del castigo recae del lado de quien afirma su legitimidad y que por lo tanto no es posible “pasar de puntillas” cuando se trata de averiguaciones acerca de los condicionantes en que tiene lugar el comportamiento humano que consideramos culpable. El punto de partida correcto no puede ser preservar la “buena conciencia”, sino una *consideración abierta a otras ciencias*, dejando espacio a aquellas posibilidades de cambio que sean oportunas en orden a un Derecho penal mejor y sobre todo más humanitario¹⁴. Por ejemplo, en lo concerniente a la interpretación de los preceptos que regulan las causas de inimputabilidad por anomalía o alteración psíquica (§ 20 StGB / art. 20.1 CP), aunque sin perder de vista lo que es posible investigar en la práctica forense¹⁵. Que se trate de una determinación normativa de la responsabilidad, no quiere decir a mi juicio que deba tratarse al mismo tiempo, de un juego que solo se atiene a sus propias reglas¹⁶. No en vano el Derecho penal debe atender permanentemente al fenómeno que está detrás de sus regulaciones, y este no consiste solo en la convención inicial sobre la libertad de voluntad, sino además en aquello que sabemos (o desconocemos) sobre el propio comportamiento humano y la llamada “acción voluntaria”¹⁷.

¹⁴ Como nos recuerda *Quintero Olivares* “el análisis crítico es el único que puede salvar el sistema, incluso si a través suyo se llega a la conclusión de que el sistema descansa en unas ficciones porque no tenemos una solución mejor por ahora para intentar ordenar la convivencia, lo cual no significa que ese sistema no pueda ser algo así como un cuerpo vivo capaz de una permanente transformación sin necesidad de caer a un vacío sin red” (QUINTERO OLIVARES, *Locos y culpables*, 1999, p. 22).

¹⁵ Para *Roxin* cualquier concepción sobre la culpabilidad debe remitirse en último término a lo que cabe investigar en la práctica forense, que no es otra cosa que la normal asequibilidad normativa del inculpado existente en el momento de los hechos (ROXIN, “Das Schuldprinzip im Wandel”, en Haft (Hrsg.), *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann zum 65. Geburtstag*, Heidelberg: Müller, 1993, p. 521).

¹⁶ A favor de una tesis compatibilista entre determinismo y libertad de acción en Derecho penal ya en SERRANO-PIEDRACASAS/DEMETRIO-CRESPO, “Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal”, en Carbonell Mateu et al. (ed.), *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal. Semblanzas y Estudios con motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón*, 2009, p. 1771 ss. La doctrina española se decanta mayoritariamente, sin embargo, por una visión indeterminista, o al menos, por la irrelevancia de la tesis determinista para el Derecho penal. Así, entre otros, PRATS CANUT, “La culpabilidad: principio y categoría dogmática”, en Quintero Olivares / Morales Prats (coords.), *El nuevo Derecho penal español. Estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, 2001, p. 627 y ss; SANZ MORÁN, “Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena”, en Díez Ripollés, J. L. et al. (ed.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, 2002, p. 155; y VIVES ANTÓN, “El principio de culpabilidad”, en Díez Ripollés, J. L. et al. (eds.), *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir*, 2002, p. 232.

¹⁷ En el caso reportado por la revista científica *New Scientist* (21.10.2002) se trataba por ejemplo de un maestro en el que con la aparición de un tumor surgieron comportamientos pedófilos, entre otras llamativas tendencias sexuales. Con más detalle, G. MERKEL, *FS-Herzberg*, 2008, 18.

1 CEREBRO Y COMPORTAMIENTO HUMANO

1.1 LA OPINIÓN DE TRES IMPORTANTES FIGURAS EN EL DEBATE (GERHARD ROTH, WOLFGANG PRINZ Y WOLF SINGER)

1. Recientemente un grupo de neurobiólogos alemanes han planteado en diferentes escritos un desafío de gran calado a la Ciencia penal. A saber, la libertad de voluntad es un artificio del todo inexistente, *no porque no se pueda probar, sino porque se puede probar que no existe*. Esto supone un elemento nuevo respecto a la discusión producida hasta el momento en sede de culpabilidad y los diferentes intentos de la Ciencia penal por darle una explicación diferente al libre albedrío de signo retribucionista¹⁸.

Es obvio que una mínima sensibilidad por los problemas de orden metodológico y de legitimación del sistema penal lleva a tener que enfrentarse a este desafío, que si bien no es nuevo, sí presenta en la actualidad “tintes” nuevos. De hecho la respuesta por parte de la Ciencia penal alemana ha sido hasta el momento bastante contundente y en el debate han intervenido eminentes penalistas, de cuyas opiniones nos ocuparemos más adelante.

No se trata, no obstante, de un debate solo producido en Alemania, sino que el tema interesa mucho y ha adquirido desde hace años gran relevancia en el mundo anglosajón, en el que ya se han empezado a extraer consecuencias prácticas¹⁹. Pero veamos por el

¹⁸ Ya anteriormente, con más referencias, véase, DEMETRIO-CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 215 y ss; IB., *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, 2008, p. 35 y ss; IB., “El principio de culpabilidad: ¿un Derecho Fundamental en la Unión Europea”, en Díez Picazo / Nieto Martín (coord.), *Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, p. 371 y ss. En este último artículo me posiciono en contra de la adopción de medidas de seguridad privativas de libertad posteriores al cumplimiento de la pena para delincuentes imputables peligrosos como las que se han extendido por diferentes países europeos con una finalidad eminentemente inocuizadora debido a la eliminación por esta vía de los límites y garantías que lleva consigo el principio de culpabilidad en nombre de la peligrosidad. A este respecto no se puede obviar la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la Sentencia de 17.12.2009 (caso *M. v. Alemania*), rechazando que se puedan “camuflar” como “medidas preventivas” sanciones que poseen el mismo carácter aflictivo que las penas. En sentido similar se pronuncia este Tribunal en la Sentencia de 10.06.2010 en el caso *Borer c. Suiza*, en el que también se declara vulnerado el derecho a la libertad consagrado en el Art. 5.1 CEDH.

¹⁹ Véanse, entre otras referencias, LELLING, “Eliminative materialism, neuroscience and the criminal law”, *University of Pennsylvania law review*, Vol. 141, 1992-1993, p. 1471 y ss; GARLAND (ed.), *Neuroscience and the Law. Brain, Mind, and Scales of Justice*, New York-Washington: Dana Press, 2004; GOODENOUGH, “Responsibility and punishment: whose mind? A response”, *Philosophical Transactions: Biological Sciences*, vol. 359, nº 1451, Law and the Brain, 2004, p. 1805-1809; GREENE/COHEN, “For the law, neuroscience changes Nothing and Everything”, *Philosophical Transactions: Biological Sciences*, vol. 359, nº 1451, Law and the Brain, 2004, p. 1775-1785; O’HARA, “How neuroscience might advance the law”, *Phil. Trans. R. Soc. Lond. B*, 359, 2004, p. 1677-1684; FREEMAN, “Introduction: law and neuroscience”, *International Journal of Law in Context*, 2-3, 2006, p. 217 y ss; GRANT, “Determinism, neuroscience and responsibility”,

momento cuáles son los argumentos manejados desde el mundo de la neurobiología, y vinculado a este último, de la llamada neurofilosofía²⁰, filosofía de la mente y psicología cognitiva. Los tres principales neurobiólogos a los que nos hemos referido anteriormente son *Gerhard Roth*, *Wolfgang Prinz* y *Wolf Singer*, de cuyas opiniones quisiera ocuparme con cierto detalle debido a que han protagonizado buena parte del debate, distinguiendo por un lado sus opiniones científicas en torno al cerebro y el comportamiento humano, y por otro, las consecuencias que desde su punto de vista se derivan para la responsabilidad penal.

2. La obra de *Gerhard Roth* en esta materia es sin duda muy prolífica, tanto en lo referente a aportaciones individuales, como en coautoría, aspecto este último que ha dado lugar incluso a aceradas críticas frente a su persona basadas en una supuesta intromisión en campos de conocimiento distintos al propio²¹. Para él la representación tradicional según la cual la voluntad se transforma en hechos concretos a través a una acción voluntaria dirigida por un yo consciente no es más que una ilusión, debido a que como consecuencia de la concatenación de la amígdala, el hipocampo y el nudo ventral y dorsal, la memoria emocional de la experiencia (que trabaja de modo inconsciente) tiene la primera y la última palabra en lo que concierne a la aparición de deseos e intenciones, de modo que las decisiones adoptadas ocurren en el sistema límbico uno o dos segundos antes de que podamos percibirlas de modo consciente. Dicho sistema actuaría como un aparato de poder organizado, frente al que el ser humano se percibe, debido a un autoengaño, solo de un modo aparente como libre²².

En este contexto *Gerhard Roth* y *Grischa Merkel* constatan que la regulación penal alemana -como también sucede en el Código penal español- *no regula de un modo*

International Journal of Law in Context, 2, 2006, p. 221 y ss; BURNS, J.D y A. BECHARA, "Decision Making and Free Will: A Neuroscience Perspective", *Behavioral Sciences and the Law*, 25, 2007, p. 263–280; AHARONI/FUNK/SINNOTT-ARMSTRONG/GAZZANIGA, "Can Neurological Evidence Help Courts Assess Criminal Responsibility? Lessons from Law and Neuroscience", *Annals Of The New York Academy Of Sciences*, 1124, 2008, p. 145 y ss; GREELY, "Neuroscience and criminal justice: not responsibility but treatment", *Kansas Law Review*, Vol. 56, 2007-2008, p. 1103 y ss; PUSTILNIK, "Violence on the brain: a critique neuroscience in criminal law", *Wake Forest Law Review*, 44, 2009, p. 183 y ss; SINNOTT-ARMSTRONG/NADEL (ed.), *Conscious Will and Responsibility. A Tribute to Benjamin Libet*, 2010.

²⁰ Básico BENNET/HACKER, *Philosophical foundations of neuroscience*, Oxford: Blackwell, 2003; IB., "Philosophie und Neurowissenschaft", traducción de J. Schulte, en Sturma (Hrsg.), *Philosophie und Neurowissenschaften*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006, p. 20-42; BENNET/DENNETT/HACKER/SEARLE, *La naturaleza de la conciencia. Cerebro, mente y lenguaje*, Barcelona: Paidós, 2008; SEARLE, "Free Will as a Problem in Neurobiology", *Philosophy*, nº 76, 4, 2001, p. 491-514; IB., *Libertad y neurobiología: reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político*, 2004; STRAWSON, "Freedom and Resentment", reimpresión en Waddel Ekstrom (ed.), *Agency and responsibility*, Oxford: Westwiew Press, 1962, p. 183 y ss.

²¹ Véase, GEYER, "Gerhard Roth, der Bindestrich-Mann", *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 28.06.2010.

²² ROTH, *Fühlen, Denken, Handeln. Wie das Gehirn unser Verhalten steuert*, 2003, p. 553.

positivo *qué hay que entender por culpabilidad*, sino que solo se pronuncia acerca de las causas que la excluyen²³, bien por concurrir determinados déficit psíquicos del autor en el momento de realización de los hechos (§ 20 StGB), o bien por concurrir un error de prohibición invencible (§ 17 StGB)²⁴. *Sensu contrario* parece deducirse que la existencia de culpabilidad requeriría la no existencia de impedimentos que permitan formularla positivamente, en el sentido de una capacidad para poder elegir actuar en el sentido del ordenamiento correcto, una capacidad pues para poder “actuar de otro modo”. Los distintos pronunciamientos de la más alta Jurisprudencia, y en particular, el muy discutido del año 1952 (BGHSt 2, 194, 200) venía a reforzar la concepción filosófico-jurídica tradicional de que la capacidad de culpabilidad del autor se fundamenta en la cualidad de actuar con libertad de voluntad, es decir, en el poder actuar de otro modo.

Estos autores estiman que *son tres las cuestiones actuales que interesan en torno al concepto de libertad de voluntad y su relación con la culpabilidad*: (a) una de carácter puramente filosófico en orden a fundamentar del modo más libre de contracciones posible el *concepto de libertad de voluntad*; (b) en segundo lugar, cómo se comporta el concepto jurídico-penal tradicional de la libertad de voluntad respecto a los *conocimientos empíricos de carácter experimental* de la psicología de la voluntad y de la acción, así como de la investigación sobre el cerebro; (c) y en tercer lugar, sobre la concreta posibilidad de probar el poder actuar de otro modo en el proceso penal.

3. Por su parte, *Wolfgang Prinz* entiende la libertad de voluntad como una institución social que no se corresponde con la realidad científicamente demostrable desde el punto de vista psíquico²⁵. Para el Director del Max-Planck Institut für Kognition- und Neurowissenschaften de Munich hablar de libertad de voluntad desde el punto de vista de la Psicología es como desde el punto de vista de la Zoología hablar del unicornio, es decir, algo que no existe en la ontología de la disciplina. Tanto el unicornio en sí mismo como la idea del unicornio es meramente un constructo teórico, una producción cultural, y lo mismo acontece con la libertad de voluntad. Para este autor la respuesta a la cuestión de cómo es posible que las personas se sientan y crean que son libres, cuando no lo son en absoluto, bajo qué premisas pueden surgir intuiciones de libertad y qué consecuencias tienen desde el punto de vista psicológico, social y cultural, precisa ir más allá de la

²³ G. MERKEL/ROTH, en Grün et al. (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 54.

²⁴ Se deja constancia asimismo, de que el único lugar en el que se le otorga un papel fundamentador (§ 46 StGB) se refiere a la *culpabilidad de la medición de la pena* referida a la cantidad de pena, pero no a la culpabilidad fundamentadora referida al “sí” de la pena. Sobre este particular, ampliamente, DEMETRIO-CRESPO, *Prevención general e individualización judicial de la pena*, 1999, p. 215 y ss.; Ib., *Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin*, 2008, p. 41 y ss.

²⁵ PRINZ, *Psychologische Rundschau* 55/4, 2004, p. 198.

investigación de funciones cognitivas y volitivas para tomar en consideración la percepción de estas funciones, como sucede en la Psicología social, la Psicología evolutiva, o en la Psicohistoria (estudio de las motivaciones psicológicas de sucesos históricos).

La cadena argumentativa de este autor reza como sigue: (a) La idea de la libertad de voluntad no tiene cabida en la Psicología científica; (b) Las intuiciones de libertad son el producto de la interacción y comunicación social; (c) Las intuiciones de libertad determinan el comportamiento (“*verhaltenswirksam*”) y cumplen importantes funciones psicológicas y sociales.

a) *La negación de la libertad.*

El argot de la voluntad tiene una explicación psicológica, según la cual atribuimos la mayoría de las acciones a antecedentes relativos a estados mentales anteriores. Por esta vía logramos explicar el *qué* y el *por qué* de la acción, pero no el *cómo*. A su vez *el argot de la libertad* representa la valoración moral que hacemos de dichas acciones. Valoramos positiva o negativamente las acciones porque juzgamos dichas acciones y sus consecuencias, al tiempo que juzgamos a quienes las cometen atribuyéndolas en la creencia de que las personas son artífices de las mismas dado que son libres en sus decisiones de actuar.

El argot de la libertad tendría dos caras: por un lado lo usamos para describir hechos psicológicos fundamentales como son las experiencias de la intuición de libertad; por otro, al ser este punto de partida incuestionable, asegura una función moral y jurídica consistente en la imputación de consecuencias a las personas gracias a la renuncia a una explicación ulterior²⁶. En este sentido afirma *Prinz* que en Psicología se distingue entre percepción (de hechos físicos y psíquicos) y realidad, y que todo lo que sabemos habla a favor de la idea de que la percepción de fenómenos psíquicos solo proporciona una imagen incompleta e inconsistente de la realidad de los procesos subyacentes²⁷. Por consiguiente, desde esta perspectiva tanto el indeterminismo, como la “determinación indeterminada” de la que partirían los intentos de explicar la libertad de voluntad protagonizados por la *Física cuántica* o la *Teoría del caos*, se basan en la renuncia a una explicación, por lo que serían científicamente inaceptables. En particular, estos últimos se basarían en el malentendido de entender la libertad de voluntad como mera ausencia de determinación causal, cuando en realidad la libertad de voluntad va mucho más allá y exige sujetos como autores autónomos de sus acciones provistos de una voluntad propia que decide libremente²⁸.

²⁶ Ibid., p. 199.

²⁷ Ibid., p. 200.

²⁸ Ibid., p. 201.

b) *La explicación de la libertad*

No obstante sí es posible, según *Prinz*, explicar las intuiciones de libertad como hecho psicológico, para lo cual es preciso distinguir el plano de la realidad objetiva en la que tiene lugar la mecánica volitiva subpersonal del plano de la percepción subjetiva de decisiones personales voluntarias. Si se parte de esa distinción sería posible yuxtaponer *determinismo en la realidad y libertad en la percepción*²⁹.

En el primer plano, el de la *producción de “decisiones de actuación”* intervienen diferentes ingredientes como son las preferencias, el conocimiento sobre dicha acción y la valoración de la situación, que se combinan de modo diferente según las teorías, sin que quede en cualquier caso espacio alguno para una especial instancia personal a la que quepa imputar la toma de decisiones.

Por lo que concierne a la *percepción personal* depende de cómo deba entenderse la subjetividad, bien del extendido modo naturalista, o bien de un modo constructivista. Según el “modo naturalista” el propio yo debe concebirse como un órgano natural de la mente humana, que es portador de subjetividad, personalidad e individualidad. El “yo” sería en esta concepción el órgano central del alma (o de la mente) que dirige y coordina la actividad de otras funciones mentales o espirituales. Por el contrario, el “modo constructivista” de conceptualizar la subjetividad coloca el fundamento del yo no en un órgano natural del alma, sino en una estructura especial de conocimiento. Según esta idea el propio “yo” es un contenido mental como cualquier otro que se conforma a partir de procesos de socialización y aprendizaje en las que se construyen estructuras de conocimiento. El estudio del yo se convierte así en objeto de estudio re y/o deconstruido de la Psicohistoria y la Psicología evolutiva.

El primer modo, según el análisis previo, sólo puede conducir a la conclusión de que la auto-imputación de decisiones es un auto-engaño, pues hemos visto que una cosa es la mecánica subpersonal de toma de decisiones y otra la percepción subjetiva que tenemos de éstas últimas. El segundo modo conduciría consecuentemente a la conclusión de que no hay órgano natural alguno al que imputar nada, sino que el yo está inmerso en las estructuras de conocimiento que lo portan, y que se producen bajo determinadas condiciones sociales e históricas.

Los *discursos de atribución* son asimismo consecuencia de la comunicación e interacción recíproca a nivel micro y macrosocial, que construyen el yo en el espejo de los demás, porque la *percepción* de las imputaciones de terceros dirigidas a él se convierten

²⁹ Ibid., p. 201.

en imputación propia³⁰. Estos discursos micro - y macrosociales se ven afianzados mediante *discursos narrativos* que constan de la semántica explícita de la cultura en la que viven las personas, con sus representaciones valorativas, mitos y leyendas, y por otro, de la sintaxis implícita de la Psicología cotidiana, que se limita a constatar cómo piensan y actúan los seres humanos.

c) *Elogio de la libertad*

La libertad de voluntad es, en el discurso de *Prinz*, una institución social. En este aspecto no se sitúa muy distante de alguna de las concepciones jurídico-penales que examinaremos después. Las instituciones engendran intuiciones y las intuiciones actúan a su vez como instituciones, de modo que ambas se retroalimentan. Las intuiciones de libertad se conforman en discursos regulados socialmente y contribuyen a su mantenimiento. Aunque es preciso distinguir, como se ha hecho más arriba, entre el plano objetivo de la realidad correspondiente a la mecánica volitiva subpersonal y el plano de la percepción subjetiva, ello no quiere decir que esta última sea algo marginal y sin efectos, sino que se convierte en un “*artefacto real*” por el simple hecho de que actúa a su vez a través de procesos subpersonales de representación³¹. Ahora bien, estas intuiciones de libertad no actúan sobre las disposiciones psicológicas de los individuos sino sobre la estructura de la colectividad en la que estos se socializan, en la que radica su verdadera razón de ser psichistórica. El argot de la libertad facilita la necesaria “prohibición de regreso explicativa” en el derecho porque permite afirmar que, aún habiéndose dado toda clase de circunstancias capaces de influir el comportamiento del actor, éste hubiera podido, no obstante, comportarse de otro modo y justamente por eso se le hace responsable, porque la responsabilidad es el precio de la libertad. La propia idea del contrato social y de la formación democrática de la voluntad están basadas en la imagen de un sujeto autónomo dotado de libertad de voluntad, por lo que, concluye *Prinz*, si amamos aquellas tenemos que alabar esta última³².

4. Por su parte *Singer* incide asimismo en la idea de que las percepciones que nosotros experimentamos como objetivas no son más que el *resultado de procesos constructivos*³³.

³⁰ Ibid., p. 203.

³¹ Ibid., p. 204. La instancia personal del “yo” no puede influir en los fundamentos materiales de los procesos de decisión, pero sí producir cambios procedimentales en la toma de decisiones mediante la explicación y deliberación. En la medida en que se produzca intercambio deliberativo mediante la argumentación y la comunicación se pueden establecer a su vez oportunidades para la modificación de la toma de decisiones que no se limiten a aspectos procedimentales, sino también de contenido, siempre y cuando mediante dichos procesos se altere asimismo la base de información previa.

³² PRINZ, *Psychologische Rundschau* 55/4, 2004, p. 205.

³³ SINGER, en Geyer, C. (Hrsg.), *Hirnforschung und Willensfreiheit*, 2004, p. 31.

Tendríamos que aceptar esta premisa de la misma manera que no tenemos problemas en reconocer que el comportamiento animal está completamente determinado y que cada acción viene dada necesariamente por una combinación entre la constelación que origina el estímulo actual y los estados cerebrales inmediatamente anteriores, y que a su vez dichos estados cerebrales están determinados por la organización genética previamente dada del respectivo sistema nervioso, así como por la multitud de factores epigenéticos y procesos educacionales que modifican la arquitectura de las cadenas nerviosas, y finalmente, por la historia previa inmediata, que “resuena” en la dinámica de la interacción neuronal³⁴.

El progresivo refinamiento de los métodos de evaluación neurobiológicos habría abierto la posibilidad de analizar los mecanismos neuronales que subyacen a *los altos rendimientos cognitivos de cerebros complejos, que podrían ser investigados y descritos de la perspectiva de la tercera persona* (o lo que es lo mismo, de un observador objetivo externo) con métodos científico-naturales. Aquí podrían operar toda clase de percepciones, representaciones, valoraciones, decisiones e incluso la capacidad de sentir emociones, si bien todas estas prestaciones o habilidades cognitivas no son idénticas a los procesos neuronales subyacentes³⁵.

Sin embargo, todo esto se contrapone a nuestra propia auto-percepción como seres libres dotados de autonomía que participan de una dimensión espiritual independiente y ontológicamente distinta al mundo real. Para *Singer* resulta evidente que en el transcurso de nuestra historia cultural hemos desarrollado *dos sistemas paralelos de descripción que afirman cosas contrapuestas sobre nuestra naturaleza humana*. Esta incompatibilidad habría ocupado a la humanidad desde que esta empezó a reflexionar sobre si misma. La diferencia entre tiempos pasados y el presente es que las Ciencias Naturales y especialmente las Neurociencias han convertido el tema en inaplazable. En la medida en que estas suministran de modo creciente pruebas convincentes de que los cerebros humano y animal apenas se diferencian y que su evolución, su constitución y sus funciones obedecen a los mismos principios, y no tenemos razones para dudar que en el caso de los animales todo comportamiento descansa en funciones cerebrales y por consiguiente está sometido a las leyes deterministas de procesos psico-químicos, la afirmación de la *dependencia material del comportamiento debe valer también para los seres humanos*³⁶. Las opciones que tenemos para abordar la cuestión pasan en primer lugar por modelos dualistas y unitarios. Los *modelos dualistas* provienen de Descartes y afirman la existencia de dos

³⁴ Ibid., p. 35.

³⁵ Ibid., p. 35.

³⁶ Ibid., p. 37.

mundos ontológicamente distintos consistentes en la esfera material y la espiritual. Estos tienen el problema de que no pueden ser comprobados ni falsificados científicamente ni por la reflexión ni por la experimentación y deben enfrentarse a una doble cuestión: (a) en qué momento en el transcurso de la evolución o del desarrollo individual adopta lo espiritual forma material y esta es reconocible; (b) cómo interactúa dicha entidad espiritual de carácter inmaterial con los procesos materiales en nuestro cerebro³⁷. Otro camino consistiría en observar al ser humano desde el punto de vista de *un proceso continuo de evolución*, en el que se ha constatado, al menos desde que se terminó la secuenciación del genoma humano, que los pilares moleculares de las células nerviosas apenas han variado a lo largo de la misma³⁸. Pero al menos de un modo intuitivo resultaría comprensible que esta arquitectura histórica del cerebro hubiera podido conducir mediante la repetida aplicación de las mismas operaciones cognitivas a la constitución de metarepresentaciones de estados internos, que podrían someterse al análisis y consiguiente reflexión sobre los propios procesos de percepción³⁹. Se trataría de una facultad cognitiva desarrollada por los seres humanos, animales dotados de cerebros altamente organizados, consistente en la conciencia fenoménica, en el percatarse de las propias percepciones y sensaciones. Esta conciencia fenoménica sería por consiguiente una prestación cognitiva operacionalizable y analizable desde la perspectiva de la tercera persona⁴⁰.

La gran pregunta sigue siendo cómo se organiza nuestro sistema cognitivo en orden a llegar a la imagen de sí mismo como un agente autónomo que actúa libremente, respecto de lo que no debe cabe dudar que ello responde a su vez a determinados procesos neuronales. La *interacción social* constituye también para *Singer* el ámbito del que está impregnado nuestro modelo del yo (*Selbstmodell*) toda vez que nuestras funciones cognitivas nos permiten reconocernos en las percepciones de los otros a través de diálogos del tipo: “yo sé que tú sabes que yo sé”. Estos diálogos podrían transmitir la experiencia de ser un agente autónomo, lo que requeriría en todo caso dos condiciones: la capacidad de construir una teoría de la mente y la capacidad de la comunicación lingüística, ya que los cerebros tienen que disponer de la posibilidad codificar simbólicamente las relaciones abstractas⁴¹. Dándose esos requisitos son posibles diálogos entre cerebros que crean relaciones de identificación y reflejo de sí mismo en la percepción del otro que habrían

³⁷ Ibid., p. 38.

³⁸ Ibid., p. 39.

³⁹ Ibid., p. 42.

⁴⁰ Ibid., p. 43.

⁴¹ Ibid., p. 48.

conducido al desarrollo de nuestro “modelo del yo” según el cual nos sentimos libres. Para Singer esto significaría que podríamos hablar de una dimensión ontológicamente distinta a la material si la entendemos con el estatus de realidades sociales, constructos culturales e imputaciones, que deben su existencia a las interacciones entre seres humanos⁴².

1.2 LA INSUFICIENCIA DEL CONCEPTO TRADICIONAL DE LIBERTAD HUMANA

La idea constitutiva del concepto tradicional de la libertad de voluntad implica que el ser humano posee la capacidad de intervenir en los acontecimientos dirigiéndolos en un determinado sentido a través de su voluntad, toda vez que esta última está conformada por la razón y por lo tanto por ética y moral. Esta comprensión configura a su vez la concepción determinada de la causalidad, denominada en la filosofía moderna “motivación mental”. Según esta comprensión kantiana contenida en la “Crítica de la razón pura” la voluntad puede iniciar una cadena causal por sí misma, lo que presupone que la voluntad por su parte no está determinada, sino que es libre, lo que por otra parte, no implica en modo alguno, según Kant, comprobación empírica al respecto. Esta concepción se enfrenta modernamente en el ámbito de la filosofía de la mente a las siguientes objeciones⁴³:

a) Aparentemente sólo en la teología puede hablarse de algo o alguien (Dios) que mueve a partir de cero (“unbewegten Beweger”), pero fuera de ahí, como señalara Leibniz, todo se debe a algún motivo de naturaleza espiritual o puramente natural. El argumento de que ese punto de arranque lo constituye una *razonable ponderación de las finalidades de la acción* no parece convincente, pues esta ponderación razonable acaece también en función de razones que a su vez están ancladas en contextos o correlaciones de fundamentación.

b) Con todo, aun cuando se pudiera dar una respuesta a esta cuestión, aun habría que resolver una segunda no menos difícil, a saber, cómo puede un proceso puramente espiritual influir sobre el curso de acontecimientos materiales dirigiéndolos en uno u otro sentido. Se ventila aquí el *carácter material o inmaterial de la voluntad*.

c) Y si lográramos responder esta pregunta, aun habría que enfrentarse a un tercero, el de la *imputación*. La voluntad tiene que ponerse en correlación con un individuo,

⁴² Ibid., p. 49.

⁴³ Véase, entre otras referencias, PAUEN, *Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung*; Ib., „Das problem des Selbst in den Neurowissenschaften und der Philosophie des Geistes“, en ANGEHRN/KÜCHENHOFF (Hrsg.), *Die Vermessung der Seele: Konzepte des Selbst in Philosophie und Psychoanalyse*, 2009, p. 140 y ss.

que asume la responsabilidad por dicha voluntad, sin que se sepa de dónde nace esa responsabilidad, lo que queda sin resolver si se parte de la base de que es completamente libre y no está consecuentemente influenciada por la personalidad, sus motivos y finalidades conscientes e inconscientes.

1.3 LA FORMACIÓN DE LA VOLUNTAD DESDE EL PUNTO DE VISTA PSICOLÓGICO Y NEUROLÓGICO

El concepto de culpabilidad penal presupone la libre configuración de la voluntad del autor, que es justamente aquella que puede fundamentar una responsabilidad última del autor⁴⁴. Sin embargo es discutible que quepa configurar un concepto de culpabilidad plausible sobre esta base, discutiéndose al respecto sobre todo la discrepancia entre nuestra percepción subjetiva de la voluntad y de la acción voluntaria y lo que las ciencias pertinentes (Psicología y Neurociencias) tienen que decir al respecto. Así, existe la creencia habitualmente de que la voluntad como estado psíquico genera una acción, de modo que la voluntad es vista como causa directa de la acción. Frente a esto cabe aducir según *Grischa Merkel* y *Gerhard Roth* lo siguiente:

a) La voluntad es un factor multifuncional en la ejecución de acciones voluntarias, que juega un papel importante en la elección, preparación y dirección de acciones complejas, pero un acto voluntario explícito sólo se manifiesta en presencia de impedimentos reales o que cabe esperar, o bien de importantes alternativas de acción, que hay que remover. Los demás actos se llevan a cabo en general de forma automática y no requieren un acto expreso de voluntad. Se puede decir que hay actos de voluntad sin acciones arbitrarias subsiguientes y acciones arbitrarias sin un acto de voluntad explícito que le precede, así como toda clase de modalidades intermedias, lo que conduce a la conclusión que en la realización de acciones voluntarias no existe correlación fija alguna entre un estado de voluntad y una determinada acción⁴⁵.

La *auto-imputación de acciones voluntarias*, tales como un movimiento, remiten al sentimiento de que soy yo quien permite o dirige ese movimiento, pero tal cosa acontece sin contemplación explícita de la voluntad también en acciones automatizadas. Por otro

⁴⁴ G. MERKEL/ROTH, en Grün et al. (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 59.

⁴⁵ Ibid., p. 60.

lado multitud de experimentos llevados a cabo mediante hipnosis o estimulación cerebral demuestran que los elegidos llevan a cabo movimientos inducidos en la creencia de ser queridos por ellos. Todas estas constataciones permitirían concluir que *la aparición de una decisión de voluntad explícita no es ni una condición suficiente ni tampoco necesaria de la acción voluntaria*, y que en lo fundamental nuestro sentimiento particular acerca que querer o haber querido algo puede resultar engañoso acerca de la causación real de nuestro comportamiento.

Por último, la psicología motivacional -en combinación con la investigación sobre el cerebro- muestran que la formación de la voluntad nunca parte de ella misma de modo puramente espiritual, sino bajo la influencia de *motivos inconscientes*, que proceden del sistema límbico. Parece posible demostrar que buena parte de nuestras decisiones conscientes están previamente determinadas en las partes subcorticales de dicho sistema, cuya actividad no está acompañada substancialmente de la conciencia. Esto no significa, sin embargo, que el desarrollo de los actos conscientes estén completamente predeterminados por procesos inconscientes, lo que convertiría a aquéllos en meros epifenómenos, sino que más bien, los procesos de elaboración consciente de la información en el cerebro representan sucesos neuronales totalmente diferentes a los inconscientes y traen consigo asimismo otros resultados.

Resumidamente, según la opinión vertida por *Roth*, el concepto de la decisión de voluntad reflexiva y libre de motivos es insostenible desde el punto de vista de la psicología del comportamiento y de la investigación sobre el cerebro; de modo que solo existen conductas determinadas por motivos o casuales, pero en modo alguno acciones ocasionadas de un modo puramente mental.

b) Como ya se ha advertido, el sentimiento que se experimenta en la mayoría de las acciones de que se podría haber actuado de otro modo no está justificado por los motivos apuntados más arriba. En su lugar se llega al concepto del *determinismo actual*, según el cual nuestro comportamiento se determina paso a paso, ya que a cada instante se entrecruzan nuevas líneas causales. La necesidad de dar el salto de un determinismo de este tipo a un pandeterminismo por motivos científicos o de teoría del conocimiento queda para estos autores como algo cuestionable.

2 CONSECUENCIAS PARA LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DEL DERECHO PENAL

2.1 VIVENCIA SUBJETIVA DE LIBERTAD Y RESPONSABILIDAD PENAL

En primer lugar debe extraerse de todo lo dicho que la vivencia subjetiva de libertad no puede constituir el punto de partida del concepto de libertad fundamentador de la responsabilidad penal, ya que el juez no debe atenerse a este aspecto, que puede llegar a ser totalmente equivocado, sino a hechos objetivos⁴⁶. En otro sentido se pronuncia, entre los penalistas, por ejemplo, *Björn Burkhardt*, que entiende respecto a la clásica distinción entre las *dos diferentes perspectivas desde las que cabe comprender la acción*, a saber, la de la primera persona y la de la tercera persona⁴⁷, que para el derecho penal la perspectiva de la primera persona “no es solo la base de la responsabilidad individual, sino que, además, el derecho penal estabiliza esa base garantizando la perspectiva de la primera persona como el objeto decisivo de evaluación”⁴⁸. Tanto es así que ante el dilema a que conduce asumir la libertad contra-causal como requisito previo de la culpabilidad personal y, al mismo tiempo, que el procedimiento penal es incapaz de probarla retrospectivamente, es decir, ante la alternativa de entender o bien que esa prueba no es necesaria o bien que hay que operar sin el principio de culpabilidad, *Burkhardt* entiende que lo decisivo es si actuó en la creencia de que tenía esa alternativa (la posibilidad de actuar de otro modo). Es decir, para él lo decisivo no es la libertad objetiva, sino la libertad subjetiva o la *experiencia de libertad*⁴⁹.

Sin embargo, como advierten *Merkel y Roth*, por mucho que un esquizofrénico se empeñara en afirmar que en el momento de realización del hecho accedió voluntariamente a seguir la voz que le decía que debía matar a alguien, el juez le declarará inimputable. Por este motivo es claro que la experiencia de libertad de decisión sólo sirve en todo caso para la auto-imputación de una acción, pero no para la hetero-imputación jurídica.

⁴⁶ G. MERKEL/ROTH, en Grün et al. (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 65.

⁴⁷ Otras variantes mencionadas por él, interna / externa, personal e impersonal, intencional/determinista, reactiva/deliberativa, objetiva/subjetiva (BURKHARDT, en Burkhardt et al., *El problema de la libertad de acción*, 2007, p. 29).

⁴⁸ Ibid., p. 32. Este autor parte del punto de vista según el cual ambas perspectivas son mutuamente excluyentes (en el sentido de que no pueden adoptarse al mismo tiempo) pero complementarias (en cuanto que ambas son necesarias para una descripción completa de la conducta humana),

⁴⁹ Ibid., p. 45; lb., “Thesen zu den Auswirkungen des neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesellschaft”, en Senn / Puskás (Hrsg.), *Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung*, München: Franz Steiner Verlag, p. 83 y ss; lb., “Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuldbegriff”, en BLOY, R. et al. (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 82 y ss.

2.2 AUTORES VIOLENTOS Y CULPABILIDAD PENAL

Lo curioso es que el Derecho penal excluye la culpabilidad del autor ante graves déficit psíquicos del autor, por considerarlos casos de inimputabilidad, pero castiga más severamente cuando se trata de autores violentos, respecto de los cuales se han constatado asimismo empíricamente problemas mentales de considerable importancia. En diversos estudios se ha podido comprobar que, a diferencia de la población normal, los criminales violentos y, en general, las personas con elevada agresividad, padecen con frecuencia diversos déficit cerebrales en el área prefrontal y del córtex órbita frontal y cingular anterior, así como en el córtex temporal y en las regiones límbicas, que afectan todas ellas al control de los estados afectivos y emocionales⁵⁰. Junto a estos déficit cerebrales pueden apreciarse asimismo modificaciones físicas evidentes que afectan sobre todo a los neuro-moduladores dopamina y serotonina, que juegan un papel muy importante en el control de los impulsos. Si bien los déficit en el sistema de la serotonina están condicionados en buena medida genéticamente, también pueden resultar de influencias negativas del entorno de carácter muy variado desde la etapa previa al nacimiento (abandono, violencia, abusos, etc). Causas de la agresividad desde esta perspectiva pueden ser, en primer lugar, un déficit afectivo-emocional primario, que conduce a una valoración errónea de los sucesos del entorno, y en segundo lugar, un sentimiento de amenaza e inseguridad como consecuencia del aislamiento social en la infancia.

Según las tesis expuestas en estos casos se imputa responsabilidad penal por la mera personalidad, *por el hecho de haberse convertido en quien se es (So-Gewordensein)* ya que aquí no se puede invocar ante los tribunales esta circunstancia, a diferencia de aquellos casos en los que se observa una variación brusca y repentina del comportamiento debido a una causa externa (por ejemplo, la aparición de un tumor, o un daño cerebral grave como consecuencia de un accidente).

2.3 EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*, PROHIBICIÓN DE LA ARBITRARIEDAD E IMPUTACIÓN NORMATIVA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL

Mientras que en unos casos los déficit cerebrales –se trate de trastornos funcionales o estructurales- pueden probarse y ello permite a los tribunales declarar inimputables a ciertos sujetos, en otros casos no pueden demostrarse y son declarados culpables sin más, cuando en realidad, existe una duda justificada de que debido al carácter condicionado del comportamiento tampoco estos últimos pudieron actuar de otro modo. Según *Merkel /Roth* se vulnera entonces el principio *in dubio pro reo*, como principio fundamental del Derecho

⁵⁰ G. MERKEL/ROTH, en Grün et al. (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 68.

penal derivado del Derecho Fundamental a la presunción de inocencia (Art. 6.2 CEDH). Es más, estos autores van todavía más allá al afirmar que los actuales conocimientos de la investigación sobre el cerebro permiten sostener esta duda respecto a la culpabilidad jurídico-penal para todos los autores. El distinto tratamiento de unos frente a otros representaría a su vez una vulneración de la prohibición de arbitrariedad, ya que no se fundamenta en diferencias relevantes⁵¹.

En relación con esto, los autores mencionados tratan de refutar al mismo tiempo la frecuente argumentación de que se trata en realidad de una *consideración normativa de la libertad de voluntad*, que consideran totalmente superficial e improcedente. Afirman que si se prescinde de una consideración metafísica de la responsabilidad, la imposición de un daño como el que supone el Derecho penal debe justificarse de otro modo. En este sentido proponen guiarse por consideraciones de justicia (*Fairnesserwägungen*) dirigidos a la compensación del daño, como en el Derecho Civil, y no por criterios de retribución, donde primariamente respondería quien infringe objetivamente la norma.

Como puede verse este camino argumentativo conduce a los autores a tener que buscar *alternativas al principio de culpabilidad tradicional* en el ámbito de los fines de la sanción, que pasan a argumentar desde la perspectiva del imprescindible sostenimiento del orden normativo, lo que acontece de manera totalmente independiente de si estamos determinados o no, porque el Estado debe garantizar un mínimo de confianza mutua en el sentido de la prevención general positiva sostenida por *Günther Jakobs*, donde lo decisivo no es tanto si se puede (o es legítimo) sancionar sino más bien cómo hacerlo⁵². En este sentido los autores consideran una obligación moral y jurídica ofrecer al delincuente un amplio abanico de medidas de tratamiento que, por respeto al derecho fundamental a la dignidad humana, solo podrían ser aceptadas de modo voluntario y no impuestas. Solo en el caso de que no fueran aceptadas voluntariamente, la alternativa consistiría en penas de multa o privativas de libertad tal y como sucede actualmente. Además, en su elección jugarían un papel fundamental los conocimientos de la neurociencia, la psicología y la psiquiatría forense, que hoy ponen de relieve, por ejemplo, que la capacidad de reaccionar al estímulo normativo y la capacidad de guiar el comportamiento conforme a esa comprensión pueden aparecer disociadas entre si. Por su parte la peligrosidad debería combatirse en orden a preservar la seguridad, de modo que en el caso de los autores peligrosos crónicos primero habría que incrementar y agotar las posibilidades de tratamiento y terapia.

⁵¹ G. MERKEL/ROTH, en Grün et al. (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 74; G. MERKEL, *FS-Herzberg*, 2008, p. 21 y ss.

⁵² G. MERKEL/ROTH, en Grün et al. (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 77, 79, 83; G. MERKEL, *FS-Herzberg*, 2008, p. 30 y ss.

Cuando, según el nivel de conocimientos actual, no haya un tratamiento posible, no quedaría otra alternativa que la custodia de seguridad, que no tendría que diferenciarse esencialmente del internamiento en hospital psiquiátrico. Con todo ello, concluyen estos autores, no se trata de abolir el Derecho penal, sino de cambiar su configuración actual, por uno con un trato más justo y humano respecto al delincuente⁵³.

2.4 LÍMITES DEL CONOCIMIENTO EN EL PROCESO PENAL

Uno de los temas tratados en la última reunión bianual de profesores de Derecho penal en Alemania, celebrada en el año 2009 en Hamburgo, y que giró en torno al mismo objeto de investigación de este trabajo, fue justamente el que enuncia este epígrafe y el encargado de su exposición fue *Winfried Hassemer*⁵⁴. El autor ha escrito un magnífico y detallado trabajo cuyas líneas maestras trato de exponer a continuación por lo que se refiere a las *posibles consecuencias que para la configuración actual del Derecho penal pudiera tener la Neurociencia desde la perspectiva de los límites del conocimiento en el proceso penal*. No es la primera vez que desde las filas del indeterminismo se alude a que la libertad que es posible probar en el proceso penal sí es demostrable, pero llama la atención que un tradicional defensor del principio de proporcionalidad como alternativa a la culpabilidad, lleve a cabo un alegato indeterminista pese a seguir defendiendo que un concepto de culpabilidad entendido como “poder actuar de otro modo” es insostenible. El razonamiento de este autor se estructura en tres ejes: conocimiento y verdad; conocimiento y responsabilidad; conocimiento y privacidad. Nos centraremos, por lo que aquí interesa, en los dos primeros:

a) *Conocimiento y verdad*

La primera pregunta que se hace *Hassemer* es si las Ciencias Empíricas han desplazado los límites tradicionales del conocimiento en el proceso penal o bien exigen una modificación de este tipo. Este sería el caso en la hipótesis de que el Derecho penal material suministrase nuevos elementos para determinar la punibilidad a partir por ejemplo de los conocimientos neurocientíficos. En este sentido, reconoce el autor, el desarrollo de los nuevos procedimientos de “lectura” del cerebro han ampliado las posibilidades de búsqueda de la verdad en el proceso penal, por lo que nos sitúan ante una doble pregunta: por un lado dónde y cómo deben aplicarse dichos procedimientos, pero en primer lugar,

⁵³ G. MERKEL/ROTH, en Grün et al. (Hrsg.), *Entmoralisierung des Rechts*, 2008, p. 91; G. MERKEL, *FS-Herzberg*, 2008, p. 35 y ss.

⁵⁴ HASSEMER, “Grenzen des Wissens im Strafprozess”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121, 2009, p. 829 y ss.

si debemos hacer uso de ellos en modo alguno⁵⁵. Para tratar de dar una respuesta a esta cuestión el autor considera imprescindible acotar varios vectores:

a.a) La medida de lo que se tiene que saber (Wissenmüssen) o paradigma procesal de la verdad, partiendo de la base clásica según la cual la justicia es el paradigma del Derecho penal material mientras que la verdad lo sería del Derecho procesal penal. Entre ambas variables existe una correlación: si la búsqueda de la verdad en el proceso penal fracasa, tampoco se logrará la correcta aplicación del Derecho material por los jueces.

a.b) La medida de lo que está permitido saber (Wissendürfen) o Derecho constitucional procesal penal. Señala *Hassemer*, con toda razón, que no todo lo que podríamos nos está permitido y subraya que ésta es la piedra angular de la regulación de los límites del conocimiento en el proceso penal. Por esta vía el autor trata de argumentar que efectivamente la búsqueda de la verdad en el proceso penal acontece bajo condiciones estables y bien fundamentadas que necesariamente impiden que las cosas sean esclarecidas de un modo tan minucioso, completo y apegado a la realidad como están acostumbradas las ciencias naturales. La principal prueba de ello son los numerosos derechos de la defensa establecidos por el propio proceso penal tales como el derecho a no declararse culpable o a guardar silencio, basados en tres pilares; a saber, los legítimos intereses de las personas afectadas por la instrucción, el interés general en la existencia de determinadas profesiones e instituciones, y el principio del justo proceso.

a.c) El concepto de la verdad procesal. A la vista del propio y fundamentado funcionamiento del proceso penal se plantea nuevamente la cuestión de qué clase de verdad es la que se averigua en el mismo, si realmente la justicia penal hace un aporte al “esclarecimiento histórico” del proceso y qué relación guarda esto con la pretensión de justicia por parte del Derecho penal material. La respuesta es clara, las constataciones de la justicia penal no son las idóneas para proporcionar una imagen fiable de un suceso ya que por todos los condicionantes a que están sometidas resultan cuando menos demasiados selectivas⁵⁶.

a.d) El “arreglo” procesal: entre la duda y la convicción. Para *Hassemer* son dos los principios que permiten, a pesar de sus limitaciones, que la búsqueda de la verdad en el proceso penal pueda funcionar y que no se carguen sus deficiencias en perjuicio del autor: la libre valoración de la prueba por los jueces y el principio “in dubio pro reo”. La libre valoración de la prueba en la medida en que reposa sobre la convicción del juez que ha conocido del asunto y no sobre reglas externas. A su vez el “in dubio pro reo” operaría al

⁵⁵ Ibid., p. 830.

⁵⁶ HASSEMER, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 121, 2009, p. 830.

nivel del empirismo y de la metodología, toda vez que sitúa nuevamente la convicción del juez en el punto central cuando existen dudas sobre el resultado de las investigaciones, ya que duda y convicción se contraponen mutuamente. No se trataría en cualquier caso de *duda sobre la rectitud de la aplicación del derecho o la justicia del pronunciamiento*, sino duda sobre las constataciones de las circunstancias fácticas. Con ello no se asegura una correspondencia con la imagen correcta de la realidad, sino solo que aquella parcela real del mundo que se puede acometer con el enjuiciamiento ha sido esclarecida tanto desde el punto de vista empírico como según las respectivas reglas estándar vigentes de las Ciencias empíricas⁵⁷.

b) *Conocimiento y responsabilidad*

Es en este punto donde *Hassemer* acomete prácticamente lo que hemos llamado un “alegato indeterminista” frente a los desafíos lanzados por la Neurociencia y lo hace sumándose a otras voces críticas desde la perspectiva de que se trata de un “canto de sirenas” y una disputa desigual y sin consecuencias, con frases lacónicas como la siguiente “los jueces y abogados deben ejecutar el principio de culpabilidad durante la semana y solo al llegar el fin de semana pueden pronunciarse ardorosamente por el determinismo”⁵⁸. *Hassemer* reconoce que “los neurocientíficos trabajan con conocimientos que, en caso de ser correctos, privarían de fundamento a una buena parte de nuestras presunciones sobre el Derecho penal y su mundo, lo que explicaría las reacciones de la Ciencia Penal”⁵⁹. La razón por la cual los penalistas se encuentran “ante las cuerdas” entiende este autor que se deben a la mencionada desigualdad, ya que los penalistas no participamos de sus métodos de investigación, que no son completamente desconocidos y sólo nos vemos afectados por algunas de sus consecuencias. Este estado de cosas no debería alarmarnos pues cada ciencia es libre en la determinación de sus objetos, métodos e instrumentos.

Esta línea de pensamiento conduce a *Winfried Hassemer* a argumentar en torno al “fallo categorial”, que consistiría para él en la vulneración de un principio de la teoría del conocimiento según el cual cada Ciencia debería ocuparse solo de aquello a lo que sus instrumentos le permiten acceder al tiempo que encontraría respuestas solo allí donde su instrumental permite formular preguntas, que corresponden categorialmente con la respuesta. Lo que pertenece al instrumental de una ciencia se determina en función de su objeto formal. Pues bien, en tal fallo categorial estarían incurriendo las Neurociencias,

⁵⁷ Ibid., p. 840.

⁵⁸ Ibid., p. 842.

⁵⁹ Ibid., p. 842.

generando el consiguiente caos, al ir más allá del ámbito al que tienen acceso.⁶⁰ Explicado desde la perspectiva que nos ocupa (el vector conocimiento-responsabilidad) querría decir que muchas Ciencias tienen un concepto de libertad elaborado de acuerdo a su estructura según su objeto formal y basado en determinadas funciones, paradigmas, métodos e instrumentos, y dichos conceptos no coinciden entre sí. Más específicamente el fallo categorial consistiría en la suposición de que las Ciencias que trabajan con métodos empíricos estarían en situación de decidir si existe o no la libertad y por consiguiente si las otras ciencias pueden elaborar o no su propio concepto de libertad⁶¹.

Para *Hassemer* la estructura de la Ciencia Penal es rica, bien ordenada y acreditada. A la misma pertenece desde siempre el concepto de la responsabilidad hondamente asentado en nuestro entendimiento normativo diario y conectado con un pilar fundamental de la cultura europea cual es el principio de personalidad y dignidad humana. En particular, en el Derecho penal material se haría efectivo en el principio de la imputación, de modo que sin dicho principio, nuestro mundo sería uno completamente diferente tanto en el Derecho como en la vida cotidiana. A esta realidad –concluye– las ciencias empíricas no tienen un acceso ni inmediato y completo⁶².

Lo sorprendente de la argumentación de *Hassemer* es, a mi juicio, la afirmación de que a la luz del concepto de responsabilidad que maneja, según el cual la responsabilidad y la imputación no se basan en conocimientos humano-biológicos sino en razones sociales, se alcance la conclusión de que no puede haber mayor conocimiento sobre la libertad ajena o propia que la que resulta de estas últimas. Y no solo afirma que no puede haberlo sino que no se necesita para cumplimentar la principal función del Derecho penal, consistente en hacer posible la imputación justa⁶³. En este sentido reconoce que no se puede constatar la culpabilidad en el sentido del clásico alternativismo consistente en “poder actuar de otro modo”, algo para lo que habría que entrar en lo más profundo de la conciencia del individuo, por lo que califica la posibilidad de constatar un tal “poder actuar de otro modo” en la situación concreta como una “mentira existencial” de los penalistas⁶⁴. Por otro lado, constata, el § 20 StGB no exige probar tal cosa, sino solo, en sentido negativo, la ausencia de trastornos que fundamenten la ausencia de culpabilidad. Con todo reconoce que es justamente este el campo de encuentro entre el Derecho

⁶⁰ Ibid., p. 846.

⁶¹ Ibid., p. 847.

⁶² Ibid., p. 849.

⁶³ Ibid., p. 850.

⁶⁴ Ibid., p. 851.

penal y las ciencias empíricas, cuyo estado actual es el resultado de desarrollos a largo plazo en las ciencias empíricas, así como de la decisión jurídico-penal sobre la relevancia de dicho desarrollo para la imputación de culpabilidad penal. En resumen y literalmente, para *Hassemer* las causas de exclusión de la culpabilidad deciden sobre aquellos estados de la persona reconocibles y mensurables en el proceso penal que le bastan al Derecho penal para excluir la responsabilidad, motivo por el que determinan a su vez contenidos y límites del conocimiento en el Derecho penal⁶⁵.

3 LAS RESPUESTAS DE LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL

3.1 ¿UN DEBATE NUEVO SOBRE LIBERTAD DE VOLUNTAD Y RESPONSABILIDAD PENAL?

En términos generales se puede decir que se ha planteado un nuevo (o al menos renovado) debate sobre libertad de voluntad y responsabilidad penal, por más que este tenga unos antecedentes ya muy antiguos. Sin embargo, en este debate moderno, en el que ahora adquiere un papel protagonista la investigación sobre el cerebro, algunas posturas siguen siendo las de siempre. Como decíamos en la introducción, la Ciencia Penal alemana ha respondido en general “a la defensiva” frente al reto planteado por la Neurociencia, del que a grandes rasgos nos hemos ocupado más arriba, aunque también se observan matices en el tono y el alcance de las respuestas.

Una de las posiciones más fuertes (y también mayoritaria) ha venido dada por quienes se aferran sin paliativos al punto de vista tradicional, arraigado en la existencia de la libertad voluntad, como punto de arranque y fundamento de todo el sistema penal, el lenguaje de la acción y el lenguaje de la responsabilidad penal, la imputación y la culpabilidad entendida como el poder actuar de otro modo. Autores significativos en este sentido son por ejemplo *Hillenkamp* o *Hirsch*, que despliegan una serie de argumentos⁶⁶, de los que nos ocuparemos con detalle al presentarse con frecuencia en muchos de los penalistas que se han ocupado de este tema. Dentro de las posiciones más significativas con “matices de relieve” creo que habría que situar, sin lugar a dudas, la tesis de *Günther*.

⁶⁵ Ibid., p. 853.

⁶⁶ HILLENKAMP, *Juristenzeitung*, 7, 2005, p. 313; HIRSCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 59.

3.2 LOS ARGUMENTOS DE LA POSTURA TRADICIONAL

a) *Un tema viejo y no solo jurídico-penal*

Uno de los puntos de vista esgrimidos por *Hirsch* atiende al hecho de que la libertad de voluntad es un tema tratado desde hace mucho por filósofos, juristas, médicos, científicos de la naturaleza y teólogos. Que los penalistas y los representantes de la psiquiatría forense se hayan ocupado de un modo especialmente intenso a raíz de la cuestión de la culpabilidad se debería sólo a que resulta una parte especialmente llamativa, pero están igualmente envueltos el sistema normativo del Derecho Civil, así como el Derecho administrativo, el conjunto de la interacción social, así como el ideal de libertad en su totalidad. Al mismo tiempo apunta que en este tema se puede llegar hoy a la misma conclusión que ya alcanzara *Karl Engisch* en su ensayo del año 1963⁶⁷, en el sentido de que no existe ningún argumento concluyente para ninguna de las dos partes, y hay pocas posibilidades de que se alcance jamás⁶⁸.

b) *La no refutación empírica de la libertad de voluntad*

Por su parte *Hillenkamp* en un combativo artículo subraya como primera razón para el mantenimiento del Derecho penal de la culpabilidad que *la libertad de voluntad en realidad no ha sido refutada* y ello por los siguientes motivos.

En primer lugar, los propios neurobiólogos, como *Roth* y *Singer*, advierten que la investigación sobre el cerebro acaba de empezar a ocuparse del mundo de las emociones, y que todavía no se dispone de las herramientas necesarias para el análisis del complejo sistema sobre el que se basan la toma de decisiones y las acciones. Por lo tanto no se trata de una refutación empírica en toda regla de la libertad de voluntad, sino más bien de un “neurocrepúsculo” de resultado incierto.

En segundo lugar, frente al experimento llevado a cabo por *Benjamín Libet*⁶⁹ en el año 1979, en el que se trataba de demostrar que el “potencial de predisposición” siempre precede a la resolución de voluntad y está cerrado antes de que entre el juego el acto voluntario, se opone que difícilmente pueden extraerse conclusiones para cursos causales complejos no ensayados previamente en un experimento de laboratorio con

⁶⁷ ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart*, 1963, p. 37 y ss.

⁶⁸ HIRSCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 60.

⁶⁹ LIBET, “Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action”, *Behavioral and Brain Sciences*, p. 529 y ss. Véanse los numerosos trabajos dedicados a la cuestión de si las acciones se inician de modo preconscious y, en general, a las teorías de Libet aparecidos recientemente en SINNOTT-ARMSTRONG/NADEL (ed.), *Conscious Will and Responsibility. A Tribute to Benjamin Libet*, 2010.

movimientos mínimos previamente determinados. Se resta importancia a los supuestos nuevos descubrimientos diciendo que, en todo caso, que las decisiones tengan que ver con procesos neuronales no demuestra que aquéllas vengan determinadas por estos últimos⁷⁰.

Siendo esto así, es decir, dado que ni la existencia ni la inexistencia de la libertad de voluntad ha podido ser demostrada por el momento, para *Hillenkamp* este *non liquet* supone al mismo tiempo que en realidad los nuevos resultados o conocimientos que resultan de la investigación sobre el cerebro no han cambiado nada en el estado de cosas que se tenía desde hace décadas, en el que el Derecho penal se las apaña en la práctica desde la posición de un “indeterminismo relativo”⁷¹. Este consiste a grandes rasgos en la presunción normativa del poder actuar de otro modo, lo que traducido en un sentido “empírico-pragmático” significa, en palabras de *Schreiber*, “el uso equivocado de un poder, que nosotros nos imputamos recíprocamente en la práctica”⁷².

c) *El reduccionismo naturalista y el “vicio categorial”*

Íntimamente vinculado a las objeciones anteriores *Hillenkamp* habla de un “reduccionismo naturalista” y recurre a la objeción planteada por el teólogo moral friburgués *Eberhard Schockenhoff* y otros expertos del cerebro como *Gerd Kempermann* y *Hans-Ludwig Kröber* del llamado “vicio categorial” (*Kategorienfehler*), con el que se quiere cuestionar la competencia de las Neurociencias para pronunciarse de un modo supra-itinerante en los ámbitos de la Ética y la Filosofía.

En este sentido se ha pronunciado recientemente *Hassemer* en su crítico e incisivo artículo publicado en el *Frankfurter Allgemeine Zeitung* el 15.06.2010. A su juicio este vicio categorial es un *pecado mortal en el ámbito de la teoría de la ciencia* y en él incurrir los expertos en Biología humana al creer que sus resultados refutan la libertad de voluntad y la responsabilidad, así como aquellos penalistas que creen que aquellos tendrían razón, sacando la consecuencia de que habría que modificar el Derecho penal y medir de modo diferente el conocimiento necesario en el proceso penal⁷³.

Los neurobiólogos caerían en este vicio metodológico al dar por sentado que las ciencias que trabajan empíricamente podrían decidir si a las otras ciencias les está permitido

⁷⁰ HILLENKAMP, *Juristenzeitung*, 7, 2005, p. 318 ss, y siguiendo a este último, HIRSCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 60 y ss.

⁷¹ HILLENKAMP, *Juristenzeitung*, 7, 2005, p. 319.

⁷² SCHREIBER, „Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken?“, *Nervenarzt* 48, 1977, p. 244.

⁷³ HASSEMER, „Haltet den geborenen Dieb!“, en *Frankfurter Allgemeiner Zeitung* de 15.06.2010, p. 35. El autor expone más ampliamente su punto de vista en HASSEMER, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 2009, p. 829 y ss.

o no desarrollar su propio concepto de libertad, asunción que presupone necesariamente una -en realidad inexistente- hegemonía sobre las otras ciencias. Para el Ex-Vicepresidente del Tribunal Constitucional alemán quien ponga en cuestión por las razones que fuere que los seres humanos pueden ser responsables por aquello que hacen, priva no solo al ordenamiento jurídico, sino también a nuestro mundo, de una clave de bóveda y toca el fundamento normativo de nuestras relaciones sociales, a saber, el reconocimiento como personas⁷⁴.

d) *La experiencia de libertad y el margen de la acción libre*

Uno de los argumentos centrales de esta corriente es la *experiencia humana de la libertad* de acuerdo a la observación general de que el ser humano normalmente parte de la convicción de determinar por sí mismo sus acciones. Aún cuando esta impresión fuera engañosa, muchos autores remiten no obstante a *espacios de juego o márgenes para la acción libre*, sin que nadie haya podido marcar cómo delimitarlos⁷⁵.

e) *Las fatales consecuencias del determinismo*

Los autores que argumentan desde el punto de vista tradicional y ven en los nuevos descubrimientos neurocientíficos una amenaza infundada (y si lo fuera, ¿por qué preocuparse?) para los cimientos indeterministas del Derecho penal, del entero sistema normativo y las reglas de interacción social, suelen a su vez remarcar cuáles serían las terribles consecuencias a las que habría que enfrentarse si aquel razonamiento se llevara hasta sus últimas consecuencias. Para preparar esta reacción defensiva se habla de que quienes defienden esta clase de propuestas deterministas opinan que el “sacrificio” del principio de culpabilidad es necesario para liberar al ser humano de una represión presuntamente irracional, presentándose a sí mismos como defensores del progreso⁷⁶.

La realidad, sin embargo, sería bien distinta, en la medida en que surgen para dicho sector **problemas político-criminales de difícil solución**: por un lado habría

⁷⁴ HASSEMER, *Frankfurter Allgemeine Zeitung* de 15.06.2010, p. 35; véase asimismo, la réplica de ROTH/G. MERKEL, „Haltet den Richter!“, *FR-online* 22.07.2010.

⁷⁵ HIRSCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 61, con más referencias. Véase, sin embargo, la acertada reflexión de Sánchez-Andrés, “podemos ahora afirmar que la conducta está determinada como cualquier otro proceso de la naturaleza, pero sujeta a una multiplicidad de parámetros y variables tal que no nos es posible, en muchos casos, proyectar al futuro con probabilidad de acierto una respuesta individual o social dada. Es lo mismo que decir que no «nos» es posible predecir, que no es lo mismo que decir que no es intrínsecamente predecible. La conclusión podría ser darle la razón a Minsky y aceptar la idea de que la libertad y el libre albedrío son una ilusión, pero tan constitutivas de nuestro orden que es mejor dejarlo como está. Pero esta opción tendría la misma categoría moral que la de sumarse al creacionismo ante la imposibilidad de falsar la teoría de la evolución en el tubo de ensayo y vista la capacidad de los enunciados bíblicos de mejorar la naturaleza del hombre” (SÁNCHEZ ANDRÉS, “El espacio de libertad en el determinismo”, en *Revista de Occidente*, nº 356, 2011, p. 76).

⁷⁶ HIRSCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 61, con más referencias.

que volver a un *Derecho penal del resultado* y punir exclusivamente según la medida del resultado producido⁷⁷. Ello sería necesario para evitar las consecuencias a que se vería abocado un consecuente derecho de medidas. A saber, tendría que dejar marchar libremente a aquellos delincuentes que habiendo cometido uno e incluso varios delitos graves abandonan después definitivamente el camino del crimen y llevan una vida plenamente ordenada y conforme a ley, ya que claramente no precisan tratamiento resocializador alguno; a su vez estaría el problema de la *reacción desproporcionada* frente a los delincuentes reincidentes de poca monta. Por otro lado, la irresponsabilidad tendría que valer igualmente frente a los jueces y legisladores, anulando la *capacidad de reacción del ordenamiento jurídico* en su totalidad. Al mismo tiempo, como consecuencia de lo anterior, el *orden ético-social* en su conjunto se tambalearía ya que nadie sería responsable por sus actos. Como consecuencia, los *derechos relacionados con la libertad* y el *ideal de libertad* en sí mismo serían privados de su base.

Esto no es todo, sino que, además, los defensores de este modo de ver las cosas imaginan un escenario apocalíptico en el que la medidas curativas socio-terapéuticas se aplicarían con fines puramente preventivos dando lugar, por ejemplo, a esterilizaciones y castraciones en los delitos contra la libertad sexual, intervenciones en el cerebro, medicación generadora de estados de debilidad en los delincuentes violentos, etc. Por el contrario, apenas cabría pensar en una resocialización en un sentido humano y comunicativo, pues esta última precisa que se despierte en los delincuentes el sentimiento de responsabilidad por su propio hecho⁷⁸.

f) *La carga de la prueba y la concepción normativa de la culpabilidad*

Si bien frecuentemente se encuentra el argumento – que sirve de “escapatoria” en muchos casos frente al problema planteado – de que en Derecho penal se trata en realidad de un concepto normativo de culpabilidad y, por ese mismo motivo, de una concepción normativa de la libertad, *Hirsch* plantea con acierto que esto no puede constituir una solución verdaderamente científica, pues no se trata en realidad de meras diferencias según la disciplina, sino del *pertinente objeto de conocimiento científico*⁷⁹. Por lo tanto, tampoco se resolvería el problema por la vía de adjudicar la carga de la prueba al determinismo con el argumento de que hay que partir del indeterminismo en tanto no se aporte una prueba definitiva de lo contrario.

⁷⁷ HILLENKAMP, *Juristenzeitung*, 7, 2005, p. 317; HIRSCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 61.

⁷⁸ HIRSCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 63.

⁷⁹ *Ibid.*, p. 62.

g) *Función de las normas y libertad subjetiva*

Para *Hirsch*, el motivo por el que la disputa sobre el indeterminismo rebrota constantemente generando inseguridad en primer lugar a los penalistas está relacionado con el hecho de que no se precisa lo suficiente la cuestión decisiva para el sistema normativo. Esta sería la siguiente: “Si las normas quieren alcanzar a sus destinatarios tienen que tomar a los hombres como ellos se entienden a si mismos. De lo contrario caerían en el vacío. Dado que el hombre se percibe a sí mismo básicamente libre en sus “decisiones de conducta”, ese *autoentendimiento* tiene que representar el punto de referencia. Las normas sociales no pueden situarse en contradicción con el autoentendimiento de sus destinatarios tal y como ellos lo viven generalmente. Más bien deben orientarse conforme a su concepto subjetivo del mundo y con ello partir de su *percepción de la libertad de voluntad*, no de esta última en si misma, como fundamento general del comportamiento humano”⁸⁰.

3.3 LA CULPABILIDAD JURÍDICO-PENAL DESDE OTRAS PERSPECTIVAS (KLAUS GÜNTHER)

a) *La culpabilidad como imputación impugnabile*

Klaus Günther en su contribución del año 2006 parte, como ya vimos que también hacen otros autores interesados en una visión más bien revisionista, de la constatación que resulta de la observación del sistema legal tanto en el la Europa continental como en el sistema anglosajón, de que la culpabilidad no se regula de modo afirmativo, sino negativo, haciendo uso del modelo regla-excepción. Efectivamente, ni en el StGB ni en el CP se encuentra una definición positiva de qué significa ser culpable, sino solo el catálogo de circunstancias que la excluyen, bajo el entendimiento de que en su presencia el sujeto no pudo actuar de otro modo.

En su opinión, la ventaja de tales definiciones negativas consiste en que el legislador no se ve obligado a fijarse a ningún significado concreto del concepto de culpabilidad con una posiblemente problemática toma de posición sobre la libertad de voluntad⁸¹. Según este modelo de la regla-excepción la culpabilidad sería aquello que queda cuando no concurre ninguna de las excepciones previamente determinadas por el derecho, lo que ha llevado a *H.L.A. Hart* a interpretar el concepto de la “responsabilidad en el derecho” como un concepto de imputación impugnabile⁸².

⁸⁰ HIRSCH, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 2010, p. 62.

⁸¹ GÜNTHER, *KJ* 39, 2006, p. 118.

⁸² HART, “The Ascription of Responsibility and Rights”, *Proceedings of the Aristotelian Society* 49, 1948-1949, p. 171 y ss.

b) *La culpabilidad como suposición de normalidad*

De las consideraciones anteriores se extrae para Günther que el sistema de justicia penal opera con una especie de *suposición de la normalidad*, que se puede impugnar invocando excepciones. La *regla* consiste en aquello que en un marco temporal determinado se verifica regularmente en la población, de modo que aquel que no padece uno de los mencionados déficit o se halla en el momento de realizar el hecho en una situación extremadamente apremiante, es considerado capaz de actuar conforme al Derecho y de omitir la vulneración de bienes jurídicos. En esto consiste asimismo nuestro comportamiento recíproco en la vida diaria, en el autoentendimiento social de la imputación recíproca de responsabilidad, de la que sólo nos apartamos en casos excepcionales fundamentados⁸³.

Una mirada detallada a la lista de las excepciones, a su heterogeneidad, así como a su variabilidad histórica y cultural, demuestra que no se trata en ningún caso de un conjunto cerrado. Parece ser que sabemos de un modo intuitivo cuándo no es posible subsumir la normalidad (porque se da, por ejemplo, una enfermedad mental), pero en cualquier caso *no conocemos todas las condiciones necesarias y suficientes para la suposición de la normalidad misma*. En este sentido formula Günther la pregunta de si se trata de una regularidad estadística, de una regla normativa, o de ambas⁸⁴. Para este autor muchos argumentos hablan a favor de lo primero, ya que se puede constatar que el concepto de culpabilidad penal descansa en la experiencia de que una mayoría de destinatarios de la norma dispone de un mínimo de capacidad de comprensión y autocontrol, de modo que la suposición de la normalidad parece justificada desde el punto de vista empírico.

Sin embargo, también poseería un *sentido normativo* al menos desde dos puntos de vista. En primer lugar, un “poder” medio determinado no es otra cosa que una decisión fundamentada normativamente. Esto se vuelve claro en último término cuando el legislador debe decidir bajo qué circunstancias se puede hablar de inimputabilidad, esto es, el límite entre lo normal y lo no-normal. Lo interesante aquí es que ya en el primer escalón de la inimputabilidad, el de los *componentes biológico-psicológicos*, no sólo cuenta el estado de conocimiento médico sobre las correspondientes enfermedades, que debe ser de tal naturaleza que permita constatar en el segundo escalón la capacidad

⁸³ GÜNTHER, KJ 39, 2006, p. 119.

⁸⁴ Ibid., p. 120.

de entendimiento y dirección del comportamiento, sino que el conocimiento médico se encuentra con una *política criminal orientada normativamente*. Esta última decide según sus propios criterios cómo configurar ese primer escalón, *si éste debe ser un ojo de aguja o un portón de entrada*. Por lo tanto, con este punto de partida, quiere ello decir según Günther que la sola constatación de un cuadro de enfermedad no brinda una respuesta suficiente a la cuestión de la imputabilidad. Aun cuando la depravación social como consecuencia de la desigualdad social hubiera injerido de modo tan grave en la psique del delincuente que apenas pudiera constatarse en él capacidad de entender o dirigir su comportamiento conforme a esa comprensión, se le trataría como imputable por la simple razón de que la sociedad así lo quiere⁸⁵. Este discurso sobre la culpabilidad revela, sin duda, la dimensión política de ejercicio de control social a través del modo en que se acuñan y utilizan las categorías jurídico-penales en un momento dado por parte de las clases dominantes. Ellas deciden en función de sus intereses qué debe considerarse dentro del concepto jurídico-penal de la culpabilidad (en su caso, imputabilidad) y qué no. En este sentido, *todo concepto de culpabilidad refleja el propio entendimiento normativo de la sociedad que resulta de la crítica y justificación públicas*⁸⁶.

Asimismo, la normatividad de lo normal también queda demostrada en su aplicación al caso particular. A partir del generalizado “poder” medio se llega a un “deber” individual en virtud de la fórmula: si la mayoría en una situación conflictiva del mismo tipo recobran el dominio sobre si mismos y omiten vulnerar la norma, entonces debe hacerlo también el particular. La suposición de la normalidad no se produce de un modo meramente contrafáctico, sino que la justificación para la imputación de la culpabilidad jurídico-penal resulta de la fórmula antes mencionada. Esto implica, en último término, un desacoplamiento de la libertad, en cuya virtud el concepto de culpabilidad se sostiene solo debido a su “valor o funcionalidad social”. Desde esta perspectiva “el poder individual” se convierte en una “ficción necesaria para el Estado”⁸⁷.

⁸⁵ GÜNTHER, KJ 39, 2006, p. 120.

⁸⁶ Ibid., p. 126.

⁸⁷ Ibid., p. 125.

4 LAS POSICIONES FRENTE A LA LIBERTAD DE VOLUNTAD Y LAS HIPÓTESIS DE LA INVESTIGACIÓN SOBRE EL CEREBRO

4.1 INDETERMINISMO, DETERMINISMO Y AGNOSTICISMO⁸⁸

Con todas las consideraciones anteriores como telón de fondo cabe preguntarse, como lo hace *Günther*, si tiene sentido interpretar el cuadro fáctico-estadístico y normativo descrito desde la libertad de voluntad, o más bien, si en realidad no se hallan tan determinados los hombres a quienes consideramos capaces de culpabilidad como aquellos a los que les faltan las capacidades para considerarlos como tales. Frente a esta cuestión aparecen tres opciones básicas⁸⁹:

a) *El indeterminismo*

Sus argumentos han sido expuestos más arriba al examinar el modo en el que los penalistas que parten de esta base se enfrentan, y con qué argumentos, al reto planteado por la Neurociencia. Esta posición plantea el problema fundamental de que la afirmación que le da sustento, a saber, una persona pudo, bajo las condiciones dadas en el momento de realización del hecho, actuar de otro modo a aquel en que realmente lo hizo, no solo no se puede demostrar, sino que convierte el suceso en una cuestión de la casualidad⁹⁰.

b) *El determinismo*

Su figura paradigmática es *Franz von Liszt*, que caracteriza la imputabilidad como la “determinación normal” a través de ideas previas y motivos, sean estos de carácter religioso, costumbres culturales e incluso la amenaza penal. Para él el imputable está tan determinado en su comportamiento como el inimputable, de modo que la única diferencia reside en la modalidad de determinación, que en primer caso es considerada normal y en el segundo no⁹¹. Uno de los argumentos más poderosos de *von Liszt* frente al indeterminismo es la *afirmación de una libertad*

⁸⁸ Véanse, entre otras referencias, ENGISCH, *Die Lehre von der Willensfreiheit*, 1963; MCFEE, *Free Will*, 2000; PINK, *Free Will. A Very Short Introduction*, 2004; R. MERKEL, *Willensfreiheit und rechtliche Schuld*, 2008, p. 7 y ss, así como las detalladas indicaciones bibliográficas a las que hace referencia el autor en su brillante estudio filosófico-jurídico acerca de las posiciones básicas sobre determinismo y libertad de voluntad; POTHAST (Hrsg.), *Seminar: Freies Handeln und Determinismus*, 1978; *ib.*, *Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise*, 1987; WELZEL, “Reflexiones sobre el «libre albedrío»”, traducción de J. Cerezo Mir, en WELZEL, *Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal*, 2004, p. 31 y ss.

⁸⁹ GÜNTHER, *KJ* 39, 2006, p. 122 y ss.

⁹⁰ Véase, ampliamente, GÜNTHER, *Schuld und kommunikative Freiheit*, 2005; *ib.*, *KJ* 39, 2006, p. 123.

⁹¹ VON LISZT, “Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 18, 1898, p. 258; *ib.*, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 13ª ed., Berlin, 1903, p. 163.

de voluntad absoluta en el sentido siguiente: si nuestro comportamiento no estuviera determinado en modo alguno, la libertad solo sería posible (imaginable) de modo incondicionado, o lo que es lo mismo, como un juego del azar. En consecuencia, hacer responsable a alguien por casualidad contradeciría nuestra intuición mucho más abiertamente que el presupuesto determinista.

c) *El agnosticismo*

Es la tercera salida por la que optan algunos penalistas, entre los que figura significativamente *Roxin*, que quiere por esta vía dejar abierto el concepto jurídico-penal de culpabilidad a ambas hipótesis, la determinista y la indeterminista. Para *Roxin*, como es sabido, hay que entender la culpabilidad como el “comportamiento injusto a pesar de la asequibilidad normativa”⁹². En efecto *Roxin* señala en el correspondiente pasaje de su Manual que cuando se da esta asequibilidad normativa, se parte, sin poder ni querer demostrarlo en el sentido de la libertad de voluntad, de que el autor también tiene la capacidad de comportarse según la norma, por lo que se convierte (automáticamente) en culpable cuando no opta por ninguna de las alternativas de comportamiento que le son accesibles psíquicamente. Según esto –señala *Roxin*– los indeterministas pueden estar de acuerdo con la presunción de libertad, que considerarán empíricamente correcta. Pero también los agnósticos como él y los deterministas pueden aceptar la misma fórmula porque en ella no se afirma que el autor pudiera actuar realmente de otro modo, sino solo, que el autor es tratado como libre en caso de que la capacidad de dirección del comportamiento (y con ella la concurrente asequibilidad normativa) esté intacta. Esta suposición de libertad es por tanto una *posición normativa*, una regla de juego social, cuyo valor social es, según el autor, *independiente del problema de la teoría del conocimiento y de las ciencias de la naturaleza de la libertad de voluntad*⁹³.

Sin embargo, esto último es discutible, ya que, como ha objetado el filósofo *Michael Pauen*, para un determinista consecuente es cuestionable en qué consiste el valor social de una decisión normativamente fundamentada por la libertad, toda vez que esta ha sido revelada como una completa ilusión por la Neurociencia⁹⁴. Estos puntos débiles son los que habrían llevado, según *Günther*, a algunos autores como *Jakobs* a desvincular totalmente su concepto de culpabilidad de cualquier suposición de libertad. Según esto se considera culpable a aquel delincuente cuya penalización resulta necesaria para conseguir el fin social

⁹² ROXIN, *Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 4ª ed, Beck: München, 2006, §19/36, p. 868 ss. Véase, ampliamente sobre el concepto de culpabilidad y los fines de la pena en Roxin, con más referencias, DEMETRIO-CRESPO, *Culpabilidad y fines de la pena*, 2008; IB., *FS-Roxin*, 2011 (en prensa).

⁹³ ROXIN, *AT Band II*, 2006, §19/37, p. 868.

⁹⁴ PAUEN, *Illusion Freiheit?*, 2004, p. 235.

que se persigue, sea la intimidación de futuros delincuentes o el restablecimiento de la quebrantada confianza de la generalidad en la vigencia de las normas y la inviolabilidad de los bienes jurídicos⁹⁵.

4.2 CONSERVADURISMO VERSUS REVISIONISMO

A la vista de las reflexiones anteriores, según Günther, la Ciencia Penal tendría las siguientes opciones frente a las hipótesis de la investigación sobre el cerebro⁹⁶. Dejar todo como está y *revisar en todo caso sólo los criterios para la concurrencia de una de las enfermedades que excluyen la capacidad de comprender y guiar el propio comportamiento a la luz de los nuevos conocimientos de las neurociencias y de las demás ciencias naturales*. Esta opción no se apartaría en absoluto de la praxis diaria de la imputación de libertad y responsabilidad de acuerdo al modelo antes descrito de regla-excepción. A su favor hablaría el hecho de coincidir con el autoentendimiento practicado por la sociedad, así como con las estructuras, instituciones y principios básicos que son constitutivos de una sociedad de ciudadanos libres e iguales constituida de un modo justo.

O bien *embarcarse en las controversias científicas entre las Neurociencias y la Filosofía sobre determinismo e indeterminismo para eventualmente modificar el concepto de culpabilidad*. Aquí aparecen de nuevo diferentes versiones sobre un determinismo fuerte y débil, el indeterminismo y un determinismo compatible con el concepto de libertad. El *determinismo en sentido fuerte* obligaría a renunciar, según Günther, a nuestro propio entendimiento de la vida diaria sobre la libertad y con él a todas las instituciones, principios y estructuras que se basan en él, lo que afectaría no sólo a la culpabilidad sino a todo el derecho. El *indeterminismo* tendría que verificar, o bien que hay una especie de laguna en el mundo de la naturaleza según el cual es posible llevar a cabo una acción libre en el sentido de una que no tiene una causa, o bien aferrarse a un concepto de libertad metafísico totalmente independiente de la causalidad natural.

Frente a esas dos posturas más extremas aparecen opciones intermedias como la de la *determinismo normal* al que se vincula el Derecho penal con su modelo de regla-excepción de la imputación de culpabilidad, que consiste en lo fundamental en la presunción de que la actuación libre viene determinada por razones que a su vez se llevan a cabo en virtud de concatenaciones causa-efecto, que sin embargo no cabe reducir a

⁹⁵ JAKOBS, „Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit“, en Dieter Heinrich (Hrsg.), *Aspekte der Freiheit*, Regensburg: Schriftenreihe der Universität Regensburg, p. 69 y ss.

⁹⁶ GÜNTHER, *KJ* 39, 2006, p. 127.

estas últimas ni interpretar como mero epifenómenos de las mismas. La libertad consistiría pues en que la persona sigue intenciones a largo plazo y es capaz de imponerse frente a fuertes impulsos o costumbres profundamente enraizadas.

Otras propuestas pasan por la *diferenciación de contextos*, de modo que hubiera que diferenciar entre contextos causales guiados por leyes de la naturaleza y contextos de imputación de responsabilidad a personas que actúan, de manera que ambos “juegos del lenguaje” podrían existir paralelamente al cumplir diferentes funciones. En esta línea se mueven asimismo las propuestas que apuntan a la inevitabilidad de la experiencia subjetiva de libertad, para la que existen tanto razones epistemológicas como neurobiológicas. Por último, cabría sacar la radical conclusión de abolir el concepto de culpabilidad del Derecho penal y sustituirlo por categorías neurocientíficas, de modo que consecuentemente se aboliera también la pena para sustituirla por medidas de protección de la sociedad frente a individuos peligrosos.

CONCLUSIÓN

El viejo debate sobre determinismo e indeterminismo se ha vuelto extraordinariamente actual a la luz de las últimas investigaciones llevadas a cabo en el campo de la Neurobiología, que parecen conducir a la conclusión de que en realidad ningún ser humano tiene ante sí la elección entre actuar bien o mal moralmente, ya que la libertad de voluntad es una mera ilusión, y el mal un fenómeno biológico que reside en el cerebro. Como nos recuerda Günther, la función normalizadora de la atribución de responsabilidad y del lenguaje del autocontrol que se emplea para su justificación no es un rasgo *a priori* de la responsabilidad, sino que nace bajo determinadas circunstancias históricas. Dicha historia llevó al desarrollo de un lenguaje de la mente que permitió la organización de discursos filosóficos y científicos sobre sus elementos y las fuerzas que la dirigen⁹⁷.

El renovado debate sobre el determinismo hace surgir la pregunta de hasta qué punto los nuevos descubrimientos pueden provocar un cambio de paradigma en términos de “revolución científica” que ponga en cuestión radical la actual cultura jurídica. Si ciertas teorías que explican la conducta humana niegan absolutamente que exista la “conducta voluntaria”, dado que ésta sería una completamente determinada, de ello parecería inferirse la imposibilidad de cualquier justificación del castigo. Se diría que las nuevas investigaciones y descubrimientos confirman en

⁹⁷ GÜNTHER, en Burkhardt et al., *El problema de la libertad de acción*, 2007, p. 116-117.

buena medida los presagios a los que algunos autores se habían referido hace tiempo, pese a lo cual sigue siendo poco probable que la configuración actual del Derecho penal se transforme radicalmente, aunque tal vez los nuevos conocimientos sobre el comportamiento humano tengan el *potencial de transformarlo* notablemente: por ejemplo, en cuanto al concreto alcance normativo de las causas de inimputabilidad y las correspondientes propuestas de *lege ferenda*. La culpabilidad, en definitiva, no deja de ser en último término un “constructo” social⁹⁸ y no algo que quepa deducir de la disposición subjetiva del autor.

Ahora bien, *¿hasta dónde puede llegar la duda determinista?* En opinión de Vives Antón la “duda determinista” no se limita a poner en tela de juicio la culpabilidad, sino que involuntariamente va mucho más allá: todo el lenguaje de la acción quedaría deslegitimado por ella⁹⁹. Para este autor, la afirmación según la cual la diferencia entre algo que simplemente *sucede* y el hecho de que alguien *actúa* solo adquiere sentido si la “libertad” –sin negar que sea una de carácter condicionado- existe en un margen determinado que se puede constatar en el proceso penal. Por otro lado, nuestro lenguaje (jurídico) no toma como base el determinismo, sino que se trata de “juegos de lenguaje” que presuponen la libertad¹⁰⁰. En mi opinión, sin embargo, este eventual argumento a favor del indeterminismo no resulta convincente, sino al revés, sería una prueba más de que la “supuesta” libertad podría radicar sólo (o predominantemente) en el lenguaje, aunque en realidad se trate de una mera ilusión. En este contexto cobra sentido preguntarse por la rentabilidad que podría tener en el edificio del Derecho penal, en el sentido del salto de la *razón teórica* a la *razón práctica*, la *teoría habermasiana del discurso*, como teoría que incorpora los resultados del pensamiento del último Wittgenstein en torno al “significado del lenguaje”¹⁰¹.

⁹⁸ BÁSICO BUNGE, *Treatise on Basic Philosophy, Vol. I Semantics I: Sense and Reference*, Dordrecht/Boston: D. Reidel, 1974.

⁹⁹ VIVES ANTÓN, en Díez Ripollés, J. L. et al. (eds.), *LH-Cerezo Mir*, 2002, p. 232.

¹⁰⁰ VIVES ANTÓN, *Fundamentos del sistema penal*, Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 334. Para Ramos Vázquez esto no querría decir, sin embargo, que el lenguaje constituya el reflejo de un mundo en el que el actuar no se halla determinado, sino que nuestros juegos de lenguaje, aquello que efectivamente hablamos, presupone la libertad RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 376).

¹⁰¹ BÁSICO, HABERMAS, *La lógica de las ciencias sociales*, 2ª ed., Madrid: Tecnos, 1990; Ib., *Facticidad y validez*, Introducción y traducción de M. Jiménez Redondo, Valladolid: Trotta, 1998; ampliamente, RAMOS VÁZQUEZ, *Concepción significativa de la acción*, 2008, p. 386 y ss. Destaca Vogel que “la teoría del discurso tiene frente a su gran rival, la teoría de sistemas, la ventaja de que no observa la democracia y el Derecho como un procedimiento de legitimación –funcional- instructivo –teóricamente entendido- a través del proceso desde la perspectiva extraña del observador sociológico. Antes bien, refleja el sentido de normatividad presente en el lenguaje desde la perspectiva del participante” (VOGEL, “Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal”, en *RDPC*, 11, 2003, pp. 256-257).

Aunque la Ciencia del Derecho no es obviamente una Ciencia de la naturaleza, aquella no puede prescindir o hacer total abstracción a mi juicio de los resultados que se desprenden de la misma, en este caso, de las Neurociencias. Al contrario, habría que tratar de tenerlos en cuenta e incorporarlos al acervo de conocimientos que configuran los particulares “juegos de lenguaje” de nuestro singular universo conceptual. Este último son las “gafas” por las que percibimos la realidad cuyo significado hemos de comprender, en muchas ocasiones sin acierto. Dicha realidad, cada vez más compleja, requiere plantearse si las lentes que usamos nos proporcionan la suficiente “agudeza visual” o, por el contrario, sólo nos permiten tratar las cosas desde una perspectiva parcial y reduccionista, tal vez equivocada. El problema subyacente remite ciertamente al método que inspira el modo de concebir la Ciencia Penal, con una empobrecedora perspectiva (solo) normativista, sin “ventanas abiertas”, en el que el objeto de estudio es el Derecho penal vigente en si mismo, o bien, como nos parece correcto, con una atenta mirada a la realidad fáctica que debe regular, sin desechar por tanto el dato ontológico y su comprensión mediante el lenguaje. Por ejemplo, lo que ahora ya sabemos y antes no alcanzábamos a saber (así como probablemente, lo que intuimos que todavía no sabemos, pero que pronto lograremos conocer) sobre las causas de la delincuencia. En este sentido, para terminar, cabría preguntarse de qué lado recae en realidad el mal llamado “fallo categorial”, del de las ciencias empíricas como las Neurociencias y las otras ciencias humanas que estudian el comportamiento humano, por atreverse a “opinar” sobre nuestro “reputado” sistema de atribución de responsabilidad penal, o más bien, del lado del Derecho Penal, por operar con demasiada frecuencia sobre una insuficiente y muy endeble base empírica¹⁰².

¹⁰² Sobre este particular, véase, FRISCH, “Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht”, en BLOY, R. et. al. (Hrsg.), *Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010, p. 239 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

AHARONI, E. et al. Can Neurological Evidence Help Courts Assess Criminal Responsibility? Lessons from Law and Neuroscience. **Annals of the New York Academy of Sciences**, New York, n. 1124, p. 145-160, Mar. 2008.

BENNET, M. et al. **La naturaleza de la conciencia: cerebro, mente y lenguaje**. Barcelona: Paidós, 2008.

BENNET, M.; HACKER, P. **Philosophical foundations of neuroscience**. Oxford: Blackwell, 2003.

BENNET, M.; HACKER, P. Philosophie und Neurowissenschaft. Traducción de J. Schulte. In: STURMA, D. (Hrsg.). **Philosophie und Neurowissenschaften**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2006. p. 20-42.

BLECH, J.; BREDOW, R. von. Die Grammatik des Guten. **Der Spiegel**, Hamburg, n. 31, p. 108-116, Juli 2007.

BUNGE, M. **Treatise on basic philosophy: semantics I: Sense and Reference**. Dordrecht; Boston: D. Reidel, 1974. v. 1

BURKHARDT, B. Gedanken zu einem individual- und sozialpsychologisch fundierten Schuldbegriff. In: BLOY, R. et al. (Hrsg.). **Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 79-101.

_____. La comprensión de la acción desde la perspectiva del agente en el derecho penal. Traducción de R. Alcacer. In: BURKHARDT, B.; GÜNTHER, K.; JAKOBS, G. **El problema de la libertad de acción en el Derecho penal**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2007. p. 29-93.

_____. Thesen zu den Auswirkungen des Neurophysiologischen Determinismus auf die Grundannahmen der Rechtsgesellschaft. In: SENN, M.; PUSKÁS, D. (Hrsg.). **Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung**. Franz München: Steiner Verlag Stuttgart, 2006. p. 83-90.

BURNS, K. J. D.; BECHARA, A. Decision making and free will: a neuroscience perspective. **Behavioral Sciences and the Law**, New York, v. 25, n. 2, p. 263-280, Mar./Apr. 2007.

DEMETRIO CRESPO, E. **Culpabilidad y fines de la pena: con especial referencia al pensamiento de Claus Roxin**. Presentación de Carlos Caro Coria. Lima: Grijley, 2008.

_____. El principio de culpabilidad: ¿un Derecho Fundamental en la Unión Europea. In: DÍEZ PICAZO, L.; NIETO MARTÍN, A. (Coord.). **Los Derechos Fundamentales en el Derecho penal europeo**. Navarra: Aranzadi, 2010. p. 371-388.

_____. **Prevención general e individualización judicial de la pena**. Salamanca: Universidad de Salamanca, 1999.

_____. Schuld und Strafzwecke. Traducción de M. Cancio. In: HEINRICH, M. et al. (Hrsg.). **Festschrift für Claus Roxin zum 80. Geburtstag**. Berlin: Gruyter, 2011. p. 689-703.

DETLEFSEN, G. **Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips: Konsequenzen neurobiologischer Forschung für das Strafrecht**. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

ENGISCH, K. **Die Lehre von der Willensfreiheit in der strafrechtsphilosophischen Doktrin der Gegenwart**. Berlin: W. de Gruyter, 1963.

FREEMAN, M. Introduction: law and neuroscience. **International Journal of Law in Context**, Cambridge, v. 2, n. 3, p. 217-219, Sep. 2006.

FRISCH, W. Defizite empirischen Wissens und ihre Bewältigung im Strafrecht. In: BLOY, R. et. al. (Hrsg.). **Gerechte Strafe und legitimes Strafrecht. Festschrift für Manfred Maiwald zum 75. Geburtstag**. Berlin: Duncker & Humblot, 2010. p. 239-259.

GARCÍA, E. Neurociencia, conducta e imputabilidad. **Quark**, Barcelona, n. 39-40, p. 88-92, Ene./Dic. 2007.

GARLAND, B. (Ed.). **Neuroscience and the law: brain, mind, and scales of justice**. New York: Danna; Washington, DC: AAAS, 2004.

GEYER, C. Gerhard Roth, der Bindestrich-Mann. **Frankfurter Allgemeiner Zeitung**, München, n. 146, Juni 2010.

GIMBERNAT ORDEIG, E. ¿Tiene un futuro la dogmática jurídico-penal? In: _____. **Estudios de Derecho Penal**. 2. ed. Madrid: Civitas, 1980. p. 105-130.

GOODENOUGH, O. R. Responsibility and punishment: whose mind? A response. **Philosophical Transactions: Biological Sciences**, London, v. 359, n. 1451, p. 1805-1809, Nov. 2004.

GRANT, J. Determinism, neuroscience and responsibility. **International Journal of Law in Context**, Cambridge, GB, v. 2, n. 3, p. 221-231, Sep. 2006.

GREELY, H. T. Neuroscience and criminal justice: not responsibility but treatment. **Kansas Law Review**, Kansas City, Mo, v. 56, n. 5, p. 1103-1138, 2008.

GREENE, J.; COHEN, J. For the law, neuroscience changes nothing and everything. **Philosophical Transactions of the Royal Society of London. Series B, Biological Sciences**, London, v. 359, n. 1451, p. 1775-1785, 2004.

GÜNTHER, K. Acción voluntaria y responsabilidad criminal. Traducción de R. Alcácer Guirao. In: BURKHARDT, B.; GÜNTHER, K.; JAKOBS, G. **El problema de la libertad de acción en el Derecho penal**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2007. p. 95-130.

_____. Hirnforschung und strafrechtlicher Schuldbegriff. **Kritische Justiz**, Baden,Baden, v. 39, n. 2, p. 116-133, Jan./März 2006.

_____. **Schuld und kommunikative Freiheit**. Frankfurt am Main: Klostermann, 2005.

HABERMAS, J. **Facticidad y validez**. Intro. y trad. de M. Jiménez Redondo. Valladolid: Trotta, 1998.

_____. Freiheit und Determinismus. **Deutsche Zeitschrift für Philosophie**, Berlin, v. 52, n. 6, p. 871-890, 2004.

_____. **La lógica de las ciencias sociales**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1990.

HART, H. L. A. The ascription of responsibility and rights. **Proceedings of the Aristotelian Society**, London, v. 49, p. 171-194, 1948-1949.

- HASSEMER, W. Grenzen des Wissens im Strafprozess. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, n. 121, p. 829-859, 2009.
- HASSEMER, W. Haltet den geborenen Dieb! **Frankfurter Allgemeiner Zeitung**, n. 146, Juni 2010.
- HERZBERG, R. D. **Willensunfreiheit und Schuldvorwurf**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010.
- HILLENKAMP, T. Strafrecht ohne Willensfreiheit? Eine Antwort auf die Hirnforschung. **Juristenzeitung**, Tübingen, v. 60, n. 7, p. 313-320, Apr. 2005.
- HIRSCH, H. J. Über Irrungen und Wirrungen in der gegenwärtigen Schuldlehre. In: DANNECKER, G. et al. (Hrsg.). **Festschrift für Harro Otto**. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns, 2007. p. 307-329.
- _____. Zur Gegenwärtigen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht. **Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik**, Kohn, v. 5, n. 2, p. 59-65, 2010.
- JAKOBS, G. Individuo y persona. Sobre la imputación jurídico-penal y los resultados de la moderna investigación neurológica. Traducción de B. Feijoo Sánchez. In: BURKHARDT, B.; GÜNTHER, K.; JAKOBS, G. **El problema de la libertad de acción en el Derecho penal**. Buenos Aires: Ad. Hoc, 2007. p. 169-206.
- _____. Strafrechtliche Schuld ohne Willensfreiheit. In: HEINRICH, D. (Hrsg.). **Aspekte der Freiheit**. Regensburg: Schriftenreihe der Universität Regensburg, 1982. p. 69-81.
- JESCHECK, H. H.; WEIGEND, T. **Tratado de derecho penal**: parte general. Traducción de M. Olmedo Cardenete. Granada: Comares, 2002.
- KRAUSS, D. Neue Hirnforschung – Neues Strafrecht? In: MÜLLER DIETZ, H. et al. (Hrsg.). **Festschrift für Heike Jung**. Baden-Baden: Nomos, 2007. p. 411-431.
- KUHN, T. S. **Die Struktur Wissenschaftlicher Revolutionen**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1976.
- KRÖBER, H.-L. Das limbische System: ein moralischer Limbus. **Frankfurter Allgemeiner Zeitung**, n. 6, Nov. 2003.
- LAMPE, E.-J. Willensfreiheit und strafrechtliche Unrechtslehre. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 118, n. 1, p. 1-43, Apr. 2006.
- LELLING, A. E. Eliminative materialism, neuroscience and the criminal law. **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, Pa, v. 141, n. 1471, p. 1471-1564, 1992-1993.
- LIBET, B. Unconscious cerebral initiative and the role of conscious will in voluntary action. **Behavioral and Brain Sciences**, Cambriadgen, GB, v. 8, n. 4, p. 529-566, 1985.
- LISZT, F. von. Die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit – Eine Replik. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, n. 18, 1898.
- _____. **Lehrbuch des Deutschen Strafrechts**. 13. Aufl. Berlin: J. Guttentag, 1903.
- LÜDERSEN, K. Ändert die Hirnforschung das Strafrecht? In: GEYER, C. (Hrsg.). **Hirnforschung und Willensfreiheit**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004. p. 98-102.
- _____. Wer determiniert die Hirnforscher? **Frankfurter Rundschau**, p. 20, Juli 2010.
- MCFEE, G. **Free Will**. Teddington: Acumen, 2000.

MAHLMANN, M. **Rationalismus in der praktischen Theorie**: Normentheorie und praktische Kompetenz. Baden-Baden: Nomos, 1999.

MERKEL, G. **Grenzen der Freiheit – Bedingungen des Handelns – Perspektive des Schuldprinzips**: Konsequenzen neurowissenschaftlicher Forschung für das Strafrecht. Berlin: Duncker & Humblot, 2006.

_____. Hirnforschung, Sprache und Recht. In: PUTZKE, H. et al. (Hrsg.). **Strafrecht Zwischen System und Telos. Festschrift für Rolf Dietrich Herzberg**. Tübingen: Mohr Siebeck, 2008. p. 3-37.

MERKEL, G.; ROTH, G. Freiheitsgefühl, Schuld und Strafe. In: GRÜN, K. J.; FRIEDMAN, M.; ROTH, G. (Hrsg.). **Entmoralisierung des Rechts**: Maßstäbe der Hirnforschung für das Strafrecht. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2008. p. 54-95.

MERKEL, R. Neuartige Eingriffe ins Gehirn. Verbesserung der mentalen condicio humana und strafrechtliche Grenzen. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 121, n. 4, p. 919-953, Jan. 2009.

_____. **Willensfreiheit und rechtliche Schuld**. Baden-Baden: Nomos, 2008.

MONYER, H et al. Das Manifest. Elf führende Neurowissenschaftler über Gegenwart und Zukunft der Hirnforschung. **Gehirn&Geist**, n. 6, p. 30-37, Okt. 2004.

O'HARA, E. A. How neuroscience might advance the law. **Philosophical Transactions of the Royal Society of London**, London, Series B, v. 359, n. 1451, p. 1677-1684, Nov. 2004.

PAUEN, M. Das problem des Selbst in den Neurowissenschaften und der Philosophie des Geistes. In: ANGEHRN, E.; KÜCHENHOFF, J. (Hrsg.). **Die Vermessung der Seele**: Konzepte des Selbst in Philosophie und Psychoanalyse. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, 2009. p. 140-159.

_____. **Illusion Freiheit? Mögliche und unmögliche Konsequenzen der Hirnforschung**. 2. Aufl. Frankfurt am Main: S. Fischer, 2004.

PAUEN, M.; ROTH, G. **Freiheit, Schuld und Verantwortung**: Grundzüge einer naturalistischen Theorie der Willensfreiheit. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2008.

PÉREZ MANZANO, M. Fundamento y fines del derecho penal: una revisión a la luz de las aportaciones de la neurociencia. **Revista de Occidente**, n. 356, p. 41-64, Ene. 2011.

PINK, T. **Free will**: a very short introduction. Oxford: Oxford University, 2004.

POTHAST, U. (Hrsg.). **Die Unzulänglichkeit der Freiheitsbeweise**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1987.

_____. **Seminar**: Freies Handeln und Determinismus. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1978.

PRATS CANUT, J. M. La culpabilidad: principio y categoría dogmática. In: QUINTERO OLIVARES, F.; MORALES PRATS, G. (Coord.). **El nuevo Derecho penal español**: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz. Elcano: Aranzadi, 2001. p. 615-640.

PRINZ, W. Der Mensch ist nicht frei. In: GEYER, C. (Hrsg.). **Hirnforschung und Willensfreiheit**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004. p. 20-26.

- PRINZ, W. Freiheit oder Wissenschaft. In: CRANACH, M. V.; FOPPA, K. (Hrsg.). **Freiheit des Entscheidens und Handelns**. Heidelberg: Asanger, 1996. p. 86-103. _____. Kritik des freien Willens: Bemerkungen über eine soziale Institution. **Psychologische Rundschau**, München, v. 55, n. 4, p. 198-206, 2004.
- PUSTILNIK, A. C. Violence on the brain: a critique neuroscience in criminal law. **Wake Forest Law Review**, WinstoSalem, NC, v. 44, n. 1, p. 183-237, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, G. **Locos y culpables**. Pamplona: Aranzadi, 1999.
- RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.
- ROTH, G. **Das Gehirn und seine Wirklichkeit**. 6. ed. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2001.
- _____. **Fühlen, Denken, Handeln**: Wie das Gehirn unser Verhalten steuert. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.
- _____. Willensfreiheit und Schuldfähigkeit aus Sicht der Hirnforschung. In: ROTH, G.; GRÜN, K.-J. (Hrsg.). **Das Gehirn und seine Freiheit**. Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 2009. p. 9-27.
- ROTH, G.; LÜCK, M.; TRÜBER, D. Willensfreiheit und strafrechtliche Schuld aus Sicht der Hirnforschung. In: LAMPE, E.-J.; PAUEN, M.; ROTH, G. (Hrsg.). **Willensfreiheit und rechtliche Ordnung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, 2008. p. 99-125.
- ROTH, G.; GRISCHA, M. Haltet den Richter! **Frankfurt Rundschau-online**, Frankfurt, p. 26-27, Juni 2010.
- ROXIN, C. Das Schuldprinzip im Wandel. In: Haft (Hrsg.). **Strafgerechtigkeit**: Festschrift für Arthur Kaufmann. Heidelberg: Müller, 1993. p. 519-535.
- _____. **Strafrecht. Allgemeiner Teil. Band I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre**. 4. ed. Beck: München, 2006.
- RUBIA, F. J. El controvertido tema de la libertad. **Revista de Occidente**, Madrid, n. 356, n. 356, p. 5-17, 2001.
- SÁNCHEZ ANDRÉS, J. V. El espacio de libertad en el determinismo. **Revista de Occidente**, Madrid, n. 356, p. 65-79, 2001.
- SANZ MORÁN, A. J. Algunas consideraciones sobre culpabilidad y pena. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. et al. (Ed.). **La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo**: libro Homenaje al Profesor Doctor Don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 147-158.
- SCHINDEWOLF, D. **Zur Freiheit des Willens**: Alte Vorstellungen und neue Erkenntnisse der Neurobiologie. München: Books on Demand GmbH, 2003.
- SCHREIBER, H.-L. Was heißt heute strafrechtliche Schuld und wie kann der Psychiater bei ihrer Feststellung mitwirken? **Der Nervenarzt**, v. 48, n. 5, p. 242-247, 1977.
- SCHÜNEMANN, B. La culpabilidad: estado de la cuestión. In: ROXIN, C. et al. **Sobre el estado de la teoría del delito**: (Seminario en la Universitat Pompeu Fabra). Madrid: Civitas, 2000. p. 91-128.

SCHÜNEMANN, B. La función del principio de culpabilidad en el Derecho penal preventivo. In: SCHÜNEMANN, B. (Ed.). **El sistema moderno del derecho penal**: cuestiones fundamentales. Madrid: Tecnos, 1991. p. 147-178.

SEARLE, J. Free Will as a Problem in Neurobiology. *Philosophy*, London, v. 76, n. 4, p. 491-514, Oct. 2001.

SEARLE, J. **Libertad y neurobiología**: reflexiones sobre el libre albedrío, el lenguaje y el poder político. Prólogo y traducción desde la versión inglesa de Miguel Candel, Barcelona: Paidós, 2004.

SENN, M.; PUSKÁS, D. (Hrsg.). **Gehirnforschung und rechtliche Verantwortung**. Franz München: Steiner Verlag Stuttgart, 2006.

SERRANO-PIEDRECASAS, J. R.; DEMETRIO-CRESPO, E. Reflexiones sobre filosofía del lenguaje, diversidad cultural, y su influencia en el derecho penal. In: CARBONELL MATEU, J. C. et al. (Ed.). **Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema penal**: semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. p. 1771-1792.

SINGER, W. **Ein neues Menschenbild? Gespräche ubre Hirnforschung**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

_____. Veranschaltungen legen uns fest: Wir sollten aufhören von Freiheit zu sprechen. In: GEYER, C. (Hrsg.). **Hirnforschung und Willensfreiheit**. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004. p. 30-65.

SINNOTT-ARMSTRONG, W.; NADEL, L. (Ed.). **Conscious will and responsibility**: a tribute to Benjamin Libet. Oxford: Oxford University, 2010.

STOMPE, T.; SCHANDA, H. (Hrsg.). **Der freie Wille und die Schuldfähigkeit in Recht, Psychiatrie und Neurowissenschaften**. Berlin: Medizinisch Wissenschaftliche Verlagsgesellschaft, 2010.

STRAWSON, P. F. Freedom and Resentment. Reimpresión en Waddel Ekstrom (Ed.). **Agency and responsibility**. Oxford: Westwiew, 1962.

STRENG, F. Schuldbegriff und Hirnforschung. In: PAWLIK (Hrsg.). **Festschrift für Günther Jakobs**. Köln; Berlin; München: Heymann, 2007. p. 675-691.

VIVES ANTÓN, T. S. El principio de culpabilidad. In: DÍEZ RIPOLLÉS, J. L. et al. (Ed.). **La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo**: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir. Madrid: Tecnos, 2002. p. 211-233.

_____. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VOGEL, J. Legislación penal y ciencia del Derecho penal (reflexiones sobre una doctrina teórico-discursiva de la legislación penal. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, Madrid, n. 11, p. 249-265, 2003.

WALTER, T. Hirnforschung und Schuldbegriff. In: HOYER, et al. (Hrsg.). **Festschrift für Friedrich-Christian Schroeder**. Heidelberg: C. F. Müller, 2006. p. 131-144.

WALTER, M. Unzulässige Überinterpretation. **Frankfurter Rundschau**, Berlin, p. 20, Juli 2010.

WELZEL, H. Reflexiones sobre el „libre albedrío“. Traducción de J. Cerezo Mir. In: _____. **Estudios de Filosofía del Derecho y Derecho penal**. Montevideo; Buenos Aires: B. de F., 2004. p. 31-45.

TIPICIDADE PENAL FINALISTA E TIPO DE AÇÃO SIGNIFICATIVO

FINALIST ATTRIBUTION AND MEANINGFULL ATTRIBUTION

Paulo César Busato¹

Rodrigo Cavagnari²

RESUMO

O artigo aborda o desenvolvimento da tipicidade penal até chegar ao modelo proposto pelo finalismo. Em seguida, apresenta-se o profícuo desenvolvimento do método entimemático, por Cláudio Brandão, o qual revela um valioso instrumento de correção hermenêutica da tipicidade penal em uma perspectiva finalista. Na sequência, aborda-se a tipicidade penal à luz do ponto de vista defendido pelos autores: uma visão significativa do tipo de ação. Nesse ponto, procura-se demonstrar como a pretensão de relevância, criada por Vives Antón, pode contribuir para o desenvolvimento da compreensão da tipicidade penal. Explica-se, nesse ponto, tanto os fundamentos da concepção significativa quanto a dupla perspectiva que compõe o tipo de ação: a pretensão conceitual de relevância e a pretensão de ofensividade. Conclui-se com a demonstração de como as duas distintas perspectivas são hábeis a aperfeiçoar o sistema de imputação: o ponto de conexão está na tentativa de preencher a tipicidade de um conteúdo material legítimo.

Palavras-chave: Tipicidade Penal. Teoria Finalista. Método Entimemático. Tipo de Ação. Concepção Significativa da Ação. Pretensão de Relevância. Pretensão de Ofensividade.

¹ Professor da UFPR e da FAE Centro Universitário. Doutor em Direito penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha. Pós-doutor pela Universidad de Valencia, Espanha. Membro do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail*: pbusato2013@gmail.com

² Especialista em Direito penal. Pesquisador do Grupo de Pesquisas Modernas Tendências do Sistema Criminal. Assessor Jurídico do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail*: cavagnarirodrigo@gmail.com

ABSTRACT

The article presents the development of the criminal offense until the model proposed by final theory. Then, the text discusses the thriving development of the enthymematic method, by Cláudio Brandão, which reveals a valuable hermeneutical correction tool of the criminal offense definition in a finalist perspective. Next, the article approaches criminal offense definition from the point of view defended by the authors: the meaningful conception. After that, the text points out how the relevance pretension, created by Vives Antón, contributes to the development of criminal offense understanding. It explains, at this point, the foundations of the meaningful conception and the double perspective that makes up the meaningful criminal offense perspective: The conceptual relevance pretension and the offensiveness pretension. Finally, the article demonstrates how two distinct perspectives can achieve an important improvement of the attribution system: the connection point is the attempt to fulfill the criminal offense definition with a legit material content.

Keywords: Criminal Offense. Final Theory. Enthymematic Method. The Meaningful Conception of Action. Relevance Pretension. Offensiveness Pretension.

INTRODUÇÃO

Ao lado de uma intensa atividade como professor, palestrante, examinador em bancas de pós-graduação, professor visitante em importantes instituições internacionais, arguto pesquisador e autor de inúmeros projetos de desenvolvimento científico perante as agências de fomento em pesquisa, nosso homenageado é, antes de tudo, um escritor de grande qualidade.

Mesmo ainda sendo um jovem, com uma imensa carreira jurídica pela frente, Cláudio Brandão já é amplamente reconhecido como um dos grandes prodígios do Direito penal brasileiro, tanto pela vastidão de sua produção científica quanto pela verticalidade desta, a ponto de dificultar sobremaneira a escolha de um ponto único de sua obra para a produção de um texto em sua homenagem.

Ao mesmo tempo, essa vastidão permitiu-nos valer da afeição e admiração pelo profundo estudo que Cláudio Brandão realizou sobre a tipicidade penal, certamente, um dos textos mais densos dessa matéria já publicados em língua portuguesa. Referimo-nos, obviamente, à obra *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*³.

Neste artigo, pretendemos demonstrar como o profundo conhecimento filosófico – traço marcante na pessoa de nosso homenageado – permite distender as fronteiras de desenvolvimento do sistema de imputação jurídico-penal.

Sem pejo em compartilharmos bases teóricas, é preciso afirmar que nossas divergências técnicas têm sido, ao longo dos anos, uma razão profunda de aprimoramento e de alegria de debates que nunca fizeram menos do que fazer crescer em nós, constantemente, a admiração, tanto pelo jurista, quanto pelo ser humano Cláudio Brandão.

Portanto, sem nenhum favor é que escolhemos, através de uma breve comparação, demonstrar neste estudo que a inquietude filosófica de Cláudio Brandão e seu afã de utilizá-la no aprimoramento do sistema de imputação encontra paradigma na figura ilustre de Tomás Vives Antón.

Para demonstrá-lo, far-se-á um breve introito acerca do desenvolvimento da categoria jurídico-penal da tipicidade até chegar ao modelo proposto pelo finalismo, modelo teórico defendido por nosso homenageado, mostrando especialmente de que modo os seus principais teóricos tentaram dotar a categoria da tipicidade de certo conteúdo material.

³ BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.

Em seguida, apresenta-se a base do posicionamento de Brandão e o profícuo desenvolvimento do *método entimemático*, o qual revela um valioso instrumento de correção hermenêutica na aplicação prática da tipicidade penal dentro de uma perspectiva finalista, apontando para as vantagens e o ganho de coerência interna oferecidos por sua perspectiva.

Em um terceiro momento, aborda-se a tipicidade penal à luz do ponto de vista defendido pelos autores: uma visão *significativa* do *tipo de ação*. Nesse ponto, procura-se demonstrar como a *pretensão de relevância* criada por Vives Antón⁴ pode contribuir para o desenvolvimento da tipicidade penal. Explica-se, aqui, tanto os *fundamentos* da *concepção significativa* quanto a dupla perspectiva que compõe o tipo de ação (primeira pretensão de validade da norma penal): a *pretensão conceitual de relevância* e a *pretensão de ofensividade*.

Conclui-se com a demonstração do traço de união das perspectivas que consiste precisamente na intensa ancoragem filosófica voltada à preocupação em dotar de um conteúdo material a tipicidade, logrando um importante aperfeiçoamento dos sistemas de imputação, traço este marcante nas contribuições advindas da pesquisa de Brandão, bem como as delineadas na obra de Vives Antón.

1 BREVE COMENTÁRIO SOBRE A ORIGEM E EVOLUÇÃO DA TIPLICIDADE

A doutrina jurídico-penal revela o aparecimento do tipo – como elemento da teoria do delito – a partir da publicação do texto *Die Lehre vom Verbrechen*, de autoria de Ernst von Beling, no ano de 1906.⁵ Nessa obra, Beling emprega a expressão *Tatbestand*, até então utilizada para designar a totalidade do delito, para referir somente aos elementos que compõem o enunciado legal daquele. O termo *Tatbestand* era empregado desde fins do século XVIII e princípio do século XIX na Alemanha para designar a totalidade do delito, como uma forma de traduzir a expressão latina *corpus delicti*.⁶ Beling promove

⁴ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

⁵ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2017, p. 287; MESTIERI, J. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1. p. 118.

⁶ Nesse sentido: LUISI, L. **O tipo penal**: a teoria finalista e a nova legislação penal. Porto Alegre: Fabris, 1987. p. 13-14. O autor refere que o primeiro autor a utilizar a expressão nesse sentido foi Ernst Ferdinand Klein, em 1796, na obra “Grundsätze des gemeinen deutschen und preussischen peinlichen Rechts”, p. 69 e 54-55.

uma bipartição da parte objetiva do delito, mantendo um elemento meramente descritivo, composto pelo *Tatbestand*, isento de qualquer consideração valorativa, apenas descritivo, uma mera adequação ao catálogo delitivo.⁷ Ou seja, o delito continha duas dimensões, uma subjetiva, expressada pela culpabilidade, e outra objetiva: o injusto. Este último estaria dividido entre uma dimensão de conteúdo axiológico, representada pela antijuridicidade, e outra anódina, meramente descritiva, composta pelo tipo.

A função que cumpria o tipo, nessa primeira formulação, era meramente descritiva, servindo de mero indício de antijuridicidade e de culpabilidade.

Beling recebeu um grande número de críticas, as quais se voltavam, primordialmente, em duas direções: uma busca de demonstração de elementos axiológicos e a demonstração de elementos subjetivos no tipo.

No plano da afirmação de elementos subjetivos no tipo, destacam-se Hans Albrecht Fischer (*Die Rechtswidrigkeit mit besonderer Berücksichtigung des Privatrecht*), Johannes Nagler (*Der heutige Stand der Lehre von der Rechtswidrigkeit*), August Hegler (*Die Merkmale des Verbrechens*) e Max Ernst Mayer (*Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*).⁸

Esses entendimentos podem ser resumidos na opinião de Edmund Mezger,⁹ para quem o tipo não era meramente indiciário da antijuridicidade, mas sim sua *ratio essendi*, ou seja, seu fundamento. Mezger também fez crítica ferrenha à ideia de isolamento do tipo em face de elementos normativos, defendendo que existem elementos típicos que só podem ser determinados mediante uma especial valoração da situação de fato.¹⁰

Depois de tal avalanche de críticas, Beling retomou o tema da tipicidade em 1930, na obra *Die Lehre vom Tatbestand*,¹¹ onde propôs um aprofundamento do estudo do tipo, no sentido da diferenciação entre o *Tatbestand* (delito tipo) e o que ele denominou então

⁷ BELING, E. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Trad. Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002, p. 73.

⁸ A informação detalhada aparece em MEZGER, E. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955. Tomo I. p. 346-347; BUSTOS RAMÍREZ, J. **Manual de derecho penal español**: parte general. Barcelona: Ariel, 1984, p. 160-161; e, LIFSCHITZ, S. P. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Montevideo; Buenos Aires: B. de F., 2008. p. 103 ss.

⁹ Para Mezger, o “tipo é o próprio portador da desvalorização jurídico-penal que o injusto supõe”, e, portanto, “é fundamento real e de validade (ratio essendi) da antijuridicidade”. MEZGER, E. **Tratado de derecho penal**... Op. cit., p. 365 e p. 376.

¹⁰ Ibid., p. 388 ss. Também crítico sobre a postura de Beling a respeito do isolamento do tipo em face de elementos normativos e subjetivos, em língua latina, veja-se JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Tratado de derecho penal**. Tomo III. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1965. p. 756. Também resultam interessantes os comentários de LIFSCHITZ, S. P. **Los elementos subjetivos del tipo legal**... Op. cit., p. 23 ss.

¹¹ O qual conta com a excelente tradução para o espanhol realizada por Sebastián Soler, publicada como: BELING, E. von. **La doctrina del delito-tipo**. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.

de *Delistypus* (figura de delito ou tipo de delito). Segundo essa revisão da sua tese, Beling¹² afirmou que o *Delistypus* é um todo, composto pelos diversos elementos que compõem o acontecimento delitivo, cuja unidade representativa, que é apenas uma ideia, é o *Tatbestand*. Ou seja, o *Tatbestand* é apenas uma figura que dá sentido aos elementos do *Delistypus*. Com essa construção, Beling pretendeu lograr a separação entre os fatos concretos e a ideia reitora, que restava isolada do acontecimento típico. Essa separação permitia a Beling defender o ponto de vista de um *Tatbestand* anódino, isolado de elementos normativos e subjetivos.

Contudo, o contexto em que se apresentou esta revisão foi completamente desfavorável, já que emergia uma ampla gama de trabalhos que visavam justamente a transformação da estrutura do tipo para a incorporação de tais elementos, especialmente de Hellmuth von Weber e Alexander Graf Zu Dohna.¹³

Nesse contexto, a concreção e assunção dos elementos subjetivos e normativos do tipo encontraram sua versão mais acabada na perspectiva finalista da obra de Hans Welzel. Com profunda assunção de postulados neo-ontologicistas originados principalmente na fenomenologia e na psicologia,¹⁴ Welzel fazia a defesa da existência de condicionamentos ontológicos às valorações jurídicas.

2 TIPLICIDADE PENAL FINALISTA

A base da estrutura teórica do delito, como visava a regulamentação da identidade de quais as condutas humanas que deveriam ser merecedoras de imputação e, conseqüentemente, pena, estaria, pois, condicionada aos postulados gerais do conteúdo ontológico definido da própria ação.

Para Welzel e toda uma geração de finalistas que emergiu a partir de suas construções, o tipo penal é uma mera descrição da realidade ontológica da conduta

¹² Ibid., p. 276-277.

¹³ Confira-se em DOHNA, A. G. zu. **La estructura de la teoría del delito**. Trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958 e WEBER, H. von. **Lineamientos del Derecho penal alemán**. Trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008. Luiz Luisi (LUISI, Luiz. **O tipo penal...** Op. cit., p. 28, nota 29) noticia que “no mundo germânico, apenas o penalista austríaco Theodor Rittler se posicionou de acordo com a concepção objetiva de E. Beling”. O autor menciona ainda a simpatia de Jiménez de Asúa pelas construções de Beling.

¹⁴ O próprio Welzel menciona a importância das teorias de base que assumiu ao construir a teoria finalista da ação. Cf. WELZEL, H. **O novo sistema jurídico penal: uma introdução à doutrina da ação finalista**. Trad. de Luis Régis Prado da versão espanhola de Cerezo Mir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001. p. 11-12.

humana. Assim, necessariamente deve incorporar o direcionamento da vontade como elemento constitutivo. É evidente que, se a ação não poderia mais ser vista como mera externalidade causal, o tipo, que é nada mais do que seu reflexo modelar, não poderia, da mesma forma, contentar-se em não incorporar os elementos identificadores da ação.

O tipo passa a ser apresentado definitivamente como um elemento de dupla dimensão: uma subjetiva e outra objetiva. Na vertente objetiva, Welzel¹⁵ localiza a medida da proibição, afastada do juízo de valor da antijuridicidade, expressando uma conduta ligada a um resultado através de uma relação de causalidade. A vertente subjetiva conterà a expressão volitiva da conduta, integrada pelos elementos dolo e culpa, retirados da culpabilidade.

No que tange ao tipo objetivo, Welzel¹⁶ afasta sua proposição dos modelos causais ao centrar foco no desvalor da conduta e não no resultado, sustentando que o que se proíbe tipicamente não é o mero resultado, mas sim as ações que, controladas teleologicamente, a ele conduzam. No homicídio, por exemplo, não se proíbe a morte, mas sim a conduta de matar.

Como se nota, no esquema de Welzel, o tipo objetivo, ao vincular-se unicamente à causalidade, somente será limitado pelo alcance do tipo subjetivo.

Percebendo tal problema, Welzel¹⁷ tentou oferecer alguma limitação ao tipo objetivo pelo desenvolvimento não de um elemento interno à sua teoria, mas sim, através de uma espécie de filtro categorial, um *topoi* axiológico representado pelo conceito de *adequação social*. Como acentua Silveira, a adequação social, para Welzel, seria um ordenador valorativo, compreendido como metanível de interpretação, já que as formas que dominam a vida social não seriam somente exercícios fáticos, e sim ordens com base histórica que se estabelecem e se desenvolvem no nexo de condições entre o desenvolvimento técnico e as valorações da sociedade¹⁸.

Conquanto essa perspectiva contrariasse a sua defesa acérrima das vinculações ontológicas de sua teoria e, por outro lado, abrisse passo ao que mais tarde veio a constituir a base crítica pela qual foi suplantado o próprio finalismo, é certo que a força com que

¹⁵ WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997. p. 75-77.

¹⁶ Ibid., p. 74-75.

¹⁷ Cf. Ibid., p. 66-69.

¹⁸ SILVEIRA, R. de M. J. **Fundamentos da adequação social em direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010, p. 125. É bem verdade que nas sucessivas edições do seu *Direito penal alemão*, Welzel procura dar um lugar sistemático para a adequação social entre a tipicidade e a antijuridicidade, concluindo, por fim, em favor da opção de deixá-lo à deriva.

o panorama ontologicista se impôs como padrão fechou o horizonte do finalismo às considerações axiológicas, impedindo, em um primeiro momento, o desenvolvimento de tais perspectivas.

O tipo seria, então, a representação legal absoluta do injusto. Uma conduta apenas será considerada criminosa na hipótese de se identificar absolutamente com um modelo de previsão inscrito no Código Penal ou em alguma lei ou disposição de caráter criminal¹⁹.

Para que algum fato ganhe relevância penal, por conseguinte, seria necessário que ele esteja subsumido em um tipo. Isso significa que o legislador torna pertinente ao Direito penal uma conduta quando a materializa em uma lei. Assim, sem a tipicidade, esvaziar-se-ia o conteúdo do direito penal²⁰.

Vários autores influenciados pelo finalismo manifestaram posições semelhantes. Por exemplo, segundo Maurach, a construção do tipo seria preocupação do legislador, cuja inserção sistemática se realiza na forma de lei. O tipo objetivo é essencialmente idêntico ao tipo legal. Noutras palavras, a parte objetiva da ação típica não é senão a soma das circunstâncias que pertencem ao tipo legal²¹. Para Gallas, o tipo constitui o elemento portador de conteúdo da qualidade *digno de castigo*, próprio da espécie respectiva de infração, residindo no conteúdo material da tipificação apenas sua importância sistemática. Para ele, a busca da função material do conceito de tipo dentro da teoria do delito somente pode estar constituída pela individualização que o tipo encerra em relação à infração ao incluir todos aqueles caracteres configuradores da correspondente espécie de delito. Essa individualização é necessária, diz ele, já que nem todo injusto culpável é delito, e sim somente o *digno de castigo*. E a seleção exigida como consequência da concorrência desta qualidade somente pode se realizar em virtude da fixação de tipos de conduta delitiva. Este último só é válido, no entender de Gallas, quando se perfaz no princípio *nullum crimen sine lege*, que exige uma tipificação por parte do legislador. Para ele, o tipo se refere à categoria formal da proibição, e somente poderia se diferenciar da antijuridicidade, a partir da circunstância de que se contempla na descrição objetiva da conduta proibida²².

Nota-se, portanto, que o tipo penal finalista, segundo a proposta dos autores clássicos, marcada pelo paradigma ontológico e impermeável a aspectos político-criminais, tornou-se

¹⁹ MESTIERI, J. **Manual...** Op. cit., p. 117.

²⁰ BRANDÃO, C. **Tipicidade...** Op. cit., p. 19.

²¹ MAURACH, R. **Derecho penal: parte general**. Trad. Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994, p. 354-355.

²² GALLAS, W. **La teoría del delito en su momento actual**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959, p. 26, 27 e 35.

inconciliável com a evolução das ciências sociais, sendo superado, na década de 70, pelas teses funcionalistas, acentuadamente, pela obra *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*²³, de Roxin, a qual, com grande mérito, resgatou questões axiológicas para o âmbito do tipo penal.

3 MÉTODO ENTIMEMÁTICO

No início da obra *Tipicidade penal: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático*, demonstra Brandão que a atualidade do tema da tipicidade penal se revela na carência de técnica, tanto na elaboração quanto na aplicação das normas. Ilustra tal afirmação com o tipo penal previsto no art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7492/86: “Se a gestão é temerária”, para concluir que o legislador, nesse exemplo, usou um verbo de ligação, demonstrando uma total ausência de técnica²⁴.

Ademais, ressalta Brandão, o método penal estabelece que se investigue a violação do bem jurídico, que é conteúdo da tipicidade, para que se justifique a violência da pena. Porém, quem aplica o direito penal, tende a não vislumbrar o conteúdo material do tipo penal, que é o bem jurídico, e, a mera aplicação da forma também põe em xeque a questão da tipicidade, em seu aspecto material²⁵.

O homenageado, então, diagnostica que, como produto da alienação técnica do político e aliada à alienação técnica-política do operador jurídico, a tipicidade não cumpre o seu papel na dogmática penal²⁶ e, se ela é o elemento inaugural da doutrina do crime, a própria teoria do crime está corrompida e a aplicação do direito penal está eivada de contradições²⁷.

Com esse diagnóstico, Brandão afirma que a tipicidade, além de compor a teoria do crime, funciona também como limite negativo e positivo de um entimema, que será a forma de apresentação concreta do tipo penal – ou para afastá-lo – em uma sentença²⁸.

²³ ROXIN, C. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

²⁴ BRANDÃO, C. **Tipicidade...** Op. cit., p. 20.

²⁵ Ibid., p. 21.

²⁶ ROXIN, C. **Strafrecht, Allgemeiner Teil. Band I**. 4. ed. München: Beck, 2006, p. 280, § 10, rn. 1. Para Roxin, o tipo deve cumprir três funções: uma função sistemática, uma função dogmática e uma função político-criminal. A função sistemática traduz o compêndio de elementos que permitem a identificação de qual tipo se trata. A função dogmática consiste na descrição dos elementos sobre os quais deve incidir o dolo. A função político-criminal, também denominada função de garantia, está associada ao princípio de legalidade, recortando o âmbito da incriminação somente para aquilo que define o tipo.

²⁷ BRANDÃO, C. **Tipicidade...** Op. cit., p. 24.

²⁸ Ibid., p. 30-31.

E traduz essa ideia na seguinte assertiva:

a tipicidade, enquanto elemento comum da teoria do crime, da teoria da pena e da teoria da lei penal, tem por escopo possibilitar ao direito penal justificar a violência da pena, mas também afastá-la em casos de falta de proporcionalidade entre a conduta criminosa e aquela violência, sendo sua aplicação realizada a partir de um entimema²⁹.

Dá a pergunta da pesquisa de Brandão ser a seguinte: “o entimema, como forma de manifestação do método de aplicação do tipo penal, possibilita a aplicação formal e substancial da tipicidade?”³⁰. Para respondê-la, Brandão elabora a pesquisa em três pontos: (i) delimitação dos conteúdos formal e material da tipicidade; (ii) inter-relação entre a tipicidade e os elementos que conformam a teoria do crime e a teoria da pena; e, (iii) os efeitos que a tipicidade opera no método de aplicação do direito penal, manifestando no entimema, que pode levar ao reconhecimento da pena como forma de violência³¹. Em face da limitação espacial deste artigo, abordaremos apenas o ponto da pesquisa em que Brandão utiliza ferramentas hermenêuticas para construir o método entimemático e apresentar uma marca de evolução da tipicidade penal finalista, quando comparada aos autores clássicos supracitados.

A grande contribuição de Brandão, para nós, está no estudo da hermenêutica aplicada ao Direito penal. Com base nas premissas descritas anteriormente, ele assinala que o silogismo é perfeitamente cabível para o raciocínio em face dos objetos das ciências naturais, mas ele não foi construído para as ciências culturais, pois neles a retórica é a protagonista³². Prossegue, dizendo que, em face da necessidade de argumentar, as ciências culturais, sobretudo o direito, não podem afastar a retórica do seu método, e, além disso, no âmbito da ciência jurídica a argumentação também é uma necessidade constitucional – já que toda decisão jurídica precisa ser motivada – e, por conseguinte, ao invés de ela ter o seu método esteado no silogismo, o tem embasado no que os gregos chamavam de *entimema*³³.

Segundo o homenageado, o entimema é definido por um silogismo retórico, porque nele uma das premissas está implícita. Assim, como uma das premissas não está posta, a conclusão não pode ser uma decorrência lógica de adequação das premissas. Então,

²⁹ Ibid., p. 31.

³⁰ Ibid., p. 32.

³¹ Ibid., p. 32.

³² Ibid., p. 198.

³³ Ibid., p. 199.

para fundamentá-la, exige-se a utilização da retórica³⁴. Não existe, aqui, uma ausência de premissas. Com efeito, a premissa existe, só que ela se encontra elíptica, por isso ela é construída retoricamente. Daí ser o entimema chamado de *silogismo retórico*. A retórica possibilita que o que não integra o conjunto (a premissa elíptica), por não estar indicado declarativamente no conjunto, possa integrá-la através da argumentação³⁵.

É, de acordo com Brandão, o potencial argumentativo do sujeito, em face da premissa que está elíptica, que determinará a aceitação ou não da conclusão. Nesse campo, é a argumentação que gera o convencimento e dá validade à referida conclusão do entimema. Assim, o entimema tem por escopo a persuasão. Em síntese, o entimema é uma explicação da filosofia para o raciocínio presente quando temos a conclusão contingente do silogismo, que é a que não decorre da mera adequação de premissas. Com efeito, quando temos a adequação de uma premissa menor a uma premissa maior, a conclusão é necessária, todavia quando a conclusão é contingente, busca-se persuadir através da utilização da retórica e da argumentação³⁶.

Com isso, Brandão defende que a função da tipicidade é dar um limite negativo ao entimema. Para ele, o juiz, embora possa escolher a premissa maior – que é um elemento selecionado pelo sujeito *cognoscendi* para justificar a sua argumentação, em face da conclusão que ele intuiu ao conhecer a premissa menor (o caso) – não pode condenar fora do que dispõe a lei, em face do princípio da legalidade. Assim, a liberdade de escolha da premissa maior, em sede de Direito penal, está limitada se a conclusão representar um prejuízo para o réu, e este limite é a tipicidade³⁷. Isso porque, é através da tipicidade que a conduta ganha relevância em face do método penal. Portanto, a conclusão que represente um prejuízo ao réu depende da sua conformação com a tipicidade, já que o que não for típico, por ser penalmente indiferente, não pode ser objeto de condenação.

Acentua Brandão, no ponto, que, caso o juiz escolha uma premissa maior diferente da lei como fundamento de uma conclusão que represente um prejuízo ao réu, a decisão estará eivada de inconstitucionalidade em face da violação do comando do princípio constitucional da legalidade penal³⁸. Logo, o silogismo retórico no âmbito penal não pode ser tratado nos mesmos moldes dos demais ramos do direito, pois a liberdade de escolha da

³⁴ Ibid., p. 199-200.

³⁵ Ibid., p. 201-202.

³⁶ Ibid., p. 202.

³⁷ Ibid., p. 203 e 207.

³⁸ Ibid., p. 207-208.

premissa maior encontra uma barreira na tipicidade, quando a conclusão for de qualquer forma desfavorável ao agente³⁹.

Porém, adverte Brandão que se a tipicidade funciona como um limite negativo ao silogismo retórico, esta tem outro viés quando a conclusão for favorável ao agente, isto é, a tipicidade não é óbice à aplicação supralegal do direito penal em benefício do agente. Ele elenca dois fundamentos que embasam essa possibilidade metodológica: a teleologia do princípio da legalidade e o conteúdo material do tipo, isto é, o bem jurídico⁴⁰.

Pelo princípio da legalidade, fora do âmbito do que está proibido em face de uma lei penal, não cabe em nenhum caso a violência da pena, e, assim, só se pode aplicar essa dita violência dentro dos limites da tipicidade. A tipicidade, portanto, evita que algumas ações que possam ser consideradas como reprováveis tenham como consequência uma pena⁴¹.

De outra parte, será teleologicamente conforme a tipicidade e a legalidade, a argumentação racional e proporcional que aumente o âmbito de liberdade, ainda que não esteja esta argumentação baseada na lei. Em outras palavras, não são contrárias à tipicidade as causas supraleais, que, em sede de Direito penal, aumentem o âmbito de liberdade do sujeito⁴².

Segundo Brandão, as causas supraleais têm um fundamento que se baseia na proporcionalidade. Logo, a noção de bem jurídico está na sua essência. Como a pena é uma manifestação de violência e privação de direitos fundamentais, é necessário que a lesão ocasionada com a conduta criminosa seja proporcional a ela, senão a pena não encontrará uma justificação⁴³.

Para Brandão, essa lesão mencionada é a lesão do bem jurídico; assim, deve haver um liame de proporcionalidade entre a pena e a violação ou exposição a perigo de bens jurídicos para que a consequência penal se manifeste. Caso contrário, o direito prevê a incidência de causas supraleais, que excluirão o crime, embora sem previsão legal. Como visto anteriormente, diz Brandão, é o conceito de bem jurídico que fundamentará a aplicação supralegal do direito penal, porque ele traduz a ideia de valor tutelado pela norma em face do não reconhecimento da valoração negativa capaz de ser conhecida como proporcional à pena que em tese lhe será aplicável⁴⁴.

³⁹ Ibid., p. 211.

⁴⁰ Ibid., p. 211-212.

⁴¹ Ibid., p. 213.

⁴² Ibid., p. 215.

⁴³ Ibid., p. 215.

⁴⁴ Ibid., pp. 215-216.

Nessa toada, aduz Brandão que não há contradição na dupla face metodológica do Direito penal, porque a explicada razão de ser da tipicidade faz com que ela seja teleologicamente conforme as causas supraleais *in bonam partem*, que se prestam a aumentar o âmbito de liberdade⁴⁵.

Saliente-se, por fim, que Brandão defende a existência de um fundamento constitucional para a eleição do bem jurídico que significa a substância do tipo penal, pois, caso contrário, a lei penal violará os ditames da Constituição, mormente o princípio da proporcionalidade⁴⁶.

Verifica-se, desse modo, que Brandão, por intermédio do método entimemático, apresenta uma construção positiva para a afirmação das liberdades individuais, ao acrescentar à tipicidade uma dose de substância, sem comprometer as bases teóricas finalistas, algo que nem mesmo Welzel foi capaz de fazer.

4 TIPO DE AÇÃO SIGNIFICATIVO

Assim como Brandão, o professor Tomás Vives Antón também se preocupou em dotar o tipo de um conteúdo material legítimo. Propôs, para tanto, um lugar para o bem jurídico na própria estrutura do sistema de imputação, precisamente, dentro da esfera primária da pretensão de relevância.

Segundo propõe Vives, na obra *Fundamentos del sistema penal*, a primeira pretensão de validade da norma penal está intimamente ligada à configuração do *tipo de ação*⁴⁷. Trata-se de uma pretensão epistemológica: tem por objeto a afirmação de que a ação realizada é das que interessam ao Direito penal. Para que possa ser feita essa afirmação, é preciso que a ação investigada possa ser compreendida de acordo com um tipo de ação definido em lei. Mais: é preciso que a ação investigada lesione ou coloque em perigo bens jurídicos protegidos pela lei e pela Constituição⁴⁸. Com alicerce em tais fundamentos, a proposta de Vives sobre o tipo de ação visa superar as vicissitudes dos sistemas que o antecederam.

Rememora-se, da organização do sistema jurídico-penal em bases ontológicas, que a dogmática penal daquela época buscava determinar um conceito de ação extraído

⁴⁵ Ibid., p. 216.

⁴⁶ Ibid., p. 219.

⁴⁷ VIVES ANTÓN, T. S. *Fundamentos...* Op. cit., p. 484.

⁴⁸ Ibid., p. 484.

do mundo do ser, com o objetivo de encaixá-lo como substrato ontológico às dimensões axiológicas do delito⁴⁹.

Entretanto, ante a falência do conceito ontológico de ação, os modelos dogmáticos seguintes passaram a iniciar sua organização a partir da categoria da tipicidade. Tentava-se, com isso, superar a insegurança do conceito de ação. Ocorre que, ao abrir mão da exigência da ação como um conceito básico do Direito penal, permitiu-se o desenvolvimento de tendências de normatização extrema. E essas tendências, ao desprezar completamente as condicionantes ontológicas, chegaram ao ponto de compor sistemas fechados à crítica e à sensibilização da evolução social, tal como se observa o modelo funcionalista sistêmico⁵⁰.

Da transição do modelo ancorado na ação para o modelo ancorado no tipo, nota-se que alguns finalistas procuravam solucionar o impasse na associação entre a categoria do tipo e a categoria da ação. Para Gallas, seria impossível a existência de um *conceito pré-jurídico de ação*. Propôs, então, em seu lugar, um conceito de ação especial já pertencente ao âmbito da norma jurídica. Com isso, Gallas pretendeu a adoção de uma categoria fundamental de *conduta típica*, onde a característica normativa do tipo fosse indissociável do conceito de conduta⁵¹.

O modelo significativo de Vives também propõe uma aproximação entre essas duas categorias. Entretanto, ela já não está ancorada em uma mera adição (ação + tipo), e sim em uma simbiose derivada do modelo de interpretação comunicativa, denominada *tipo de ação*. Ele representa, aqui, uma *pretensão de relevância* da aferição da ação ou omissão no caso concreto, cuja importância pertença ao âmbito de interesse do Direito penal. Ademais, não se trata da adição de uma categoria ôntica a outra de fonte normativa, mas sim da conjunção em uma expressão de sentido de fatores ontológicos e normativos⁵².

Uma vez descartada a ideia de situar a ação na base do sistema, o dado primário aparece representado por pertencer a um *tipo de ação*, que determina, por sua vez, a *aparência de ação*. Esta representa o ponto de partida da análise do operador do sistema penal. Isso porque, na maioria dos casos, é a *aparência de ação* que dita se estamos ou não ante uma determinada classe de crimes ou, ainda, se estamos ou não diante de uma ação ou omissão⁵³.

⁴⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 249.

⁵⁰ Ibid., p. 250.

⁵¹ Ibid., p. 250.

⁵² Ibid., p. 250.

⁵³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A “**concepção significativa da ação**” de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 31-32.

De modo ilustrativo, adverte Vives que na prática forense se analisa um caso concreto a partir da identificação do *tipo de ação*, e não da existência ou não de uma ação. Na leitura de um inquérito policial ou de um processo criminal, em uma primeira impressão, não se indaga se houve ou não ação ou omissão. A reação imediata do operador do sistema penal, nessa situação, é a de identificar o tipo penal que corresponde à suposta ação ou omissão⁵⁴. Vale dizer, nunca se inicia a análise de um processo indagando, por exemplo, se a ação foi praticada durante uma convulsão epiléptica, um momento de sonambulismo etc., para só depois cogitar do tipo; o que se faz, ao contrário é partir dos modelos típicos e tentar identificar nos dados circunstanciais colhidos o sentido do tipo a que se refere ou se o sentido não se refere a tipo algum⁵⁵.

Desse modo, a análise a ser feita é de se a conduta examinada pertence ou não ao grupo de ações que podem ser consideradas relevantes a efeito jurídico-penal. Sendo, portanto, a primeira categoria básica do sistema, o *tipo de ação* é chamado a cumprir o papel conceitual (metodológico) de delimitar o objeto ao qual deverão se referir as sucessivas sub-pretensões de validade da aplicação da norma ao caso concreto em obediência a uma pretensão geral de justiça⁵⁶.

E, para que a categoria básica possa desempenhar a missão de servir de delimitação inicial das demais pretensões de validade normativa, deverá se limitar a abarcar aqueles pressupostos da ação punível que cumprem uma função definidora da classe de ação de que se trate. Por conseguinte, entre os seus pressupostos, não poderá incluir necessariamente a intenção (e menos ainda os motivos, tendências ou fins subjetivos do autor). Isso porque, há classes de ações que podem ser realizadas com intenção ou sem ela (como, por exemplo, matar ou lesionar). Daí que a intenção subjetiva não possa pertencer sempre ao *tipo de ação*⁵⁷.

Ao relegar a intenção à *pretensão de ilicitude* (segunda pretensão de validade da norma), Vives se afasta de todas as construções que, a partir da aparição da concepção finalista da ação, situaram a contrariedade ao dever no tipo de injusto como *tipo subjetivo*. Dessa forma, a primeira pretensão de validade da norma (= elemento categorial base do

⁵⁴ RODRÍGUEZ MOURULLO, G. **La omisión de socorro en el Código Penal**. Madrid: Tecnos, 1966, p. 221: “los Tribunales no comienzan preguntándose por la existencia de una ‘acción humana en sí’, sino qué acción es el comportamiento que se somete a su consideración. Normalmente, no se pregunta en primer lugar si el sujeto realizó una acción, sino qué acción realizó. Aunque parezca paradójico, la pregunta acerca de qué acción constituye el comportamiento del que tiene noticia el Tribunal, se antepone a la pregunta de si ese comportamiento es verdaderamente una acción”.

⁵⁵ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 259.

⁵⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A “**concepção significativa da ação**”... Op. cit., p. 32.

⁵⁷ Ibid., p. 32-33.

sistema), integrado pelo conceito de *tipo de ação*, encontra-se sensivelmente aliviado em relação às construções que o antecederam⁵⁸.

Como se nota, a base estrutural do tipo de ação ancora-se fortemente em uma perspectiva de filosofia da linguagem, o que remete necessariamente a uma explicação, ainda que breve, dos fundamentos teóricos de tal proposição.

4.1 FUNDAMENTOS

A *concepção significativa* da ação, proposta por Vives, assenta-se em três conceitos fundamentais: (i) *ação*; (ii) *norma*; e, (iii) *compreensão do significado* da conjunção destas (= liberdade de ação)⁵⁹.

4.1.1 Ação

O primeiro conceito fundamental, para Vives, é a ação. A principal inovação desse modelo consiste em deixar de considerar a ação como *algo que os homens fazem* para passar a considerá-la como o *significado do que os homens fazem*. Vives define a ação não como substrato suscetível de receber um sentido, e sim como *sentido* que, de acordo com um sistema de normas, pode-se atribuir a determinados comportamentos humanos⁶⁰. A ação, portanto, deixa de ser o *substrato de um sentido*, e passa a ser o *sentido de um substrato*⁶¹. Assim, os fundamentos de uma concepção significativa de ação se encontram na ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado⁶².

Nota-se que a ação deixa de ser um acontecimento desenvolvido no mundo do ser, onde as distinções entre ações humanas e meros acontecimentos físicos são de difícil determinação, e passa a ser um sentido, ou seja, uma expressão simbólica de uma atividade⁶³. Por irrecusável, não se pode qualificar esse sentido como um conceito

⁵⁸ Ibid., p. 33.

⁵⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 254.

⁶⁰ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p.205.

⁶¹ Ibid., p. 205.

⁶² BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 254.

⁶³ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 205: “[...] *los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (esto es, significan); los hechos pueden ser descritos; las acciones han de ser entendidas; los hechos se explican mediante leyes físicas, químicas, biológicas, etc.; las acciones se interpretan mediante reglas gramaticales*”.

ontológico, pois não está fundamentada no *ser* naturalista, nem tampouco pode ser qualificado exclusivamente como axiológico, pois não é situado totalmente no *dever ser*⁶⁴.

E a comunicação ou percepção do significado não provém de uma realidade do sujeito (interna) nem tampouco do objeto (externa), mas da inter-relação entre eles. A comunicação é o resultado da inter-relação entre o sujeito e o objeto que produz uma percepção. A percepção não é algo que possa ser traduzido em uma realidade ou concretizado em algo que é, nem tampouco se traduz meramente em uma valoração. A percepção é, tão somente, um *sentido*⁶⁵.

Sobre essa percepção comenta Fletcher: “perceber a ação é como entender uma linguagem. Entendemos o significado de uma frase pelo contexto em que se usa. Do mesmo modo percebemos por uma ação só entendendo o contexto no qual ela ocorre”⁶⁶. Do mesmo modo Vives, quando assinala que

para que seja possível falar de ação é preciso que os sujeitos tenham a capacidade de formar e expressar intenções; mas, as ações que realizam não dependem das intenções que pretendem expressadas, mas do significado que socialmente se atribua ao que façam⁶⁷.

Em resumo, os principais artífices da concepção significativa de ação estão de acordo de que a *compreensão*, mais do que a *explicação*, é o que importa na teoria da ação⁶⁸. Mais que *definir* o que seja a ação no campo do direito penal, deve-se *interpretar* seu significado⁶⁹.

As ações, por não se tratarem de meros acontecimentos, exigem interpretação. Vale dizer, não basta mais que as ações sejam meramente descritas, é necessário que elas sejam *interpretadas* e *compreendidas*. Enquanto os meros fatos da vida podem ser explicados por regras imutáveis como as leis da física, da química ou da biologia – conquanto ainda nessas ciências o componente da indeterminação já tenha sido identificado –, as ações humanas

⁶⁴ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 254-255.

⁶⁵ Ibid., p. 255.

⁶⁶ FLETCHER, G. P. **Aproximación intersubjetiva al concepto de acción**. Ponencia proferida en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Trad. Francisco Muñoz Conde. Sevilla: 1998, p. 7.

⁶⁷ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 214.

⁶⁸ FLETCHER, G. P. **Basic concepts of criminal law**. New York: Oxford University, 1998, p. 51: “The humanistic approach toward understanding action requires that we abandon the idea of scientific explanation of action as the product of causal forces. The humanistic view stresses the way human beings understand other people to be acting when they do act”.

⁶⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 255-256.

têm a característica diferenciadora de que somente podem ser identificadas, classificadas e interpretadas conforme regras ou normas. Por exemplo, não se pode afirmar que um tapa no rosto seja uma lesão corporal, uma injúria, um cumprimento rude ou até mesmo um ato reflexo sem uma análise das circunstâncias em que ocorre, para verificação de como deve ser interpretado e compreendido referido tapa, até mesmo para a definição de se pode mesmo ser considerado um tapa⁷⁰.

Fletcher⁷¹ propõe reconhecer, antes de qualquer outra coisa, que o *não movimento* pode ter o mesmo significado – de *fazer algo* ou *não fazer nada* – que o *movimento*. Com efeito, do mesmo modo que se pode identificar em uma colisão de um veículo uma ação humana na perda de controle pelo excesso de velocidade, reconhece-se que o condutor *não fez nada* quando a perda de controle foi provocada pelo estouro de um pneu ou por um problema nos freios. Na estrutura de *não movimento*, ocorre o mesmo, pois, no exemplo de Fletcher, existe uma clara diferença entre a pessoa que cala porque não tem nada a dizer e o psiquiatra que usa o silêncio como forma consciente de terapia (ou que escuta em silêncio enquanto o paciente fala)⁷². A diferença consiste em que *no primeiro caso o silêncio é simplesmente um fato, no segundo é uma forma ativa de estruturar o entorno terapêutico. Quando o psiquiatra está em silêncio, está, não obstante, fazendo algo*. O mesmo demonstra Fletcher com seu conhecido exemplo do guarda do Palácio de Buckingham⁷³. Sendo assim, as ações são configuradas de acordo com seu significado social, pelo contexto em que se produzem.

Pode-se dizer, então, que a dimensão de sentido que torna relevante o fato para o Direito penal é justamente a presença de um tipo que corresponda à pretensão normativa representativa de uma ação ou omissão. Se as ações dependem, para a afirmação do seu significado perante o direito penal, de regras ou normas que as definem, pelo que resulta impossível encontrar um conceito único de ação humana que sirva para congregiar tantos diferentes sentidos quanto aqueles que se pretende regular⁷⁴. Não existe um conceito

⁷⁰ Ibid., p. 256.

⁷¹ FLETCHER, G. P. **Aproximación...** Op. cit., p. 6.

⁷² BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 256.

⁷³ FLETCHER, G. P. **Basic...** p. 52: “To understand the implications of intersubjective understanding think about how we know that the motionless guards at Buckingham Palace are in fact acting, that they are not paralyzed but committed to remain motionless. There are numerous cues in the environment that suggest deliberate standing at attention – their uniforms, the group formation, their location in front of the castle, the time of day, the regularity of their behavior. All of these are suggestions that we pick up from the environment of action, from its context”.

⁷⁴ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 257.

geral de ação, mas sim tantos conceitos quantos modelos de condutas relevantes – ou formalmente típicas, para usar a terminologia tradicional – existirem para o Direito penal⁷⁵.

Resumidamente, pode-se dizer que para a concepção significativa da ação, os fatos humanos somente podem ser compreendidos através das normas, ou seja, eles só têm significado, só são reconhecidos, a partir das normas, portanto, temos que identificá-los como tipos de ação. Conceber uma concepção significativa de ação não é nada mais que expressar uma forma de percepção da ação no contexto social das circunstâncias em que se produz⁷⁶.

Com a admissão do significado como reitor do conceito de ação, não se estrutura este a partir da perspectiva subjetiva de uma impressão que se tem da realidade, nem mesmo de um ponto de vista objetivo, do objeto observado, mas mantém como substrato a comunicação que provém da relação sujeito-objeto, quer dizer, da mensagem que comunica a atuação do sujeito ao relacionar-se com as circunstâncias do meio⁷⁷.

Assim, nessa concepção significativa de ação, não é essencial explicar o que se entende por ação, mas apreender a *linguagem do propósito*, ou ainda melhor, *apreender quando as circunstâncias nos permitem dizer que alguém quis golpear outro e não simplesmente dizer que o golpe foi acidental ou que foi dado distraidamente*⁷⁸.

Então, a partir da apreensão das circunstâncias, pode-se aferir a responsabilidade sobre determinada conduta determinada, entrando em jogo um requisito fundamental da conduta: a intencionalidade objetiva, ou seja, a expressão de sentido da vontade⁷⁹.

A ação ou omissão somente pode ser incriminada quando constituir uma manifestação de uma intenção. Sem esse requisito fundamental, não é possível afirmar a existência de ação e, portanto, de tipo de ação. Obviamente, a vontade não é algo que se possa adivinhar ou descrever. Não é um objeto físico, ontológico, corpóreo. A vontade

⁷⁵ Ibid., p. 257.

⁷⁶ Ibid., p. 257-258.

⁷⁷ Ibid., p. 258.

⁷⁸ Ibid., p. 258. Nesse sentido: MUÑOZ CONDE, F.; CHIESA, L. E. A exigência de ação (*act requirement*) como um conceito básico do direito penal. Trad. Paulo César Busato e Rodrigo Jacob Cavagnari. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 1, jan./jun. 2009, p. 16: “Por conseguinte, nós concordamos com a contestação de Fletcher, de que precisamos situar a conduta do autor dentro do contexto particular em que teve lugar, com o fim de compreender o seu significado social e jurídico. Como resultado disso, devemos abandonar a concepção mecanicista da ação – como movimentos corporais – e substituí-la por uma teoria da ação mais humanista, alicerçada no fato que a conduta adquire significado pela razão de ser percebida intersubjetivamente, como por exemplo, um comportamento significativo e relevante, e não pela razão de ser o produto de uma contração muscular causada pela vontade do autor”.

⁷⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal**... Op. cit., p. 258.

é algo que se compreende como expressão de sentido, portanto, a identificação da ação depende de indicadores externos que coincidam com o sentido de uma atuação voluntária. A ação ou omissão, como expressão de vontade, devem ser compreendidas segundo as circunstâncias em que se desenvolvem, segundo valorações que lhes dão sentido como tais⁸⁰.

Daí, observa-se que os resultados obtidos na prática – que objetivam perceber e compreender a existência ou não do tipo de ação como expressão de um sentido de determinado tipo – são mais efetivos que os obtidos pela tentativa de definir a ação através de um conceito⁸¹.

Acentue-se que a perspectiva do significado aproxima grandemente a dimensão científica da dimensão forense, por vezes levando à inevitável conclusão de que desde sempre os processos de imputação buscaram a tradução do justo como expressão de sentido e jamais encontraram nos modelos ontológicos ou normativos de estruturação do sistema punitivo algo que respondesse logicamente a essa aspiração. Pela primeira vez, aproxima-se de uma estrutura que guarda simultaneamente coerência lógica e abriga a dimensão do justo⁸².

⁸⁰ Ibid., p. 258-259.

⁸¹ Ibid., p. 260.

⁸² Ibid., p. 248. No mesmo sentido: “Ao colocar a ação e a linguagem no centro tornam-se certamente efetivas as exigências que a legalidade comporta. Ao contrário, quando a ação é posta em dúvida e se antepõem a ela resultados e imputações, o princípio da legalidade, e ainda a ideia mesma de lei, escapam pela janela. A concepção significativa restitui à lei – e à Constituição como lei suprema – o lugar de honra que lhe corresponde em um sistema democrático. Essa é, obviamente, uma consequência política de primeira magnitude. Assegura-se ao cidadão a garantia da lei em face do poder, das distintas classes de poder [...]. Entender a ação como significado que nasce das regras, derivada do uso dos símbolos, nos distintos jogos de linguagem – e situar, com isso, a linguagem no núcleo do sistema penal – é, ao mesmo tempo, articular um modelo de responsabilidade em que os homens coincidem e que lhes permite a compreensão mútua. Os homens coincidem em uma forma de vida, a forma de vida que faz deles seres humanos iguais. Pressupõe uma comunidade na qual é possível entender, argumentar, convencer e, em suma, tratar o outro como sujeito, e não como objeto. E, desde o momento em que reconheço o outro como pessoa, daí se deriva, como condição necessária, a vinculação de todo o ordenamento jurídico e, especialmente, o conjunto do sistema penal a uma série de direitos inseparáveis da condição humana de que depende a correção de qualquer pretensão de validade normativa. A essa concepção de ação corresponde, pois, uma concepção da norma que se encontra na racionalidade prática e que, como vimos, afasta-se necessariamente, não somente de mandados violentos, mas, também, do mais sutil imperativo sistêmico” (CUERDA ARNAU, M. L. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal. Trad. Rodrigo Jacob Cavagnari. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, jul./dez. 2014).

4.1.2 Norma

O segundo conceito fundamental, para Vives, é a norma. Para ele, as normas jurídicas possuem uma dupla essência: são decisões de poder e, também, são determinações da razão⁸³.

É que, certamente, as normas jurídicas devem ser concebidas como diretrizes de conduta (mandados), mas isso não implica em que tenham que ser consideradas somente meras decisões de poder, alheias à racionalidade prática; pelo contrário, a dimensão diretiva inerente às normas vai acompanhada – em virtude de sua própria gramática – de uma pretensão de validade que cabe julgar no marco de um processo de argumentação racional⁸⁴.

Essa pretensão de validade (ou de legitimidade) não é uma pretensão de verdade, nem pode, em última instância, reduzir-se a ela, porque o delito não é um objeto real e a estrutura do sistema não pode basear-se em estrutura objetiva alguma. A dogmática não é, pois, uma ciência, mas somente uma forma de argumentar sem torno de alguns tópicos, que, em nosso caso, vêm representados por uma ação e por uma norma jurídica e pelo processo em virtude do qual podemos julgar aquela desde esta e desde os valores que a norma jurídica transmite. Assim, chega Vives à seguinte conclusão com relação à questão dos valores que a norma canaliza: tais valores podem ser resumidos certamente em um, que constitui o valor central de todo o ordenamento jurídico, ou seja, a Justiça, mas evidentemente subentendendo que a materialização deste valor central deve satisfazer outros requerimentos, como são “segurança jurídica, liberdade, eficácia, utilidade etc., que não são mais que aspectos parciais da ideia central de Justiça que o ordenamento jurídico pretende instaurar”⁸⁵.

A concepção de Vives se aparta claramente de todas aquelas concepções que outorgam um fundamento único à norma penal, sobre a base de tomar exclusivamente em consideração a norma de determinação para a integração do injusto, prescindindo de todo aspecto valorativo. Ademais, na construção de Vives, a norma penal deve ser entendida como uma norma (objetiva, geral), de determinação no âmbito da antijuridicidade, possuindo um caráter imperativo, ao mesmo tempo deve ser entendido como norma de valoração, desde o momento em que a norma de determinação, concebida como

⁸³ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 391.

⁸⁴ Ibid., p. 390-391.

⁸⁵ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 482; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **A “concepção significativa da ação”...** Op. cit., p. 14-15.

um imperativo, está baseada em valorações e desvalorações, ou seja, em aprovações e desaprovações⁸⁶.

Assim, assinala Ramos Vázquez que, na opinião de Vives, as normas podem (e devem) ter um fundamento ético, de modo que uma norma que não pretenda ser justa não é propriamente uma norma jurídica. Portanto, existe uma pretensão de legitimidade que é interna à norma jurídica (e ao sistema jurídico) e que consiste na pretensão de uma determinada norma se achar fundada racionalmente. Essa pretensão global de justiça das normas penais se articula por meio de pretensões parciais mais concretas, que nos remetem aos diversos estágios da adequada compreensão do objeto de estudo da teoria jurídica do delito⁸⁷.

Ao contrário das propostas tradicionais, entende Vives que a norma pretende ser válida para o caso concreto a partir de uma pretensão de justiça que não pode ser alcançada, senão com base em um processo de argumentação racional. Essa concepção implica a superação de uma racionalidade teórica por uma racionalidade prática, de compreensão em vez de explicação, de contextualização em vez de mera descrição⁸⁸.

Em última instância, Vives nos leva à conclusão de que a norma jurídica pretende ser válida, e não verdadeira. Logo, o resultado prático da aplicação da norma jurídica é a produção de justiça, e não de verdade. Daí, resta superada a pretensão de verdade pela pretensão de justiça, pois esta se realiza por meio de uma justificação procedimental argumentativa, a razão da própria existência da dogmática jurídico-penal⁸⁹.

4.1.3 Liberdade de Ação

O terceiro conceito fundamental, para Vives, é a liberdade de ação. Nessa concepção, a liberdade de ação constitui o ponto de união entre a doutrina da ação e a da norma⁹⁰.

Como aponta Ramos Vázquez, aqui se estabelece a diferença entre as ações que realizamos e as coisas que nos acontecem, entre nossa condição de sujeitos agentes em face

⁸⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A “**concepção significativa da ação**”... Op. cit., p. 16-17.

⁸⁷ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 410-412.

⁸⁸ BUSATO, P. C. **Direito penal**... Op. cit., p. 163-164.

⁸⁹ Ibid., p. 164.

⁹⁰ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos**... Op. cit., p. 334.

da nossa condição de pacientes⁹¹. A análise das normas como algo distinto da investigação das leis da natureza somente tem sentido a partir do pressuposto da liberdade de ação. Isso porque, se os movimentos corporais não se acham inteiramente regidos por leis causais se pode pretender que as ações sejam regidas por normas⁹².

Com isso, Vives oferece uma nova perspectiva para a resolução de um dos problemas modulares da imputação jurídico-penal: o problema da liberdade (o de poder atuar de outro modo). Tradicionalmente, a *exigibilidade de conduta diversa* vinha sendo estudada na categoria da *culpabilidade*, desde a inadequada perspectiva do livre arbítrio (de matriz escolástica). E o debate estéril sobre ela dividia opiniões em torno da sua demonstrabilidade ou indemonstrabilidade⁹³.

Vives, entretanto, parte de um enfoque completamente diferente. Ele parte da premissa de que a liberdade não é fundamento da culpabilidade, e sim pressuposto da própria ação. Desse modo, a liberdade não pode ser afirmada ou negada, porque se trata de ver o mundo de um modo ou de outro. A alternativa apresentada por Vives, segundo Martínez-Buján Pérez, parece clara: ou se concebe o mundo desde a liberdade, ou não se pode concebê-la em absoluto⁹⁴.

Assim, indica Vives que o reconhecimento da liberdade de ação conduz ao entendimento de que o comportamento humano não pode ser inteiramente concebido por leis causais. Então é possível assegurar que o comportamento humano normal é motivado por normas, as quais devem ser interpretadas como ação⁹⁵.

Saliente-se, por oportuno, que não se trata de demonstrar a existência da liberdade frente ao determinismo. Trata-se de explicar que, para que haja sentido falar de ações e para que seja possível reger tais ações mediante normas (que é o que persegue o Direito penal), é imprescindível partir do pressuposto de que o ser humano é livre, ou seja, é capaz de se autodeterminar por razões. Parafraseando Vives: “sem liberdade não há ação, nem razão, nem maneira alguma de se conceber o mundo: ou não há linguagem, nem regras, nem significado, nem ação”.⁹⁶

Como afirma Martínez-Buján Pérez, a proposta de Vives se orienta por meio de um normativismo antropológico, desde o momento em que situa o ser humano como centro do Direito, como sujeito e não como objeto, como pessoa capaz de liberdade e

⁹¹ RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción...** Op. cit., p. 372.

⁹² VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 334.

⁹³ Ibid., p. 332; também: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 57.

⁹⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 57.

⁹⁵ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 334.

⁹⁶ Ibid., p. 320.

não como mero elemento da natureza, como ser racional que participa na vida social e não como componente físico objeto de estudo por leis universais.⁹⁷

A partir dos elementos fundamentais de que parte Vives, pode-se afirmar que o tipo de ação é uma categoria composta por todos os pressupostos da ação que cumpram a função de definir de que classe de ação estamos falando. Ausente uma conduta como expressão de sentido, não é possível identificar um tipo de ação.

O conteúdo da *pretensão de relevância* ou *tipo de ação* (que será explicado nos tópicos seguintes) é concebido desde uma dupla perspectiva: (i) uma *pretensão conceitual de relevância*; e, (ii) uma *pretensão de ofensividade*. Essas duas categorias serão examinadas nos tópicos seguintes.

4.2 PRETENSÃO CONCEITUAL DE RELEVÂNCIA

A *pretensão conceitual de relevância* supõe uma correta compreensão da formulação linguística com que se define o tipo de ação na lei⁹⁸. Refere-se à comprovação de que uma determinada conduta corresponde a um tipo, sendo, portanto, relevante para o Direito penal. Isso acontece quando se identifica na conduta um *sentido* correspondente àquele que é descrito por uma norma incriminadora, como o roubo, o furto, o homicídio etc⁹⁹.

Assim, o que se estuda aqui é a conjugação da previsão legal (tipicidade formal) e as modalidades de conduta (ação e omissão), além da relação da ação com o resultado e os elementos de união entre um e outro, sejam ontológicos (nexo causal) ou axiológicos (critérios de imputação objetiva).

Tudo isso representa a expressão sistemática do princípio da legalidade. Evidentemente, trata-se de uma correspondência de que a situação concretamente analisada seja uma ação ou omissão que transmite o sentido correspondente à descrição de um tipo.

A maior parte das funções que a doutrina¹⁰⁰ tradicionalmente atribui à tipicidade formal, de regra, são atendidas pela pretensão conceitual de relevância¹⁰¹. Ela efetivamente

⁹⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 59.

⁹⁸ Ibid., p. 239 e também: ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio de derecho penal: parte general**. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016, p. 230.

⁹⁹ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 230.

¹⁰⁰ ROXIN, C. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. 4. ed. München: Beck, 2006, p. 280, § 10, rn. 1; MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal: parte general**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002, p. 254. DIAS, J. de F. **Direito penal: parte geral**. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004, p. 268-269.

¹⁰¹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 299.

atende à função político-criminal, ou de garantias, já que representa a expressão do princípio de legalidade, porquanto limita o âmbito do punível ao indicar o que, exatamente, pode ser objeto da imputação¹⁰².

Atende ainda à função motivadora, de suscitar as pessoas ao atendimento das normas de convivência, uma vez que a dimensão de determinação da norma nela se expressa. Por outro lado, é necessário reconhecer, obrigatoriamente, os limites da norma como determinação, pois não se pode pretender obter resultados efetivos de condicionamento social pela via da imposição normativa¹⁰³.

A função indiciária também se encontra presente. O tipo formal indica, *prima facie*, uma conduta antijurídica. Porém, segundo a distribuição das categorias do delito aqui preconizada, a limitação da tipicidade não se dá unicamente pelas causas de justificação. A limitação da indicação de antijuridicidade do tipo formal é dupla: pela pretensão de ofensividade, ainda no tipo de ação, e pela pretensão de ilicitude, na etapa seguinte da imputação. Apenas a função selecionadora, ou sistemática, é que deve ser tratada no campo da pretensão de ofensividade, ainda que dentro da primeira categoria do delito, já que as questões a respeito de seleção de bens jurídicos pertencem àquela subcategoria, que atende às dimensões materiais da pretensão geral de relevância¹⁰⁴.

Na opinião de Vives, a categoria do tipo restou demasiadamente sobrecarregada nos últimos tempos. A doutrina em geral trata de discutir já no campo da tipicidade todos os aspectos valorativos e subjetivos (que em certa medida também são valorativos) no campo do tipo¹⁰⁵.

É de regra dividir os elementos que compõem o tipo entre elementos objetivos, que podem ser descritivos ou normativos, e elementos subjetivos, que podem ser apenas o dolo ou a imprudência, ou, ainda, serem somados (especialmente o dolo) a outros elementos subjetivos do tipo, que consistem em especiais fins de agir¹⁰⁶.

Adotada aqui a postura proposta por Vives, assume-se que não parece correto ou adequado edificar um sistema sobre uma categoria básica multiforme e sobrecarregada¹⁰⁷.

¹⁰² Ibid., p. 299.

¹⁰³ Ibid., p. 299-300.

¹⁰⁴ Ibid., p. 300; também: ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 247-248.

¹⁰⁵ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 300; MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 238-239.

¹⁰⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 300.

¹⁰⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 239.

Isso fica plenamente evidente especialmente com as tendências modernas de concepção de tipo de injusto, onde a categoria fundamental tipo se encarrega, simultaneamente, de delinear, de modo descritivo, o âmbito daquilo que é penalmente relevante, no que consiste a lesividade do ato ou a contrariedade ao dever de atuação e ainda compreender a intenção como móvel de atuação, ainda que repartida esta última tarefa, para um subcampo de tipo subjetivo, cuja separação em face do campo objetivo é, por vezes, não demasiadamente clara¹⁰⁸.

Assim, opta-se aqui por separar os aspectos de cunho valorativo em face da pretensão descritiva de relevância. Como bem refere Martínez-Buján Pérez¹⁰⁹, no tipo de ação, como expressão descritiva de classes de ação, somente é possível incluir os pressupostos que sirvam para identificar *de que ação* estamos falando. Assim, nesse campo não serão incluídos dolo ou culpa necessariamente, pois tais elementos subjetivos clássicos do tipo como *a intenção (e menos ainda os motivos, tendências ou fins subjetivos do autor), dado que há classes de ações que (como, por exemplo, matar ou lesionar) podem ser realizadas com intenção ou sem ela*. Daí, enfim, que a intenção subjetiva não possa pertencer ao tipo de ação. Dolo ou imprudência serão discutidos no campo valorativo da pretensão da ilicitude¹¹⁰.

O mesmo não se dá com os chamados *especiais fins de agir*, porque, ao contrário do dolo, estes não são definidos por meio de uma valoração e, na verdade, compõem descritivamente a identidade da classe de ação a que nos referimos. Ademais, como se trata de uma pretensão *conceitual* de relevância, é forçoso admitir que quando presente algum especial fim de agir, ele consta expressamente do *conceito*. Basta ver, por exemplo, que não é possível identificar que se trata de um furto, segundo a previsão do art. 155 do Código Penal brasileiro, sem o ânimo de assenhoreamento definitivo descrito pela expressão para si ou para outrem. Essa expressão deve compor, assim como todo e qualquer elemento subjetivo diverso do dolo e da imprudência, a parte descritiva do tipo, o tipo formal, a *pretensão conceitual de relevância*¹¹¹. Do mesmo modo, no campo dessa pretensão conceitual, estarão os chamados pela doutrina tradicional de *elementos objetivos do tipo*, sejam eles normativos ou objetivos. É que todos eles servem à descrição de que classe de ação estamos falando¹¹². Ademais, aqui a pretensão se resume a analisar que tipo de

¹⁰⁸ BUSATO, P. C. **Direito penal**... Op. cit., p. 300.

¹⁰⁹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico**... Op. cit., p. 239.

¹¹⁰ Ibid., p. 239.

¹¹¹ BUSATO, P. C. **Direito penal**... Op. cit., p. 301.

¹¹² ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio**... Op. cit., p. 241.

complemento pode oferecer a teoria da imputação objetiva para o desenvolvimento da análise do tipo de ação¹¹³.

Desde um ponto de vista da filosofia da linguagem, a estruturação da imputação, como de todos os aspectos da teoria do delito, deve processar-se através da identificação de um significado. Não é diferente com o reconhecimento dos critérios objetivos da aferição da tipicidade¹¹⁴.

Ora, há que se reconhecer que nem toda a relação de causa e efeito pode ou deve ser considerada relevante a ponto de identificar um tipo de ação. É necessário, portanto, estabelecer quais critérios objetivos axiológicos podem complementar a relação de causalidade, limitando-a, para permitir a afirmação do tipo de ação¹¹⁵.

Os critérios de imputação objetiva aqui adotados como válidos para a afirmação do tipo de ação são: (i) a criação ou incremento de um risco a ponto ultrapassar os limites do que se pode tolerar, ou seja, do risco permitido; e, (ii) a realização, no resultado, do risco previamente criado¹¹⁶.

Vale dizer: para a afirmação da pretensão nominal de relevância (tipicidade formal), é necessário que haja o sentido de um tipo de ação; que essa ação corresponda a um resultado; que unindo ação e resultado estejam presentes a relação de causalidade; e a afirmação de que a ação transmitiu o sentido de criação de um risco a um bem jurídico e que esse risco foi justamente aquele que se plasmou no resultado¹¹⁷.

4.3 PRETENSÃO DE OFENSIVIDADE

A *pretensão de ofensividade* diz respeito à comprovação de que um bem jurídico digno de proteção penal foi atacado de modo grave o suficiente para determinar a intervenção do Direito penal. Parece óbvio que não se pode justificar político-criminalmente a aplicação de um castigo simplesmente pela violação de uma regra jurídica. É sempre necessária a demonstração da ofensividade¹¹⁸.

¹¹³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 273-281.

¹¹⁴ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 237-238.

¹¹⁵ Ibid., p. 270-271.

¹¹⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 321.

¹¹⁷ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 270.

¹¹⁸ Ibid., p. 248.

Estudam-se na pretensão de ofensividade as questões derivadas do bem jurídico, que são correspondentes à dimensão material do tipo ou da antijuridicidade. Há divisão doutrinária sobre onde situar – se na antijuridicidade ou na tipicidade – a dimensão material de provocação de um dano ou de um perigo a um bem jurídico, com a consequência de que o tema é classicamente tratado como tipicidade material ou antijuridicidade material¹¹⁹.

No sistema aqui adotado, a pretensão de ofensividade compõe o tipo de ação, de modo que se pode falar claramente que a falta de violação de um bem jurídico torna o fato penalmente irrelevante, por falta de pretensão de ofensividade, de modo que, caso ausente a violação de um bem jurídico, não existe um tipo de ação ou omissão¹²⁰.

Não se desconhece a profunda discussão reinante na doutrina sobre o bem jurídico, porém, aqui, essa discussão não tem espaço. Acentue-se, aqui, que Vives Antón descarta uma concepção substancial de bem jurídico, uma vez que, ao considerá-lo como o primeiro tópico da argumentação em torno da validade da norma, concebe-o de modo *procedimental*.¹²¹ Segundo a proposta de Vives Antón, também defendida por Cuerda Arnau¹²², Martínez-Buján Pérez¹²³, Orts Berenguer e González Cussac¹²⁴, partindo-se de uma perspectiva *procedimental*, o bem jurídico constitui um elemento fundamental, que dota de conteúdo o tipo de ação, fazendo com que se possa pretender afirmar a ofensividade do fato em face do conjunto normativo. Em suma: o bem jurídico é tratado com um conjunto de motivos justificadores para a imposição racional de uma privação de liberdade.

Para a relevância de um tipo de ação não basta sua correspondência descritiva a um modelo. É necessário, ainda, que a ação guarde uma dimensão material e não só

¹¹⁹ Ibid., p. 247-248.

¹²⁰ Ibid., p. 250.

¹²¹ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A “**concepção significativa da ação**”... Op. cit., p. 41.

¹²² VIVES ANTÓN, T. S.; CUERDA ARNAU, M. L. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal”. In: MAQUEDA ABREU, M. L.; MARTÍN LORENZO, M.; VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.). **Derecho penal para un estado social y democrático de derecho**: estudios penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieto. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016, p. 366: “Por ello, se ha propuesto una concepción procedimental del bien jurídico. Lo característico de esa concepción, ‘no es que acepte, sin más, como bienes jurídicos dignos de protección los que el legislador, por el procedimiento democrático, tenga a bien escoger; sino que concibe el bien jurídico, no en términos de objeto, sino en términos de justificación. Hablar del bien jurídico como un algo, como un objeto ideal, no es desde esta perspectiva sino apuntar a las razones que pueden justificar inmediatamente el delito y la pena. Así concebido, el bien jurídico no es sino un momento del proceso de justificación racional de la limitación de la libertad’”.

¹²³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico**... Op. cit., p. 151-158.

¹²⁴ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio**... Op. cit., p. 251.

conceitual de relevância. Isto é, para que se possa falar de um tipo de ação ou de um tipo de omissão ou que a situação fática analisada é uma daquelas das quais deve ocupar-se o Direito penal, é necessário não só que haja uma correspondência descritiva entre o fato e a norma, mas também uma relevância, uma lesividade que justifique a intervenção do sistema criminal¹²⁵.

Somente assim é possível falar em tipo de ação. Isso deriva da própria concepção aqui assumida a respeito da norma. A norma pretende ser reconhecida como relevante. Para tanto, sua expressão deve contemplar, por um lado, uma pretensão conceitual de relevância e, por outro, uma pretensão de ofensividade que expressa um ataque intolerável a um bem jurídico essencial, pois esse é o nível de relevância exigido para que o Direito penal possa ocupar-se do caso¹²⁶.

Assim, a afirmação da pretensão de relevância se encontra vinculada à concorrência de um tipo de ação que possui uma dimensão, digamos, formal (pretensão conceitual de relevância ou tipicidade formal), e outra material (antijuridicidade ou tipicidade material – violação de um bem jurídico). É uma pretensão que tem por objeto afirmar que a ação realizada é uma das que interessam ao Direito penal¹²⁷.

Importa destacar que ainda se está falando do tipo de ação. A pretensão de ofensividade é uma dimensão material da pretensão de relevância, ou seja, faz parte do tipo de ação, dotando-o de conteúdo relativo ao bem jurídico. Dessa forma, a teoria que aqui se apresenta, por um lado, admite a necessidade de inclusão da discussão sobre o bem jurídico na teoria do delito, e oferece-lhe, ademais, um *locus* que é situado dentro da categoria de base sobre a qual se organiza o sistema: o tipo de ação¹²⁸.

A expressão de sentido de uma ação há de relacionar-se com um resultado desvalioso, estando ambos expressos em um tipo penal¹²⁹.

A pretensão de relevância (tipo de ação) se completa com a afirmação axiológica de um conteúdo de ofensividade que transcende o mero catálogo penal, mas que se expressa na relevância material da ação perpetrada. Essa pretensão, chamada por Vives de *pretensão de ofensividade*, tem lugar justamente porque o autor subscreve a ideia

¹²⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 239.

¹²⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 329-330.

¹²⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 239.

¹²⁸ Ibid., p. 241.

¹²⁹ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 330.

de que *relevantes para o Direito penal são somente as ações que lesionam ou põem em perigo bens juridicamente protegidos*. Noutras palavras, a conduta há de afligir o interesse protegido pela norma de modo suficiente a justificar a intervenção penal. É necessário que o tipo de ação de que se trata seja ofensivo o suficiente para determinar a necessidade de emprego do aparato punitivo¹³⁰.

Note-se que a postura aqui adotada ajusta-se aos modelos de teoria do delito que superam a ideia de um tipo anódino, simplesmente correspondente à lógica silogística, para adotar uma dimensão material em que se exige a ofensa a um bem jurídico para a sua configuração, com o resultado integrado ao tipo de ação¹³¹. Daí existir uma relação de dependência entre pretensão de ofensividade e o bem jurídico.

Hoje em dia é nota distintiva do perfil de teoria do delito adotada a apresentação dos fundamentos que justificam materialmente o tipo (no caso, o tipo de ação ou omissão). A partir daí, se a escolha recai – como é o caso – sobre o bem jurídico como critério de referência a respeito e tal dimensão material, é preciso definir como ele se justifica, dada a imprecisão do seu conceito e a ausência de demonstração de efetividade do Direito penal para veicular sua promoção¹³².

O ingresso da *pretensão de ofensividade* como uma subcategoria da pretensão do *tipo de ação* (= pretensão de relevância) produz efeitos dogmáticos de recortes importantes. Sendo o conteúdo dessa categoria vinculado ao bem jurídico, esse cumpre três funções: dogmática, sistemática e interpretativa¹³³.

A função dogmática aparece porque a transgressão da norma se explica como lesão ou colocação em perigo de bens jurídicos tutelados pela lei¹³⁴.

A função sistemática se traduz no uso do bem jurídico por referência, a partir do que se estabelecem hierarquias entre as infrações individualmente descritas na parte especial. Além disso, o princípio de proporcionalidade, em seu aspecto interno do sistema normativo, reflete no âmbito das sanções, exigindo que os delitos de perigo sejam apenados menos gravemente que os de lesão segundo se trate do mesmo bem jurídico, bem assim, que os bens jurídicos fundamentais como a vida sejam proporcionalmente apenados

¹³⁰ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico...** Op. cit., p. 241.

¹³¹ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 254.

¹³² Ibid., p. 249-250.

¹³³ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 369.

¹³⁴ Ibid., p. 369.

mais gravemente que os bens jurídicos cuja importância não é tão acentuada. Ainda, a pretensão de ofensividade da norma incluída no tipo de ação é a realizadora da concreção do princípio de intervenção mínima, na medida em que só se admite como tipo de ação a conduta que lesione ou ponha em perigo de modo grave bens jurídicos essenciais para o desenvolvimento da vítima na sociedade¹³⁵.

A função interpretativa se revela na ideia de que, sendo o bem jurídico a base sobre a qual se estrutura o tipo penal, somente a partir dele se pode iniciar o trabalho de interpretação. A tarefa da hermenêutica jurídico-penal moderna é reinterpretar as categorias dogmáticas segundo o leme político-criminal. Assim, a adequada compreensão da norma deve ter como elemento referencial o ponto que sintetiza os objetivos do Direito Penal, ou seja, a proteção de bens jurídicos. Assinale-se que no âmbito da função interpretativa, o conceito de bem jurídico não se confunde com a mera intenção do legislador, e sim representa um pressuposto de validade e legitimidade normativa¹³⁶.

Como se nota, na estruturação da fórmula do *tipo de ação* proposta por Vives, o bem jurídico encontra definitivamente um *locus* na estrutura do sistema de imputação, traduzindo, de modo claro, um acréscimo de conteúdo material para o primeiro filtro de validade da norma.

CONCLUSÃO

Resta claro, portanto, que a evolução e aprimoramento do sistema de imputação deve direcionar-se sempre no sentido da afirmação das liberdades individuais e, para tanto, aproximar-se o máximo possível de uma almejada justiça.

No afã de lograr essa aproximação, compete aos que se dedicam ao estudo do Direito penal, debruçar-se mais sobre o pensamento filosófico em busca de linhas de trabalho que permitam o incremento da dimensão material do conteúdo das categorias técnico-jurídicas. Isto resta amplamente demonstrado pelo esforço de pesquisadores como Vives Antón e como Cláudio Brandão. Profundos estudiosos da filosofia, desde perspectivas completamente diferentes, logram empurrar adiante o desenvolvimento teórico no campo penal, valendo-se da mais refinada fonte do pensamento humano para contribuir ao aprimoramento de nosso campo de estudos.

¹³⁵ ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio...** Op. cit., p. 250-251.

¹³⁶ Ibid., p. 253.

Só assim se pode lograr o rompimento do casulo hermético em que se enclausurou a dogmática jurídico-penal e torná-la, cada vez mais, permeável à realidade social, aproximando o resultado do debate forense da compreensão dos destinatários da prestação jurisdicional. Esta é a principal missão dos operadores do direito, pois, como dizia Georges Ripert, “se o direito não ouve a sociedade, a sociedade se vinga, ignorando o direito”.

Portanto, deve orgulhar-se o cenário jurídico-penal brasileiro, de contar com tão brilhante e precoce jurista, que tanto ofereceu quanto ainda há de oferecer ao aprimoramento de um Direito penal melhor, enquanto não se cumpra o vaticínio de Radbruch e este logre, pela evolução da humanidade, ser substituído por algo mais justo do que ele.

REFERÊNCIAS

- ALCUINO DE YORK. Pippini regalis et nobilissimi juvenis disputatio cum albino scholastico. In: FROBENIUS, F. **Patrologia Latina**. Paris: Sirou, 1863. p. 975-980. v. 101.
- BELING, E. von. **La doctrina del delito-tipo**. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: Depalma, 1944.
- _____. **Esquema de derecho penal**: la doctrina del delito-tipo. Trad. de Sebastián Soler. Buenos Aires: El Foro, 2002.
- BLANSHARD, B. En defensa del determinismo. In: HOOK, S. (Ed.). **Determinismo y libertad**. Barcelona: Fontanella, 1969. p. 15-31.
- BRANDÃO, C. **Tipicidade penal**: dos elementos da dogmática ao giro conceitual do método entimemático. Coimbra: Almedina, 2012.
- BUSATO, P. C. **Direito penal**, parte geral. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2017.
- BUSTOS RAMÍREZ, J. **Manual de derecho penal español**: parte general. Barcelona: Ariel, 1984.
- CUERDA ARNAU, M. L. Dogmática, direitos fundamentais e justiça penal. Trad. Rodrigo Jacob Cavagnari. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 6, n. 11, p. 43-72, jul./dez. 2014.
- DIAS, J. de F. **Direito penal**: parte geral. Tomo I. Coimbra: Coimbra, 2004.
- DEMETRIO CRESPO, E. Libertad de voluntad, investigación sobre el cerebro y responsabilidad penal: aproximación a los fundamentos del moderno debate sobre neurociencias y derecho penal. **InDret**, Barcelona, v. 12, n. 2, p. 1-38, abr. 2011. Disponível em: <<http://www.indret.com/pdf/807.pdf>>. Acesso em: 11 jul. 2017.
- DOHNA, A. G. zu. **La estructura de la teoría del delito**. Trad. de Carlos Fontán Balestra e Eduardo Friker. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1958.
- FLETCHER, G. P. **Basic concepts of criminal law**. New York: Oxford University, 1998.
- _____. **Aproximación intersubjetiva al concepto de acción**. Ponencia proferida en la Universidad Pablo de Olavide, Sevilla, España. Trad. Francisco Muñoz Conde. Sevilla, 1998.
- GALLAS, W. **La teoría del delito en su momento actual**. Trad. Juan Córdoba Roda. Barcelona: Bosch, 1959.
- HEISENBERG, W. Über den anschaulichen Inhalt der quantentheoretischen Kinematik und Mechanik. **Zeitschrift für Physik**, Berlin, v. 43, n. 3-4, p. 172-198, März. 1927.
- JIMÉNEZ DE ASÚA, L. **Tratado de Derecho penal**. Tomo III. 3. ed. Buenos Aires: Losada, 1965.
- LIBET, B. Do we have free will? **Journal of Consciousness Studies**, Exeter, v. 6, n. 8-9, p. 47-57, Aug. 1999.
- LIFSCHITZ, S. P. **Los elementos subjetivos del tipo legal**. Montevideo; Buenos Aires: B. de F., 2008.
- LUISI, L. **O tipo penal, a teoria finalista e a nova legislação penal**. Porto Alegre: Fabris, 1987.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. A **“concepção significativa da ação” de T. S. Vives e sua correspondência sistemática com as concepções teleológico-funcionais do delito**. Trad. Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

MAURACH, R. **Derecho penal**: parte general. Trad. Jorge Bofill Genzsck y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MESTIERI, J. **Manual de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002. v. 1.

MEZGER, E. **Tratado de derecho penal**. Trad. José Arturo Rodríguez Muñoz. Tomo I. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1955.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M.; CHIESA, L. E. A exigência de ação (act requirement) como um conceito básico do direito penal. Trad. Paulo César Busato e Rodrigo Jacob Cavagnari. **Justiça e Sistema Criminal**, Curitiba, v. 1, n. 1, p. 3-21, jan./jun. 2009.

ORTS BERENGUER, E.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. **Compendio de derecho penal**: parte general. 6. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008.

RODRÍGUEZ MOURULLO, G. **La omisión de socorro en el Código Penal**. Madrid: Tecnos, 1966

ROXIN, C. **Strafrecht, Allgemeiner Teil**. Band I. 4. ed. München: Beck, 2006.

_____. **Política criminal e sistema jurídico-penal**. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

SCHRÖDINGEN, E. Die Gegenwärtige Situation in der Quantenmechanik. **Die Naturwissenschaften**, Berlin, v. 23, n. 48, p. 807-812, Nov. 1935.

SILVEIRA, R. de M. J. **Fundamentos da adequação social em direito penal**. São Paulo: Quartier Latin, 2010.

TEGMARK, M. The interpretation of quantum mechanics: many worlds or many words? **Fortschritte der Physik**, Berlin, v. 46, n. 6-8, p. 855-862, Aug. 1997.

VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.

VIVES ANTÓN, T. S.; CUERDA ARNAU, M. L. Estado autoritario y adelantamiento de la “línea de defensa penal”. In: MAQUEDA ABREU, M. L.; MARTÍN LORENZO, M.; VENTURA PÜSCHEL, A. (Coord.). **Derecho penal para un estado social y democrático de derecho**: estudos penales en homenaje al profesor Emilio Octavio de Toledo y Ubieta. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2016. p. 365-381.

WEBER, H. von. **Lineamientos del Derecho penal alemán**. Trad. Eugenio Raúl Zaffaroni. Buenos Aires: Ediar, 2008.

WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. 4. ed. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. Santiago: Jurídica de Chile, 1997.

_____. **O novo sistema jurídico penal**: uma introdução à doutrina da ação finalista. Trad. Luis Régis Prado (da versão espanhola de Cerezo Mir). São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

DIREITO PENAL E DISCURSO DE ÓDIO

CRIMINAL LAW AND HATE SPEECH

Jacson Zilio¹

RESUMO

Este artigo trata de analisar a relação entre direito penal e liberdade de expressão. Num primeiro momento, o trabalho descreve o modelo de prevaecimento da liberdade de expressão (que não restringe os discursos de ódio) e o modelo de limitações (que aceitam inclusive as criminalizações de discursos de ódio). Por fim, no âmbito do direito penal mínimo típico do Estado Democrático de Direito, ambos modelos são questionados à luz da teoria da ação, do bem jurídico e da finalidade preventiva da pena.

Palavras-chave: Direito Penal. Discurso de Ódio. Liberdade de Expressão. Ação. Punição.

ABSTRACT

This article debates the analysis of the relation between criminal law and freedom of speech. At first, the article describes the prevailing freedom of speech model (which doesn't curtail hate speeches) and the limitation model (that accepts hate speech criminalization). Finally, in a Democratic and Constitutional State's Criminal Law ambit of minimal criminalization, both models are questioned in sight of the action theory, the harm principle and the punishment's preventive purpose.

Keywords: Criminal Law. Hate Speech. Freedom of Speech. Action. Punishment.

1 Doutor em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Pablo de Olavide, Sevilha/Espanha. Professor de Direito Penal e Criminologia da Universidade Federal do Paraná e do Instituto de Criminologia e Política Criminal (ICPC). Investigador do Grupo de Pesquisas "Modernas Tendências do Sistema Penal" (Centro Universitário Franciscano do Paraná/FAE Centro Universitário). Coordenador Regional do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) no Estado do Paraná. Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. E-mail: jacsonzilio@me.com

INTRODUÇÃO

As publicações de charges de Maomé em jornais dinamarquês (*Jyllands-Posten*) e francês (*Charlie Hebdo*) e as respostas recrudescedoras do fundamentalismo religioso reacenderam antigas discussões sobre os limites à liberdade de expressão em países democráticos.²

Então, nesse tema, pode-se separar duas correntes de pensamento: um lado aparentemente mais liberal, capitaneado pelos Estados Unidos, sustenta uma progressiva extensão e prevalência da liberdade de expressão sobre outros direitos constitucionais, o que permite tolerar qualquer manifestação de ódio; um outro lado, mediante fórmulas de equilíbrio entre princípios constitucionais colidentes, aceita algumas limitações excepcionais ao exercício da liberdade de expressão, especialmente em manifestações de ódio voltadas contra algumas minorias (judeus, negros etc.).

Essas manifestações de ódio, desprezo ou intolerância contra certos grupos minoritários, quando motivadas por preconceito ligados à etnia, à religião, ao gênero, à deficiência física ou mental e à orientação sexual, não se limitam apenas aos aspectos jurídicos de raiz constitucional, que quase sempre são solucionados por ponderações de interesses ou critérios de proporcionalidade.

Antes de tudo, o tema trata de um *problema eminentemente penal*, seja porque se relaciona diretamente com delitos de ações cometidos por palavras, seja porque se costuma responder a eles por meio de penas criminais, é dizer, com coerção estatal não reparadora e nem suspensiva-administrativa de um processo lesivo em curso. Por exemplo:

1. No caso *Ellwanger*, analisado pelo STF no HC 82.424/RS, de relatoria do Ministro Maurício Corrêa, o autor de um livro considerado antissemita foi condenado pela prática de crime de racismo (art. 20 da Lei n. 7.716/1989).³

2. Noutro caso, *Inquérito 3932 e Petição 5243*, o STF acolheu denúncia promovida pelo Ministério Público e queixa-crime promovida pela deputada federal Maria do Rosário (PT-RS), para submeter o também deputado federal Jair Bolsonaro (PSC-RJ) a processo penal por incitação ao crime de estupro e crime de injúria, quando teria dito, em dezembro de

² A reação mais violenta deu-se com a publicação do romance de Salman Rushdie, *Os versículos Satânicos*, de 1988, queimados em alguns países sob alegação de ser um insulto à religião muçumana e ao seu profeta. O tradutor japonês foi morto. Confira-se, sobre isso, WARBURTON, N. **Liberdade de expressão**: uma breve introdução. Trad. de Vitor Guerreiro, Lisboa: Gravita, 2015, p. 27. Recentemente, com a entrada do livro de Adolf Hitler, *Mein Kampf*, em domínio público, reacenderam-se as discussões sobre os limites do direito de liberdade de expressão.

³ Sobre o caso de *Siegfried Ellwanger*, de forma exaustiva, confira-se REALE JR., M. Limites à liberdade de expressão. **RBCCrim.**, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 61-91, 2010.

2014, durante discurso no Plenário da Câmara dos Deputados, que a referida deputada “não merecia ser estuprada” pois seria “muito feia”.

3. Também na AC 4158, o STF não trancou, liminarmente, o processo penal pelo qual responde um padre que teria escrito um livro contendo afirmações discriminatórias à religião espírita e às religiões de matriz africana, como a umbanda e o candomblé. Depois, no julgamento de mérito do RHC 134.682, de relatoria do Ministro Edson Fachin, por maioria, trancou a ação penal. A PGR, contudo, havia se manifestado pelo desprovemento do recurso, sob alegação de que o direito fundamental à liberdade de crença não é absoluto.

4. No Paraná, um jogo de computador no qual escravos apareciam açoitados caso não trabalhassem, criado por um mestrando e apresentado como material didático em uma aula para alunos de história da UFPR, gerou discussões acerca da prática ou não do crime de racismo, art. 20 da Lei 7.716/1989. O *game* exibia o trabalho no engenho do século XVII e permitia que escravos fossem açoitados (*Procedimento Investigatório do MPPR – Peças de Informação n. 0029644-06.2015.8.16.003*).⁴

Esses casos parecem suficientes para que, além das discussões tradicionais sobre os limites à liberdade de expressão, outros aspectos tipicamente penais – ação, bem jurídico-penal e função da pena criminal – sejam enfrentados no tratamento dos delitos constituídos por discursos de ódio.

1 A PREVALÊNCIA DO DIREITO DE LIBERDADE DE EXPRESSÃO NA JURISPRUDÊNCIA AMERICANA

Como dito antes, a jurisprudência nos Estados Unidos firmou-se no sentido da prevalência do direito de liberdade de expressão sobre os demais direitos constitucionais. Nessa linha, o maior peso dado à liberdade de expressão permite não apenas afastar qualquer tentativa de criminalização de discursos de ódio, mas também considerar válidas leis que vulneram direitos de privacidade: por exemplo, a jurisprudência da Suprema Corte decidiu que somente excepcionalmente autoridades públicas atingidas nas suas reputações por afirmações falsas podem obter indenizações (*New York Times vs. Sullivan*), que a imprensa tem o direito de divulgar o nome de vítimas de estupro (*Landmark*

⁴ O caso penal foi arquivado na Sexta Vara Criminal de Curitiba porque, segundo o Promotor de Justiça, “a conduta não se constitui em fato típico e, conseqüentemente, em fato punível, à luz da legislação penal, já que não estão presentes todos os seus elementos, pois o crime de racismo exige que a *intenção do agente* (vontade direcionada a um fim) seja de praticar, induzir ou incitar o preconceito e/ou a discriminação de forma abrangente”.

Communications Inc. vs. Virginia) e também pode publicar o conteúdo de conversas telefônicas de particulares gravadas ilicitamente (*Bartinicki vs. Vopper*).

Em tema de manifestações expressas de intolerância e ódio, embora o primeiro caso discutido na Suprema Corte mantivesse a condenação criminal de um indivíduo que distribuíra panfletos racistas (*Beauharnais vs. People of the State of Illinois*), os julgamentos posteriores assentaram-se na permissibilidade de ideias racistas em virtude da liberdade de expressão (*Brandenburg vs. Ohio*, *Skokie vs. Nationalist Party of America*, *Snyder vs. Phelps et al* e *Collin vs. Smith*).

Assim, a Suprema Corte americana parte do dever de neutralidade do Estado em relação aos diversos pontos de vistas existentes na sociedade, que permitiria manifestações racistas, salvo nos casos de *fighting words*, isto é, de manifestações que possam provocar imediata reação violenta da audiência, porque aí se trataria de garantia da ordem e paz públicas (*Chaplinsky vs. New Hampshire*). Essa forma de virulenta intimidação de pessoa ou grupo era o que teria ocorrido nos casos de queima de cruzes (*R.A.V. vs. City of St. Paul* e *Virginia vs. Black et al*).

2 AS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DECORRÊNCIA DAS DIMENSÕES DO PRINCÍPIO DE PROPORCIONALIDADE

Os que advogam pelo estabelecimento de limitações à liberdade de expressão recorrem às dimensões de idoneidade (*Erforderlichkeit*), necessidade (*Geeignetheit*) e exigibilidade (*Zumutbarkeit*) que regem, como critérios, o princípio de proporcionalidade. Assim é porque o princípio de proporcionalidade encontra fundamentação na própria ideia de Estado constitucional e, essencialmente, na ideia de direitos fundamentais.⁵

Estes direitos fundamentais, contudo, podem ser limitados nos casos de adequação e necessidade de proteção de outros direitos fundamentais, sempre que exista uma proporcionalidade em sentido estrito: ponderar bens jurídicos no marco da Constituição a partir de graus de intensidade de ataque, porque nem toda limitação idônea e necessária é aceitável dentro do Estado de Direito. Nesse sentido, o princípio da proporcionalidade cumpriria funções como princípio valorativo, como princípio ponderativo e, por último, como princípio de justiça.⁶

⁵ SCHWABE, J. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán**. Trad. de Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. México, DF: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

⁶ GONZALES-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990, p. 225-227.

Esse foi o fundamento utilizado, por exemplo, pela Suprema Corte canadense no caso *Regina vs. Kegstra*, quando optou por manter a condenação de um professor que defendia doutrinas antissemitas. A metodologia consistia exatamente em analisar a idoneidade, necessidade e ponderação de interesses (o cotejamento entre a liberdade de expressão e os efeitos negativos dela na vida das vítimas e da sociedade).⁷

Algo não muito diferente fez o Ministro Gilmar Mendes, no citado caso *Ellwanger*, quando destacou que a condenação era constitucional porque adequada para salvaguarda de uma sociedade pluralista, onde reina a tolerância, necessária em razão da inexistência de outro meio menos gravoso para atingimento do mesmo objetivo e proporcional em sentido estrito em virtude de que buscava a “preservação dos valores inerentes a uma sociedade pluralista”, em que o valor da “dignidade humana” compensava o “ônus imposto à liberdade de expressão”. Ademais, ser indiferente às manifestações de ódio, intolerância e desprezo de minorias violaria também o princípio da proporcionalidade no componente da proibição de proteção insuficiente (*Untermaßverbot*).⁸

3 AS LIMITAÇÕES À LIBERDADE DE EXPRESSÃO COMO DECORRÊNCIA DA NECESSIDADE DE PONDERAÇÃO DE INTERESSES

Outra busca de limitações à liberdade de expressão é obtida pela ponderação de interesses entre o direito de liberdade de expressão e os direitos de igualdade e dignidade. Assim fez, por exemplo, o STF no julgamento do caso *Ellwanger*, quando afirmou que a liberdade de expressão não conflitava com uma condenação pela prática do racismo, baseada na divulgação de escritos de ódio. Lá se lê, nos itens 13 e 14 da Ementa do Acórdão, o seguinte:

13. Liberdade de expressão. Garantia constitucional que não se tem como absoluta. Limites morais e jurídicos. O direito à livre expressão não pode abrigar, em sua abrangência, manifestações de conteúdo imoral que implicam ilicitude penal. 14. As liberdades públicas não são incondicionais, por isso devem ser

⁷ Confira-se SARMIENTO, D. **Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”**, disponível em <http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>.

⁸ Se bem que essa proibição de *Untermaßverbot*, que aparece no debate da sentença do *BVerfG* sobre o aborto, é algo bastante controverso: transforma um princípio protetor de liberdade em um princípio de proteção do poder de punir. Crítico, neste sentido, é STAECHLIN, G. Lässt sich das „Untermaßverbot“ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren. In: WOLFGANG, N. **Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts**, 1995, p. 267.

exercidas de maneira harmônica, observados os limites definidos na própria Constituição Federal (CF, artigo 5º, § 2º, primeira parte). O preceito fundamental de liberdade de expressão não consagra o “direito à incitação ao racismo”, dado que um direito individual não pode constituir-se em salvaguarda de condutas ilícitas, como sucede com os delitos contra a honra. Prevalência dos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade jurídica.

Como se vê, portanto, o STF dirimiu a colisão de princípios em sede de interpretação constitucional dando primazia aos princípios da dignidade da pessoa humana e da igualdade, isto é, a discriminação racial levada a efeito pelo exercício da liberdade de expressão compromete esses dois princípios pilares do sistema democrático. Esses “sobreprincípios” seriam o núcleo fundamental intocável do Direito, “o coração do Direito”.⁹

O argumento de que não existem direitos absolutos são recorrentes na jurisprudência constitucional brasileira para solucionar a aparente colisão de princípios constitucionais. Uma hierarquia axiológica de um suposto sobredireito – como o princípio de dignidade, por exemplo – não só permitiria traçar limites ao direito de liberdade de expressão, como também legitimaria intervenções penais pontuais, seja com tipos específicos voltados ao combate de racismo, homofobia, xenofobia etc., seja por meio dos já conhecidos delitos contra a honra.

Seja como for, do ponto de vista do direito penal – pouco discutido entre constitucionalistas – a criminalização de manifestações de ódio gera sérios problemas político-criminais (referentes às funções da pena) e dogmáticos (nas categorias da ação e do bem jurídico-penal protegido).

Como se verá, além disso existem importantes problemas relacionados com a incorporação de manifestações de ódio *no* próprio direito penal autoritário (tolerância zero e direito penal do inimigo, por exemplo) e manifestações de ódio *contra* o direito penal liberal. Embora estas duas dimensões não constituam o que se tem tradicionalmente chamado de *hate speech*, também são expressões de ódio relevantes (encravadas no seio do direito penal autoritário ou direcionadas à destruição do direito penal liberal).

4 DELITOS DE PALAVRAS E O PROBLEMA DO CONCEITO DE AÇÃO NO DIREITO PENAL

Muito embora exista consenso de que o elemento-limite da teoria da ação impede a punição de atos internos, pensamentos ou intenções não externalizadas, determinado

⁹ LAFER, C. **Direitos humanos**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015, p. 240.

enunciado linguístico continua sendo algo relevante para o direito penal. Assim, por exemplo, quem profere palavras ou as materializa em símbolos linguísticos compreensíveis, dependendo das circunstâncias concretas em que as faz, mesmo que não cause naturalisticamente nada, realiza uma ação relevante para o direito penal. Essa relevância se apresenta em ações de injúrias, difamações, calúnias, ameaças, falso testemunho, incitação a discriminação ou preconceito, apologia ou participação por instigação em delitos dolosos.

Algumas dificuldades de adaptar o conceito natural de ação aos delitos de palavras foram enfrentadas pelos defensores do causalismo. Para eles, a ação era um conceito naturalista, pré-jurídico, que se esgota num movimento voluntário causador de modificação no mundo exterior. O sistema Liszt-Beling, de estruturação jurídica do delito, fundamentava o conceito natural de ação assim: a ação era voluntariamente neutra e identificada como um *movimento corpóreo voluntário, que produzia uma modificação no mundo exterior*. O conceito de ação englobava a vontade, a expressão externa dessa vontade através de um movimento corpóreo (inclusive, na omissão, seria o conjunto de atividades neuromusculares que o indivíduo desenvolveria para evitar a prática do ato) e o resultado. A vontade era apenas aquela indispensável para caracterizar a ausência de coação mecânica ou psicofísica, um mero impulso que deslocava a inércia do comportamento, em dois aspectos: um causal-objetivo caracterizado pelo impulso, como movimento corpóreo; outro causal-negativo retratado no juízo acerca da inexistência da coação (sem coação há arbítrio e, portanto, voluntariedade).

Além das críticas que esse modelo naturalista de ação recebia nos delitos de omissão – porque a omissão não causava nada – o conceito enfraquecia-se nos delitos de injúrias verbais, tanto que Von Liszt afirmava que no insulto verbal o que existia era uma “provocação de vibrações no ar e processos fisiológicos no sistema nervoso do agredido”¹⁰, o que fez com que Radbruch ironizasse que o conceito de ação injuriosa era “uma série de movimentos da laringe, que geram ondas sonoras, estímulos auditivos e sucessos cerebrais”, sem análise do essencial: o sentido linguístico e o significado social da injúria”.¹¹

Isso permitiu que os neokantianos superassem esses problemas a partir de postulados filosóficos do neokantismo referidos a valores. A insuficiência do conceito natural era visível no delito de injúria, porque o sentido da manifestação de desprezo não poderia depender de condições fisiológicas. Por isso, o neokantismo propôs substituir o conceito

¹⁰ VON LISZT, F. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. Berlin; Leipzig, 1884, p. 107.

¹¹ RADBRUCH, G. Zur Systematik der Verbrechenslehre. In: HEGLER, A. (Hrsg.). **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70. Geburtstag**. Band 1. Tübingen: Mohr, 1930, p. 161.

de ação como “comportamento que por vontade humana causa uma modificação no mundo exterior” por “comportamento voluntário”.¹²

O sistema finalista definiu ação como expressão de vontade, que dirigia o acontecimento, com vistas a um fim real ou possível. Essa finalidade estaria presente tanto nos delitos dolosos, como nos imprudentes (finalidade lícita ou ilícita) ou omissivos (finalidade possível, potencial ou ordenada). Para Welzel, a “ação era um exercício de atividade final”.¹³ A estrutura ontológica da ação era o ponto central do sistema de direito penal, já que a finalidade da ação poderia prever as possíveis consequências e objetivos e dirigir planificadamente a atuação.

Com o fim da polêmica entre causalismo e finalismo, especialmente diante da introdução de valores político-criminais na teoria do delito, essa discussão perdeu bastante importância. Isso não quer dizer, contudo, que o conceito de ação não tenha mais relevância.

A reelaboração do conceito de ação – que permite resolver os casos de omissão, imprudência e também os delitos por palavras – parte do contexto comunicacional da norma: só existe ação quando se estabelece um agir comunicativo. A determinação do tipo de ação não se faz mais por parâmetros psicofísicos, mas em termos de regras, em termos normativos. A ação, portanto, “não como substrato da conduta suscetível de receber um sentido, mas sim como sentido que, conforme um sistema de normas, pode-se atribuir a determinados comportamentos humanos. Se opera assim um *giro copernicano* na teoria da ação: já não é o substrato de um sentido, mas sim, ao contrário, o *sentido de um substrato*”.¹⁴ Ações são interpretações que, segundo os distintos tipos de regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Os fatos acontecem, as ações têm sentido (significam). Os fatos podem ser descritos, as ações devem ser entendidas; os fatos se explicam mediante leis físicas, as ações se interpretam mediante regras gramaticais. Portanto, a determinação da ação se faz num contexto intersubjetivo que é o que dá o *sentido comunicativo do significado*.

Nessa linha de raciocínio, “para que se possa falar de ação, é preciso que os sujeitos tenham a capacidade de formas e expressar intenções; mas as ações que realizam não dependem das intenções que pretendem expressar, mas sim do significado que socialmente se atribua ao que fazem”.

¹² MEZGER, E. **Tratado de Derecho penal**. 2. ed. alemana (1933). Tomos I e II. Trad. de José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.

¹³ WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. Trad. de Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez Santiago del Chile: Jurídica de Chile, 1997.

¹⁴ VIVES ANTÓN, T. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996, p. 205.

Tavares tem defendido uma reelaboração do conceito de ação, para reabilitá-lo num contexto de comunicação da norma. Para ele, se o autor não está inserido no contexto de comunicação da norma, não poderá atuar, porque não poderá cumprir o que ela determina. Como a norma não contém apenas comandos e proibições, mas também deveres de reintegração social, essa reformulação, que mantém os clássicos casos de exclusão da ação, pode assim servir de contenção do poder arbitrário e dessocializador do sistema penal.¹⁵

Enfim, é nesse contexto que se deve analisar, em um primeiro momento, se delitos cometidos por palavras constituem uma ação relevante do ponto de vista do direito penal, isto é, a partir do poder comunicativo da norma. Após isso, então, há que se indagar se essa ação instaura um conflito real com o ordenamento jurídico na sua totalidade.

5 DELITOS DE PALAVRAS E O PROBLEMA DO BEM JURÍDICO-PENAL

Em geral, os delitos cometidos por meio de palavras são tratados como delitos contra a honra (ações de injúrias, difamações e calúnias), mas podem constituir também tipos penais de ameaças, falso testemunho, incitação a discriminação ou preconceito, apologia ou participação por instigação em delitos dolosos. Os bens jurídicos ofendidos, em qualquer caso, divergem, mesmo que se reconheça que em todas estas situações retratam-se delitos cometidos por palavras.

Os delitos contra a honra partem da honra como dignidade pessoal (no sentido de condição de existência do indivíduo e, portanto, da própria ordem jurídica) e como função social destinada à pessoa. Como ensina Tavares, “desse binômio dignidade/função social é que será possível alcançar o conteúdo do conceito de honra, desvinculando-o tanto de seus aspectos empírico-objetivos de constatação, quanto de sentimentos pessoais e emocionais”.¹⁶

A dignidade aqui é composta tanto pela fórmula kantiana que impede que o ser humano seja instrumentalizado (tratado como objeto), quanto pelo “reconhecimento na pessoa da capacidade de orientar-se valorativamente e a desenvolver sua própria personalidade”.¹⁷

Portanto, a dignidade pode ser violada quando se projetam juízos de menosprezo pessoal e reprovação social, que se refiram, exclusivamente, a atos ou a condições

¹⁵ TAVARES, J. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático. In: ZILIO, J. L.; BOZZA, F. da S. (Org.). **Estudos críticos sobre o sistema penal**. Curitiba: LedZe, 2012, p. 867-886.

¹⁶ Id. Anotações aos crimes contra a honra. **RBCCrim**: Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 94, jan./fev. 2012, p. 89-132.

¹⁷ Ibid., p. 92.

particulares, ou próprios de sua personalidade ou orientação de conduta.¹⁸

De qualquer modo, o que se apresenta como fundamental é determinar, com exatidão, os limites e a extensão das normas permissivas da ação, que configuram o exercício do direito à liberdade de expressão. Assim, *sempre que as ofensas estiverem baseadas, além da liberdade de expressão, em outros direitos fundamentais de igual hierarquia, como o direito de liberdade religiosa, não se pode entender como presente qualquer lesão ao bem jurídico tutelado*. Por óbvio, não configuram os delitos de injúria ou difamação as manifestações da crítica literária, artística ou científica (art. 141, II, do CP), ainda que duras ou desagradáveis. A intenção de narrar algum acontecimento sequer entra nessa norma permissiva, já que nem tipicidade penal possui por força da ausência de dolo.

As situações mais complicadas acontecem nos casos de incitação a discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. A razão da punição aí escapa o âmbito individual dos delitos contra a honra e se localiza na *necessidade de evitar os efeitos perversos que o discurso de ódio tem na configuração de uma sociedade democrática e na dignidade dos indivíduos que integram as coletividades vítimas*. O traço definidor dos delitos de discurso de ódio está, portanto, na capacidade de atentar contra a dignidade humana, não apenas no sentido kantiano mencionado, mas também na reputação básica que permite ser tratado como igual no interior da sociedade.¹⁹

Do ponto de vista do bem jurídico defendido, o objeto da proteção legal é a dignidade humana e não o sentimento das vítimas. Como afirmou Jeremy Waldron, “proteger as pessoas de serem ofendidas equivale a protegê-las de certa classe de efeitos nos seus sentimentos, mas isso é distinto do fato de se proteger sua dignidade e assegurar um tratamento descente na sociedade”.²⁰

Não se pode, portanto, nesse ponto, cair nos erros dos finalistas que identificavam o bem jurídico como um valor vital à comunidade ou ao indivíduo, como um estado social desejável.²¹ Embora Welzel mencione a proteção de bens jurídicos como a missão do direito penal, isso aparece apenas de forma secundária, já que o principal para ele é a proteção de valores elementares da consciência, de caráter ético-social. Para Welzel, o conteúdo material das proposições jurídico-penais não é a mera proteção de bens jurídicos, mas sim a manutenção dos valores da atitude correta, ou seja, função de formação ética.²² A lógica é a seguinte: como toda a sua teoria tem como ponto central o valor ético-social

¹⁸ Ibid., p. 93.

¹⁹ WALDRON, J. **The harm in hate speech**. London: Harvard University Press, 2012, p. 5.

²⁰ Ibid., p. 104.

²¹ WELZEL, H. Op. cit., p. 5.

²² Ibid., p. 6-7.

da ação, o fato punível aparece como mera violação da norma, que representa os valores éticos da sociedade, razão pela qual, na definição do crime, o destaque deve ser colocado no desvalor da ação. O bem jurídico lesionado era consequência, que aparecia como desvalor do resultado da ação ilícita. Essa forma de ver o bem jurídico, contudo, no Estado de Direito, é inadmissível e não pode servir de fundamento para a criminalização do chamado discurso de ódio.

A noção de bem jurídico é fundamento de legitimação do direito penal e parte dos limites próprios do Estado Democrático de Direito, que não encontra nas suas atribuições a realização de fins divinos, nem a correção de cidadãos tomados como imaturos espiritualmente. As normas penais, nesse modelo de Estado, buscam assegurar aos cidadãos uma coexistência livre e pacífica, garantindo, ao mesmo tempo, o respeito aos direitos humanos. Os bens jurídicos são todos os objetos que são legitimamente protegidos por normas nessas condições. Não são substratos de sentido de natureza ideal, mas entidades reais. Daí o motivo pelo qual Roxin exclui os valores morais, aqueles que não são apreensíveis pelos sentidos, tais como “bem comum”, “ordem ética”, “saúde pública” etc., é dizer, todos os dados que não são “pressupostos imprescindíveis a vida social”.²³ A ideia fundamental é proteger bens jurídicos concretos e não crenças políticas ou morais, doutrinas religiosas, ideologias sobre o mundo ou meros sentimentos. Bens jurídicos são dados ou finalidades necessárias para o livre desenvolvimento dos indivíduos ou para o funcionamento do sistema estatal, erigidos para consecução de tal fim.²⁴ Isso é o que permite reconhecer que não protegem bens jurídicos: 1) normas motivadas por ideologia ou que atentem com os direitos humanos e fundamentais; 2) normas que delimitam simplesmente uma finalidade, porque o que importa é o prejuízo da coexistência livre e pacífica; 3) mera ilicitude moral; 4) lesão da própria dignidade; 5) sentimentos; 6) autolesões; 7) normas simbólicas (negação do holocausto, por exemplo); 8) tabus jurídicos (incesto); 9) objetos de abstração inapreensíveis (paz pública, saúde pública etc.).²⁵

Afigura-se aqui importante notar que normas jurídicas simbólicas, que punem a mera negação de fatos históricos, tais como holocausto e outros genocídios, não protegem

²³ ROXIN, C. Que comportamientos puede el Estado prohibir sob amenaza de pena? Sobre la legitimación das prohibiciones penais. In: ROXIN, C. **Estudios de Derecho Penal**. Trad. de Luís Greco. Rio de Janeiro, Renovar, 2006, p. 31-53.

²⁴ Id. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, R. (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: M. Pons, 2007, p. 448.

²⁵ ROXIN, C.; LEITE, A. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 101, n. 922, p. 291.

bens jurídicos penais, nem configuram o que se convém chamar de discurso de ódio, isto é, aquele que *supõe uma incitação direta à violência contra determinadas raças ou crenças*, tal como prevê, por exemplo, a Recomendação 97 do Conselho da Europa no que se refere ao ódio racial, xenofobia, antissemitismo e outras formas de intolerância (SSTEDH *Gündüz c. Turquia* de 4 de dezembro de 2003, § 41; *Erbakan c. Turquia*, de 6 de julho de 2006).

Nesse contexto, não se pode caracterizar como discurso de ódio – que tipifica crimes de racismo, preconceito, apologia etc. – as negativas de fatos históricos nem contribuições racionais para o debate de ideias, ainda que desfavoráveis às minorias. Tampouco se pode falar de delito nos excessos comunicativos dos integrantes dessas minorias oprimidas. Ainda que portadores de intolerância ou preconceito, os discursos das minorias não portam idoneidade para ofender o bem jurídico em questão. Também os discursos assim feitos em âmbitos privados, por pessoas sem poder de difusão, sem presença de crianças ou adolescentes, não se revestem de aptidão para ofender a dignidade humana e o princípio democrático em questão. São imprescindíveis, portanto, alguns requisitos como: 1. Abuso de direito oriundo da posição de poder hegemônico do falante; 2. Espaço amplo de difusão de ideias aptas ao enfraquecimento ou destruição de grupos historicamente vitimizados; 3. Existência de um “sobredireito” não igualado pela somatória de outros direitos fundamentais (por exemplo, quando o direito de liberdade de expressão vem alimentado pelo direito de liberdade religiosa, não se pode dizer que exista um sobredireito que os anulem completamente); 4. Aproveitamento da fragilidade da audiência para disseminação das ideias de ódio.

Por essa razão, a apologia de fatos fora destas circunstâncias concretas, é, sim, legítima. Como disse Roxin, “a liberdade de manifestação de opiniões abrange também o oferecimento de opiniões equivocadas. Caso esses casos revelem-se historicamente discutíveis, a questão deve ser resolvida pelas ciências históricas e não pelo direito penal.”²⁶

Enfim, do ponto de vista do bem jurídico, é preciso excluir da noção de manifestações de ódio as abstrações, os sentimentos, os excessos comunicativos e as narrativas que não configuram qualquer ataque “possibilidade de viver em sociedade confiando no respeito à esfera de liberdade particular pelos demais”.²⁷ Em outras palavras, que não lesionem bens jurídicos como “interesses humanos necessitados de proteção”. Só esses interesses são referidos a indivíduos. Os bens jurídicos supraindividuais devem demonstrar que são capazes de ser reconduzidos a seres humanos individuais. Devem, portanto, ser funcionalizados partindo da pessoa.

²⁶ ROXIN, C.; LEITE, A. **O conceito de bem jurídico crítico ao legislado em xeque**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. v. 922, p. 291.

²⁷ MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.

6 A IDONEIDADE DO DIREITO PENAL PARA FREAR O DISCURSO DE ÓDIO

A legitimidade do direito penal está estruturada na racionalidade do atuar do sistema penal. Legítimo é apenas o exercício de poder planejado racionalmente quando existe coerência interna e um grau de verdade na operacionalidade (os fins declarados deve ser coincidentes).

Zaffaroni apontou como características da legitimidade a existência de “*coherencia interna del discurso jurídico-penal*” e “*valor de verdad en cuanto a la operatividad social*”.²⁸ A coerência interna do discurso jurídico penal não se dá apenas com a ausência de contradição ou lógica, mas precisamente pela fundamentação antropológica: se o Direito serve ao homem, a planificação do exercício de poder do sistema penal deve pressupor uma antropología filosófica básica.²⁹

De fato, a presença do ser humano no centro do Direito é uma premissa básica fundamental para legitimar o exercício do poder do sistema penal. Além disso, a legitimidade do poder do sistema penal depende do grau de verdade operacional: o discurso que busca fins impossíveis ou abstratos não possui contato com a realidade do ser. O direito penal é um eterno “dever ser”, não há dúvidas, mas esse “dever ser” encontra na realidade do ser a matéria necessária para construção de uma teoria do delito realista. Portanto, a verdade operacional consiste na simetria entre fato e norma, entre realidade e idealismo.

A legitimidade do saber exige, então, que o direito penal seja meio adequado para cumprir os fins propostos (a defesa de bens jurídicos mais importantes da sociedade). Daí que o saber deve ser capaz de influenciar a realidade. Por exemplo, se o direito penal quer proteger minorias contra discursos excludentes, sua legitimação existirá sempre que consiga reduzir os efeitos indesejados. Mas se a intervenção penal potencializa conflitos, então é evidente que se trata de um meio inadequado para tal fim e está, portanto, deslegitimado.

É equívoco confundir, nessa linha, os vocábulos legitimidade com legalidade. A legitimidade depende do grau de coerência interna do discurso e a adequação para obtenção de fins propostos. Ao contrário, a legalidade exige apenas que o discurso penal obedeça o processo de produção de normas jurídicas, como determina o Estado de Direito. Mas o cumprimento de exigências formais do princípio de legalidade não implica necessariamente na afirmação da legitimidade. O exemplo da criminalização das drogas é claro: a política de guerra às drogas cumpre a legalidade penal, mas é deslegitimada pela

²⁸ ZAFFARONI, E. R. **En busca de las penas perdidas**: deslegitimación y dogmática jurídico-penal. Buenos Aires: Ediar, 2003, p. 20.

²⁹ Ibid., p. 21.

realidade dos fatos. Logo, por ser medida inadequada para alcançar a proteção da saúde pública, é meramente simbólica.

Em tema de criminalização de manifestação de ódio, o fundamento está na crença de necessidade de reforço da validade da norma protetiva da dignidade humana e a própria sociedade democrática e livre. O livre discurso de ódio, além de destruir a dignidade das vítimas, também comprometeria a existência da própria sociedade democrática e livre. A proibição, portanto, seria o paradoxo da própria existência da sociedade democrática.

O problema maior dessa ideia de prevenção geral é retirar o ser humano do centro do Direito.³⁰ Se o Estado parece mais interessado no desempenho de papéis simbólicos (transmitir imagens) do que reais (solucionar problemas), é compreensível que se dê preferência ao uso do direito penal como proteção do que BARATTA chamou de “complexos funcionais” e não de bens jurídicos individuais.³¹ O risco disso é legitimar o poder político pela existência de uma simples mensagem geradora da sensação de que algo se está a fazer, além de, na realidade, manter um direito penal seletivo e desigual, inclusive na caracterização do que se tem como discurso de ódio, contra as próprias classes marginalizadas do sistema de capital.

A utilidade da pena é questionada também por Baker e Zhao para controle do *hate speech*, sobretudo pelos efeitos prejudiciais e pela teoria abstrata e genérica de dano. Para eles, então, deveria existir um respeito maior à proporcionalidade na equivalência entre o dano causado pela prisão e o nível de dano sofrido pela vítima, na proporção da contaminação ao acumulado pelo coletivo afetado.³²

Enfim, até pode ser que a prevenção geral nesse ponto cumpra alguma função positiva e legitimada, mas isso vai depender do cumprimento do princípio de intervenção mínima e da possibilidade de uma “valoração precisa, baseada no conhecimento empírico assegurado”.³³ Só isso pode evitar o que Ferrajoli chamou de sistema de controle social-disciplinar (*sociale-disciplinare*), típico de comunidade primitiva de forte sentimento ético e ideológico, como expressão de uma polícia social moralizante.³⁴

³⁰ NAUCKE, W.; HASSEMER, W.; LÜDERSEN, K. **Principales problemas de la prevención general**. Trad. de Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2004.

³¹ BARATTA, A. **Criminología y Sistema Penal**. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2006, p. 303.

³² BAKER J., D.; ZHAO X., L. The normativity of using prison to control hate speech: the hollowness of Waldron's theory. **New Criminal Law Review**, v. 16, n. 4, Oct. 2013, p. 625.

³³ NAUCKE, W.; HASSEMER, W.; LÜDERSEN, K. Op. cit., p. 82.

³⁴ FERRAJOLI, L. Il diritto penale minimo. **Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Napoli, v. 3, n. 3, Set./Dic. 1985.

7 A LEGITIMAÇÃO DO DISCURSO DE ÓDIO PELO DIREITO PENAL AUTORITÁRIO

O ódio que emana de determinadas sociedades pode ser derivado, em muitos casos, de problemas políticos de fundo relacionados aos conflitos de classes, especialmente em sociedades capitalistas.

Nesse contexto, o direito penal pode tentar estabelecer limitações concretas, em regra por meio de um direito penal de conteúdo preventivo. Mas se abre a possibilidade, também, do direito penal incorporar o próprio discurso intolerante, reproduzido pelos meios de comunicação, para configurar então um direito penal moralizante e um direito penal de luta.

O discurso de ódio incorporado ao direito penal não é novo, mas hoje se chama direito penal do inimigo. Na criminologia, Garland chamou isso de “criminologia do outro”: o delinquente é uma pessoa perigosa, vinculada a grupos raciais e sociais “distintos” da maior “normal”. Trata-se de um “discurso politizado do inconsciente”, fundado em imagens e medos que orientam a política criminal de eliminação de inimigos.³⁵

Exner, por exemplo, afirmava que os *delinquentes de estado perigoso* eram “inimigos da sociedade” e que os *delinquentes de estado gravoso* eram indesejáveis porque tinham uma vida inútil e parasitária.³⁶ Mezger então sugeria: “o restabelecimento da *responsabilidade do indivíduo* frente à comunidade do povo e a *eliminação de partes integrantes nocivas ao povo e a raça*”.³⁷

No direito penal, a proposta político-criminal de Jakobs abre espaço para a incorporação do discurso de ódio. Segundo ele, o direito penal em geral é um sistema que se esgota na manutenção de normas, sem qualquer outra finalidade ou referência vinculante da natureza. Isto é, o direito penal é um sistema autopoietico que existe e está a serviço de si mesmo. O que faz o direito penal é apenas confirmar a identidade social.³⁸ O delito é uma recusa da norma devida pela frustração de expectativas. A capacidade de dano social do delito não aparece na natureza, não é ontológico, porque é somente

³⁵ GARLAND, D. The limits of the Sovereign State: Strategies of Crime Control in Contemporary Society. *British Journal of Criminology*, v. 36, n. 4, Oct. 1996. p. 445-471.

³⁶ EXNER, F. *Biología criminal en sus rasgos fundamentales*. Barcelona: Bosch, 1957, p. 346.

³⁷ Ibid., p. 284.

³⁸ JAKOBS, G. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional*. Madrid: Civitas, 2000, p. 18.

negação da validade da norma. “O fato é a negação da estrutura da sociedade, a pena é a marginalização dessa negação, isto é, é a confirmação da estrutura.”³⁹

Nesta quadratura, a norma necessita de um *asseguramento cognitivo* e, por isso, quem quer ser tratado como pessoa deverá garantir o *mínimo cognitivo de segurança* do comportamento pessoal. Se uma pessoa, de forma presumidamente duradoura, abandonou o Direito, o Estado a trata como verdadeiro *inimigo perigoso*, justificando um amplo adiamento de punibilidade, um endurecimento das penas e uma supressão de garantias processuais. Portanto, o direito penal se preocupa com a função protetora da vigência da norma, para efetivamente *reforçar a vigência da norma* (pela pena) e, assim, também *neutralizar e eliminar* inimigos (pela guerra).

Nessa lógica, o direito penal tem dois pólos de regulações: de um lado, um direito penal para controlar a criminalidade “normal”, imposto pela “racionalidade” das situações de *necessidade de reforçar a vigência da norma* através da *pena criminal* (*prevenção geral positiva*), nos casos de violação por parte do cidadão; de outro lado, um direito penal para controlar a criminalidade “anormal”, imposto pela (ir)“racionalidade” das situações de *necessidade de combater perigos* através da *coação física ou medida de segurança* (*prevenção geral negativa*), no caso de violação da norma por *não* pessoas.

Isso tudo permite concluir que, para os defensores desse direito penal autoritário, os delinquentes são pessoas com “defeitos mais passageiros”, que no final das contas não perturbam a auto-organização do poder estabelecido, enquanto que o inimigo não é apenas um adversário desse poder, “mas deve ser entendido como um adversário da sociedade constituída por um regime de liberdades”.⁴⁰ Em outras palavras, inimigo é quem “de forma presumidamente duradoura abandonou o Direito e, portanto, não dá garantias do mínimo cognitivo do comportamento pessoal e demonstra, assim, este déficit por meio do seu comportamento.”⁴¹

Como se pode perceber, um direito penal assim posto – que trata o indivíduo como simples fonte de perigo – permite alojar e naturalizar o discurso de ódio, para alcançar objetivos de eliminação por neutralização seletiva. No fundo, é certo, o ódio é da mesma espécie, o fim é igual e apenas os meios são diferentes.

³⁹ JAKOBS, G. **La pena estatal**: significado y finalidad. Madrid: Civitas, 2006, p. 34.

⁴⁰ Id. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; JAKOBS, G. (Coord.). **Teoría funcional da pena y de la culpabilidad**. Madrid: Civitas, 2008, p. 42.

⁴¹ Id. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. In: MUÑOZ CONDE, F. (Coord.). **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 59. Também em: Id. **Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004, p. 43-44.

8 O DISCURSO DE ÓDIO CONTRA O DIREITO PENAL LIBERAL

O ódio contra o direito penal liberal encontra na filosofia política de Schmitt o ponto de apoio. “Soberano é quem decide sobre o estado de exceção”, disse ele, na abertura do desenvolvimento da teoria política que marca o significado autônomo da decisão.⁴² O soberano “decide se existe o caso de exceção extrema e também o que se tem que fazer para solucioná-lo. Localiza-se fora da ordem jurídica formal e forma parte dela, porque lhe corresponde a decisão de se a Constituição pode se suspender *in toto*.”⁴³

A ideia era de que o ordenamento jurídico não poderia regulamentar o conteúdo da necessidade extrema, o que daria causa à declaração de estado de exceção. O estatuto normativo e o Estado de Direito podem instaurar um controle da decisão *a posteriori*, mas não podem regulamentar o conteúdo das faculdades excepcionais. Antes disso, a decisão de regulamentação do conteúdo outorga-se ao soberano, que é a fonte jurídica, definitiva, que *realiza politicamente* o Direito, sem responsabilidade ou controle. Significa, portanto, reconhecer que existem situações de extrema necessidade e perigos para o Estado que não podem ser decididas *a priori* pelo Direito, mas apenas por *decisão política de autêntica jurisdição*. Porque o Direito – como sistema ordenado – está estruturado não somente por normas, mas principalmente por decisões que essencialmente são expressões de sabedoria, isto é, expressões de poder do soberano de decidir o conflito em torno do Direito. Trata-se, portanto, de legislador extraordinário *ratione necessitatis*, porque as “ficções e nebulosidades normativas” somente valem para situações normais e “a normalidade da situação que presumem é um elemento básico de seu ‘valer’”.⁴⁴

Nessa lógica, a ordem legal funda-se em uma decisão e não em uma norma. Toda ordem, inclusive no estado de exceção – que não é uma ordem jurídica mas tampouco é uma anarquia ou caos – repousa na decisão e não em uma norma. Logo, *mais importante que a validade do sistema jurídico é sua eficácia em uma situação concreta*. Por isso, no “estado de exceção”, no qual há uma situação anormal (*extremus necessitatis casus*), não há norma para se aplicar, mas sim uma decisão do soberano que “se libera de toda atadura normativa e se converte em este sentido em absoluta.”

Assim, pois, é a decisão do soberano que cria a ordem jurídica. O soberano é a “autêntica jurisdição” e “o juiz soberano do povo”, imune ao controle *a posteriori*, já que o

⁴² SCHMITT, C. Teología política. In: ORESTES AGUILAR, H. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 23.

⁴³ Ibid., p. 24.

⁴⁴ Id. Legalidad y legitimidad. In: ORESTES AGUILAR, H. **Carl Schmitt, teólogo de la política**. México: Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 313.

ato está fundamentado no “princípio da primazia da direção política.”⁴⁵ Daí a tese central de que o conceito de soberania – o soberano é quem decide o estado de exceção – é um conceito-limite de conteúdo político.

Um exemplo esclarecedor é o art. 48 da Constituição da República de Weimar, que definia o Presidente como autoridade soberana para “tomar as medidas necessárias para o restabelecimento da segurança e da ordem pública”, inclusive suspendendo total ou parcialmente os direitos fundamentais. Nesse estado de exceção foram os últimos anos da República de Weimar, antes da tomada de poder pelo partido nazista, em 1933.

A partir daí, então, Schmitt começa a escrever sobre a legalidade dos atos praticados pelo *Führer* e fundamentados no “princípio da primazia da direção política”, pois ele tinha o direito de atuar como “juiz supremo do povo” e guardião da Constituição, determinando o conteúdo e a extensão. Desse modo, após criticar o liberalismo e o parlamentarismo, Schmitt promoveu racionalmente uma quebra do princípio da separação de poderes, para criar uma justificação legal para o nascimento do novo estado totalitário, baseado no povo e na raça.

Tanto é assim que, dias depois do discurso de Hitler sobre a noite de 30 de junho de 1934, conhecida como *Die Nacht der langen Messer*, em que, por sua própria ordem, foram assassinados e presos os principais dirigentes das *Sturmabteilung* (SA), o corpo paramilitar do partido nazista criado em 1921, Schmitt publica um artigo – *O “Führer” defende o Direito: o discurso de Hitler ao Reichstag de 13 de julho de 1934* – no qual defende os assassinatos e as ações de Hitler, não as justificando como medidas próprias do estado de exceção, mas como autêntica jurisdição, sem controle jurisdicional.⁴⁶

De novo Schmitt ataca fortemente a antiga “postura individualista liberal” do sistema de Weimar, qualificado por ele como “cegueira do pensamento jurídico liberal”, em uma época “época enferma e decrépita”, inclusive no direito penal, porque a “*magna carta*” do delinquente de Franz Von Liszt significou deixar o Estado e o Povo “atados sem remédio por uma legalidade supostamente desprovida de resquícios.”⁴⁷

Impende recordar, ademais, que já em 1927 Schmitt definia a essência do político como o enfrentamento entre amigo-inimigo: “a distinção política específica, aquela que

⁴⁵ SCHMITT, C. El “Führer” defiende el derecho: el discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Y.-C. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007, p. 89.

⁴⁶ MORESO, J. J. Poder y derecho. In: GARCIA SEGURA, C.; RODRIGO HERNÁNDEZ, Á. J. **La seguridad comprometida: nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados**. Madrid: Tecnos, 2008, p. 162.

⁴⁷ SCHMITT, C. El “Führer” defiende el derecho. El discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Y.-C. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt**. Barcelona: Anthropos, 2007, p. 89.

pode reconduzir-se todas as ações e motivos políticos, é a distinção de *amigo* e *inimigo*.⁴⁸ A oposição amigo-inimigo é o conteúdo do político que oferece uma definição conceitual e um critério que permite referir as ações e os motivos políticos.

O significado da distinção de amigo e inimigo é o de indicar o grau extremo de intensidade da união ou separação, da associação ou dissolução. Ela pode subsistir teórica e praticamente sem que, ao mesmo tempo, devam ser empregadas todas as demais distinções morais, estéticas, econômicas ou de outro tipo.⁴⁹

Nessa concepção, o inimigo não é alguém moralmente mau, nem esteticamente feio, mas é simplesmente o outro, o hostil e público, isto é, um conjunto de homens que se opõe ao conjunto análogo, por sua existência distinta e estranha num sentido particularmente intensivo. O inimigo é aquele que ameaça a vida e frente a essa ameaça não há neutralidade.

Por conseguinte, se se considera que o fenômeno deriva da inimizade potencial e do conflito, então, a guerra representa a expressão da atividade humana e a negação mais radical dos valores essenciais do mundo burguês: segurança, utilidade e racionalidade. Afinal, toda antítese é uma antítese política, cujo fim “natural” é sempre a guerra, seja externa seja interna. Somente pela guerra – que possui um sentido político e de decisão – se pode desprender os valores que criou uma civilização vazia e opressiva, despolitizada e neutra.

Tudo isso permite extrair uma clara aversão aos valores de *neutralidade* e *despolitização* de vida nua, figuras representativas da democracia liberal. Nessa linha, mais vale uma *decisão* de defesa da ditadura política do que uma indecisão liberal e anarquista.⁵⁰

Enfim, trata-se de uma teoria política fundamentada no decisionismo do poder soberano e, portanto, absolutamente contrária ao liberalismo e ao parlamentarismo, isto é, contrária ao conceito de democracia liberal individualista. Uma doutrina belicista, cravada no ódio, que define a essência do político pela possibilidade de uma luta de morte contra o inimigo. Essa posição reflete uma decisão do poder soberano – o poder de morte consiste justamente na definição de amigos e inimigos – que é a essência da jurisdição.

Essa teoria política está relacionada diretamente com as origens do totalitarismo e é, no fundo, o latente fundamento da justificação do ódio do direito penal liberal e de outros tantos discursos intolerantes, tais como os textos de Schmitt sobre as famosas três leis de Nuremberg, de 15 de setembro de 1935, conhecidas como da bandeira, cidadania e sangue.

⁴⁸ SCHMITT, C. **El concepto de lo político**. Madrid: Alianza, 1998, p. 56.

⁴⁹ Ibid., p. 57.

⁵⁰ Para uma crítica à democracia liberal, veja-se SCHMITT, C. **Estructura del estado y derrumbamiento del segundo Reich**: la lógica de la sumisión espiritual. Madrid: Reus, 2006, p. 100.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em face do que se apresentou aqui, pode-se concluir, resumidamente, os seguintes pontos:

a) O estabelecimento de limites à liberdade de expressão – muito além de mera ponderação de interesses – envolve discussões sobre o conceito de ação, bem jurídico-penal e função concreta desempenhada pela pena criminal no tratamento dos delitos constituídos por discursos de ódio.

b) O conceito de ação deve partir do contexto comunicacional da norma: só existe ação quando se estabelece um agir comunicativo. A determinação do tipo de ação não se faz com parâmetros psicofísicos, mas em termos de regras. Ações são interpretações que, segundo as regras sociais, podem ser dadas ao comportamento humano. Neste contexto, os delitos cometidos por palavras podem constituir sim uma ação relevante do ponto de vista do direito penal.

c) O discurso de ódio é só aquele que supõe uma *incitação direta à violência contra determinadas raças ou crenças*. Logo, não abarca a mera negação de fatos históricos, contribuições racionais para o debate de ideias, excessos comunicativos dos integrantes de minorias oprimidas, discursos no âmbito privado ou discursos elaborados por pessoas sem poder de difusão. A ofensa à dignidade humana e ao princípio democrático exigem os seguintes requisitos: 1. Abuso de direito oriundo da posição de poder hegemônico do falante; 2. Espaço amplo de difusão de ideias aptas ao enfraquecimento ou destruição de grupos historicamente vitimizados; 3. Existência de um “sobredireito” não igualado pela somatória de outros direitos fundamentais; 4. Aproveitamento da fragilidade da audiência para disseminação das ideias de ódio.

d) A razão da punição está na necessidade de evitar os efeitos perversos na configuração da sociedade democrática e na dignidade dos indivíduos que integram as coletividades vitimizadas. O traço definidor dos delitos de discurso de ódio está, portanto, na capacidade de atentar contra a dignidade humana, não apenas no sentido kantiano de vedação de instrumentalização de humano, mas também na reputação básica que permite ser tratado como igual no interior da sociedade.

e) A idoneidade do direito penal depende do cumprimento da função de prevenção geral, que é limitado pelo princípio da intervenção mínima e pela necessidade de conhecimento empírico dos efeitos produzidos, a fim de evitar um direito penal de forte sentimento ético-pedagógico, moralizante e ideológico.

f) Tão preocupante quanto o discurso de intolerância é a intolerância do direito penal. O abrigo pelo direito penal de discursos de ódio vem revelado nas posturas autoritárias do direito penal do inimigo e na chamada “criminologia do outro”.

g) A filosofia política de Schmitt sustenta o ódio pelo direito penal liberal, algo tão perigoso às bases do Estado Democrático de Direito quanto os enunciados linguísticos ofensivos às raças ou crenças. Sobre esse ponto também o direito penal deveria tomar partido em prol dos resíduos de liberdade e da humanidade real tão impotentes diante da marcha triunfal da história.⁵¹

⁵¹ HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W., **Dialéctica de la ilustración**: fragmentos filosóficos. Trad. de Juan José Sánchez. Madrid: Trotta, 2009, p. 51.

REFERÊNCIAS

- BAKER, D. J.; ZHAO L. X. The normativity of using prison to control hate speech: the hollowness of Waldron's theory. **New Criminal Law Review**, Oakland, v. 16, n. 4, p. 621-656, Oct. 2013.
- BARATTA, A. **Criminología y sistema penal**. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2006.
- EXNER, F. **Biología criminal en sus rasgos fundamentales**. Barcelona: Bosch, 1957.
- FERRAJOLI, L. Il diritto penale minimo. **Dei Delitti e Delle Pene**: Rivista di Studi Sociali, Storici e Giuridici Sulla Questione Criminale, Napoli, v. 3, n. 3, p. 493, Set./Dic. 1985.
- GARLAND, D. The limits of the sovereign state: strategies of crime control in contemporary society. **British Journal of Criminology**, Oxford, v. 36, n. 4, p. 445-471, Oct. 1996.
- GONZALES-CUELLAR SERRANO, N. **Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal**. Madrid: Colex, 1990.
- HORKHEIMER, M.; ADORNO, T. W. **Dialéctica de la ilustración**: fragmentos filosóficos. Tradução: Juan José Sánchez. Madrid: Trotta, 2009.
- JAKOBS, G. ¿Derecho penal del enemigo? Un estudio acerca de los presupuestos de la juridicidad. In: CANCIO MELIÁ, M.; FEIJOO SÁNCHEZ, B. J.; JAKOBS, G. (Coord.). **Teoría funcional da pena y de la culpabilidad**. Madrid: Civitas, 2008. p. 23-62.
- _____. **Dogmática de derecho penal y configuración normativa de la sociedad**. Madrid: Civitas, 2004.
- _____. La autocomprensión de la ciencia del Derecho penal ante los desafíos del presente. In: MUÑOZ CONDE, F. (Coord.). **La ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004. p. 53-64.
- _____. **La pena estatal**: significado y finalidad. Madrid: Civitas, 2006.
- _____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un derecho penal funcional**. Madrid: Civitas, 2000.
- LAFER, C. **Direitos humanos**: um percurso no direito do século XXI. São Paulo: Atlas, 2015.
- MEZGER, E. **Tratado de Derecho penal**. Trad. de la 2. ed. Alemana, 1933 y notas de derecho español por José Arturo Rodríguez Muñoz. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1935.
- MIR PUIG, S. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Barcelona: Reppertor, 2008.
- MORESO, J. J. Poder y Derecho. In: GARCIA SEGURA, C.; RODRIGO HERNÁNDEZ, Á. J. **La seguridad comprometida**: nuevos desafíos, amenazas y conflictos armados. Madrid: Tecnos, 2008. p. 161-167.
- NAUCKE, W.; HASSEMER, W.; LÜDERSEN, K. **Principales problemas de la prevención general**. Tradução: Gustavo Eduardo Aboso e Tea Löw. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2004.

RADBRUCH, G. Zur Systematik der Verbrechenslehre. In: HEGLER, A. (Hrsg.). **Festgabe für Reinhard von Frank zum 70.** Geburtstag. Band 1. Tübingen: Mohr, 1930. p. 158-173.

REALE JÚNIOR, M. Limites à liberdade de expressão. **RBCCrim.**, São Paulo, v. 17, n. 81, p. 61-91, nov./dez. 2009.

ROXIN, C. Es la protección de bienes jurídicos una finalidad del Derecho penal? In: HEFENDEHL, R. (Ed.). **La teoría del bien jurídico: ¿Fundamento de legitimación del Derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: M. Pons, 2007. p. 443-458.

_____. Que comportamentos pode o Estado proibir sob ameaça de pena? Sobre a legitimação das proibições penais. In: ROXIN, C. **Estudos de Direito Penal.** Tradução: Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006. p. 31-53.

ROXIN, C.; LEITE, A. O conceito de bem jurídico crítico ao legislador em xeque. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 922, n. 101, p. 291-322, ago. 2012.

SARMIENTO, D. **Liberdade de expressão e o problema do “hate speech”.** Disponível em: <<http://www.dsarmiento.adv.br/content/3-publicacoes/18-a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech/a-liberdade-de-expressao-e-o-problema-do-hate-speech-daniel-sarmiento.pdf>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

SCHMITT, C. **El concepto de lo político.** Madrid: Alianza, 1998.

_____. **Estructura del estado y derrumbamiento del segundo reich:** la lógica de la sumisión espiritual. Madrid: Reus, 2006.

_____. El “Führer” defiende el derecho: el discurso de Hitler ante al Reichstag del 13 de julio de 1934. In: ZARKA, Y.-C. **Un detalle nazi en el pensamiento de Carl Schmitt.** Barcelona: Anthropos, 2007.

_____. Legalidad y legitimidad. In: ORESTES AGUILAR, H. C. **Schmitt, teólogo de la política.** México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 247-336.

_____. Teología política. In: ORESTES AGUILAR, H. **Carl Schmitt, teólogo de la política.** México: Fondo de Cultura Económica, 2001. p. 19-62.

SCHWABE, J. **Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán.** Tradução: Marcela Anzola Gil e Emilio Maus Ratz. México, DF: Fundación Konrad Adenauer, 2009.

STAECHELIN, G. Läßt sich das „Untermaßverbot“ mit einem liberalen Strafrechtskonzept vereinbaren. In: WOLFGANG, N. **Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts.** Frankfurt am Main: Peter Lang, 1995. p. 267.

TAVARES, J. Anotações aos crimes contra a honra. **RBCCrim:** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, v. 20, n. 94, p. 89-132, jan./fev. 2012.

_____. A racionalidade, o direito penal e o poder de punir: os limites da intervenção penal no Estado Democrático. In: ZILIO, J. L.; BOZZA, F. da S. (Org.). **Estudos críticos sobre o sistema penal.** Curitiba: LedZe, 2012. p. 867-885.

- VIVES ANTÓN, T. **Fundamentos del sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- VON LISZT, F. **Lehrbuch des deutschen Strafrechts**. 2. Auflage. Berlin; Leipzig: Guttentag, 1884.
- WALDROM, J. **The harm in hate speech**. London: Harvard University, 2012.
- WARBURTON, N. **Liberdade de expressão: uma breve introdução**. Tradução: Vitor Guerreiro. Lisboa: Gravita, 2015.
- WELZEL, H. **Derecho penal alemán**. Tradução: Juan Bustos Ramírez e Sergio Yáñez Pérez. Santiago del Chile: Jurídica de Chile, 1997.
- ZAFFARONI, E. R. **En busca de las penas perdidas: deslegitimación y dogmática jurídico-penal**. Buenos Aires: Ediar, 2003.

A EMPRESA É CAPAZ DE AÇÃO? UMA PROPOSTA DE DISCUSSÃO SOBRE A CAPACIDADE DE RENDIMENTO DA CONCEPÇÃO SIGNIFICATIVA DA AÇÃO NO DIREITO PENAL EMPRESARIAL

IS THE COMPANY CAPABLE OF ACTION? A PROPOSAL OF DISCUSSION ABOUT THE CAPACITY OF INCOME OF THE MEANING ACTION CONCEPTION IN BUSINESS CRIMINAL LAW

Décio Franco David¹

Paulo César Busato²

RESUMO

O presente artigo trata da possibilidade de rendimento e aplicação da Teoria Significativa do delito na esfera da criminalidade econômica, especialmente quanto à capacidade de agir das pessoas jurídicas. O modelo significativo parte da Filosofia da Linguagem de Ludwig Wittgenstein, bem como da concepção de ação comunicativa de Jürgen Habermas. Inicialmente, apresentam-se razões para refutar a autonomia científica do Direito penal econômico diante da ciência do Direito penal e os conceitos amplo e restrito de Direito penal econômico. Então, é apresentada a delimitação temática escolhida, isto é, como a proposta significativa pode superar os argumentos contrários à realização de ação por pessoas jurídicas.

Palavras-chave: Teoria Significativa. Crime Econômico. Ação. Pessoas Jurídicas.

¹ Doutorando e Mestre em Ciência Jurídica pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP). Mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo (USP). Professor Substituto de Direito Penal da Universidade Federal do Paraná (UFPR). Professor de Direito Penal da Faculdade de Educação Superior do Paraná (FESP). Advogado. *E-mail*: decio.david@gmail.com

² Doutor em Problemas Atuais do Direito Penal pela Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha. Professor de Direito penal da UFPR e FAE Centro Universitário. Procurador de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail*: pbusato2013@gmail.com

ABSTRACT

The present article treats the possibility of yielding and applying the Significant Theory of crime in the sphere of economic crime, especially on the ability of legal entities to act. The significant model comes from the Ludwig Wittgenstein's Philosophy of Language, as well as Jürgen Habermas' conception of communicative action. Initially, are presented the reasons for refuting the scientific autonomy of economic criminal law against the science of criminal Law. Also, are presented the broad and narrow concepts of economic criminal law. Then, the chosen thematic delimitation is presented, that is, how the significant proposal can overcome the arguments against the realization of action by companies

Keywords: Significant Theory. Economic Crime. Action. Companies.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por objetivo demonstrar – mediante a exploração de um exemplo consistente na capacidade de ação das pessoas jurídicas – a capacidade de rendimento do *approach* ao Direito penal econômico a partir da Filosofia da Linguagem, algo que se poderia traduzir por uma *Teoria Significativa do delito nos crimes econômicos*.

Para tanto, parte-se, inicialmente, de uma breve exposição sobre a conceituação do Direito penal econômico e da ausência de autonomia científica desse ramo. Em seguida, apresentam-se os fundamentos da aproximação ao Direito penal a partir da denominada *Teoria Significativa*, vale dizer, se promove a exploração dos mecanismos de imputação próprios do Direito penal a partir da linguagem, com vistas a demonstrar sua capacidade de rendimento teórico.

Esse ajuste de matrizes permite que se compreenda melhor diversos assuntos que dizem respeito diretamente ao Direito penal econômico e chegou a ser amplamente explorado por parte da doutrina³.

Por razões de espaço, neste trabalho, a título meramente exemplificativo, tomaremos como objeto de análise tão somente um dos múltiplos problemas para os quais uma aproximação desde a linguagem poderia oferecer novas e promissoras respostas.

Outrossim, exatamente no afã da demonstração efetiva da capacidade de rendimento desta perspectiva teórica, propõe-se a discussão de uma questão crucial no plano do Direito penal econômico: a capacidade de ação de pessoas jurídicas.

A escolha do ponto deriva de que a responsabilidade penal dos entes coletivos – notadamente empresas – tem sido o tema mais debatido dos últimos anos no Direito penal continental e o *approach* oferecido pelas teorias do delito tradicionais tem esbarrado precisamente nesse ponto com um enorme escolho.

Pretende-se desenvolver o trabalho em torno de oferecer um caminho novo de exploração da questão da capacidade de ação da pessoa jurídica a partir de uma concepção significativa da ação, para que, a partir disso, se tenha aplanado o caminho para futuras discussões a respeito da difícil questão da autorresponsabilidade dos entes coletivos.

³ Veja-se, a respeito, amplamente, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

1 DIREITO PENAL ECONÔMICO: AUTONOMIA(?) E CONCEITO

A tutela penal das atividades econômicas aparece como uma das maiores preocupações do Direito penal na atualidade. Essa situação, inclusive, tem sido classificada por alguns doutrinadores como um processo de modernização do Direito penal⁴.

Nesse sentido, ocorreram interessantes debates acerca da autonomia científica dessa tutela diante das demais áreas protegidas pelos mecanismos de controle social penal, destacando-se, sobre o assunto, o pensamento de José de Faria Costa, para quem o Direito penal econômico é um ramo científico autônomo da Ciência global do Direito penal (*Gesamte Strafrechtswissenschaft*)⁵.

A postura aqui defendida – em oposição à fórmula apontada – não reconhece essa autonomia à esfera dos delitos econômicos, mas, pelo contrário, reforça a obrigação de submissão da temática aos fundamentos do Direito penal, principalmente quanto à necessidade de serem respeitados os princípios estruturantes do sistema penal, conforme defende Renato de Mello Jorge Silveira⁶.

Por outro lado, é preciso refletir que se vive, hoje, a era da comunicação, um verdadeiro mundo em metamorfose, tal como apontou Ulrich Beck em seu livro póstumo⁷. O que está ocorrendo é realmente mais do que qualquer classe de alteração ou revolução, mas sim uma transformação radical nas velhas presunções da sociedade moderna, surgindo algo novo. Para entender essa metamorfose é preciso reconhecer que a própria existência é determinada por sucessivos processos de comunicação e que esta é a tônica dos nossos dias.

A atividade empresaria também se desenvolve dentro destas mesmas matrizes, o que torna indispensável que a interpretação de tais atividades seja filtrada do ponto de vista jurídico – e, portanto, jurídico-penal – pelo mesmo óculo.

⁴ Sobre o assunto: DAVID, D. F.; SILVA, P. M. P. da. Direito penal econômico: entre a modernização do direito penal e o direito administrativo sancionador. In: EVENTO INTERINSTITUCIONAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA SECAL, 1., 2015, Ponta Grossa. **Anais do EIICS**, 2015, Ponta Grossa: Secal, 2016. p. 1-16. v. 1; DAVID, D. F. O reconhecimento do direito penal econômico como direito penal moderno. In: CONGRESSO NACIONAL DO FEPODI, 1., 2012, São Paulo. **Anais do Congresso Nacional da Fepodi**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2012, p. 869-874; GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

⁵ Conforme se verifica em COSTA, J. de F. **Direito penal econômico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 15 e ss.

⁶ SILVEIRA, R. de M. J. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 177-178. Em idêntica posição: DAVID, D. F. **Fundamentação principiológica do direito penal econômico: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica**. 2014. 263 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2014, p. 143-144.

⁷ Referimo-nos a BECK, U. **La metamorfosis del mundo**. Trad. de Fernando Borrajo Castanedo, Barcelona: Paidós, 2017.

Uma vez ajustado o perfil de todo o Direito penal à contemporaneidade, aparece como vinculação indissociável ao Direito penal econômico, uma abordagem linguística-comunicacional.

Outrossim, é importante deixar demarcado já de início, que não se advoga aqui o perfil reducionista e equivocado com que se tentou, em alguma ocasião, interpretar os processos de comunicação dentro de uma matriz penal vinculada ao modelo de funcionalismo sistêmico⁸. Pelo contrário, ao buscar-se aqui uma vinculação com o perfil linguístico, se está remetendo às teses advogadas por Tomás Vives Antón e George Patrick Fletcher⁹.

1.1 CONSTATAÇÕES DA NEGAÇÃO DE AUTONOMIA

Partindo-se da postura de indissociabilidade entre a matriz geral do Direito penal e o Direito penal econômico, verifica-se a necessidade de uniformização do modelo metodológico e recorte teórico dessa esfera de atuação com o modelo metodológico e recorte teórico seguido pela teoria do delito. Afinal, “a escolha entre uma abordagem de Direito Penal clássico *versus* moderno (expansão do Direito Penal), é, antes de tudo, uma opção metodológica por parte do intérprete”¹⁰. Por tal razão, a função de limitação do poder punitivo do Estado¹¹ ganha importância nessa temática, essencialmente para tentar

⁸ Sobre a equivocada e reducionista interpretação acerca das dimensões do sentido comunicacional promovida por Jakobs, em detalhe, veja-se BUSATO, P. C. **La tentativa del delito**: Análisis a partir del concepto significativo de la acción. Curitiba: Juruá, 2011, p. 311-313.

⁹ Referimo-nos aqui a VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del Sistema penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996 (existe uma segunda edição atualizada e ampliada de 2011, onde o autor explora vários temas específicos da teoria do delito e de outras áreas) e FLETCHER, G. P. **Rethinking Criminal Law**. New York: Oxford University, 2000 (existe edição compilada apenas voltada ao que se poderia qualificar de uma parte geral do Direito penal) – FLETCHER, G. P. **Basic concepts in criminal law**. New York: Oxford University, 1998 – a qual apareceu também em língua espanhola com tradução de Francisco Muñoz Conde como FLETCHER, G. P. **Conceptos básicos de derecho penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997. Ainda que entre estes autores haja matizes diferentes, é clara a vinculação a um modelo linguístico que arranca das bases oferecidas pelo segundo Wittgenstein em *Philosophische Untersuchungen* (1953), no Brasil publicada como WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

¹⁰ OLIVEIRA, A. C. C. de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de Intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCrim, 2013, p. 29

¹¹ Segundo Víctor Rodríguez, além da função imediata de tutela de bens jurídicos, o Direito penal possui duas outras funções mediatas: exercício do controle social e limitação do “Direito de punir do Estado” (RODRÍGUEZ, V. G. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010, p. 1-6). No entanto, não nos parece acertada a expressão “Direito de punir”. Afinal, “O Estado não é, em realidade, portador de direitos. Nem pode ser, porquanto não é indivíduo e não realiza o ato de mútua convivência. Só pode ser portador de direitos quem pode exigir, para si, em prol de seu próprio interesse, alguma atitude de outro. Tudo o que o Estado exige de cada um não é de seu próprio interesse, mas de interesse dos demais indivíduos. Assim, o Estado não é detentor de direitos, é

equalizar a tradicional tensão entre o normativo e empírico (real)¹², neste caso, a partir de um *approach* linguístico, e refrear o fetiche punitivista¹³. Desde já, destaca-se que uma ampliação inadequada dos instrumentos repressivos na esfera de delinquência econômica não proporcionará uma harmonização positiva do Direito penal, mas apenas um reforço em cascata da agressividade de um método excludente já desmascarado pela doutrina¹⁴.

E a razão dessa afirmação reside na correção de um tema popularizado na doutrina nacional: não se está diante de um processo de expansão (ampliação) do Direito penal, mas apenas de um processo de migração. Se o volume de relações sociais nos dias de hoje aumentou exponencialmente em relação a 10, 20 ou 50 anos atrás e, uma vez reconhecido que as relações sociais podem ser lícitas ou ilícitas, nada mais lógico que, em números absolutos, ambas tenham crescido. A simples conclusão de que há hoje um número maior de relações sociais ilícitas é uma constatação absolutamente vazia. É uma decorrência lógica da ampliação das redes de relacionamento social. O que realmente é importante – e diferencial na produção de um resultado de encarceramento – é o abuso cometido principalmente no âmbito das técnicas de imputação que por vezes recortam direitos fundamentais. Aí sim poderá residir um processo perverso de ampliação punitiva. É inerente ao Direito penal que, de tempos em tempos, ele se autorrecicle, substituindo determinados objetos importantes até então por outros, acompanhando o constante e irrefreável movimento pendular de desenvolvimento social.¹⁵

mero gestor de direitos alheios (dos indivíduos). Portanto, não existe um *direito* de punir, posto que não é o Estado quem exige nada para si. São os demais indivíduos que *exigem* como *direito* seu que o Estado empregue o mecanismo de controle social do Direito penal. Assim, para o Estado remanesce somente um *dever* de punir e jamais um *direito*” (BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013, p. 19). Ademais, sobre a necessidade de unificação entre a função da pena e a função do Direito penal enquanto exercício do controle social do intolerável pela seleção de bens jurídicos: BUSATO, P. C. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, A. Zr. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 511-523.

¹² Conforme HASSEMER, W. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993, p. 86.

¹³ Sobre o assunto: DAVID, D. F.; SALOMÃO NETO, A. Fetichismo e pena: reflexões sobre psicanálise no direito penal. **O Mal-Estar no Direito**, v. 2, n. 2. set./2016, p. 1-17.

¹⁴ A natural segregação social e exclusão realizada pelo Direito penal é bem denunciada pela Criminologia crítica, especialmente em: BARATTA, Ao. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 161 e ss. No campo econômico, verifica-se uma possível ampliação desenfreada em cascata, conforme apontam SILVEIRA, R. de M. J. Op. cit., p. 178-83; DAVID, D. F. Funções do tipo e contenção da ampliação punitiva em matéria penal econômica. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico**, Curitiba, v. 3, n. 3, maio/jun. 2015, p. 3; SCHMIDT, A. Z. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 227 e ss, por isso a necessidade de conter o anseio punitivista sobre essa esfera de tutela.

¹⁵ Nesse sentido, BUSATO, P. C. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 173.

O que se pode apurar como erro de escolha metodológica do sistema está no fato das demais áreas do Direito avançarem “em direção a uma postura de controle mais ingerente, de caráter eminentemente sancionatório dilapidando diferenças estruturais entre a sanção administrativa e a penal”¹⁶.

Por isso, se for adotado um discurso desenfreado de aumento da repressão penal sobre os novos valores ou sobre novas formas de relação da atual sociedade, sem a devida cautela e sem respeitar a estruturação principiológica, metodológica e o recorte teórico do Direito penal, estar-se-á legitimando o abuso da autoridade estatal em detrimento dos cidadãos: o aumento de repressão penal sobre as camadas sociais economicamente favorecidas não gera justiça sobre elas, mas reforça a injustiça sobre as camadas menos favorecidas.

O discurso de aumento da sanção penal jamais coincide com o aumento de justiça social. Não se proporciona bons resultados à população com a agressão às garantias penais dessa mesma população, uma vez que os princípios e modos de atuação do Direito penal devem conviver de forma harmônica com os demais valores da sociedade¹⁷.

Nesse passo, as propostas modernizadoras ou autonomizadoras do Direito penal econômico mal disfarçam uma tendência a justificar, pela bipartição, a criação de um espaço para o afastamento das garantias conquistadas duramente ao longo da evolução do pensamento jurídico. Pouco importa se é atribuído a este método repressivo o nome de *Direito penal econômico*, *Direito penal de classe alta*, *Direito penal moderno* ou *Direito de duas ou três velocidades*¹⁸:

É possível chamar o controle social mais grave exercido pelo Estado de Direito penal, de Direito administrativo, de Direito civil, até mesmo de liquidificador ou de abajur, se quisermos! Isso não desnatura o fato de que está aí presente o mecanismo mais grave que o Estado dispõe para a ingerência na vida do cidadão. Como tal, esse mecanismo deve gozar da melhor estrutura de garantias. Esta é uma máxima da qual a evolução social da humanidade simplesmente não pode

¹⁶ Ibid., p. 172.

¹⁷ “Os princípios garantistas do direito penal convivem constitucionalmente com os valores promotores de condições essenciais de vida com dignidade, tais como os direitos à saúde, à educação, os direitos trabalhistas, o meio ambiente, bem como as regras da atividade econômica, caso da livre concorrência e do limite ao poder econômico. Apenas esta ‘convivência’, jamais ‘submissão’, pode consagrar um regime democrático com cariz social” (BERCOVICI, G.; SOUZA, L. A. de. Intervencionismo econômico e direito penal mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, W. T. de et al. **Direito penal econômico: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann**. São Paulo: LiberArs, 2013, p. 13-28).

¹⁸ A remessa aqui é às insustentáveis teses de Silva Sánchez, cuja evidente conexão com um Direito penal do inimigo aparece indisfarçada na terceira edição de sua conhecida monografia, cuja terceira edição, não por acaso, recebeu um prólogo de Günter Jakobs. Confira-se em SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Expansión del derecho penal**. 3. ed. Montevideo; Buenos Aires: B. de F., 2011.

prescindir. Isso é inegociável. Já, por outro lado, se vamos produzir o abandono do *Direito penal* por algo melhor do que ele, como queria Radbruch, ou se vamos avançar e chamar tudo de *Direito civil*, pouco importa. O importante é que as intervenções mais graves estejam *pari passu* com as garantias mais afirmadas.¹⁹

Por isso, repete-se com Hassemer: a política criminal a ser adotada deve seguir um modelo de liberdade e garantias²⁰. Logo, frente ao momento atual de migração das instâncias jurídicas, imposta pela irrefreável mudança dos valores e interesses sociais, o que se deve ter como inegociável é a preservação das garantias penais, por meio da preservação dos princípios gerais do Direito penal, o que é plenamente possível de ser realizado pelo modelo significativo conforme se verá adiante.

A opção pelo posicionamento de que o Direito penal econômico não é um ramo autônomo do Direito penal, preservando-se, portanto, sua estrutura metodológica, principiológica e recorte teórico, não subtrai, por outro lado, a necessidade de apresentar um conceito para essa área de atuação, dadas as características e peculiaridades dessa área temática, bem como por razões de precisão metodológica, vale dizer, para permitir que se saiba exatamente ao que se está referindo, ao empregar-se o termo.

1.2 CONCEITO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO

De acordo com Klaus Tiedemann, existem quatro possíveis abordagens para conceituar o Direito penal econômico. A primeira se baseia em uma *perspectiva processual-criminalística*. Para essa abordagem, os delitos econômicos são “delitos patrimoniais puros com complexidades processuais (probatórias)”²¹. Nesse sentido, os problemas do Direito penal econômico seriam solucionados pela adoção de medidas relativas ao pessoal, aos recursos materiais e às questões de organização²². Verifica-se que a expressão “criminalística” está vinculada à estruturação dos organismos de investigação e persecução penal, os quais,

¹⁹ BUSATO, P. C. **Fundamentos...** op. cit., p. 173. Gusvat Radbruch defendia que “a evolução do direito penal em outros períodos transcenda o direito penal e que seu aperfeiçoamento (*Verbsserung*) não desemboque em direito penal *melhor* (*besseres*), mas em um direito de melhora ou de correção (*Besserungsrecht*) e prevenção, que seria *melhor que* (*bessr als*) o direito penal, quer dizer, muito mais inteligente e muito mais humano” (RADBRUCH, G. **Filosofia do direito**. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2010, p. 246).

²⁰ HASSEMER, W. **Direito penal: fundamentos, estrutura, política**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2008, p. 300 e ss.

²¹ TIEDMANN, K. **Manual de derecho penal económico: parte general y especial**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 55.

²² *Ibid.*, p. 56.

realmente, detêm problemas estruturais. Porém, essa perspectiva não consegue explicar a particularidade dos delitos patrimoniais como verdadeiros crimes econômicos²³.

A segunda abordagem tenta conceituar o Direito penal econômico sob um viés criminológico. Conforme preceitua Tiedemann, as concepções que partem de aspectos criminológicos se baseiam, em parte, nas repercussões geradas pelos delitos econômicos e, em parte, no abuso da confiança necessária ao tráfego das operações econômicas²⁴. Essa confiança não deve ser entendida como uma confiança individual dos agentes do mercado considerados de forma pessoal (individualizada), mas como uma confiança institucionalizada²⁵. Um sistema institucionalizado nas relações de confiança do tráfego econômico se aproxima muito dos chamados sistemas-peritos referidos por Giddens²⁶, os quais regem as relações na modernidade reflexiva. Nesse sentido, Tiedemann exemplifica com o caso das relações de consumo: “o consumidor moderno deve confiar necessariamente na qualidade dos alimentos e objetos de primeira necessidade, já que individualmente não possui mecanismos de controle dessa qualidade”²⁷. Ademais, a perspectiva criminológica destaca as características do autor do crime econômico, como aquele definido por Sutherland como uma pessoa “de respeito e elevado *status* social no exercício de sua profissão”²⁸. Essa abordagem criminológica fundada no pensamento de Sutherland, porém, é criticável pela ausência de uma reafirmação doutrinária (e até mesmo empírica). Helena Regina Lobo da Costa aponta críticas à adoção do pensamento de Sutherland aos dias atuais sem delimitar certas ressalvas²⁹. Segundo a autora, estudos contemporâneos comprovam que a criminalidade econômica não é praticada exclusivamente pelas camadas mais altas, como afirmava Sutherland, mas também pela classe média³⁰. Em sentido idêntico, Eduardo Correia afirma que existem “condutas desviantes das regras da ordem econômica levadas a cabo por ‘homens de colarinho branco’ que não constituiriam crimes”³¹, ao mesmo tempo

²³ Ibid., p. 56.

²⁴ Ibid., p. 57.

²⁵ Ibid., p. 57.

²⁶ GIDDENS, Ay. **As consequências da modernidade**. Trad. de Raul Fiker. São Paulo: Editora da UNESP, 1991, p. 85-102.

²⁷ TIEDEMANN, K. Op. cit., p. 57.

²⁸ SUTHERLAND, E. H. **El delito de Cuello Blanco**: versión completa. Montevideo: Editorial B. de F., 2009, p. 9.

²⁹ COSTA, H. R. L. da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013, p. 30 e ss.

³⁰ Ibid., 44.

³¹ CORREIA, E. Introdução ao direito penal económico. In: **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1: Problemas Gerais, p. 309.

em que “muitas acções violadoras da ordem económica seriam praticadas por homens de ‘colarinho azul’, ou seja, de inferior extracção social”³².

A terceira perspectiva se vale de uma conceituação jurídico-dogmática. Sob esse aspecto, o Direito penal econômico seria conceituado pela natureza supraindividual dos bens jurídicos tutelados³³. Nesse mesmo sentido, Gunther Arzt atenta ao fato de que a natureza do bem jurídico é fundamental para a classificação dos tipos penais³⁴. Afirma Arzt que os crimes contra a coletividade são “mais difusos e mais dificilmente arroláveis. A razão está no fato de que Estado, coletividade, interesses coletivos e interesses de instituições públicas especiais são dificilmente dissociáveis uns dos outros”³⁵. A fragilidade dessa construção reside em que há muitos bens jurídicos de natureza supraindividual cuja ofensa não se vincula necessariamente à atividade econômica, assim como é possível falar em aflições – às vezes massivas, como lesões causadas por poluição, por exemplo – a direitos individuais fundamentais, derivados de atividades criminosas no âmbito empresarial.

Por outro lado, é forçoso reconhecer que, na maioria das vezes, os crimes econômicos implicam aflição de bens jurídicos supra-individuais.

A quarta abordagem trata da conceituação do Direito penal econômico pelos instrumentos das relações empresariais como objeto de proteção, porém essa abordagem está atrelada à terceira. Segundo Tiedemann, o ponto de vista baseado nas considerações dogmático-penais dos bens jurídicos tutelados se complementa por meio da proteção dos instrumentos das relações comerciais, que são utilizados de forma abusiva na realização de delitos econômicos³⁶.

Tais abordagens, porém, parecem insuficientes para delimitar totalmente o problema da conceituação do Direito Penal Econômico. Elas demonstram algumas características do sistema sem estabelecer um conceito válido. Ademais, interessante relatar que em estudo anterior ao desenvolvimento de seu *Manual de Direito Penal Econômico*, o próprio Tiedemann mesclava esses critérios sob a égide de um conceito amplo de Direito Penal Econômico³⁷. Metodologia parecida foi utilizada por Jorge de Figueiredo Dias e

³² Ibid..

³³ TIEDEMANN, K. Op. cit., p. 58.

³⁴ ARZT, G. A parte especial do direito penal material. In: ROXIN, C.; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 105.

³⁵ ARZT, G. Op. cit., p. 105-106.

³⁶ TIEDEMANN, K. Op. cit., p. 59.

³⁷ TIEDEMANN, K. **Poder económico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Editorial Ariel, 1985, p. 10-15.

Manuel da Costa Andrade. Para os autores portugueses, é possível conceituar o Direito Penal Econômico por meio de três critérios: criminológico, criminalístico e eclético³⁸. O criminológico, como já mencionado, delimita o conceito desses crimes nas qualidades do agente³⁹. Segundo os autores, tal fundamento é facilmente criticado, pois “enquanto não houver ideias seguras sobre as formas, frequência etc. da criminalidade econômica, todo o conceito de Direito Penal Econômico será, pelo menos, provisório”⁴⁰.

O critério da perspectiva criminalística, parte dos mesmos argumentos utilizados por Tiedemann. Assim, verifica-se o Direito Penal Econômico como uma área em que os delitos só podem ser “investigados e julgados mediante processos especiais, por policiais e magistrados dotados de conhecimento da moderna vida econômica e mediante o dispêndio de avultas quantias”⁴¹. Isso se daria como consequência da natural complexidade dos delitos econômicos. Logo, partir-se-ia de um conceito que se baseia na dificuldade de atuação dos mecanismos tradicionais de repressão, o que não parece ser um critério seguro, principalmente pelo fato de que não são apenas os delitos econômicos de difícil investigação. Inúmeros são os casos em que se verificam a utilização e o desenvolvimento de novos e complexos meios de perícia criminal. Todavia, a ideia central desse critério é a de fomentar a delimitação da atuação do Direito penal econômico para as condutas que “naturalmente” mereceriam tais modelos especiais de procedimento.

Por fim, os autores indicam um critério eclético, o qual definiria o Direito penal econômico em razão dos valores inerentes às relações empresariais. Assim, o delito econômico seria definido em “função duma *violação da confiança* em que se assenta a vida econômica e sem a qual esta não é possível”⁴². Nesta perspectiva, a confiança se converte no bem jurídico tutelado pela norma⁴³ – o que é bastante questionável em nível dogmático. Figueiredo Dias e Costa Andrade se atentam ao problema de delimitar um bem jurídico penal com um conceito tão vago e afirmam que uma solução intermediária seria adotar um conceito de delito econômico no qual esteja contida a violação de confiança como algo vigente na vida econômica acrescentada da lesão a um bem jurídico que seria a ordem econômica, a vida econômica etc.⁴⁴

³⁸ DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. Problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, R. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 64-98.

³⁹ Ibid., p. 81.

⁴⁰ Ibid., p. 82.

⁴¹ Ibid., p. 82.

⁴² Ibid., p. 83.

⁴³ Ibid., p. 83.

⁴⁴ Ibid., p. 84.

A dificuldade de um conceito seguro decorre das características desse modelo de intervenção estatal na economia. Como aponta Wiliam Terra de Oliveira, “dinamismo, originalidade e instabilidade são marcas próprias do Direito Penal Econômico”⁴⁵, daí, então, reforçar a ideia de que conceituar o Direito penal econômico seja uma tarefa árdua e que parece, no mínimo, algo controvertido. Nessa esteira, Klaus Tiedemann apurou que os conceitos não são claros nem unívocos, especialmente quando se utiliza de pesquisas comparativas entre ordenamentos estrangeiros⁴⁶. Ao analisar o tema, Eduardo Novoa Monreal sustentou ser realmente difícil uma ideia unívoca de delito econômico, pois os valores selecionados pelo ordenamento econômico variam de país para país, de sistema para sistema⁴⁷.

Diante de tais adversidades, parece que o melhor caminho a ser adotado para uma conceituação deve repousar no que se busca com o Direito penal econômico. Portanto, se o almejado corresponder a uma tutela estatal sobre a economia, esta atividade aparenta ser um bom início para a definição de um conceito⁴⁸. Afinal, “seu desenvolvimento desde o início, sempre esteve ligado à qualidade e grau de intervenção do Estado na vida econômica”⁴⁹, seja pela delimitação do campo de atuação, seja pelos bens jurídicos que serão tutelados por si. Nesse sentido, a doutrina se divide em duas vertentes. De um lado, autores que adotam um conceito restrito de Direito penal econômico e, do outro, um grupo que adota um conceito amplo.

Segundo Esteban Righi, defensor do conceito restrito, o Direito penal econômico deve ser conceituado como o conjunto de “normas jurídico-penais que protegem o ordenamento econômico, entendido como a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia”⁵⁰. Logo, entende o delito econômico como “a infração que lesa ou

⁴⁵ OLIVEIRA, W. T. de. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, jul./set. 1995, p. 233.

⁴⁶ “Por exemplo, quando os espanhóis falam de *delitos económicos*, os ingleses de *business crimes*, os franceses de *délits d'affaires*, os suecos de *ökonomisk brottsliget* e os alemães de *Wirtschaftsdelikte*, não se alude ao mesmo assunto. Esta evidente discrepância obstaculiza o desenvolvimento científico, o intercâmbio de experiências e o desenvolvimento das reformas penais; o que justifica que aqui intencionamos precisar o alcance desses conceitos fundamentais” (TIEDEMANN, Ks. **Poder...** Op. cit., p. 9.). No mesmo sentido, Eduardo Correia comenta a dificuldade de utilização da terminologia do direito francês (CORREIA, E. Op. cit., p. 313).

⁴⁷ MONREAL, E. N. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982, p. 120.

⁴⁸ No mesmo sentido, FRAGOSO, H. C. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982, p. 122-123.

⁴⁹ OLIVEIRA, W. T. de. Op. cit., p. 233.

⁵⁰ RIGHI, E. **Derecho penal economico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991, p. 320.

põe em perigo essa atividade interventora e regulamentadora do Estado na economia”⁵¹. Outro defensor dessa corrente foi Heleno Fragoso⁵².

Defendendo a adoção de um conceito amplo, Carlos Martínez-Buján Pérez define os delitos econômicos como

as infrações que vulneram bens jurídicos supraindividuais de conteúdo econômico que, enquanto não afetam diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, transcendem a dimensão puramente individual-patrimonial; trata-se de interesses gerais de conteúdo econômico ou trata-se – ao menos – de interesses de amplos setores ou grupos de pessoas.⁵³

Klaus Tiedemann explica que se outorga um âmbito maior “ao conceito de delitos econômicos, aceitando a ideia de que o Direito Econômico está formado pelo conjunto de normas jurídicas promulgadas para a regulação da produção e a fabricação e distribuição de bens econômicos”⁵⁴. Segundo Tiedemann, essa perspectiva mais ampla possibilita a aceitação, como delitos econômicos, não apenas dos fatos puníveis dirigidos contra os planos econômicos estatais, mas também todo o conjunto de delitos relacionados à atividade econômica e direcionados contra as normas estatais que organizam e protegem a vida econômica⁵⁵. Outro defensor da vertente conceitual ampla é Paulo Salvador Frontini que atribui ao conceito de delito econômico um viés mais pragmático e amplo, entendendo que tais condutas “vão desde o grande estelionato até o crime contra a economia popular e a fraude fiscal”⁵⁶. Para ele, o delito econômico é “uma entidade que se externa sob variados matizes, atingindo bens jurídicos inerentes à intervenção do Estado na economia, quer esta intervenção se projete no campo mercantil, administrativo, tributário, trabalhista ou outro qualquer”⁵⁷. Ainda segundo Frontini, o delito econômico é executado, em regra, por meio de uma empresa, tendo sua maior expressividade em “crimes de execução sofisticada”, tais como: estelionato, duplicata simulada, fraude no comércio, fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedade por ações, receptação, crimes contra a propriedade industrial, crimes falimentares, crimes contra a

⁵¹ RIGHI, E. Op. cit., p. 321.

⁵² FRAGOSO, H. C. Op. cit., p. 123.

⁵³ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa...** Op. cit., p. 99 e ss.

⁵⁴ TIEDEMANN, K. **Poder...** Op. cit., p. 19.

⁵⁵ Ibid., p. 20.

⁵⁶ FRONTINI, P. S. Crime econômico por meio da empresa. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. **Direito penal econômico e da empresa: direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 220. v. 2 (Coleção Doutrinas Essenciais).

⁵⁷ Ibid., p. 220.

economia popular, crimes contra a organização do trabalho, crimes contra a saúde pública, crimes em matéria financeira e creditícia (bancos, instituições financeiras, seguros, títulos de crédito) e sonegação fiscal⁵⁸.

Em sentido próximo, Francisco Muñoz Conde afirma que a evolução econômica na Europa necessitou de um conceito de ordem econômica mais amplo, o qual servisse como fator aglutinante. Desse modo, passou-se a admitir um conceito de ordem econômica como a “regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços, uma chave que permitia englobar todas as infrações delitivas que tivesse vinculada ao mundo da economia”⁵⁹. Relata o catedrático espanhol que essa foi a perspectiva adotada pelo projeto de reforma penal na Espanha em 1994. No entanto, protesta dizendo que isso proporcionaria uma ampliação desmedida do conceito de delito econômico, ampliando-se ele a campos que não pertence⁶⁰.

Ante o exposto, verifica-se que há incongruências na adoção de ambos os conceitos. René Ariel Dotti, em escrito de 1982, afirma que “dentro do gênero ‘Direito Penal Econômico’ gravitam as mais variadas espécies segundo as preferências semânticas dos escritores”⁶¹, razão pela qual “a tentativa de precisar conceitualmente a natureza, o objeto e os fins da disciplina traduzem esforços permanentes da doutrina”⁶².

Na intenção de transpassar esse dilema conceitual, a Associação Internacional de Direito Penal (AIDP), em seu XIII Congresso Internacional, teve como objeto de discussão o conceito e os princípios do Direito Penal Econômico e da Empresa. O congresso foi realizado na cidade do Cairo e, ao final do evento, foi apresentada uma Carta de Recomendações. A lista é composta por 19 recomendações⁶³, sendo clara e inequívoca a adoção de uma

⁵⁸ Ibid., p. 220, nota de rodapé 3.

⁵⁹ MUÑOZ CONDE, F. Principios politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, jul./set. 1995, p. 9.

⁶⁰ Em suas palavras: “A elefantíase da atitude megalomaniaca, sem dúvida bem intencionada, tomada pelos redatores, teria conduzido na prática à esterilidade e ineficácia de toda a regulação que se preconizava, não somente por suas insuficiências técnicas, senão, porque pretendendo abarcar tudo, se diluía em puro voluntarismo ideológico incapaz de transformar a realidade econômica subjacente” (MUÑOZ CONDE, F. Op. cit., p. 10).

⁶¹ DOTTI, R. A. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, jan./jun. 1982, p. 144.

⁶² Ibid.

⁶³ As recomendações estão anexadas ao término da obra de Klaus Tiedemann, “Poder económico y delito” (apêndice A, p. 183-185), já referenciada anteriormente (nota 37) e também ao final de um trabalho de Heloisa Estellita (ESTELLITA, H. Tipicidade no direito penal econômico. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. **Direito penal econômico e da empresa**: direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais,

perspectiva ampla, conforme se verifica nas recomendações 1⁶⁴, 4⁶⁵ e 5⁶⁶, adotada no presente trabalho⁶⁷.

2 A DELIMITAÇÃO DA QUESTÃO ENFRENTADA

Ao adotarmos os parâmetros de reconhecimento da delinquência econômica como sendo aquela afletiva da economia como um todo, ou de setores importantes dela, bem como que boa parte dessas afetações deriva de delitos praticados no âmbito das empresas privadas e públicas, surge como evidente que um dos pontos-chave de discussão no Direito penal econômico e no Direito penal empresarial é a responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

De modo geral, é possível afirmar que nos últimos 20 ou 30 anos muitos ordenamentos jurídicos europeus continentais têm se voltado para a questão da responsabilização penal das pessoas jurídicas. Parece crescente uma consciência de que boa parte dos problemas mais graves com que se enfrenta a população em geral, encontra-se relacionado às atividades empresariais, o que tem levado que o Direito penal, tradicionalmente afastado deste campo, venha sendo convocado para atuar nele.

2011. (Coleção Doutrinas Essenciais) v. 2, p. 153-174). Interessante consignar que as recomendações não foram “criadas” no congresso. Em setembro de 1982, ocorreu um colóquio preparatório para congresso na cidade de Freiburg, no qual já haviam sido apresentados 17 recomendações, as quais estão apresentadas no trabalho de José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade (COSTA, J. de F.; ANDRADE, M. da C. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: Notas a propósito do Colóquio preparatório da AIDP. In: PODVAL, R. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 118-120). Ambas as listas estão publicadas no site da AIDP <www.penal.org>.

⁶⁴ 1. A delinquência econômica e de empresa afeta com frequência ao conjunto da economia ou a setores importantes da mesma e de interesse especial em numerosos países independentemente de seus sistemas econômicos.

⁶⁵ 4. A expressão “Direito Penal Econômico” se emprega aqui para circunscrever os delitos contra a ordem econômica. A expressão “Direito Penal de Empresa” se refere aos delitos praticados no âmbito das empresas privadas e públicas. Ambas as expressões se encontram intimamente relacionadas no sentido de que os delitos atingem regulações legais que organizam e protegem a vida econômica.

⁶⁶ 5. Na maioria dos casos, o Direito Penal tutela, neste âmbito, bens jurídicos coletivos, não apenas individuais. A maior parte destes bens jurídicos coletivos resulta mais difícil de serem determinados e defendidos do que os bens jurídicos individuais, em razão de seu caráter particularmente complexo e difuso. Por isso, existe uma necessidade especial de proteger estes interesses coletivos. Sua proteção a cargo da lei penal deveria estar incluída no Código Penal.

⁶⁷ Para detalhes sobre a opção pela perspectiva ampla aqui adotada, veja-se DAVID, D. F. **Fundamentação principiológica do direito penal econômico**. Op. cit., p. 102.

Na verdade, conforme bem ressalta Quintero Olivares⁶⁸, pode-se dizer que “não só a ‘sociedade’ pode cometer delitos, senão que importantes formas de criminalidade, somente podem ser desenvolvidas por sociedades”.

Entretanto, a reação legislativa de implantação da responsabilidade penal dos entes coletivos, havida em vários países do entorno latinoamericano, como Chile, Colômbia e México (além de projetos de Código no Brasil e Argentina) e outros do ocidente europeu, como Itália, Portugal, Espanha, Holanda, Suíça e França, salvo no caso desta última, não encontraram na doutrina, uma estrutura teórica assentada capaz de dar-lhe acolhida sem maiores solavancos.

Pelo contrário.

No Brasil, assim como em boa parte da América Latina, seguem sendo dominantes concepções finalistas acerca da teoria do delito, mesmo que já tenha sido amplamente demonstrada a sua completa falência de paradigmas⁶⁹ e tenha sido evidenciada a artificialidade de suas oposições ao causalismo neokantiano⁷⁰, que visava pouco mais do que disfarçar vinculações de importantes penalistas com o nacionalsocialismo⁷¹.

Na Europa, as estruturas funcionalistas que são dominantes no contexto europeu pouco avançaram nessa direção. Em primeiro lugar, pensamos que isso se deve a que, ao serem desenvolvidas como matrizes na Alemanha e nesse país não ter sido proposta legislativamente uma responsabilidade penal de pessoas jurídicas, as estruturas não foram compelidas a moverem-se nesta direção. Em segundo lugar, porque a fórmula técnico-jurídica de matriz alemã, explorada principalmente na Espanha⁷², para acomodar o problema da responsabilidade penal de pessoas jurídicas foi o funcionalismo de corte

⁶⁸ QUINTERO OLIVARES, G. **Parte general del derecho penal**. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2010, p. 678.

⁶⁹ A ponto de já ter sido identificada como morta (deixando, por certo, inúmeras viúvas) por um setor mais sério da doutrina nacional. Veja-se GRECO, L. En Alemania, el finalismo está muerto. **Ambitojuridico.com**, Mar. 2016. Disponível em: <<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/educacion-y-cultura/en-alemania-el-finalismo-esta-muerto>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

⁷⁰ A respeito, é essencial a leitura de MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo**. Trad. de Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

⁷¹ Importa destacar que, não obstante o foco de Muñoz Conde na obra referida tenha sido a figura de Edmund Mezger, outras investigações têm demonstrado também que as propostas finalistas de Welzel também se alinharam muito às perspectivas do nacionalsocialismo, como bem demonstra Javier Llobet, ao dedicar um capítulo inteiro ao autor em seu impactante livro LLOBET, J. **Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)**. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015.

⁷² Veja-se, a respeito BACIGALUPO, E. **Compliance y derecho penal**. Cizur Menor: Aranzadi; Thomson Reuters, 2011, p. 89 e, com destaque, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNANDEZ, M.; JOSÉ FEIJOO, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Civitas-Thomson Reuters, 2012, p. 153 e ss.

sistêmico, em um modelo autopoietico, o qual, por uma parte, faz graves concessões político-criminais com as quais não é possível concordar e, por outra, remete a fórmulas de heterorresponsabilidade, disfarçadas de autorresponsabilidade através do artifício do chamado “defeito na organização”⁷³.

Não cabe aqui descer a minúcias sobre o tema, porque não é este o objeto do texto, mas basta deixar sentado que a postura é amplamente criticável, e não apenas do ponto de vista político criminal, mas também desde sua inviabilidade dogmática, já que, por muito que se aponte para o chamado *defeito na organização* como fonte do injusto da pessoa jurídica, isto não pode caracterizar, por si só o ilícito, ou seja, não é lógico falar de um *crime de defeito na organização*, e menos sentido ainda faz, converter tal defeito em uma posição de garante da pessoa jurídica que omissivamente possa ocupar a posição de autora – com domínio da organização – frente a realizações comissivas.

Além disso, dizer que uma empresa contempla um defeito em sua organização é uma afirmação acerca do modo de ser da empresa, mas jamais uma *realização* dela. A proposta não resiste sequer à mais mezinha das perguntas sobre o momento do crime, por exemplo. Se o crime da empresa é um *defeito na organização*, quando ele foi praticado? O tema é essencial para saber vários aspectos como a relevância da participação, o surgimento do dever e até mesmo a contagem da prescrição! Nesse sentido, é de clareza meridiana o conjunto de indagações insolúveis pela proposta construtivista lançados por Alfonso Galán Muñoz:

quando se dará realmente um dos defeitos organizativos que podem gerar responsabilidade penal dos entes coletivos? Quando tal efeito é suficientemente grave para determinar sua responsabilidade? É indiferente onde se dê o defeito? Qualquer defeito será suficiente para tornar automaticamente responsável a pessoa jurídica dos fatos que cometam pessoas físicas em seu seio? E mais, seria possível supor que sempre que se dê um delito no seio de uma empresa, esta não se teria organizado corretamente?⁷⁴

Portanto, como parece evidente, é impossível afirmar que a empresa tenha *praticado* um crime pelo simples defeito em sua organização.

E é justamente aqui – na questão de ter a empresa *realizado* um crime – onde alguma luz pode ser oferecida por uma perspectiva de teoria do delito fulcrada na filosofia da linguagem.

⁷³ GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Culpabilidad... Op. cit., p. 141.

⁷⁴ GALÁN MUÑOZ, A. La responsabilidad penal del persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero – y la autorresponsabilidad. **Iustel**: Revista General de Derecho penal, v. 16, nov. 2011, p. 10-11.

3 A PROPOSTA SIGNIFICATIVA E A QUESTÃO DA AÇÃO DA PESSOA JURÍDICA

Como se nota, há um esgotamento das propostas clássicas, bem como das funcionalistas do delito, de modo que a superação do paradigma não pode espaçar a uma necessária mudança de algumas teorias de base⁷⁵.

Assim, um novo referencial para o desenvolvimento da pretensão de produzir respostas aos problemas práticos atuais se oferece a partir da filosofia da linguagem. As teorias da argumentação e da comunicação possibilitaram uma mudança de ponto de vista desde as aspirações do próprio direito, no sentido de, por um lado, trocar a pretensão de verdade por uma pretensão de justiça e, de outro, permitir a confluência de aspectos normativos e ontológicos sob a medida da comunicação de um sentido. Desse modo, com a teoria da comunicação (produto da filosofia da linguagem) são obtidas novas ferramentas para compor uma teoria base mais adequada aos avanços que a esfera econômica projeta sobre o Direito penal. O sistema significativo corresponde a essa teoria.

No modelo significativo, é adotada uma concepção significativa de ação, por meio da qual se modificam as bases demarcadoras dos elementos da teoria do delito (tradicionalmente organizados em conduta, tipicidade, antijuridicidade e culpabilidade), sistematizando-se o delito⁷⁶ em: 1) Pretensão de relevância (tipo de ação); 2) Pretensão de ilicitude⁷⁷; 3) Pretensão de reprovabilidade (culpabilidade)⁷⁸; e, 4) Pretensão de Punibilidade⁷⁹.

⁷⁵ BUSATO, P. C. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 42, jul./set. 2011, p. 103.

⁷⁶ A origem doutrinária dessa classificação está em VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 491-495. No Brasil, o trabalho precursor é BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. Não obstante este livro (correspondente a sua dissertação de mestrado), aprofunda-se ainda mais alguns elementos da proposta na tese doutoral sobre tentativa como BUSATO, P. C. **La tentativa...** Op. cit., p. 40-44, culminando com o desenvolvimento completo da teoria do delito sobre esta estrutura em BUSATO, P. C. **Direito penal**: Parte Geral. 3. ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2016.

⁷⁷ A pretensão de ilicitude é dividida em objetiva e subjetiva. A pretensão objetiva de ilicitude corresponde à antijuridicidade formal, na qual estão inseridas as instâncias normativas permissivas. A pretensão subjetiva de ilicitude corresponde aos aspectos subjetivos do injusto que são referidos pelo tipo penal, representados pelas categorias dolo e culpa (cf. VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 492).

⁷⁸ Consistente na reprovação do autor do tipo de ação que deveria ter agido de modo diverso. Como bem assinala Vives Antón: *“Es una consecuencia inevitable de postular, de una parte, la validez de la norma y, de otra, de situarse ante el presunto infractor en actitud participativa, esto es, de no considerarlo meramente como um objecto de manipulación, sino como persona”* (VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 494).

⁷⁹ A pretensão de necessidade da pena, por isso está intimamente relacionada ao princípio constitucional da

O recorte teórico alicerce da teoria é a Filosofia da Linguagem do segundo Wittgenstein, especificamente das *Investigações Filosóficas*, notadamente a ideia de *jogos de linguagem* como fórmula da identificação da ação como expressão de sentido, bem assim, a concepção de ação comunicativa (ainda que não o método discursivo) de Jürgen Habermas.

No presente estudo, será dada maior atenção, apenas, à concepção significativa da ação, a qual proporcionará uma exposição adequada do rendimento da proposta significativa para a discussão do problema da ação das pessoas jurídicas.

Com o modelo significativo, a atenção deixa de ser sobre o aspecto subjetivo residente na mente do homem para se projetar especificamente sobre a dimensão social da atuação humana⁸⁰. Os fundamentos da concepção significativa da ação estão na “ideia de percepção da ação como algo que transmite um significado”⁸¹. Essa perspectiva decorre da inserção da filosofia da linguagem nos estudos dogmáticos do Direito Penal, realizados inicialmente por Vives Antón e George Patrick Fletcher.

A noção comunicativa pela linguagem permite o desenvolvimento de uma abordagem humanística do conceito de ação, porém ela não inicia com o estudo da intenção do agente, “mas com a maneira com a qual nós, enquanto observadores, entendemos se o movimento ou nenhum movimento constituem ação”⁸². Em outras palavras, a delimitação e compreensão do agir ocorrem da mesma maneira com a qual é compreendido o significado de uma palavra ou uma frase. As palavras não transmitem significados em abstrato, mas apenas no contexto da interação humana⁸³. O mesmo vale para os eventos que são definidos como ação.

A teoria significativa abandona a compreensão da ação enquanto elemento composto de um fato físico (movimento corporal)⁸⁴ acrescido a um fato mental (volição) e

proporcionalidade (VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** op. cit., p. 495). Como bem ressalva Busato, esta forma de punibilidade “não corresponde ao conceito estrito de punibilidade, ou seja, das questões a ela relacionadas que têm lugar no momento da realização da conduta incriminada (condições objetivas de punibilidade e causas pessoais de exclusão da pena), mas sim a um conceito amplo, que inclui não apenas esses elementos citados, mas também as circunstâncias que, conquanto sejam posteriores à ação incriminada – mas antes da sentença condenatória –, também tornam injustificada a imposição de uma pena (tais como todas as medidas de graça previstas no ordenamento jurídico positivo, e até mesmo aquelas não previstas expressamente pelo ordenamento)” BUSATO, P. C. **Direito penal: parte geral**. Op. cit., p. 579, destaques no original.

⁸⁰ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** Op. cit., p. 244 e ss.

⁸¹ BUSATO, P. C. **Direito Penal e ação significativa**. Op. cit., p. 155.

⁸² FLETCHER, G. P. **The grammar of criminal law: american, comparative, and international**. New York: Oxford University, 2007. v. 1, p. 282.

⁸³ Ibid.

⁸⁴ De resto, a insignificância do substrato físico da ação já tinha sido antes identificada por Eberhard Schmidt, em SCHMIDT, E. *Soziale Handlungslehre*. In: BOCKELMANN, B. (Org.). **Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag**. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1969, p. 340 e ss.

passa a compreender a ação não como algo que os homens fazem, mas como o significado do que fazem⁸⁵. Desse modo, a “ação só pode ter sentido jurídico desde que interpretada em conjunto com seu entorno”⁸⁶.

Assim, “o relevante não é nem o movimento, nem sua ausência, mas precisamente que esse código comunicativo”⁸⁷. Isso porque

o fato de que tenha uma significação não converte um movimento em ação; simplesmente a ação se manifesta através do movimento; o significado se manifesta através do movimento ou de sua ausência, que deixaram de ser ações para converter-se em meros suportes físicos – possivelmente prescindíveis – de um significado social⁸⁸.

Sendo assim, se partimos de que a única coisa que converte uma ausência de movimentos em ação é seu sentido; e que a omissão não requer suporte material algum, podemos afirmar, com Carbonell Mateu, que as concepções clássicas de interpretação do que seja uma ação ou omissão, desde um ponto de vista jurídico, estiveram equivocadamente atreladas a “um pensamento cartesiano e uns vestígios naturalistas irreduzíveis”⁸⁹ completamente incorretos, já que “a ação não era o não fazer, mas seu sentido comunicativo”⁹⁰.

Propondo dar um passo mais, Carbonell Mateu desenvolve um argumento definitivo.

Parte de afirmar que tem sentido tudo o que, de acordo com a nossa linguagem social e comunicativa comum, possa ser fonte de significado. Dessa forma, terá sentido jurídico aquilo a que juridicamente for determinado como tal. Portanto, outorgar a capacidade de submeter comportamentos a normas é uma decisão jurídica, uma escolha⁹¹.

⁸⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, Coruña, v. 5, n. 5, 2001, p. 1078-1079. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2100/1/AD-5-51.pdf>>. Acesso em 30 nov. 2015. Idêntica passagem em: MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, v. 1, n. 1, 1999. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-13.html>. Acesso em: 30 nov. 2015. A mesma observação consta em: BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**. Op. cit., p. 156.

⁸⁶ BUSATO, P. C. **Direito penal e ação significativa**. Op. cit., p. 162.

⁸⁷ CARBONELL MATEU, J. C. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGUER, E. (Org.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal: semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón**. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 316.

⁸⁸ CARBONELL MATEU, J. C. Aproximación... Op. cit., p. 316.

⁸⁹ Ibid., p. 317.

⁹⁰ Ibid., p. 317.

⁹¹ Ibid., p. 317.

É por isso que todo sujeito de direito que descumpra uma norma pode ser objeto de atribuição de sentido. Se essa atribuição de sentido se plasma na exigência do cumprimento das normas pela submissão de seu comportamento a estas, é bastante claro que quem se submete a tais normas é porque tem capacidade de ação⁹².

A conclusão óbvia do raciocínio é que “quem pode descumprir um dever exigível é sujeito de direito. E ninguém duvida da capacidade de uma pessoa jurídica para descumprir obrigações e adquirir, com isso, responsabilidades patrimoniais ou inclusive de qualquer outra índole”⁹³, portanto “se a ação é significado, as pessoas jurídicas têm capacidade de ação; podem ser sujeitos de delitos”⁹⁴.

Se o direito é uma forma de argumentar ao redor de tópicos, como afirma Vives Antón⁹⁵, naturalmente, “ação é uma expressão de sentido”⁹⁶ linguístico. E é por isso que não há qualquer dificuldade para se identificar mensagens linguísticas a respeito de *realizações* de resultados por condutas de pessoas jurídicas no ambiente coloquial. São perfeitamente plausíveis para quem quer que seja, e dotadas de pleno sentido, as expressões: “a companhia petrolífera causou poluição na baía de Guanabara” ou “a empresa X fraudou o seu balanço no ano passado”.

Identificada a possibilidade de realização de conduta pela pessoa jurídica, encontra-se aberta nova senda a percorrer – neste trabalho apenas indicada – para a construção de uma fórmula autêntica de autorresponsabilidade, que não tenha que socorrer-se de artificialidades como as construções relacionadas ao defeito na organização.

Esse sentido comum deriva de que no mundo atual nossas vidas estão completamente atreladas às atividades desenvolvidas por pessoas jurídicas, já sejam estas de caráter público ou privado.

Há ainda, um argumento de ordem político-criminal que reforça a convicção de que a escolha por uma determinada concepção acerca da ação que abranja o conjunto de atividades desenvolvidas por pessoas físicas e jurídicas é a mais adequada: a igualdade.

O sistema jurídico em geral é desenhado segundo escolhas. Identifica-se a existência de pessoas coletivas como centros de irradiação de direitos e deveres. Uma vez percebido que as *realizações* dos entes coletivos configuram a expressão de sentido de ação ou omissão juridicamente relevante, inclusive para o Direito penal, retira-se-lhes uma condição de privilégio à qual indevidamente foram alçadas.

⁹² Ibid., p. 317.

⁹³ Ibid., p. 317.

⁹⁴ Ibid., p. 318.

⁹⁵ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos...** op. cit., p. 489.

⁹⁶ Ibid., p. 488.

Se o ordenamento jurídico deve ser entendido como um sistema de controle social, munido de um mecanismo sancionador que ameaça os descumprimentos das normas com sanções, parece evidente que todos os sujeitos capazes de descumprimento das normas de convivência vejam-se submetidos a idênticas classes de sanções. Definitivamente, esse sistema não poderia funcionar sem uma submissão igualitária de todos às consequências das violações normativas. Qualquer desequilíbrio dessa igualdade representa um óbvio abuso da posição de poder⁹⁷. No caso das pessoas jurídicas isso é um mínimo exigível, uma vez que estas sequer se situam em uma posição de igualdade com as pessoas físicas, mas sim em uma posição de superioridade, tal como já identificou, há muito tempo, o direito civil, especialmente na esfera consumerista.

É sabido que, especialmente no Brasil, segue grassando o velho aforisma de que as sociedades não podem delinquir.

No entanto, se refletimos um pouco mais sobre a clássica expressão *societas delinquere non potest*, nos damos conta de que se lhe pode tomar em dois sentidos distintos: ou se está afirmando que tais pessoas não podem cometer condutas que comportam lesões de interesses e direitos do resto dos sujeitos submetidos ao ordenamento jurídico, ou se quer dizer que, embora haja realizações de pessoas jurídicas afitivas de interesses de sujeitos de direitos, o ordenamento jurídico não pode reagir a tais fatos empregando o Direito penal.

Segundo bem aponta Carbonell Mateu, “a primeira afirmação seria simplesmente ridícula e palmariamente falsa, a segunda comportaria a absoluta ineficácia do sistema jurídico para garantir direitos e, por conseguinte, para permitir a vida em sociedade”⁹⁸.

Com efeito, sustentar que as pessoas jurídicas são incapazes de realizar qualquer classe de ação implica uma clara opção de avestruz, de ocultar a cabeça em um buraco no chão, para evitar presenciar o problema óbvio. As empresas deflagram atividades que se inscrevem entre as mais gravemente destrutivas dos interesses dos indivíduos em sociedade e, ao optarem deliberadamente – já que o direito é apenas o desenho de uma escolha de formas de regulação da vida em sociedade – por um conceito jurídico de ação que exclua as pessoas jurídicas, representam nada menos que a defesa de um privilégio em favor de poderosos.

⁹⁷ Esta ideia é oferecida como fundamento político-criminal da responsabilidade penal de pessoas jurídicas por CARBONELL MATEU, J. C.; MORALES PRATS, F. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). **Comentarios a la reforma penal del 2010**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, p. 57-58.

⁹⁸ CARBONELL MATEU, J. C. Aproximación... Op. cit., p. 310-311.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Como se viu, é bastante intrincada, já de início, a delimitação do objeto de interesse do Direito penal econômico, bem assim, a formulação de um conceito que possa ser útil para o debate e a elucidação das questões relativas ao controle social penal nesta seara.

Aparentemente, um conceito amplo, que diga respeito às vinculações entre práticas delitivas e atividade empresarial não apenas corresponde a uma escolha melhor de um ponto de vista de uma realidade criminológica inexorável, como também se justifica a partir de que permite uma aproximação entre as bases teóricas do Direito penal em geral nos casos envolvendo a atividade empresarial, de modo a preservar a unidade das garantias deste mecanismo de controle social.

No entanto, também é certo que muitos dos problemas com o qual se depara o Direito penal econômico carecem de solução adequada ao amparo de teorias do delito tradicionais, tais como os modelos ontológicos (seja de corte causal ou final) ou funcionalistas, reclamando uma nova aproximação.

Esta nova aproximação parece ter origem em uma denominada *Teoria Significativa*, que explore os problemas clássicos de imputação a partir de um viés dado pela Filosofia da Linguagem.

Essa proposição oferece novas perspectivas de rendimento teórico em vários pontos relacionados à imputação no campo do Direito penal econômico. Um deles, em particular, é o que diz respeito à responsabilidade penal de pessoas jurídicas, para cujo debate as ferramentas teóricas tradicionalmente ofertadas proporcionam poucas e inadequadas soluções.

Entre os vários problemas que supõe a imputação dos entes coletivos, surge com crucial importância a questão da capacidade de ação.

Precisamente neste ponto, uma concepção significativa de ação – a compreensão da ação como expressão de sentido – abre passo para a identificação de condutas perpetradas por pessoas jurídicas, abrindo passo a novas possibilidades de discussão de fórmulas de autorresponsabilidade das empresas.

A solução, ademais, resulta bem orientada político-criminalmente, na medida em que promove o resgate de uma igualdade de tratamento do sistema jurídico em face dos portadores de direitos e obrigações que hoje claramente discrimina em favor dos mais poderosos, ou seja, das pessoas jurídicas.

REFERÊNCIAS

- ARZT, G. A parte especial do direito penal material. In: ROXIN, C.; ARZT, G.; TIEDEMANN, K. **Introdução ao direito penal e ao direito processual penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2007. v. 1. p. 77-142.
- BACIGALUPO, E. **Compliance y derecho penal**. Cizur Menor: Aranzadi; Thomson Reuters, 2011.
- BARATTA, A. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. 3. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2002.
- BECK, U. **La metamorfosis del mundo**. Tradução: Fernando Borrajo Castanedo, Barcelona: Paidós, 2017.
- BERCOVICI, G.; SOUZA, L. A. de. Intervencionismo Econômico e Direito Penal Mínimo: uma equação possível. In: OLIVEIRA, W. T. de et al. **Direito penal econômico**: estudos em homenagem aos 75 anos do Professor Klaus Tiedmann. São Paulo: LiberArs, 2013. p. 13-28.
- BUSATO, P. C. Bases de uma teoria do delito a partir da filosofia da linguagem. **Revista de Estudos Criminais**, Porto Alegre, v. 10, n. 42, p. 101-121, jul./set. 2011.
- _____. **Direito penal e ação significativa**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- _____. **Direito penal**: parte geral. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: GEN-Atlas, 2016.
- _____. **Fundamentos para um direito penal democrático**. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- _____. **La tentativa del delito**: análisis a partir del concepto significativo de la acción. Curitiba: Juruá, 2011.
- _____. Por que, afinal, aplicam-se penas? In: SCHMIDT, A. Z. **Novos rumos do direito penal contemporâneo**: livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bittencourt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. p. 511-523.
- CARBONELL MATEU, J. C. Aproximación a la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: CARBONELL MATEU, J. C.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L.; ORTS BERENGUER, E. (Org.). **Constitución, derechos fundamentales y sistema penal**: semblanzas y estudios con el motivo del setenta aniversario del Profesor Tomás Salvador Vives Antón. Tomo I. Valencia: Tirant lo Blanch, 2009. v. 1. p. 307-328.
- CARBONELL MATEU, J. C.; MORALES PRATS, F. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. In: ÁLVAREZ GARCÍA, F. J.; GONZÁLEZ CUSSAC, J. L. (Dir.). **Comentarios a la reforma penal del 2010**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010. p. 55-86.
- CORREIA, E. Introdução ao direito penal econômico. In: CORREIA, E. **Direito penal económico e europeu**: textos doutrinários. Coimbra: Coimbra, 1998. p. 293-318. v. 1: Problemas Gerais.
- COSTA, H. R. L. da. **Direito penal econômico e direito administrativo sancionador**: ne bis in idem como medida de política sancionadora integrada. 2013. 261 f. Tese (Livre-Docência em Direito Penal) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2013.
- COSTA, J. de F. **Direito penal económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

COSTA, J. de F.; ANDRADE, M. da C. Sobre a concepção e os princípios do direito penal econômico: notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. In: PODVAL, R. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 99-120.

DAVID, D. F. **Fundamentação principiológica do direito penal econômico**: um debate sobre a autonomia científica da tutela penal na seara econômica. 2014. 263 f. Dissertação (Mestrado em Ciência Jurídica) – Universidade Estadual do Norte do Paraná, Jacarezinho, 2014.

_____. Funções do tipo e contenção da ampliação punitiva em matéria penal econômica. **Boletim do Instituto Brasileiro de Direito Penal Econômico**, Curitiba, v. 3, n. 3, p. 2-3, maio/jun. 2015.

_____. O reconhecimento do direito penal econômico como direito penal moderno. In: CONGRESSO NACIONAL DA FEPODI, 1., 2012, São Paulo. **Anais do Congresso Nacional da Fepodi**. São Paulo: Universidade Nove de Julho, 2012. p. 869-874;

GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

DAVID, D. F.; SALOMÃO NETO, A. Fetichismo e pena: reflexões sobre psicanálise no direito penal. **O Mal-Estar no Direito**, v. 2, n. 2, p. 1-17, set. 2016.

DAVID, D. F.; SILVA, P. M. P. da. Direito penal econômico: entre a modernização do direito penal e o direito administrativo sancionador. In: EVENTO INTERINSTITUCIONAL DE INICIAÇÃO CIENTÍFICA DA SECAL, 1., 2015, Ponta Grossa. **Anais do EIICS**, Ponta Grossa: Secal, 2016.

DIAS, J. de F.; ANDRADE, M. da C. problemática geral das infrações contra a economia nacional. In: PODVAL, R. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 64-98.

DOTTI, R. A. O direito penal econômico e a proteção do consumidor. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 130-158, jan./jun. 1982.

ESTELLITA, H. Tipicidade no direito penal econômico. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. **Direito penal econômico e da empresa**: direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 153-174. v. 2. (Coleção doutrinas essenciais).

FLETCHER, G. P. **Basic concepts in criminal law**. New York: Oxford University, 1998.

_____. **Conceptos básicos de derecho penal**. Tradução: Francisco Muñoz Conde. Valencia: Tirant lo Blanch, 1997.

_____. **Rethinking criminal law**. New York: Oxford University, 2000.

_____. **The grammar of criminal law**: american, comparative, and international. New York: Oxford University, 2007. v. 1.

FRAGOSO, H. C. Direito penal econômico e direito penal dos negócios. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 122-129, jan./jun. 1982.

FRONTINI, P. S. Crime econômico por meio da empresa. In: PRADO, L. R.; DOTTI, R. A. **Direito penal econômico e da empresa**: direito penal econômico. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. (Coleção doutrinas essenciais, v. 2). p. 217-227.

GALÁN MUÑOZ, A. La responsabilidad penal del persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero – y la autorresponsabilidad. **Iustel**: Revista General de Derecho penal, Madrid, v. 16, nov. 2011.

GIDDENS, A. **As consequências da modernidade**. Tradução: Raul Fiker. São Paulo: Editora da UNESP, 1991.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. Culpabilidad de la persona jurídica. In: BAJO FERNANDEZ, M.; JOSÉ FEIJOO, B.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Madrid: Civitas; Thomson Reuters, 2012. p. 153-180.

GRECO, L. En Alemania, el finalismo está muerto. **Ambitojuridico.com**, Mar. 2016. Disponível em: <<https://www.ambitojuridico.com/bancoconocimiento/educacion-y-cultura/en-alemania-el-finalismo-esta-muerto>>. Acesso em: 17 jul. 2017.

HASSEMER, W. **Direito penal**: fundamentos, estrutura, política. Porto Alegre: Sergio Fabris, 2008. _____. **Três temas de direito penal**. Porto Alegre: Fundação Escola Superior do Ministério Público, 1993.

LLOBET RODRÍGUEZ, J. **Nacionalsocialismo y antigarantismo penal (1933-1945)**. San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2015.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**. 5. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2016.

_____. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña**, Coruña, v. 5, n. 5, p. 1078-1079, 2001. Disponível em: <<http://ruc.udc.es/bitstream/2183/2100/1/AD-5-51.pdf>>. Acesso em: 30 nov. 2015.

_____. La “concepción significativa de la acción” de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito. **Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología**, Granada, Espanha, v. 1, n. 10, 1999. Disponível em: <http://criminnet.ugr.es/recpc/recpc_01-13.html>. Acesso em: 30 nov. 2015.

MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger e o direito penal do seu tempo**. Tradução: Paulo César Busato. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

_____. Principios Politicocriminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de código penal español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 7-20, jul./set. 1995.

NOVOA MONREAL, E. N. Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico. **Revista de Direito Penal e Criminologia**, Rio de Janeiro, n. 33, p. 90-121, jan./jun. 1982.

OLIVEIRA, A. C. C. de. **Hassemer e o direito penal brasileiro**: direito de intervenção, sanção penal e administrativa. São Paulo: IBCCrim, 2013.

OLIVEIRA, W. T. de. Algumas questões em torno do novo direito penal econômico. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 3, n. 11, p. 231-239, jul./set. 1995.

QUINTERO OLIVARES, G. **Parte general del derecho penal**. 4. ed. Cizur Menor: Aranzadi, 2010

RADBRUCH, G. **Filosofia do Direito**. São Paulo: M. Fontes, 2010.

- RIGHI, E. **Derecho penal economico comparado**. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas, 1991.
- RODRÍGUEZ, V. G. **Fundamentos de direito penal brasileiro**: lei penal e teoria geral do crime. São Paulo: Atlas, 2010.
- SCHMIDT, A. Z. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.
- SCHMIDT, E. Soziale Handlungslehre. In: BOCKELMANN, P. (Org.). **Festschrift für Karl Engisch zum 70. Geburtstag**. Frankfurt am Main: Klostermann, 1969. p. 359-362.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. **Expansión del derecho penal**. 3. ed. Montevideo; Buenos Aires: B. de F., 2011.
- SILVEIRA, R. de M. J. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- SUTHERLAND, E. H. **El Delito de Cuello Blanco**: versión completa. Montevideo: B. de F., 2009.
- TIEDMANN, K. **Manual de derecho penal económico**: parte genereal y especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2010.
- _____. **Poder económico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985.
- VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.
- WITTGENSTEIN, L. **Investigações filosóficas**. São Paulo: Abril Cultural, 1975.

CONSIDERAÇÕES SOBRE O TRATAMENTO DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO PLS N. 156/09

CONSIDERATIONS ON THE TREATMENT OF DEFENSIVE CRIMINAL INVESTIGATION IN PLS N. 156/09

Marcelo Azambuja Araujo¹

RESUMO

O presente artigo propõe uma reflexão acerca do tema da investigação criminal defensiva. Partindo de uma breve análise quanto aos atuais limites para atuação do defensor nos sistemas processuais estadunidense e italiano, analisa a adequação da proposta de regulamentação da investigação defensiva contida no Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS n. 156/09).

Palavras-chave: Investigação Criminal Defensiva. PLS n. 156/09. Limites.

ABSTRACT

The present study is a reflection on the theme of criminal defense. Starting with a brief analysis of the current constraints on defense attorneys in the procedural systems of the United States and Italy, it reviews the adequacy of proposed investigative defense regulations within the Criminal Procedure Code Reform Project (PLS n. 156/09).

Keywords: Criminal Defense. PLS. 156/09. Limits.

¹ Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito Penal Econômico pela Universidade de Coimbra em parceria com o IBCCrim. Advogado. *E-mail*: marcelo-araujo@outlook.com

INTRODUÇÃO

A pesquisa desenvolvida tem como objetivo refletir sobre a atuação do defensor na fase pré-processual na busca por elementos que mitiguem a responsabilidade do defendido em futura defesa judicial ou, até mesmo, evitem a formulação de injustas acusações. No atual cenário, o Código de Processo Penal (CPP) não prevê esta possibilidade, restringindo-se a reconhecer, em seu art. 14, que o indiciado poderá requerer qualquer diligência, que será realizada, ou não, a juízo da autoridade. Recentemente, com as alterações introduzidas no Estatuto da OAB pela Lei n. 13.245/16, garantiu-se ao defensor o direito de assistir o defendido durante as apurações, bem como de apresentar razões e quesitos ao responsável pela condução das investigações².

Com a inclusão de dispositivo que regulamenta o tema da investigação criminal defensiva no âmbito do Projeto de Reforma do Código de Processo Penal (PLS n. 156/09), este passou a receber maior atenção da doutrina.³ Não obstante a falta de regulamentação, o certo é que atualmente inexistente vedação legal a uma atuação ativa do defensor na fase pré-processual, já tendo o Supremo Tribunal Federal se manifestado quanto a sua admissibilidade.⁴ No mesmo sentido, observa Gustavo Badaró que, embora o Código de Processo Penal não discipline a atividade de investigação defensiva, também não a proíbe⁵.

O êxito desta investigação, contudo, encontra vários óbices. Conforme salienta Diogo Malan, a ausência de condições financeiras de grande parte da clientela criminal para custear estas medidas, aliada à ausência de mecanismos de coerção para tomada

² A Lei n. 13.245/16 previu, ainda, ser direito do advogado, no curso da apuração, “requisitar diligências”. Esse dispositivo restou vetado sob o argumento de que “poderia levar à interpretação equivocada de que a requisição a que faz referência seria mandatória, resultando em embaraços no âmbito de investigações e consequentes prejuízos à administração da justiça”.

³ Sobre o tema destacam-se as pesquisas realizadas por Diogo Malan (Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012), André Augusto Machado (A investigação criminal defensiva. 2009. 2012 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009) e Denis Sampaio (Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva. In: MALAN, D. MIRZA, F. (Coord.). **Advocacia criminal**: direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014).

⁴ “É ínsita ao sistema dialético de processo, concebido para o estado democrático de direito, a faculdade de a parte colher, por si própria, elementos de provas hábeis à defesa de seus interesses. E, ipso facto, não poderia ser diferente com relação ao MP que tem, friso, o poder-dever da defesa da ordem jurídica” (RHC 97.926/GO, Rel. Min. Gilmar Mendes).

⁵ BADARÓ, G. H. **Processo penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 156.

de depoimentos de potenciais testemunhas, expõe os defensores à possível acusação de fraude processual e/ou falso testemunho e perpetua uma resistência em dar credibilidade aos elementos produzidos pela defesa⁶.

A presente pesquisa propõe uma reflexão quanto aos atuais limites para atuação do investigador e à adequação da proposta de regulamentação desta atividade. Assim, a partir de revisão bibliográfica, buscou-se delimitar o espaço possível de atuação do investigador privado nos sistemas italiano e estadunidense para, após, analisar a pertinência e adequação do PLS n. 156/09. Pontue-se que a escolha destes sistemas decorre do fato de que ambos possuem ampla influência sobre o ordenamento processual penal brasileiro e contam com apurado desenvolvimento teórico no tema da atuação do defensor privado, de maneira ativa, na fase investigatória.

1 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NOS ESTADOS UNIDOS

Nos Estados Unidos, a legislação federal convive com legislações estaduais, ambas encontrando limite na Constituição. Enquanto a primeira é aplicada pelos tribunais federais, os Estados-membros e, conseqüentemente, as Cortes Estaduais, podem adotá-la, total ou parcialmente, ou ainda elaborar diplomas legais próprios⁷. Não obstante os Estados-membros possuírem discricionariedade para legislar, em razão dos limites da pesquisa, serão tomados como marcos a Constituição e a legislação federal norte-americana.

Segundo Aury Lopes e Ricardo Gloeckner, o processo penal estadunidense pode ser dividido em três fases: a) investigativa ou preliminar (*investigatory stage*), onde são buscados elementos quanto a materialidade e autoria do crime,⁸ b) de adjudicação

⁶ ROVEGNO, A. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, A. S. et. Al. (Coord.). **Provas no processo penal**: estudo comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 395.

⁷ ROVEGNO, A. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, A. S. et. Al. (Coord.). **Provas no processo penal**: estudo comparado. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 395.

⁸ Ao final da etapa investigatória, a fim de munir as partes de elementos para que elaborem sua estratégia, a *Federal Rule of Criminal Procedure*, em sua *Rule 16*, regulamenta o acesso às provas testemunhais e documentais produzidas pela parte contrária, autorizando que estas requeiram em Juízo o acesso a tais elementos. Nesse sentido, Peter J. Henning refere que: “*Thus, upon defendant’s request, the government must disclose defendant’s oral statements, written or recorded statements, prior record, and government needs to permit the defendant to inspect and to copy or photograph books, papers, documents, data, photographs, tangible objects, buildings or places, or copies or portions of any items, if the item is within the government’s possession, custody, or control and: 1) the item is material to preparing the defense; 2) the government intends to use the item in its case-in-chief at trial; or 3) the items was obtained from or belongs to the defendant*” (HENNING, P. J. et al. **Mastering criminal procedure**. Durham: Carolina Academic Press, 2012. v. 52).

(*adjudatory stage*), onde o magistrado avalia a admissibilidade das provas coligidas, e, c) a última fase, que corresponde à instrução criminal (*judicial stage*) perante o júri que decidirá sobre o mérito da acusação. Em caso de condenação há, ainda, uma quarta fase destinada à dosimetria da pena⁹.

No sistema estadunidense, a etapa de investigação criminal não possui um rito pré-estabelecido. Com isso, os órgãos de persecução penal e a defesa possuem ampla discricionariedade na escolha dos meios probatórios. A acusação parte de uma fase em que se reúnem elementos relacionados ao fato investigado e à identificação do autor do delito e, enquanto não individualizada a investigação, “não se fala em direito de defesa e não há prazo para o encerramento das diligências”.¹⁰ Após, com a identificação do suspeito, o que normalmente enseja a aplicação de medidas cautelares ou sua detenção, emerge uma série de garantias.

Embora acusação e defesa possuam discricionariedade na eleição dos meios de prova, estão sujeitas a limites diversos na produção de elementos probatórios. Isso porque a proteção dos direitos previstos na Constituição estadunidense, dentre os quais podemos destacar o direito de não sofrer buscas indevidas (IV Emenda), direito a não declarar contra si mesmo (V Emenda), direito a ser assistido por um advogado (VI Emenda) e ao devido processo legal (XIV Emenda), constitui-se “mais em restrições à autoridade dos agentes públicos sobre os cidadãos do que em direitos individuais (*deterrent effect*)”¹¹.

Conforme leciona Manuel da Costa Andrade, para o direito americano as regras de exclusão probatória (*exclusionary rules*) são concebidas tendo em conta seu destinatário primordial, ou seja, a polícia. Disso decorre serem admissíveis “os meios de prova obtidos por particulares à custa, v. g., de fraude ou coação, apropriação indevida, intromissão em casa alheia, devassa e atentado ao *right privacy*” os quais são “particularmente saudados pelo seu qualificado valor probatório”¹².

No mesmo sentido, ao discorrer sobre a proteção constitucional da IV Emenda, Jerold H. Israel, citando o caso *Burdeau v. McDowell* (1921), adverte que sua incidência tem lugar apenas em relação a medidas conduzidas por agentes do governo, sejam policiais, funcionários públicos ou particulares agindo em nome ou a pedido de autoridades públicas. No emblemático caso, o recorrente buscava a exclusão das provas constantes no processo

⁹ LOPES, JR., A.; GLOECKNER, R. J. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 393-394.

¹⁰ MACHADO, A. A. M. Op. cit., p. 99.

¹¹ DEU, T. A. **Prova ilícita**: um estudo comparado. Trad.: Nereu José Giacomolli. São Paulo: M. Pons, 2014. p. 33.

¹² ANDRADE, M. da C. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006. p. 153.

que haviam sido subtraídas ilegalmente de sua posse por um particular e entregues às autoridades públicas que o processaram. Ao apreciar o recurso, a Suprema Corte, embora reconhecendo ser inquestionável o direito do ofendido de processar aqueles que subtraíram os documentos, concluiu pela validade de sua valoração no processo penal em razão do fato de as autoridades públicas não terem ligação com a obtenção ilegal dos documentos.

Em decisão mais recente, ao apreciar o caso *United States v. Jacobsen* (1984), a Suprema Corte entendeu que a violação de correspondência por funcionários de empresa particular de transportes (*Federal Express*), com posterior envio do material identificado (cocaína) às autoridades públicas, não violava a imunidade constitucional. Tal como observa Maximiliano Hairabedián, para a jurisprudência norte-americana a exclusão das provas obtidas ilicitamente por agentes públicos tem como finalidade dissuadir tais condutas (*deterrent effect*) e, por restar inadequada a transposição desta finalidade dissuasória aos particulares, tal regra não se aplica aos elementos por estes produzidos.

Embora se reconheça a ampla possibilidade de valoração de elementos produzidos pela própria parte ou por terceiros na judicial, disso não decorre uma imunidade àquele que atue com essa finalidade. No caso *Burdeau v. McDowell*, a Suprema Corte referiu que a possibilidade de aceitação de tais elementos não exclui a possibilidade do ofendido mover um processo em face daquele que lhe subtraiu os documentos e os disponibilizou às autoridades públicas.

À ausência de sujeição aos limites constitucionais, soma-se uma falta de regulação legal à atividade do investigador privado. Contudo, se por um lado a atividade carece de regras estatais quanto a forma e os limites à atuação do profissional responsável pela investigação, a *American Bar Association* (ABA) possui relevantes diretrizes, cuja importância é atestada pela jurisprudência americana.

Antes de analisarmos as instruções da ABA, convém destacar que nesta fase que antecede a *adjudatory stage* a iniciativa probatória é de responsabilidade exclusiva das partes, sendo imprescindível a adoção de uma postura ativa por parte do defensor na produção de elementos de prova que demonstrem a inocência do investigado/acusado ou mitiguem sua culpa.

Tendo-se em conta a preponderância das partes na produção probatória, recai sobre o defensor um poder-dever de agir que, com o tempo, passou a contar com critérios de avaliação acerca da efetividade da defesa do acusado. O fundamento e, ao mesmo tempo, o ponto de partida para aferição da efetividade da atuação do defensor é a Constituição,

em especial a VI Emenda¹³, da qual decorrem o direito à prova defensiva, ligado à cláusula do *compulsory process*, e à defesa técnica efetiva, cujo fundamento constitucional emana do *right a counsel*.¹⁴

A Suprema Corte se deparou inúmeras vezes com situações em que se buscava a anulação de decisões face a inexistência de uma defesa técnica efetiva. No julgamento do caso *Strickland vs. Washington* (1984), embora não tenha estabelecido critérios para aferição do cumprimento dos deveres do advogado, reconheceu que “o dever de investigação (*duty to investigate*) é um dos corolários lógicos do dever de proporcionar ao acusado uma defesa técnica efetiva”,¹⁵ assentando, contudo, que o reconhecimento da inexistência de uma defesa técnica efetiva dependeria da demonstração de dois requisitos cumulativos, quais sejam: “*the defendant must prove both incompetence and prejudice*”.

Ao apreciar o caso *Bobby vs. Van Hook* (2009), a Suprema Corte, reconhecendo a importância das orientações da *American Bar Association* (ABA) como um parâmetro possível a ser considerado para aferir a efetividade da defesa, concedeu ordem de *habeas corpus* para Robert Van Hook pelo fato de não ter recebido assistência efetiva durante a fase de julgamento que lhe aplicou a pena de morte. Já em 2010, ao apreciar o caso *Padilla vs. Kentucky*, a Suprema Corte reconheceu a deficiência da defesa que não orientou o acusado quanto à possibilidade de deportação decorrente de seu acordo de reconhecimento de culpa, em desacordo com as orientações da ABA no sentido de “*require defense attorneys to advise as to the risk of deportation consequences for non-citizen clients*”.

Essas advertências se fazem necessárias com o fim de demonstrar a preocupação da Suprema Corte com casos em que o acusado tenha sofrido consequências processuais decorrentes de uma defesa técnica defeituosa e, mais que isso, a importância atribuída às diretrizes da ABA quando da sua aferição.

Se por um lado a não obediência a estas regras não gera, por si só, um direito subjetivo do defendido, no sentido de reconhecer a inefetividade da defesa, por outro, seguramente serve como um razoável referencial a ser observado para pautar a conduta dos advogados na condução de uma investigação defensiva. Interessa-nos, assim, as instruções normativas que abordam a atuação do advogado criminal, quais sejam: a) *Criminal Justice*

¹³ Em tradução livre: “Em todos os processos criminais, o acusado terá direito a um julgamento rápido e público, por um júri imparcial do Estado e distrito onde o crime houver sido cometido, distrito esse que será previamente estabelecido por lei, e de ser informado sobre a natureza e a causa da acusação; de ser acareado com as testemunhas de acusação; de fazer comparecer por meios legais testemunhas da defesa, e de ser defendido por um advogado”.

¹⁴ MALAN, D. Op. cit.

¹⁵ Ibid.

Standards for the Defense Function e b) *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases*, ambas da ABA.

A *Criminal Justice Standards for the Defense Function* prevê expressamente um dever de investigar ao advogado (Norma 4-4.1 a), o qual deve pautar sua atuação com respeito a obrigações de sigilo (Norma 4-1.3 a), lealdade (Norma 4-1.3 b), manter o defendido informado quanto ao desenvolvimento do processo e às potenciais alternativas (Norma 4-1.3 d), não assumir uma carga de trabalho que lhe interfira na qualidade de seu serviço (Norma 4-1.8), dentre outros.

Ao se ocupar especificamente da atividade investigativa defensiva, a orientação prescreve ao advogado o dever de discutir potenciais fontes de informações úteis, evidência e investigação (Norma 4-3.3 c), não se limitando ao material produzido pela acusação (Norma 4-3.7 b) e, caso necessário, exige deste que tome as medidas necessárias com o fim de garantir que as evidências físicas sejam preservadas.

Especificamente quanto às entrevistas realizadas na investigação defensiva, sugere que seja buscada a oitiva de todas as testemunhas, incluindo a(s) vítima(s), as quais devem ser conduzidas de forma a não intimidá-las ou constrangê-las (Norma 4-4.3 c), não devendo ser utilizados métodos que deturpem a identidade do entrevistador ou o seu interesse no depoimento (Norma 4-4.3 d). Refere ser desnecessário advertir ao entrevistado quanto ao seu direito ao silêncio ou ao direito de se fazer acompanhar por um advogado (Norma 4-4.3 g) e sugere ao investigador que se faça acompanhar por pessoa com credibilidade caso venha a tomar o depoimento de pessoa previsivelmente hostil (Norma 4-4.3 f).

Já o *Guidelines for the Appointment and Performance of Defense Counsel in Death Penalty Cases* é um minucioso roteiro quanto à postura que deve ser adotada pelo defensor nos processos criminais que podem ensejar a pena de morte, estabelecendo elementos que uma investigação defensiva apropriada deve cumprir. O roteiro enumera não só os documentos e depoimentos que devem ser objeto de atenção do defensor, mas também outros fatores que devem ser levados em consideração para traçar um histórico do defendido, dentre os quais, exemplificativamente citamos: histórico escolar, militar e médico, caso de dependência juvenil sua ou de seus familiares, ficha criminal, seus relacionamentos, além de eventual histórico de abuso de drogas etc.

Como se percebe, no sistema processual norte-americano, em decorrência de sua dialeticidade, impõe-se ao advogado uma postura ativa na busca por elementos que favoreçam o defendido. A importância da adoção de uma postura ativa nesta fase tem especial relevo quando considerado que cerca de 95% dos casos levados ao Sistema Judiciário Federal são resolvidos em *plea agreements*, caso em que a existência de elementos favoráveis à defesa nesse momento processual pode ser um fator decisivo para a decisão

do acusado de realizar ou não o acordo ou para barganhar o oferecimento de melhores condições.¹⁶

Nesse contexto, embora possam ser valorados em processos judiciais até mesmo elementos obtidos ilicitamente pela parte ou pelo investigador privado, as orientações da ABA funcionam como importante referencial ao estabelecer padrões para o que se considera uma investigação efetiva, bem como ao propor uma regulamentação da atividade do investigador.

2 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NA ITÁLIA

Já na Itália, o diploma processual penal, superando a raiz autoritária do Código Rocco (1930),¹⁷ sofreu profundas alterações com a reforma do Código de Processo Italiano (CPPi) de 1988, que entrou em vigor em 1989. O novo código retirou a condução da investigação das mãos do Juiz Instrutor, entregando-a ao Ministério Público, num procedimento “que guarda certa semelhança com a nossa estrutura de inquérito policial”¹⁸ e restou denominado de *indagine preliminari*. Outro marco legislativo de crucial importância reside na introdução, em 1999, do princípio *del giusto processo* no art. 111 na Constituição Italiana, que consagra o modelo adversarial e contempla, dentre outros, os princípios da reserva de lei em matéria processual, da imparcialidade do juiz, da paridade de armas e de razoável duração do processo.¹⁹

Embora o Código de Processo Penal da década de oitenta tenha assegurado a participação do investigado, por seu defensor, em uma série de atos ordinários da investigação (art. 364 do CPPi), a qual somente seria tolhida quando a ciência do investigado acerca das medidas pudesse trazer risco à sua eficácia, o certo é que a investigação defensiva possuía um tratamento superficial até então.

¹⁶ HENNING, P. J. et al. Op. cit.

¹⁷ Segundo Paolo Tonini: “o Código de Processo Penal de 1930 pertencia a um sistema predominantemente inquisitório: amplos poderes eram atribuídos ao juiz e a matéria da prova não era suficientemente regulamentada. O juiz era o ‘senhor das provas’; durante a instrução, a verdade era investigada em sigilo, com amplos poderes coercitivos. No momento dos debates, as partes não tinham poderes incisivos de controle, pois a verdade já havia sido acertada e estava contida nos autos dos atos instrutórios. A jurisprudência tendia a exaltar os poderes exercitados pelo juiz, o que se justificava por meio da exigência de se assegurar o princípio do livre convencimento” (TONINI, P. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 17-18).

¹⁸ CHOUKR, F. H. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 62.

¹⁹ TONINI, P. Op. cit., p. 21.

Somente em 2000, com a Lei n. 397/00, intitulada *Disposizioni in materia di indagini difensive*, que introduziu inovações nos diplomas penal e processual penal, o legislador italiano trouxe um maior detalhamento para a realização de atividades de investigação pelo defensor, com o reconhecimento da possibilidade, a partir de sua constituição para esta finalidade, de que este assuma uma postura ativa e conduza uma investigação, em qualquer fase do processo (art. 327-bis do CPPi), para identificar evidências em favor de seu cliente, delimitando-se, com isso, simbolicamente o papel do defensor como corresponsável pela apuração dos fatos.²⁰

Diferentemente do modelo americano, no sistema italiano o investigador privado deve observar determinados procedimentos e limites para que o resultado de seu trabalho possa ser valorado. Em relação aos limites na produção de elementos probatórios, o CPPi, em seu art. 191, proíbe a valoração de provas obtidas em violação às proibições legais. Além disso, o art. 391-bis, §6º, específico em relação às investigações privadas, estabelece que “a violação das normas que regulam as limitações dos direitos fundamentais converte os meios em *inutilizzabili*, podendo o investigador incorrer, ainda, em responsabilidade administrativa”.²¹

Outrossim, a Lei n. 397/00 estabelece procedimentos que devem ser observados. Dentre as inovações introduzidas, previu-se a possibilidade de tomada depoimento de pessoas capazes de relatar circunstâncias relevantes para a investigação, o qual pode se dar de maneira informal (não documentado), ser objeto de declaração escrita pela própria testemunha ou ainda ser formalizado em forma de depoimento, caso em que deverá obedecer a forma prevista pelo art. 391-ter do CPPi. Em todas essas hipóteses, deve o responsável pela entrevista realizar as advertências previstas no art. 391-bis, item 3, dentre as quais a qualidade em que será ouvida, seu direito de permanecer em silêncio, a proibição de revelar à Polícia e ao Ministério Público as perguntas e respostas dadas, além de seu dever de dizer a verdade. A não realização das advertências enseja a nulidade do material produzido a partir da respectiva oitiva.

Enquanto a Polícia e o Ministério Público possuem o dever de documentar os depoimentos tomados (arts. 357 a 373 do CPPi), esta possibilidade estará à disposição

²⁰ Ao analisar o papel do defensor nas investigações privadas Paolo Tonini (op. cit., p. 194) assim refere: “conclui-se que, atualmente, também as investigações realizadas pela defesa constituem ‘atos do procedimento’, pois são realizadas por sujeitos ‘legitimados’ e para as finalidades do processo penal”.

²¹ DEU, T. A. Op. cit., p. 78.

de um juízo de conveniência do defensor/investigador, o qual, uma vez optando por ela, deverá fielmente registrar o objeto da entrevista e, se optar por sua apresentação no processo judicial, deverá fazê-lo em sua completude.²²

Além disso, a legislação dispõe acerca da possibilidade de acesso a locais privados (cujo acesso não tenha sido franqueado ao defensor), a forma como devem ser documentadas eventuais perícias, bem como a possibilidade de que sejam requeridos eventuais documentos à administração pública. O responsável pela investigação defensiva, contudo, não está munido de poderes coercitivos, não lhe sendo permitido realizar busca e apreensão de coisas e documentos, salvo quanto ao corpo de delito (art. 103, CPPi). Registre-se que, no curso das medidas adotadas, caso o defensor descubra ocorrência de crimes, não possui a obrigação de informá-los (art. 334-bis do CPPi).

Outro elemento que reforça o valor atribuído à investigação privada, valorizando-a, é, sem dúvida, a criação de tipo penal do art. 371-bis do Código Penal, que incrimina a prestação de informações falsas ao investigador privado. Face às alterações legislativas, a *Unione della Camere Penali Italiane*²³ editou, em 2001, o *“Regole di comportamento del penalista nelle investigazioni difensive”*²⁴ que consiste em um guia para o advogado de defesa, contendo não apenas diretrizes éticas, mas também estratégicas para sua atuação. Não obstante este regramento não possuir efeitos *erga omnes*, é aplicável aos advogados vinculados à Associação que, por sua representatividade e prestígio, serve de referencial ao procurar preencher lacunas deixadas pela legislação.²⁵

Cumprе salientar, contudo, que não foi sem obstáculos e resistências que se introduziu a investigação defensiva na Itália. Com efeito, o caldo cultural inquisitorial e o receio de que a participação do investigado em um ambiente historicamente titulado pelo judiciário pudesse manipular ou falsificar elementos probatórios conduziram a uma resistência jurisprudencial ao novo regramento, o qual, com o tempo, “ultrapassou as desconfianças e se impôs como essencial à estrutura do processo penal italiano contemporâneo”.²⁶

²² MACHADO, A. A. M. Op. cit., p. 125.

²³ A *Unione della Camere Penali Italiane* é uma associação sem fins lucrativos que conta com mais de 8000 advogados criminais. Mais informações em: <http://www.camerepenali.it/>.

²⁴ Disponível em: <<http://www.camerepenali.it/public/file/Documenti/REGOLE%20DI%20COMPORTAMENTO%20DEL%20PENALISTA.pdf>>. Acessado em 23 abr. 16.

²⁵ CERVETTO, S. **La deontologia del difensore nell'ambito delle investigazioni difensive**. Disponível em: <http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/CERVETTO.html#_ftn31>. Acesso em: 23 abr. 16.

²⁶ PRADO, G. Parecer. As garantias na investigação criminal: o direito de se defender provando. In: SCARPA, A. O.; HIRECHE, G. F. E. (Org.). **Temas de direito penal e processo penal**: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Juvspodvim, 2013, p. 708.

Por fim, cabe mencionar que a possibilidade de realização de uma investigação criminal defensiva por parte do defensor não significa o reconhecimento do contraditório durante a *indagine preliminar*. Por consequência, os elementos produzidos nesta fase configuram meros atos de investigação,²⁷ salvo quando exista risco de perecimento, hipótese em que os atos de prova serão produzidos em incidente específico com a participação da defesa (arts. 392 a 404 do CPPi).

3 INVESTIGAÇÃO CRIMINAL DEFENSIVA NO PROJETO DO CPP

O Projeto de Lei do Senado n. 156/09, que trata da reforma do Código de Processo Penal, em sua redação datada de 7 de dezembro de 2010, traz, em seu art. 13, a possibilidade de que o investigado, por seu representante, tome a iniciativa de indicar fontes de prova, podendo, inclusive, entrevistar pessoas. Os parágrafos do referido dispositivo regulamentam a forma como devem ser realizadas as entrevistas, consignando que deverão ser precedidas de esclarecimentos sobre os objetivos e o consentimento formal do entrevistado.

Prevê, ainda, a impossibilidade de interpelação da vítima para os fins da investigação defensiva, salvo se houver autorização judicial para tanto. Pelo Projeto, a autoridade policial segue como responsável pela condução do inquérito, podendo o investigado requerer a realização de qualquer diligência ou a juntada do material produzido pela defesa, às quais ficam à critério da autoridade policial. Em caso de indeferimento, o interessado poderá representar à autoridade policial superior ou ao Ministério Público (art. 26, § 1º).

Contudo, o texto não contempla temas sensíveis, como a possibilidade de acesso da defesa a locais privados, a incidência do regime das provas ilícitas nas provas produzidas pelo investigador privado e a (in)admissibilidade de depoimentos tomados em desacordo com o rito proposto pelo Projeto. Além disso, mantém nas mãos da Polícia e do Ministério Público o juízo de conveniência acerca das medidas requeridas pela defesa, o que revela absoluta assimetria no tratamento das partes.

De igual sorte, diferentemente do que ocorre no sistema italiano, não é assegurada a possibilidade de participação do defensor nas diligências realizadas na fase investigativa, ainda que da sua presença não decorra qualquer prejuízo à efetividade das providências. Cumpre mencionar, ainda, que o Projeto de Reforma do Código Penal (PLS n. 236/12), ao

²⁷ MACHADO, A. A. M. Op. cit., p. 109.

dispor quanto ao delito de falso testemunho, não contempla a possibilidade de configuração do crime nos casos em que o agente presta informações a investigador privado.

Diante dos pontos fixados na pesquisa, é possível afirmar que, se por um lado é louvável a iniciativa no sentido de regulamentar a participação do investigado na fase investigativa, de outro, é inevitável reconhecer a timidez como o tema foi tratado. Em uma singela comparação com os sistemas estadunidense e italiano, que possuem um DNA adversarial, percebe-se, com facilidade, a debilidade dos instrumentos colocados à disposição do defensor no Projeto de Código de Processo Penal.

Lembramos que a função do investigador privado não se confunde com aquela desenvolvida pelo Ministério Público, de busca da “verdade”, mas sim de garantir a melhor defesa de seu cliente. Nas palavras de Denis Sampaio “sua função não é o esclarecimento de todos os fatos, mas sim a busca de fontes e elementos de prova para o benefício de seu defendente”,²⁸ cumprindo um papel de resistência. Dessa forma, entende-se oportuna a iniciativa de regulamentar a participação do defensor na busca por elementos de prova, embora não possamos deixar de registrar que a investigação defensiva, tal como proposta, é demasiadamente insuficiente para suprir a disparidade de armas de que dispõem acusação e defesa na fase preliminar.

É certo que, embora não recaia sobre o acusado o ônus de produzir provas quanto a sua inocência, seu advogado deve pautar-se, seja com base no seu dever de lealdade para com o constituinte, seja com fundamento no direito deste em fazer jus a uma defesa técnica efetiva, a partir de um poder-dever de investigar a acerca da existência de elementos de prova que excluam a responsabilidade penal do defendido ou, ao menos, a atenuem.

Assim, entendemos imprescindível garantir-se ao investigado a possibilidade de acompanhar a produção da prova pelo Órgão Estatal, sempre que disso não decorra inevitável prejuízo à diligência. Por outro lado, impõe-se colocar à disposição do investigador privado mecanismos para que produza elementos de prova que entenda aptos a comprovar a tese defensiva, afinal, como adverte Antônio Magalhães Gomes Filho “há provas que se formam extraprocessualmente e o direito à prova também deve ser reconhecido antes ou fora do processo, até como meio de se obter elementos que autorizem a persecução, ou possam evitá-la”.²⁹

Embora pensadas para um sistema que possui um DNA adversarial como o estadunidense, onde a obrigação pela produção das provas recai exclusivamente sobre as

²⁸ SAMPAIO, D. Op. cit., p. 108.

²⁹ GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996, p. 86.

partes e a estas são franqueados mecanismos efetivos para sua produção, as orientações publicadas pela *American Bar Association* permitem-nos projetar o que se poderia esperar como adequado em termos de postura do defensor de modo a garantir, entre nós, uma defesa técnica efetiva aos acusados em geral. De igual sorte, o referencial legislativo italiano e as orientações da *Unione della Camere Penali Italiane* permitem projetar um modelo ideal de conduta a ser esperada pelos defensores.

Estamos muito longe deste ideal, seja em razão das dificuldades enfrentadas pela esmagadora maioria da clientela penal que não dispõe de condições financeiras para produzir qualquer elemento de prova que dependa de um aporte pecuniário, seja em razão da resistência oferecida pelos operadores do direito em, de um lado, aceitar o advogado em uma fase processual antes titulada apenas pela Polícia e, de outro, valorar de forma adequada os elementos por estes produzidos. Não podemos deixar, em função destes obstáculos, de reconhecer aos acusados instrumentos que lhe permitam alcançar uma mínima paridade de armas.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Pelo o exposto, conclui-se que:

a) A proposta de regulação da investigação criminal defensiva no PLS n. 156/09 configura um avanço no tratamento da matéria em relação ao modo como atualmente o tema é tratado;

b) Contudo, por não abordar questões importantes como a possibilidade de acesso da defesa a locais privados, a incidência do regime das provas ilícitas nas provas produzidas pelo investigador privado e a (in)admissibilidade de depoimentos tomados em desacordo com o rito proposto pelo Projeto, o texto proposto pelo PLS n. 156/09 é insuficiente e, caso aprovado, a atividade do investigador privado permanecerá permeada de uma série de incertezas;

c) Nesse contexto, o tratamento do tema da investigação criminal defensiva nos sistemas estadunidense e italiano pode fornecer possíveis vetores a serem considerados para superação/redução destas incertezas.

REFERÊNCIAS

- ANDRADE, M. da C. **Sobre as proibições de prova em processo penal**. Coimbra: Coimbra, 2006.
- BADARÓ, G. H. **Processo Penal**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.
- CERVETTO, S. **La deontologia del difensore nell'ambito delle investigazioni difensive**. Disponível em: <http://www.costituzionale.unige.it/dottorato/CERVETTO.html#_ftn31>. Acesso em: 23 abr. 16.
- CHOUKR, F. H. **Garantias constitucionais na investigação criminal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.
- DEU, T. A. **Prova ilícita**: um estudo comparado. Traduzido por Nereu José Giacomolli. São Paulo: M. Pons, 2014.
- GOMES FILHO, A. M. **Direito à prova no processo penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.
- HENNING, P. J. et al. **Mastering criminal procedure**. Durham: Carolina Academic Press, 2012. v. 52.
- LOPES. JR., A.; GLOECKNER, R. J. **Investigação preliminar no processo penal**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2014.
- MACHADO, A. A. **A investigação criminal defensiva**. 2009. 212 f. Dissertação (Mestrado em Direito Processual) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2009. Disponível em: <<http://www.teses.usp.br/teses/disponiveis/2/2137/tde-27082009-114835>>. Acesso em: 23 abr. 16.
- MALAN, D. Investigação defensiva no processo penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 20, n. 96, p. 279-309, maio/jun. 2012.
- PRADO, G. Aparecer: as garantias na investigação criminal – o direito de se defender provando. In: SCARPA, A. O.; HIRECHE, G. F. E. (Org.). **Temas de direito penal e processo penal**: estudos em homenagem ao juiz Tourinho Neto. Salvador: Juvspodvim, 2013. p. 691-718.
- ROVEGNO, A. O sistema de provas no processo penal estadunidense. In: FERNANDES, A. S. et. al. (Coord.). **Provas no processo penal**: estudo comparado. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 395-436.
- SAMPAIO, D. Reflexões sobre a investigação defensiva: possível renovação da influência pós “Código Rocco” sobre a indagine difensiva. In: MALAN, D. MIRZA, F. (Coord.). **Advocacia criminal**: direito de defesa, ética e prerrogativas. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2014. p. 96-120.
- TONINI, P. **A prova no processo penal italiano**. Trad. Alexandra Martins e Daniela Mróz. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

O ELEMENTO SUBJETIVO DO ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

THE SUBJECTIVE ELEMENT OF THE ACT OF ADMINISTRATIVE DISHONESTY

Rodrigo Leite Ferreira Cabral¹

RESUMO

O presente artigo aborda a questão relativa ao elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa, buscando fazer uma proposta de como deve tal elemento ser interpretado. Para tanto, utiliza-se como ponto de referência um julgado do Superior Tribunal de Justiça, para, com base nele, analisar a gramática do dolo e da imprudência na improbidade administrativa.

Palavras-chave: Improbidade Administrativa. Elemento Subjetivo. Dolo. Culpa. Imprudência. Má-fé. Prova do Dolo.

ABSTRACT

This article addresses the question of the subjective element of the administrative dishonesty act, trying to offer a proposal of how this element should be interpreted. In order to do that, it's used a sentence of the Brazilian Superior Court of Justice as a reference, as a background of the discussion over the grammar of intention and negligence in the act of administrative dishonesty.

Keywords: Administrative Dishonesty. Subjective Element. Intention. Negligence. Recklessness. Bad Faith. The Proof of the Intention.

¹ Doutor em Ciências Jurídicas e Políticas pela Universidade Pablo de Olavide (Sevilha/Espanha). Mestre em Criminología y Ciencias Forenses pela mesma instituição. Foi pesquisador-visitante do Max-Planck-Institut para Direito Penal Estrangeiro e Internacional em Freiburg/Alemanha. É Promotor de Justiça do Ministério Público do Estado do Paraná. *E-mail*: rodrigo_cabral@hotmail.com

INTRODUÇÃO

A proposta do presente trabalho é analisar o tema do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa a partir da análise crítica de um julgado de Tribunal superior.

O julgado escolhido foi o REsp 951.389/SC do Superior Tribunal de Justiça, pois tem duas características que se reputam bastante adequadas para este trabalho: (i) tem qualidade técnica, o que permite um melhor aprofundamento teórico no debate; (ii) trata, ainda que incidentemente, de quase todos os temas importantes a respeito das formas de imputação subjetiva com base na Lei de Improbidade Administrativa.

A ementa do julgado tem o seguinte teor, transcrito apenas na parte em que interessa:

ADMINISTRATIVO. IMPROBIDADE. ELEMENTO SUBJETIVO. CONTRATAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTE SEM LICITAÇÃO. ATO ÍMPROBO POR ATENTADO AOS PRINCÍPIOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA. CONDENAÇÃO CRIMINAL TRANSITADA EM JULGADO. APLICAÇÃO DAS SANÇÕES.

[...]

2. Conforme já decidido pela Segunda Turma do STJ (REsp 765.212/AC), o elemento subjetivo, necessário à configuração de improbidade administrativa censurada nos termos do art. 11 da Lei 8.429/1992, é o dolo genérico de realizar conduta que atente contra os princípios da Administração Pública, não se exigindo a presença de dolo específico.

3. Para que se concretize a ofensa ao art. 11 da Lei de Improbidade, revela-se dispensável a comprovação de enriquecimento ilícito do administrador público ou a caracterização de prejuízo ao Erário.

4. In casu, a conduta dolosa é patente, in re ipsa. A leitura do acórdão recorrido evidencia que os recorrentes participaram deliberadamente de contratação de serviço de transporte prestado ao ente municipal à margem do devido procedimento licitatório. O Tribunal a quo entendeu comprovado o conluio entre o ex-prefeito municipal e os prestadores de serviço contratados, tendo consignado que, em razão dos mesmos fatos, eles foram criminalmente condenados pela prática do ato doloso de fraude à licitação, tipificado no art. 90 da Lei 8.666/1993, com decisão já transitada em julgado.

5. O acórdão bem aplicou o art. 11 da Lei de Improbidade, porquanto a conduta ofende os princípios da moralidade administrativa, da legalidade e da impessoalidade, todos informadores da regra da obrigatoriedade da licitação para o fornecimento de bens e serviços à Administração.²

No presente artigo se trabalhará com três eixos principais de abordagem: (i) a gramática da imputação subjetiva na improbidade administrativa; (ii) o dolo; e (iii) a culpa.

² STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011.

1 A GRAMÁTICA DA IMPUTAÇÃO SUBJETIVA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

A Lei de Improbidade Administrativa faz, por duas vezes, referência às modalidades de imputação subjetiva: dolo e culpa. No art. 5º, afirma que o ressarcimento integral do dano se dará quando houver lesão ao patrimônio público por “ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro”. Já no art. 10, que tipifica os atos de improbidade administrativa que causam prejuízo ao erário, consta que eles podem decorrer de “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa”.

Considerando que a Lei de Improbidade Administrativa inaugura um novo sistema de proteção ao princípio republicano e não traz propriamente um conceito legal dessas modalidades de imputação, a questão óbvia que surge é: afinal, o que é dolo ou culpa na improbidade administrativa?

Não se tem dúvidas que os juristas positivistas de pronto irão buscar alguma norma legal em que há a conceituação de dolo ou culpa e, com base em tais dispositivos, utilizar métodos interpretativos, tais como o método gramatical, exegético ou teleológico³ para tentar justificar a aplicação à Lei de Improbidade Administrativa do conceito de dolo e culpa deles extraído.

Essa concepção, sem dúvida nenhuma, decorre de uma visão equivocada do direito, partidária da superada filosofia da consciência, em que se acredita que os conceitos devem materializar a melhor descrição possível daquilo que é conceituado, como se fossem um “espelho da natureza”, em uma “montagem de representações exatas”⁴.

Para o positivismo lógico, como afirma Vives Antón:

o significado se reduz à sintaxe e experiência: uma proposição bem construída sintaticamente é verdadeira se coincide com os fatos, e falsa em caso contrário. Mas, se se refere a coisas que não estão no mundo – que não são fatos –, então não são nem verdadeiros, nem falsos: simplesmente, carecem de sentido ou, quando menos, se se adota o ponto de vista do “Tractatus”, pertence ao que não se pode dizer, o inefável.⁵

Assim, não há dúvidas, que o primeiro desafio para a compreensão do elemento subjetivo do ato de improbidade administrativa é examinar como podemos identificar o significado de dolo e culpa na responsabilização por ato de improbidade administrativa.

³ Uma análise crítica a respeito desses métodos tradicionais, já foi apresentado em outro lugar: CABRAL, Rodrigo Leite Ferreira; HALLVASS FILHO, L. C. Técnicas de interpretação da lei penal. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Direito penal baseado em caso: fundamentos de direito penal**. Curitiba: Juruá, 2013, p. 258-269.

⁴ RORTY, R. **A filosofia e o espelho da natureza**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994, p. 169.

⁵ VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 402.

O melhor caminho para essa tarefa, nos parece, é oferecido pela filosofia da linguagem.

Foi Wittgenstein quem, em seu livro *Investigações filosóficas*, quebrando toda uma tradição da filosofia da consciência, propôs que o significado das palavras fosse identificado, não pela melhor descrição do seu objeto à moda positivista, no sentido de que significado funciona como uma figura (teoria pictórica) daquilo que ocorre na realidade, mas sim com base na ideia de que é o uso público, contextual e intersubjetivo (palavra como ferramenta) que melhor expressa corretamente o seu significado.

Assim, as palavras não partem do nada, de uma tábula rasa, há por detrás delas uma tradição que lhes dá sentido, que é justamente esse uso público e contínuo a que Wittgenstein faz referência.

Daí porque é fundamental identificar a gramática da imputação subjetiva na improbidade, é dizer, identificar os usos linguísticos que dão sentido e fundamento às ideais de culpa e dolo na improbidade.

Isso porque, são justamente as regras gramaticais que estabelecem os “padrões para o uso correto de uma expressão, que ‘determinam’, seu significado; dar o significado de uma palavra é especificar sua gramática”⁶.

O “conceito”⁷ de dolo e culpa depende, pois, de qual gramática é a mais adequada a sustentar o significado de tais expressões, pois, afinal, como afirma Glock, com base na teoria de Wittgenstein:

O sentido de uma proposição é determinado por seu lugar no sistema gramatical, no sentido de que este determina suas relações lógicas com outras proposições (PG 152-3). A gramática de uma língua é o sistema global de regras gramaticais, das regras constitutivas que a definem, pela determinação daquilo que faz sentido dizer ao usá-la (PR 51; LWL 46-59; PG 60, 133, 143; PI §496).⁸

No direito brasileiro existem dois grandes sistemas gramaticais que podem, pois, dar suporte significativo ao conceito de dolo e culpa para improbidade administrativa,

⁶ GLOCK, H.-J. **Dicionário Wittgenstein**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998, p. 193.

⁷ Como corretamente explica Vives Antón, o uso da palavra *conceito* é inadequado, pois relevador de uma visão pictórica do significado: “Segundo a velha terminologia escolástica, conceito é um conjunto de características comuns a um gênero. Esse uso de ‘conceito’, inaplicável por definição às ações, segundo já disse no livro *Fundamentos do Sistema Penal* e que se mostrará depois, ainda, sobrevive no âmbito da teoria da ação, tratada como uma espécie de genus *proximum*, cujas distintas espécies podem ser identificadas mediante a correspondente *differentia*. Creio ter demonstrado à saciedade, que um conceito assim é impossível. Por isso falo de concepção significativa, referindo-me assim a um ponto de vista do qual as distintas ações aparecem unidas por uma série de parentescos, por um parecido de *família*, que não pode ser definido” – VIVES ANTÓN, T. S. Estudio preliminar. In: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008, p. 47.

⁸ GLOCK, H.-J. Op. cit., p. 193.

considerando que, como foi visto, a Lei de Improbidade Administrativa não funda uma nova gramática, pelo menos, nesse tema.

Nesse sentido, existem as concepções de dolo e culpa do Direito Civil e do Direito Penal.

A questão é, pois, verificar qual desses dois sistemas de referência é mais adequado para fundamentar a imputação subjetiva dos atos de improbidade administrativa.

O Código Civil traz, basicamente, duas regências sobre o dolo e culpa: (i) o direito de regresso da administração, com relação ao agente público que pratica dano por dolo ou culpa (CC, art. 43); (ii) o dolo – não havendo referência à culpa – como forma de defeito dos negócios jurídicos (CC, art. 145 a 150)⁹.

Para o Direito Civil, o dolo como fundamento do vício do ato administrativo tem o seguinte sentido, nas palavras de Pontes de Miranda: “*Dolus Malus* – Dolo, causa de não validade dos atos jurídicos, é o ato, positivo, ou negativo, com que, conscientemente, se induz, se mantém, ou seja confirma outrem em representação errônea”¹⁰.

Assim, pode-se verificar que o nosso Código Civil não traz propriamente o dolo como forma de imputação, mas sim como uma forma de vício de um negócio jurídico, um verdadeiro *dolus malus*, como apontado por Pontes de Miranda.

Ademais, o principal eixo de referência do Direito Civil não é sancionatório, ainda que, evidentemente, apresente rasgos nesse sentido¹¹.

Por outro lado, a teoria penal é rica no debate acerca de como é possível fazer uma imputação subjetiva justa.

O Direito Penal tem se ocupado há mais de séculos da tarefa de descobrir e definir o que efetivamente pode ser atribuído a uma pessoa como obra e responsabilidade sua.

⁹ Há, ainda, referência ao dolo nos seguintes dispositivos do Código Civil, mas que guardam a mesma referência ao dolo como espécie de vício de vontade: art. 48, parágrafo único; art. 171, II; 178, II, 180; 353; 392; 400; 403; 451; 458; 461; 557, I; 561 (esses dois últimos fazem referência ao dolo penal); 633; 762; 786, §1º; 814; 849; 1.078, §3º; 1.177, parágrafo único; 1.235; 1.752; 1.814 (também trata do dolo penal); 1.909 e 2.020.

¹⁰ PONTES DE MIRANDA. **Tratado de direito privado**: parte geral, Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 443. Assim, também, vide: RODRIGUES, S. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1, p. 194-195. VENOSA, S. de S. **Direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011, p. 407-409.

¹¹ Assim, também, é posição externada pelo voto-vencido: “Ocorre que o foco desse ramo do Direito não é a punição do ato ilícito, mas a indenização pelos danos dele advindos (seja a título patrimonial, moral ou estético) – inclusive, esse também é o foco do art. 14, § 1º, da Lei n. 6.938/81. [...] Ora, a sistemática indenizatória em nada se assemelha à sistemática punitiva do microssistema de proteção à moralidade administrativa. O ilícito civil é o de gradação mais branda entre os três tipos possíveis (penal, civil e administrativo)” (MARQUES, M. C. Voto-vista: STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 26-27).

Daí porque, não parece haver dúvida, que a gramática mais adequada para ser utilizada na imputação subjetiva do ato de improbidade administrativa é a gramática do Direito Penal e de sua teoria do delito.

E é justamente aqui que se começa a examinar algumas conclusões do julgado aqui comentado.

O voto-vencedor do Ministro Herman Benjamin (acompanhado pela Ministra Eliana Calmon) sustenta que a gramática do dolo a ser empregada na improbidade administrativa é a do Direito Administrativo sancionador.

O Ministro Benjamin faz a diferenciação entre o dolo penal e o dolo administrativo com base na doutrina de Fábio Medina Osório, que afirma que “o dolo não é necessariamente a má-fé”¹².

Assim, conclui o Min. Benjamin que

o dolo reside na simples consciência e vontade de praticar determinada conduta, comissiva ou omissiva, que não se coadune com os princípios administrativos e com os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade e lealdade às instituições.¹³

Ocorre, porém, que, com o devido respeito, o Ministro parte de premissas inadequadas para chegar a uma conclusão correta. O dolo penal, na atualidade, como se verá adiante, não guarda mais qualquer relação com a ideia de má-fé.

O conceito de dolo do direito administrativo sancionador, apresentado pelo Ministro Benjamin, é justamente o conceito de dolo do Direito Penal, uma vez que, até onde se sabe, o direito administrativo não possui uma gramática própria a ponto de trazer um novo conceito de dolo distinto do penal ou do civil.

A fundamentação que nos parece mais adequada, assim, é a apresentada pelo Ministro Mauro Campbell Marques, no seu voto-vencido, que chega à mesma conclusão que aqui se pretende alcançar: a gramática da improbidade administrativa, em tema do dolo, é a do Direito Penal.

Veja-se o que afirma o Ministro no seguinte excerto de seu voto, que, nessa parte, é irretocável:

¹² OSÓRIO, F. M. **Direito administrativo sancionador**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 333, apud HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 11-12.

¹³ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 12.

Há uma realidade inegável no ordenamento jurídico brasileiro, por cima da qual não podemos passar: existe um microsistema de proteção à moralidade administrativa, iniciado já antes da promulgação da Constituição da República de 1988 e por ela perpetuado e reforçado. Esse microsistema é formado basicamente pelas Leis n. 4.717/65 (Lei de Ação Popular – LAP), 7.347/85 (Lei de Ação Civil Pública – LACP), pela Constituição da República de 1988 (CR/88) e 8.429/92 (Lei de Improbidade Administrativa – LIA).

Esse microsistema normativo traz sanções de especial gravidade para os agentes públicos que eventualmente incidirem nas condutas tipificadas em suas prescrições. Em razão dessa peculiaridade, penso que há uma aproximação inegável deste conjunto de normas com o Direito Penal, formando o que se denomina usualmente de direito administrativo sancionador.

Não estou dizendo aqui, entenda-se bem, que todas as regras e os princípios atinentes ao Direito Penal possam ser aplicados, sem qualquer tempero, às ações constitucionais de proteção à moralidade. Não é isso. Esse entendimento, inclusive, é fortemente combatido pela doutrina administrativista, que defende a separação das esferas cível, administrativa e penal.

As sanções da Lei de Ação Popular, da Lei de Ação Civil Pública e da Lei de Improbidade Administrativa não têm caráter penal, mas formam o arcabouço do direito administrativo sancionador, de cunho eminentemente punitivo, fato que autoriza trazermos à baila a lógica do Direito Penal, ainda que com *granus salis*. É razoável pensar, pois, que pelo menos os princípios relacionados a direitos fundamentais que informem o Direito Penal devam, igualmente, informar a aplicação de outras leis de cunho sancionatório.¹⁴

Com efeito, tendo em conta os contornos da imputação por ato de improbidade administrativa e sua “semelhança de família”¹⁵ com o Direito Penal, não se tem a menor dúvida em afirmar que a gramática – a teoria da imputação subjetiva – criminal, é onde se deve buscar o pano de fundo teórico para uma melhor compreensão dos elementos subjetivos do ato de improbidade administrativa¹⁶.

¹⁴ MARQUES, M. C. Voto-vista: STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 23-24.

¹⁵ Para Wittgenteil não há um critério único e geral para as definições, sendo que o único critério identificador para tanto é a existência de uma “semelhança de família”. Nesse sentido, veja-se o que afirma Glock: “Quando ‘olhamos e vemos’ se todos os jogos possuem algo de comum, notamos que se unem, não por um único traço definidor comum, mas por uma complexa rede de semelhanças que se sobrepõem e se entrecruzam, do mesmo modo que os diferentes membros de uma família se parecem uns com os outros sob diferentes aspectos (compleições, feições, cor dos olhos, etc.). O que sustenta o conceito, conferindo-lhe unidade, não é um ‘fio único’ que percorre todos os casos, mas, por assim dizer, uma sobreposição de diferentes fibras, como em uma corda (BB 87; PG 75)” (GLOCK, H.-J. Op. cit., p. 324-325).

¹⁶ A essa conclusão, também, parece ter chegado a doutrina especializada sobre o tema, ao empregar conceitos tipicamente de direito penal, para a caracterização dos conceitos de dolo e culpa no ato de improbidade administrativa, como, por exemplo: BERTONCINI, M. **Ato de improbidade administrativa:**

Nunca é demais, porém, advertir – uma vez que sempre existem tentativas de fazer vinculações equivocadas entre o Direito Penal e a Improbidade Administrativa, nem sempre imbuídas de um objetivo de aprimoramento do microsistema de tutela da probidade, como, por exemplo, a tentativa de se reconhecer o foro especial por prerrogativa de função ou mesmo o princípio da tipicidade estrita também na improbidade – que o uso da gramática penal da imputação subjetiva não quer significar, nem de longe (e isso seria um equívoco primário), que a repressão aos atos de improbidade administrativa tem natureza criminal.

2 O DOLO NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

2.1 A SUPERAÇÃO DA TEORIA DO *DOLUS MALUS* (DOLO NÃO É MÁ-FÉ)

A origem da concepção jurídica do dolo (do grego *δολος*) é o direito civil romano, que, posteriormente, foi transladada para a imputação jurídico-penal. Assim, o Direito Romano também passou a adotar essa figura jurídica (*criminelle dolus*), que era caracterizada pela má intenção, má-fé, em suma: uma vontade maldosa dirigida a uma lesão. O Direito Penal romano adotava, assim, o denominado *dolus malus*¹⁷.

Conforme aponta Roxin,

até 1930 era dominante na ciência jurídica a denominada teoria do dolo, segundo a qual o dolo pressupõe conhecer as circunstâncias do fato e além disso a consciência do injusto; esse *dolus malus* era considerado como forma da culpabilidade (pertencente à parte interna do fato).¹⁸

Foi justamente a discussão a respeito da composição do dolo, se era integrado, também, pela consciência da antijuridicidade ou se este elemento fazia parte apenas do

15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 153; OLIVEIRA, A. A. A Tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa. In: OLIVEIRA, A. A.; CHAVES, C.; GHIGNONE, L. **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 70-71; OLIVEIRA, R. P. O. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 272-280; OSÓRIO, F. M. **Teoria da improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 245-249; GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 280-284. Já Fazzio Junior traz um conceito dolo mais vinculado à ideia de ato administrativo: FAZZIO JUNIOR, W. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2012, p. 300-301.

¹⁷ REIN, W. **Das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinianus**. Leipzig: Köhler, 1844, p. 151.

¹⁸ Conforme: ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Trad. de Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 210.

extrato da culpabilidade é que gerou uma das maiores polêmicas do Direito Penal moderno, protagonizadas, de um lado, por Welzel (finalismo) e, de outro, por Mezger (causalismo)¹⁹.

Apesar disso, atualmente, é praticamente unânime em nossa doutrina penal a conclusão de que: “dolo não é *dolus malus* (*dolo culpável*)” e que a “culpabilidade é um juízo valorativo que recai sobre a conduta dolosa”²⁰, sendo que a consciência da antijuridicidade do ato não é um dos elementos necessários para a caracterização do dolo.

E é justamente neste momento que se chega a uma importante conclusão com relação ao dolo e à responsabilização por ato de improbidade administrativa: o dolo da improbidade não se confunde com o *dolus malus*, o dolo da improbidade não depende da existência de má-fé do agente público, ou seja, não tem como um dos seus elementos a potencial consciência da ilicitude.

Aqui concorda-se com a importantíssima conclusão do Ministro Benjamin, no sentido de que, para a caracterização do dolo na improbidade administrativa: “Pouco importa se o agente atua com intenção específica de violar a lei ou com outra especial finalidade”²¹.

¹⁹ Veja-se que essa discussão, no fundo, possivelmente teve objetivos muito menos nobres que uma mera discussão acadêmica. Como pontua Muñoz Conde, a discussão, provocada por Mezger, aparentemente tinha muito mais por objetivo criar uma cortina de fumaça, tentando fazer esquecer o passado nazista de Mezger, *verbis*: “Em 1950, [Mezger] publicou seu único ensaio científico depois da guerra: ‘*Moderne Wege der Strafrechtsdogmatik*’. Uma espécie de reconciliação com a dogmática jurídico-penal, que, na realidade, nunca havia abandonado (cf. *Infra V*), mas à que agora dava uma dimensão tão abstrata e filosófica que custa reconhecer nela o Mezger pedagógico dos manuais e inclusive do Tratado. Ademais, aproveita esta monografia para desencadear uma ácida polêmica sobre o conceito ontológico de ação com base na Teoria do Delito e sobre a posição sistemática nesta do dolo, contra Hans Welzel, um penalista muito mais jovem que ele e que já se havia distinguido por algumas publicações de caráter filosófico jurídico e por haver publicado um breve manual no que expõe a Teoria do Delito desde o ponto de vista de um conceito ontológico final de ação, que, entre outras coisas, o leva a situar sistematicamente o dolo na tipicidade como parte integrante do tipo subjetivo. [...] Se, já aos seus 67 anos, o fez [a crítica à Welzel] para buscar um tema suficientemente abstrato e ideologicamente descomprometido que pudesse servir para ocultar seu recente passado nazista, ou se o fez por estar realmente convencido da necessidade de propor o novo Direito sobre estas base e premissas ontológicas, é algo que não posso provar, mesmo que sim tenha minha opinião a respeito, que creio poder-se deduzir objetivamente comparando o que havia escrito antes com o que escrevi agora, mas, em todo caso, não é agora o objetivo principal deste trabalho” (MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 256-257).

²⁰ ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981, p. 312. Nas palavras do próprio Welzel: “A teoria do dolo não adverte que o dolo não é uma parte integrante, mas sim objeto da reprovabilidade e, por isso, pertence já à ação e ao tipo do injusto, enquanto que a consciência da antijuridicidade é só um elemento da reprovabilidade” (WELZEL, H. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires/Montevidéu: B. de F., 2004, p. 166).

²¹ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 12.

Assim, com essa posição vencedora²², supera-se uma equivocadíssima posição jurisprudencial, que exigia, para a caracterização do dolo na improbidade administrativa, a existência de má-fé do agente público, ou seja, adotava um *dolus malus* totalmente alheio a qualquer gramática de imputação de atos ilícitos adotada em nosso sistema atual.

De tal maneira, vale repetir, o dolo na improbidade nada tem a ver com má-fé. Assim, o agente público que subtrai dinheiro público para dar às pessoas carentes (ou seja, com boa-fé) comete, sim, ato de improbidade doloso. O agente que viola a licitação para beneficiar empresas locais e assim fomentar o emprego local age, sim, com dolo.

O problema é que a jurisprudência, muitas vezes, utiliza-se desse imaginário requisito da má-fé como forma de tornar a atuação judicial justa²³, evitando-se a imposição das penas previstas na Lei n. 8.429/92 em decorrência de meras ilegalidades, sem qualquer transcendência.

Ocorre, porém, que tal expediente é um equívoco teórico muito grave e causa grande prejuízo sistêmico ao combate à corrupção.

Não há dúvidas que meras irregularidades não podem configurar atos de improbidade administrativa. O fundamento para tal conclusão, porém, é a necessidade da existência de um conceito material de improbidade administrativa, em que se exige a efetiva violação a um bem jurídico protegido normativamente. Isso nada tem a ver com a existência ou não de dolo. Tem a ver com a ausência de violação material da norma, concepção essa que já vem sendo, de há muito, defendida pela doutrina sobre a improbidade²⁴ e largamente aceita e desenvolvida na doutrina penal²⁵.

Talvez esses equívocos decorram de uma má compreensão – e mesmo um mau desenvolvimento – da teoria do dolo em nosso país.

Resumindo, para deixar bem claro: (i) o dolo na improbidade administrativa nada tem a ver com má-fé; (ii) a necessidade de um conteúdo material para a configuração do

²² A rigor essa tese foi unânime, pois defendida pelos vencedores Herman Benjamin e Eliana Calmon, bem como pelo vencido Mauro Campbell Marques, que adotou a concepção que o dolo da improbidade é o dolo penal, ou seja, não é o *dolus malus* e, portanto, não se confunde com má-fé.

²³ É bem verdade que em muitos outros casos, a exigência da comprovação da má-fé se presta muito mais para justificar uma atitude complacente com atos desonestos, o que é facilitado pela grande manipulabilidade do conceito de má-fé e de uma visão psicológica do dolo.

²⁴ Por exemplo: OLIVEIRA, R. P. O. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 238-242.

²⁵ Trazendo um apanhado sobre a evolução do conceito de bem jurídico: GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato** (com adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

ato de improbidade administrativa, da mesma forma, nada tem a ver com a figura do dolo, devendo ser exigida uma violação ao bem jurídico para a caracterização de um ato ímprobo.

Assentadas essas premissas iniciais, tentar-se-á, no próximo capítulo, passar em revista, ainda que rapidamente, as principais teorias sobre o dolo.

2.2 A CONCEPÇÃO DE DOLO NA IMPROBIDADE

Na evolução do conceito de dolo, uma vez superada a fase romana do *dolus malus*, sobrevieram teses acerca do dolo propostas pelos glosadores e posglosadores, como a teoria do *dolus generalis*, a doutrina Bartoli e a do *dolus indirectus*²⁶.

A disputa relevante, porém, entre as teorias do dolo no Direito Penal aconteceu entre as chamadas teorias da vontade e da representação.

Enquanto a teoria da vontade defendia que há dolo “quando o resultado foi querido”²⁷ pelo agente, a teoria da representação, defendida principalmente por Von Liszt, propunha como ponto central para a caracterização do dolo “a prevalência da representação que o sujeito faz do resultado, ou seja, dentro do elemento cognitivo, o que foi representado pelo autor”²⁸.

Assim, a teoria da vontade valoriza mais o elemento volitivo, enquanto que a teoria da representação o elemento cognitivo do dolo.

Da teoria da vontade, é importante frisar, desenvolveu-se uma série de subteorias com o objetivo principal de dar uma explicação plausível para a fundamentação do dolo eventual.

Como bem pontua Puppe:

Para a teoria da vontade, o dado psíquico que, no dolo direto de segundo grau e no dolo eventual, deve substituir a vontade é descrito como estar de acordo (BGHSt 14, 240), “acolher em sua vontade” (RGSt 26, 243, 33, 45, 62, 159 [160]; 72, 36 [46]; Blei AT § 32 III), assunção do risco (RG 59, 3; 67, 425; 76, 115 [116], Baumann/Weber/Mitsch AT §20 nm. 48), aprovação (RGSt 72, 36 [43]; 76, 115) ou aprovação em sentido jurídico (BGHSt 7, 363 [369]; NJW 1963, 2236 [2237], NJW 1968, 660 [661]; MDR 1980, 812 (em Holtz); StV 1985, 100). Mas todos esses conceitos são usados com a mesma ambiguidade

²⁶ ENGELMANN, W. **Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung**. Aalen: Scientia Verlag, 1965, p. 53/104.

²⁷ HIPPEL, R. von. **Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit**. Leipzig: Hirzel, 1903, p. 133.

²⁸ BARJA DE QUIROGA, J. L. **Tratado de derecho penal**. Cizur Menor: Civitas; Thomson Reuters, 2010, p. 472.

que o conceito de vontade. Eles são introduzidos no conceito de dolo como descrições de uma real disposição interna do autor em relação ao resultado.²⁹

Por outro lado, a teoria da representação também influenciou a criação de novas teorias, em especial a teoria da probabilidade (que propugnava que o dolo era a representação de um resultado provável) e da possibilidade (em que se exigia que o resultado fosse antevisto pelo agente como possível).

Todas essas teorias são classificadas num grande grupo denominado *teorias volitivas*, que são aquelas em que se exige para a configuração do dolo dois elementos: o elemento cognitivo e o elemento volitivo. Atualmente as teorias volitivas são majoritárias e adotam o conceito de dolo como: *consciência e vontade de realizar os elementos objetivos do tipo penal*.

Apesar disso, as teorias volitivas hoje em dia vêm sofrendo sérias críticas, a ponto de já existir, no Direito Penal, um movimento respeitável, ainda que minoritário, de teorias que defendem que o dolo é composto apenas pelo elemento cognitivo. Essas teses, por sua vez, são classificadas no grupo denominado *teorias cognitivas*, sendo possível citar como seus defensores, Frisch³⁰, Puppe³¹, Herzberg³², Schmidhäuser³³, Jakobs³⁴ entre outros, cuja análise, por motivos óbvios, não pode ser feita em um trabalho como este³⁵.

Em que pese toda essa discussão, partindo-se de uma perspectiva pragmática, parece importante que, neste momento – além de afastar a ideia de dolo com a de má-fé e de noticiar a discussão existente na teoria do dolo do Direito Penal – focar em um dos principais problemas da teoria da imputação subjetiva: a prova do dolo.

²⁹ PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 37.

³⁰ FRISCH, W. **Vorsatz und Risiko**. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1983.

³¹ PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004; PUPPE, I. Der Vorstellungsinhalt des dolus eventuales. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, v. 103, n. 1, 1991.

³² HERZBERG, R. D. **Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit**: ein Problem des Objektiven Tatbestandes, Jus 1986.

³³ SCHMIDHÄUSER, E. Die Grenze zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Straftat (“dolus eventuales” und bewusste Fahrlässigkeit). **Juristische Schulung**, p. 241-252, 1980.

³⁴ JAKOBS, G. Gleichgültigkeit als Dolus Indirectus. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 114, n. 3, jan. 2002, p. 594.

³⁵ Sobre o tema já discorri algo, ainda que de modo superficial, em: CABRAL, R. L. F. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 121-126. Para uma análise mais profunda sobre as teorias volitivas e cognitivas, veja-se: DÍAZ PITA, M. del M. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994; RAGUÉS I VALLÉS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 1999; PÉREZ BARBERÁ, G. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

2.3 A PROVA DO DOLO NA IMPROBIDADE (*DOLUS EX RE*)

É quase um consenso entre as teorias modernas do dolo que a prova do dolo não se faz por meio da investigação de inacessíveis estados mentais. Essa crítica parte principalmente de uma visão pragmática, pois as teorias tradicionais têm apresentado propostas de difícil aplicação cotidiana.

Ademais, há um sério antagonismo com a visão psicológica do dolo, também, sob uma perspectiva filosófica, em que se critica especialmente a visão cartesiana da mente que é subjacente a essas teorias de matriz subjetivista³⁶.

Neste trabalho, parece produtiva, porém, ainda que se tenha alguma reserva sob o ponto de vista filosófico, a exposição e defesa das denominadas teorias processuais do dolo, que atualmente vêm ganhando bastante prestígio no estudo do tema³⁷ e que constituem, sem sombra de dúvidas, um evidente avanço com relação às teorias tradicionais.

Isso porque, caso se mantenha uma visão puramente psicológica, a possibilidade de condenação – se levada a sério essa teoria – resulta em uma tarefa quase impossível³⁸.

As teorias processuais sustentam que a prova do dolo se faz mediante a análise das circunstâncias e indicadores externos da conduta do agente e não com base no que *se passa em sua cabeça*³⁹.

³⁶ Apresenta-se tal crítica com detalhes em: CABRAL, R. L. F. **O elemento volitivo do dolo**: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.

³⁷ Como adverte Puppe, tendo em conta que as teorias psicológicas apresentam critérios que são, em princípio, inacessíveis à investigação probatória forense, “em tempos mais recentes, o interesse científico tem-se voltado da correta definição do que é o dolo para a questão do método correto de prova do dolo” (PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Trad. Luís Greco. Barueri: Manole, 2004, p. 60).

³⁸ Ragués i Vallés corretamente adverte sobre a quase impossibilidade lógica da averiguação do dolo caso se adote uma visão psicológica, sustentando que: “O juiz que queira ser fiel às exigências da concepção psicológica da ‘determinação do dolo’ e, portanto, somente condenar por delito doloso quando consiga comprovar conclusivamente determinados fenômenos psicológicos alheios e pretéritos, conta com um instrumental bastante precário para cumprir com sua missão. Tal instrumental se reduz, sendo otimista, a umas poucas regras de psicologia que dizem quando não existe conhecimento necessário para o dolo e alguns quantos enunciados baseados na experiência cotidiana que dificilmente se vai poder aplicar para resolver um só caso, por pressupor, uma imediatez ao momento do delito, que não costuma ocorrer na audiência de instrução e julgamento” (RAGUÉS I VALLÉS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal...** Op. cit., p. 259). E continua referido autor dizendo que: “A solução que admite que praticamente nunca se poderá condenar por crimes dolosos projeta negras sombras sobre a possibilidade de seguir afirmando que o Direito Penal é um meio eficaz para gerar algum efeito na sociedade. Assim, com uma aplicação coerente da concepção psicológica, os tipos delitivos em que somente se pune a realização dolosa resultam praticamente inaplicáveis e ficam de fato derogados” (RAGUÉS I VALLÉS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal...** Op. cit., p. 260).

³⁹ HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999, p.

De tal maneira, parece uma boa opção⁴⁰ a defesa da teoria majoritária no Direito Penal também para a improbidade administrativa, ou seja, a de que o dolo é consciência e vontade⁴¹ de realizar os elementos dos tipos abertos da Lei de Improbidade Administrativa.

Entretanto, deve-se adicionar a esse conceito as contribuições das teorias processuais de dolo.

Desse modo, conforme adverte Muñoz Conde:

a demonstração do querer levanta, certamente, problemas de prova na prática, porém não por isso se pode prescindir dele. Como se trata de um elemento subjetivo, o melhor para a sua prova é demonstrar a existência de determinados indicadores objetivos dos quais se possa deduzir se realmente houve ou não uma decisão contrária ao bem jurídico. Entre esses indicadores se conta, em primeiro lugar, o risco ou perigo para o bem jurídico, implícito na própria ação e, em segundo lugar, a capacidade evitar o resultado, que sujeito pode ter quando age.⁴²

No que diz respeito à prova do dolo, defende-se, com base na filosofia de Wittgenstein, que existem três critérios para a aferição ou não da sua existência: a) o contexto; b) as explicações dadas pelo agente; e c) as confissões.

Repete-se aqui o que já se sustentou em outra oportunidade:

O contexto dos fatos, em Direito Penal, é seguramente o mais importante critério para atribuir as intenções (frise-se, uma vez mais, que não são estados mentais, mas atitudes públicas). Por isso, as circunstâncias do crime, a natureza

152. Sobre a compatibilização da tese de Hassemer com propostas da filosofia da linguagem, veja-se: BUSATO, P. C. Dolo e significado. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 59-82.

⁴⁰ Pelo menos neste momento de evolução doutrinária. A tese mais adequada, porém, parece, a propugnada pela teoria da ação significativa, em que se encara o dolo como um compromisso de atuar, pois “entendendo o elemento volitivo do dolo, não naturalisticamente, como um processo psicológico, mas sim normativamente, como um compromisso de atuar, se esclarece seu conceito e começam a ter sentido não paradójico os critérios que usamos para identificá-lo” (VIVES ANTÓN, T. S. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 253).

⁴¹ É imprescindível deixar bem claro que vontade não se confunde com desejo. Há inúmeros casos em que o agente atua com vontade e, portanto, dolo, ainda que o resultado não lhe agrade ou que não realize seu desejo. Nesse sentido, impecável a advertência de Vives Antón: “Muitas vezes nossas intenções se foram a reboque de nosso desejos, de modo que temos a intenção de fazer justamente aquilo que desejamos; outras muitas vezes, porém, temos a intenção de fazer e, efetivamente, fazemos, coisas que não desejamos (como v.g., sair às compras em um dia tórrido ou chuvoso, ir todo dia pela manhã ao trabalho ou cuidar de um doente)” (VIVES ANTÓN, T. S. Op. cit., p. 243). Assim, o desejo é irrelevante para a configuração ou não de uma conduta dolosa. Daí porque o conceito de dolo direto de segundo grau não tem muita valia para o direito penal, pois assenta como critério distintivo entre duas formas de dolo no desejo.

⁴² MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2010, p. 273.

de eventuais objetos utilizados (armas, ferramentas e outros), o local dos golpes ou disparos, o *modus operandi*, situações temporais, compleição física e muitos outros elementos que são ricos em revelar o dolo (intenção) do agente.

As explicações, por sua vez, são as justificativas do agente, o modo como ele elabora sua manifestação, quais consequências derivam dela, quais as respostas e reações que o sujeito aceita como pertinentes.

Por exemplo, quando um indivíduo efetua disparos contra a vítima e grita: vou te matar! Tal explicação robustece a ideia de que o agente atuou com dolo direto de matar.

Por fim, a confissão é o que o agente declara como sua intenção ao agir de determinada maneira.

Vale frisar que, na confissão, não há que se levantar qualquer dúvida do agente sobre sua própria intenção. Por isso, ele não precisa de critérios para saber sua intenção. Assim que não há que se avaliar se a confissão foi equivocada, mas tão somente se foi honesta ou não.

Veja-se, ainda, que a análise dos critérios da intenção não se fixa somente no exato momento do crime (como faziam as teorias clássicas e neoclássicas do crime), mas devem também ser amplamente examinados os fatos anteriores e posteriores ao mesmo, porque muito relevantes para oferecer critérios de identificação do significado da intenção do agente.⁴³

De tal maneira, é de se aplicar a tese do *dolus ex re*, que – ao contrário do que muitos entendem – não é dolo presumido, mas é o dolo extraído das circunstâncias do fato.

Conforme explica Weber, *dolus ex re*: é aquele dolo delitivo que “sem a necessidade de confissão do acusado, pode ser reconhecido perfeitamente pelo tipo e modalidade do delito, pelas circunstâncias externas da ação concreta”.⁴⁴

Veja-se que a doutrina do *dolus ex re* vem sendo resgatada pela moderna doutrina do Direito Penal, especialmente por Volk, cuja conclusão é irretocável: “a justiça somente pode se produzir em um processo e ela não depende apenas de um conceito jurídico-material, mas também do modo em que é utilizada na prática”⁴⁵.

E, neste ponto, também concorda-se com o julgado analisado, que afirma que a constatação do dolo no caso concreto: “É dolo *in re ipsa*”⁴⁶.

⁴³ CABRAL, R. L. F. **O elemento volitivo do dolo**: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. C. (Org.). *Dolo e direito penal: modernas tendências*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 141.

⁴⁴ WEBER, V. **Ueber die Verschiedenen Arten des Dolus**. *Neues Archiv des Criminalrechts*, t. 7, 1825, p. 564 e ss. apud PÉREZ BARBERÁ, G. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 599.

⁴⁵ VOLK, K. **Dolus ex re**. *Strafgerichtsbarkeit. Festschrift für Arthur Kaufmann*. Heidelberg: Müller, Jur. Verlag, 1993, p. 624.

⁴⁶ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe

3 A CULPA NA IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA

3.1 AS MODALIDADES DE ATOS ADMINISTRATIVOS E A POSSIBILIDADE DE IMPUTAÇÃO SUBJETIVA POR CULPA

O primeiro ponto a ser avaliado sobre a culpa⁴⁷ na improbidade administrativa é verificar quais das tipologias da improbidade administrativa podem ser imputadas a título de culpa.

Conforme consta do voto do Min. Herman Benjamin:

É assente na jurisprudência do STJ que os atos de improbidade tipificados no art. 10 podem decorrer de dolo ou culpa, porém persiste controvérsia quanto ao elemento subjetivo presente nas demais modalidades de improbidade.⁴⁸

Tal controvérsia se dá em virtude de que o art. 10 da Lei de Improbidade Administrativa prevê expressamente a responsabilidade por “ação ou omissão, dolosa ou culposa” nos atos de improbidade administrativa que causem prejuízo ao erário, enquanto que nos atos de improbidade que importam em enriquecimento ilícito (art. 9º) e que atentem contra os princípios da administração pública (art. 11), o legislador nada falou sobre a possibilidade de o agente responder por culpa.

04/05/2011, p. 15. Veja-se que Vives Antón afirma também corretamente que: “não se trata de critérios externos a partir dos quais possa induzir a ser a existência ou inexistência de determinados processos internos; já que ‘tal dicotomia não existe’: determinam o uso da palavra e, portanto, os critérios são constitutivos, o dolo é sempre, portanto, *dolus in re ipsa*” (VIVES ANTÓN, T. S. Reexame do dolo. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 114.

⁴⁷ No Direito Penal mais contemporâneo não se tem utilizado mais a expressão “culpa”, mas sim o termo *imprudência*. Sobre o tema, assim consigna Juarez Cirino dos Santos: “O substantivo culpa e o adjetivo culposos são inadequados por várias razões: primeiro, confundem culpa, modalidade subjetiva do tipo, com culpabilidade, elemento do conceito de crime, exigindo a distinção complementar de culpa em sentido estrito e culpa em sentido amplo, o que é anticientífico; segundo, induzem perplexidade no cidadão comum, para o qual crime culposos parece mais grave que crime doloso, ampliando a incompreensão de conceitos jurídicos; terceiro, o substantivo imprudência e o adjetivo imprudente exprimem a ideia de lesão do dever de cuidado ou do risco permitido com maior precisão do que os correspondentes culpa e culposos; quarto, a dogmática alemã usa o termo *Fahrlässigkeit*, que significa negligência ou imprudência, mas a natureza da maioria absoluta dos fatos lesivos do dever de cuidado ou risco permitido, na circulação de veículos ou na indústria moderna, parece melhor definível como imprudência” (CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006, p. 165). Apesar disso, para fins didáticos, utilizaremos neste artigo o termo *culpa*, mesmo porque é o empregado, também, por nosso Código Penal (CP, art. 18, II).

⁴⁸ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 06.

Conforme bem noticia o ilustre relator, o Superior Tribunal de Justiça tem posições divergentes:

- enquanto a 1ª Turma tem se posicionado no sentido de que, no silêncio da lei, não existe a possibilidade da responsabilização por condutas culposas, apenas dolosas⁴⁹;
- a 2ª Turma tem o entendimento no sentido de que, no que diz respeito aos atos de improbidade administrativa que atentam contra os princípios da administração pública, não é necessária a prova nem do dolo, nem da culpa, mas apenas o prejuízo material ao erário⁵⁰.

Em seguida o relator conclui, com relação às hipóteses do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, o seguinte:

Nessa esteira, parece-me que não é a ausência de menção expressa à culpa que a exclui do art. 11, pois é a essência da norma, ao censurar condutas que contrariem princípios comezinhos e de conhecimento obrigatório, que a permite.⁵¹

Por outro lado, o Min. Mauro Campbell Marques sustenta que a responsabilidade por culpa, somente é possível no caso do art. 11 da Lei de Improbidade Administrativa, ao afirmar:

Inicialmente, destaco, ainda que sob pena de exaustão, que a natureza das sanções impostas em razão de enriquecimento ilícito ou de atentado aos princípios administrativos não comportaria a punição a título de culpa. Se por negligência, imprudência ou imperícia, os administradores violam os deveres de legalidade, honestidade, imparcialidade e lealdade às instituições (que é o substrato fático que autoriza a incidência do art. 11 da Lei n. 8.429/92), por mais desaconselhável que isso seja, haverá irregularidade administrativa (e não improbidade), que também é uma infração, merecendo sanção por outras esferas de controle, tais como a de responsabilização fiscal, a dos processos administrativos disciplinares, a da fiscalização dos Tribunais de Contas e os demais mecanismos de controle interno da Administração Pública, sem embargos do não menos eficiente controle exercido pelos novéis Conselhos Nacionais de Justiça e do Ministério Público.

⁴⁹ Cita o seguinte julgado: STJ – REsp 940.629/DF, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, , julgado em 16/08/2008, DJe 04/09/2008.

⁵⁰ Cita o seguinte julgado: STJ – REsp 737.279/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13/05/2008, DJe 21/05/2008.

⁵¹ HERMAN BENJAMIN. Voto-vencedor: STJ – REsp 951389/SC, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 09.

Note-se: essas irregularidades não podem ser entendidas como um “diminutivo” dos atos de improbidade – ensejando tratamentos pejorativos, tais como “meras” irregularidades – e elas merecem combate via controles interno e externo da Administração Pública, mas não atraem a aplicação de sanções da ordem das expressas na LIA.

[...]

Por eliminação, sobra como viável a conclusão (iii) acima enunciada, pela qual o legislador redigiu a Lei de Improbidade Administrativa nos mesmos moldes em que se redigem os tipos penais. Nesse caso, então, na ausência de menção expressa ao elemento subjetivo “culpa”, os arts. 9º e 11 só incidirão na presença de dolo.⁵²

Em nossa opinião, a razão está com o Min. Mauro Campbell.

Como se argumentou anteriormente, a gramática que sustenta a imputação subjetiva na improbidade é a penal. De tal maneira, parece irrefutável a alegação de que a responsabilização por culpa deve ser excepcional e expressamente prevista pelo legislador.

Não há como afirmar que houve uma omissão culposa do legislador ao deixar de prever expressamente essa modalidade de responsabilidade nos arts. 9º e 11 da Lei. Aqui não há espaço para uma interpretação extensiva, máxime em se tratando de responsabilidade com sérias consequências como a da improbidade administrativa.

A doutrina especializada, também, em sua maioria, tem esse mesmo entendimento⁵³, conforme se verifica do seguinte trecho da obra de Alexandre Albagli de Oliveira:

Veja-se que o legislador silenciou quanto ao elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito. Nesses casos, cabe ao intérprete verificar se o tipo ímprobo respectivo reclama condutas dolosas e/ou culposas para a sua adequação típica e consequente configuração. No caso do art. 9º, de seu caput e de seus doze incisos, a análise minuciosa dos atos ali mencionados leva-nos a crer, sem muito esforço, que os referidos atos reclamam condutas dolosas.⁵⁴

⁵² MARQUES, M. C. Voto-vista: STJ – REsp 951389/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, julgado em 09/06/2010, DJe 04/05/2011, p. 31-32.

⁵³ Emerson Garcia afirma o seguinte: “Partindo-se da premissa de que a responsabilidade objetiva pressupõe normatização expressa nesse sentido, constata-se que: a) a prática de atos de improbidade previstos nos arts. 9º e 11 exige dolo do agente; b) a tipologia inserida no art. 10 admite que o ato seja praticado com dolo ou com culpa; c) o mero vínculo objetivo entre a conduta do agente e o resultado ilícito não é passível de configurar improbidade” (GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 282-283).

⁵⁴ OLIVEIRA, A. A. Op. cit., p. 72. Assim, também: FAZZIO JUNIOR, W. Op. cit., p. 148;

Com relação ao art. 11 da Lei, continua referido autor:

a leitura do dispositivo em comento leva-nos a crer que o legislador preferiu tipificar, no caso de violação a princípios da Administração Pública, apenas condutas dolosas. Aqui servem os mesmos argumentos lançados no caso dos atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito.⁵⁵

Assim, parece que a melhor postura a ser adotada é no sentido de que: (i) a tipologia dos arts. 9º e 11 da Lei de Improbidade Administrativa exigem a presença de dolo; e (ii) a tipologia do art. 10 permite a responsabilização a título de dolo ou culpa.

3.2 A CONCEPÇÃO DE CULPA NA IMPROBIDADE

Conforme já consignado, a gramática que sustenta o conceito de culpa na improbidade administrativa é a do Direito Penal.

Assim, os requisitos para a responsabilização subjetiva culposa penal são os mesmos para a imputação de atos de improbidade administrativa.

Ao contrário do que ocorria com as condutas dolosas, age com culpa aquele que atua sem intenção, sem compromisso com o resultado ou com o significado da conduta, caracterizando, assim, o componente de azar ínsito aos delitos culposos⁵⁶.

A imputação a título de culpa possui alguns critérios:

O primeiro deles, inegavelmente, é a violação ao dever objetivo de cuidado, que “se determina, em princípio, a partir da normativa vigente, das normas socioculturais e da experiência comum, das quais derivam as regras que devem ser seguidas para avaliar os perigos derivados da conduta”⁵⁷, sempre avaliando o específico contexto em que a conduta se deu.

Sobre esse tema, é de se fazer uma ressalva ao modo de identificação do dever objetivo de cuidado defendido pela doutrina majoritária, que sustenta que o horizonte de determinação do dever objetivo de cuidado é a do homem médio.

⁵⁵ OLIVEIRA, A. A. Op. cit., p. 90-91. Fazzio Junior afirma: “Nem a exegese literal nem a contextual autorizam essa compreensão (*responsabilidade também por culpa – esclarecimento Rodrigo Cabral*). A excepcional sanção de atos culposos deve ser expressamente declinada no texto da norma. Não há como sancionar condutas a título de culpa sem expressa previsão legal” (FAZZIO JUNIOR, W. Op. cit., p. 302). No mesmo sentido, Roberto Oliveira: “O elemento subjetivo de tipo punitivo não se presume. Não há, pois, presunção de condutas dolosas no art. 11. Houve efetivamente apenas tipificação de condutas dolosas, não havendo espaço para interpretação extensiva” (OLIVEIRA, R. P. O. Op. cit., p. 277).

⁵⁶ MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general... Op. cit., p. 288.

⁵⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011, p. 361.

Em nossa opinião, a baliza para fixar tais parâmetros – no caso particular dos agentes públicos – decorre das responsabilidades inerentes ao cargo ocupado no caso concreto, considerando-se, também, as capacidades específicas do agente, não sendo possível adotar a teoria majoritária que idealiza metafisicamente um modelo inexistente de homem, em proposta tipicamente tributária de uma filosofia da consciência.

Tal critério também determinará o segundo requisito, que é a previsibilidade subjetiva da superveniência do resultado ou significado da conduta.

Assim, sinteticamente, a ação culposa exige: i) violação do dever objetivo de cuidado; ii) previsibilidade subjetiva; iii) resultado ou significado previsto no tipo de improbidade; iv) relação entre a violação ao dever de cuidado e o resultado.

Esses são, grosso modo, os requisitos para a configuração de um ato de improbidade administrativa culposos.

CONCLUSÃO

Com essas considerações, superando-se a tese do dolo como má-fé, adotando-se a visão do dolo como consciência e vontade e extraíndo-se a comprovação do dolo das circunstâncias do fato e dos critérios indicados anteriormente, não há dúvida que existirá um salto de qualidade na análise da imputação subjetiva dolosa.

Da mesma forma, a conclusão de que a imputação subjetiva a título de culpa é excepcional, podendo ser fundada apenas na tipologia do art. 10 e de que é necessário estabelecer critérios para essa modalidade de imputação, tais como o dever objetivo de cuidado, representa um aprimoramento teórico no que diz respeito à responsabilidade culposa.

Diante disso, constata-se, ainda, que o tema merece uma melhor atenção doutrinária e jurisprudencial, sendo que o acórdão analisado, apesar da discordância aqui apontada, sem sombra de dúvidas, contribui para o aprofundamento do debate sobre tema tão importante para o país e para a prática judicial como é o da imputação subjetiva dos atos de improbidade administrativa.

REFERÊNCIAS

- BARJA DE QUIROGA, J. L. **Tratado de derecho penal**. Cizur Menor: Civitas; Thomson Reuters, 2010.
- BERTONCINI, M. Ato de **Improbidade administrativa**: 15 anos da Lei 8.429/1992. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- BUSATO, P. C. Dolo e significado. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- CABRAL, R. L. F. O elemento volitivo do dolo: uma contribuição da filosofia da linguagem de Wittgenstein e da teoria da ação significativa. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Dolo e direito penal**: modernas tendências. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014. p. 119-145.
- CABRAL, R. L. F.; HALLVASS FILHO, L. C. Técnicas de interpretação da lei penal. In: BUSATO, P. C. (Org.). **Fundamentos de direito penal**. Curitiba: Juruá, 2013. (Série Direito penal baseado em casos). p. 259-269.
- CIRINO DOS SANTOS, J. **Direito penal**: parte geral. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2006.
- DÍAZ PITA, M. del M. **El dolo eventual**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1994.
- ENGELMANN, W. **Die Schuldlehre der Postglossatoren und ihre Fortentwicklung**. Aalen: Scientia Verlag, 1965.
- FAZZIO JUNIOR, W. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Atlas, 2012.
- FRISCH, W. **Vorsatz und Risiko**. Köln; Berlin; Bonn; München: Carl Heymanns Verlag, 1983.
- GARCIA, E.; ALVES, R. P. **Improbidade administrativa**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- GLOCK, H.-J. **Dicionário Wittgenstein**. Rio de Janeiro: J. Zahar, 1998.
- GRECO, L. **Modernização do direito penal, bens jurídicos coletivos e crimes de perigo abstrato**: (com adendo: princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.
- HASSEMER, W. **Persona, mundo y responsabilidad**: bases para una teoría de la imputación en derecho penal. Tradução: Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.
- HERZBERG, R. D. Die Abgrenzung von Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit: ein Problem des Objektiven Tatbestandes. **Juristische Schulung**, Munique, v. 4, n. 26, p. 249-262, abr. 1986.
- HIPPEL, R. von. **Die Grenze von Vorsatz und Fahrlässigkeit**. Leipzig: Hirzel, 1903.
- JAKOBS, G. Gleichgültigkeit als dolus indirectus. **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 114, n. 3, p. 765-790, jan. 2002.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. 3. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2011.
- MUÑOZ CONDE, F. **Edmund Mezger e o direito penal de seu tempo**: estudos sobre o direito penal no nacional-socialismo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.
- MUÑOZ CONDE, F.; GARCÍA ARÁN, M. **Derecho penal**: parte general. 8. ed. Valencia: Tirant lo Blanc, 2010.

OLIVEIRA, A. A. A tormentosa abordagem do elemento subjetivo nos atos de improbidade administrativa. In: OLIVERA, A. A.; CHAVES, C.; GHIGNONE, L. **Estudos sobre improbidade administrativa em homenagem ao Prof. J. J. Calmon de Passos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

OLIVEIRA, R. P. O. **Improbidade administrativa e sua autonomia constitucional**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.

OSÓRIO, F. M. **Teoria da improbidade administrativa**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

PÉREZ BARBERÁ, G. **El dolo eventual**: hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental. Buenos Aires: Hammurabi, 2011.

PONTES DE MIRANDA, C. **Tratado de direito privado**: parte geral. Tomo IV. Atualizado por Marcos Bernardes de Mello e Marcos Ehrhardt Jr. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

PUPPE, I. **A distinção entre dolo e culpa**. Tradução: Luís Greco. Barueri: Manole, 2004.

_____. Der Vorstellungsinhalt des Dolus Eventuales. **Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft**, Berlin, v. 103, n. 1, p. 01-42, 1991.

RAGUÉS I VALLÉS, R. **El dolo y su prueba en el proceso penal**. Barcelona: J. M. Bosch, 1999.

RODRIGUES, S. **Direito civil**: parte geral. 34. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 1.

RORTY, R. **A filosofia e o espelho da natureza**. Rio de Janeiro: Relume-Dumará, 1994.

ROXIN, C. **Derecho penal**: parte general. Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito. Tradução: Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal. Madrid: Thomson Civitas, 2003.

SCHMIDHÄUSER, E. Die Grenze Zwischen Vorsätzlicher und Fahrlässiger Straftat ("dolus eventuales" und bewusste Fahrlässigkeit). **Juristische Schulung**, Berlin, v. 20, n. 04, p. 241-252, abr. 1980.

VENOSA, S. de S. **Direito civil**: parte geral. 11. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

VIVES ANTÓN, T. S. Estudio preliminar. In: RAMOS VÁZQUEZ, J. A. **Concepción significativa de la acción y teoría jurídica del delito**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2008. p. 11-63.

_____. **Fundamentos del sistema penal**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

VOLK, K. Dolus ex re. In: HAFT, F. et al. **Strafgerichtigkeit**: Festschrift für Arthur Kaufmann zum 70. Heidelberg: Müller; Juristischer Verlag, 1993. p. 611-624.

WEBER, V. Ueber die Verschiedenen Arten des Dolus. **Neues Archiv des Criminalrechts**, v. 7, p. 549-580, 1825.

WELZEL, H. **El nuevo sistema del derecho penal**: una introducción a la doctrina de la acción finalista. Buenos Aires; Montevideo: B. de F., 2004.

WITTGENSTEIN, L. **Investigaciones filosóficas**. 3. ed. Barcelona: Crítica, 2010.

ZAFFARONI, E. R. **Tratado de derecho penal**: parte general. Tomo III. Buenos Aires: Ediar, 1981.

CRIMINAL COMPLIANCE NO DIREITO PENAL ECONÔMICO E DA EMPRESA

CRIMINAL COMPLIANCE IN CRIMINAL ECONOMIC LAW AND BUSINESS LAW

Angela dos Prazeres¹

RESUMO

O presente artigo busca demonstrar qual a orientação e finalidade político-criminal da inserção da discussão técnica sobre os sistemas de *compliance* como objeto de estudo do Direito Penal Econômico, especificamente em face de pessoas jurídicas e da possibilidade de imputá-las criminalmente. Para tanto, estabelece uma análise acerca das principais razões históricas que culminaram na expansão do Direito Penal para o âmbito da economia popular e sobre as justificativas para a sua aplicação subsidiária; uma análise em relação à aceitação da responsabilidade penal de pessoas morais a partir de uma responsabilidade por produto e de quais são as concepções doutrinárias e jurídicas atribuídas a essa responsabilização em realidades comparadas; por fim, uma análise sobre os aspectos relacionados à definição conceitual e à finalidade dos programas de *compliance* e ao tipo de interlocução existente entre tais programas, o Direito Penal Econômico e a persecução criminal de entes coletivos.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Responsabilidade Penal de Pessoas Jurídicas. *Criminal compliance*.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate what is the orientation and political-criminal purpose of the insertion of the technical discussion on compliance systems as an object of study of Criminal Economic Law, specifically in the face of legal entities and the possibility of criminal prosecution. To do so, it establishes an analysis of the main historical reasons that led to the expansion of Criminal Law to the scope of popular economy and about the grounds for its subsidiary application; an analysis of the acceptance of criminal liability of moral people from a product liability and what doctrinal and legal conceptions are attributed to such liability in comparative realities; and finally, an analysis of the aspects related to the conceptual definition and purpose of the compliance programs and the type of interlocution existing between such programs, Criminal Economic Law and the criminal prosecution of collective entities.

Keywords: Criminal Economic Law. Criminal Responsibility of Companies. Criminal Compliance.

¹ MBA em Auditoria Integral pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Bacharel em Ciências Contábeis pela Universidade Tecnológica Federal do Paraná (UTFPR). Bacharel em Direito pela FAE Centro Universitário. E-mail: angela.utfpr.pb@gmail.com

INTRODUÇÃO

A história da humanidade é dividida em Idades, sendo que quando um determinado fato extremamente relevante ocorre, os historiadores identificam uma mudança de Idade na história. No que concerne ao sistema econômico, durante o período que compreende a Idade Média e a Idade Moderna, este se baseava no modo de produção e organização feudal, o chamado *feudalismo*. Nesse sistema, a riqueza de uma sociedade e os modos de produção empregados por esta estavam ligados à terra².

Contudo, como é de se esperar, as sociedades se modificam, surgem novos interesses, nossas tecnologias, por vezes até uma nova forma de se enxergar o mundo. Nesse contexto, ocorreu a chamada *evolução técnica das sociedades humanas*, principalmente no continente europeu. Novas tecnologias foram sendo criadas e, em maior velocidade na Idade Moderna. Todo esse processo levou a configuração de uma sociedade, que, fomentada pelo espírito capitalista, modificou toda a estrutura econômica e social da Europa e, por conseguinte, de todo o mundo³.

Nessa nova configuração, além de novos interesses, surgiram novos conflitos e novas demandas, de modo que a formação de grupos econômicos dominantes – com grandes corporações como protagonistas –, frente a grupos dominados – empregados, consumidores, concorrentes et al. –, passou a exigir do Estado uma postura mais intervencionista, uma postura voltada à resolução e à pacificação de conflitos, e, sobretudo, à proteção de grupos economicamente e socialmente mais vulneráveis. Destarte, o poder estatal percebeu que era necessária a instauração de mecanismos de controle e regulação de determinados fluxos econômicos e tecnológicos⁴.

Desde então, as ações e relações que envolvem a economia, o bem-estar social e a atuação do poder estatal na busca de se obter um possível equilíbrio entre o capital e o social têm se mostrado um processo deveras complexo. Assim, o Direito, desde logo, foi lançado nessa seara e muitos têm sido os seus desafios – questões relacionadas a como controlar fluxos econômicos, e, antes de qualquer coisa, quais fluxos econômicos deveriam ser controlados, como tratar grandes corporações, a dicotomia entre regulação e livre iniciativa – e, nesse emaranhado de interesses, direitos, conflitos e obrigações, à norma jurídico-penal o Estado recorreu.

² MIRANDA, F. S. M. P. A mudança do paradigma econômico, a Revolução Industrial e a positivação do direito do trabalho. **Direito, Justiça e Cidadania**, v. 3, n. 1, p. 4, 2012.

³ Ibid., p. 5.

⁴ SCHMIDT, A. Z. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015, p. 8.

O Direito Penal passou a olhar mais detidamente para a economia e para as empresas. E, ao passo que as coisas avançaram, foram surgindo questões como a existência de uma criminalidade que se opera no campo de atuação das corporações, cujos efeitos podem ser nefastos; a necessidade de estabelecer mecanismos de prevenção e combate a tal criminalidade, bem como a necessidade de se coibir comportamentos tais por meio do estabelecimento de reprimendas às pessoas jurídicas. Assim, iniciou-se um esboço para a conformação do chamado Direito Penal Econômico, da responsabilidade penal de pessoas jurídicas e dos sistemas de *criminal compliance*.

Ante o exposto, o presente escrito pretende investigar qual seria a orientação e a finalidade político-criminal da inserção da discussão técnica sobre os sistemas de *compliance* como objeto de estudo do Direito Penal Econômico, especificamente em face das pessoas jurídicas e da possibilidade de imputá-las criminalmente. Para tanto, buscou-se estabelecer uma análise acerca o tipo de interlocução existente entre direito penal econômico, responsabilidade penal de pessoas e programas de *compliance*.

1 DIREITO PENAL ECONÔMICO

O Direito Penal Econômico tem sido, nos últimos anos, matéria de larga investigação e interesse. Esse processo tem apontado que as questões que o envolvem nem sempre trilharam um caminho pacífico. A primeira delas surge logo no que toca à sua designação. Falam, uns, em direito penal econômico ou da economia – *Wirtschaftsstrafrecht* na Alemanha; direito que disciplina crimes contra a economia popular ou direito penal dos negócios – *droit pénal économique-droit pénal des affaires* na França; outros, sobretudo na América do Norte, sob influência de Sutherland, de criminalidade de “colarinho branco” – *white-collar criminality*. Ademais, questões relacionadas à autonomia e à legitimidade também subsistem no plano de divergências⁵.

A partir dessas primeiras ponderações, as quais denotam especificidade e contestação, se buscará nesta seção uma compreensão acerca das razões históricas que levaram ao surgimento do Direito Penal Econômico e de quais são as justificativas que permitem a sua aplicação subsidiária.

⁵ CORREIA, E. Introdução ao direito penal econômico. In: CORREIA, E. et al. **Direito penal econômico e Europeu**: textos doutrinários, problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1, p. 293-296.

1.1 ASPECTOS HISTÓRICOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Segundo Carlos Martínez-Buján Pérez⁶, o Direito Penal Econômico surgiu a partir do fenômeno da expansão do Direito Penal, que promoveu a criação de novos delitos, sobretudo, no âmbito econômico. E para explicar o referido fenômeno, ele recorreu aos argumentos de Jesús-María Silva Sánchez.

Para Jesús-María Silva Sánchez⁷, as causas de expansão do Direito Penal compreendem, entre outros aspectos, o surgimento de novos interesses, a efetiva aparição de novos riscos, a institucionalização da insegurança, a sensação social de insegurança, a configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, a identificação de uma maioria social como vítima de delitos e o descrédito das outras instâncias de proteção.

Em relação à chamada *institucionalização da insegurança*, sentimento social de insegurança e configuração de uma sociedade de sujeitos passivos, destaca-se que as proposições defendidas por Jesús-María Silva Sánchez foram eminentemente construídas a partir da teoria “Sociedade de Risco” (*Risikogesellschaft*) de Ulrich Beck⁸.

Para Fábio André Guaragni⁹, o Direito Penal Econômico surgiu como uma reação ao Estado liberal-burguês presente no século XIX, de modo que dois importantes movimentos contribuíram para esse feito: Revolução Industrial e Revolução Francesa. Tais movimentos deflagraram uma verdadeira hegemonia da casta social burguesa no que concerne a acumulação de bens de capitais, e, por conseguinte, na existência de um cenário estrelado pela profunda desigualdade social¹⁰.

⁶ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 73.

⁷ SILVA SÁNCHEZ, J.-M. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas Ediciones, 2001, p. 26-61.

⁸ Veja-se: “a sociedade moderna aparece caracterizada, basicamente, por um quadro econômico que rapidamente se altera e pelo surgimento de extraordinários avanços tecnológicos. Estas características têm demonstrado grande capacidade de promover impactos diretos no aumento do bem-estar individual, bem como de proporcionar o dinamismo dos fenômenos econômicos. Entretanto, não se deve ignorar as suas consequências negativas. Dentre as possíveis consequências, destaca-se a configuração do risco de procedência humana, como fenômeno social estrutural, pois grande parte das ameaças a que os cidadãos estão expostos é proveniente precisamente de decisões que outros cidadãos adotam em termos de gestão dos avanços tecnológicos. Trata-se dos riscos diretos para certa parcela dos cidadãos, que derivam de aplicações tecnológicas no desenvolvimento da indústria, da biologia, da genética, da energia nuclear, da computação, das comunicações e assim por diante”. BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998, p. 25-96.

⁹ GUARAGNI, F. A. As razões históricas do direito penal econômico. **EOS**: Revista Jurídica da Faculdade de Direito, v. 2, n. 1, 2007, p. 29.

¹⁰ *Ibid.*, p. 30.

Andrei Zenkner Schmidt¹¹ destaca que o liberalismo econômico teve sua maior expressão no ano de 1776, após a publicação da obra *The wealth of nations*, de Adam Smith. Ao indivíduo, naturalmente livre, deveria ser conferida a liberdade de buscar sua própria felicidade a partir de seus próprios ideais, assim a realização de seus objetivos, guiada, ainda que não intencionalmente, pela *invisible hand*¹², produziria, reflexamente, o bem-estar da coletividade. Todavia, essa liberdade econômica teve seu declínio anunciado a partir da crise econômica que assolou boa parte da Europa após a Primeira Guerra Mundial (1914-1918), assim como do *Big Crash* da Bolsa de Nova Iorque em 1929.

No ano de 1949, houve a publicação da obra intitulada *White collar crime*, fruto dos estudos de Edwin Sutherland, os quais se iniciaram em 1939. Após analisar 70 das maiores empresas norte-americanas – corporações do ramo de manufatura, mineração e comércio –, Sutherland conclui que pessoas ricas e bem-sucedidas também cometiam crimes, mas eram liberadas em face de um filtro existente no sistema de persecução penal¹³.

Na década de 1970 a literatura criminológica alemã começou a dedicar-se a investigações destinadas à compreensão dos crimes econômicos, haja vista o surgimento de um forte movimento favorável à criminalização no âmbito econômico, que teve início em 1972, durante o 49º Congresso de Juristas Alemães e, oficialmente, com a criação de uma Comissão de Especialistas para a Luta contra a Delinquência Econômica¹⁴.

No ano de 1977, alguns autores discutiram um Projeto de Código Penal Alemão Alternativo, o StGB, visando tratar da tipificação de condutas que atentavam contra a ordem econômica. Não obstante esse projeto tenha sido criticado de forma majoritária pelos seguidores da escola de Frankfurt, não passou despercebido, uma vez que no decorrer dos anos seguintes o legislador alemão veio a introduzir no StGB os primeiros delitos econômicos, crimes estes configurados como vários tipos de perigo inspirados, em sua grande parte, pelas diretrizes estabelecidas no projeto alternativo¹⁵.

¹¹ SCHMIDT, Op. cit., p. 30-32.

¹² Verifique-se: “*invisible hand* – teoria da mão invisível, uma analogia empregada por Adam Smith para explicar como, numa economia concorrencial, a busca pelo interesse individual pode resultar em melhoria do bem comum. Segundo essa teoria, há um mecanismo natural no mercado que distribui socialmente, de alguma maneira, os ganhos individuais. Portanto, cabe ao Estado garantir que as condições de liberdade econômica estejam, de fato, satisfeitas, eliminando todos os seus impedimentos legais e institucionais”. SMITH, A. **Conferências no bicentenário de “A Riqueza das Nações”**. Trad. Margarida Maria de Vasconcellos Dias e Júlio César Montenegro. Rio de Janeiro: Núcleo editorial da UERJ, 1978, p. 56.

¹³ SUTHERLAND, E. H. **El delito de cuello blanco: white collar crime**. The Uncut Version. Trad.: Laura Belloqui. Buenos Aires: Euros, 2009, p. 19.

¹⁴ TIEDEMANN, K. **Poder económico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985, p. 26-27.

¹⁵ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Op. cit., p. 77.

Em 1980, influenciada pelo conhecimento e pela experiência alemã, em especial pelas propostas desenvolvidas no Projeto de Código Penal Alternativo, a doutrina espanhola começou o debate, no plano de *lege ferenda*, sobre questões relacionadas à criminalidade econômica. Debates foram organizados, e, como consequência, teve-se a publicação do PLOCP de 1980. Em 1995, quando da aprovação de reformas realizadas em seu Código Penal, a Espanha decidiu pela manutenção de grupos de delitos econômicos já previstos anteriormente na própria lei penal e em leis especiais, bem como decidiu por introduzir em seu novo código penal um título próprio a regular a ordem econômica sob a denominação de crimes socioeconômicos, elegendo assim novas condutas delitivas nessa seara¹⁶.

Em 2002, a promulgação da Lei Sarbox¹⁷ promoveu a maior reforma no mercado de capitais americano desde a introdução de sua regulamentação, logo após a crise financeira de 1929. A medida traduziu a resposta do governo americano a uma série de escândalos (fraudes contábeis) ocorridos em grandes empresas como *WorldCom* e *Enron*, cuja finalidade foi recuperar a confiança dos investidores e evitar uma descapitalização das empresas americanas e uma crise econômica generalizada naquele país.

No Brasil, a ordem econômica e financeira foi reconhecida como matéria constitucional a partir da promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988¹⁸.

Ademais, a partir da década de 1990 se assistiu a uma sistemática promulgação de leis, as quais criaram os chamados “crimes econômicos” ou “crimes empresariais”¹⁹.

¹⁶ Ibid., p. 78.

¹⁷ Veja-se: “Sarbanes-Oxley, uma lei norte-americana editada com o objetivo de restaurar o equilíbrio dos mercados por meio de mecanismos que assegurem a responsabilidade da alta administração de uma empresa sobre a confiabilidade da informação por ela fornecida”. BORGERTH, V. M. da C. **Sox**: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley. São Paulo: Thomson Pioneira, 2007, p. 3.

¹⁸ Vejam-se as disposições do art. 170 da CRFB/1988: “A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social” (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017).

¹⁹ Lei n. 8.137 de 1990, que criou os delitos contra a ordem econômica, contra as relações de consumo e contra a ordem tributária; Lei n. 8.078 de 1990, que criou delitos contra as relações de consumo; Lei n. 8.176 de 1991, que criou delitos contra a ordem econômica, e Lei n. 9.613 de 1998, que criou crimes de lavagem ou ocultação de bens. Cf. SAAVEDRA, Giovanni Agostini. *Compliance* e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. **Estudos Criminais**, n. 54, p. 167, jul./set. 2014.

1.2. SUBSIDIARIEDADE DO DIREITO PENAL ECONÔMICO

Andrei Zenkner Schmidt²⁰ assevera que a intervenção estatal no campo econômico, por meio do Direito penal, é justificável, uma vez que considera que os crimes econômicos configuram ofensas a bens jurídicos em sua dimensão constitucional. Ou seja, para o autor, a ordem econômica, uma vez erigida a programa constitucional, legitima o Estado a regulá-la ou intervir em espaços onde a autorregulação econômica se mostre insuficiente para a solidez e transparência do mercado. Assim, a intervenção estatal direta e/ou indireta na economia somente deve ocorrer naqueles segmentos em que a irrestrita liberdade dos fluxos econômicos pode gerar riscos consideráveis à realização do indivíduo enquanto pessoa, uma interlocução direta com princípio da dignidade humana.

De acordo Bernd Schünemann²¹, o Direito Penal comprometido com a proteção de bens jurídicos não pode cuidar apenas de furtos e lesões corporais, quais sejam os delitos considerados miseráveis que compõem a massa daquilo que vem ocupando o Direito Penal por toda a sua história. Em tempos atuais, é a criminalidade de empresa, a criminalidade de elite que representa o maior perigo para os bens juridicamente relevantes, quais sejam os bens metaindividuais.

Segundo Renato de Mello Jorge Silveira²², a criminalidade econômica pode ocorrer na forma de criminalidade na empresa (crimes cometidos dentro da corporação contra outras entidades ou indivíduos ou ainda contra si mesma) e criminalidade da empresa (crimes cometidos em favor da empresa).

Em relação à criminalidade na empresa e à criminalidade da empresa, dados mostram que de fato as afirmações tidas na literatura se coadunam com a prática empresarial. Quanto à criminalidade na empresa, uma pesquisa realizada pela *PricewaterhouseCoopers* – entrevistados 5.128 executivos de mais de 95 países, sendo 132 deles brasileiros – demonstrou que no Brasil 27% das empresas relataram ter sofrido com a prática de algum crime econômico no período de 2014. Esse percentual chegou a ser de 33% quando o período analisado foi 2011. Dentre os crimes praticados nos períodos analisados, destacam-se o roubo de ativos, fraude no processo de compras e suborno e corrupção²³.

²⁰ SCHMIDT, Op. cit., p. 70-71.

²¹ SCHÜNEMANN, B.; GRECO, L. Estudo de direito penal, processo penal e filosofia do direito. **Direito Penal e Criminologia**, São Paulo, p. 13-14, 2013.

²² SILVEIRA, R. de M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 128-129.

²³ MAIA, O.; WHITEHEAD, M. **7ª Pesquisa Global sobre crimes econômicos**. São Paulo: PwC, 2014, p. 8-9. Disponível em: <<http://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/pesquisa-gecs-2014.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

No que diz respeito à criminalidade da empresa, uma matéria publicada em 2014, na página eletrônica da *Consellium Compliance & Risk Search*, mencionou dados de uma pesquisa realizada no mesmo período pela *Ernest & Young*, na qual 15% dos executivos brasileiros que se sentiam pressionados por resultados relataram que estariam dispostos a cometer algum tipo de ilícito, v.g. pagar propina para alcançar suas metas dentro das empresas. Mencionou ainda que crimes como corrupção e evasão fiscal resultam, para países como o Brasil, em perdas significativas, sendo no primeiro caso uma perda aproximadamente de 2,5 do PIB anual, o que seria algo em torno de 50 USD bilhões anuais e, no segundo, um custo aos cofres públicos que só em 2013 chegou perto dos 208 USD bilhões²⁴.

Portanto, verifica-se que a criminalidade econômica, seja ela criminalidade na empresa ou da empresa, implica em grandes prejuízos à ordem econômica, logo a toda coletividade. Esse tipo de criminalidade pode ainda tomar como vítima a própria empresa, de modo a causar-lhe grandes perdas financeiras.

Sendo assim, constatada a relevância da ordem econômica, enquanto bem jurídico compartilhado por todos e indispensável ao desenvolvimento humano do indivíduo, não seria plausível admitir que atos atentatórios nesse âmbito não fossem passíveis de reprovação e, por conseguinte, fora do alcance das normas jurídico-penais.

2 RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

No âmbito do Direito Penal Econômico, além de se discutir a especificidade do bem jurídico a ser tutelado – ordem econômica e outros arranjos –, também se faz necessário analisar a existência de um novo tipo de autoria, haja vista a constatação de que condutas ilícitas que atentam contra a economia popular são praticadas de forma majoritária por agentes econômicos.

Nesse sentido, esta seção inicia-se na busca por uma compreensão mínima acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para tanto, buscar-se-á analisar o surgimento de tal responsabilidade a partir de uma responsabilidade penal por produto, bem como analisar quais são as concepções doutrinárias e jurídicas atribuídas a essa responsabilização em realidades comparadas.

²⁴ NEW Brazilian anti-corruption law: compliance as a competitive advantage. Disponível em: <<http://corporatecomplianceinsights.com/brazilian-new-anti-corruption-law-the-compliance-as-a-competitive-advantage>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

2.1 ASPECTOS HISTÓRICOS: UMA RESPONSABILIDADE POR PRODUTO

Segundo Lothar Kuhlen²⁵, o desenvolvimento da responsabilidade penal por produto ocorreu de forma similar em vários países, especialmente na Europa. O fator que teria explicado esse processo seria o elevado potencial de perigo que a fabricação e a distribuição de produtos geram nas sociedades altamente industrializadas. Essas sociedades comportam riscos para a vida e integridade física dos consumidores e, por conseguinte, para bens jurídicos protegidos tradicionalmente pelo Direito Penal como interesses fundamentais. A periculosidade que se depreende da distribuição de produtos pode ser reduzida a uma margem socialmente aceitável com a ajuda de normas de condutas que pressupõem a criação dos tipos penais correspondentes à fabricação e distribuição de produtos.

Assim, dessa criação em âmbito específico, houve como consequência a elaboração de normas de conduta, especialmente deveres de cuidado que afetam a produção. Passou a existir, ainda, a necessidade de desenvolver regras de imputação, que permitiriam tornar responsável todo aquele que, por sua posição dentro do sistema de fabricação e distribuição de bens, deveria assegurar o cumprimento das normas de conduta que permitem reduzir os riscos derivados do produto²⁶.

Um dos primeiros casos a ensejar uma responsabilidade penal por produto foi o caso *Lederspray*, BGH de 1990. Sua importância foi decorrente do fato que, até então, os danos causados por produtos defeituosos só eram tratados na esfera civil. Todavia, a partir de tal episódio, o Supremo Tribunal alemão (*Bundesgerichtshof/BGH*) decidiu acerca da responsabilidade penal pelo produto, colocando em evidência a posição de garante dos diretores, ou seja, aquele que cria uma situação de perigo a terceiros é obrigado a evitar o resultado lesivo²⁷.

Lederspray não foi o único caso e isso não ocorreu somente na Alemanha. Winfried Hassemer e Francisco Muñoz Conde²⁸ destacam que a responsabilidade penal pelo produto no Direito Penal espanhol teve como ponto de partida o caso *Azeite de Colza*. No ano de 1981, a empresa RPSA vendeu Óleo de Colza à Raelca, que mandou refiná-lo nas empresas ITH e Danesa Blau e, em seguida, o distribuiu ao consumo humano por meio

²⁵ KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. In: PUIG, M. S.; PEÑA, D. M. L. (Coord.). **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch, 1996, p. 231-232.

²⁶ Idem.

²⁷ Ibid., p. 236-244.

²⁸ HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p. 48-62.

de vendedores ambulantes. A partir daí, verificou-se que diversas pessoas apresentaram uma associação de sintomas nunca antes verificada, que compreendia distúrbios respiratórios, pneumonias, entre outros. Trinta e oito pessoas que integravam a linha de produção ou comercialização do *Azeite de Colza* foram acusadas pelo Ministério Público espanhol. Em maio de 1989, 13 destas foram condenadas em primeira instância pela autoria ou participação nos crimes de burla e contra a saúde pública pela adulteração e comercialização do referido produto. Cada um dos condenados recebeu pena de prisão, multa e indenização às vítimas.

Além do *Lederspray* e do *Aceite de Colza*, outros casos como *Contergan* e *Holzschutzmittel* também levaram ao reconhecimento de uma imputação penal em virtude da fabricação e circulação de produto defeituoso²⁹.

2.2 DIREITO COMPARADO: SISTEMA COMMON LAW

Em termos mais próximos, a discussão acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica no horizonte da *Common Law* ocorreu a partir do século XIX, ganhando maior força no século XX³⁰. Desde então, se reconhece que pessoas jurídicas podem ser responsabilizadas em matéria penal a partir de uma perspectiva funcional, pelos atos ou omissões dos seus empregados³¹.

Nesse sistema, ganhou destaque o posicionamento dos Estados Unidos da América e da Inglaterra. Lá, enfrentando a industrialização, o juiz, na realidade estadunidense, seguiu a doutrina inglesa que reconheceu a possibilidade de condenar penalmente a pessoa jurídica por infrações que não exigiam a demonstração do dolo³².

Na Inglaterra, em 1987, um naufrágio do chamado *Herald of Free Enterprise* resultou na morte de quase 200 pessoas. Houve a persecução penal da empresa responsável, *European Ferries Ltda.*, por homicídio culposo. Constatou-se que os eventos que levaram ao acidente poderiam ter sido evitados se medidas de organizações adequadas tivessem sido consideradas e implementadas pelo conselho da companhia. No entanto, nenhum dos membros do conselho tinha conhecimento suficiente dessas deficiências para ser

²⁹ Ibid., p.129.

³⁰ SILVA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 81.

³¹ VERVAELE, J. A. E. *Societas universitas delinquere ed puniripotest: a experiência holandesa como modelo para a Espanha*. In: CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Fecomércio, 2014, p. 106.

³² Ibid., p. 107.

criminalmente responsabilizado pelas mortes. Ademais, nenhum deles realizou os erros de execução que levaram ao acidente em questão³³.

Diante do ocorrido, a promotoria argumentou que os fatos conhecidos por cada um dos envolvidos poderiam ser coletivamente tratados como imprudência da corporação responsável. Tais argumentos foram rejeitados em sede recursal³⁴.

Na sequência, o parlamento aprovou duas novas leis. Buscou-se, primeiramente, ampliar o leque de situações em que pessoas jurídicas poderiam ser responsabilizadas penalmente pela morte de um indivíduo. Criou-se o crime de homicídio culposo corporativo. Caberia à pessoa jurídica a imputação criminal se a maneira pela qual suas atividades fossem organizadas e gerenciadas viesse a provocar a morte de uma pessoa ou constituir violação de relevantes deveres de cuidado da corporação para com a pessoa vitimada. Num segundo momento, a lei inglesa criou o crime de insuficiência das organizações comerciais em evitar a corrupção. A tipificação deste crime passou a traduzir uma responsabilidade penal objetiva³⁵.

Em 2009, visando à coibição de fraudes severas, os ingleses publicaram uma orientação, na qual se fazia referência à obtenção de resultados civis e ajustamentos globais com empresas que autorregulassem atos de corrupção no exterior. A orientação definiu, ainda, questões a serem consideradas e, entre elas, se o conselho de administração da empresa envolvida com a prática criminosa de corrupção estava verdadeiramente empenhado em resolver os fatos, bem como a modificar a sua cultura corporativa nesse aspecto³⁶.

Conforme já mencionado, os Estados Unidos da América passaram a adotar um regime jurídico muito semelhante ao modelo inglês, admitindo a criminalização das pessoas jurídicas. Destarte, no final do século XIX, coincidindo com o início da “Era Progressista”, foram editadas legislações específicas, as quais passaram a impor para as empresas americanas uma série de obrigações e proibições. Dentre tais legislações, destacam-se a *Sherman Antitrust Act*, de 1890, a *Elkins Act*, de 1903 e a *Federal Food and Drugs Act*, de 1906. Estes regulamentos foram o resultado de um intenso esforço dos estados federais norte-americanos em regular a atividade empresarial em seus territórios. Ademais, ao mesmo tempo em que se estabeleceram tais regulamentações, os tribunais

³³ PIETH, M.; IVORY, R. Surgimento e convergência: visão geral dos princípios da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Fecomércio, 2014, p. 43-44.

³⁴ Ibid.

³⁵ Ibid.

³⁶ Ibid., p. 56.

estadunidenses, especialmente aqueles pertencentes aos estados federais, passaram a admitir a responsabilidade criminal dos entes coletivos³⁷.

A aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica ocorreu por derradeiro a partir do ano de 1909. Naquela oportunidade, foi levado à Suprema Corte estadunidense para julgamento o caso *New York Central & Hudson River Railroad v. United States*. Ao apreciar o caso, a Suprema Corte seguiu os passos dos tribunais inferiores, uma vez que considerou que a responsabilidade por crimes cometidos por empregados poderia ser imputada à pessoa jurídica, desde que estes atuassem no exercício de suas funções e com a intenção de beneficiar a própria empresa. Para chegar a essa conclusão, a Suprema Corte se utilizou da doutrina *respondeat superior*, suportada no Direito privado, a qual, por razões de interesse público, deveria se estender à responsabilidade criminal³⁸.

2.3 DIREITO COMPARADO: SISTEMA DE DIREITO CONTINENTAL

No sistema de Direito continental, em que pese que o preceito da *societas delinquere non potest* sempre tenha demonstrado grande força, inclusive até os tempos hodiernos, as discussões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica encontraram espaço, sobretudo a partir da Conferência da Associação Internacional de Direito Penal em Bucareste, no ano de 1929³⁹.

Com o passar dos anos, o movimento ganhou mais força, principalmente a partir de eventos como as Jornadas de penalistas alemães, suíços e austríacos em 1993 e o Seminário Internacional de Direito Comparado no Cairo em 1994. Ademais, em 1988, a Recomendação feita pelo Comitê de Ministros do Conselho da Europa mencionava que a empresa deveria ficar isenta de responsabilidade criminal, pois sua organização não se viu implicada em delitos cometidos, e que ela tomou medidas necessárias para impedir a sua realização⁴⁰.

Ao longo dos anos de 1990 e no início dos 2000, diversos países da Europa filiados ao sistema romano-germânico, aparentemente visando cumprir a Recomendação do Conselho de Ministros da União Europeia, passaram a adotar a responsabilidade penal da

³⁷ ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. Responsabilidad penal de las empresas personas jurídicas: the American way. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014, p. 41.

³⁸ Ibid., p. 41-42.

³⁹ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 83.

⁴⁰ Ibid., p. 84.

pessoa jurídica em seus ordenamentos jurídicos. Dentre tais países, frisa-se a França, por ser considerado pela doutrina como caso de destaque, haja vista que foi o primeiro país de origem de Direito continental a aderir à responsabilidade penal da pessoa jurídica, e a Espanha, sendo o motivo para tanto o fato de que antes da promulgação da LO 15/2003 e da LO 5/2010, tal país, juntamente com a Alemanha e a Itália, formavam o chamado triunvirato contrário à responsabilidade penal da pessoa jurídica⁴¹.

Todavia, na contramão das Recomendações da União Europeia, existem no sistema de Direito continental objeções à responsabilidade penal da pessoa jurídica, destacando-se nessa seara Alemanha e Itália. Mas, nem tudo parece estar perdido. Nestes países, conquanto a responsabilidade penal da pessoa jurídica seja rejeitada quase que de forma peremptória, o tema não ficou imune ao debate. No entanto, até o presente momento, a posição quanto à rejeição da responsabilização criminal das pessoas jurídicas nestes países é majoritária, de modo que ilícitos cometidos por pessoas jurídicas são punidos com sanções administrativas⁴².

No Brasil, a responsabilização criminal da pessoa jurídica foi prevista na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, de modo explícito em seu art. 225, § 3º, em se tratando de crimes ambientais, e de modo um tanto vago ao tratar de condutas que atentam contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular (art. 173, § 5º)⁴³.

Em 1998, foi aprovada a Lei n. 9.605, que passou a regulamentar os crimes ambientais e a responsabilidade penal da pessoa jurídica no plano infraconstitucional, uma vez que trouxe previsão expressa em seu art. 3º, parágrafo único, quanto à possibilidade de se imputar às pessoas jurídicas responsabilidade administrativa, civil e penal quando

⁴¹ SEMINARA, S. Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014, p. 128.

⁴² Ibid., p. 129.

⁴³ Veja-se o art. 225, § 3º, da CRFB/1988: "Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações" [...] "As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados". E, ainda, art. 173, § 5º: "Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. [...] A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular" (BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017).

da prática de crimes ambientais. Em relação à possibilidade de responsabilidade penal da pessoa jurídica no caso das disposições do art. 173 § 5º da Carta Magna, até o momento não houve implementação legislativa⁴⁴.

Diante de tais previsões legais, a doutrina brasileira não se mostra pacífica a respeito da aceitação da responsabilidade penal da pessoa jurídica nos crimes ambientais, tampouco nos crimes econômicos. Nos crimes previstos na Lei n. 9.605, as objeções situam-se em quatro pontos fundamentais: transposição das penas; culpabilidade; falta de vontade das pessoas jurídicas; e inaplicabilidade das penas privativas de liberdade a estas⁴⁵.

Nos casos de crimes econômicos, a discussão sequer chegou ao nível das objeções dadas à Lei n. 9.605, uma vez que não foi sedimentado o entendimento sobre haver, ou não, de fato, uma autorização constitucional.

E, quando casos concretos que envolviam questões disciplinadas pela Lei n. 9.605 foram levados ao judiciário brasileiro, verificou-se que o Supremo Tribunal Federal, admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais, a fez durante um largo tempo na forma de responsabilidade por ricochete ou dupla imputação, ou seja, a responsabilidade criminal das pessoas jurídicas somente poderia se verificar em conjunto com a responsabilidade individual. Desse modo, a Suprema Corte brasileira passou a decidir que a responsabilidade penal da pessoa jurídica jamais se mostraria independente, portanto, vinculando-se, sempre, ao princípio de heterorresponsabilidade⁴⁶.

Entretanto, em 2013 o Supremo Tribunal Federal inovou. Ao julgar o RE 548181/PR decidiu como admissível a condenação de pessoa jurídica pela prática de crime ambiental, ainda que absolvidas as pessoas físicas ocupantes de cargo de presidência ou de direção do órgão responsável pela prática criminosa. Naquela oportunidade, a Ministra Rosa Weber, relatora do processo, ponderou que a cega obediência ao princípio da dupla imputação incorreria, em verdade, em uma agressão ao preceito do art. 225, § 3º da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. A ideia geral do constituinte originário, conforme novo posicionamento do Supremo Tribunal, teria sido a da imputação independente, e, portanto, condicionar a imputabilidade da pessoa jurídica à da pessoa física seria praticamente o mesmo que subordinar a responsabilidade jurídico-penal da pessoa coletiva à efetiva condenação da pessoa física, o que seria

⁴⁴ SAAVEDRA, G. A. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. **Revista de Estudos Criminais**, n. 54, p. 167, jul./set. 2014.

⁴⁵ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 166.

⁴⁶ Ibid., p. 172.

impensável. A partir dessa decisão, abriu-se um novo paradigma sobre o pensamento de responsabilização criminal em crimes ambientais no ordenamento jurídico brasileiro⁴⁷.

Percebe-se, assim, uma inclinação para a incorporação e o reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica na forma de autorresponsabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, destaca-se que, de *lege ferenda*, as discussões acerca da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico brasileiro encontraram espaço no Projeto de Lei do Senado n. 236/2012⁴⁸.

A comissão elaboradora do PLS 236/2012 optou pela incorporação e pelo reconhecimento da responsabilidade penal da pessoa jurídica de forma mais abrangente do que se tem hoje em termos de *lege lata*, no entanto, ainda com grandes limitações. O *caput* do art. 41 do referido projeto ampliou a responsabilidade penal da pessoa jurídica para além dos crimes ambientais, abarcando assim crimes contra a administração pública, a ordem econômica e o sistema financeiro. Contudo, não deixou de ser um recorte no âmbito da imputação, uma vez que tratou de apresentar os delitos a partir de um rol taxativo. Trouxe ainda outras duas limitações, a primeira sendo a exigência de que o ilícito penal deve ser decorrente de decisão do representante legal ou contratual, ou do órgão colegiado da empresa, e a segunda que tal fato tenha sido praticado no interesse ou para o benefício da organização⁴⁹.

3 **CRIMINAL COMPLIANCE**

Diante dos riscos que a criminalidade corporativa proporciona em termos de prejuízos econômicos e sociais, sejam prejuízos em face da própria empresa ou a um grupo específico, ou ainda a toda a coletividade, bem como constatados os riscos decorrentes da possibilidade de se punir criminalmente pessoas jurídicas e seus sócios, organizações empresariais passaram a adotar, seja por imposição do poder estatal ou por ação voluntária, certos mecanismos de prevenção e combate à criminalidade econômica, tais como *Criminal Compliance Programs*.

⁴⁷ GUARAGNI, F. A.; CHIAMULERA, A. **Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais**: aspectos práticos da atuação do ministério público. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/FabioGuaragni_AndressaChiamulera_Autorresponsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica_em_Crimes_Ambientais.pdf>. Acesso em: 28 maio 2017.

⁴⁸ PROJETO de Lei do Senado n. 236, de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

⁴⁹ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 173.

Destarte, esta seção buscará identificar qual a orientação e a finalidade político-criminal da inserção da discussão técnica sobre estes sistemas, no âmbito do Direito penal econômico, especificamente no que concerne à responsabilização criminal de pessoas jurídicas em eventual envolvimento com ilícitos penais.

A concentração de poder econômico das organizações empresariais promoveu uma série de transformações na forma de se interpretar e aplicar o Direito Penal, especialmente a partir do processo de globalização econômica⁵⁰.

Conforme já verificado nas seções anteriores, nesse cenário, emergiu o Direito penal econômico, cujo marco de atuação preponderante se deu no contexto da atividade empresarial, haja vista que a existência de certa criminalidade, a chamada criminalidade econômica, nessa seara, ensejou a necessidade de regulamentação da atividade econômica por parte dos Estados.

Contudo, dada a complexidade das organizações empresariais e suas forças econômicas, que por vezes podem conquistar forças políticas, fatores estes que certamente tendem a favorecer, pelo menos em parte, a prática de crimes empresariais ou ainda dificultar investigações e, por conseguinte, a punição de tais crimes, tornou-se latente que, junto à regulação estatal, se institucionalizasse o dever empresarial de adoção de políticas internas de transparência e segurança, ou seja, o desenvolvimento de mecanismos e estruturas destinados à prevenção da criminalidade econômica. Nesse sentido, o tema do *criminal compliance* ganhou força, por tratar-se da busca por melhores práticas de prevenção aos crimes empresariais⁵¹.

Segundo Lothar Kuhlen⁵², o Direito Penal Econômico, introjetado pelos valores do *criminal compliance*, não deve se restringir mais ao mero papel de reprimir fatos delituosos, e constitui-se, com isto, um novo paradigma de ordenamento jurídico, o surgimento de uma proposta eminentemente preventiva, na qual a ação reguladora do Estado passa a impor ao particular deveres de evitação de detecção de riscos penais.

Nesse sentido, *criminal compliance* pode ser compreendido como a parte responsável por questões penais insertas em um programa de *compliance* genérico. Visa

⁵⁰ PINTO, N. R. A prática de *Whistleblowing* como um mecanismo de criminal compliance. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 115-150.

⁵¹ Idem.

⁵² KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: M. Pons, 2013, p. 51.

garantir a observância da norma legal, especificamente a jurídico-penal, de modo a mitigar riscos penais existentes no desenvolvimento da atividade empresarial⁵³.

A finalidade que se pretende com a implantação do *criminal compliance* é, por um lado, poder advertir que riscos penais são previsíveis objetivamente, para, em seguida, articularem-se mecanismos de controle e reação frente à eventual realização de tais riscos. O que se pretende, portanto, é a prevenção de condutas criminosas praticadas dentro das organizações empresariais⁵⁴.

Segundo Ulrich Sieber⁵⁵, para que um programa de *criminal compliance* consiga impedir a criminalidade, desde um ponto de vista da própria empresa ou contra ela mesma, devem-se levar em consideração elementos estruturais, como: a definição e a comunicação de valores e objetivos empresariais, que devem ser respeitados; a análise dos riscos penais específicos correspondentes aos ramos de atividade nos quais a empresa está inserida; a fundamentação da responsabilidade dos níveis hierárquicos mais elevados mediante objetivos definidos; o estabelecimento de procedimentos para a prevenção da criminalidade empresarial; a fixação de responsabilidade em nível de mando médio, criando assim uma unidade empresarial especializada, ou seja, um departamento especializado em *criminal compliance*; a criação de sistemas de informações para o descumprimento e esclarecimento de delitos eventualmente praticados; sistemas de informantes para o recebimento de denúncias anônimas; a determinação de um setor encarregado de casos suspeitos, que devem ser esclarecidos (envolvendo um departamento de *criminal compliance* e até mesmo o poder estatal, por meio de autoridades reguladoras); e o estabelecimento de medidas internas para a sanção de condutas desviadas.

Para garantir a efetividade das medidas preventivas dos programas de *criminal compliance*, seria especialmente significativa a cooperação entre o sistema de regulação interno da empresa e as estruturas do poder estatal de prevenção de à criminalidade econômica. Assim, o Estado legislaria no sentido de exigir a implementação do *criminal compliance* por parte das empresas em um sistema chamado de autorregulação regulada, no qual se buscaria a cooperação entre o setor público e privado para melhor prevenir a criminalidade empresarial⁵⁶.

⁵³ GARCÍA CAVERO, P. **Compliance y lavado de activos**. Província de Córdoba: CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinar en Derecho Penal Económico.

⁵⁴ GALLEGU SOLER, J.-I. Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 197.

⁵⁵ SIEBER, U. **Programas de compliance em el derecho penal de la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 8-9.

⁵⁶ ALENCAR, M. de. **Os programas de criminal compliance como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 125.

Nesse sistema, haveria exigências, em relação às empresas, na aceção de se regulamentarem, visando prevenir internamente condutas criminosas, mediante adoção do *criminal compliance*, tendo como preocupação essencial o fornecimento de certas informações aos agentes reguladores; enquanto que, por parte do Estado, este, além de receber e processar as informações no sentido de buscar evitar a infração das normas penais, teria de conceder vantagens às empresas que viessem a cumprir todos os procedimentos estabelecidos e ainda assim viessem a ser surpreendidas com a ocorrência de infrações no seu ambiente interno, sobretudo em se tratando de autodenúnciação. Caberia ainda ao Estado aplicar sanções às empresas que não cumprissem os procedimentos da lei, ou seja, a operacionalização efetiva do *criminal compliance*⁵⁷.

3.1 EXCLUSÃO OU REDUÇÃO DA RESPONSABILIDADE PENAL DE PESSOAS JURÍDICAS

Segundo Rodrigo Sánchez Rios e Caio Antonietto⁵⁸, na atualidade, o *criminal compliance* constitui uma das formas de se evitar que a atividade empresarial conduza a realização de atos penalmente relevantes e que, se eventualmente venham a ocorrer, possam ser detectados e não repetidos. A motivação, para tanto, decorreria da melhor posição da empresa, em face do Estado, para controlar e supervisionar a regularidade de suas atividades frente à norma penal. Assim, a preocupação com a implementação e o desenvolvimento das discussões técnicas acerca do *criminal compliance* como objeto de estudo do Direito Penal Econômico acaba repercutindo na tradicional temática da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

Theuan Carvalho Gomes da Silva⁵⁹ assevera que hodiernamente os empresários e as empresas têm encontrado diversas dificuldades. Por um lado, o cenário econômico se mostra instável e imprevisível. Por outro, a expansão do Direito Penal para tutelar os novos bens jurídicos, como ordem econômica, tributária e empresarial, tem se mostrado cada vez mais frequente e rigorosa. Nessa orla, estabeleceram-se notadamente os crimes de infração de dever, por meio dos quais é possível conduzir um tratamento unitário nas imputações e atribuições de autoria às pessoas jurídicas pela prática de crimes no

⁵⁷ Idem. PINTO, Op. cit., p. 115-150.

⁵⁸ SÁNCHEZ RIOS, R.; ANTONIETTO, C. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 114, p. 4-6, 2015.

⁵⁹ SILVA, T. C. G. da. O *criminal compliance* como ferramenta de contenção da expansão do direito penal no âmbito corporativo. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015, p. 81.

âmbito corporativo – isso também gera prejuízos e incertezas. Nesse contexto, o *criminal compliance* se apresenta não apenas como modelo ético a ser seguido e promovido, mas também como ferramenta capaz de evitar a responsabilidade penal objetiva de diretores, presidentes ou até mesmo da própria pessoa jurídica. Além de possivelmente prevenir a prática de delitos econômicos – o que ainda é difícil de afirmar, haja vista a existência de fatores como a cifra oculta e reduzidas ou inviáveis pesquisas no campo da criminologia econômica –, o *criminal compliance* poderia aumentar o grau de confiança na empresa, e poderia se apresentar como verdadeiro instrumento de contenção da expansão do Direito Penal em eventual intervenção penal.

De acordo com Renato de Mello Jorge Silveira⁶⁰, em realidades comparadas, verifica-se que em certos países, tais como a Inglaterra, chega-se a prever que a implementação de programas de *criminal compliance* poderia levar a uma completa exclusão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Para tanto, tais programas devem mostrar uma exitosa capacidade de prevenir, detectar e remediar descumprimentos normativos que podem ocorrer no dia a dia empresarial. Para o autor, o *criminal compliance*, mais do que um modismo, deve ser entendido como uma nova realidade de um novíssimo Direito Penal. Deve-se ter em conta que, em virtude da sua utilização correta, caberia ao Estado procurar estabelecer um afastamento de incidência típica. Nesse sentido, o correto adimplemento do *criminal compliance*, o qual se dá por meio do abrandamento de riscos penais e da adequação profissional dos gestores das empresas, pode justificar, em termos penais, um afastamento típico de eventual conduta ilícita.

Para Percy García Caveró⁶¹, o *criminal compliance* constitui um sério esforço por minimizar os riscos de responsabilidade penal da empresa e de seus órgãos de gestão, sendo que para esse feito, exige-se que este funcione como medidas eficazes na prevenção de delitos.

Adán Nieto Martín⁶² segue no mesmo rumo. Argumenta que uma correta organização empresarial interna, com a finalidade de prevenir e detectar condutas criminosas, pode exonerar a entidade moral de sanções penais ou ainda servir para uma forte redução. Assim, um sistema efetivo de *compliance* deveria exonerar a empresa de qualquer classe de imputação penal.

⁶⁰ SILVEIRA; SAAD-DINIZ, Op. cit., p. 160.

⁶¹ GARCÍA CAVERO, P. **Compliance y lavado de activos**. Provincia de Córdoba: CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinar en Derecho Penal Económico, 2015, p. 5.

⁶² NIETO MARTÍN, A. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. Pablo; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: M. Pons, 2013, p. 26.

Conforme José-Ignacio Gallego Soler⁶³, a orientação e a finalidade que se pretende com a implantação de programas de *criminal compliance*, além da busca pela prevenção de condutas criminosas praticadas dentro das organizações empresariais, é, em um plano mais prático, atenuar a responsabilidade da empresa em face da eventual realização de tais riscos, ou até mesmo exonerá-la de uma imputação penal.

Oswaldo Artaza Varela⁶⁴ destaca que, uma vez incorporada em certos ordenamentos jurídicos, quanto à responsabilidade penal da pessoa jurídica, um dos problemas mais interessantes que surgiu foi o de determinar as possibilidades de defesa para as organizações. Dentre as possibilidades que tem a empresa para defender-se de uma eventual imputação penal, destaca-se por sua importância e pelo tratamento que tem recebido o programa de cumprimento. Trata-se de um sistema baseado num modelo de prevenção de delitos. A justificação para que a empresa não seja sancionada, em caso de ter implementado um programa de cumprimento – *criminal compliance* –, pode adotar diversas formas. Uma, porém pouco usual, se refere às consequências negativas que existiriam para sancionar, em todos os casos, as empresas. Aqueles que defendem esta tese argumentam que o que se pretende com a imposição de pena à empresa é motivar que ela controle adequadamente suas eventuais condutas delitivas. Desse modo não pareceria eficiente sancioná-la a todo evento depois da constatação de que se praticou um delito a propósito de sua atividade, já que não existiria incentivo algum para aquelas empresas que adotaram medidas necessárias para a prevenção de crimes. Entretanto, segundo o autor, este argumento não é o mais satisfatório, pois isso seria relacionar a implementação de um programa de conformidade com a eventual atribuição de responsabilidade criminal. O que está em jogo é a imposição de uma sanção e, portanto, se deve atender a uma dimensão de legitimidade em sua distribuição e não pautar-se exclusivamente na sua eventual utilidade.

Para Ramon Ragués i Vallès⁶⁵, o fato de contar com um procedimento interno de prevenção de delitos pode ser, junto com outras medidas, um fator a se ter em conta de

⁶³ GALLEGO SOLER, J.-I. Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid: Edisofer, 2014, p. 197.

⁶⁴ ARTAZA VARELA, O. Programas de cumplimiento. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014, p. 231-232.

⁶⁵ RAGUÉS I VALLÈS, R. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Dir.); FERNÁNDEZ, R. M. (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013, p. 171-195.

acordo com a regulação vigente, seja para atribuir responsabilidade penal à pessoa jurídica ou, sobretudo, para valorar tal responsabilidade, bem como quantificar a correspondente sanção. Um sistema interno de prevenção de delitos que reúna todas as exigências legais deverá ser considerado como uma medida eficaz de descobrimento e prevenção de crimes. Sendo assim, uma empresa que conte com este procedimento, além de outros meios preventivos adequados, deveria ser uma candidata a uma aplicação de lei o mais benéfica possível.

Como se viu, farta é a doutrina que constrói e defende um argumento de que a preocupação com a implementação e o desenvolvimento das discussões técnicas acerca do *criminal compliance* na seara do Direito Penal Econômico deve repercutir sistematicamente no âmbito da responsabilidade penal da pessoa jurídica, ora exonerando a entidade moral de sanções penais, ora servindo como atenuante de pena.

Mas não é só isso. Nessa celeuma, cabe destacar que esse posicionamento parece ter dado transcendência à discussão acadêmica, de modo que se vê uma progressiva incorporação em lei de determinadas disposições, as quais trabalham certa sistemática, a de que a implantação de um sistema efetivo de *criminal compliance* poderia, de fato, proteger organizações empresariais de qualquer classe de imputação penal. Assim aparecem as legislações estadunidense, britânica e espanhola – ordenamentos jurídicos que, conforme se verificou na segunda seção deste trabalho, reconhecem a responsabilidade penal de pessoas jurídicas.

Nos Estados Unidos da América, a *Federal Sentencing Guidelines* estabelece a redução de penas de índole criminal se, porventura, a empresa possuir um efetivo programa de *criminal compliance*. Em julgamentos criminais federais, a eficácia do programa de *criminal compliance* de empresas norte-americanas é julgada de acordo com fatores enumerados nas normas de condenação⁶⁶.

No Reino Unido, cabe destacar que foi promulgada em 2010 a lei o *UK Bribery Act* com o objetivo de criminalizar condutas de ofertas ou pagamentos de propina a qualquer pessoa, seja ela do setor público ou do setor privado. A referida lei foi aprovada seguindo-se os padrões internacionais de prevenção e combate da corrupção, estabelecidos por instituições internacionais, como a OCDE. Buscou tratar diretamente de atos de suborno

66 WELLNER, P. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. *Cardozo Law Review*, New York, v. 27, n. 1, p. 505-520, 2005. Disponível em: <<http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

envolvendo servidores públicos nacionais ou estrangeiros, além de inovar versando sobre o suborno entre particulares e criando o crime, praticado somente por pessoa jurídica, de falhar em prevenir que pessoas a ela relacionadas pratiquem ato de suborno em seu nome. Buscou, ainda, estabelecer créditos pela existência de programas de *criminal compliance*, ou seja, estabeleceu como defesa absoluta, capaz de isentar a responsabilidade da pessoa jurídica, a existência efetiva de mecanismos e procedimentos adequados de *compliance*⁶⁷.

Na Espanha, a reforma legislativa realizada por meio da LO 1/2015 tratou de regulamentar o *criminal compliance* como instrumento de isenção da responsabilidade penal para as pessoas coletivas⁶⁸.

Verifica-se, então, que a partir da reforma legislativa de 2015, exige-se, para o afastamento da responsabilidade penal da pessoa jurídica no ordenamento jurídico espanhol, o cumprimento simultâneo e integral de todas as condições então estabelecidas. Se não presentes na totalidade, servirão apenas como elemento de redução da pena.

A respeito de todo o exposto, Thomas Rotsch⁶⁹ destaca que, nessa linha argumentativa, o *criminal compliance* passa a ser considerado como uma moda passageira, vazia em conteúdo. Isso encontraria razão especialmente no fato de que, na maioria das ocasiões, seja em maior ou menor medida, o seu conceito é subsumido arbitrariamente a objeto de estudo da ciência jurídica e criminal e na discussão sobre a prática criminosa, considerando apenas um objetivo comum, qual seja, evitar a responsabilidade criminal da empresa.

67 SANTOS JR., B. dos; PARDINI, I. L. Lei anticorrupção gera incertezas, mas consolida a necessidade do compliance. **Revista Interesse Nacional**, n. 24, mar. 2014. Disponível em: <<http://interessenacional.com/index.php/edicoes-revista/lei-anticorruptao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance>>. Acesso em: 26 maio 2016.

68 “Art. 31-bis. [...] a pessoa jurídica ficará isenta de responsabilidade se são cumpridas as seguintes condições: 1ª - se o órgão de administração adotou e executou, com eficácia, antes da comissão do delito, modelos de organização e gestão que incluem a medida de vigilância e controle idônea para prevenir delitos da mesma natureza ou para reduzir de forma significativa o risco de sua comissão; 2ª - se a supervisão do funcionamento e do cumprimento do modelo de prevenção implantado foi confiada a um órgão da pessoa jurídica com poderes autônomos de iniciativa e de controle ou que tenha encomendado legalmente a função de supervisionar a eficácia dos controles internos da pessoa jurídica; 3ª - se os autores individuais cometeram o delito burlando fraudulentamente os modelos de organização e de prevenção da companhia; e 4ª - se não se produziu uma omissão ou um exercício insuficiente de suas funções de supervisão, de vigilância e controle por parte do órgão a que se refere a condição segunda” (CÓDIGO Penal y legislación complementaria. Edición actualizada a 11 de abril de 2016).

69 ROTSCH, T. Criminal compliance. **InDret**, Barcelona, p. 4-5, 2012.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

À guisa de conclusão, pode-se dizer que a intervenção estatal na esfera econômica, por meio da aplicação coercitiva da norma penal, diante do que se denominou de Direito Penal Econômico, se apresenta como uma solução admissível, uma vez que a ordem econômica configura condição essencial ao desenvolvimento do indivíduo na sociedade, portanto, tendo conformação de direito fundamental e sendo alçada ao *status* de bem jurídico de dimensão constitucional. Nessa esteira, viu-se surgir a responsabilidade criminal da pessoa jurídica a partir de uma íntima relação com a teoria da responsabilidade penal por produto e, nos sistemas da *Common Law*, desde que identificada a existência da criminalidade empresarial, a responsabilização criminal de entes coletivos passou a ser imputada sem grandes restrições, já no sistema de Direito continental, em que pesem as objeções, mostrando-se mais frequentes, a discussão sobre tal responsabilização também ganhou espaço, de modo que se tem mostrado aplicável em importantes ordenamentos jurídicos como a França e a Espanha. Por fim, percebe-se que os sistemas de *compliance* enquanto mecanismos de prevenção de ilícitos no âmbito empresarial surgiram a partir da postura do legislador ao estabelecer os chamados deveres de *compliance*, além de que a discussão técnica destes sistemas no âmbito do Direito Penal Econômico levou à configuração do que se convencionou chamar de *criminal compliance*, sendo que os discursos que o circundam, na maioria das vezes, buscam explorar a sua capacidade de exonerar pessoas jurídicas de qualquer classe de imputação penal.

REFERÊNCIAS

- ALENCAR, M. de. **Os programas de criminal compliance como instrumento de proteção do empregado na responsabilidade penal empresarial**. São Paulo: LiberArs, 2015.
- ARTAZA VARELA, O. Programas de cumplimiento. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014. p. 231-272.
- BECK, U. **La sociedad del riesgo**: hacia una nueva modernidad. Barcelona: Paidós Ibérica, 1998.
- BORGERTH, V. M. da C. **Sox**: entendendo a Lei Sarbanes-Oxley. São Paulo: Thomson Pioneira, 2007.
- BRASIL. Presidência da República. Casa Civil. Subchefia para Assuntos Jurídicos. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- CORREIA, E. Introdução ao direito penal económico. In: CORREIA, E. et al. **Direito penal econômico e europeu**: textos doutrinários, problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998. v. 1. p. 293-296.
- ESPANHA. **Código penal y legislación complementaria**. Edición actualizada, 11 de abril de 2016. Disponível em: <https://boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?modo=1&id=038_Codigo_Penal_y_legislacion_complementaria>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- GALLEGO SOLER, J.-I. Criminal compliance y proceso penal: reflexiones iniciales. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid: Edisofer, 2014. p. 195-272.
- GARCÍA CAVERO, P. **Compliance y lavado de activos**. Provincia de Córdoba: CIIDPE – Centro de Investigación Interdisciplinar en Derecho Penal Económico. Disponível em: <<http://cedpal.uni-goettingen.de/data/publicaciones/2015/LavadoCompliance.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- GUARAGNI, F. A. As razões históricas do direito penal econômico. **Revista Jurídica da Faculdade de Direito**, Curitiba, v. 2, n. 1, p. 4, jul./dez. 2007.
- GUARAGNI, F. A.; CHIAMULERA, A. **Autorresponsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais**: aspectos práticos da atuação do ministério público. Disponível em: <http://www.ceaf.mppr.mp.br/arquivos/File/Teses_2015/FabioGuaragni_AndressaChiamulera_Autorresponsabilidade_Penal_da_Pessoa_Juridica_em_Crimes_Ambientais.pdf>. Acesso em: 28 mar. 2017.
- HASSEMER, W.; MUÑOZ CONDE, F. **La responsabilidad por el producto en derecho penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.
- KUHLEN, L. Cuestiones fundamentales de la responsabilidad penal por el producto. In: PUIG, M. S.; PEÑA, D. M. L. (Coord.). **Responsabilidad penal de las empresas y sus órganos y responsabilidad por el producto**. Barcelona: J. M. Bosch, 1996. p. 231-246.
- _____. Cuestiones fundamentales de compliance y derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Compliance y teoría del Derecho penal**. Madrid: M. Pons, 2013. p. 51-76.

MAIA, O.; WHITEHEAD, M. **7ª Pesquisa Global sobre crimes econômicos**. São Paulo: PwC, 2014. Disponível em: <<http://www.pwc.com.br/pt/publicacoes/servicos/assets/consultoria-negocios/pesquisa-gecs-2014.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. **Derecho penal económico y de la empresa parte general**. 2. ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.

MIRANDA, F. S. M. P. A mudança do paradigma econômico, a Revolução Industrial e a positivação do direito do trabalho. **Direito, Justiça e Cidadania**, São Roque, v. 3, n. 1, p. 04, jan./dez. 2012.

NEW Brazilian anti-corruption law: compliance as a competitive advantage. Disponível em: <<http://corporatecomplianceinsights.com/brazilian-new-anti-corruption-law-the-compliance-as-a-competitive-advantage>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

NIETO MARTÍN, A. Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el derecho penal. In: KUHLEN, L.; MONTIEL, J. P.; ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. **Compliance y teoría del derecho penal**. Madrid: M. Pons, 2013. p. 21-50.

ORTIZ DE URBINA GIMENO, Í. Responsabilidad penal de las empresas personas jurídicas: the American way. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014. p. 35-88.

PIETH, M.; IVORY, R. Surgimento e convergência: visão geral dos princípios da responsabilidade penal da pessoa jurídica. In: CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Fecomércio, 2014. p. 19-101.

PINTO, N. R. A prática de Whistleblowing como um mecanismo de criminal compliance. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 115-124.

PROJETO de Lei do Senado n. 236, de 2012. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br/atividade/materia/getPDF.asp?t=111516&tp=1>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

RAGUÉS I VALLÈS, R. Los procedimientos internos de denuncia como medida de prevención de delitos en la empresa. In: SILVA SÁNCHEZ, J.-M. (Dir.); FERNÁNDEZ, R. M. (Coord.). **Criminalidad de empresa y compliance**. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013. p. 87-120.

ROTSCH, T. Criminal compliance. **InDret**, Barcelona, v. 49, n. 1, p. 4-5, Enero 2012.

SAAVEDRA, G. A. Compliance e prevenção à lavagem de dinheiro: sobre os reflexos da Lei nº 12.683/2012 no mercado de seguros. **Revista de Estudos Criminais**, Sapucaia, v. 12, n. 54, p. 165-180, jul./set. 2014.

SÁNCHEZ RIOS, R.; ANTONIETTO, C. Criminal compliance: prevenção e minimização de riscos na gestão da atividade empresarial. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 114, p. 341-376, mai./jun. 2015.

SANTOS JR., B. dos; PARDINI, I. L. Lei Anticorrupção gera incertezas, mas consolida a necessidade do compliance. **Revista Interesse Nacional**, São Paulo, v. 6, n. 24, p. 42-50, mar. 2014. Disponível em: <<http://interessenacional.com/index.php/edicoes-revista/lei-anticorrupcao-gera-incertezas-mas-consolida-a-necessidade-do-compliance>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

SCHMIDT, A. Z. **Direito penal econômico**: parte geral. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

SCHÜNEMANN, B.; GRECO, L. Estudo de direito penal, processo penal e filosofia do direito.

Revista Direito Penal e Criminologia. São Paulo: M. Pons, 2013.

SEMINARA, S. Compliance y derecho penal: la experiencia italiana. In: PUIG, S. M.; BIDASOLO, M. C.; MARTÍN, V. G. (Dir.). **Responsabilidad de la empresa y compliance**. Madrid; Buenos Aires; Montevideo: Edisofer; B. de F., 2014. p. 195-272.

SIEBER, U. **Programas de compliance en el derecho penal de la empresa**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

SILVA SANCHEZ, J.-M. **La expansión del derecho penal**: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SILVA, T. C. G. da. O criminal compliance como ferramenta de contenção da expansão do Direito penal no âmbito corporativo. In: SAAD-DINIZ, E.; CASAS, F.; COSTA, R. de S. (Org.). **Modernas técnicas de investigação e justiça penal colaborativa**. São Paulo: LiberArs, 2015. p. 81-90.

SILVEIRA, R. de M. J.; SAAD-DINIZ, E. **Compliance, direito penal e lei anticorrupção**. São Paulo: Saraiva 2015.

SMITH, A. **Conferências no bicentenário de “A Riqueza das Nações”**. Tradução: Margarida Maria de Vasconcellos Dias e Júlio César Montenegro. Rio de Janeiro: Núcleo Editorial da UERJ, 1978.

SUTHERLAND, E. H. **El delito de cuello blanco**: white collar crime. The Uncut Version. Tradução: Laura Belloqui. Buenos Aires: B. de F., 2009.

TIEDEMANN, K. **Poder económico y delito**: introducción al derecho penal económico y de la empresa. Barcelona: Ariel, 1985.

VERVAELE, J. A. E. Societas universitas delinquere ed puniripotest: a experiência holandesa como modelo para a Espanha. In: CHOUKR, F. H.; LOUREIRO, M. F.; VERVAELE, J. (Org.). **Aspectos contemporâneos da responsabilidade penal da pessoa jurídica**. São Paulo: Fecomércio, 2014. p. 106.

WELLNER, P. Effective compliance programs and corporate criminal prosecutions. **Cardozo Law Review**, New York, v. 27, n. 1, p. 505-520, Oct. 2005. Disponível em: <<http://www.friedfrank.com/siteFiles/Publications/CDB6714353B1B712D3A5DB85F508483E.pdf>>. Acesso em: 28 mar. 2017.

LEI DO FEMINICÍDIO: APLICABILIDADE LEGAL E VIOLÊNCIA CONTRA MULHER

FEMINICIDE LAW: LEGAL APPLICABILITY AND VIOLENCE AGAINST WOMEN

Marina Jonsson Souza¹

RESUMO

Percebendo que a violência, em seus mais amplos sentidos, é considerada um problema de saúde mundial e que geralmente relaciona-se com a submissão de uma das partes em detrimento do poder da outra, deparamo-nos com a importância de estudar uma das diversas ramificações desse tema, que é a violência contra a mulher, principalmente no tocante à forma de tratamento da problemática pela sociedade e como o Estado vem agindo para proteger a mulher vítima dessa violência. Nesse sentido e considerando as mudanças trazidas pela Constituição de 1988, o Direito penal vem sendo cada vez mais utilizado para sancionar referidos atos violentos, através de dispositivos inseridos no Código Penal e, ainda, com Leis especiais que tratam do tema, como a conhecida Lei Maria da Penha, bem como a polêmica Lei do Feminicídio, sancionada em 2015. Analisando as causas que deram origem à Lei do Feminicídio e o cenário da violência contra a mulher, nota-se uma série de questões que merecem ser discutidas no que toca à aplicabilidade da Lei, considerando as mudanças de panorama jurídico por ela provocadas. O presente trabalho tem por objetivo analisar, através de pesquisa documental e bibliográfica, os posicionamentos contrapostos sobre a aplicabilidade da Lei do Feminicídio, à luz de aspectos sociológicos e criminológicos da violência contra a mulher e observando a maneira que o Estado vem agindo no sentido de se posicionar e proteger as mulheres vítimas dessa problemática.

Palavras-chave: Violência contra Mulher. Proteção Estatal. Direito Penal. Lei do Feminicídio. Aplicabilidade.

¹ Graduanda em Direito pela FAE Centro Universitário. Professora da Oficina do Legal English do Law Experience. E-mail: marinajs94@hotmail.com

ABSTRACT

By realising that violence, in its broadest sense, is considered a public health issue on a global scale, which is usually related to the submission of one person to the power of another, it has been presented to us the importance of studying one of the many diversification of this topic, that is, the violence against women, regarding mainly the form of treatment of this set of problems by the society and the way the State is acting in order to protect the women from this kind of violence. In this sense, and considering the changes brought by the Constitution of 1988, the Criminal Law has been increasingly used in order to sanction the referred violent acts, by means of articles inserted in the Criminal Code, and also through special Acts which deal with the subject, as the Brazil's Federal Law 11340 (also know as *Maria da Penha Law*) or the controversial Feminicide Law, passed in 2015. Through an analysis of the causes which gave birth to the Feminicide Law and the scenario of violence against women, it is noted a series of questions which deserve to be discussed referring to the applicability of this Law, and the changes in the legal sphere brought by it. The present study aims to analyze, by using documental and bibliographical research, the different positions on the applicability of the Feminicide Law, considering its sociological and criminological aspects of violence against women, also observing the way the State has been acting in order to mark a position and protect women victims from this set or problems.

Keywords: Violence against Women. State Protection. Criminal Law. Feminicide Law. Applicability.

INTRODUÇÃO

Sabe-se que a violência contra a mulher não é algo novo, pelo contrário. Nova é a forma de tratamento da problemática pela sociedade como um todo e, principalmente, a forma como o Estado vem agindo para proteger a mulher vítima dessa violência.

Movimentos feministas vêm ganhando força e voz, trazendo consigo uma expressão que se reflete em atitudes (eficazes ou não) do poder legislativo em uma tentativa de solucionar os problemas no contexto da violência contra a mulher.

Assim, percebendo a importância da problemática e estudando suas origens em contextos sociológicos e criminológicos, pode-se visualizar quais meios de atuação do Estado são mais eficazes para, desse modo, conseguir opinar e criticar as leis propostas.

No presente trabalho, será analisada a importância dada à violência em todos os aspectos, bem como a ramificação da problemática quando voltada à violência contra a mulher, doméstica e familiar, como uma necessidade de estudo de gênero e, ainda, observando as distinções entre violência física e moral, entendendo que ambas são impactantes para resultarem em danos profundos à vítima.

Também será estudado o cenário em que se encontra a violência contra a mulher, decorrido de aspectos sociológicos, quando a violência de gênero pode ser estruturada em articulações diversas, como a questão racial ou sob a ótica da classe social e domínio econômico, bem como criminológicos, onde percebe-se a existência (ou inexistência) de uma forte relação da conduta delituosa com uma situação de poder.

Ainda, será discorrido sobre o dever do Estado na proteção da sociedade como um todo e sobre as ramificações deste dever, seja quando se depara com a função de resgate de minorias, seja em relação à proteção da mulher vítima de violência.

Sobre a atuação do Estado Brasileiro, será visto que a Constituição Federal de 1988 é reconhecida por ser um marco na proteção às mulheres ao propor a igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres, assim como o Código Penal que preocupa-se com a mulher em dispositivos específicos para situações que envolvem mulheres.

Também será analisada a maneira que o legislativo percebeu a necessidade de criação de leis específicas que reforcem a proteção da mulher na situação de vítima, atentando para a reconhecida Lei Maria da Penha, sancionada em 2006, e para a polêmica Lei do Feminicídio, sancionada em 2015.

A Lei n. 13.104 foi sancionada em 09 de março de 2015 e trouxe sérias e importantes mudanças legislativas, alterando o tipo penal do homicídio e incluindo o crime no rol dos crimes hediondos.

Sobre a referida lei, objeto principal do presente estudo, será estudado o texto legal, no que diz respeito à denominação e ao sentido linguístico, e posteriormente as razões

da criação da Lei do Feminicídio, que de alguma maneira se relacionam com a Lei Maria da Penha, bem como com os aspectos sociológicos e criminológicos da violência contra a mulher e com o papel do Estado nesta relação.

Por fim, serão analisadas as discussões acerca da mudança de panorama jurídico provocada pela sanção da Lei do Feminicídio, elencando aspectos positivos e negativos derivados desta incriminação.

A polêmica está justamente nas opiniões hipotéticas contrapostas sobre a aplicabilidade da referida lei, baseadas em análises de Leis anteriores e que refletem o contexto dos aspectos sociológicos e criminológicos da violência contra a mulher.

O primeiro aspecto analisado será a ideia de expectativa de mudança na concepção cultural brasileira acerca da violência contra a mulher e violência de gênero, onde será discorrido sobre atuação do Direito penal no controle social.

O segundo aspecto é a expectativa de segurança jurídica que a Lei pode trazer às mulheres vítimas desse tipo de violência, relacionando-a com o princípio da legalidade.

Ainda, o aspecto negativo da aplicação da referida Lei como Direito penal simbólico será explorado, no sentido de que prioriza a incriminação do agente, atendendo a voz da sociedade, em detrimento do real estudo dos aspectos sociológicos e criminológicos da violência contra a mulher no Brasil.

Por fim, no que toca à análise do quarto aspecto, será analisada a constitucionalidade da Lei do Feminicídio, discorrendo sobre a igualdade em seu aspecto material em face do ser humano.

Analisando toda a construção das hipóteses e dos tópicos a serem abordados, tornam-se evidentes a importância e a atualidade do tema proposto para discussão no presente trabalho.

Este estudo é uma iniciativa acadêmica de solução da violência contra a mulher, analisando e criticando as medidas propostas pelo Estado, principalmente no que toca à recente Lei do Feminicídio.

1 MATERIAL E MÉTODOS

Para a execução da pesquisa, foram realizadas revisões bibliográficas e documentais de textos relacionados com o Direito Penal, Direito Processual Penal, Direito Constitucional, Filosofia e Sociologia, sob a ótica da violência contra a mulher.

2 A VIOLÊNCIA CONTRA A MULHER

Ao iniciar um discurso sobre o tema proposto para o presente estudo, vê-se pertinência em conceituar-se violência, que é o pilar que sustenta toda a problemática.

A Organização Mundial da Saúde diz que²:

A violência é um fenômeno extremamente difuso e complexo cuja definição não pode ter exatidão científica, já que é uma questão de apreciação. A noção do que são comportamentos aceitáveis e inaceitáveis, ou do que constitui um dano, está influenciada pela cultura e submetida a uma contínua revisão à medida que os valores e as normas sociais evoluem. [...] O uso intencional da força física ou do poder, real ou em ameaça, contra si próprio, contra outra pessoa, ou contra um grupo ou uma comunidade, que resulte ou tenha grande possibilidade de resultar em lesão, morte, dano psicológico, deficiência de desenvolvimento ou privação.

Aqui, cabe ressaltar a importância da cautela da OMS na escolha das palavras ao conceituar violência, incluindo o “poder” e ampliando o rol de atos violentos até para as relações de abuso de poder, ameaças ou intimidações.

Linda L. Dahlberg e Etienne G. Krug explicam:

O “uso de poder” também leva a incluir a negligência ou atos de omissão, além dos atos violentos mais óbvios de execução propriamente dita. Assim, o conceito de ‘uso de força física ou poder’ deve incluir negligência e todos os tipos de abuso físico, sexual e psicológico, bem como o suicídio e outros atos autoinfligidos³.

Adiante, será analisado o posicionamento do filósofo francês Michel Foucault em contraposto com a ideia de Hannah Arendt, que mostra como violência e poder não são coniventes e que a violência começa aonde termina o poder.

Quando nos deparamos com a violência inserida no contexto da mulher, existe um desdobramento em diversas e importantes abordagens, que merecem ser destacadas e que apontam os sujeitos envolvidos nessa situação específica, além de aspectos sociológicos e criminológicos.

² ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS); ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE (OPS); LA UNIDAD DE SALUD DE LA MUJER DE LA OMS (WHD). **Violencia contra la mujer**: un tema de salud prioritario. Ginebra: OMS; OPS, 1998. (Sexta Sesión Plenaria, 25 de mayo de 1996. Junio 1998 - A 49-vr-6).

³ DAHLBERG, L. L.; KRUG, E. G. Violência: um problema global de saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 11, supl. 0, p. 1163-1178, 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232006000500007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2016.

3 A VIOLÊNCIA DOMÉSTICA E FAMILIAR

Sob a ótica do art. 5º da Lei Maria da Penha⁴, violência doméstica e familiar é aquela entendida como “qualquer ação ou omissão baseada no gênero que lhe cause morte, lesão, sofrimento físico, sexual ou psicológico e dano moral ou patrimonial”.

Quando no âmbito da unidade doméstica, é “compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”, e quando no âmbito da família, “compreendida como a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”⁵.

Ainda, a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, conhecida como Convenção de Belém do Pará, entende a violência contra a mulher como “qualquer ato ou conduta baseada no gênero, que cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual ou psicológico à mulher, tanto na esfera pública como na esfera privada”⁶.

Para Paulo Marco Ferreira da Lima,

quando se pensa na violência doméstica, deve ser ponderado quanto ao uso do pleno princípio da igualdade e da tutela judicial efetiva, assim como fatores de risco e fatores de amparo da integridade física e moral na prevenção de condutas violentas e de danos derivados da violência⁷.

Por conta desse cuidado ao tratarmos da violência doméstica em suas causas e efeitos, deve-se estudar a questão do gênero e sua influência na construção desse fenômeno.

4 A QUESTÃO DO GÊNERO

O gênero é sempre uma questão de difícil tratamento e que, muitas vezes, é preferivelmente excluída das discussões por causar polêmica e, inevitavelmente, reflexões modernas à sociedade.

⁴ BRASIL. Lei n. 11.340 de 07 de agosto de 2006. Brasília, DF, 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher [...]. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 ago. 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

⁵ Ibid.

⁶ BRASIL. Decreto n. 1.937 de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 ago. 1996, p. 14471. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

⁷ LIMA, P. M. F. **Violência contra a mulher...** Op. cit.

Simone de Beauvoir foi pioneira ao pensar sobre a questão do gênero e tratou do tema em sua obra *O segundo sexo* quando, em um dos primeiros posicionamentos feministas disse: “Ninguém nasce mulher, torna-se mulher”⁸.

Ainda, a escritora francesa declara:

Se quero definir-me, sou obrigada inicialmente a declarar: “Sou uma mulher. Essa verdade constitui o fundo sobre o qual ser erguerá qualquer outra afirmação. Um homem não começa nunca por se apresentar como um indivíduo de determinado sexo: que seja homem é natural. É de maneira formal, nos registros dos cartórios ou nas declarações de identidade que as rubricas, masculino, feminino, aparecem como simétricas. A relação dos dois sexos não é a das duas eletricidades, de dois polos. O homem representa a um tempo o positivo e o neutro, a ponto de dizermos “os homens” para designar os seres humanos, tendo-se assimilado ao sentido singular do vocábulo vir o sentido geral da palavra homo. A mulher aparece como o negativo, de modo que toda determinação lhe é imputada como limitação, sem reciprocidade.

É nesse sentido de sociais diferenças impostas entre os gêneros e ressaltando a necessidade extrema de estudo e reflexão sobre o tema, que facilmente conseguimos perceber a problemática da questão do gênero atrelada às relações de violência doméstica e familiar, justificando, assim, a importância da introdução dessa categoria no presente estudo⁹.

A partir do aspecto social de desigualdade entre os gêneros, extrai-se uma importante situação de subordinação da mulher em relação ao homem quando da relação doméstica.

Nesse sentido, Maria Lucia Karam ensina:

Decerto, não obstante os significativos avanços, especialmente no mundo ocidental, no sentido da afirmação e garantia dos direitos das mulheres, da superação das relações de subordinação e da construção de nova forma de convivência entre os gêneros, ainda subsistem resquícios da ideologia patriarcal, da histórica desigualdade, da discriminatória posição de subordinação da mulher. Tais resquícios, naturalmente, se refletem nas relações individualizadas e, mesmo onde registrados aqueles avanços, é ainda alto o número de agressões de homens contra mulheres no âmbito doméstico, a caracterizar a chamada “violência de gênero”, isto é, a violência motivada não apenas por questões estritamente pessoais, mas expressando a hierarquização estruturada em

⁸ BEAUVOIR, S. de. **O segundo sexo**. Trad.: Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.

⁹ GOMES, N. I. P. et al. Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias gênero e geração. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 20, n. 4, p. 504-508, 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-21002007000400020>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

posições de dominação do homem e subordinação da mulher, por isso se constituindo em manifestações de discriminação¹⁰.

É a partir desta noção de hierarquia e consequente subordinação que se constroem, a partir dos traços biológicos de cada ser humano e do consequente tratamento da questão do gênero, as relações socioafetivas¹¹, que podem ser transformadas em violência de gênero.

4.1 DA VIOLÊNCIA FÍSICA E MORAL

Iniciando um estudo sobre violência e, neste âmbito, no cenário da violência contra a mulher, evidente é a importância de expor e definir as espécies de violência e de que maneira elas se apresentam no mundo dos fatos, uma vez que existem formas variadas e que, muitas vezes, ocultam-se.

Ao analisarmos as formas de violência contra a mulher, é natural considerar a violência física como a mais perigosa e que, em consequência, necessita de mais atenção e controle. Porém, quando atentamos para os atos de violência moral e psicológica, resta claro que esses são a base da desestruturação da relação entre agressor e vítima, vez que, geralmente, são os precursores da violência física.

Silva, Coelho e Caponi diferenciam violência física e psicológica:

A principal diferença entre violência doméstica física e psicológica é que a primeira envolve atos de agressão corporal à vítima, enquanto a segunda forma de agressão decorre de palavras, gestos, olhares a ela dirigidos, sem necessariamente ocorrer o contato físico¹².

Ainda, a Organização Mundial da Saúde considera violência psicológica ofensa verbal de forma repetida, reclusão ou privação de recursos materiais, financeiros e pessoais¹³.

¹⁰ KARAM, M. L. Aplicabilidade da “Lei Maria da Penha”: a configuração da “violência de gênero”. **Direito em movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 17-46, 2º sem. 2015.

¹¹ Aqui, a expressão “socioafetivas” tem sentido coloquial, ou seja, aponta a ideia de relação afetiva (sócio+afetividade), aonde a manifestação do vínculo familiar é calcada nos sentimentos, extrapolando o conceito do biológico.

¹² SILVA, L. L. da; COELHO, E. B. S.; CAPONI, S. N. C. de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface (Botucatu)**, Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832007000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jan. 2016.

¹³ OMS. ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS); ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE (OPS); LA UNIDAD DE SALUD DE LA MUJER DE LA OMS (WHD). **Violencia contra la mujer...** Op. cit.

A necessidade de uma interpretação extensiva quando da análise das formas de violência doméstica está na não identificação da ação violenta, quando psicológica, pela própria vítima, o que a torna negligenciada e facilmente transformada em violência física.

4.2 ASPECTOS SOCIOLÓGICOS

A problemática que envolve a violência contra a mulher passa, inicialmente, por um grande universo sociológico, uma vez que tem suas raízes em relações interpessoais, domésticas e familiares e que, por conta disso, envolve uma específica questão de gênero, domínio econômico, classe, raça e, ainda, da relação de dominação e subordinação entre as partes.

4.3 GÊNERO, DOMÍNIO ECONÔMICO, CLASSE E RAÇA

O mito da democracia racial nas relações de miscigenação brasileiras faz com que, inúmeras vezes, a violência doméstica seja reduzida à violência de gênero, ignorando as articulações que podem vir a existir.

Em um primeiro momento, a violência contra a mulher é estruturada sob a questão de gênero, porém, ao aprofundarmos o estudo, pode-se perceber que existe uma reestruturação da problemática que envolve, além do gênero, a classe e a raça¹⁴, bem como a questão de domínio econômico.

Ao tratar da questão racial, Ana Paula de Santana Correia utiliza o conceito de “raça social”, ou seja, de formas de identidade baseadas numa ideia biológica errônea, e explica:

Quando pensamos na constituição da sociedade brasileira, marcadores como gênero, classe e raça/etnia delineiam hierarquias raciais e de gênero produzidas historicamente que vão apontar os lugares vistos como naturais a este grupo e como tais representações simbólicas informam como se situam na sociedade, como são vistas e percebidas¹⁵.

¹⁴ SILVEIRA, R. da S.; NARDI, H. C.; SPINDLER, G. Articulações entre gênero e raça/cor em situações de violência de gênero. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 26, n. 2, p. 323-334, ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822014000200009&lng=en&nr=m=iso>. Acesso em: 12 jan. 2016.

¹⁵ CORREIA, A. P. de S. O estudo da violência de gênero e sua intersecção com raça e classe social. In: FAZENDO GÊNERO: DESAFIOS ATUAIS DO FEMINISMO, 10., 2013, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: UFSC, 2013. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1384796140_ARQUIVO_AnaPauladeSantanaCorreia.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

Nesse mesmo sentido, o aspecto sociológico da violência doméstica e de gênero abraça a questão da classe social.

Para Cássia Maria Carloto, “As relações de classe e relações de gênero são coextensivas: tanto para as mulheres como para os homens só podem ser analisadas conjuntamente. Todos os indivíduos são homens ou mulheres e, por outro lado, todos têm uma situação de classe a ser determinada”¹⁶.

Tais situações, por vezes, acabam envolvendo a problemática em outras perspectivas e a colocando em cenários diferentes que, embora se configurem de maneiras distintas, não merecem menor preocupação.

Quando nos deparamos com uma relação em que o homem possui domínio econômico em relação à mulher, a problemática passa a ter caráter de dependência, ou seja, as mulheres receiam reagir à eventual violência dos homens e ficar em situação de penúria.

As articulações entre gênero, domínio econômico, classe e raça, apesar de poucas vezes discutidas, possuem grande impacto nas relações sociais, devendo ter direta relação e influência quando do estudo da violência doméstica.

4.4 A OPRESSÃO PATRIARCAL E A SUBORDINAÇÃO DA MULHER

Ainda dentro de um contexto sociológico, pode-se relacionar a violência contra a mulher à opressão patriarcal do agressor com uma subordinação da mulher no papel de vítima, o que resulta em um problema familiar como um todo.

Para o referido assunto ser tratado, vê-se extrema importância em entender o histórico da sociedade patriarcal no Brasil, em uma tentativa de compreender o envolvimento do patriarcado no pensamento social brasileiro.¹⁷

Os historiadores possuem entendimentos diferentes sobre a origem do patriarcado e patrimonialismo brasileiros. Raimundo Faoro argumenta que o patriarcado brasileiro cedeu

¹⁶ CARLOTO, C. M. O conceito de gênero e sua importância para a análise das relações sociais. **Serviço Social em Revista**, Londrina, v. 3, n. 2, p. 201-214, jan./jun. 2001. Disponível em: http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

¹⁷ AGUIAR, N. Patriarcado, sociedade e patrimonialismo. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 303-330, jun./dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922000000200006>. Acesso em: 9 abr. 2016.

lugar a um Estado Patrimonialista, partindo do princípio que herdamos uma tradição onde o público predomina sobre o privado¹⁸.

Em análise ao patriarcado, Gilberto Freyre aduz que o patriarcalismo estabeleceu-se no Brasil como uma estratégia da colonização portuguesa, tendo como base o grupo doméstico rural e o regime da escravidão. No que toca ao domínio masculino, o autor diz que os homens utilizavam sua sexualidade como recurso para aumentar a população escrava, ou seja, a relação entre homens e mulheres ocorria do arbítrio masculino no uso do sexo¹⁹.

Já Sérgio Buarque de Holanda faz uma análise do conceito de patrimonialismo. Neuma Aguiar explica²⁰:

O patrimonialismo é uma transformação do patriarcado pelo processo de diferenciação, que se constrói a partir das relações de dependência entre o senhor e seus familiares, ou entre o soberano e os funcionários burocrático-estamentais. Isto ocorre em contraste com o feudalismo, que se organiza a partir de uma associação entre iguais. O patrimonialismo se caracteriza pela subordinação dos funcionários despossuídos ao senhor.

O referido autor utilizou da associação entre patrimonialismo e escravidão para aplicar e destacar a abolição da escravatura como um dos principais fatores explicativos do processo de mudança da sociedade brasileira²¹.

Em poucas citações, pode-se perceber como o pensamento atual da sociedade brasileira está atrelado a um histórico de uma sociedade patriarcal e patrimonialista que pode ter origens distintas, mas possuem direta relação com o contexto sociológico das relações atuais.

Se em uma ponta da relação há um pensamento patriarcal e dominador, na outra ponta encontra-se o lado submisso e dominado.

Guedes e Fonseca²² explicam que

o palco da submissão feminina é também um campo de luta para o reconhecimento de seu estatuto de autora de sua história ao lado dos homens

¹⁸ Ibid.

¹⁹ Ibid.

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

²² GUEDES, R. N.; FONSECA, R. M. G. S. da. A autonomia como necessidade estruturante para o enfrentamento da violência de gênero. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 45, n. spe2, p. 1731-1735, dez. 2011. Disponível em http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342011000800016&lng=en&nrm=iso. Acesso em: 14 jan. 2016.

e não apenas de conformismo com a condição de sujeito sujeitoado que tem o significado identificado com um objeto.

Ainda nesse sentido, Lourdes Maria Bandeira assevera:

Dessa forma, o patriarcado e a dominação masculina, se tomados isoladamente, seriam causas insuficientes para se explicar a violência contra a mulher. Apesar das fragilidades que ambos os conceitos apresentam na sociedade contemporânea, bem como das críticas que lhes são atribuídas, ainda assim trazem consigo significados e desdobramentos importantes para que se possa compreender a manutenção dos ordenamentos familiares, uma vez que não está rompida a máxima: “em briga de marido e mulher, ninguém mete a colher”²³.

Com efeito, o chamado patriarcado é somente um dos pilares que constituem a base da extensa problemática que é a violência doméstica, porém, é fundamental procurar entender o motivo de tal subordinação da vítima e, mais do que isso, não propagar a cultura da opressão patriarcal.

4.5 ASPECTOS CRIMINOLÓGICOS

Em consequência dos aspectos sociológicos já discutidos, a violência contra a mulher enfrenta um panorama criminológico.

Sobre a ciência da criminologia, Vera Regina Pereira de Andrade²⁴ explica:

A criminologia, portanto, nascida oficialmente no século XIX como a ciência da criminalidade, do crime e do criminoso, transformou-se e está a se transformar, cada vez mais, em teoria crítica e sociológica do sistema de justiça penal (Ciência Social), ocupando-se hoje fundamentalmente da análise de sua complexa fenomenologia e funcionalidade nas sociedades capitalistas patriarcais. E, muito embora já possamos contar com resultados criminológicos solidamente acumulados e considerados pela comunidade acadêmica irreversíveis nesta direção, não estamos perante epistemologias fechadas ou saberes acabados, mas sim diante de construções abertas, processuais. Penso, inclusive, que uma das mais fortes interpelações criminológicas do presente seja precisamente o desenvolvimento cumulativo e integrado das perspectivas “crítica” e “feminista”,

²³ BANDEIRA, L. M. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Sociedade e Estado** [online], v. 29, n. 2, p. 449-469, maio/ago. 2014. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2016.

²⁴ ANDRADE, V. R. P. de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Renavam, 2012, p. 129-130.

juntamente com outras, como a Criminologia do racismo e da cultura, visto que tal bipartição epistemológica não pode ser senão provisória. [...] Trata-se de conhecimento focado na figura da vítima e na relação entre autor e vítima, na relação entre criminalização e vitimização pelo sistema penal (aspecto quase inexplorado pela Criminologia crítica), na posição da mulher e do feminino no sistema penal e sua relação com o patriarcado (aspecto explorado pela Criminologia feminista, mas com escassa integração com o acúmulo teórico da Criminologia crítica.

Assim, considerando que a criminalidade não pode ser reconhecida meramente no referente jurídico e que o mero comportamento socialmente desaprovado não é reconhecido imediatamente como delito, a criminologia pode ser considerada uma ciência multidisciplinar²⁵.

A seguir, o crime de violência doméstica e sua relação com o exercício de poder será analisado como aspecto criminológico, relacionando o delito com os posicionamentos filosóficos de Hannah Arendt e Michel Foucault.

4.6 O CRIME COMO EXERCÍCIO DE PODER

A palavra *poder*, em seu sentido mais amplo, significa “dispor de domínio, autoridade ou força física ou moral”²⁶. É nesse sentido que Raitz e Ferreirinha explicam:

É preciso, antes de qualquer coisa, conhecer a etimologia da palavra poder, que vem do latim vulgar *potere*, substituído ao latim clássico *posse*, que vem a ser a contração de *potis* esse, “ser capaz”; “autoridade”. Dessa forma, na prática, a etimologia da palavra poder torna sempre uma palavra ou ação que exprime força, persuasão, controle, regulação etc. (Grifo dos autores)²⁷

Uma vez que a violência contra a mulher ocorre em um ambiente inicialmente familiar, culturalmente as relações violentas entre agressor e vítima podem ser facilmente confundidas com relação de poder.

²⁵ BUSATO, P. C. **Fundamentos de direito penal brasileiro**. 3. ed. Curitiba, 2012. p. 41-42.

²⁶ FERREIRA, A. B. de H. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6 ed. Rev. e atual. Curitiba: Posigraf, 2004.

²⁷ FERREIRINHA, I. M. N; RAITZ, T. R. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 2, p. 367-383, mar./abr. 2010 Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jun. 2016.

Assim, Bartira Macedo de Miranda Santos²⁸ ensina:

O poder pode invadir a relação amorosa em qualquer de suas fases de desenvolvimento, mas relações amorosas não são relações de poder. Ele é o contrário do amor. O amor existe em relação ao outro pelo que ele/ela é, pelas conexões cerebrais que provoca, pelo sentimento que desperta, caracterizando-se pela generosidade, pela aceitação e pela vontade de proteção. E isso não pode ser confundido com dominação. O amor não é explicável por palavras ou elementos objetivos e isso o faz parecer um capricho do destino.

Relações amorosas não são relações poderosas. O poder é uma relação de força para que um indivíduo se amolde ao que o outro espera, quer e exige. O poder dá início ao jogo da dominação e da conquista, à subjulgação da vontade do outro e consequente diminuição de sua liberdade e autodeterminação.

Adicionando esse aspecto cultural ao conceito de violência construído pela Organização Mundial da Saúde visto anteriormente e que inclui o poder, é de extrema importância colocarmos em contraposição o posicionamento do filósofo francês Michel Foucault e a ideia de Hannah Arendt sobre a relação de violência e poder.

Para Michel Foucault, o poder é imposto e, portanto, ele tem, ínsito, uma carga de violência.

Ao estudar o posicionamento do autor francês, Ângela Piva, Ariane Severo e Jussara Dariano explicam que:

Foucault acrescenta a toda essa ideia que identifica poder com o estado e o considera essencialmente como aparelho repressivo no sentido em que seu modo básico de intervenção sobre os cidadãos se daria em forma de violência, coerção, opressão, uma concepção positiva que pretende dissociar os termos dominação e repressão.

Já em contraposição e convincentemente, Hannah Arendt explica que a violência acontece nos vácuos do poder, ou seja, quando o poder não consegue se cristalizar em submissão de alguém, ele se degradingola em violência. Aqui, a violência é uma degeneração do poder, e aonde está presente um, está, necessariamente, ausente o outro.

Em sua obra *Sobre a violência*²⁹, a autora explica que poder, vigor, força, autoridade e violência são sinônimos e têm a mesma função de indicar os meios em função dos quais o homem domina o homem, e que essas informações somente aparecem no âmbito dos

²⁸ SANTOS, B. M. de M. Quem precisa da Lei Maria da Penha? **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 26-42, 2º sem. 2015.

²⁹ ARENDT, H. **Sobre a violência**. Trad.: André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.

assuntos humanos em sua autêntica diversidade quando deixam de ser reduzidos à questão do domínio. Assim, Arendt conceitua:

O poder corresponde à habilidade humana não apenas para agir, mas para agir em concerto. O poder nunca é prioridade de um indivíduo; pertence a um grupo e permanece em existência apenas na medida em que o grupo conserva-se unido. [...] A partir do momento em que o grupo, do qual se originara o poder desde o começo, desaparece, “seu poder” também se esvanece. [...] Finalmente, a violência, como eu disse, distingue-se por seu caráter instrumental. Fenomenologicamente, ela está próxima do vigor, posto que os implementos da violência, como todas as outras ferramentas, são planejados e usados com o propósito de multiplicar o vigor natural até que, em seu último estágio de desenvolvimento, possam substituí-lo.

Além de dizer que violência e poder não são o mesmo, Hannah Arendt afirma que são opostos, uma vez que onde um domina absolutamente, o outro está ausente. Esclarecidamente, a autora defende que falar de um poder não violento é redundante, pois a violência pode destruir o poder e é incapaz de criá-lo.

Em linhas gerais e em contraposição ao posicionamento de Foucault e ao conceito da Organização Mundial da Saúde sobre violência, Hannah Arendt define exatamente a relação entre violência e poder como fatores desconexos, no contexto criminológico em geral e, ainda mais, no contexto da violência contra a mulher, ressaltando que quem precisa da violência para se impor, é porque poder nenhum tem.

Entendendo como a violência pode ser relacionada ou confundida com relações de poder, ou seja, de dominação de uma das partes em detrimento da submissão da outra, resta clara a importância de se analisar tal aspecto criminológico da violência contra a mulher, uma vez que estabelece uma situação pontual que justifica alguns fatos posteriores das relações violentas.

Assim, finalizadas as considerações gerais sobre violência contra a mulher, é pertinente atentar para como o Estado Brasileiro começou a se preocupar com tal situação como um efetivo problema, bem como suas formas de atuação nesse sentido.

4.7 O DEVER DO ESTADO EM RELAÇÃO À PROTEÇÃO DA MULHER

O Estado tem o dever de proteger as parcelas da sociedade na medida de suas necessidades, fragilidades e peculiaridades. É o que Dalmo de Abreu Dallari ensina:

O Estado, como sociedade política, tem um fim geral, constituindo-se em meio para que os indivíduos e as demais sociedades possam atingir seus respectivos fins particulares. Assim, pois, pode-se concluir que o fim do Estado é o bem comum,

entendido este como o conceituou o Papa João XXIII, ou seja, o conjunto de todas as condições de vida social que consintam e favoreçam o desenvolvimento integral da personalidade humana. [...] Assim, pois, o desenvolvimento integral da personalidade dos integrantes desse povo é que deve ser o seu objetivo, o que determina uma concepção particular de bem comum para cada Estado, em função das peculiaridades de cada povo.³⁰

Demonstrada a problemática da violência e o dever do Estado, resta necessário compreender qual é o papel do Estado no sentido de proteção à mulher vítima da violência doméstica. Nesse sentido, Corrêa discorre:

Para garantia da igualdade não basta a proibição da ação discriminatória, efetuada por meio da legislação repressiva, sendo essencial a implementação de políticas públicas capazes de incentivar a inclusão social dos grupos reconhecidamente vulneráveis.³¹

Ainda, nos deparamos com as funções do Estado de resgate de minorias, em uma perspectiva de “Estado Social”. Frederico Augusto d’Avila Riani³² atenta para o fato de que a Constituição no Estado Contemporâneo, além de conservar o *status quo*, pretende servir de instrumento para as transformações sociais pactuadas. Transformações essas que ficam ressaltadas no conteúdo de normas programáticas de conteúdo social, entendidas como elementos garantidores das minorias e de imposição do Estado, que resultam em implantação de políticas públicas.

É neste sentido de bem comum e de resgate de minorias, com as peculiaridades pertencentes a cada povo, que o Estado Brasileiro começou a atentar para a violência contra a mulher como um problema, não só de saúde pública, mas de direitos humanos.

Com o pós-guerra, surgiram organismos de proteção aos direitos humanos que passaram a ser consagrados em convenções internacionais. Tais convenções começam a ser aderidas pelas nações, que se comprometem a introduzir os postulados em suas respectivas legislações internas³³.

³⁰ DALLARI, D. de A. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012

³¹ CORRÊA, L. R. A necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. In: LIMA, F. R.; SANTOS, C. (Coord.). **Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 55.

³² RIANI, F. A. d’A. Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in)competência do Judiciário. **Sequência (Florianópolis)**, Florianópolis, n. 66, p. 137-160, jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000100006&lng=en&nrm=isso>. Acesso em: 20 mar. 2016.

³³ PORTO, P. R. da F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. 3. ed. Rev. e atual. de acordo com a ADI 4424. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014

Talvez o mais significativo marco dessa situação pós 2ª Guerra Mundial seja a criação da Organização das Nações Unidas (ONU), uma organização internacional formada por países que se reuniram voluntariamente para trabalhar pela paz e o desenvolvimento mundial. Foi fundada através da ratificação de um tratado que estabeleceu as Nações Unidas, em outubro de 1945, chamado Carta das Nações Unidas e que, em seu preâmbulo, expressa os ideais e os propósitos dos povos cujos governos se uniram em prol desta Constituição³⁴.

No contexto do presente estudo, é importante ressaltar que a iniciativa da Carta das Nações Unidas é de uma mulher, Eleanor Roosevelt.

Azambuja e Nogueira relatam:

Também não podemos esquecer de que a presidência da Comissão de Direitos Humanos que redigiu os textos da Declaração e da Carta de Direitos Humanos foi entregue justamente a uma mulher, Eleanor Roosevelt. Nesta posição, a antiga e mais destacada Primeira-Dama estadunidense, conhecida ativista dos direitos humanos e defensora da paz, procurou destacar a igualdade de direitos entre homens e mulheres, o que nem sempre foi fácil, tal como pode ser percebido em seu relato do trabalho nesta Comissão³⁵.

Ainda como explica Pedro Rui da Fontoura Porto³⁶, destas convenções internacionais merece destaque a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW), aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 1969 e assinada pelo Brasil, inicialmente com reservas, em março de 1981 e, posteriormente, ratificada de forma plena, com a Constituição de 1988.

A CEDAW é internacionalmente conhecida como uma declaração de direitos para as mulheres. Seu conteúdo consiste em um preâmbulo e 30 artigos que definem o que constitui discriminação contra as mulheres e estabelecem ações para extinguir tal discriminação. Assim, ao ratificar a Convenção, os Estados comprometem-se a incorporar o princípio da igualdade entre homens e mulheres em seu sistema legal como medida para acabar com a discriminação contra as mulheres em todas as formas.

Cabe ressaltar que, além de ficarem legalmente obrigados a cumprir o disposto no tratado, os países que ratificaram a Convenção devem apresentar, pelo menos a cada

³⁴ CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

³⁵ AZAMBUJA, M. P. R. de; NOGUEIRA, C. Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 101-112, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902008000300011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2016.

³⁶ PORTO, P. R. da F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher...** Op. cit.

quatro anos, relatórios nacionais que apresentem as medidas tomadas por eles para colocar as obrigações em prática³⁷.

Outro importante compromisso internacional ratificado pelo Brasil é a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher, mais conhecida como Convenção de Belém do Pará, adotada pela Organização dos Estados Americanos em 1994 e ratificada pelo Brasil em novembro de 1995, para combater a violência contra a mulher.

Ao longo de seus mais de 20 anos de existência, a Convenção vem repercutindo no sentido de colaborar para o avanço do pensamento preocupante e da criação de leis que visem combater a violência contra a mulher.

Analisando a vigência da Convenção de Belém do Pará, destacou-se a existência de quatro premissas, a partir de troca de experiências entre os governos dos países envolvidos, sendo elas: 1) A violência contra as mulheres constitui uma violação dos direitos humanos; 2) A violência contra as mulheres é uma ofensa à dignidade humana e uma manifestação das relações de poder historicamente desiguais entre mulheres e homens; 3) A violência contra a mulher transcende todos os setores sociais; 4) A eliminação da violência contra as mulheres é condição para o desenvolvimento igualitário³⁸.

Lourdes Bandeira e Tânia Almeida ainda enfatizam:

Sem dúvida, a Convenção de Belém do Pará significou expressivo avanço em defesa dos direitos humanos das mulheres do continente. Estabeleceu que a violência contra a mulher envolve qualquer ação ou conduta baseada em seu gênero, que lhe cause morte, dano ou sofrimento físico, sexual e psicológico, tanto na esfera privada como pública. Ao mesmo tempo, trata-se de instrumento sociojurídico internacional pioneiro quanto ao problema endêmico da violência contra a mulher, que possibilita que a denúncia interna dos Estados seja deslocada ao plano internacional, como ocorreu com o caso Maria da Penha. Ademais, ampliou a definição de violência baseada na condição de gênero, rompendo com a definição conservadora centrada na violência física, descontextualizada das variadas, tradicionais e interseccionadas relações de poder, em suas transversalidades e com carga altamente nociva ao desenvolvimento democrático³⁹.

³⁷ CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN (CEDAW). Disponível em: <Disponível em: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

³⁸ BANDEIRA, L. M.; ALMEIDA, T. M. C. de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 501-517, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200501&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 fev. 2016.

³⁹ Ibid.

Os reflexos dessas convenções internacionais são facilmente vistos quando do aumento de discussões acerca da violência contra a mulher na sociedade em geral e, principalmente, no legislativo⁴⁰, com a demonstração da Constituição Federal da necessidade de políticas públicas para erradicar a violência doméstica, assim como da alteração do Código Penal e até na criação de leis específicas, como a Lei n. 11.340/2006, conhecida como Lei Maria da Penha e, posteriormente, com a criação da Lei n. 13.104/2015, chamada de Lei do Feminicídio.

Tais reflexos penais merecem destaque com breves explicações de cada situação, vez que trazem grandes impactos na aplicação do Direito penal no Brasil e, conseqüentemente, na sociedade que se submete à esse Direito. É o que será analisado em seguida.

4.8 CONSTITUIÇÃO FEDERAL

A Constituição Federal de 1988, além de reconhecida por restaurar a democracia no Brasil, é considerada um marco na proteção às mulheres.

Em nota de comemoração aos 25 anos da Constituição de 1988, a Secretaria de Políticas para as Mulheres (SPM) expôs:

No processo de luta pela restauração da democracia, o movimento de mulheres teve uma participação marcante, ao visibilizar um conjunto de reivindicações relativas ao seu processo de exclusão, assim como ao lutar pela inclusão dos direitos humanos para as mulheres. [...] O movimento de mulheres, que havia ampliado seu protagonismo no final dos anos setenta, lutando para a melhoria das condições de vida, teve sua atuação política fortalecida na criação, em 1985, do Conselho Nacional dos Direitos da Mulher (CNDM) e na participação no processo constituinte de 1988.

O CNDM tornou-se um marco significativo na trajetória da conquista de direitos básicos das mulheres e no fortalecimento da democracia participativa. Esse processo, protagonizado pelo chamado lobby do batom, formado pelo CNDM, pelas feministas e pelas 26 deputadas federais constituintes, obteve importantes avanços na nova Constituição Federal, ao garantir igualdade de direitos e obrigações entre homens e mulheres perante a lei⁴¹.

⁴⁰ Fazendo um breve levantamento nos sites do Senado Federal e da Câmara de Deputados, encontra-se facilmente projetos de lei que tratam de discriminação de gênero e afins. Em exemplo, pode-se destacar: PL 622/2015; PL 7524/2014; PL 756/2011; PL 186/2015; PL 4870/2016 (Câmara dos Deputados) e PLS 332/2015; PLS 283/2008; PLS 136/2011; PLS 310/2014; PLS 293/2013 (Senado Federal).

⁴¹ BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Nota do conselho nacional dos direitos da mulher e da secretaria de políticas para as mulheres da presidência da república pelos 25 anos da constituição de 1988**, Brasília, DF, 3 out. 2013. Disponível em: <www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2013/10/03-10-nota-do-conselho-nacional-dos-direitos-da-mulher-e-da-secretaria-de-politicas-para-as-mulheres-da-presidencia-da-republica-pelos-25-anos-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 26 mar. 2016.

Assim, a Carta Magna⁴² incorporou, em seu art. 5º, I, a fundamental conquista da igualdade de direitos e deveres entre homens e mulheres e em seu art. 226, § 5º, que os direitos e deveres referentes à sociedade conjugal são exercidos igualmente pelo homem e pela mulher.

Dentre tais direitos, importante citar a garantia de condições para que as presidiárias possam permanecer com seus filhos durante o período da amamentação (art. 5º, L) e a proteção do mercado de trabalho da mulher, mediante incentivos específicos (art. 5º, XX).

Esses dispositivos legais garantem a igualdade de gênero e a proteção dos direitos humanos das mulheres, aprofundando e criando novos direitos e, conseqüentemente, novas obrigações do Estado.

Essas novas obrigações do Estado ficam claras quando analisamos alguns dispositivos específicos do Código Penal, bem como quando verificamos a criação de Leis Específicas visando a proteção da mulher garantida constitucionalmente.

4.9 CÓDIGO PENAL

Em decorrência da equidade de direitos e deveres entre homens e mulheres disposta na Constituição Federal de 1988, nota-se no Código Penal⁴³ uma certa preocupação com a mulher.

A parte geral do Código Penal, em seu art. 37, dispõe sobre o regime especial:

Art. 37 – *As mulheres* cumprem pena em estabelecimento próprio, observando-se os deveres e direitos inerentes à sua condição pessoal, bem como, no que couber, o disposto neste Capítulo.

Sobre tal dispositivo, Julio Fabbrini Mirabete⁴⁴ explica que “ao se referir a lei a estabelecimento adequado ‘à sua condição pessoal’, ela determina que devem ser levados em consideração o sexo e as condições fisiológicas e psicológicas da mulher”.

Ainda na parte geral do Código Penal, o art. 61 dispõe das circunstâncias agravantes da pena e dispõe:

Art. 61 – São circunstâncias que sempre agravam a pena, quando não constituem ou qualificam o crime:

⁴² BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 26 mar. 2016.

⁴³ BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940, p. 2391. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm. Acesso em: 26 mar. 2016.

⁴⁴ MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 357.

II – ter o agente cometido o crime:

f) com abuso de autoridade ou prevalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, *ou com violência contra a mulher na forma da lei específica*;

h) contra criança, maior de 60 (sessenta) anos, enfermo ou *mulher grávida*; (Grifo nosso)

José Antonio Paganella Boschi⁴⁵ afirma que a agravante em questão fundamenta-se no fato de o agente transformar em agressão, no curso de relacionamento privado, o que cumpria ser fraternidade e assistência.

No que toca a alínea *h*, Paganella Boschi ensina que agredir a mulher grávida com risco à vida do feto implica maior reprovação por revelar o agente insensibilidade moral extrema⁴⁶.

Ainda, importante ressaltar a alteração da parte especial que antecedeu a Lei Maria da Penha no que toca às lesões corporais. Ocorre que o legislador introduziu os parágrafos 9º e 10 ao art. 129 do Código Penal para colocar em pauta a violência que acontece dentro da família, sem discriminar entre gênero. Vejamos:

Art. 129. Ofender a integridade corporal ou a saúde de outrem:

Pena – detenção, de três meses a um ano.

§ 9º Se a lesão for praticada contra ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido, ou, ainda, prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade: (Redação dada pela Lei n. 11.340, de 2006)

Pena – detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos. (Redação dada pela Lei n. 11.340, de 2006)

§ 10. Nos casos previstos nos §§ 1º a 3º deste artigo, se as circunstâncias são as indicadas no § 9º deste artigo, aumenta-se a pena em 1/3 (um terço). (Incluído pela Lei n. 10.886, de 2004)

Aqui, há em tela a proteção de dois bens jurídicos: a integridade física e a família. Ou seja, há um bem jurídico extra que objetiva a preservação da relação familiar e justifica o aumento da incriminação.

Neste sentido, explica Paulo Busato:

Em certa medida, a sua inserção primeira no Código derivou da realidade criminológica de violência familiar existente há muito tempo compondo uma

⁴⁵ BOSCHI, J. A. P. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006, p. 260.

⁴⁶ Ibid., p. 263.

cifra negra de criminalidade, já que as mulheres maltratadas em geral deixavam de fazer chegar à autoridade pública o conhecimento sobre a violência por elas sofrida. A solução trazida, de certo modo, justificava-se do ponto de vista material pela complexidade do bem jurídico protegido. É que, ao cuidar da relação intrafamiliar e mesmo das relações domésticas e de coabitação, o crime a um só tempo fazia referência à integridade física e à proteção da estrutura família, o que justificaria um acréscimo de pena⁴⁷.

A preocupação com a proteção da mulher, revolucionada pela Constituição de 1988, além de acarretar mudanças substanciais no Código Penal, atentou o legislador para a criação de Leis Especiais que atentam para a violência contra a mulher.

4.10 LEIS ESPECIAIS

Visando a proteção à integridade física e moral das vítimas e a punição dos agressores através de interpretação da Constituição, do Código Penal e dos princípios norteadores do Direito, os juristas passaram a cada vez mais atentarem-se ao problema.

Em consequência, o legislativo percebeu a necessidade de criar leis específicas que reforcem a proteção da mulher na situação de vítima. Foi quando surgiu, em 2006, a conhecida Lei Maria da Penha e, em 2015, a chamada Lei do Feminicídio.

4.11 LEI MARIA DA PENHA

A Lei n. 11.340 foi sancionada em 07 de agosto de 2006 com o objetivo de coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, dispondo sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher e alterando o Código Penal, Código de Processo Penal e a Lei de Execuções Penais.

Propositamente, a Lei n. 11.340/06 recebeu o nome de Maria da Penha, em homenagem à Maria da Penha Maia Fernandes, vítima de violência por parte de seu marido, Marco Antonio Herradia, o qual tentou matá-la duas vezes, sendo que, na primeira vez, disparou um tiro em suas costas, deixando-a paraplégica e, na segunda vez, tentou eletrocutá-la durante o banho⁴⁸.

A referida Lei causou um significativo impacto no panorama jurídico, possibilitando a instauração de medidas mais rigorosas em relação aos agressores, ou seja, no julgamento

⁴⁷ BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte especial. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 135.

⁴⁸ LIMA, P. M. F. **Violência contra a mulher**: o homicídio privilegiado e a violência doméstica. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

das violências de gênero como crimes de menor potencial ofensivo⁴⁹. Além disso, a Lei Maria da Penha trouxe um simbolismo da figura da homenageada.

Nesse sentido, Marília Montenegro é pontual:

Uma lei que apresenta um nome de uma pessoa pode ser interpretada de várias formas. Primeiramente, de forma simbólica, um marco do movimento feminista [...] Por outro lado, a lei perde uma das suas principais características, que é a impessoalidade. Exige-se que todas as mulheres sejam percebidas como Maria da Penha, vítimas dos seus algozes, quase sempre seus maridos ou companheiros, e que desejam, a todo custo, a sua punição, para poder continuar a sua vida com tranquilidade. É importante ressaltar que, casos como esses são exceções e não regra no dia a dia, pois, em grande parte das agressões, as mulheres não querem a prisão do marido ou companheiro, mas apenas que a agressão não se repita⁵⁰.

Apesar das críticas sociológicas e criminológicas que cercam sua análise, não se pode negar que a aplicação da Lei representou um grande avanço quando da discussão de violência doméstica no Brasil.

Carmen Hein de Campos enfatiza:

Sem dúvida, a criação da Lei Maria da Penha (LMP) representou um avanço enorme na legislação de enfrentamento à violência doméstica e familiar no Brasil. Rompendo com a visão meramente punitivista, a LMP incorporou as perspectivas da prevenção, assistência e contenção da violência, além de criar medidas protetivas de urgência e juizados especializados para o julgamento dos crimes praticados com violência doméstica e familiar⁵¹.

Dez anos após a sua sanção, é possível verificar o impacto social que os efeitos da lei trouxeram simplesmente verificando que a grande maioria da população brasileira associa a proteção da mulher em situações de violência doméstica com a Lei Maria da Penha.

Entretanto, um estudo realizado pelo Ministério da Justiça sobre a violência fatal no Brasil, sob coordenação de Marta Rodriguez de Assis Machado, concluiu que, apesar do aumento no número de lavraturas de boletins de ocorrência por agressões físicas ou ameaças, nenhuma ação posterior, que evitasse um desfecho trágico, foi desencadeada.

⁴⁹ MENEQUEL, S. N. et al. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero... Op. cit.

⁵⁰ MONTENEGRO, M. **Lei Maria da Penha**: uma análise criminológico-crítica. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

⁵¹ CAMPOS, C. H. de. A CPMI da Violência contra a Mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 519-531, ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200519&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 fev. 2016.

Nesse sentido:

Ainda no que se refere à avaliação do sistema de justiça criminal, observou-se que na maior parte dos casos em que a mulher venceu os obstáculos da comunicação e recorreu aos órgãos públicos, o processo se encerrou na lavratura do boletim de ocorrência na delegacia de polícia. Ou seja, as medidas protetivas da Lei Maria da Penha não chegaram a ser aplicadas. Esses elementos atuam para compor um infeliz cenário, ao menos nos casos estudados, em que o sistema de justiça apenas chegou a atuar no conflito após a morte da mulher⁵².

Assim, a partir da percepção de que a referida Lei é mais preventiva do que repressiva, observou-se a necessidade da criação de um tipo penal específico para os casos de violência doméstica fatal, que possa, acima de tudo, dar visibilidade à problemática de modo que possa reverter a cultura da dominação.

4.12 LEI DO FEMINICÍDIO

A insuficiência da aplicação da Lei Maria da Penha como meio repressivo e a sua ineficácia no tocante aos crimes de homicídio que sucediam os episódios de violência doméstica levaram à criação da chamada Lei do Femicídio.

A Lei n. 13.104 foi sancionada em 09 de março de 2015 e trouxe sérias e importantes mudanças legislativas, prevendo o feminicídio como circunstância qualificadora para o crime de homicídio previsto no art. 121, § 2º do Código Penal e alterando o art. 1º da Lei n. 8.072/1990, incluindo o feminicídio no rol de crimes hediondos.

Femicídio, em linhas gerais, é a mal denominada qualificadora, inserida nos casos de homicídio e incluída no rol dos crimes hediondos, quando o crime é praticado “contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”. Mal denominada, uma vez que o correto seria feminicídio, pois, ao analisar o descrito no tipo, a incriminação não diz respeito ao homicídio de uma pessoa do sexo feminino, e sim a uma variante do genocídio determinada por gênero⁵³.

No que diz respeito ao sentido linguístico do texto da referida Lei, Paulo César Busato critica pontualmente quando explica o resultado incompreensível da frase, já que não existe uma “condição de sexo” e, caso existisse, jamais poderia ser traduzida em uma “razão”⁵⁴.

⁵² MACHADO, M. R. de A. (Coord). **A violência doméstica fatal: o problema do Femicídio íntimo no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça, Secretaria da Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_femicidio.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2016.

⁵³ BUSATO, P. C. **Direito penal: parte especial**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 44.

⁵⁴ Ibid., p. 45.

Assim, com o objetivo de explicar a incoerência do texto legal, o legislador complementou o que deveria ser entendido por “condição do sexo feminino”:

§ 2º-A Considera-se que há razões de condição de sexo feminino quando o crime envolve:

I – violência doméstica e familiar;

II – menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

Sobre a tentativa frustrada de esclarecer o sentido do texto, Busato expõe:

Assim, surge logo a primeira pergunta: considera-se “condição do sexo feminino” a situação que seja relativa à violência doméstica e familiar e contemple menosprezo ou discriminação à condição de mulher *ou* se considera como tal a situação que seja relativa à violência doméstica e familiar ou contemple menosprezo ou discriminação à condição de mulher? Enfim, os requisitos constantes no § 2º-A do art. 121 são cumulativos ou alternativos?

Isso sem contar que se exige que o crime seja de violência doméstica e familiar, como se estivéssemos tratando de sinônimos. Contudo nem toda violência doméstica pode ser considerada familiar assim como nem toda violência familiar é doméstica. Pode ser que alguém que não pertença a uma família, ocasionalmente esteja coabitando com o agressor, caso em que a violência será doméstica, mas não familiar; ou, pode ser que a violência seja exercida contra alguém pertencente à família em um encontro ocasional, que não seja no âmbito doméstico. Estará presente violência familiar que não é doméstica. A preposição aditiva “e” é que gera este problema e deveria ter sido substituída por a fórmula alternativa, *ou*. [...]

Assim, qualquer das alternativas assumidas – seja a consideração de que se trata de requisitos alternativos ou cumulativos – os resultados podem ser aberrantes e certamente escaparão ao que parece ter sido a motivação do legislador.⁵⁵

Ainda, além de prever o feminicídio como qualificadora para o crime de homicídio, a Lei prevê causas de aumento da pena de 1/3 até a metade se o crime for praticado: a) durante a gestação ou nos três meses posteriores ao parto; b) contra menor de 14 anos, maior de 60 ou pessoa com deficiência; c) na presença de descendente ou ascendente da vítima.

Uma das razões da criação da Lei do Feminicídio foi o aumento significativo de homicídios de mulheres considerados como crimes passionais. Adriana Ramos de Mello explica:

Temos assistido nos últimos tempos a notícias nos jornais sobre o assassinato de mulheres pelo marido ou namorado, ex ou atual. Na verdade são crimes de

⁵⁵ Ibid., p. 45-46.

violência contra a mulher que denotam a desigualdade de gênero. São geralmente noticiados como crimes “passionais”, como uma ocorrência policial comum sem revelar o que, na verdade, está por trás dessa realidade, o assassinato misógino de mulheres cometido por homens.⁵⁶

Ainda, o estudo elaborado no Ministério da Justiça⁵⁷, fonte principal da estratégia criminalizadora, apontou como razões da criação da Lei: a discussão e incorporação do fenômeno em outros países, inclusive da América Latina; a necessidade da criação de instituições e de políticas públicas; e a pretensão de cumprir um papel simbólico relevante⁵⁸. Com a publicação da Lei e sua imediata entrada em vigor, os operadores do direito iniciaram discussões acerca da mudança de panorama jurídico provocada e, assim, elencando aspectos considerados positivos e negativos derivados da incriminação do feminicídio, os quais serão vistos em seguida.

Daqui em diante, o presente trabalho analisará de que forma a aplicabilidade da Lei do Feminicídio pode (ou não) efetivamente colaborar com a solução da problemática da incriminação, que é a violência contra a mulher.

4.13 A MUDANÇA DE PANORAMA JURÍDICO PROVOCADA PELA LEI N. 13.104/2015

Como visto anteriormente, a sanção da Lei n. 13.104/2015, conhecida como Lei do Feminicídio, trouxe relevantes mudanças no panorama jurídico-penal.

Dessa mudança e considerando o histórico de violência doméstica no Brasil, todos os aspectos sociológicos e criminológicos analisados e a atuação do Estado na proteção da mulher, deparamo-nos com aspectos considerados positivos e aspectos considerados negativos da incriminação do Feminicídio, como a mudança na concepção cultural do brasileiro e a questão da segurança jurídica, bem como a casuística na aplicação da referida Lei como Direito penal simbólico e a igualdade no seu aspecto material em face do ser humano.

A análise de tais aspectos merece destaque, uma vez que mostra preocupação com a problemática estudada e dela podem surgir soluções talvez ainda mais eficazes.

⁵⁶ MELLO, A. R. de. Feminicídio: breves comentários à Lei 13.104/15. **Direito em movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 47-100, 2º sem. 2015.

⁵⁷ MACHADO, M. R. de A. (Coord). **A violência doméstica fatal...** Op. cit.

⁵⁸ BUSATO, P. C. **Direito penal...** Op. cit., p. 45.

Entendendo a importância da análise da aplicabilidade da Lei penal, Paulo Queiroz discorre:

A interpretação e aplicação do direito formam um processo único e complexo que compreende a análise e a apreciação de fatos, provas e textos, de sorte que constitui momento dos mais importantes da (re)construção social da realidade, arbitrária e seletiva, como necessariamente, como todo e qualquer texto, interpretação do seu significado, com vistas a decidir casos concretos, realizando o direito, daí que o aforisma *in claris non fit interpretatio* não é mais que uma falácia: confunde a ausência de dificuldades interpretativas com a ausência de interpretação⁵⁹.

Cabe ressaltar que a referida Lei foi sancionada há pouco mais de um ano, motivo pelo qual ainda não há como se analisar concretamente os efeitos de sua aplicação. Assim, tais aspectos são colocações hipotéticas, baseadas em análises passadas (da Lei Maria da Penha, por exemplo) que a doutrina e a sociedade apontam como efeitos da incriminação do feminicídio e que refletem nitidamente todo o contexto trabalhado até aqui.

4.14 A MUDANÇA NA CONCEPÇÃO CULTURAL

As normas jurídico-penais têm característica de punir cidadãos que cometem condutas consideradas criminosas. Assim, a doutrina penalista divide a teoria da finalidade da pena em duas: teoria retributiva e teoria relativa. É o que Inácio de Carvalho Neto explica:

Duas são as teorias que tratam da finalidade da pena: a teoria absoluta, também chamada de retributiva, e a teoria relativa (prevenção especial e prevenção geral) Pela teoria absoluta, a pena tem uma finalidade retribucionista, visando à restauração da ordem atingida. [...] Para esta teoria, todos os demais efeitos da pena (intimidação, correção, supressão do meio social) nada têm a ver com a sua natureza. [...] Pela teoria relativa, a pena é uma medida prática que visa a impedir o delito. Esta teoria é dividida em duas: a da prevenção geral e a da prevenção especial. Para a primeira, o principal escopo e efeito da pena é a inibição que esta causa sobre a generalidade dos cidadãos, intimidando-os. Para a segunda, a pena visa à intimidação do delinquente ocasional, à reeducação do criminoso habitual corrigível, ou a tornar inofensivo o que se demonstra incorrigível.⁶⁰

Tais normas penais sancionatórias, na medida em que são providas de reações (penas e medidas de segurança) e aplicadas àqueles que desobedecem condutas tipificadas como

⁵⁹ QUEIROZ, P. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 62.

⁶⁰ CARVALHO NETO, I. de. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense: 2003, p. 20-21.

crimes, são nitidamente coercitivas⁶¹. A coercibilidade da norma jurídica sancionatória acaba por gerar efeitos e mudanças no comportamento da sociedade que está sujeita à ela, motivo pelo qual é considerada uma norma de forte eficácia.

Sobre isso, Hans Kelsen ensina:

Se o Direito é concebido como uma ordem de coerção, isto é, como uma ordem estatuidora de atos de coerção, então a proposição jurídica que descreve o Direito toma a forma da afirmação segundo a qual, sob certas condições ou pressupostos pela ordem jurídica determinados, deve executar-se um ato de coação pela mesma ordem jurídica especificado. [...]

Sanções, isto é, atos de coerção que são estatuídos contra uma ação ou omissão determinada pela ordem jurídica, como, por exemplo, a pena de prisão prevista para o furto. [...]

Devido é apenas o ato de coerção que funciona como sanção. Se se diz que quem está juridicamente obrigado a uma determinada conduta “deve”, por força do Direito, conduzir-se do modo prescrito, o que com isso se exprime é o ser-devido – ou seja, o ser positivamente permitido, o ser autorizado e o ser prescrito – do ato coercitivo que funciona como sanção e é estatuído como consequência da conduta oposta.⁶²

Ainda nesse sentido, Zaffaroni e Pierangeli destacam a diferença de coerção jurídica para a coerção penal propriamente dita:

A pena é a manifestação da coerção penal, se falamos de “coerção penal” *stricto sensu*. Ao invés, quando falamos de “coerção penal” *lato sensu*, incluindo todas as consequências jurídicas que se acham previstas no código penal – deixando de lado sua verdadeira natureza jurídica.

A coerção penal se distingue do resto da coerção jurídica porque – como dissemos – procura evitar novos delitos com a prevenção especial ou a reparação extraordinária.⁶³

A referida e esperada mudança de comportamento da sociedade exige uma transformação cultural, lenta e periódica de todos os sujeitos envolvidos ou não na problemática e na aplicação da norma coercitiva, ou seja, agressor, vítima, familiares, bem como operadores do direito. Assim, um dos aspectos positivos elencados pela parcela de defensores da incriminação do feminicídio é a expectativa de uma mudança cultural gerada por ela.

⁶¹ DOTTI, R. A. **Curso de direito penal**: parte geral. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 53.

⁶² KELSEN, H. (1881-1973). **Teoria pura do direito**. Trad.: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

⁶³ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997, p. 103-104.

Ao completar um ano da sanção da Lei do Feminicídio, a Câmara dos Deputados atentou para o fato da necessidade de mudança cultural para alcançar a efetividade da Lei. Em entrevista, a Comissão Mista de Combate à Violência contra a mulher explicou:

Eles (delegados de polícia, na maioria homens) têm dificuldade de caracterizar o crime como um crime praticado contra a vida de uma mulher pela sua condição de mulher. A comissão está solicitando a todas as delegacias de polícia civil dos estados balanço sobre o que foi até agora caracterizado como feminicídio. [...] A Lei do Feminicídio é importante, sim, porque os homens precisam entender que este crime não deve acontecer, e aumentar a pena é uma das formas de fazer com que eles entendam esse processo. Mas o melhor processo é o da educação.⁶⁴

Ora, a medida que identifica-se dificuldade dos próprios operadores do direito em interpretar e aplicar a norma penal, não se pode depositar no Direito penal a pretensão de mudanças culturais e efeitos da aplicação de uma lei penal⁶⁵.

Pode-se entender que talvez o que ocorra com as normas sancionatórias, como é o caso da Lei Maria da Penha e da Lei do Feminicídio, é que tal coercibilidade não seja, por si só, a causa da mudança cultural, e sim uma alta repercussão social que acaba por transformar o pensamento popular.

Utilizando os efeitos da Lei Maria da Penha como exemplo, Maria Berenice Dias discorre:

Os alarmantes níveis de violência começaram a assustar e despertaram a atenção de todos. Tudo isso, é claro não chegou ao fim com a Lei Maria da Penha. No entanto, sua enorme repercussão vai construindo uma nova cultura, de que a mulher não pode ser considerada propriedade do homem, que ele não tem o direito de dispor do seu corpo, da sua saúde e até da sua vida.⁶⁶

Evidente que a mudança cultural de uma sociedade não acontece repentinamente, pelo contrário. Como visto anteriormente, o Brasil é um país com culturas enraizadas, principalmente no tocante à sociedade patriarcal e que cada vez mais anseia por mudanças culturais em diversos aspectos sociais.

⁶⁴ HAJE, L. Lei do Feminicídio completa um ano. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, mar. 2016 Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/504830-LEI-DO-FEMINICIDIO-COMPLETA-UM-ANO.html>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

⁶⁵ É certo que não se pode pretender a promoção de mudanças sociais baseadas no que Günter Statenwerth chama de “golpes de Direito penal”, porém, seria utópico imaginar que naturalmente essas mudanças ocorreriam.

⁶⁶ DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 30.

Talvez a expectativa de uma suposta mudança na concepção cultural atrelada aos efeitos da Lei do Feminicídio, seja, na verdade, uma expectativa de utilizar o Direito penal como controle social. Sobre isso, o doutrinador Winfried Hassemer ensina:

Norma, sanção e processo formam juntos o que nós denominamos de “controle social”. O controle social é uma condição fundamental irrenunciável da vida em sociedade. Por ele cada grupo, cada sociedade assegura as normas, as expectativas de conduta, sem as quais eles não poderiam continuar existindo como grupo ou sociedade. O controle social assegura os limites da liberdade humana na vida cotidiana e nas rotinas. Ele é um instrumento de desenvolvimento cultural e de socialização dos membros dos grupos e sociedades. As normas que são estabelecidas pelo controle social, dão ao grupo ou à sociedade a sua face e a sua autocompreensão⁶⁷.

Ora, considerando que o controle social é um instrumento de desenvolvimento cultural, deve-se esperar do Direito penal uma relação direta com este referido controle, na medida em que, desta forma, sua atuação será mais eficiente.

Sobre a relação entre o Direito penal e o sistema social em que se insere, Paulo Queiroz ensina:

Logo, o direito, que, como norma de conduta, padroniza coercitivamente certos comportamentos, não pode ser compreendido senão em referência (e a partir) ao sistema social em que se insere. Porque as normas jurídico-penais, consideradas em face do sistema social e do próprio direito, não são senão um dos muitos instrumentos dirigidos à socialização do homem. O Direito penal é, pois, perante o sistema social global, um subsistema de controle social, puramente confirmador de outras instâncias (família, escola) bem mais sutis e eficazes.⁶⁸

Assim, percebe-se uma harmonização entre o sistema jurídico-penal e o controle social na medida em que, juntos, formam um sistema completo de transformação social de um indivíduo que comete uma conduta considerada delituosa.

No mesmo raciocínio, Hassemer assevera:

Não se pode tratar os problemas da criminalidade se os outros processos de desenvolvimento de cultura pessoal e social e a socialização não obtêm êxito. O cidadão precisa saber quais as normas jurídico-penais que se convertem em normas sociais e precisa viver de acordo com elas. Os processos de controle social cotidianos precisam saber quais condutas transformar antes e fora do

⁶⁷ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Trad.: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005.

⁶⁸ COUTINHO, D. R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 21.

processo penal e precisam também das instâncias de socialização, que, por exemplo, realizarão isto (ou em geral só trabalharão) com os presos colocados em liberdade e que não obtiveram êxito na execução do tratamento⁶⁹.

Desta feita, pode-se entender que, em princípio, o anseio por mudanças de concepção cultural utilizando da Lei do Feminicídio parece precipitado. Porém, se analisarmos a questão do desenvolvimento cultural e social atrelado ao controle social, talvez seja pertinente esperar que a referida Lei, por ser tão impactante, possa futuramente ser responsável por alterações positivas neste sentido.

Tal expectativa de mudança na concepção cultural da sociedade brasileira se relaciona diretamente com o tópico seguinte da pesquisa – a segurança jurídica – na medida em que ambas são subjetivas e dependem de condições específicas para efetivamente poderem ser consideradas como aspectos positivos derivados da incriminação do Feminicídio.

4.15 A SEGURANÇA JURÍDICA

Com a sanção da Lei do Feminicídio, muito se espera que um dos aspectos decorrentes de tal incriminação seja a segurança jurídica trazida, com o tempo, por ela.

Para iniciar uma discussão sobre segurança jurídica, é indispensável discorrer brevemente sobre o princípio norteador do direito e de suas ramificações: o princípio da legalidade, previsto no art. 5º, inciso II, da Constituição Federal e no art. 1º do Código Penal.

A respeito do princípio da legalidade no Direito Penal, o Miguel Reale Júnior claramente ensina:

A natureza política do princípio da legalidade é evidente, como pedra angular do pensamento liberal, que protege o cidadão perante o Estado, diante do poder arbitrário dos juízes, mormente, tendo os costumes como fonte. A lei deve ser prévia, clara, precisa, geral e abstrata, à qual se submete o juiz, o Estado e todos os cidadãos. [...] E a liberdade política de um cidadão decorre da segurança que cada qual tem de não temer o Estado e os demais cidadãos, o que consegue separando o poder de legislar do poder de julgar e da administração. Com o império da lei, garante-se a supressão do arbítrio e da opressão. O despotismo é o regime do medo, a democracia, o da segurança.⁷⁰

⁶⁹ HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal...** Op. cit., p. 416.

⁷⁰ REALE JÚNIOR, M. **Instituições de direito penal.** Rio de Janeiro: Forense, 2012, p. 35-36.

Essa referida segurança é muitas vezes entendida como objeto do direito penal, ou seja, a pena deve ter efeito principalmente sobre a comunidade, como prevenção, para que os que não tenham delinquido não o façam⁷¹.

Sobre a segurança jurídica, Marion Bach explica:

A garantia material derivada da exigência de uma lei prévia está intimamente ligada à ideia de segurança jurídica e nasce da noção contratualista do princípio da legalidade penal: em todo e qualquer contrato, o acordo surte os seus efeitos para o futuro, jamais para o passado.

Assim, a lei prévia visa, primordialmente, alertar aos cidadãos sobre quais condutas são permitidas e quais são proibidas e, ademais, quais as consequências jurídicas advindas da prática de seus atos. Por outro lado, vincula os juízes, de modo que estes poderão atuar tão somente na existência de uma lei prévia – evitando-se, assim, atuações interessadas.

A estrutura da lei penal conta com o pressuposto (também chamado de preceito) e com a sanção. O pressuposto descreve a conduta típica ou, conforme costuma mencionar a doutrina, a “matéria de proibição”. É justamente ao tomar conhecimento desta que o cidadão satisfaz seu direito à “previsibilidade” da conduta proibida⁷².

Ora, se a segurança jurídica pode ser considerada uma decorrência da importância do princípio da legalidade no Direito penal, reforçando os papéis do Estado, da vítima e do réu, evidente que há uma parcela de defensores da Lei do Feminicídio que deposita na referida incriminação um sentimento de segurança às vítimas, previsibilidade da conduta proibida aos réus e dever de punir ao Estado.

Nesse sentido, Paulo Queiroz ensina:

Não se pode ignorar, também, que o Direito penal tem um papel importante de garantidor dos direitos fundamentais, frente ao arbítrio realizável pelo Estado ou pelo indivíduo, já que lhe cabe, ainda, delimitar os pressupostos e limites da intervenção penal e processual, assim como os direitos e deveres da vítima e do próprio réu. O direito e processo penais traçam os lindes do *jus puniendi*, seja quanto aos poderes, deveres e direitos do Estado, seja quanto aos do réu, seja quanto aos da vítima. Por meio do Direito penal previnem-se, ainda, eventuais reações públicas ou privadas arbitrárias, mesmo que em caráter precário⁷³.

⁷¹ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro...** Op. cit., p. 92.

⁷² BACH, M. **Leis penais em branco e princípio da legalidade penal: análise à luz da sociedade contemporânea**. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/27509/R%20-%20D%20-%20BACH,%20MARION.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 maio 2016.

⁷³ QUEIROZ, P. **Funções do direito penal**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 121.

Discorrendo sobre tal insegurança que desencadeia a necessidade de um tipo penal específico, o estudo realizado pelo Ministério da Justiça sobre a violência fatal no Brasil destaca:

A naturalização da violência, além do medo e da insegurança das vítimas, integra as possíveis explicações para algo que também se fez notar no material empírico acessado: em boa parte dos casos, não obstante o histórico de violência contumaz, as vítimas não buscaram as instituições do sistema de justiça.⁷⁴

Analizando o que foi estudado anteriormente sobre as consequências jurídicas trazidas pela Lei Maria da Penha, bem como sobre as razões para criação da Lei do Feminicídio, o que se percebe é uma insegurança instalada no cenário da violência contra a mulher que anseia dispositivos sancionatórios que, por si só, tragam segurança jurídica à todos os atores envolvidos na problemática.

É o que Meneghel, Mueller e Collaziol discorrem:

As contradições entre o discurso e a prática dos operadores, assim como entre o discurso jurídico e feminista e o descompasso entre o que procuram as mulheres e o que oferecem os serviços mostraram que embora a elaboração de leis específicas em relação à violência de gênero seja uma conquista do movimento de mulheres, a lei por si só não basta. [...]

As mulheres declaram fragilidades e limitações na aplicação do instrumento legal, salientando o descumprimento das medidas protetivas pelos agressores e a dificuldade dos serviços de segurança pública efetivamente protegê-las. Dessa maneira, a possibilidade de proteção e justiça, essa situação ainda não se concretizou⁷⁵.

Ainda neste sentido, Maria Berenice Dias expõe:

Os registros da Central de Atendimento à Mulher, no primeiro semestre de 2012, mostram números impressionantes. De primeiro de janeiro a 30 de junho, foram 388.953 atendimentos pelo Ligue 180, o que representa uma média de 2.150 registros por dia. A média mensal foi de aproximadamente 65 mil atendimentos. [...]

Ainda que tais dados sejam surpreendentes, é preciso atentar que esses números não retratam a realidade, pois a violência é subnotificada. É o que se chama de “cifras negras”: a crença na impunidade, além do temor, faz com que muitas

⁷⁴ MACHADO, M. R. de A. (Coord). **A violência doméstica fatal...** Op. cit.

⁷⁵ MENEGHEL, S. N. et al. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 691-700, mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000300015&lng=en&nrm=iso>.

mulheres não denunciem a violência de que são vítimas. Assim, somente 10% das agressões sofridas por mulheres são levadas ao conhecimento da polícia. É difícil denunciar alguém que reside sob o mesmo teto, pessoa com quem se tem um vínculo afetivo e filhos em comum e que, não raro, é o responsável pela subsistência da família⁷⁶.

Evidente que as vítimas dessa ramificação de violência têm motivos suficientes para se sentirem inseguras, sejam eles históricos, emocionais, sociais e até mesmo jurídicos. Porém, essa ansiedade por segurança jurídica através do Direito penal deve ser analisada cautelosamente.

Sabe-se que o Direito penal não deve ter outra meta, se não a de prover segurança jurídica, uma vez que esta deve ser a meta de todo o direito⁷⁷. Ocorre que, no plano real, a segurança jurídica objetivada com o Direito penal se aplica de maneiras distintas, a depender do bem jurídico tutelado, da comunidade, do tempo, do espaço etc.

É o que Zaffaroni e Pierangeli explicam:

Tudo o que dissemos pode ser objetado com a observação de que na realidade a lei penal tutela mais os bens jurídicos de uns do que de outros, que os delitos causam “alarme” a certos grupos e não a outros ou, ao menos, não a todos em igual medida, e que o sentimento de segurança jurídica da comunidade seria, em definitivo, um mito, dada a pluralidade de grupos sociais com diversidade e antagonismo de interesses, poder e objetivos⁷⁸.

A cautela está nos diversos grupos sociais instaurados dentro de uma sociedade que compartilha de um problema central em comum, porém com diversas ramificações e especificações.

Como vimos, é objetivo da lei penal trazer segurança jurídica à coletividade, mas essa segurança é relativa na medida em que nunca seria plenamente eficaz para todos os grupos sociais atingidos por ela.

Assim, a expectativa de segurança jurídica decorrente da aplicação da Lei do Feminicídio pode ser entendida como um aspecto considerado positivo da incriminação, caso seja analisada com cautela e pontuando os alcances dessa segurança para cada grupo social que possa vir a ser atingido.

⁷⁶ DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha na justiça...** Op. cit., p. 24 e 25.

⁷⁷ ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro...** Op. cit., p. 93-94.

⁷⁸ Ibid., p. 95.

4.16 A APLICAÇÃO DA LEI DO FEMINICÍDIO COMO DIREITO PENAL SIMBÓLICO

Sabe-se que o Direito penal se destina a funções e missões próprias, sendo que, dentre tais funções, depara-se com o chamado simbolismo ou “Direito penal simbólico”.

Sobre a função simbólica do Direito penal, assevera-se:

Fim simbólico seria aquele pelo qual não se objetiva, através do instrumental punitivo do Estado, a resolução efetiva de conflitos de interesses sociais ou a tutela real de bens considerados relevantes para a sociedade. Como o Direito brasileiro sustenta que a missão do Direito penal é a proteção de bens jurídicos, qualquer efeito simbólico da pena é considerado ilegítimo. De forma acrítica, tais efeitos da pena são frequentemente execrados ou simplesmente ignorados pela doutrina penal brasileira⁷⁹.

Considerando a grande expansão dos meios de comunicação atrelada ao movimento feminista atual e à grande repercussão ao longo dos dez anos de sanção da Lei Maria da Penha, pode-se dizer que o mesmo ocorre quando da aplicação da Lei do Femicídio.

Os referidos meios de comunicação refletem, na maioria das vezes, clamor público atrelado a movimentos feministas que vêm ganhando força, voz e representatividade.

Um dos maiores exemplos de clamor público é atrelado a um dos maiores movimentos feministas praticados no Brasil, conhecido como “Marcha das Vadias”. Surgida em 2011, no Canadá, como “*Slut Walk*”, utiliza o conceito de “vadia” para se opor ao estereótipo de culpa que erroneamente recai sobre as mulheres agredidas⁸⁰, em decorrência de um sentimento de subordinação.

Aqui, cabe ressaltar a importância dos movimentos feministas e de consequente clamor público que refletem a preocupação contemporânea da sociedade com a problemática da violência contra as mulheres. Assim, a crítica negativa não está atrelada ao clamor público propriamente dito, e sim à função simbólica do Direito penal que busca atendê-lo.

Nesse sentido e aceitando que muitas vezes existe recurso ao Direito penal conforme clamor público, mesmo não sendo essa a missão que lhe compete, Busato ainda expõe:

⁷⁹ ANJOS, F. V. dos. Direito penal simbólico e finalidade da pena. **Boletim do IBCCrim**, v. 14, n. 171, p. 2-3, fev. 2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/3369-Direito-penal-simbolico-e-sinalidade-da-pena>. Acesso em: 17 maio 2016.

⁸⁰ GALETTI, C. C. Feminismo em movimento: a marcha das vadias e o movimento feminista contemporâneo. In: REDOR, 18., Recife. **Anais...** Recife: UFRPE, 2014. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/533/771>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

A legislação fabricada à medida dos acontecimentos, estabelecendo pena para as condutas ao sabor do clamor popular, não leva à igualdade e sim a uma nova norma de distorção já identificada como o fenômeno de neocriminalização que de fato está ocorrendo na sociedade moderna⁸¹.

Ora, considerando todos os aspectos criminológicos e sociológicos da violência contra a mulher no Brasil, bem como a suposta ineficácia da Lei Maria da Penha e a alta repercussão social feminista, pode-se considerar pertinente a crítica negativa feita em face da referida incriminação, como sendo puramente “simbólica”.

O estudo realizado pelo Ministério da Justiça sobre a violência fatal no Brasil confirma esse caráter simbólico dado à incriminação do Feminicídio.

Vejamos:

Por um conjunto de características que compõem o senso comum e os discursos de justificação do direito criminal, cristalizou-se um modelo de pensamento que relaciona diretamente o grau de reprovabilidade de determinadas condutas e a estima social em relação ao objeto de proteção à gravidade da sanção penal. Se do ponto de vista da dissuasão pairam muitas dúvidas sobre a eficácia da criminalização de determinado comportamento, a criminalização, nesse contexto, vem exercendo um papel simbólico relevante na comunicação de que determinada conduta é reprovável⁸².

O Direito penal trata de situações peculiares e que geralmente causam alta repercussão midiática e social, afetando o posicionamento de juristas e até mesmo leigos nos assuntos polêmicos. O cuidado necessário nessa questão está em utilizar o simbolismo do Direito penal e acabar negligenciando o real problema envolvido no bem jurídico da incriminação e a eficácia do real sentido preventivo ou repressivo da pena.

É o que Paulo de Souza Queiroz ensina:

A superprodução de leis penais a que assistimos presentemente convida a uma reflexão sobre o papel do juiz criminal da vigência de um Direito penal assim declaradamente simbólico. Digo simbólico, porque a mim me parece claro que o legislado, ao submeter determinados comportamentos à normatização penal, não pretende, propriamente, preveni-los ou mesmo reprimi-los, mas tão-só infundir e difundir, na comunidade, uma só impressão – e uma falsa impressão – de segurança jurídica. Quer-se, enfim, por meio de uma repressão puramente retórica, produzir, na opinião pública, uma só impressão tranquilizadora de um legislador atento e decidido⁸³.

⁸¹ BUSATO, P. C. **Fundamentos de direito penal brasileiro**. 3. ed. Curitiba, 2012, p. 87.

⁸² MACHADO, M. R. de A. (Coord). **A violência doméstica fatal...** Op. cit.

⁸³ QUEIROZ, P. de S. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2002, p. 146.

Esse problema afeta diversas áreas de atuação do Direito penal, porém quando se trata de violência contra a mulher encontramos uma peculiaridade, no sentido de que tal comportamento simbólico de aumento de pena, além de não solucionar o problema de violência, não exerce a função ressocializadora do infrator.

Em estudo sobre violência de gênero e tipificação do feminicídio, Luciana Maibashi Gebrim e Paulo César Corrêa Borges explicam:

Por outro lado, as opiniões contrárias à criminalização do femicídio/feminicídio apoiam-se na inefetividade do Direito penal para alcançar os fins pretendidos pelos movimentos feministas. Apontam que nem o problema da violência contra as mulheres, nem a impunidade ou as dificuldades no acesso à justiça se solucionam com a criação de novas figuras penais ou com o aumento das penas. Utilizando argumentos da Criminologia Crítica, como o efeito “simbólico” do Direito Penal, arguem que esse ramo do direito é incapaz de inibir abstratamente comportamentos violadores dos direitos das mulheres (prevenção geral negativa), não sendo também hábil para exercer a função ressocializadora do infrator. Pelo contrário, apenas reforçaria o animus do agressor de se vingar da mulher após sair da prisão⁸⁴.

Ora, se o legislador tivesse atentado para as questões históricas de patriarcado da sociedade brasileira, bem como para a ineficácia das medidas protetivas instauradas pela Lei Maria da Penha, talvez percebesse de que forma a função simbólica do Direito penal, nos casos de violência contra a mulher, prejudica toda a problemática.

A questão principal está na necessidade de utilizar as sanções do Direito penal como solução para problemas que possuem raízes muito mais profundas.

É o que Maria Lucia Karam sustenta:

O desejo punitivo acaba por cegar seus adeptos e adeptas. Ativistas e movimentos feministas que aplaudem e reivindicam o rigor penal contra os que apontam como responsáveis por violências contra mulheres, acabam por paradoxalmente reafirmar a ideologia patriarcal. [...]

Ativistas e movimentos feministas, como outros ativistas e movimentos de direitos humanos, argumentam que as leis penais criminalizadoras têm uma natureza simbólica e uma função comunicadora de que determinadas condutas não são socialmente aceitáveis ou são publicamente condenáveis. Não parecem perceber ou talvez não se importem com o fato de que leis ou quaisquer outras manifestações simbólicas – como explicita o próprio adjetivo ‘simbólico’ – não

⁸⁴ GEBRIM, L. M.; BORGES, P. C. C. Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503037/001011302.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

têm efeitos reais. Leis simbólicas não tocam nas origens, nas estruturas e nos mecanismos produtores de qualquer problema social⁸⁵.

Assim, considerando a manifestação feminista ocorrida efetivamente no Brasil nos últimos anos, resta evidente que a Lei do Feminicídio é um exemplo notório do Direito penal em sua função simbólica, uma vez que priorizou a incriminação do agente tratar da problemática da violência de doméstica, atendendo a voz da sociedade, em detrimento do real estudo dos aspectos sociológicos e criminológicos da violência contra a mulher no Brasil.

4.17 A IGUALDADE NO SEU ASPECTO MATERIAL EM FACE DO SER HUMANO

A ideia de igualdade no Direito brasileiro decorre do princípio da isonomia atrelado ao art. 5º, inciso I da Constituição Federal⁸⁶:

Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes: I – homens e mulheres são iguais em direitos e obrigações, nos termos desta Constituição.

Como já visto anteriormente, o objetivo deste dispositivo é garantir tratamento igualitário aos cidadãos. É o que explica Airton Florentino de Barros:

O tratamento destinado pela lei aos cidadãos deve ser igualitário, não podendo haver qualquer tipo de discriminação. E mais. O estado das coisas não pode permanecer o mesmo. Deve modificar-se para, pelo menos, desfazer ou diminuir o estoque de diferenças criadas por comportamentos baseados na cultura anterior⁸⁷.

Ocorre que, quando da análise da aplicabilidade da igualdade em seu aspecto material, o referido tratamento não consegue ser igualitário aos cidadãos, na medida em que são desiguais e possuem individualidades.

⁸⁵ KARAM, M. L. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. **Justificando**, mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015mar.13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

⁸⁶ BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

⁸⁷ BARROS, A. F. de. Igualdade. In: LIVIANU, R. (Coord). **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 13-26. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-02.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.

O doutrinador Manoel Gonçalves Ferreira Filho separa a questão da igualdade em três aspectos, sendo eles: a igualdade do direito, a uniformidade de tratamento e a proibição da discriminação. O primeiro se baseia na premissa de que a lei deve ser a mesma para todos homens, ou seja, um só corpo de normas há de existir e ser aplicado a todos. O segundo reclama o igual tratamento dos iguais e dos casos iguais, ou seja, garante o acesso aos mesmos direitos e ao direito de não ser desvantajado. O terceiro consiste na vedação de diferença de tratamento que resulte em situação jurídica pior, em razão de características pessoais⁸⁸.

Assim, evidente que em casos concretos e, principalmente na atuação do Direito penal, o princípio da isonomia é aplicado no sentido de tratar os iguais de maneira igual e os desiguais na medida de suas desigualdades.

Sobre o princípio da igualdade no processo penal, Luís Paulo Sirvinskias ensina:

O princípio da igualdade, no processo penal, está consubstanciado na paridade de tratamento igualitário e decorre do princípio do devido processo legal. Essa igualdade tem por fundamento o art. VII da Declaração Universal dos Direitos do Homem e o art. 5º, caput, da CF. Trata-se de um princípio do direito fundamental da pessoa humana. A noção de igualdade não se restringe a mera igualdade formal, mas também substancial. A expressão todos são iguais perante a lei não é, por si só, suficiente para a garantia da paridade processual. O princípio da igualdade exteriorizado por essa expressão tem dupla destinação. Em primeiro lugar, o princípio se dirige ao aplicador do direito e, em segundo, ao legislador. A lei, por seu turno, deve respeitar as desigualdades inerentes ao ser humano e também das minorias. As minorias têm o direito à desigualdade⁸⁹.

Ocorre que, com a sanção da Lei do Feminicídio, críticas negativas acerca da sua aplicação foram construídas no sentido de que feriria o princípio da igualdade, no seu aspecto material, em face do ser humano.

Críticas neste sentido também foram feitas quando da análise da aplicabilidade da Lei Maria da Penha:

É no mínimo duvidosa a associação do enrijecimento das medidas penais à redução da violência, em especial, a doméstica contra a mulher, pois, para grande parte das infrações penais, essas medidas só reforçam os estigmas oferecidos pelo sistema penal, tanto para o agressor quanto para a vítima. E, como regra,

⁸⁸ FERREIRA FILHO, M. G. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão do início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015, p. 216-217.

⁸⁹ SIRVINSKAS, L. P. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 140-141.

as leis que ampliam o sistema punitivo só apresentam capacidade de ampliar as desigualdades, as hierarquias e as assimetrias sociais⁹⁰.

É sabido que homens e mulheres possuem diferenças biológicas e sociais que exigem atuações diferenciadas por parte do Estado em algumas situações. É o caso da Consolidação das Leis do Trabalho, por exemplo, que dentre outros dispositivos possui um capítulo específico para tratar da proteção do trabalho da mulher⁹¹. Tais atuações também se aplicam quando atentamos para crianças ou idosos, por exemplo. São todos cidadãos, mas em condições diferentes e que necessitam de tratamentos desiguais, nessas medidas.

A respeito das discussões acerca da aplicação do princípio da igualdade, Diogo Coutinho explica:

O debate sobre a igualdade é, além disso, indissociável de sua contraface, a desigualdade. Se, por um lado, é um fato da vida que os seres humanos são diferentes – e que nossas diferenças se revelam de formas variadas, conforme a aparência física, as preferências, a combinação genética, entre inúmeros outros elementos que fazem com que cada ser humano seja único –, por outro lado, a busca de algum critério aceitável de “equalização” entre pessoas, respeitadas suas diferenças, tem sido persistentemente defendida e debatida⁹².

A Lei do Feminicídio aplica o princípio da isonomia quando protege de maneira especial a vida da mulher, uma vez que vizualiza uma situação de desigualdade, que é a circunstância derivada da violência contra a mulher, e atua para tentar saná-la.

É o que discorrem Oliveira e Santos sobre a constitucionalidade da Lei do Feminicídio:

No que concerne à análise do princípio da igualdade, bem como do conteúdo jurídico do direito fundamental à igualdade de gênero, vale ressaltar que, de forma objetiva, o legislador busca principalmente reforçar a igualdade entre os gêneros. Historicamente, é sabido que homens e mulheres não tiveram condições oportunas para pleno desenvolvimento igualitário, visto que, por muito tempo, os homens ocuparam lugares de dominação na sociedade⁹³.

⁹⁰ MONTENEGRO, M. **Lei Maria da Penha...** Op. cit., p. 193.

⁹¹ BRASIL. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 ago. 1943, p. 11937. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

⁹² COUTINHO, D. R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 15.

⁹³ OLIVEIRA, F. R. de G.; SANTOS, M. T. L. dos. A constitucionalidade do Projeto de Lei n. 292/2013: “Feminicídio”, versus a igualdade de gênero proposta pelo art. 5º, I da Constituição Federal. In: REDOR, 18., Recife. **Anais...** Recife: UFRPE, 2014. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/liti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/2216/895>>. Acesso em: 18 maio 2016.

Assim, pode-se dizer que, mesmo com as divergências de interpretação da aplicabilidade da Lei do Feminicídio, no sentido de ganhos e perdas, não há que se falar em inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, uma vez que tal tratamento considerado por alguns desigual, é, na verdade, uma tentativa de justamente estabelecer a isonomia.

5 RESULTADOS E DISCUSSÕES

Finalizando as leituras de referência e os apontamentos feitos neste projeto, definiu-se uma linha de raciocínio que se desenrolou ao longo dos tópicos.

No primeiro tópico do presente trabalho, percebeu-se a importância dada à problemática da violência em todos os aspectos, bem como a ramificação da problemática quando voltada à violência doméstica e familiar, como uma necessidade de estudo de gênero e, ainda, observando as distinções entre violência física e moral, entendendo que ambas são impactantes para resultarem em danos profundos à vítima.

Ainda, foi visto que a problemática da violência contra a mulher encontra-se em um cenário que decorre de aspectos sociológicos e criminológicos. Ao discorrer sobre os referidos aspectos sociológicos, percebeu-se como a violência de gênero pode ser estruturada em articulações diversas, como a questão racial ou sob a ótica da classe social e domínio econômico. Analisando os aspectos criminológicos da violência contra a mulher, a existência de uma forte relação da conduta delituosa com uma situação de poder foi percebida, ou seja, do domínio de uma das partes em detrimento da submissão de outra. Neste ponto, foram contrapostos os argumentos de Michel Foucault e Hannah Arendt no que diz respeito à relação entre violência e poder, entendendo que estes são fatores desconexos.

O segundo tópico discorreu sobre o dever do Estado na proteção da sociedade como um todo, bem como sobre as ramificações deste dever, seja quando se depara com a função de resgate de minorias, seja em relação à proteção da mulher vítima de violência.

Assim, entendendo como o Estado Brasileiro começou a atentar para a violência contra a mulher como um efetivo problema, referenciou-se a importantes tratados internacionais, como a Carta das Nações Unidas (1945), a Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra a Mulher (CEDAW, em 1969) e a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência Contra a Mulher (Convenção de Belém do Pará, em 1994), que serviram como base para discussões acerca da problemática e refletiram em importantes alterações legislativas.

A Constituição Federal de 1988 é reconhecida por ser um marco na proteção às mulheres ao incorporar em seu art. 5º, I, a igualdade de direitos e deveres entre homens e

mulheres, bem como por garantir a igualdade de gênero e a proteção dos direitos humanos das mulheres em demais dispositivos.

Da mesma maneira, nota-se no Código Penal uma preocupação com a mulher no art. 37, que dispõe sobre cumprimento de pena em estabelecimento próprio para mulheres, bem como no art. 61, II, 'f' e 'h', que discorrem sobre as circunstâncias agravantes da pena, elencando situações que envolvem mulheres, e ainda no art. 129, §§ 9º e 10, que dispõem sobre lesões corporais domésticas.

Percebendo a necessidade de criar leis específicas que reforcem a proteção da mulher na situação de vítima, foi sancionada, em 2006, a conhecida Lei Maria da Penha que, apesar de ter causado significativo impacto jurídico e social, traz em seus estudos posteriores a percepção de que é mais preventiva do que repressiva, abrindo espaço para a criação de uma lei específica para casos de violência doméstica fatal: a Lei do Feminicídio.

A Lei n. 13.104 foi sancionada em 2015 e prevê o feminicídio, ou seja, o homicídio *“contra a mulher por razões da condição de sexo feminino”* como circunstância qualificadora para o crime de homicídio previsto no art. 121 do Código Penal, bem como incluindo o referido crime no rol dos crimes hediondos. Sobre a referida lei, inicialmente percebeu-se que a denominação correta, neste caso, seria *“femicídio”*, uma vez que é uma variante do genocídio determinada por gênero e, ainda, foi notado que existem críticas no que diz respeito ao sentido linguístico do texto da lei. No que diz respeito às razões da criação da Lei do Feminicídio, estudos apontam que o aumento significativo de homicídios de mulheres considerados como crimes passionais seria uma delas. Ainda, foram apontadas como razões a discussão e a incorporação do fenômeno em outros países, inclusive da América Latina; a necessidade da criação de instituições e de políticas públicas; e a pretensão de cumprir um papel simbólico relevante.

O terceiro e último tópico do presente trabalho tratou das discussões acerca da mudança de panorama jurídico provocada pela sanção da Lei do Feminicídio, elencando aspectos positivos e negativos derivados desta incriminação.

Ao discorrer sobre a expectativa de mudança na concepção cultural da sociedade, percebeu-se que, em princípio, o anseio por mudanças de concepção cultural utilizando da Lei do Feminicídio parece precipitado. Porém, se analisarmos a questão do desenvolvimento cultural e social atrelado ao controle social, talvez seja pertinente esperar que a referida Lei, por ser tão impactante, possa futuramente ser responsável por alterações positivas neste sentido.

No que toca à segurança jurídica que a lei trará às mulheres vítimas deste tipo de violência, tal expectativa pode ser entendida como um aspecto considerado positivo da incriminação caso seja analisada com cautela e pontuando os alcances dessa segurança para cada grupo social que possa vir a ser atingido.

Ainda, restou claro que a Lei do Feminicídio é um exemplo notório do Direito penal em sua função simbólica, uma vez que priorizou a incriminação do agente tratar da problemática da violência doméstica, atendendo a voz da sociedade, em detrimento do real estudo dos aspectos sociológicos e criminológicos da violência contra a mulher no Brasil.

Por fim, analisando a constitucionalidade da referida Lei no que toca à igualdade material em face do ser humano, notou-se que não há que se falar em inconstitucionalidade do referido dispositivo legal, uma vez que tal tratamento considerado por alguns desigual, é, na verdade, uma tentativa de justamente estabelecer a isonomia.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ante o exposto:

a) Pode-se dizer que a tentativa de atuação do Estado para com as situações de violência contra a mulher utilizando do Direito penal é um avanço, no sentido de que demonstra preocupação. Ocorre que, facilmente, percebe-se falta de conhecimento sobre os problemas sociológicos e criminológicos intrínsecos à problemática e que são a raiz de tudo;

b) O Direito penal é (ou deveria ser) a *ultima ratio* na intervenção do Estado em um problema. No caso da violência contra a mulher, utiliza-se o Direito penal para solucionar problemas que o próprio Direito penal não solucionou. É como cortar a ponta de um *iceberg* sem se preocupar com a enorme parte submersa e achar que o problema está solucionado;

c) Leis penais devem ser fundamentadas em estudos sociológicos da problemática envolvida. No caso da violência contra a mulher, a cultura brasileira de submissão da figura da mulher infelizmente ainda é enraizada em diversos setores e, enquanto o pensamento brasileiro acerca do tema não mudar e evoluir, a problemática não acabará e o Direito penal nunca será suficiente.

d) Percebendo a importância da problemática e estudando suas origens em contextos sociológicos e criminológicos, pode-se visualizar quais meios de atuação do Estado são mais eficazes para, assim, conseguirmos opinar e criticar as leis propostas;

e) A Lei do Feminicídio, sancionada em 2015, é muito recente e nos impossibilita visualizar quais serão as mudanças efetivamente provocadas por ela. Por enquanto, cabe à sociedade e ao Estado evidenciarem o problema, estudarem suas raízes e não medirem esforços na tentativa de solucioná-lo.

REFERÊNCIAS

- AGUIAR, N. Patriarcado, sociedade e patrimonialismo. **Sociedade e Estado**, Brasília, v. 15, n. 2, p. 303-330, jun./dez. 2000. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922000000200006>. Acesso em: 9 abr. 2016.
- ANDRADE, V. R. P. de. **Pelas mãos da criminologia**: o controle penal para além da (des)ilusão. Rio de Janeiro: Renavam; 2012.
- ANJOS, F. V. dos. Direito penal simbólico e finalidade da pena. **Boletim do IBCCrim**, São Paulo, v. 14, n. 171, p. 2-3, fev. 2007. Disponível em: <http://www.ibccrim.org.br/novo/boletim_artigo/3369-Direito-penal-simbolico-e-sinalidade-da-pena>. Acesso em: 17 maio 2016.
- ARENDT, H. **Sobre a violência**. Tradução: André Duarte. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1994.
- AZAMBUJA, M. P. R. de; NOGUEIRA, C. Introdução à violência contra as mulheres como um problema de direitos humanos e de saúde pública. **Saúde e Sociedade**, São Paulo, v. 17, n. 3, p. 101-112, jul./set. 2008. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-12902008000300011&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 20 mar. 2016.
- BACH, M. **Leis penais em branco e princípio da legalidade penal**: análise à luz da sociedade contemporânea. 2012. 190 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2012. Disponível em: <<http://acervodigital.ufpr.br/bitstream/handle/1884/27509/R%20-%20D%20-%20BACH,%20MARION.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 18 maio 2016.
- BANDEIRA, L. M. Violência de gênero: a construção de um campo teórico e de investigação. **Sociedade e Estado** [online], Brasília, v. 29, n. 2, p. 449-469, maio/ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-69922014000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2016.
- BANDEIRA, L. M.; ALMEIDA, T. M. C. de. Vinte anos da Convenção de Belém do Pará e a Lei Maria da Penha. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 501-517, maio/ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200501&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 4 fev. 2016.
- BARROS, A. F. de. Igualdade. In: LIVIANU, R. (Coord.). **Justiça, cidadania e democracia**. Rio de Janeiro: Centro Edelstein de Pesquisa Social, 2009. p. 13-26. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/ff2x7/pdf/livianu-9788579820137-02.pdf>>. Acesso em: 18 jun. 2016.
- BEAUVOIR, S. de. **O segundo sexo**. Tradução: Sérgio Milliet. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1980.
- BOSCHI, J. A. P. **Das penas e seus critérios de aplicação**. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.
- BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 5 out. 1988, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.
- BRASIL. Decreto n. 1.937, de 1º de agosto de 1996. Promulga a Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher, concluída em Belém do Pará, em 9 de junho de 1994. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 2 ago. 1996, p. 14471. Disponível em: <<http://legis.senado.gov.br/legislacao/ListaTextoIntegral.action?id=122009>>. Acesso em: 12 jan. 2015.

BRASIL. Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 31 dez. 1940, p. 2391. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 26 mar. 2016.

_____. Decreto-Lei n. 5.452, de 1º de maio de 1943. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 ago. 1943, p. 11937. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 18 maio 2016.

BRASIL. Lei n. 11.340, de 7 de agosto de 2006. Cria mecanismos para coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher, nos termos do § 8º do art. 226 da Constituição Federal, da Convenção sobre a Eliminação de Todas as Formas de Discriminação contra as Mulheres e da Convenção Interamericana para Prevenir, Punir e Erradicar a Violência contra a Mulher; dispõe sobre a criação dos Juizados de Violência Doméstica e Familiar contra a Mulher; altera o Código de Processo Penal, o Código Penal e a Lei de Execução Penal; e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 8 ago. 2006, p. 1. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/lei/l11340.htm>. Acesso em: 10 jan. 2015.

BRASIL. Ministério da Justiça e Cidadania. **Nota do conselho nacional dos direitos da mulher e da secretaria de políticas para as mulheres da presidência da república pelos 25 anos da constituição de 1988**, Brasília, DF, 3 out. 2013. Disponível em: <www.spm.gov.br/area-imprensa/ultimas_noticias/2013/10/03-10-nota-do-conselho-nacional-dos-direitos-da-mulher-e-da-secretaria-de-politicas-para-as-mulheres-da-presidencia-da-republica-pelos-25-anos-da-constituicao-de-1988>. Acesso em: 26 mar. 2016.

BUSATO, P. C. **Direito penal**: parte especial. 2 ed. São Paulo: Atlas, 2016.

_____. **Fundamentos de direito penal brasileiro**. 3. ed. Curitiba, 2012.

HAJE, L. Lei do Feminicídio completa um ano. **Câmara dos Deputados**, Brasília, DF, mar. 2016. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/DIREITOS-HUMANOS/504830-LEI-DO-FEMINICIDIO-COMPLETA-UM-ANO.html>>. Acesso em: 11 abr. 2016.

CAMPOS, C. H. de. A CPMI da Violência contra a Mulher e a implementação da Lei Maria da Penha. **Estudos Feministas**, Florianópolis, v. 23, n. 2, p. 519-531, ago. 2015. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-026X2015000200519&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 3 fev. 2016.

CARLOTO, C. M. O conceito de gênero e sua importância para a análise das relações sociais. **Serviço Social em Revista**, Londrina, v. 3, n. 2, p. 201-214, jan./jun. 2001. Disponível em: <http://www.uel.br/revistas/ssrevista/c_v3n2_genero.htm>. Acesso em: 29 fev. 2016.

CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org>>. Acesso em: 20 mar. 2016.

CARVALHO NETO, I. de. **Aplicação da pena**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

CONVENTION ON THE ELIMINATION OF ALL FORMS OF DISCRIMINATION AGAINST WOMEN (CEDAW). Disponível em: <<http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw>>. Acesso em: 24 mar. 2016.

CORRÊA, L. R. A necessidade da intervenção estatal nos casos de violência doméstica e familiar contra a mulher. In: LIMA, F. R.; SANTOS, C. (Coord.). **Violência doméstica: vulnerabilidades e desafios na intervenção criminal e multidisciplinar**. 2. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010. p. 51-62.

CORREIA, A. P. de S. O estudo da violência de gênero e sua intersecção com raça e classe social. In: SEMINÁRIO INTERNACIONAL FAZENDO GÊNERO: DESAFIOS ATUAIS DO FEMINISMO, 10., 2013, Florianópolis. **Anais...** Florianópolis: UFSC, 2013. Disponível em: <http://www.fazendogenero.ufsc.br/10/resources/anais/20/1384796140_ARQUIVO_AnaPauladeSantanaCorreia.pdf>. Acesso em: 27 fev. 2016.

COUTINHO, D. R. **Direito, desigualdade e desenvolvimento**. São Paulo: Saraiva, 2013.

DAHLBERG, L. L.; KRUG, E. G. Violência: um problema global de saúde pública. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 11, supl. 0, p. 1163-1178, jan. 2006. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232006000500007&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2016.

DALLARI, D. de A. **Elementos da teoria geral do Estado**. 31. ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

DIAS, M. B. **A Lei Maria da Penha na justiça**: a efetividade da Lei 11.340/2006 de combate à violência doméstica e familiar contra a mulher. 3. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

DOTTI, R. A. **Curso de direito penal: parte geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

FERREIRA, A. B. de H. **Miniaurélio**: o minidicionário da língua portuguesa. 6. ed. Rev. e atual. Curitiba: Posigraf, 2004.

FERREIRA FILHO, M. G. **Princípios fundamentais do direito constitucional**: o estado da questão do início do século XXI, em face do direito comparado e, particularmente, do direito positivo brasileiro. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2015.

FERREIRINHA, I. M. N.; RAITZ, T. R. As relações de poder em Michel Foucault: reflexões teóricas. **Revista de Administração Pública**, Rio de Janeiro, v. 44, n. 2, p. 367-383, mar./abr. 2010. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122010000200008&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 17 jun. 2016.

GALETTI, C. C. Feminismo em movimento: a marcha das vadias e o movimento feminista contemporâneo. In: REDOR, 18., Recife. **Anais...** Recife: UFRPE, 2014. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/533/771>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

GEBRIM, L. M. BORGES, P. C. C. Violência de gênero: tipificar ou não o femicídio/feminicídio? **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 51, n. 202, p. 59-75, abr./jun. 2014. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/503037/001011302.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 9 mar. 2016.

GOMES, N. I. P. et al. Compreendendo a violência doméstica a partir das categorias gênero e geração. **Acta Paulista de Enfermagem**, São Paulo, v. 20, n. 4, p. 504-508, out./dez. 2007. Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.1590/S0103-21002007000400020>>. Acesso em: 12 jan. 2016.

GUEDES, R. N.; FONSECA, R. M. G. S. da. A autonomia como necessidade estruturante para o enfrentamento da violência de gênero. **Revista da Escola de Enfermagem da USP**, São Paulo, v. 45, n. spe2, p. 1731-1735, dez. 2011. Disponível em <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0080-62342011000800016&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 14 jan. 2016

HASSEMER, W. **Introdução aos fundamentos do direito penal**. Tradução: Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: S. A. Fabris, 2005.

KARAM, M. L. Aplicabilidade da “Lei Maria da Penha”: a configuração da “violência de gênero”. **Direito em movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 43-46, 2. sem. 2015.

_____. Os paradoxais desejos punitivos de ativistas e movimentos feministas. **Justificando**, mar. 2015. Disponível em: <<http://justificando.com/2015mar.13/os-paradoxais-desejos-punitivos-de-ativistas-e-movimentos-feministas>>. Acesso em: 7 abr. 2016.

KELSEN, H. (1881-1973). **Teoria pura do direito**. Tradução: João Baptista Machado. 6. ed. São Paulo: M. Fontes, 1998.

LIMA, P. M. F. **Violência contra a mulher: o homicídio privilegiado e a violência doméstica**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2013.

MACHADO, M. R. de A. (Coord). **A violência doméstica fatal: o problema do Feminicídio íntimo no Brasil**. Brasília: Ministério da Justiça; Secretaria da Reforma do Judiciário, 2015. Disponível em: <http://www.pnud.org.br/arquivos/publicacao_feminicidio.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2016.

MELLO, A. R. de. Feminicídio: breves comentários à Lei 13.104/15. **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 47-100, 2º sem. 2015.

MENEGHEL, S. N. et al. Repercussões da Lei Maria da Penha no enfrentamento da violência de gênero. **Ciência & Saúde Coletiva**, Rio de Janeiro, v. 18, n. 3, p. 691-700, mar. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1413-81232013000300015&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 1 fev. 2016.

MIRABETE, J. F. **Código penal interpretado**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005

MONTENEGRO, M. **Lei Maria da Penha: uma análise criminológico-crítica**. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

OLIVEIRA, F. R. de G.; SANTOS, M. T. L. dos. A constitucionalidade do Projeto de Lei n. 292/2013: “Feminicídio”, versus a igualdade de gênero proposta pelo art. 5º, I da Constituição Federal. In: REDOR, 18., Recife. **Anais...** Recife: UFRPE, 2014. Disponível em: <<http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/18redor/18redor/paper/viewFile/2216/895>>. Acesso em: 18 maio 2016.

ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE (OMS); ORGANIZAÇÃO PANAMERICANA DE SAÚDE (OPAS); LA UNIDAD DE SALUD DE LA MUJER DE LA OMS (WHD). **Violencia contra la mujer: un tema de salud prioritario**. Ginebra: OMS; OPS, 1998. (Sexta Sesión Plenaria, 25 de mayo de 1996. Junio 1998 - A 49-vr-6).

PORTO, P. R. da F. **Violência doméstica e familiar contra a mulher: Lei 11.340/06: análise crítica e sistêmica**. 3. ed. Rev. e atual. de acordo com a ADI 4424. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2014.

- QUEIROZ, P. **Direito penal**: parte geral. 3. ed. Rev. e aum. São Paulo: Saraiva, 2006.
- _____. **Funções do direito penal**. 2. ed. Rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.
- QUEIROZ, P. de S. **Do caráter subsidiário do direito penal**: lineamentos para um direito penal mínimo. 2. ed. Rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.
- REALE JÚNIOR, M. **Instituições de direito penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2012
- RIANI, F. A. d'A. Constituições programáticas, funções estatais, políticas públicas e a (in) competência do Judiciário. **Sequência**, Florianópolis, v. 34, n. 66, p. 137-160, jul. 2013. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2177-70552013000100006&lng=en&nrm=isso>. Acesso em: 20 mar. 2016.
- SANTOS, B. M. de M. Quem precisa da Lei Maria da Penha? **Direito em Movimento**, Rio de Janeiro, v. 23, p. 26-42, 2. sem. 2015.
- SILVA, L. L. da; COELHO, E. B. S.; CAPONI, S. N. C. de. Violência silenciosa: violência psicológica como condição da violência física doméstica. **Interface**, Botucatu, v. 11, n. 21, p. 93-103, jan./abr. 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1414-32832007000100009&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- SILVEIRA, R. da S.; NARDI, H. C.; SPINDLER, G. Articulações entre gênero e raça/cor em situações de violência de gênero. **Psicologia & Sociedade**, Belo Horizonte, v. 26, n. 2, p. 323-334, ago. 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-71822014000200009&lng=en&nrm=isso>. Acesso em: 12 jan. 2016.
- SIRVINSKAS, L. P. **Introdução ao estudo do direito penal**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- ZAFFARONI, E. R.; PIERANGELI, J. H. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. São Paulo: Revista dos Tribunais: 1997.

RESENHA DOS CLÁSSICOS

REINHART MAURACH: EL PENALISTA VENIDO DEL FRÍO

Francisco Muñoz Conde¹

A propósito de la obra NERLICH, V. **A Báltico ad Euxinum**: Reinhart Maurach und die Frühzeit der deutschen Ostrechtsforschung = Reinhart Maurach y la primera época de la investigación en Alemania sobre el Derecho del Este (europeo), Abhandlungen zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung, Münchner Universitätsschriften, Juristische Fakultät. Berlin: E. Schmidt 2015. 552 p.

1. Con este extraño título entrecomillado que literalmente traducido significa "Desde el Báltico al Euxinum", es decir al Mar Negro, el autor de esta monografía describe en la Primera parte de la misma (p. 25 a 175) la Historia de la investigación llevada a cabo en diversas instituciones alemanas desde principios del siglo XX, y sobre todo tras la Primera Guerra Mundial, en el Instituto del Este de Europa de Breslau sobre el Derecho de los países del Este europeo; y luego, en una Segunda y más extensa parte (p. 177 a 425), como ya se advierte en el subtítulo, expone la vida y obra de Reinhart Maurach (1902/1976), que antes de ser Profesor de Derecho penal en la Universidad de Munich desde 1948 hasta su jubilación en 1970 y Director del Instituto de Derecho del Este europeo en Munich desde 1957, había sido un destacado especialista en el Derecho de los países del Este de Europa, sobre todo del ruso, durante sus años de Director de esta Sección en el Instituto del Este de Europa en Breslau entre 1925 a 1937. y luego como profesor de esta materia y de Derecho penal en la Universidad de Königsberg desde 1940 a 1945.

Desgraciadamente, Nerlich apenas se refiere a la faceta de Maurach como Profesor de Derecho penal, lo que sin duda constituye una laguna evidente de este por lo demás excelente trabajo de investigación, en cuyo Apéndice (p. 437 a 537), además de las referencias a la bibliografía utilizada, se recogen expuestas en cuadros sinópticos, cronológicamente y por materias, las diversas Revistas sobre Derecho del Este europeo entre 1925 y 1945, las actividades académicas sobre esta materia llevadas a cabo en el Instituto de Europa del Este en Breslau entre 1918 a 1945, las actividades docentes de Maurach en ese Instituto y luego en la Universidad de Königsberg entre 1925 y 1944, y el

¹ Doutor multi *honoris causa*. Ex-catedrático da Universidade Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha.
E-mail: fmuncon@upo.es

extensísimo catálogo de las publicaciones de Maurach hasta 1976, que un noventa por ciento tratan del Derecho de los países del Este europeo, y especialmente del Derecho penal de la Rusia soviética, y sólo en un diez por ciento de cuestiones relacionadas con la Dogmática jurídicopenal.

No obstante, en la obra de Nerlich se encuentran datos y referencias que, aunque sean marginales desde el punto de vista jurídicopenal, permiten también sacar algunas conclusiones sobre la obra de Reinhart Maurach como penalista, lo que, por las razones que seguidamente trataré de explicar, es lo que más me interesa destacar ahora en este comentario a la obra de Nerlich.

2. En los primeros años del presente siglo, cuando llevaba a cabo mi investigación sobre Edmund Mezger (véase MUÑOZ CONDE, Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo, 4ª edición, Valencia 2004) en el Bundesarchiv de Berlín, encontré allí diversos documentos que mostraban claramente, por más que le pesara a algunos, los estrechos vínculos de Mezger con el regimen nacionalsocialista; pero también aproveché estas visitas para investigar las actividades que durante aquel tiempo llevó a cabo el otro Profesor de Derecho penal de la Universidad de Munich, Reinhart Maurach, a quien, como luego diré, llegué a conocer personalmente, y del que, como otros penalistas españoles, estudié su Tratado que constituyó entonces una de las principales fuentes de mi formación como penalista.

En el curso de mi investigación sobre Mezger también encontré documentos y datos relevantes sobre el pasado de Maurach, algunos de los cuales son recogidos ahora en la obra de Nerlich. Desgraciadamente, buena parte de la documentación que recogí entonces la perdí en un viaje que en el 2004 hice por China, a donde me llevé dicha documentación para poder estudiarla con tranquilidad en el tiempo libre que tuve en dicho viaje. La frustración que ello me produjo y el tiempo que tuve que dedicar a responder a los airados, injuriosos y estúpidos ataques que me dedicó algún colega español cuando comencé a publicar mis primeros descubrimientos sobre el pasado nazi de Mezger, hicieron que en aquel entonces dejara a un lado la investigación sobre Maurach, de la que solo conservé y aún conservo algunos datos y documentos aislados, de los que ya he dado cuenta en otra ocasión.

Mi interés por la obra de Maurach como penalista, independientemente de sus vinculaciones con el regimen nacionalsocialista, es fácil de entender. Para un penalista español de mi generación, nacido tras la Guerra civil española o tras la Segunda Guerra Mundial, la Ciencia penal alemana, sobre todo en lo que se refiere a la elaboración sistemática llevada a cabo por la llamada Dogmática jurídicopenal, seguía gozando, a pesar de la derrota y de la division de Alemania en dos naciones ideológica y políticamente enfrentadas, de gran prestigio y se utilizaba como referente obligado en las obras generales, Manuales y Tratados de Derecho penal, de aquella época, y, por tanto, en la enseñanza de esta materia en las Facultades de Derecho.

A ello contribuyó en gran medida la excelente traducción del Tratado de Derecho penal de Edmund Mezger que en 1935 había realizado el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Valencia José Arturo Rodríguez Muñoz, quien añadió además valiosas notas que pueden considerarse como el inicio de la orientación dogmática en el estudio del Derecho penal español. El vacío cultural y el desierto bibliográfico tras la Guerra civil, pudo ser rellenado con continuas referencias al Tratado de Mezger, que sirvió de modelo a las exposiciones generales del Derecho penal tanto en España (del Rosal, Antón Oneca), como en la mayoría de los países latinoamericanos de lengua española, en los que se habían refugiado algunos penalistas españoles exiliados tras la Guerra civil, como Luis Jiménez de Asúa, quien ya desde la Lección que impartió en la Inauguración del curso 1931/32 en la Universidad de Madrid se había decantado decididamente, tras algunos devaneos con el positivismo criminológico italiano, por el sistema dogmático de la Teoría del Delito expuesto en el Tratado de Mezger.

Sólo a mediados de los años 50 del pasado siglo empezó a conocerse en España un sistema dogmático, en parte distinto al de Mezger, patrocinado por otro penalista alemán, Hans Welzel, quien a partir también del sistema de la Teoría del Delito establecido a principios del siglo por Ernst Beling en su *“Die Lehre vom Verbrechen”* (1907) como una acción típica, antijurídica y culpable, preconizó un concepto ontológico final de acción que determinaba que lo que para Beling o Mezger eran formas de la culpabilidad, el dolo y la culpa o imprudencia, fueran consideradas como elementos de la tipicidad (subjettiva o tipo subjettivo). De esta reestructuración sistemática derivaba además Welzel consecuencias en materia de error, autoría, etc, trastocando, aunque no cuestionando, el sistema propuesto ya anteriormente por Beling, M.E. Mayer y Mezger.

El sistema finalista fue dado a conocer y criticado por primera vez en España por José Arturo Rodríguez Muñoz, traductor y anotador del Tratado de Mezger, en la Lección inaugural del curso 1954/55 que impartió en la Universidad de Valencia. Posteriormente fue introducido por el discípulo directo de Welzel José Cerezo Mir quien además tradujo *“El Nuevo Sistema del Derecho penal”* (1964), en el que Welzel exponía los principales rasgos de su sistema de la Teoría del Delito.

Con ello se inició, primero tímidamente, luego con verdadero entusiasmo la polémica entre los partidarios del sistema causalista de Mezger y el finalista de Welzel que, como ya he indicado en mi artículo *“La polemica causalismo-finalismo en el Derecho penal de la dictadura franquista”* (Revista Penal, 2015), al mismo tiempo que sirvió en España como válvula de escape para evitar comprometerse con el Derecho penal de la dictadura franquista y en muchos países latinoamericanos para evadirse igualmente de la dura realidad de injusticia social y del brutal Derecho penal de las dictaduras que imperaban en muchos de ellos, determinó una importante influencia de la Dogmática jurídica penal alemana en España y en los países de habla española, y también en Portugal y Brasil.

Sin embargo, ya a comienzos de los años 60 se introdujo entre nosotros una posición intermedia entre el causalismo de Mezger y el finalismo de Welzel, que tomaba, por así decir, lo mejor de ambos modelos: una fijación del contenido material de la antijuricidad a la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, tal como propugnaba Mezger en su Tratado; y una ubicación sistemática del dolo (y en parte de la culpa) en el ámbito de la tipicidad del delito, dejando el potencial conocimiento de la antijuricidad y por tanto la relevancia del error de prohibición en el ámbito de la culpabilidad, tal como proponía Welzel. El principal representante de esta posición conciliadora entre ambas concepciones de la Teoría del Delito fue precisamente el catedrático de Derecho penal de la Universidad de Munich, Reinhart Maurach, cuyo Tratado de Derecho penal en su segunda edición fue excelentemente traducido y adicionado con notas del Derecho penal español por Juan Córdoba Roda en 1962.

A través de esta traducción, el Tratado de Maurach se convirtió pronto en el referente obligado de los penalistas de habla española, tanto si eran partidarios del modelo causalista, como si lo eran del finalista; y ello no por casualidad, por snobismo o por simple mimetismo de la última teoría que viniera de Alemania, revestida de la autoridad que entre nosotros gozaba y goza la versión dogmática dominante en la Ciencia del Derecho penal en aquel país. El Tratado de Maurach era un gran Tratado de Derecho penal y su eclecticismo en absoluto desmerecía, o incluso en parte mejoraba el Tratado Mezger, quien después de la Guerra siguió manteniendo, aunque en tono menor, su sistemática en un Studienbuch, que no era más que un resumen del Tratado, que no volvió a reelaborar (la 3ª edición alemana de 1949 no fue más que una reimpresión de la 2ª de 1933). Pero también como tal Tratado era muy superior en información y amplitud de su contenido al de Welzel, quien nunca llegó a escribir un verdadero Tratado, sino un Manual en el que en un solo volumen de apenas 500 páginas exponía tanto la Parte General, como la Especial del Derecho penal, y cuya 11ª y última edición de 1969, en lo que se refiere a la Parte General, fue traducida al español por los penalistas chilenos Juan Bustos y Sergio Yañez, Santiago de Chile, 1970.

Maurach era además autor de una excelente Parte Especial, algo verdaderamente excepcional entre los profesores alemanes de Derecho penal de entonces y de ahora. No hay más que ver que los más grandes tratadistas del Derecho penal alemán en el último cuarto del siglo XX, Jescheck, Roxin o Jakobs, solo se ocupan de la Parte General (y en el caso de Roxin y Jakobs ni siquiera de las Consecuencias Jurídicas del Delito), dejando la Parte especial en los Comentarios del Código penal, normalmente realizados por varios autores, o en breves Manuales que solo se ocupan de ella de forma incompleta y bastante esquemática. La Parte Especial de Maurach era, en cambio, una exposición bastante amplia y exhaustiva de las distintas figuras delictivas, expuestas de forma sistemática en dos grandes grupos: Delitos contra las personas y Delitos contra la sociedad, que a su vez se dividían,

por lo que respecta a los Delitos contra las personas, entre delitos contra los valores de la personalidad y delitos contra los valores patrimoniales, y por lo que respecta a los Delitos contra la sociedad, entre delitos contra los valores sociales supraestatales y delitos contra los valores sociales estatales (véase MAURACH, *Deutsches Strafrecht, Besonderer Teil*, 5ª ed. 1969). Posteriormente la obra de Maurach, por lo que se refiere a su Parte General fue continuada por sus discípulos Heinz Zipf y Karl-Heinz Gössel (MAURACH/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 1*, 8ª ed. 1992; MAURACH/GÖSSEL/ZIPF, *Strafrecht, Allgemeiner Teil, Teilband 2*, 7ª ed. 1989. Del Teilband 1 se anuncia por la editorial Müller una nueva edición, la 9ª, a cargo de Christian JÄGER), y por lo que se refiere a su Parte Especial por su discípulo Friedrich-Christian Schroeder y por Maiwald (MAURACH/SCHROEDER/MAIWALD, *Strafrecht, Besonderer Teil, Teilband 1*, 9ª ed. 2003; Teilband 2, 8ª ed., 1999).

Sin embargo, y a pesar de la importancia y actualidad de estas dos importantes obras, la concepción dogmática de Maurach, quizás debido a su posición ecléctica y a su mayor orientación a la praxis, no es frecuentemente citada ni tenida en cuenta en las polémicas teóricas habidas entonces entre causalistas y finalistas, y posteriormente entre ontologicistas y funcionalistas. Ciertamente, no puede decirse que haya en ellas mucha originalidad o un planteamiento dogmático revolucionario, pero independientemente de las consideraciones, algunas de ellas bastante novedosas, que hace sobre la relación entre culpabilidad y peligrosidad, las formas de congruencia entre el tipo objetivo y el subjetivo, el tratamiento del error de prohibición, etc, aportó la importante novedad de introducir entre las causas de justificación y las causas de exclusion de la culpabilidad lo que él llama las causas de exclusion de la responsabilidad por el hecho (*Tatverantwortung*), una nueva categoría en la que incluye sistemáticamente casos límites como el estado de necesidad entre bienes de igual valor, la no exigibilidad en general, los excesos en la legítima defensa por miedo o ira, o la obediencia debida, en los que Maurach considera no se puede decir que exista verdadera justificación o exclusion de la antijuricidad del hecho, pero tampoco una verdadera culpabilidad del sujeto que actúa en esas circunstancias excepcionales, por lo que deben tratarse como un paso previo a la determinación de la culpabilidad, con la que constituyen una única categoría a la que llama “atribuibilidad” (*Zurechenbarkeit*) (véase, por ejemplo, capítulos 30 y 31 del segundo volumen de la version española de su Tratado en 1962 y las notas de Juan Cordoba Roda en estos capítulos. La tesis es mantenida todavía en la actualización de esta obra llevada a cabo por Zipf y Gössel, anteriormente citada, cuya 7ª ed. de 1987 fue traducida al español por Bofill Genzsch, dos volúmenes, Buenos Aires 1995; véase capítulos 32 a 34). Esta tesis no ha tenido mucho seguimiento en la Dogmática penal; sin embargo, como veremos más adelante, y aunque el mismo Maurach no lo mencione expresamente, constituyó, en parte, la base dogmática de los dictámenes que hizo en la posguerra en favor de los acusados en varios de los Procesos

de Nuremberg y concretamente en el que se llevó a cabo contra Ohlendorf en el Proceso de Nuremberg contra los Einsatzgruppen (véase infra 5).

Desgraciadamente, Nerlich no se ocupa, o *solo* de un modo muy secundario, de la faceta de Maurach como penalista, dedicando apenas tres páginas (p. 412/415), a lo que llama sus “últimos años de vida”, que, en realidad son los casi veinticinco años que pasó como Profesor de Derecho penal y de Derecho del Este europeo (y desde 1957 como director del Instituto de Derecho del Este de Europa) en la Universidad de Munich. Desde luego, es difícil comprender que un trabajo de investigación tan exhaustivo y completo como el que se dedica a Maurach en lo que se refiere a su actividad como especialista en Ostrecht (toda la Segunda Parte, p. 177 a 415), prácticamente ignore esa otra parte importante de su actividad como especialista en Derecho penal. Ello sólo puede explicarse, porque, como el mismo Nerlich se encarga de decir ya desde la Introducción a su libro, la finalidad principal de su investigación es el estudio de la fase inicial de la investigación que se llevó a cabo en Alemania, principalmente en el Instituto de Europa del Este de Breslau, antes de 1945, sobre el Derecho de los países del Este europeo, incluyendo en ellos no solo a Rusia (Unión Soviética), Países Bálticos, Polonia y Checoslovaquia, sino también a los que están ubicados en el Sureste europeo como la antigua Yugoslavia, Ucrania, Hungría, Bulgaria, Rumania y Crimea. Es difícil, y Nerlich lo reconoce ya en la Introducción a su obra, que todos estos países, de cultura, tradición jurídica y lenguas diferentes, puedan englobarse jurídicamente bajo un mismo concepto de “Ostrecht”; pero no cabe duda que con ello se pretendía incluir en un mismo grupo todos aquellos territorios, que, de un modo u otro, habían estado históricamente o aún estaban bajo la influencia política y económica de Alemania, y en los que habitaban amplios grupos de población alemana que ocupaban en ellos importantes puestos profesionales y económicos; sobre todo en los llamados “Ostgebiete”, o territorios irredentos, que los alemanes consideraban se les habían arrebatado injustamente en el Tratado de Versalles tras su derrota en la Primera Guerra Mundial. Ello explica el título entrecomillado del libro de Nerlich, “A Baltico ad Euxinum”, pues ciertamente esa línea geográfica que va desde el Mar Báltico al Mar Negro y concretamente hasta la península de Crimea, que los romanos llamaron el Ponto Euxino, era por razones históricas, políticas, sociales y económicas, de especial interés para Alemania.

Es difícil asumir, por tanto, la tesis que defiende Nerlich en varias partes de su libro, de forma ocasional, pero insistentemente, de que el interés de estas investigaciones llevadas a cabo principalmente en el Instituto de Europa del Este de Breslau, por los países del Este europeo y concretamente por su Derecho, fuera un interés puramente científico, aunque ciertamente su estudio e investigación se llevara a cabo de forma metodológicamente científica y quienes se dedicaran a ello tuvieran a título personal también un interés científico o cultural.

A mi juicio, si se observa la Historia europea en el siglo XX, se puede detectar que el interés de Alemania por el Este europeo y por su Derecho a través de tres situaciones políticas diferentes que lógicamente tuvieron que incidir en la actividad profesional de quienes, como Maurach, se dedicaban a la investigación de esta material.

En una primera etapa, tras la Primera Guerra Mundial, había lógicamente un interés por reivindicar los territorios del Este que habían sido arrebatados a Alemania en el Tratado de Versalles, para formar incluso Estados independientes como Polonia a costa de dividir la antigua Prusia en dos partes geográficamente separadas solo unidas por el pasillo de Danzig; pero también por reivindicar los derechos de la población alemana que vivía en ellos, como en los Sudetes de la antigua Checoslovaquia o en algunos territorios ocupados por la Unión Soviética. No es casualidad que la tesis doctoral que presentó Maurach en 1925 en la Universidad de Breslau fuera sobre la “situación jurídica de los extranjeros en la URSS” (“Die Rechtsstellung der Ausländer in der U.d.S.S.R”, Breslau 1925).

En una segunda etapa, a partir de 1933 y especialmente de 1939, durante el régimen nacionalsocialista, la obra y el interés de Maurach por el Este europeo y por su Derecho se integraba en la llamada “Bodenpolitik”, es decir, como parte de la “política territorial” por la que los nazis consideraban como un derecho natural de Alemania a expandirse territorialmente hacia el Este de Europa a costa de los pueblos eslavos y de los grupos judíos instalados en dichos territorios, a los que consideraban “Untermenschen” o “razas inferiores”, que debían ser eliminados físicamente o convertidos en esclavos de los poderosos alemanes pertenecientes a la “raza aria”. En este sentido es interesante destacar que los escritos de Maurach, sobre todo a partir de la publicación de su amplia monografía “Die Judenpolitik in Russland” en 1939, tuvieran no solo un claro contenido antibolchevique, sino también antisemita, vinculando en ellos comunismo con judaísmo, tesis fundamental del pensamiento político nacionalsocialista.

Y finalmente, en una tercera etapa, tras la Segunda Guerra Mundial, el objetivo principal del estudio del Derecho del Este de Europa y del Instituto dirigido por Maurach desde 1957, fue difundir un claro sentimiento de hostilidad y rechazo, también en el ámbito jurídico, contra los Estados miembros del Pacto de Varsovia (también contra la llamada República Democrática Alemana, la parte de Alemania que quedó bajo la zona de influencia de la Unión soviética). Este sentimiento estaba muy extendido en la población de la República Federal de Alemania que vivió durante toda la etapa de la llamada Guerra fría hasta la caída del Muro de Berlín (1989) con el recuerdo de las barbaridades que habían cometido las tropas rusas en su avance por el Este hasta la toma de Berlín (solo comparables a las que habían cometidos el Ejército alemán y los Einsatzgruppen cuando invadieron Polonia, Ucrania, Rusia y los Países Bálticos), y con miedo a una nueva invasión por parte de la Unión Soviética, cuya presencia en la República Democrática Alemana se

consideraba como una amenaza para la seguridad de la República Federal Alemana, en la que igualmente se encontraban las tropas norteamericanas. A ello se unían los problemas que suscitaban las malas relaciones entre los dos Estados alemanes, surgidos tras la Segunda Guerra Mundial, que se reflejaban sobre todo en la difícil situación en la que quedó la ciudad de Berlín dividida por un Muro cuyo paso ilegal costó la vida por disparos de los guardias fronterizos de la República Democrática a muchos de sus ciudadanos que pretendieron pasar a la República Federal, en la que se integraba la zona Oeste de la ciudad.

Evidentemente, de algún modo, estos avatares políticos tuvieron que influir en la investigación del Derecho del Este europeo, pero también en algunas de las construcciones teóricas que se hicieron entonces en la Dogmática jurídicopenal alemana, y desde luego en la mentalidad y la forma de ser de muchos de sus principales cultivadores en aquellas épocas, uno de los cuales fue sin duda Reinhart Maurach, cuya vida y obra refleja perfectamente la evolución política de Alemania durante buena parte de la primera mitad del siglo XX.

3. El interés de Maurach por el “Ostrecht” se comprende perfectamente si se conocen los detalles más relevantes de su biografía, que se recogen con todo detalle y aporte de material documental en la Segunda Parte del libro de Nerlich.

Nacido el 25 de marzo de 1902 en Simferopol, en la península de Crimea, a donde se había trasladado su padre médico recién casado con una mujer perteneciente a la alta burguesía alemana ubicada en los Países Bálticos, buscando mejores perspectivas profesionales en un Hospital de aquella ciudad, en el que fue Director de la Sección de Oftalmología. Lógicamente, en un principio, tuvo la educación que tendría cualquier niño en el seno de una familia alemana viviendo en un país extranjero con diferente lengua y costumbres, bien recibiendo directamente de sus padres las primeras letras y conocimientos (su madre, Antonie, tenía un buen nivel intelectual que demostró en los años 30 escribiendo varios artículos sobre los años pasados en Crimea), bien de forma privada de algún preceptor particular alemán, ya que no había en la ciudad ninguna escuela alemana. Ya en la adolescencia tuvo que asistir también a un Instituto ruso, recibiendo las enseñanzas correspondientes a lo que sería un Bachillerato ruso, idioma que llegó a hablar como su propia lengua materna. En la última fase de esta etapa, durante la Primera Guerra Mundial, tanto él como su familia tuvieron que sufrir el rechazo de los rusos por su origen alemán, ya que en esa guerra Alemania y Rusia eran enemigos. Esta situación se agravó aún más tras la Revolución rusa en 1917, en la que ya no *solo* se les cuestionaba como alemanes, sino como miembros de una burguesía con la que la revolución comunista quería acabar. A pesar de todo Maurach tenía también la nacionalidad rusa y en esa lengua recibió los conocimientos sobre la vida, cultura y mentalidad rusa, que luego le servirían para convertirse en un especialista en el Derecho de lo que tras la Revolución se convirtió

en la Unión Soviética, pero también posteriormente para trabajar como asesor y traductor de las tropas alemanas en el frente ruso durante la Segunda Guerra Mundial.

En otoño de 1918, a los dieciséis años, aprovechando que Crimea estaba ocupada por las tropas alemanas, Maurach consiguió huir a Riga, donde se refugió en casa de sus primos, la familia Seraphim, con uno de los cuales, Peter-Heinz, tuvo desde entonces una estrecha relación. Allí participó como soldado voluntario de la *Baltische Landeswehr* en la guerra que entre 1918 y 1920 hubo en los Países Bálticos por conseguir su independencia frente a las tropas de la naciente Unión soviética mandadas por Trosky (a este respecto Nerlich, p. 186/187, cita un artículo de Maurach, que entonces utilizaba el nombre de Reiko, contando su experiencia como soldado en dicha Guerra). En los Países Bálticos vivían también otros muchos alemanes que huyeron de estos territorios, cuando pasaron a ser ocupados por las tropas rusas y a formar parte de la Unión Soviética.

El sentimiento antibolchevique y anticomunista tuvo que estar, por tanto, presente en Maurach a lo largo de su vida, y, por lo menos desde el punto de vista de su experiencia personal en aquellos años, es absolutamente comprensible. Más adelante veremos si ese sentimiento se tradujo también en un sentimiento antisemita, al que pudo llegar, al menos en una parte de su trayectoria como especialista en Derecho del Este de Europa, al entender que comunismo, bolchevismo y judaísmo eran una misma cosa o estaban indisolublemente unidos; argumento que, como veremos más adelante, utilizó después en su dictamen en defensa del dirigente de los Einsatzgruppen, Ohlendorf, en el Proceso que contra él y otros dirigentes de esos grupos se llevo a cabo en Nuremberg tras la Segunda Guerra Mundial.

A partir de 1933 se producen en la vida de Maurach importantes acontecimientos. Tras afiliarse el 1 de mayo al Partido Nacionalsocialista, pasa a ser Director de la Sección jurídica del Instituto de Europa del Este de Breslau, con el que venía colaborando desde 1925. Paralelamente es nombrado Juez de Instancia en la misma ciudad y en 1934 consigue habilitarse, con el apoyo de su maestro, Johannes Nagler, Profesor de Derecho penal en la Universidad de Breslau, en Derecho del Este y en Derecho penal con dos monografías, una sobre el Derecho penal soviético ("*Grundlagen des räterussischen Strafrechts*", 1933), y otra sobre el estado de necesidad ("*Kritik der Notstandlehre*", 1935).

Cuando parecía que en la vida todo le sonreía, ya afincado profesional y familiarmente en Breslau, donde nacieron sus dos hijos, un varón en 1934 y una hembra en 1935, aparecieron los primeros problemas en su carrera, tanto en el Instituto, como en la Universidad. La causa inicial de estos problemas fue la actitud de rebeldía o incluso de desprecio que mostró Maurach, cuando de acuerdo con la regulación de la carrera docente que había introducido el regimen nacionalsocialista, tuvo que realizar un curso de capacitación o adoctrinamiento ideológico en una "*Dozentakademie*" en Kiel-Kitzeberg.

En su opinión, dicho curso era una pérdida de tiempo, e incluso llegó a criticar que el mismo estuviera controlado por gente de la “Kieler Schule”, es decir, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Kiel, que claramente preconizaban una orientación del Derecho y concretamente un Derecho penal de autor, que ya su maestro Nagler había criticado (sobre este enfrentamiento entre los penalistas de Kiel y de Breslau, a pesar de su coincidencia en su fidelidad al nacionalsocialismo, véase DITT, “Stosstruppfakultät Breslau”, Tubinga 2011, quien en las pags.150 y ss. se ocupa de lo que el llama “ascenso y caída de Maurach” en aquel tiempo).

Esta actitud provocó que el Ministerio de Educación no autorizara su actividad docente en la Universidad, a pesar de la pertenencia de Maurach al partido nacionalsocialista, e incluso después de haber vuelto a realizar el curso de adoctrinamiento docente algunos años más tarde.

Pero el principal problema que estuvo a punto de acabar también con su carrera en el Instituto fue un expediente disciplinario que se le abrió en 1937 por el Departamento de Seguridad dentro del propio Partido nazi, como consecuencia de una denuncia en la que se acusaba a Maurach de tendencias probolcheviques y de mantener contactos con juristas judíos de algunos países del Este europeo. Una denuncia de este tipo solo podía provenir de gente del propio Instituto y de colegas enemistados que pretendían ocupar su puesto o simplemente echarlo del Instituto. Uno de ellos era un tal Ernst H.Bockhoff, furibundo nacionalsocialista y antibolchevique, que escribió expresamente varios memorandums y artículos criticando la posición de Maurach respecto al Derecho soviético, acusándolo directamente de probolchevique, projudío e incluso de masón.

Evidentemente se trataba de una campaña orquestada para difamar a Maurach y expulsarlo del Instituto, lo que efectivamente sucedió. A raíz de estas denuncias, Maurach, según el mismo relató posteriormente, fue suspendido de su cargo como director de la Revista de Derecho europeo y de la sección de Derecho del Este europeo que hasta entonces había ocupado en el Instituto, en el que se le prohibió incluso la entrada. Durante horas fue interrogado en varias ocasiones por inspectores del Servicio de Seguridad venidos directamente de Berlín, sobre los hechos por los que era denunciado, y tuvo que soportar además el registro de su casa, de su despacho, correspondencia y documentos, y el secuestro de los libros de su biblioteca.

En el capítulo 4 de su obra (p. 209/296) Nerlich informa exhaustivamente no sólo del procedimiento disciplinario mismo, cuyas actas se encuentran en el Bundesarchiv, sino de los escritos de Bockhoff, a los que califica de “Verleumdung” (calumnia), motivados por rencillas y odios personales, pero a cuyas tesis sobre el bolchevismo y la negación de la Unión Soviética como sujeto de Derecho internacional dedica incluso más páginas que a las alegaciones de Maurach refutando esas afirmaciones (p. 230 a 283).

Durante todo el tiempo que duró este procedimiento hasta que fue rehabilitado en 1939, Maurach se defendió frente a estos ataques afirmando continuamente su fidelidad al régimen y a la ideología nacionalsocialista, rechazando cualquier “veleidad” o proclividad con el bolchevismo y el judaismo, llegando a decir que hizo todo lo que pudo para que su antecesor en el Instituto fue expulsado del mismo precisamente por ser judío y así pasar él a ocupar su puesto.

Hay que tener en cuenta que en aquel tiempo ser acusado de probolchevique y projudío era tanto como en la época más dura de la Inquisición Española, en el siglo XVI o XVII, alguien hubiera ser acusado de “hereje” o de “judaizante”, con las consecuencias que de ello se derivaban por más que después fuera absuelto de esas acusaciones.

Y efectivamente las acusaciones contra Maurach, aunque finalmente el procedimiento fue sobreesido a mediados de 1939 por resolución de la Secretaria del Canciller y, por tanto, del propio Hitler, determinaron que nunca más pudiera regresar a su antiguo puesto de Director de la Revista y de la Sección jurídica del Instituto y que tampoco se le permitiera ejercer como profesor sustituto o simplemente como docente o encargado de cátedra en la Universidad de Breslau, en la que se había habilitado cinco años antes, a pesar de que siempre tuvo el apoyo de su maestro Nagler y de otros colegas de la Facultad de Derecho, y que durante todo ese tiempo siguió como Juez con el apoyo del Ministerio de Justicia, directamente enfrentado en este asunto con el Ministerio de Educación.

Como consecuencia de todo ello, a Maurach no le quedó otra salida para continuar su carrera docente e investigadora que aceptar en 1940 un encargo de cátedra en la Universidad de Könisberg, en la que finalmente fue nombrado en 1941 catedrático de Derecho penal y Derecho del Este europeo. Pero mientras tanto ya había comenzado la Operación Barbaroja, con la que tras el Pacto de no agresión firmado años antes entre el regimen nazi y la Unión soviética (Pacto Molotov-Ribbentrop), las tropas alemanas invadieron Rusia sin previo aviso, desencadenando una guerra abierta que, en un principio, determinó un avance imparable del ejercito alemán en Polonia, en los Países Bálticos y en territorio ruso, reforzado en la retaguardia por la acción de los Einsatzgruppen, grupos de voluntarios que se encargaban de la limpieza étnica, asesinando indiscriminadamente a grupos enteros de judíos, incluyendo mujeres y niños, y a personas sospechosas de apoyar a los comunistas, partisanos, etc. En dicha contienda dada la proximidad de Könisberg con el frente y su dominio del idioma ruso, Maurach actuó como intérprete de las tropas alemanas y finalmente como soldado hasta que cayó prisionero de los rusos en marzo de 1945.

Pero mientras tanto, sobre todo a partir de 1939, se había operado un cambio importante en su orientación investigadora. Como se puede ver en la lista de las publicaciones de Maurach entre 1939 y 1944, que añade Nerlich en el Apéndice de su

libro (p. 539/540), prácticamente todas ellas se ocupan sobre todo, a partir de su amplísima monografía “Russische Judenpolitik” (1939) de diversos temas relacionados con la posición de los judíos en la Unión Soviética, en las que se puede observar un claro sentimiento antisemita, insistiendo siempre en la relación entre judaísmo y comunismo y en la influencia de los judíos en la política de la Unión soviética. Parece que con ello Maurach sólo quería refutar las sospechas y acusaciones de sus tendencias prosoviéticas y projudías que habían motivado el expediente disciplinario a que había sido sometido poco tiempo antes, y que no era un verdadero antisemita. Pero conviene recordar que en esa época ya se había generalizado la persecución y el exterminio de los judíos, y no meramente su discriminación jurídica y política que se manifestó en las Leyes de Nuremberg de 1935. A partir de 1938, y sobre todo tras la Kristallnacht en noviembre de 1938 comenzó el internamiento masivo de los judíos en los Campos de Concentración, y la reunión en Wansee en 1942 se decidió su “Endlösung” (la solución final) en los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka. ¿Tenía Maurach algún tipo de conocimiento de lo que en aquel momento estaba sucediendo con los judíos?

Nerlich se esfuerza en la parte dedicada a esta etapa de la vida de Maurach (p. 365/380) en matizar o al menos relativizar el evidente antisemitismo que se refleja en sus publicaciones de esta época, achacándolo a su afán por desmentir las acusaciones de Backhoff, Achmeteli y de otros que habían provocado su expediente disciplinario, su expulsión del cargo que ostentaba en el Instituto de Breslau y casi la ruina de su carrera académica. Pero independientemente de cuáles fueran sus motivos personales, lo cierto y verdad es que ya anteriormente Maurach había dado pruebas de su antisemitismo en las declaraciones que hizo ante los Inspectores encargados de la instrucción del expediente disciplinario, hasta el punto de llegar a decir que había sido él el que en 1933 más se había esforzado en expulsar del Instituto a su antecesor en el cargo, Friedrich Schöndorf, precisamente por ser judío. Pero es que además en la época de Königsberg, Maurach se había integrado en grupos antisemitas congregados en torno a la figura de Alfred Rosenberg, figura destacada en el régimen nacionalsocialista por su antisemitismo, por lo que luego fue condenado a muerte y ejecutado en el Proceso contra los principales responsables del nacionalsocialismo en Nuremberg. En estos grupos se integraban otros juristas, economistas, profesores universitarios, etc, como los hermanos Seraphim, primos de Maurach, uno de los cuales, el economista Peter-Heinz, había ocupado también un cargo en el Instituto de Breslau, y luego posteriormente escribió en 1949 un libro junto con Maurach y Wolfrum, reivindicando los territorios del Este de Europa, entre el Oder y el Niese, como territorios alemanes.

Desde principios de 1945 Maurach luchó en el frente hasta que cayó prisionero de los rusos en marzo de ese año. Pero ya desde 1941 venía actuando como traductor

y “Sonderführer” de las tropas alemanas en el frente ruso, por lo que obviamente tuvo que presenciar también los asesinatos y actos de exterminio que llevaban a cabo los Einsatzgruppen en la retaguardia contra los grupos judíos y eslavos sospechosos de colaborar con las tropas soviéticas, aunque él nunca lo mencionara. En una sesión que tuvo lugar en 1956 en el Instituto de Historia contemporánea de Munich, Maurach relató que presenció directamente el asesinato masivo de centenares de judíos ejecutados el 25/26 de junio 1941 en las afueras de la ciudad lituana de Kawnas a manos de partisanos lituanos, que llevaron a cabo esos asesinatos ante la pasividad del ejército alemán.

Según cuenta Maurach, ese día se dirigió al Coronel que mandaba las tropas alemanas denunciando el Pogrom que los nacionalistas lituanos estaban realizando en las afueras de la ciudad, éste le contestó que “tenía orden de no inmiscuirse en asuntos internos”. En relación con este hecho, Nerlich (p. 380) se limita a citar lo que dicen al respecto KRAUSNICK/WILHELM, *Die Truppen des Weltanschauungskrieges*, Stuttgart 1981, p. 206). Cuando realizaba mi propia investigación sobre Maurach encontré la misma referencia en libro de la sola autoría de Helmuth KRAUSNICK, *Hitlers Einsatzgruppen*, 1981, p. 179, en cuyas notas 311 y 313 se menciona “la declaración del „Sonderführer” y posteriormente Prof.Dr.R.Maurach realizada el 13.10.56 en una sesión del „Arbeitskreis der Europ.Publikation E:V.”, que se encuentra recogida en el Institut für Zeitgeschichte de Munich (IfZ, ZS/ 28, p. 59)“.

En el curso de mi investigación sobre Maurach solicité del Institut für Zeitgeschichte de Munich una copia del documento citado por Krausnich, pero ni siquiera me contestaron. Más adelante, en el volumen IV de la colección de Actas de los Juicios de Nuremberg (en el siguiente link de Internet: https://www.loc.gov/rr/frd/Military_Law/pdf/NT_war-criminals_Vol-IV.pdf, *Trials of war criminals before the Nuernberg military tribunals under control council law no.10, vol.IV, Nuernberg october 1946-april 1949*, p. 435) encontré la referencia al informe del SS-Brigadeführer Stahlecker (Informe Stahlecker) realizado 15.10.1941, en el que se relata con todo detalle el hecho que presenció Maurach, según la referencia que se hace a su declaración en la obra de Krausnich. Este volumen IV recoge las Actas del Proceso de Nuremberg contra los Einsatzgruppen en el que, como después verenos, intervino Maurach como asesor de la defensa de Ohlendorf, uno de los principales acusados (véase infra 5.). En dichas Actas no hay ninguna constancia de que Maurach hubiera presenciado personalmente lo que Stahlecker decia en su informe. Pero luego en 1956 declaró que lo había presenciado, por lo que no hay por qué ponerlo en duda.

El informe de Stahlecker que se recoge en las Actas del Juicio contra los Eiasatzgruppen (p. 435) dice lo siguiente:

“Comienzo de las actividades de autolimpieza. Si se considera el sufrimiento que padeció la población de los Países Bálticos en la época en la que estuvieron integrados en la URSS bajo el dominio del bolchevismo y del judaísmo, era presumible que tras su liberación del dominio extranjero, con la retirada del Ejército Rojo, trataran de exterminar la masa de enemigos que se habían quedado en el país. La misión de la Policía de seguridad era poner en marcha las legítimas aspiraciones de limpieza y dirigirlas adecuadamente, para conseguir lo antes posible esa acción de limpieza. No menos importante era crear posteriormente la circunstancia existente y comprobable para que la población liberada pudiera por si misma emplear las más duras medidas contra el enemigo bolchevique y judío, sin que fuera necesaria ninguna orden o instrucción por parte alemana. En Lituania ocurrió esto por primera vez con la actuación de los partisanos. Al principio, sorprendentemente no fue fácil poner en marcha un Pogrom de gran magnitud contra los judíos. Esto lo consiguió el jefe del citado grupo de partisanos, Klimatis, que fue encargado por un pequeño comando ya establecido anteriormente de organizar un Pogrom, sin que fuera necesario por parte alemana ninguna instrucción o encargo para que ello se hiciera. En el trascurso de este Pogrom, en la noche del 25 /26. 6, fueron eliminados por los partisanos lituanos más de 1500 judíos, varias Sinagogas fueron incendiadas o destruidas y unas 60 casas del barrio judío incendiadas. En las siguientes noches fueron exterminados del mismo modo unos 2300 judíos. También se llevaron a cabo acciones similares, siguiendo el ejemplo de Kawnas, en otras partes de Lituania, aunque de menor importancia, limitándose a los comunistas que allí habían quedado. Con la debida información a los organismos competentes del ejército alemán, que aprobaron completamente estas acciones, continuaron sin problemas las acciones de limpieza. Desde un principio pareció lógico que sólo los primeros días tras la ocupación alemana sería posible llevar a cabo esos Pogroms o acciones de limpieza, que concluyeron una vez que los partisanos fueron desarmados”.

Es evidente que el tal Stahlecker (muerto posteriormente en 1942 en acción de guerra), con esta declaración pretendía desviar también la responsabilidad de este tipo de ejecuciones masivas que se llevaron a cabo en los territorios ocupados por las tropas alemanas, a los grupos de partisanos eslavos, en este caso lituanos, que ciertamente colaboraron a veces con entusiasmo en las ejecuciones que llevaban a cabo los Einsatzgruppen, o que las realizaron ellos mismos, ante la pasividad y complacencia de los alemanes, que incluso llegaron a inducirlos directamente para que las realizaran, como sucedió concretamente en este de Kawnas que Maurach presenció directamente. Pero incluso aunque en este caso los ocupantes alemanes se hubieran mantenido en total pasividad, contemplando como los grupos nacionales lituanos realizaban esos Pogroms, el hecho no deja de ser igualmente grave, teniendo en cuenta que como en el Informe de Stahlecker se dice expresamente que una vez que los partisanos lituanos fueron desarmados terminaron estas acciones de limpieza.

En todo caso, lo que no se puede negar, y así quedó más que demostrado en el Proceso de Nuremberg en el que fueron juzgados los principales responsables de los Einsatzgruppen es que fueron estos los que en la mayoría de los casos cometieron planificada y fríamente las ejecuciones masivas de judíos y de eslavos sospechosos de apoyar a los comunistas. Y es obvio que Maurach, estando en aquellos lugares, tuvo necesariamente que contemplar también esas ejecuciones, aunque no participara directamente en ellas. Ante esto, parece inevitable hacerse la siguiente pregunta: ¿Intervendría Maurach también denunciando a sus superiores las ejecuciones sumarias de familias judías enteras, mujeres y niños incluidos, que llevaban a cabo los tristemente famosos Einsatzgruppen?

Desde luego, no se puede negar que en muchos países eslavos, fueron los propios nacionales los que llevaron a cabo acciones de exterminio de los grupos de judíos que vivían allí. A este respecto, es muy ilustrativo el suceso conocido como la “masacre de Jedwadne”, pueblo cercano a Varsovia, en el que el 10 de junio de 1941 fueron asesinados todos sus habitantes judíos, al menos unos quinientos incluyendo mujeres y niños, encerrados en un granero al que prendieron fuego sus vecinos polacos; suceso que hasta el 2001 fue atribuido a las tropas alemanas. Fue el trabajo de investigación de Jan Gross, “Neighbors”, 2001, el que descubrió la realidad de lo sucedido, lo que llevó al Gobierno polaco a pedir disculpas públicamente. En el drama teatral “Our class”, de Tadeusz Slobodzianek, estrenado en Londres en el 2009, se representa este trágico suceso, del que se puede encontrar ahora abundante información en Internet. También existe una película del director polaco Wladyslaw Pasikowski, “Aftermath,” estrenada en Varsovia 2013, donde fue premiada, pero también provocó alguna polémica.

Pero también hay abundante información sobre las ejecuciones llevadas a cabo por las tropas alemanas y los Einsatzgruppen en los territorios bálticos, ya no como actos aislados de grupos incontrolados, sino como parte de una política de exterminio total planificada por la cúpula del régimen nacionalsocialista, siguiendo las ordenes directas de Hitler. Esto quedó claramente establecido no ya sólo en algunos de los Procesos de Nuremberg, como sobre todo en el Proceso 9 contra los Einsatzgruppen, sino también en algunos de los pocos procesos que se llevaron a cabo en la República Federal Alemana contra miembros de estos grupos en los años siguientes a la Segunda Guerra Mundial. Así, por ejemplo, en el proceso penal que se llevó a cabo entre 1967 y 1969 en la ciudad alemana de Bielefeld contra algunos miembros de la Policía nazi de seguridad del Distrito polaco de Bialystok (Polonia), estos fueron acusados de haber ordenado y dirigido la deportación en 1943 de más de cien mil judíos que vivía en aquella zona a los Campos de Exterminio de Auschwitz y Treblinka, donde fueron asesinados. Además algunos de ellos fueron también acusados de haber cometido hechos individuales de homicidios, robos, detenciones ilegales, etc, tales como el fusilamiento de cien hombres, mujeres y niños judíos en un acto de represalia

porque el día antes un padre de familia para evitar que se llevaran a su mujer vertió ácido sobre la cara de uno de los soldados que fueron a detenerla, y de otros muchos que ofrecieron resistencia individual o colectiva en el levantamiento que hubo en el Ghetto de Bialystok en el verano de 1943, ocultándose o intentando huir. También la Sinagoga de Bialystok fue incendiada por los alemanes con centenares de judíos en su interior (véase Katrin STOLL, *Die Herstellung der Wahrheit, Strafverfahren gegen ehemalige Angehörige der Sicherheitspolizei für den Bezirk Bialystok*, Berlin 2012).

Más conocido es el Proceso que tuvo lugar entre abril y agosto de 1958 en la ciudad alemana de Ulm contra miembros de los Einsatzgruppen. En él quedó probado que más de cinco mil judíos, hombres, mujeres y niños, fueron fusilados, tras haber sido transportados como animales a base de latigazos y culatazos a los lugares en los que iban a ser ejecutados. Allí eran formados en grupos de diez, obligándoles primero a que abrieran unas zanjias delante de las cuales eran fusilados, y lo mismo hacían con el siguiente grupo que previamente tenía que enterrar a los ya fusilados. Tras las ejecuciones algunos de los autores materiales de estos hechos, luego acusados en el proceso de Ulm, se fotografiaban delante de los fusilados y de las zanjias, celebrando las ejecuciones con botellas de cerveza y licor que mostraban ostentosamente.

Como ya he indicado en otra ocasión, las condenas pronunciadas por los tribunales alemanes en estos casos fueron de escasa relevancia en relación con la gravedad de los delitos que eran objeto de sus condenas, ya que aplicaban la llamada “teoría subjetiva de la participacion” por la que se consideraba que los que ejecutaron directamente estos hechos eran meros cómplices, porque no actuaban con “voluntad de autor”, sino de cómplices (“*animus socii*”), siguiendo las órdenes que les habían impartido (sobre ello, véase MUÑOZ CONDE, La autoría mediata por control de aparato de poder como instrumento de la elaboración jurídica del pasado, en *Revista Penal*, 2013). Más adelante, en base a una confusa interpretación de un precepto introducido en 1968 en el Código penal alemán (Parágrafo 50, actualmente 28, II), oficialmente sólo para resolver el problema de la participación de los no cualificados en los delitos que exigen algún elemento o circunstancia personal en el autor, se entendió que, al no concurrir en los ejecutores el *móvil* bajo de la motivación racista (elemento subjetivo o personal que se entendió sólo concurría en Hitler, Himmler o Heydrich, ya fallecidos), realmente no habían cometido asesinatos, sino meros homicidios que, conforme a la legislación vigente en mayo de 1945, habían prescrito en mayo de 1965 (véase MUÑOZ CONDE, La participación en los delitos especiales como instrumento para la elaboración jurídica del pasado, en *Homenaje a Alfredo Etcheverry*, Santiago de Chile, 2015).

Nerlich (lug.u.cit.) reconoce, desde luego, que las publicaciones de Maurach en aquella época tenían un claro contenido antisemita que de algún modo legitimaban las

barbaridades que en aquellos momentos se llevaban a cabo contra los judíos. Pero le parece exagerado afirmar, como hace Kappeler (citado por Nerlich, *lug.u.cit.*, nota 105), que las publicaciones antisemitas de Maurach, Seraphim y otros contribuyeran “a la preparación del exterminio de los judíos”. Sobre ello volveremos más adelante.

4. Como se ha dicho, ya al final de la Guerra, en marzo de 1945, Maurach cayó prisionero de las tropas soviéticas, lo que, en principio, dados sus antecedentes, sus publicaciones antibolcheviques y antisemitas de los años anteriores, podía haberlo llevado directamente al paredón o, como le sucedió a tantos otros compañeros de cautiverio, a quedarse mucho tiempo en algún campo de prisioneros ruso. Pero probablemente, como él mismo reconoció en sus declaraciones posteriores, que recoge Nerlich, debido a su dominio del idioma ruso, a su colaboración como traductor en los interrogatorios a los que eran sometidos otros prisioneros alemanes y a su mal estado de salud, fue pronto liberado y ya en 1946 lo vemos, como tantos otros alemanes huídos de los territorios del Este ocupados por las tropas soviéticas, en Baviera, buscando trabajo como profesor en diversas Universidades de la zona, como Wurzburg o Munich.

Como tantos otros profesores, funcionarios, etc, miembros del partido nacionalsocialista durante el régimen nazi, también Maurach tuvo que pasar por los procesos de “desnazificación” que habían puesto en marcha los Aliados para depurar la administración alemana de los elementos más directamente relacionados con dicho régimen. También aquí parecía que Maurach, dados sus antecedentes, podía tener serias dificultades para salir bien librado de este proceso; pero una vez más tuvo suerte. Según informa Nerlich (p. 389 ss.), sacando el dato directamente del expediente del proceso de nazificación, Maurach fue clasificado, efectivamente, al principio, como “Belasted”; es decir, como alguien bastante implicado con el régimen nazi. Pero, como tantas veces sucedió en aquellos procesos, que se convirtieron finalmente en una verdadera farsa, Maurach, gracias a certificados que le firmaron amigos y parientes que juraron y perjuraron que él había sido siempre crítico con el régimen nazi, y gracias también al expediente disciplinario al que había sido sometido por el Servicio de Seguridad nazi en su etapa en el Instituto de Breslau, pero sobre todo gracias a que a la Comisión encargada de la desnazificación no llegó a tener noticias de las publicaciones antisemitas durante su etapa en Könisberg, que Maurach ocultó astutamente, consiguió ser clasificado como “Unbelastet”, lo que según el mismo confesó en carta a un amigo, suponía “su completa rehabilitación”.

(*Sobre estos procesos de “desnazificación” y en relación concretamente con el de Edmund Mezger, puede verse en mi libro “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo” *ant. cit.*, capítulo IV, cómo Edmund Mezger, tras haber sido inicialmente clasificado como “principal responsable”, terminó siendo clasificado como “Mitläufer” (literalmente “compañero de correrías”), un grado superior al de “Unbelastet”, que no le

impidió reincorporarse posteriormente a su cátedra de Munich. En general, la clasificación de “Mitläufer” fue bastante generalizada y no impedía al así clasificado incorporarse a su puesto en la función pública después de haber pagado una multa. A los certificados que se presentaban por amigos y vecinos en favor del sometido a estos procesos se les llamaba “Persilscheine”, en recuerdo de la marca de jabón del mismo nombre, que en este caso servía para lavar el pasado nazi. Según relata Nerlich, el mismo Maurach escribió uno de esos “Persilscheine” en favor de su amigo y pariente Peter-Heinz Seraphim).

En las siguientes páginas de su obra, Nerlich (p. 396 ss.) relata pormenorizadamente las actividades de Maurach en aquella época, como asesor de editoriales, autor de un Manual de Derecho penal (“Grundriss des Strafrechts”, 1948) y director de alguna revista, que le permitieron vivir holgadamente. Pero lo más importante para él fue, sin duda, que, por fin, logró incorporarse como profesor a la Universidad de Munich. Contando, entre otros, con el apoyo decisivo de Edmund Mezger, finalmente consiguió la cátedra de Franx Exner, importante criminólogo, que años antes había redactado para el Gobierno nacionalsocialista, junto con Mezger, el Proyecto para el tratamiento de los extraños a la comunidad (*sobre este Proyecto puede verse el capítulo III de mi libro “Edmund Mezger y el Derecho penal de su tiempo”, ant.cit.) y había sido además abogado defensor del General Jodl en el Proceso de Nuremberg contra los principales responsables del regimen nacionalsocialista (Proceso 1). Jodl fue condenado a muerte y posteriormente ejecutado.

A tenor de la correspondencia que mantuvo Maurach con algunos colegas y amigos que lo apoyaron en su reentrée universitaria, que Nerlich recoge con todo detalle, aquellos años fueron para Maurach unos años difíciles, pero también felices, porque, por fin, pudo rehacer su vida familiar y profesional, tras la penurias pasadas, primero escapando de su ciudad natal en sus primeros años de juventud y participando en las Guerra Bálticas; luego cuando fue sometido a investigación en el expediente disciplinario que le abrió su propio Partido en su etapa de investigador y director de la Sección jurídica del Institut de Osteuropa en Breslau, del que fue fulminantemente cesado; después participando directamente en la Segunda Guerra Mundial como intérprete y soldado en el frente ruso, pasando unos duros meses como prisionero de guerra de los soviéticos, y luego superando el proceso de desnazificación que, en principio, dado su pasado nazi, tenía pocas posibilidades de superar.

Después de todas estas vicisitudes, Maurach volvió a encontrarse con su familia en Munich, halló una buena vivienda y regresó a su actividad como profesor, una ilusión que no había podido llevar a cabo antes, por las razones ya dichas, en Breslau, y que apenas había podido satisfacer durante su breve estancia en Königsberg. Y no solo volvió a ser profesor de Derecho penal, publicando una importante monografía sobre “Schuld und Verantwortung im Strafrecht” (“Culpabilidad y responsabilidad en derecho penal”, 1949), y un Grundriss o Manual tanto de Parte General, como Especial (1949); sino también de

Derecho del Este europeo, materia a la que siguió vinculado, publicando a partir de 1948 diversos trabajos sobre la Constitución soviética, la situación de los prisioneros de guerra alemanes en la URRS, el Derecho penal soviético, y naturalmente también, a partir de la división de Alemania en dos naciones, sobre el Derecho penal de la República Democrática Alemana (DDR en sus siglas alemanas).

5. Este panorama casi idílico, en el que Maurach volvió a llevar una vida normal como profesor universitario y buen padre de familia, se vio pronto perturbado, como consecuencia de un Dictamen que redactó en favor de Otto Ohlendorf, uno de los principales acusados en el Proceso contra los Einsatzgruppen que se llevó a cabo en Nuremberg y al que después haré referencia con más detalles. Según Nerlich (p. 403/404), Maurach escribió dictámenes para diversos procesos de Nuremberg: para la defensa de los acusados en el Proceso 6 contra la IG-Farbe (fabricante del gas Zyklon B usado en las cámaras de gas de los Campos de Exterminio para exterminar masivamente a los reclusos en ellos); para la de los acusados en el Proceso 7 contra los Generales del frente Suroeste y para la de los acusados en el Proceso 12 contra los Jefes del Estado Mayor del Ejército Alemán (OKW), acusados por Crímenes de Guerra cometidos en el ámbito de sus respectivas competencias. También, como después diré, escribió años más tarde otro Dictamen en favor de un acusado ante un tribunal alemán de haber cometido crímenes de guerra. Este último no es citado por Nerlich. Todos ellos demuestran no sólo el prestigio que ya entonces tenía Maurach como especialista en Derecho penal, sino también su estrecha vinculación con los círculos jurídicos encargados de defender a los acusados en estos procesos, a los que lógicamente les venía muy bien con el apoyo o asesoramiento jurídico de un reputado profesor de Derecho penal y especialista en el derecho de los países de este europeo.

Pero de todos estos dictámenes, el que realmente le trajo algunos problemas fue el que escribió en favor de Otto Ohlendorf en el Proceso que tuvo lugar en Nuremberg entre el 17 de septiembre de 1947 y el 10 de abril de 1948 contra los Einsatzgruppen (el Proceso 9 de los llamados Nachfolgeprozesse tras el primero contra los principales responsables del régimen nazi).

Merece la pena dedicarle algunas páginas a este dictamen, no sólo por las consecuencias negativas que pudo tener para Maurach, sino también porque en él mantiene, encubiertamente, como si no fuera suya, una tesis que ya, al menos en una etapa de su vida, había mantenido y que coincidía con una de las tesis principales del régimen nacionalsocialista y de los miembros de los Einsatzgruppen acusados en dicho proceso: considerar a los judíos como una especie de aliados naturales del bolchevismo a cuya

expansion en la Rusia soviética había contribuido, y contra los que, por tanto, había que luchar y aún si fuera preciso exterminar en defensa del Estado nacionalsocialista. El que luego Maurach estuviera o no de acuerdo en su fuero interno también con las brutales acciones que en defensa de esta idea llevaron a cabo los Einsatzgruppen en el Este de Europa, es algo que obviamente solo él podría contestar. En todo caso, de su dictamen se pueden sacar algunas conclusiones al respecto.

El dictamen se encuentra recogido en “Trials of war criminals before the nuernberg military tribunals under control council law no.10, vol.IV, Nuernberg october 1946-april 1949” (por el que se cita aquí). En este volumen se recoge el llamado “Einsatzgruppen case”. En él se juzgó a los principales responsables de los “grupos de intervención” (“Einsatzgruppen”) formados por voluntarios que tenían como misión eliminar sobre todo a los judíos que se encontraban en los territorios ocupados por las tropas alemanas en el Este de Europa, principalmente Polonia, Países Bálticos y Rusia, durante la Segunda Guerra Mundial. En dichas operaciones se llevaron a cabo ejecuciones masivas de judíos, incluyendo mujeres y niños, brutalmente asesinados, en un número que se calcula pudo superar el millón de personas.

El principal acusado en este proceso fue el Jefe de estos grupos, el economista y alto cargo de las SS, Dr.Otto Ohlendorf. Como experto legal y asesor de su defensa, llevada a cabo por el Dr. Aschenauer, actuó el Profesor de Derecho penal y de Derecho del Este europeo, el Dr. Reinhard Maurach, quien, según se recogen en el Apéndice que contiene la Lista de Testigos en este caso (p. 593-594) el 15 de octubre de 1947 compareció ante el Tribunal y prestó su testimonio ante el mismo. En el volumen IV se recoge sólo un resumen (“extract”) de este testimonio, traducido al inglés, en las páginas 339 a 355, que es por donde se cita aquí. Dicho informe, según se aclara en la nota 2 de la página 339, por acuerdo entre la defensa y la acusación, fue presentado por escrito y no oralmente.

No es este el momento de transcribir aquí íntegramente el informe de Maurach, al que Nerlich se refiere en su versión alemana, citando sólo algunos párrafos o partes seleccionadas del mismo (p. 403/412). Pero me parece interesante hacer algunas consideraciones sobre las tesis principales que en él se mantienen. Para hacerse una idea de la totalidad del mismo basta con transcribir el Índice en cuyos distintos apartados se ocupa de diversas cuestiones de derecho procesal, derecho aplicable a los acusados (ruso, alemán), derecho internacional, especialmente derecho de guerra, y derecho penal material, sobre todo cuestiones relacionadas con el estado de necesidad y la legítima defensa:

Índice del dictamen de Maurach:

“Introducción: Objeto y delimitación de este informe.

A. El derecho aplicable

1. La llamada Parte General de la Ley Nº10.

2. El sistema jurídico utilizable como “Parte General de la Ley No.10”.

B. Los requisitos legales del estado de necesidad putativo y de la legítima defensa putativa conforme a las concepciones jurídicas continentales.

I. Legítima defensa.

1. Conforme al Derecho alemán.

2. Conforme al Derecho soviético.

II. Estado de necesidad.

1. Conforme al Derecho alemán.

2. Conforme al Derecho soviético.

III. Conclusiones que se derivan de la comparación entre estos dos sistemas jurídicos.

C. Inclusión del caso concreto en los requisitos jurídicos establecidos.

1. Los requisitos objetivos: La guerra contra la Unión Soviética como guerra excepcional.

a. La actitud de la Unión soviética en relación con el Derecho internacional desde su formación hasta el comienzo de la guerra en 1941.

aa) Lucha de clases y guerra internacional a la luz de la teoría soviética.

bb) Uso del Derecho internacional como instrumento en la lucha contra los Estados no comunistas.

cc) La práctica de la Unión Soviética en atención al Derecho internacional antes del comienzo de la guerra con Alemania.

b) La conducta de la URSS tras el comienzo de la guerra en 1941.

aa) Sobre el carácter vinculante de los usos bélicos.

bb) La conducta de los llamados partisanos en la guerra.

2. Los requisitos subjetivos: bolchevismo y judaísmo.

a) La aparición del “problema judío con el problema bolchevique”, según la teoría oficial nazi.

b) Las vinculaciones entre judaísmo y bolchevismo en las experiencias y concepciones personales del acusado.

3. Conclusiones desde el punto de vista del Derecho penal.

a) Defensa putativa de terceros en caso de desastre.

b) Estado de necesidad putativo”.

Lo primero que hay que decir de este dictamen, es que Maurach, en ningún caso, entró a discutir los hechos de los que era acusado Ohlendorf y los demás coacusados, lo que por lo demás era difícil no sólo porque las pruebas de los mismos eran apabullantes, sino también porque los propios acusados los habían confesado, con mas o menos matices. Así que desde el primer momento manifiesta muy claramente que él no se va a ocupar de la *antijuricidad* de los actos que estos realizaron, sino de la *culpabilidad* de los acusados (cursivas en el original) (p. 339). Esta contundente afirmación sorprende al Tribunal que hasta llega a decir en la sentencia que “las afirmaciones del Dr.Maurach más bien sirven para apoyar las tesis de la acusación que de la defensa” (sic: p. 465). Pero como después el mismo Tribunal constata, Maurach en una suerte de “malabarismo jurídico”, busca argumentos que puedan ayudar a exonerar o al menos atenuar la responsabilidad de su mandante, aduciendo una serie de consideraciones y sobre todo una peculiar forma de entender el estado de necesidad y la legítima defensa, cuyos límites y presupuestos reinterpreta en relación con el caso que se está juzgando.

A este respecto hay que observar, que los Jueces americanos del Tribunal estaban poco acostumbrados a las sutilezas de la dogmática jurídica alemana, o mejor dicho, ni las conocían, ni parece que les preocuparan mucho conocerlas. Incluso hoy en día, estas distinciones, básicas en la Dogmática jurídicopenal alemana, como son también las diferencias entre causas de justificación y causas de exculpación, o entre legítima defensa real o putativa, sólo son admitidas por muy pocos penalistas americanos, y, desde luego, prácticamente desconocidas en los tribunales de justicia.

Al Tribunal le sorprende también que Maurach utilice para fundamentar su opinión el Derecho penal soviético, con el argumento de que el lugar en el que se cometieron la mayor parte de sus hechos era territorio de la Unión soviética. El Tribunal dice que cualquiera que fuera la regulación del Derecho soviético sobre estas materias, resultaba paradójico que se quisiera invocar el derecho de un país, cuya destrucción política, social, económica y jurídica era precisamente lo que pretendían los acusados.

No cabe duda de que, independientemente de la validez que pudiera tener este argumento, lo que Maurach quería demostrar era su buen conocimiento del Derecho soviético, a cuyo estudio había dedicado buena parte de su vida profesional, citando repetidas veces su libro “Sistema del derecho soviético”, de 1928, p. 101 ss (p. 346 s.), pero no otras publicaciones sobre la misma materia que podrían comprometerlo.

Ya entrando en el fondo del problema, el Tribunal también rechaza la pretensión de Maurach de considerar que la Unión soviética había perdido su condición de sujeto de Derecho internacional desde el momento en que las tropas alemanas no eran atacadas por las tropas del Ejército rojo como en una guerra convencional, respetando las normas del

Derecho internacional de guerra, sino por grupos de partisanos, salidos de la población civil, que actuaban de forma sorpresiva, sin uniforme militar, realizando acciones de sabotaje en la retaguardia, etc, y que, en definitiva, se trataba de una forma peculiar de guerra, de una “guerra de excepción”, en la que las tropas alemanas tenían que actuar para defenderse utilizando medidas excepcionales también, como las represalias sobre la población civil de los pueblos cercanos a los lugares donde las tropas alemanas eran atacadas. Aunque no lo dijera claramente, con ello Maurach pretendía una peculiar forma de legitimación de la barbarie cometida por los Einsatzgruppen, argumentando que la tarea oficial de estos era asegurar la retaguardia de las tropas alemanas, eliminando los grupos de partisanos y acabando con presuntos colaboradores, espías etc, la llamada “quinta columna”. Es decir, una especie de “*ius in bello*”, que les permitiría utilizar todos los medios que fueran necesarios y eficaces para asegurar su misión. Partiendo de una trasnochada concepción del Derecho de guerra, venía a decir que los Einsatzgruppen en esas circunstancias podían emplear cualquier medio con tal de ganar la guerra y acabar con el enemigo. Este argumento evidentemente no está de acuerdo con la actual doctrina del Derecho internacional que lo rechaza de plano, pues está claro, al menos en teoría, que de acuerdo con el Pacto de la Haya y aún más claramente con la Convención de Ginebra aprobada tras la Segunda Guerra Mundial, en una guerra, tanto si es justa, como si no lo es, hay que respetar ante todo a la población civil, evitando que ésta sufra las consecuencias de la guerra, y, por supuesto, también al enemigo cuando se rinde. Lo contrario supone cometer los crímenes de guerra que ahora se tipifican en el art.8 del Estatuto de Roma.

El Tribunal rechaza el argumento de Maurach recordando que fue Alemania la que invadió sorpresivamente la Unión soviética, rompiendo sin previo aviso, o avisándolo el mismo día de la invasión, el Pacto de No Agresión que poco antes había firmado con la Unión soviética. Y que, por tanto, la invasión de la Unión soviética era una verdadera “Guerra de Agresión”, uno de los cargos que se imputaron a los dirigentes nazis en los Procesos de Nuremberg y para lo que ya había base jurídica en el Pacto Briand-Kellogg, firmado años antes.

En este punto el Tribunal muestra una rara ecuanimidad y objetividad, no dejándose conmovir por las continuas referencias que hace Maurach al peligro que supone el comunismo para la civilización occidental, a su voluntad de dominio el mundo (característica, según él, del pensamiento judío) y a la estrecha vinculación entre Bolchevismo y Judaísmo, pues cualquiera que fuera la ideología de los Jueces, que se puede suponer no era nada afín al comunismo bolchevista, condenan no sólo la invasión de la Unión soviética, sino, además, con toda contundencia la forma brutal y despreciativa con la que los Einsatzgruppen trataron a la población civil, las ejecuciones masivas de personas inocentes, incluyendo a niños que obviamente no podían representar ningún peligro para la seguridad del Estado nacionalsocialista (p. 446).

Desde luego, lo que no podían esperar los Einsatzgruppen es que los judíos se entregaran mansamente al exterminio que les aguardaba sólo por el hecho de ser judíos. Ya en esa época, y concretamente desde finales de 1938, había comenzado en Alemania el internamiento en Campos de Concentración de los judíos, su aislamiento en Guetos como el de Varsovia, la pérdida de sus derechos como ciudadanos y su eliminación física. Esto hizo que muchos judíos radicados en los países del este de Europa o en los territorios de la Unión soviética, se integraran en los grupos de la resistencia a las tropas alemanas, exponiéndose así a las represalias consiguientes. Por lo que se refiere a las actividades de los Einsatzgruppen, éstos no se limitaron sólo a acabar con los grupos de resistencia, sino, sobre todo por lo que se refiere a los judíos, a la eliminación física de familias enteras, mujeres y niños incluidos, a su deportación en masa a los Campos de Concentración, a incendiar sus casas y sinagogas. ¿Cómo podía decirse que los que cometían esas fechorías actuaban en estado de necesidad o en una situación de legítima defensa putativa del estado nacionalsocialista “por razones ideológicas”?

Aquí es donde entra el argumento fundamental en el que se apoya Maurach para sostener su tesis. Según Maurach, los Einsatzgruppen no asesinaban a los judíos porque fueran judíos, sino porque los identificaban con los bolcheviques, es decir, con los comunistas. Es lo que Maurach llama en su dictamen el “elemento subjetivo (apartado III, C, 2). Veamos en qué consiste.

Según Maurach los acusados, y concretamente su mandante Ohlendorf, habían sido previamente adoctrinados en la tesis oficial nacionalsocialista de que Judaísmo y Bolchevismo eran una misma cosa, que ponían en peligro la misma existencia del Estado nacionalsocialista, y que, por tanto, siguiendo fielmente esta doctrina y las órdenes impartidas por el Führer, actuaban convencidos de que eliminando a los judíos, cuantos más mejor, incluyendo niños, defendían al Estado nacionalsocialista. Maurach no defiende ciertamente en su dictamen esta teoría; es más, pretende distanciarse de ella, considerándola una aberración. Pero no deja de sorprender esta postura, cuando años atrás había sido él, en muchos de sus trabajos entre 1939 y 1944, el que sostenía esa vinculación entre judaísmo y bolchevismo. Pero independientemente de sus convicciones personales, lo que Maurach viene a decir es que esta ideología estaba tan profundamente arraigada entre los miembros de los Einsatzgruppen que era explicable que actuaran como actuaron; es decir, en “legítima defensa putativa del Estado por razones ideológicas”.

Con esta argumentación lo que, en realidad, estaba afirmando era la existencia de uno de los elementos que luego en el Estatuto de Roma se ha convertido no sólo en la característica principal de los Crímenes contra la Humanidad: que son los cometidos como parte de un “un ataque generalizado y sistemático contra la población civil” (art.7), sino también del elemento característico del delito de Genocidio, que fue definido

posteriormente en la Convención de la ONU de 1948, como la intención de destruir totalmente grupos humanos pertenecientes a una determinada etnia, raza o nacionalidad (art.6 del Estatuto de Roma). El Tribunal sentenciador llega a utilizar el término “genocidio”, entonces desprovisto todavía de contenido jurídico, para terminar finalmente calificando los hechos cometidos por los Einsatzgruppen como, aparte de otros delitos singulares, un Delito contra la Humanidad.

Curiosamente, en este contexto, Maurach cita como uno de los ideólogos nazis que habían contribuido a crear esa mentalidad entre los Einsatzgruppen y en amplios sectores de la población alemana, además de a Hitler y Rosenberg, a su antiguo enemigo Backhoff (p. 369), quien con sus escritos de denuncia contra Maurach había sido uno de los causantes de que en 1937 se le abriera el expediente disciplinario que le costó la expulsión del Instituto de Europa del Este de Breslau y puso en peligro su carrera académica. Lo que no dice, por supuesto, es que él también contribuyó a esa teoría, al menos en sus escritos a partir de 1939. Una vez más la astucia y el oportunismo de Maurach quedan en evidencia, pero también su afán en devolverle la pelota a Backhoff, quien por lo demás igual que él se reinsertó sin problemas en el nuevo sistema democrático de la República Federal Alemana, en la que llegó a ocupar puestos importantes.

Desde el punto de vista dogmático, Maurach se mueve, por tanto, en un terreno resbaladizo entre la justificación y la exculpación, en el que sin afirmar, en ningún caso, que las acciones de los Einsatzgruppen estuvieran justificadas, pretende exonerar a sus autores, a través de un entendimiento muy peculiar del estado de necesidad y de la legítima defensa, sin decir claramente cuál de las dos exenciones vendría en consideración, utilizándolas unas veces de foma alternativa y otras conjuntamente. Por aquellas fechas publicó su monografía “Schuld und Verantwortung im Strafrecht”, en la que siguiendo la tesis que había ya mantenido en su trabajo de habilitación sobre el estado de necesidad en 1935 (“Kritik der Notstandlehre”), consideraba que en caso de conflicto entre bienes de igual valor (vida y vida), el estado de necesidad era una especie de causa de exclusión de la responsabilidad por el hecho, una categoría que luego incluyó sistemáticamente en su Tratado entre la justificación y la exculpación, para explicar de un modo objetivo situaciones en las que ciertamente no cabía la justificación, pero tampoco exigir responsabilidad a quien se encontraba en esas situaciones (véase, por ejemplo, capítulos 30 y 31 del segundo volumen de la version española de su Tratado en 1962 y las notas de Juan Cordoba Roda en estos capítulos, ant.cit.). Esta era en su opinión, según manifiesta años mas tarde en su Tratado, la situación de los médicos que ejecutaron las medidas eutanásicas ordenadas por Hitler a enfermos mentales y terminales, interpretando dichas ordenes de manera restrictiva y salvando así a muchos de estos enfermos que si se hubieran cumplido las

órdenes deberían haber sido asesinados también. Pero nunca cita en este contexto en su Tratado el caso de los Einsatzgruppen.

El recurso a la legítima defensa putativa del Estado nacionalsocialista por razones ideológicas, traslada el problema al ámbito del error de prohibición o error sobre la existencia de una causa de justificación. No es este el momento de explicar aquí el tratamiento dogmático de esta clase de error. Maurach admite en su Tratado con muchas restricciones la posibilidad de que un particular pueda actuar en legítima defensa del Estado (ver Tratado an.cit, vol.I, p. 388); pero no se refiere para nada a casos como el de los Einsatzgruppen.

La posibilidad de invocar la obediencia debida a las órdenes del Führer es rechazada también enérgicamente por el Tribunal, pues en su opinión, éstas nunca podían ser vinculantes, de acuerdo con las normas nacionales e internacionales, para justificar las ejecuciones masivas de grupos enteros judíos y civiles, incluidos niños, que no habían atacado a las fuerzas alemanas ocupantes. El convencimiento que tenían los Einsatzgruppen de que matar judíos era igual que matar bolcheviques no era una creencia errónea ideológicamente condicionada, como pretendía Maurach, sino simplemente una perversión de los más elementales valores éticos de la humanidad, que obviamente el Tribunal sentenciador no podía admitir.

En consecuencia, rechazando el dictamen de Maurach y los argumentos del abogado defensor de Ohlendorf, lo condenó por su responsabilidad en unas 90.000 ejecuciones, a la pena de muerte (p. 510 y 587), que, tras haber sido confirmada, finalmente se ejecutó en 1951.

Téngase en cuenta que, según cálculos aproximados, los Einsatzgruppen llegaron a matar a más de un millón de personas entre la población civil ubicada en los territorios del Este. El total de muertos en la población civil rusa durante la Segunda Guerra Mundial fue superior a los diez millones, y el total de muertos por parte rusa en la guerra con los alemanes superó los veinte millones.

En definitiva, en el Proceso contra los Einsatzgruppen el Tribunal que lo juzgó apreció la existencia de los cargos que constituyen hoy el núcleo del actual Derecho penal internacional, tal como se configura a partir del Estatuto de Roma. Junto con el cargo de “pertenencia a una asociación ilegal”, la base jurídica para la condena de los Einsatzgruppen en este proceso fueron: “guerra de agresión”, “crímenes de guerra” y “crímenes contra la humanidad”. Posteriormente, a partir del Convenio de la ONU de 1949, se añadió el delito de “genocidio”, quedando, sin embargo, en la nebulosa jurídica la configuración de la “guerra de agresión” (sobre el estado actual del Derecho penal internacional y la configuración típica de cada uno de estos delitos véase WERLE, Tratado de Derecho penal internacional, 2ª ed., Valencia 2011).

Desde luego los argumentos de Maurach, que no convencieron al Tribunal, tampoco han convencido posteriormente a otros autores que se han ocupado de estudiar a los Einsatzgruppen. Daniel Jonah Goldhagen, en su libro *Hitler's Willing Executioners, Ordinary Germans and the Holocaust*, 1997, p. 393, llega incluso a decir que “Maurach, igual que los que cometieron los hechos, seguía todavía en el período posterior a la guerra, poseído de esta ideología, así que procedía a defenderla como si fuese correcta”. Nerlich se opone enérgicamente a esta conclusión, señalando que Maurach en ningún caso dijo que el hecho estuviera justificado ni defendió como propia la ideología de su mandante, pero admite ciertamente que su dictamen era confuso a este respecto (p. 405: “allerdings vermeidet er interessanterweise eine eindeutige Stellungnahme”: “ciertamente evita de forma interesante una clara posición”). Lo que, a mi juicio, sí queda claro es que el dictamen de Maurach en favor de Ohlendorf, era bastante parcial y tenía escaso fundamento jurídico, y sí, en cambio, mucho de ideológico.

Sería interesante estudiar desde el punto de vista dogmático los argumentos que Maurach mantuvo en este y en otros Procesos de Nuremberg para defender a los acusados de los mismos por similares crímenes de guerra. Pero desgraciadamente no conozco el contenido de esos dictámenes, ni sé tampoco si alguien ha realizado este estudio, y tampoco Nerlich se refiere a su contenido.

A los que Maurach no convenció ciertamente fue a los miembros del Órgano de control del Gobierno de los Aliados, que consideraron que con este dictamen Maurach había revelado su verdadera ideología, directamente nacionalsocialista, y que, por tanto, debía ser expulsado inmediatamente de la cátedra para la que acababa de ser nombrado en la Universidad de Munich. Concretamente, según relata Nerlich (p. 403), el Director de la sección cultural de la Oficina del Gobierno militar norteamericano, Alonso Grace, solicitó a la Universidad de Munich que revocara el nombramiento de Maurach pues en su “meditada opinión gente del espíritu del Profesor Maurach representaba un muy serio peligro para la democratización de Alemania y la paz mundial”. Y el que fue fiscal en el Proceso de los Einsatzgruppen, Ferencz, decía que Maurach tenía “el espíritu de Rosenberg y la actitud moral de Heinrich Himmler”.

Esta solicitud motivó que el Ministerio de Educación abriera un expediente y solicitara de Maurach y de la propia Facultad de Derecho una explicación. El Decano de la Facultad, Prof. Kaufmann solicitó a un grupo de profesores, entre ellos a Mezger, que manifestaran su opinión sobre el dictamen de Maurach. La respuesta fue que no era su misión juzgar las actividades que a título particular pudiera realizar un miembro de esa Facultad, aunque deploraban y rechazaban el contenido del dictamen como tal, con el que, por supuesto, no estaban de acuerdo. El Ministerio de Educación, por su parte, dio largas al asunto, entendiendo que en ningún caso podía prohibirse a un profesor que

expresara su opinión científicamente fundada respecto a cualquier tema, y que, igual que un abogado tenía todo el derecho a defender a su mandante cualquiera que fuese el delito del que era acusado, como ya había hecho el antecesor de Maurach, el Profesor Exner defendiendo al General Jodl, de igual manera un profesor podía expresar su opinión y ofrecer argumentos al abogado para su defensa, no existiendo ninguna diferencia entre ambas funciones.

La oficina del Gobierno de los Aliados no se dio por satisfecha con estas explicaciones y siguió solicitando la revocación del nombramiento de Maurach como profesor e incluso la revisión de su proceso de desnazificación. El hecho, según Nerlich, tuvo cierta trascendencia mediática y durante el semestre de verano de 1949 Maurach quedó apartado de su actividad docente. Pero una vez pasada esta “tormenta de verano”, Maurach reanudó su actividad académica sin mayores problemas. Poco a poco el caso se fue diluyendo. Los Procesos de Nuremberg habían terminado. Los rusos habían bloqueado el acceso a Berlín. La Guerra Fría había comenzado, y a los Aliados, principalmente a los norteamericanos ya no les interesaba tanto lo que habían hecho en el pasado los antiguos nazis, convertidos a la democracia, sino su actual anticomunismo visceral, del que habían dado ya prueba durante la etapa nacionalsocialista, y de la que diariamente daban prueba continuamente en sus actividades profesionales, académicas o políticas. Y en el caso de Maurach no había la menor de duda de su anticomunismo. Solo tuvo que ocultar el antisemitismo del que había hecho gala entre 1939 y 1944.

Sin embargo, todavía algunos años más tarde no tuvo inconveniente en extender también el manto piadoso de la exención de responsabilidad penal a un sujeto acusado de haber cometido hechos similares a los de los Einsatzgruppen. Según relata Hans Magnus ENZENBERGER (Política y delito, Barcelona, 1968, p. 23 y 24):

“A principios de 1964 compareció en juicio el ex sargento mayor L. Scherer en Kempten/Allgäu. Fue acusado de haber encerrado en una choza de madera a quince hombres, mujeres y niños, a quienes había sorprendido en la tala de una zona de bosques en el distrito de Brjansk durante la Segunda Guerra Mundial, pegando luego fuego a la choza y arrojado encima granadas de mano. El profesor Maurach de la Universidad de Munich presentó un informe al tribunal. En él sostenía la opinión de que al dictar sentencia habría que tener en cuenta la “extraordinaria excitación del soldado”. La matanza de quince hombres, mujeres y niños la consideraba él como “no contraria a la ley”. El tribunal dictó sentencia absolutoria. El acusado, según consta en los considerandos de la sentencia, se vio precisado a cumplir órdenes en estado de crisis”.

(Como he podido comprobar posteriormente la noticia de esta sentencia se encuentra en el periódico de la entonces República Democrática Alemana, NEUES DEUTSCHLAND, de 28

de febrero de 1964. No he podido encontrar las Actas de esta sentencia, ni el dictamen de Maurach. Sin embargo, en el mismo año el Bundesgerichtshof, es decir el Tribunal Supremo alemán, confirmó la sentencia de la Audiencia provincial (Landesgericht) de Kempten/Allgäu, considerando que el Schwurgericht, Tribunal de Jurado, había absuelto correctamente al acusado al apreciar que éste había actuado en un estado de necesidad putativo, temiendo que si no cumplía las ordenes recibidas de matar a los doce miembros de una familia rusa, incluyendo dos niños pequeños, podía verse expuesto a ser enviado a un batallón disciplinario o incluso algo peor (cfr. BGH, 15.12.1964 -1StR 254/64). Esta sentencia que yo sepa no tuvo el menor comentario en la bibliografía especializada de la época.

Con el nombramiento de Maurach, como Profesor de Derecho penal y proceso penal y Derecho del Este europeo, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Munich, y tras narrar los problemas que transitoriamente le causó las presiones del Control del Gobierno de los Aliados para que ese nombramiento fuera removido, termina el libro de Nerlich. A partir de ese momento cesa el trabajo de investigación que deja sin apenas mencionar los que Nerlich llama “los últimos años de su vida”, que fueron más de veinticinco. Pero como ya se ha dicho a Nerlich no le interesa la faceta de Maurach como penalista, o sólo en la medida en que tenga que ver con su otra faceta como investigador y ser uno de los fundadores de la especialidad de Derecho del Este europeo. Una verdadera laguna que sólo a través de las publicaciones en su etapa de Profesor en Munich y de los testimonios de sus discípulos en esa época puede culminarse.

Todavía hay noticia de algún problema que tuvo Maurach en los años 60 por sus antiguas relaciones con el nacionalsocialismo. Así, por ejemplo, en 1968 fue uno de los profesores, cuyas clases, junto con las de otros profesores con parecidas relaciones, fueron boicoteadas por un grupo de alumnos que solicitaban su expulsión de la Universidad. En 1965 se publicó por el Consejo nacional de la República Democrática Alemana el llamado “Braunbuch” (“el libro marrón”), un libro, también presentado en 1967 en la Feria del Libro de Frankfurt, donde fue secuestrado por orden judicial, en el que se contenía una lista de importantes personalidades de la política, de la empresa, de la judicatura, de la administración y de las universidades de la República Federal, que habían tenido estrechas relaciones u ocupados puestos importantes durante el régimen nacionalsocialista. Uno de ellos era Reinhart Maurach, del que el “Braunbuch” decía lo siguiente (traducción del autor de este artículo):

“Maurach, Reinhart, Prof.Dr.

Antes de 1945: Profesor fascista de Derecho penal y Director del Instituto de derecho del Este europeo en la Universidad de Königsberg (Kaliningrad); Director de Sección en el Instituto del Este europeo en Breslau (Wrocław); Juez nacionalsocialista; destacado por

sus publicaciones antisemitas; publicó artículos en la revista “Weltkampf”, órgano central del antisemitismo en la Alemania fascista; miembro activo del Partido Nacionalsocialista (NSDAP);

Después de 1945: Profesor y Director del Instituto de Derecho penal y proceso penal, así como de Derecho del Este europeo en la Universidad de Munich; miembro de la “Consejo de investigación “Johann-Gottfried-Herder”.

En realidad, nada que no sepamos hoy, incluso con más detalles, gracias sobre todo al libro de Nerlich. Pero no parece que la referencia a su persona en el “Braunbuch”, o las protestas estudiantiles de 1968, hicieran mucha mella en su actividad académica. En realidad, “peccata minuta”, si se comparan estas acusaciones con los avatares que había sufrido en algunos momentos de su vida anterior a 1945 y en los primeros años de su incorporación a la Universidad de Munich después de 1945.

A través del testimonio de sus discípulos directos en la Universidad de Munich no tenemos especiales referencias a su vida anterior a 1945 ni a los problemas que tuvo tras su incorporación a la Universidad de Munich. Ni en la breve biografía que escriben sus discípulos Schroeder y Zipf en el prólogo del libro Homenaje que le dedicaron en 1972 (Festschrift für Reinhart Maurach, edit. Schroeder/Zipf, 1972), ni en las notas necrológicas que escribieron a su muerte en 1976 también sus otros discípulos, Gössel y Fincke, se dice otra cosa que no sea que fue un ejemplar jurista, siempre respetuoso con el Estado de Derecho. En el Libro Homenaje ni siquiera se contienen contribuciones sobre Derecho del Este europeo, ni una lista de sus publicaciones.

6. Lo que para mí, sin embargo, queda claro, es que Maurach, independientemente de sus vinculaciones con el régimen nacionalsocialista y de su mayor o menor afinidad con la ideología de este régimen, fue un gran jurista y uno de los penalistas más importantes de la segunda mitad del siglo XX. Su Tratado de Derecho penal puede considerarse una de las obras más relevantes del renacer de la Dogmática jurídicopenal alemana tras la Segunda Guerra Mundial. En él se reúne junto a un gran rigor dogmático una buena exposición de las consecuencias prácticas sobre todo jurisprudenciales de sus planteamientos teóricos. En mi opinión, Maurach seguía más fielmente el Tratado de Mezger, que los planteamientos de Welzel, aunque en la exposición sistemática de la Teoría del Delito siguiera la sistemática welzeliana. Probablemente en su etapa de Juez en Breslau (1933/1939) aprendió mucho de la praxis y seguro que tuvo que estudiar a fondo y utilizar el Tratado de Mezger, cuya segunda edición de 1933 (la que fue traducida al español y anotada por Rodríguez Muñoz), sin ninguna contaminación nacionalsocialista, constituía la mejor exposición de la Dogmática jurídico penal alemana elaborada desde los tiempos de Binding y Beling ya a principios de siglo y continuada por M.E.Mayer y por el propio Mezger en los años posteriores a Primera Guerra Mundial, durante la República de Weimar (la primera edición

de su Tratado es de 1931). Esta identificación, al menos en su planteamiento dogmático, con Mezger, es quizás lo que, independientemente de la afinidad ideológica que hubiera entre ambos, llevó a Mezger a apoyarlo para que se incorporara al claustro universitario de la Universidad de Munich, como Profesor de Derecho penal, proceso penal y Derecho del este europeo. Y quizás por ello, y como muestra de agradecimiento, fue Maurach quien luego, junto con su otro colega muniqués Karl Engisch, editó el Libro Homenaje a Mezger que se publicó en 1953. En el prólogo a este Homenaje se explica un cierto retraso que sufrió esa publicación en aparecer, con una misteriosa referencia a que ello se debió a que algunos colegas que habían prometido mandar su contribución a dicho Homenaje, al final, “por razones no explicadas”, no lo hicieron. También se añade que uno de los editores había tenido un grave problema familiar (según he sabido después, el único hijo varón de Maurach murió por aquellas fechas en un accidente, lo que probablemente amargó y, según algunos de los que lo conocieron bien, agrió su carácter los años que vivió hasta su muerte en 1976).

7. Por lo que a mi relación personal con Maurach se refiere, no puedo olvidar que su Tratado, en la excelente traducción que de él hizo Juan Córdoba Roda, junto con el de Mezger, ya anteriormente aludido, fueron las obras sobre las que cimenté mi formación inicial como penalista. Por eso, cuando mi director de tesis, el Profesor José María Navarrete Urieta, discípulo directo de Mezger, me aconsejó que me fuera a Munich a estudiar con Reinhart Maurach, con el que Navarrete, tras su larga estancia en Munich seguía en contacto, no tuve la menor duda de que aquel iba a ser un momento importante en mi carrera académica, entonces apenas comenzada. Conocí personalmente a Maurach, que estaba ya a punto de jubilarse, y estuve vinculado a su cátedra el curso 1969/1970. Por allí estaban por entonces sus asistentes científicos, Heinz Zipf, quien acaba de habilitarse y recibir el llamamiento a la cátedra de Salzburg, y Karl Heinz Gössel quien fue el que se ocupó personalmente de mí. Para esa época su otro discípulo Schroeder había obtenido ya la cátedra de Regensburg, aunque siguió vinculado a Munich como sucesor de Maurach en la Dirección del Institut für Ostrecht. El otro asistente, Martin Fincke, se ocupaba más bien de las actividades de este Instituto.

En aquellas fechas estaban en Munich, los discípulos de Juan Córdoba Roda, José Ramón Casabó, luego catedrático de Derecho penal en la Universidad de Valencia, y posteriormente los luego profesores titulares de Derecho penal de la Universidad de Barcelona, José María Escrivá y Angel de Sola; y finalmente un jovencísimo Santiago Mir Puig.

Durante ese tiempo, me entrevisté varias veces con Maurach, quien siempre me atendió amablemente y recuerdo que incluso en una de esas entrevistas me dedicó un ejemplar del libro que acaba de editar „50 Jahre des Soweitsrechts“, que todavía conservo. Pero lo más importante para mí, fue que escribió un Gutachten, apoyando

mi solicitud de una Beca de Investigación de la Fundación Alexander von Humboldt, que finalmente obtuve.

Cuando regresé a Munich, como becario Humboldt, en septiembre de 1971, acababa de llegar, como sucesor de Maurach, el ya entonces famoso, a pesar de su juventud, Claus Roxin, al que realmente considero mi maestro, aunque no por eso niegue la influencia que tuvo en mi formación inicial como penalista la obra de Maurach, tanto su Parte general, como su Parte especial, lo que se puede ver perfectamente en mi tesis doctoral “El delito de alzamiento de bienes”, Barcelona 1970, y sobre todo en la sistemática de mi “Derecho penal, Parte especial” (1ª ed. Sevilla, 1975/76; 20ª edición. Valencia, 2015).

Pero con Roxin comenzaba realmente una nueva etapa de la Dogmática jurídicopenal. Quien conozca la evolución de mi obra en los últimos cuarenta y cinco años, puede comprobar hasta qué punto la obra de Roxin fue decisiva en mi formación como penalista, como también lo fueron en mis inicios las obras de Mezger y Maurach, y en menor medida la del italiano Crispigni, que fueron los autores que me recomendó el Profesor Navarrete Urieta que estudiara cuando inicié mi carrera como penalista. El que, como después se ha demostrado, estos penalistas fueran también, marcados por el signo de la época que les tocó vivir, al menos en una parte de sus vidas, fieles seguidores de la ideología nacionalsocialista o fascista, en nada desmerece la importancia de sus obras en el estudio dogmático o técnicojurídico del Derecho penal. Conocer también esta otra cara de sus vidas y obras, es algo que siempre debemos agradecer a investigaciones históricas, como ésta de Viktor Nerlich, aunque, como ya he dicho, adolezca, a mi juicio, en lo que se refiere a Maurach como penalista, de una importante laguna, que en la medida de lo posible he procurado colmar con algunas de mis propias investigaciones y con mi conocimiento personal de su vida y obra.

Orientações aos colaboradores da Revista Justiça e Sistema Criminal

Histórico e missão

A Revista Justiça e Sistema Criminal é um espaço para divulgação da produção científica e acadêmica de temas relativos ao sistema criminal, compreendendo aspectos relacionados tanto ao Direito e ao Processo Penal quanto à Criminologia, à Política Criminal, à Sociologia Jurídico-Penal e à Filosofia do Direito Penal, visando principalmente difundir modernas tendências das áreas referidas, em sentido crítico e evolutivo.

Os temas principais estão vinculados ao desenvolvimento dos trabalhos do Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal, que reúne pesquisadores de diversas universidades e acadêmicos de graduação e pós-graduação da FAE Centro Universitário. Entre nossos leitores, encontram-se professores, alunos de graduação e pós-graduação, profissionais da área jurídica e consultores de empresas públicas e privadas.

Objetivo

O objetivo da Revista Justiça e Sistema Criminal é promover a publicação de temas relacionados ao Direito e ao Processo Penal quanto à Criminologia, à Política Criminal, à Sociologia Jurídico-Penal e à Filosofia do Direito Penal.

Pretende-se contribuir para o desenvolvimento teórico do modelo de controle social criminal a partir da difusão de ideias modernas e críticas que ajudem na construção de um perfil humanista do sistema criminal.

Assim, será dada prioridade à publicação de artigos que, além de inéditos, nacional e internacionalmente, tratem de temas contemporâneos relacionados com a matéria criminal e que tenham perfil preferencialmente crítico.

Orientação editorial

Os trabalhos selecionados pela Revista Justiça e Sistema Criminal serão aqueles que melhor se adequem às linhas de pesquisa desenvolvidas pelo Grupo de Estudos Modernas Tendências do Sistema Criminal, acessíveis pela plataforma de grupos de pesquisa do CNPq.

Os trabalhos podem versar tanto sobre análises teóricas quanto experiências da práxis jurídica, resultantes de estudos de casos ou pesquisas direcionadas que exemplifiquem ou tragam experiências, fundamentadas teoricamente e que contribuam com o debate estimulado pelo objetivo da revista.

Enfatiza-se a necessidade de os autores respeitarem as normas estabelecidas nas Notas para Colaboradores. Os trabalhos serão publicados de acordo com a ordem de aprovação.

Focos

O principal requisito para publicação na Revista Justiça e Sistema Criminal consiste em que o artigo represente, de fato, contribuição científica. Tal requisito pode ser desdobrado nos seguintes tópicos:

- O tema tratado deve ser relevante e pertinente ao contexto e ao momento e, preferencialmente, pertencer à orientação editorial.
- O referencial teórico-conceitual deve refletir o estado da arte do conhecimento na área.
- O desenvolvimento do artigo deve ser consistente, com princípios de construção científica do conhecimento.
- A conclusão deve ser clara e concisa e apontar implicações do trabalho para a teoria e/ou para a prática jurídico-penal. Espera-se, também, que os artigos publicados na Revista Justiça e Sistema Criminal desafiem o conhecimento e as práticas estabelecidas com perspectivas provocativas e inovadoras.

Escopo

A Revista Justiça e Sistema Criminal tem interesse na publicação de artigos de desenvolvimento teórico e prático forense.

Os artigos de desenvolvimento teórico devem ser sustentados por ampla pesquisa bibliográfica e devem propor novos modelos e interpretações para aspectos relacionados ao sistema criminal.

Os trabalhos empíricos devem fazer avançar o conhecimento na área, por meio de pesquisas metodologicamente bem fundamentadas, criteriosamente conduzidas e adequadamente analisadas.

Normas de publicação para os autores

- **Os artigos publicados são de inteira responsabilidade dos autores. A FAE não se responsabiliza pelas opiniões emitidas.**
- Os autores devem enviar os artigos indicando sua afiliação acadêmica, isto é, apontando a universidade, a faculdade, o departamento, a cidade, o estado e o país a que estão vinculados.
- O envio dos artigos para submissão à análise, com vistas à publicação, implica que o autor abre mão de seus direitos autorais, ainda que a publicação em questão não tenha fins lucrativos.
- Caso os artigos tenham sido derivados de pesquisa subsidiada, é obrigatória a indicação da entidade de fomento participante.
- Os trabalhos encaminhados para publicação na Revista Justiça e Sistema Criminal serão considerados licenciados a esta pelo prazo de duração dos direitos patrimoniais do autor. Os trabalhos também poderão ser publicados em outros lugares, em qualquer tipo de mídia, impressa ou eletrônica, mas a responsabilidade referente aos direitos de autoria, em face da publicação na Revista Justiça e Sistema Criminal, serão de responsabilidade exclusiva do autor.
- Os trabalhos devem ser enviados pelo correio eletrônico, para o endereço revistajsc@sistemacriminal.org. Recomendamos a utilização do processador de texto Microsoft Word 97. Pode-se, no entanto, utilizar qualquer processador de texto, desde que os arquivos sejam gravados no formato RTF, que é um formato de leitura comum a todos os processadores de texto.
- Não há um número predeterminado de páginas para os textos. Esse número deve ser adequado ao assunto tratado. Os parágrafos devem ser alinhados à esquerda. Não devem ser usados recuos, deslocamentos, nem espaçamentos antes ou depois. Não se deve utilizar o tabulador <TAB> para determinar os parágrafos: o próprio <ENTER> já o determina. Como fonte, usar Arial, corpo 12. Os parágrafos devem ter entrelinha 1,5; as margens superior e inferior 2,0 cm e as laterais 3,0 cm. O tamanho do papel deve ser A4.
- Os trabalhos deverão ser precedidos por uma folha na qual deverá constar, impreterivelmente: título do trabalho, nome do autor (ou autores), qualificação (situação acadêmica, títulos, instituições às quais pertença e principal atividade exercida), endereço completo para correspondência, telefone, *fax* e *e-mail*, além da autorização de publicação do artigo.
- As referências bibliográficas deverão ser de acordo com a NRB 6023/2002 da ABNT. Deverão constar nas referências: SOBRENOME, Nome do autor. Título da obra em negrito. Tradução. Edição. Local: Editora, data.
- Os trabalhos deverão ser precedidos por um breve Resumo (10 linhas no máximo), em português e em outra língua estrangeira, e de um Sumário, no qual deverão constar os títulos com até três dígitos. (1, 1.1, 1.1.1).

- Deverão ser destacadas as palavras-chave, limitadas ao número de 5 (cinco), também em português e em outra língua estrangeira. Devem ser palavras ou termos que expressem as ideias centrais do texto, que possam facilitar posterior pesquisa ao trabalho.
- Todo destaque que se queira dar ao texto deve ser feito com o uso de itálico. Jamais deve ser usado o negrito ou a sublinha. Citações de textos de outros autores deverão ser feitas entre aspas, sem o uso de itálico. A introdução e a bibliografia, no sumário, não deverão ser numeradas.
- Não será prestada nenhuma remuneração autoral pela licença de publicação dos trabalhos. Em contrapartida, o colaborador receberá 2 (dois) exemplares do periódico, em cujo número seu trabalho tenha sido publicado, ou do produto digital, quando contido em suporte físico.
- Os trabalhos que não se ativerem a essas normas serão devolvidos a seus autores, que poderão reenviá-los, desde que efetuadas as modificações necessárias.
- A seleção dos trabalhos para publicação é de competência do Conselho Editorial da Revista. Todos os trabalhos serão primeiramente lidos pelos coordenadores da Revista, que os distribuirão, conforme a matéria, para os conselheiros ou ainda para pesquisadores que não sejam conselheiros da Revista, mas tenham reconhecida produção científica na área. Eventualmente, os trabalhos poderão ser devolvidos ao autor com sugestões de caráter científico. Caso o autor as aceite, ele poderá adaptá-lo e reencaminhá-lo para nova análise. Não será informada a identidade dos responsáveis pela análise dos trabalhos. Os trabalhos recebidos e não publicados não serão devolvidos.

Permuta

A Revista Justiça e Sistema Criminal faz permuta com as principais faculdades e universidades do Brasil, da Espanha, da Argentina e da Nicarágua.

Envio de artigos

Os artigos deverão ser encaminhados para:

FAE Centro Universitário - Grupo de Pesquisa Modernas Tendências do Sistema Criminal

Rua 24 de Maio, 135

80230-080 Curitiba -PR

E-mail: revistajsc@sistematicriminal.org

Site: www.sistematicriminal.org

Fone: (41) 2105-4098 - *Fax:* (41) 2105-4195

Agradecemos o seu interesse pela Revista Justiça e Sistema Criminal e esperamos tê-lo(a) como colaborador(a) frequente.

FAE