

REVISTA DE
**ESTUDOS
CRIMINAIS**

Nº 95 - OUTUBRO/DEZEMBRO 2024

**tirant
lo blanch**



**ESCOLA DE
DIREITO**

REVISTA DE
**ESTUDOS
CRIMINAIS**

Nº 95 - OUTUBRO/DEZEMBRO 2024



ESCOLA DE
DIREITO

Copyright© Tirant lo Blanch Brasil

Editor Responsável: Aline Gostinski

Capa, Projeto Gráfico e Diagramação: Analu Brettas

Publicação do Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais e do Programa de Pós-graduação em Ciências Criminais da Escola de Direito da PUCRS publicada pela Editora Tirant lo Blanch Brasil.

Os conceitos emitidos em trabalhos assinados são de responsabilidade de seus autores. Os originais não serão devolvidos, embora não publicados. Os artigos são divulgados no idioma original ou traduzidos.

Os acórdãos selecionados para esta Revista correspondem, na íntegra, às cópias dos originais obtidas na Secretaria do Supremo Tribunal Federal e dos demais tribunais.

Proibida a reprodução parcial ou total, sem autorização dos editores.

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS – ANO XXIV – Nº 95

ISSN 1676-8698

Periodicidade trimestral

ASSINATURAS:

São Paulo: (11) 2894-7330 - (48) 9 9914-0685

comercial2@tirant.com / atendimento@tirant.com

editoratirantbrasil@tirant.com

www.itecrs.org/rec

tirant.com/br - editorial.tirant.com/br

DOI: 10.53071/jou-2023-04-15-643ac31e48f30

É proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, inclusive quanto às características gráficas e/ou editoriais. A violação de direitos autorais constitui crime (Código Penal, art.184 e §§, Lei nº 10.695, de 01/07/2003), sujeitando-se à busca e apreensão e indenizações diversas (Lei nº9.610/98).



tirant
lo blanch

Todos os direitos desta edição reservados à Tirant lo Blanch.

Fone: 11 2894 7330 / Email: editora@tirant.com / atendimento@tirant.com

tirant.com/br - editorial.tirant.com/br/

REVISTA DE
**ESTUDOS
CRIMINAIS**

Nº 95 - OUTUBRO/DEZEMBRO 2024



ESCOLA DE
DIREITO

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 95

Editores-chefes

Prof. Dr. Daniel Achutti
Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira

Editores-assistentes

Mestre Alberto Rutke
Doutora Maria Eduarda Azambuja Amaral
Mestranda Vitória Battisti da Silva

Consultores

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich
Prof. Dr. Nereu Giacomolli

Conselho Editorial Nacional

Profa. Dra. Ana Cláudia Bastos de Pinho (Universidade Federal do Pará)
Prof. Dr. Augusto Jobim do Amaral (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Aury Celso Lopes Júnior (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt (Faculdade Damas da Instrução Cristã/PE)
Profa. Dra. Clarice Beatriz Sohngen (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Davi Tangerino (Universidade do Estado do Rio de Janeiro)
Prof. Dr. Fabio Roberto D'Avila (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Felipe Augusto Forte de Negreiros Deodato (Universidade Federal da Paraíba)
Prof. Dr. Geraldo Prado (Universidade Autónoma de Lisboa)
Profa. Dra. Helena Regina Lobo da Costa (Universidade de São Paulo)
Profa. Dra. Heloisa Estellita (Fundação Getúlio Vargas)
Prof. Dr. Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (Universidade Federal do Paraná)
Prof. Dr. Luiz Eduardo Soares (Universidade Federal do Rio de Janeiro)
Prof. Dr. Marcelo de Almeida Ruivo (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Paulo Vinicius Sporleder Souza (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Ricardo Jacobsen Gloeckner (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul)
Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello (Universidade Federal da Bahia)
Prof. Dr. Salo de Carvalho (Universidade Federal do Rio de Janeiro)

Endereço para correspondência:

Prof. Dr. Alexandre Wunderlich – Direção da Revista de Estudos Criminais
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais – PPGCCRIM
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS
Av. Ipiranga, 6681 – Porto Alegre/RS
CEP 90619-900 – E-mail: rec@itecrs.org

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 95

Conselho Editorial Internacional

Prof. Dr. Adem Sözüer (Universidade de Istambul)
Prof. Dr. Arndt Sinn (Universidade de Osnabrück)
Prof. Dr. Byung-Sun Cho (Universidade Cheongju)
Profa. Dra. Clelia Iasevoli (Universidade de Nápoles)
Prof. Dr. David Sanchez Rúbio (Universidade de Sevilha)
Prof. Dr. Fernando Machado Pelloni (Universidade de Buenos Aires)
Prof. Dr. Luis Greco (Universidade Humboldt de Berlim)
Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente (Universidade Autónoma de Lisboa)
Prof. Dr. Manuel Jesus Sabariego Gómez (Universidade de Sevilha)
Profa. Dra. Maria João Antunes (Universidade de Coimbra)
Prof. Dr. Rui Cunha Martins (Universidade de Coimbra)
Prof. Dr. Stefano Ruggieri (Università deli Studi di Messina)
Prof. Dr. Vittorio Manes (Universidade de Bolonha)

Professores pareceristas

Adrian Silva. Adriano Teixeira. Alaor Leite. Alexis Couto de Brito. André Machado Maya. Ângelo Roberto Ilha da Silva. Antônio Martins. Antonio Tovo. Antônio Vieira. Bruno Tadeu Buonicore. Bruno Rotta de Almeida. Caique Ribeiro Galicia. Camila Hernandez. Carolina Stein. Camile Eltz de Lima. Carlo Velho Masi. Chiavelli Fazenda Falavigno. Christiane Russomano Freire. Conrado Gontijo. Daniel Brod Rodrigues de Sousa. Denis Andrade Sampaio Junior. Denise Luz. Eduardo Baldissera Carvalho Salles. Eduardo Pitrez de Aguiar Corrêa. Eduardo Saad-Diniz. Eduardo Viana. Fabiane da Rosa Cavalcanti. Fábio D'Avila. Felipe De-Lorenzi. Felipe Faoro Bertoni. Felipe Mrack Giacomolli. Frederico Horta. Gabriel Divan. Gamil Föppel. Giovanni Saavedra. Guilherme Michelotto Bôes. Guilherme Lucchesi. Gustavo Noronha de Ávila. Henrique Saibro. Jacqueline Sinhoretto. Jader Marques. Jádía Timm dos Santos. Janaina Roland Matida. Jhonatas Pérciles Oliveira de Melo. João Daniel Rassi. João Paulo Orsini Martinelli. Jorge Trindade. José Carlos Porciúncula. José Linck. Keity Mara Ferreira de Souza e Saboya. Laura Gigante Albuquerque. Laura Girardi Hypolito. Leonardo Schmitt de Bem. Luiz Antônio Bogo Chies. Luiza Farias Martins. Marçal Luis Ribeiro Carvalho. Marcella Alves Mascarenhas Nardelli. Marcelo Almeida Ruivo dos Santos. Marcelo Azambuja Araújo. Marcelo Buttelli Ramos. Marcelo Mayora Alves. Marco Scapini. Marcos Eduardo Eberhardt. Mariana Gastal. Marina Pinhão Coelho Araújo. Mariana Weigert. Moysés Pinto Neto. Michelle Karen Batista dos Santos. Nestor Araruna Santiago. Patricia Carraro Rossetto. Paulo César Busato. Paulo Vinicius Sporleder de Souza. Raffaella Pallamolla. Ramiro Gomes Von Saltiel. Raphael Boldt. Raquel Lima Scalcon. Renata Machado Saraiva. Romulo Fonseca Morais. Rowana Camargo. Ruth Maria Chittó Gauer. Thiago Allisson Cardoso de Jesus. Thiago Bottino do Amaral. Victor Gabriel Rodríguez. Twig Lopes. Vinicius Gomes de Vasconcelos.

REVISTA DE ESTUDOS CRIMINAIS

ANO XXIV – 2024 – Nº 95

PUCRS
Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais

Decano da Escola de Direito
Prof. Dr. Fabricio Dreyer de Avila Pozzebon

Decana Associada
Profa. Dra. Regina Linden Ruaro

Coordenador do PPGCCRIM
Prof. Dr. Nereu José Giacomolli

ITEC
Instituto Transdisciplinar de Estudos Criminais

Diretoria
Presidente Rodrigo Moraes de Oliveira
Vice-Presidente Camile Eltz de Lima
Secretário Alberto Ruttke
Tesoureira Helena Costa Franco

Conselho Permanente
Alexandre Wunderlich
Andrei Zenkner Schmidt
Antonio Tovo
Bruna Aspar Lima
Camile Eltz de Lima
Daniel Achutti
Fabio Roberto D' Avila
Felipe de Oliveira
Fernanda Osório
Giovani Saavedra
Helena Costa Franco
Jader Marques
Lilian Reolon
Marcelo Caetano Guazzelli Peruchin
Marcelo Almeida Ruivo
Paulo Vinícius Sporleder de Souza
Rafael Braude Canterji
Rodrigo Moraes de Oliveira
Salo de Carvalho

NOTAS DOS EDITORES

A presente edição da Revista de Estudos Criminais brinda o público com uma combinação muito especial.

Para além da costumeira seleção de ótimos artigos, que percorre uma gama de temas relevantes, como inteligência artificial, execução penal, teoria do crime, criminologia, processo penal e direito penal econômico, nesse volume temos a grata satisfação de também contar com um magnífico dossiê.

Trata-se de um trabalho de fôlego, de alcance interinstitucional e nacional, que mostra toda a importância e a força da pesquisa no âmbito das ciências criminais, cuja apresentação deixamos aos cuidados dos queridos Professores Rodrigo Ghiringhelli de Azevedo e Roberto Kant de Lima, coordenadores da obra, a quem agradecemos a oportunidade dessa publicação.

Outrossim, aproveitamos para registrar o nosso agradecimento a todos autores e autoras que submeteram seus artigos e pareceres ao longo de 2023, bem assim aos nossos fiéis leitores e leitoras, na certeza de que 2024 reserva muitas novidades para todos.

Votos de uma excelente leitura!

Prof. Dr. Rodrigo Moraes de Oliveira

Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da
Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul
- PPGCCrim/PUCRS

Prof. Dr. Daniel Silva Achutti

Instituto Transdisciplinar
de Estudos Criminais - ITEC

- 11** | **Desarrollo tecnocientífico y puesta en riesgo. El abordaje penal del progreso en España**
Mariana N. Solari Merlo
- 34** | ***Queimada* de gillo pontecorbo y caliban de *la tempestad* de Shakespeare: el discurso del amo y el uso calibanesco del derecho**
David Sánchez Rubio
- 67** | **La política de guerra contra las drogas en América Latina: algunas consecuencias y daños colaterales**
Pablo Galain Palermo
- 99** | **Combating corruption and the weakening of fundamental guarantees: operation car wash as a criminal procedure of the enemy**
Gustavo de Souza Preussler, Eric Gustavo Cardin e Francis Pignatti do Nascimento
- 117** | **Lavagem de ativos financeiros: da transcontinentalidade à territorialidade**
Hioman Imperiano de Souza
- 140** | **O pioneirismo da teoria de August Hegler e sua importância para construção do conceito de domínio do fato de Claus Roxin**
Simone de Sá Rosa Figueirêdo e José Mario Ramos Correia de Araújo

SUMÁRIO

- 162** | **Ressignificações autoritárias no processo penal: o exemplo do juiz das garantias**
Daniel Nascimento Duarte e Clécio Lemos
- 185** | **Lesão corporal leve contra mulher: conflito entre os §§ 9º e 13 do art. 129 Do código penal**
Davi de Paiva Costa Tangerino
- 206** | **Glosas ao “Condição Moral e Jurídica do Encarcerado”, de Roberto Lyra, em homenagem ao centenário de sua publicação**
Salo de Carvalho e Leonardo Furtado Carvalho

DESARROLLO TECNOCIENTÍFICO Y PUESTA EN RIESGO. EL ABORDAJE PENAL DEL PROGRESO EN ESPAÑA

TECHNO-SCIENTIFIC DEVELOPMENT AND RISK. THE CRIMINAL APPROACH TO PROGRESS IN SPAIN

DESENVOLVIMENTO TECNOCIENTÍFICO E RISCO. A ABORDAGEM CRIMINAL DO PROGRESSO NA ESPANHA

MARIANA N. SOLARI MERLO¹

RESUMO: El reconocimiento de los intereses colectivos afectados por conductas de riesgo catastrófico ha sido uno de los hitos que ha acompañado al desarrollo de las industrias modernas. En este sentido, los bienes afectados en este ámbito carecen de los antecedentes remotos que tienen otros intereses protegidos puesto que ninguna acción podía poner en riesgo –catastrófico- su integridad. Conforme la actividad tecnocientífica se fue expandiendo, los distintos sectores industriales se fueron extendiendo y, con ellos, los riesgos derivados de su mal funcionamiento. El aumento de la tecnificación y el tipo de tecnologías desarrolladas supuso que su potencial lesivo fuera mayor, pudiendo afectar no sólo de modo directo a las personas sino también de manera indirecta, mediante la degradación del entorno. Así, se hace necesario reflexionar acerca del interés realmente tutelado bajo estas conductas y el modo de tipificación empleado por el legislador penal español.

Palabras clave: derecho penal y riesgo, bienes jurídico colectivos, seguridad colectiva, delitos de liberación de organismos, delitos de energía nuclear, delitos riesgo catastrófico

ABSTRACT: The recognition of the collective interests affected by catastrophic risk behaviors has accompanied the development of modern industries. In this sense, the affected legal interests lack the remote antecedents that other crimes have since no action could put their integrity at risk -catastrophic-. As the techno-scientific activity expanded, the different industrial sectors spread and, with them, the risks derived from their malfunction. The increase in technology and the type of technologies developed meant that their harmful potential was greater, being able to affect not only directly people but also indirectly, through the degradation of the environment. Thus, it is necessary to reflect on the interest really protected under these behaviors and the way of classification used by the Spanish criminal legislator.

¹ Doctora en Derecho Penal por la Universidad de Cádiz (España). Profesora Titular de la Universidad de Cádiz (España). Orcid: 0000-0002-7908-722X.

KEYWORDS: criminal law and risk, legally protected interest, collective security, crimes of release of organisms, nuclear energy crimes, catastrophic risk crimes

RESUMO: O reconhecimento dos interesses coletivos afetados por comportamentos de risco catastrófico tem acompanhado o desenvolvimento das indústrias modernas. Nesse sentido, os ativos afetados carecem dos antecedentes remotos que outros crimes têm, pois nenhuma ação poderia colocar sua integridade em risco -catastrófico-. À medida que a atividade tecnocientífica se expandia, os diferentes setores industriais se espalhavam e, com eles, os riscos derivados de seu mau funcionamento. O aumento da tecnologia e do tipo de tecnologias desenvolvidas fez com que o seu potencial nocivo fosse maior, podendo afetar não só diretamente as pessoas, mas também indiretamente, através da degradação do meio ambiente. Assim, é necessário refletir sobre o interesse realmente protegido sob essas condutas e a forma de classificação utilizada pelo legislador penal espanhol.

PALAVRAS-CHAVE: direito penal e risco, bens jurídicos coletivos, segurança coletiva, crimes de liberação de organismos, crimes de energia nuclear, crimes de risco catastrófico

SUMÁRIO: 1 Introducción; 2 Bien jurídico lesionado; 3 Delitos relativos a la energía nuclear; 4 Delitos relativos a otras actividades peligrosas; 4.1 Explosivos y otras sustancias peligrosas (art. 348 CP); 4.2 Manipulación de genes no humanos (art. 349 CP); 4.2.1 Regulación extrapenal; 4.2.2 Tipificación; 5 Conclusiones; Bibliografía.

1 Introducción

La evolución tecnocientífica trae aparejado el progreso industrial y, con él, la exportación de riesgos inherentes a su actividad allí por donde se desarrolla. Las conductas que aquí se analizan se encuentran asociadas a sectores desarrollados con posterioridad a otros ámbitos industriales que las preceden, tales como la industria farmacéutica y alimenticia, por ejemplo. El potencial lesivo de la energía nuclear, los organismos genéticamente manipulados o determinadas sustancias actualmente empleadas constituyen nuevos espacios por los que el desarrollo se manifiesta; los riesgos generados tienen lugar una vez que dichas actividades alcanzan cierto nivel de expansión por toda la sociedad. En este sentido, sus implicaciones están asociadas al desarrollo tecnocientífico, al igual que ocurre con los delitos medioambientales o los relativos a la manipulación genética humana. A diferencia de estos, no obstante, la puesta en peligro no se predica de ningún interés novedoso, autónomo, sino sobre constructos artificiales que toman en consideración diversos bienes jurídicos.

En efecto, las conductas que aquí se analizan son potencialmente peligrosas para la denominada *seguridad colectiva* que no es más que la consideración de dis-

tintos intereses de carácter individual o colectivo tomados de modo conjunto y, en consecuencia, tutelados de modo anticipado. Es en este sentido que se habla de bienes jurídicos compuestos, mas lo controvertido de esta concepción requiere un ulterior análisis, tal y como se realizará a continuación.

2 Bien jurídico lesionado

Las figuras aquí analizadas ponen en peligro la seguridad colectiva por su capacidad de generar un riesgo de gran destrucción o daño², esto es, catastrófico. La seguridad colectiva, concepto de referencia según señala el Tít. XVII Código penal español (CPE), tiene un reconocimiento relativamente moderno en nuestra legislación y, según la sistematización del CPE actual, engloba, junto a las conductas relativas al riesgo catastrófico, los actos de incendio, los atentatorios contra la salud pública y los que ponen en peligro la seguridad vial. Se trata de un bien jurídico de carácter colectivo, es decir, un constructo abstracto cuya protección penal está legitimada por tutelar intereses básicos para la supervivencia y el bienestar humano. Este es el fundamento único de la intervención penal que se materializa en la protección de diversos entes –bienes jurídicos- de carácter individual y colectivo. En este sentido, antes de definir la seguridad colectiva, se hace necesario identificar ese interés individual para el ser humano que fundamenta su reconocimiento.

Para realizar esta labor, se puede comenzar constatando que los mencionados cuatro grupos de conductas, recogidos en sendos capítulos que componen el Título, presentan una diferencia fundamental entre sí y es que, mientras que en los últimos dos grupos –salud pública y seguridad vial- se pone el foco de atención en ámbitos parcelados de la vida de los seres humanos –esto es, el ser humano, en contexto, en tanto consumidor de productos lícitos (medicamentos y alimentos) e ilícitos (tráfico de drogas), y el ser humano como participe de las sociedades modernas y el tráfico rodado-, los otros dos grupos –riesgo catastrófico e incendios- recogen conductas donde el peligro puede extenderse a todos los ámbitos de su vida. Esta diferenciación nos conduciría a pensar que las personas se exponen a los distintos peligros provenientes de cada ámbito en diferente medida. En las conductas que afectan a ámbitos parcelados, por lógica, únicamente se expondrán a dichos peligros cuando consuman productos o participen en el tráfico. En las conductas que afectan a todos los ámbitos, la exposición es consecuencia de la propia existencia en las sociedades industrializadas modernas, por lo que tiene un carácter *constante*. Basta pensar, por ejemplo, en el riesgo de verse expuesto a productos radiactivos por un accidente nuclear, donde los individuos no “deben” *hacer nada*

2 El DRAE define “catástrofe” como “suceso que produce gran destrucción o daño”.

en concreto para convertirse en potenciales víctimas, y el riesgo de consumir algún producto adulterado, donde se debe realizar una acción concreta.

Ahora bien, pese a que esta diferenciación, entendemos, resulta clara desde un punto de vista teórico o abstracto, en la práctica, la distinción pierde peso toda vez que el consumo de los productos es una actividad de primera necesidad para la supervivencia humana y la participación en el tráfico es inevitable en las sociedades actuales. Son ámbitos parcelados, sí, pero esas parcelas se ejercen necesariamente de forma constante.

Otra diferencia que encontramos entre ambos grupos son los bienes jurídicos de referencia. Esto es, existen determinados bienes jurídicos de carácter colectivo que carecen de completa autonomía respecto a los bienes jurídicos de referencia (individuales). Así, a diferencia del medioambiente o la identidad genética –bienes jurídicos autónomos respecto al interés individual de supervivencia y bienestar humano que los fundamenta-, la seguridad colectiva y la salud pública se hallan vinculados a la protección de otros intereses³. Pues bien, partiendo de esta base, la distinción que apuntábamos entre ambos grupos radica en que los delitos contra la seguridad vial y la salud pública están vinculados a intereses de carácter exclusivamente individual, mientras que los riesgos catastróficos y los incendios afectan a intereses tanto individuales como colectivos. Realmente, esta diferencia se encuentra unida a la anterior ya que, como mencionábamos, estas últimas conductas no afectan a parcelas concretas sino a todos los ámbitos de la vida y bienestar humano por lo que los intereses tutelados de modo mediato serán su propia integridad pero también la del medio donde habita, cuya lesión o puesta en peligro derivará, de modo indirecto, en una merma de la calidad de vida de las personas. Entendemos que esta es la razón por la que encontramos referencias al medioambiente en estas conductas pero no en las anteriores –salud pública y seguridad vial. Así, la tutela de la seguridad colectiva, al igual que la salud pública –parcela concreta de la anterior-, supone una anticipación de la intervención penal respecto a los intereses protegidos de modo mediato.

Dadas estas características, ofrecer una definición del concepto de *seguridad colectiva* se hace complejo. Quienes sostienen su carácter autónomo, lo definen como “*el derecho que todos tienen para el desenvolvimiento normal de sus vidas en paz,*

3 De modo similar, Morales Prats y García Solé que señalan que, si bien la referencia contenida en los preceptos a otros bienes jurídicos –vida, integridad, salud, bienes...- no puede entenderse como la mención al bien jurídico tutelado directamente, ha de servir de “*parámetro (certero) de referencia de los juicios de peligro expresados típicamente... el objeto jurídico de protección inmediato es la seguridad colectiva, lo que no obsta para que los referidos bienes jurídicos individuales constituyan un objeto mediato de protección, situado en una relación secuencial valorativa con el bien jurídico supraindividual*”. MORALES PRATS, F.; GARCÍA SOLÉ, M. Tit. XVII. De los delitos contra la seguridad colectiva. Em: COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Traducción: Gonzalo Quintero Olivares; Fermín Morales Prats. 7ª ed., Cizur menor: Aranzadi, 2016. v. 2, p. 885–897. p. 889.

sosiego, bienestar y tranquilidad"⁴, asociándolo con la noción de bienestar general o calidad de vida del conjunto de la ciudadanía⁵. La definición en estos términos presenta un problema, apuntado ya por la doctrina⁶, y es su falta de concreción. Como bien se señala, son múltiples las causas que pueden perturbar la paz, sosiego, bienestar y tranquilidad de las personas, tales como diversas formas de criminalidad –seguridad ciudadana– o prácticas económicas fuera de control –seguridad económica⁷, por lo que una definición que sea aplicable a diversas realidades carece de eficacia. Entendemos que la noción de seguridad colectiva no puede perder de referencia los bienes protegidos de modo mediato, pero es más, no encontramos ningún otro interés protegido.

Ahora bien, existen razones para aceptar este constructo de seguridad colectiva como bien jurídico colectivo. Así, en primer lugar, como se ha comentado, los intereses protegidos *detrás* de la seguridad colectiva son múltiples. Se trata de conductas multiofensivas que ponen en peligro la vida, integridad, salud y patrimonio (bienes jurídicos individuales) de los individuos, pero también el medioambiente (bien jurídico colectivo). Con estas referencias mediatas, que incluyen bienes jurídicos colectivos, la seguridad colectiva necesariamente ha de tener un carácter colectivo. Asimismo, la entidad de los potenciales riesgos en términos de lesividad y alcance, justifica la intervención anticipada del Derecho penal por el peligro colectivo –a numerosos individuos– que representa⁸.

Así, las conductas de riesgo catastrófico constituyen un riesgo generalizado en las sociedades actuales y, por esta misma razón, necesitado de concreción ante la intervención penal. Como señalamos, el Derecho penal no puede prevenir el riesgo porque es consustancial al funcionamiento de las sociedades modernas. La vida actual se vería paralizada. Su intervención debe estar fundada en la lesión o la puesta en peligro. El recurso al peligro, como la concreción de un riesgo para un interés protegido, se fundamenta en estos delitos por el alcance de la lesividad que tendrían los resultados, de materializarse⁹. Y es esa necesidad de concreción la que

4 DE LA CUESTA AGUADO, P. M. Respuesta penal al peligro nuclear. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, 1994. p. 83 y ss.; MORÁLES PRATS; GARCÍA SOLÉ, 2016, p. 890.; MUÑOZ CONDE, F. Derecho penal: parte especial. 22ª ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019. p. 563-564. Este último autor hace referencia a la *tranquilidad colectiva*.

5 QUERALT JIMÉNEZ, J. J. Derecho penal español. Parte especial. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015. p. 935-936.

6 Entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, C. Sección 3ª. De los delitos relativos a riesgo provocados por explosivos y otros agentes. *Em*: COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL. Traducción: Gonzalo Quintero Olivares; Fermín Morales Prats. 7ª ed. Cizur menor: Aranzadi, 2016. v. 2, p. 912-933. p. 914-6915.; GARCÍA RIVAS, N. Delitos de riesgo catastrófico. *Em*: BOIX REIG, J. (org.). Derecho penal: parte especial. Madrid: Iustel, 2012. v. 3, p. 187-223. p. 187-206. No obstante, este último autor identifica la *seguridad nuclear* como objeto de protección.

7 *Ibidem*.

8 De modo similar, MUÑOZ CONDE, 2019, p. 563.

9 En relación a la evaluación del riesgo derivado de las plantas de energía nuclear mediante la *valoración probabilística de riesgos (VPR)*, cfr. DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 26 y ss.

debe suponer el rechazo de los delitos de mera actividad y de peligro abstracto, dada la falta de constatación del potencial lesivo de las conductas.

3 Delitos relativos a la energía nuclear

La legislación penal española incorporó por primera vez los delitos relativos a la energía nuclear en la década de 1960 mediante una ley especial. La Ley 25/1964, de 29 de abril, sobre energía nuclear, (LEN) reformada en diversas ocasiones. Entre los objetivos de la Ley (art. 1) se encontraba el *“proteger vidas, salud y haciendas contra peligros derivados de la energía nuclear y de los efectos nocivos de las radiaciones ionizantes”* (b) y, en este sentido, se apuntaban en la exposición de motivos las advertencias de la Junta de Energía Nuclear relativas al peligro que conllevan las radiaciones ionizantes así como la necesidad de sancionar figuras delictivas específicas en esta materia. Al margen de la cuestión penal, la Ley constituye el primero documento español que regula la materia en profundidad dado que, hasta entonces, las referencias a diversos aspectos de la energía nuclear estaban contenidos en distintas leyes de modo parcial. La aprobación de la Ley viene, en cierta medida, como se apunta en la exposición de motivos y también entre sus objetivos (art. 1.c), motivada por la firma de diversos compromisos internacionales adquiridos. En concreto, la referencia es hacia dos tratados suscritos en la década de 1960 en materia de responsabilidad civil. El primero es el Convenio de París, de 29 de julio de 1960, sobre responsabilidad civil en materia de energía nuclear y el segundo es el Convenio complementario al Convenio de París de 29 de julio de 1960, sobre responsabilidad civil en el campo de la energía nuclear, hecho en Bruselas el 31 de enero de 1963 (*Convenio de Bruselas*). Junto a estos, España firmaría en 1963 la Convención de Viena sobre responsabilidad civil por daños nucleares, aunque no ratificó su compromiso por lo que no puede considerarse Estado parte.

En la regulación original de las figuras delictivas, la especificidad y tecnicismo de la materia supuso optar por su regulación conjunta fuera del CPE, como se ha mencionado. En este sentido, el Cap. XIII de la LEN recoge 5 delitos que, con mayores o menores modificaciones, como se verá a continuación, se trasladarán luego al CPE –uno de estos es relativo a la violación de secretos nucleares que no será objeto de análisis¹⁰. Los cuatro restantes, cabe mencionar, se configuran como delitos de peligro y, en este sentido, se prevé una norma concursal para el caso de que las acciones conlleven resultados de muerte, lesiones o daños, aplicándose, de modo añadido, los correspondientes preceptos del CPE (art. 89). Asimismo, se prevé también el castigo de la imprudencia (art. 88).

¹⁰ Art. 87 LEN.

El CPE de 1995, vigente actualmente, introducirá estos delitos en su articulado pero la especialidad técnica de la materia supone que no pueda perderse de vista la LEN ya que los elementos normativos son frecuentes. Así, aunque no se contengan remisiones expresas, la utilidad del art. 2 de la citada normativa extrapenal deviene fundamental toda vez que contiene definiciones esenciales para la interpretación de estos delitos.

Los delitos que nos ocupan se recogen en la Secc. 1.^a del Cap. I del Tít. XVII CPE, relativa a los delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes. La primera figura delictiva es la relativa a la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos (art. 341), tal y como se hacía en los delitos tipificados en la LEN. La redacción típica de la figura ha cambiado, no sólo para ajustar las penas al catálogo moderno del CPE, sino también por añadir los elementos radiactivos entre los objetos y eliminar la específica mención al carácter intencional de la acción, acabando así la controversia relativa al dolo eventual¹¹, máxime cuando el CPE contiene una previsión específica para la modalidad imprudente. *Energía nuclear*, distinta de la noción de energía atómica¹², es aquella que se libera en las reacciones o transiciones de los núcleos de los átomos¹³. Fruto de este proceso se produce la liberación de partículas a gran velocidad, denominada radiación¹⁴. Esta radiación se denomina ionizante, esto es, es capaz de producir, directa o indirectamente, iones a su paso por la materia (art. 2 LEN) y, en determinadas cantidades –aquellas superiores a lo tolerable¹⁵–, puede ser lesiva para el ser humano. Elementos radiactivos, entendemos, puede interpretarse conforme al concepto de *material radiactivo* contenido en el art. 2 LEN “*todo aquel que contenga sustancias que emitan radiaciones ionizantes*”. Pues bien, la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos prohibida es la que ponga en peligro la vida o salud de las personas o sus bienes, entendiendo por tal la que sea capaz de generar un *daño nuclear* en los términos descritos en el art. 2 LEN.

Como advierten Morales Prats y García Solé, con el estado actual de la técnica, es imposible la construcción de centrales nucleares con riesgo de escape cero¹⁶, por lo que nos movemos en el ámbito del riesgo permitido. En este sentido, y a efectos de no considerar típico cualquier proceso de liberación de energía nuclear¹⁷, será fundamental acudir a la normativa reglamentaria reguladora de la

11 En prof., MORALES PRATS; GARCÍA SOLÉ, 2016, p. 894.

12 En prof., DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 175–176.

13 ALONSO SANTOS, A. *et al.* Léxico de términos nucleares. Madrid: Sección De Publicaciones de La Junta de Energía Nuclear, 1973. p. 126.

14 DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 176.

15 MORALES PRATS; GARCÍA SOLÉ, 2016, p. 891.

16 *Ibid.*, p. 892–893.

17 De modo similar, N. GARCÍA RIVAS, “Delitos de riesgo catastrófico”, *cit.*, p. 192.

materia para determinar las condiciones en que se produzca la liberación y en qué cantidad resulta lesiva para el ser humano. Es decir, se trata de conceptos valorativos y normativos, como bien apunta Queralt Jiménez¹⁸. En el ámbito de la causalidad esto puede resultar problemático puesto que muchas de las consecuencias lesivas no se manifestarán hasta transcurrido un tiempo. Especialmente cuando se habla de dosis pequeñas, inocuas por sí mismas, se debe tener en cuenta el efecto de la acumulación de estas dosis así como su combinación con otros factores cinéticos, considerando, también, que no todos los tejidos ni personas responden de la misma forma a similares dosis de radiación¹⁹. Se ha de añadir que este delito permite su comisión por omisión²⁰ y, en este sentido, la estructura del delito como peligro concreto²¹ convierte este problema en determinante para la imputación de conductas.

Resulta criticable, como bien se apunta²², la falta de distinción penológica entre los distintos resultados de peligro posible. Así, se equipara la puesta en peligro de la vida o la salud de las personas a la de los bienes, siendo conveniente haber introducido una modalidad atenuada para estos últimos, especialmente considerando que la siguiente figura delictiva únicamente excluye el castigo de la puesta en peligro de estos. Como apunta García Rivas, esto puede deberse a una traslación, irreflexiva, de la LEN que también incluye los daños materiales en el concepto de daño nuclear mas, como señala el autor, en el ámbito extrapenal esto tiene sentido toda vez que constituye la base para la determinación de la responsabilidad civil derivada de accidentes nucleares, pero carece de legitimación en sede penal²³. Para salvar esta desproporción, Queralt Jiménez entiende que el peligro de contaminación de los bienes sólo deberá ser considerado típico en la medida en que pueda vehicular la contaminación para las personas²⁴.

Siguiendo el orden de la antigua tipificación de la LEN, el siguiente delito del CPE es el relativo a la perturbación del funcionamiento de una instalación nu-

18 Señala el autor que *“siendo del mayor interés la cuestión ateniende a las dosis máximas o mínimas de exposición permitida por grupos de personas y situaciones, ha de partirse, en primer término de que, a fuer de llamar a la Ciencia, ésta debe aceptar sus limitaciones y la permanente provisionalidad de sus postulados y conclusiones. Precisamente, la evolución de los criterios científicos en esta materia, cuando no los abiertos enfrentamientos teóricos, son patentes; por ello, la verdad científica no existe, aunque, sin su orientación no podrá establecerse una base de razonamiento sólida”*, QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 938.

19 MORALES PRATS; GARCÍA SOLÉ, 2016, p. 893-894.

20 GARCÍA RIVAS, 2012, p. 193.; MORALES PRATS; GARCÍA SOLÉ, 2016, p. 894.; MUÑOZ CONDE, 2019, p. 565-566.

21 Señala Muñoz Conde que no se trata de un peligro concreto para el bien jurídico individual *“sino de un peligro general respecto al bien jurídico seguridad colectiva que obviamente puede ir también acompañado de una o varias lesiones de bienes jurídicos individuales con las que entraría, en su caso, en concurso ideal de delitos”*, MUÑOZ CONDE, 2019, p. 565. Entiende también que se trata de un peligro abstracto Jiménez QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 943.

22 MUÑOZ CONDE, 2019, p. 565.

23 GARCÍA RIVAS, 2012, p. 192.

24 QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 943.

clear (art. 342). Con respecto a la regulación anterior, el precepto adecua también la pena, elimina la necesidad de que la perturbación sea *intencional* –interpretándose en el mismo sentido en relación al dolo eventual- y amplía el tipo penal en el sentido que se comentará. Se trata de un tipo penal subsidiario del art. 341 CPE, como deja claro el propio precepto al señalar “*el que, sin estar comprendido en el artículo anterior*”, que requiere perturbar el funcionamiento o alterar el desarrollo de actividades²⁵ y, con esto, crear una situación de grave peligro para la vida o salud de las personas. *Sensu contrario*, no cualquier perturbación o alteración será típica²⁶, se exige la generación de la situación de peligro, y este peligro debe ser grave para la vida o salud de las personas²⁷, quedando fuera del precepto el peligro de contaminación de bienes. Compartimos la interpretación de Muñoz Conde que señala que estas exigencias pueden deberse a que las conductas aquí penadas tiene menor gravedad que las contempladas en el artículo anterior, que no exige que el peligro sea grave ni excluye a los bienes de entre sus objetos²⁸. Estamos ante un delito de peligro concreto²⁹, modalidad que, como señalan Morales Prats y García Solé, puede haberse seguido en estos delitos –frente al peligro hipotético o abstracto- por la indeterminación de los conceptos de perturbar y alterar, susceptibles de interpretación en atención a la concreta situación. Por lo que respecta a los conceptos de instalación nuclear o radiactiva, así como de radiaciones ionizantes, se trata de elementos normativos del tipo cuya definición se encuentra contenida en el art. 2 LEN. Finalmente, es de destacar que, al igual que en el caso anterior, es posible la comisión por omisión.

Por lo que respecta al delito de contaminación radioactiva recogido en el ex art. 85 LEN, el CPE lo incorporará en su art. 343 con modificaciones menores –se elimina la expresa referencia al carácter intencional de la acción, se añade la integridad de las personas como objeto de protección y se ajustan las penas conforme al moderno catálogo. Será la reforma de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, la que introducirá cambios significativos en la figura típica dando, a su vez, cumplimiento a la Directiva 2008/99/CE de 19 de noviembre, relativa la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal.

25 Señala Queralt Jiménez que el tipo se caracteriza por la nota negativa de no haber supuesto la liberación de energía nuclear o elementos radiactivos. *Ibid.*, p. 937.

26 ACALE SÁNCHEZ, M.; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Los delitos contra la seguridad colectiva. *Em: TERRADILLOS BASOCO, J. M. (org.). Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal. 2ª ed. Madrid: Iustel, 2016. v. 3–2, p. 31–51. p. 35; DE LA CUESTA AGUADO, 1994, p. 196; QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 939.*

27 MORALES PRATS; GARCÍA SOLÉ, 2016, p. 896–897.

28 MUÑOZ CONDE, 2019, p. 568.

29 En contra Queralt Jiménez que señala que se trata de conductas de mea actividad, excluyéndose legalmente el peligro concreto. QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 938.

El art. 343 CPE contempla ahora un tipo mixto alternativo mediante dos modalidades delictivas en su primer numeral. La primera, siguiendo en parte la estructura del delito ecológico del art. 325 CPE, introduce medios concretos con los que ha de realizarse la contaminación –vertido, emisión e introducción– así como los espacios donde esta ha de recaer –aire, suelo o aguas–, añadiendo como objeto típico, junto a las radiaciones ionizantes, “una cantidad (?) de materiales”, radioactivos, suponemos, aunque el precepto no lo señala³⁰. Para dotar de contenido a la *cantidad* que será determinante a efectos típicos hay que poner en relación la conducta con el señalado resultado de peligro para la vida, integridad, salud o bienes de una o varias personas y, en este sentido, habrá que acudir la normativa extrapenal reguladora de la materia³¹, al igual que en los anteriores preceptos, para excluir las conductas que entren en el marco del riesgo permitido³². Pues bien, junto a esta concreción del peligro justificada, entendemos, por las elevadas penas que conllevan estos delitos, la modalidad alternativa recogida en el precepto castiga “la exposición por cualquier otro medio a dichas radiaciones”. Ilógico, desde el punto de vista político criminal, ya que se vuelve a la redacción anterior a 2010 y, con esto, no se entiende muy bien el sentido de la modificación. Dicho en otras palabras, la reforma de 2010 introduce la primera modalidad delictiva donde se concretan los medios y los espacios mediante los cuales puede tener lugar la puesta en peligro del objeto protegido, aportando mayor taxatividad al precepto, taxatividad que, luego, el propio legislador echa por tierra al introducir esa cláusula abierta que extiende la aplicación del precepto a cualquier otro medio y lugar. Este *pánico legislativo* de temer que algo escape a la punición e introducir cláusulas abiertas no es una práctica novedosa³³, pero no por ello ha de legitimarse. La taxatividad, tras esta segunda precisión típica, ha de entenderse ahora como ejemplificación e interpretar que el legislador ha querido, no limitar o concretar, sino ampliar la punición a las exposiciones directas e indirectas, produciéndose estas últimas principalmente en los medios y espacios señalados, con el objeto de evitar dudas en la aplicación del precepto limitándolo a la exposición directa.

30 Apuntan F. MORALES PRAIS Y M. GARCÍA SOLÉ (“Tít. XVII. De los delitos contra la seguridad colectiva”, cit., p. 898) la redundancia de esta expresión puesto que todo material radioactivo emite las referidas radiaciones.

31 Fundamentalmente el RD 783/2001, de 6 de julio, por el que se aprueba el Reglamento sobre protección sanitaria contra radiaciones ionizantes

32 MUÑOZ CONDE, 2019, p. 569.

33 Basta echar un vistazo, por ejemplo, a los delitos que contienen elementos tecnológicos en la redacción típica para comprobar esto. Así, entre otros, el art. 197.2 CPE “que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado”; art. 211 CPE “se propaguen por medio de la imprenta, la radiodifusión o por cualquier otro medio de eficacia semejante”; art. 239 CPE “a los efectos del presente artículo, se consideran llaves las tarjetas, magnéticas o perforadas, los mandos o instrumentos de apertura a distancia y cualquier otro instrumento tecnológico de eficacia similar”; art. 399 bis CPE “el que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje...”. En otros ámbitos también, cfr. arts. 170, 266, 270 y 301 CPE, entre otros

Con todo, cabe recordar que en estas primeras modalidades delictivas no estamos ante un delito ecológico toda vez que se exige un peligro concreto para la vida, integridad, salud o bienes de las personas³⁴. La protección del medioambiente se produce de modo indirecto, contemplándolo como un medio cuya degradación por contaminación radioactiva pone en peligro a los seres humanos. De ahí que se exija ese peligro concreto para estos y de ahí también las elevadas penas que conlleva el delito.

La protección del medioambiente llega en el inciso final del art. 343.1 CPE que castiga la contaminación generadora de peligro para *“la calidad del aire, del suelo o de las aguas, o a animales o plantas”*. Así, debe entenderse que estamos antes un precepto especial respecto al delito de contaminación del art. 325 CPE donde se castiga con mayor severidad la contaminación del ambiente por los medios empleados (materiales radioactivos o radiaciones ionizantes). En este caso, el medioambiente se tutela de modo autónomo al no requerir la puesta en peligro del ser humano. Destacable, sin duda, aunque reprochable por la equiparación punitiva que se produce con la protección de las personas³⁵. Se trata de un delito de peligro concreto justificado, entendemos, toda vez que se trata de un supuesto de contaminación específico y de mayor gravedad que el recogido en el art. 325 CPE, que continúa manteniendo la estructura de delito hipotético y unas penas menores³⁶.

El último delito de esta sección primera es el art. 345 CPE que recoge diversas conductas de usos indebidos de material nuclear o elementos radiactivos³⁷. El tipo penal es heredero del art. 86 LEN y, en este sentido, condiciona la intervención penal a la contravención de la normativa extrapenal. En la redacción original dada por el legislador de 1995, esta similitud entre ambos preceptos era más notoria toda vez que, mediante la accesoriedad administrativa, castigaba las mismas conductas que el art. 86 LEN cuando se realizaran sin la debida autorización, con excepción de la explotación de una instalación nuclear, buque o aeronave o dispositivo que genere radiaciones ionizantes. El legislador incluía en el precepto el castigo del apoderamiento de estos materiales, contemplando agravantes en atención al empleo de fuerza en las cosas o violencia o intimidación en las personas. Pues bien, el legislador de 2010 reformará este precepto aproximando las conductas típicas –con excepción del apoderamiento– a la generación de peligro. Se introduce así la necesidad de que los materiales o sustancias objeto del delito sean peligrosas y *“causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a*

34 Lo cual ha sido criticado por MORALES PRATS; GARCÍA SOLÉ, 2016, p. 899.

35 En el mismo sentido, QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 942.

36 Una crítica a esto en MORALES PRATS; GARCÍA SOLÉ, 2016, p. 898-899.

37 QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 943.

la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas". Se trata de una configuración del delito a modo de peligro hipotético empleando la misma fórmula utilizada en el delito medioambiental y, por ende, observando los problemas allí apreciados relativos a la equiparación de "causar" o "poder causar" los mencionados resultados lesivos. Asimismo, esta reforma introduce el castigo agravado de la producción de materiales o sustancias cuando esta se realice también sin autorización.

El legislador de 2015 será quien dotará este precepto de su redacción actual. Es de destacar la eliminación del reproche a los actos de apoderamiento y sus respectivas agravantes, celebrada por la doctrina por los problemas concursales que planteaba³⁸. Ahora las conductas del numeral primero deben realizarse "*contraviniendo las leyes u otras disposiciones de carácter general*", dotando de mayor amplitud al precepto toda vez que ya no se hace depender de un único acto administrativo –la autorización– sino que, junto a este, se ha de considerar el amplio catálogo de normas del sector. Entendemos que esta reforma es un error desde el punto de vista de la fragmentariedad que debe tener el Derecho penal, máxime considerando el amplio catálogo de normas extrapenales reguladoras del sector, como se ha ido mencionando a lo largo de este epígrafe. La autorización administrativa para llevar a cabo estas actividades –junto a la generación de peligro– constituía un elemento idóneo para delimitar los incumplimientos normativos realmente relevantes toda vez que para obtener y, lo que es igual de importante, para mantener la autorización se deben de cumplir con determinadas garantías de seguridad en las instalaciones y en el desarrollo de las actividades, sometándose las industrias a controles periódicos por parte de la Administración y recibiendo, en su caso, las pertinentes sanciones por infracciones menores. Con la reforma de este elemento, se habrá que atender a la verdadera generación de peligro para discernir aquellos incumplimientos administrativos de las conductas que merecen reproche penal.

El precepto introduce diversas acciones típicas de modo casuístico y, en algunos casos reiterativos, tal y como se ha visto que ocurre en diversos preceptos de esta –y otras– materias³⁹. Así, en este primer numeral se castigan distintos usos del material nuclear o sustancias radiactivas peligrosas que presentan diferente capacidad de generar un riesgo. Así, la posesión o adquisición del material al margen de la normativa representa un menor peligro que su uso o transformación, por ejemplo. Este diferente potencial lesivo, entendemos, habrá de ser tenido en cuenta por el juez a la hora de valorar la conducta, así como también deberá valo-

38 Así, ACALE SÁNCHEZ; RUIZ RODRÍGUEZ, 2016, p. 39.; MORALES PRATS, F. Artículos 343 a 345 CP. *Em: COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*. Tradução: Gonzalo Quintero Olivares; Fermín Morales Prats. 7ª ed. Cizur menor: Aranzadi, 2016. v. 2, p. 897-906. p. 904-905.; QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 943-944.

39 García Rivas lo califica de "*éxtasis descriptivo*", GARCÍA RIVAS, 2012, p. 202. Una crítica similar en MORALES PRATS, 2016, p. 904-905.; QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 943-944.

rar la posibilidad de causar daños y el, efectivamente, causarlos. En caso contrario no sólo se vulneraría la proporcionalidad que debe tener el castigo penal sino que la distinción entre ambos resultados de peligro introducida por el legislador carecería de sentido.

Por lo que respecta al segundo numeral, se mantiene el castigo de la producción de materiales o sustancias cuando esta se realiza sin la debida autorización. Entendemos que el precepto, incompleto, es un delito hipotético también, si bien la doctrina suele calificarlo de delito abstracto⁴⁰. Lo consideramos hipotético porque la producción –acción típica- ha de ser la de “tales” materiales o sustancias. Esto es, los contenidos en el primer numeral y estos son “*materiales nucleares u otras sustancias radiactivas peligrosas*” que, además, “*causen o puedan causar la muerte o lesiones graves a personas, o daños sustanciales a la calidad del aire, la calidad del suelo o la calidad de las aguas o a animales o plantas*”. Es decir, la capacidad de generar peligro se predica de los objetos típicos y no de las acciones castigadas en el primer numeral, tal y como puede observarse de la concordancia en número y género de “*causen o puedan causar (los materiales o las sustancias)*”. Así, al remitirse a estos, se importa también la exigencia de que sean generadores de peligro.

Es de destacar que la producción recibe una pena superior en grado a los otros actos lo cual únicamente puede entenderse desde un punto de vista político criminal o, incluso, preventivo pero no tomando como parámetro la proximidad de las conductas a la generación del peligro real o la lesión. Así, la creación de ese riesgo en la sociedad recibe mayor desvalor que la aproximación del riesgo a los bienes mediatamente protegidos. Se trata de una anticipación de la intervención penal toda vez que –se presume- los actos de producción ilícita pueden dar lugar a otros usos posteriores entre los que se incluyen los recogidos en el primer numeral (aunque también otros usos atípicos que supongan el uso del material con desconocimiento de su origen ilícito). La lejanía de la puesta en peligro o lesión del bien jurídico hace cuestionable que esta conducta reciba una pena mayor a acciones más próximas al mismo.

Finalmente, es de destacar que todos los delitos de esta Sección son castigados en su modalidad imprudente, previsión recogida en el art. 344 CPE y, para el último delito, en el art. 345.3 CPE. Por lo que respecta al castigo de las personas jurídicas, de modo sorprendente, únicamente se prevé para el delito de contaminación radiactiva del art. 343 CPE.

40 MORALES PRATS, 2016, p. 905. Otros lo califican de peligro concreto como ACALE SÁNCHEZ; RUIZ RODRÍGUEZ, 2016. DE LA CUESTA AGUADO, 1994. califica de peligro abstracto la conducta en lo que respecta a los materiales nucleares mientras que de aptitud estima que son las conductas relativas a las sustancias radiactivas. Por su parte, GARCÍA RIVAS, 2012.

4 Delitos relativos a otras actividades peligrosas

El otro grupo de delitos surgido por el desarrollo tecnocientífico –en los términos en que se viene analizando en este trabajo- se compone de algunas figuras recogidas en la actual Sección 3.^a relativa a los otros delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes, del Cap. I del Tít. XVII. Se trata también de conductas potencialmente generadoras de riesgo colectivo y, en este sentido, atentatorias contra la seguridad colectiva.

Al igual que ocurría con los delitos relativos a la energía nuclear, la tipificación de estas conductas no es un añadido original del CPE de 1995, pero carecen de la antigüedad de los delitos contra la salud pública. Su incorporación a la legislación penal y progresivas reformas ha ido, en cierto sentido, al ritmo marcado por el desarrollo industrial y la expansión de los sectores que emplean productos peligrosos en diversos sectores, junto con la trágica experiencia aportada por desenlaces fatídicos de una falta de control adecuada de las normas securitarias –extrapenales- que rigen la materia, como el accidente del camping de Los Alfaques de 1978⁴¹ o la obtención del material para cometer los atentados de Madrid en 2004.

De este modo, se analizará la tipificación concerniente al actual delito del art. 348 CPE, relativo a los explosivos y sustancias peligrosas, y el art. 349 CPE, relativo a la manipulación de organismos.

4.1 Explosivos y otras sustancias peligrosas (art. 348 CP)

El actual delito recogido en el art. 348 CPE tiene como antecedente el art. 581.4^o del CPE de 1973 que castigaba con falta a *“los que infringieren los reglamentos, ordenanzas y bandos de la Autoridad sobre elaboración y custodia de materias inflamables o corrosivas, o productos químicos que puedan causar estragos”*. Se trataba de un precepto limitado en cuanto su objeto –bien materias inflamables o corrosivas, bien productos químicos que puedan causar estragos- y a las acciones típicas –elaborar y custodiar-, conformada como una ley penal en blanco. La Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, modificará el CPE 1973 para tipificar la conducta como delito (art. 348 bis b), ampliando considerablemente el tipo y presentando una estructura similar a la que se incorporaría luego en el CPE de 1995.

41 El incidente se produjo en el verano de 1978 en la localidad de Alcanar (Tarragona) al explotar un camión cisterna que circulaba por la zona transportando propileno licuado. Según los datos conocidos, la carga del camión superaba el límite máximo permitido, lo que produjo un sobrecalentamiento de la sustancia sin que el camión contara tampoco con un sistema de alivio de presión que pudiera haber evitado la explosión. El conductor circulaba, además, por una vía no autorizada. Como consecuencia del accidente –en el momento de la explosión el camión transitaba por un camping-, perdieron la vida más de 200 personas y se produjeron numerosos heridos.

En el precepto se recogen cuatro figuras delictivas. El primer delito es el del art. 348.1 CP que mantiene la redacción dada en 1989 con algunas reformas como el añadido de la comercialización como acción típica, el medioambiente como objeto de protección, la supresión de la referencia a las sustancias radiactivas y un reajuste de penas conforme al catálogo actual. Así, la figura se configura formalmente como un delito común si bien, por las concretas acciones tipificadas, será habitual que los sujetos activos guarden relación con el sector industrial que emplea las sustancias mencionadas. En cuanto a las acciones, el legislador quiere abarcar todo el proceso de producción y distribución de determinadas sustancias –fabricación, manipulación, transporte, tenencia y comercialización. Estas acciones han de recaer en *“sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes, o cualesquiera otras materias, aparatos o artificios que puedan causar estragos”*. La referencia a la aptitud del objeto para causar estragos entendemos que se predica de *“cualquiera otras materias, aparatos o artificios”*, con el objeto de delimitar la amplitud de esa cláusula abierta que rompe la taxatividad del precepto, entendiéndose que, en cualquier caso, las sustancias inflamables o corrosivas, tóxicas y asfixiantes tienen en sí mismas el potencial de causar estragos dada su peligrosidad⁴². Las referencias al ordenamiento administrativo se constatan por empleo de términos normativos⁴³ y por su conformación como ley penal en blanco donde se requiere la realización de las conductas con contravención de *“las normas de seguridad establecidas”*. Este catálogo de normas a las que se ha de atender es amplio, porque también lo es el de las acciones y objetos⁴⁴, mas el mero incumplimiento carece de relevancia penal puesto que el precepto exige que se genere un peligro concreto para *“la vida, la integridad física o la salud de las personas, o el medio ambiente”*, exigencia que entendemos afortunada dado que la amplitud del sector y de la normativa existente podrían llevar a la punición de conductas de escasa lesividad.

Como novedad de la reforma de 2010, y dando cumplimiento a la Directiva 2008/99/CE, se introduce la segunda figura delictiva de este artículo en el inciso final del numeral primero, castigando con las mismas penas a quien *“de forma ilegal, produzca, importe, exporte, comercialice o utilice sustancias destructoras del ozono”*. El precepto recoge todas las conductas mencionadas en la citada Directiva y se asemeja a la primera figura delictiva en cuanto a la intención de abarcar el proceso de producción y distribución de las sustancias, con excepción de la mera tenencia. En este caso, el riesgo que generan estas conductas es para el ozono, fundamento de tipificación que deberá entender de modo similar al que se halla detrás de la protección del medioambiente, considerándolo un elemento esencial para la su-

42 De modo similar, VILLACAMPA ESTIARTE, 2016, p. 918-919.

43 Así, *explosivos* serán aquellos que entren en la definición del Reglamento de Explosivos del RD 230/1998, de 16 de febrero.

44 Entre otros, VILLACAMPA ESTIARTE, 2016, p. 920.

pervivencia humana. No obstante, no se exige la constatación de la generación de peligro alguno, basta con que dichas sustancias, en abstracto, tengan esa capacidad. Determinar este elemento será fundamental para comprobar si el objeto da cumplimiento al tipo y, para esto, la normativa extrapenal de referencia no resulta del todo clara. Así, la Ley 34/2007, de 15 de noviembre, de Calidad del aire y protección de la atmósfera no definió dicha expresión por lo que habrá que acudir al Reglamento (CE) 1005/2009, de 16 de septiembre, sobre las sustancias que agotan la capa de ozono (art. 3) y su Anexo I donde se incorpora un catálogo de dichas sustancias y, en este sentido, deben entenderse como destructoras del mismo, tal y como apunta Villacampa⁴⁵.

La LO 4/2005, de 10 de octubre, introducirá en el CPE las dos figuras delictivas restantes que contiene el art. 348. Esta reforma, que únicamente modifica este artículo, se lleva a cabo como respuesta a los atentados terroristas que tuvieron lugar en Madrid en 2004 con el objeto de impedir el tráfico de explosivos y reforzar la vigilancia sobre las instalaciones mineras, tal y como se desprende de su exposición de motivos. Así, se introducen los numerales 2 y 4 que recogen diversas conductas relativas al control de este material, anticipando la intervención del Derecho penal en esta materia⁴⁶. Ambos delitos se configuran como delitos especiales que atienden a las conductas de determinados sujetos en atención a su puesto de responsabilidad en relación a los explosivos o sustancias. El art. 348.2 CPE se configura estos sujetos son los responsables de la vigilancia, control y utilización de explosivos mientras que en el art. 348.4 CP el ámbito de los posibles autores se amplía a *“responsables de las fábricas, talleres, medios de transporte, depósitos y demás establecimientos relativos a explosivos”*. El delito del art. 348.2 CPE castiga una suerte de conducta negligente y colaboración dolosa donde lo determinante será que el material explosivo se haya perdido o haya sido sustraído como consecuencia de la contravención de la normativa administrativa (ley penal en blanco), sin que se exija ningún resultado adicional a la pérdida o sustracción (delito de peligro abstracto). Al igual que ocurre en las restantes figuras, el incumplimiento de la normativa extrapenal traerá aparejadas las correspondientes sanciones administrativas siendo la facilitación del autor en el destino inmediato de estos materiales (pérdida o sustracción) lo que determinará la intervención penal. En el caso de que el incumplimiento determine su pérdida debemos entender que se trata de una conducta imprudente puesto que no puede actuarse dolosamente respecto a lo que se desconoce⁴⁷. Esto resulta realmente perturbador por la falta de referencia

45 Ibid., p. 922-923.

46 Ibid., p. 925.

47 Sobre la imprudencia y los delitos de peligro abstracto, cfr. CERREZO MIR, J. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, [s. l.], n. 10, p. 47-72, 2002. p. 68 y ss.

expresa al castigo de la imprudencia (art. 12 CPE) pero, tal y como está redactado el precepto, entendemos que no puede hablarse siquiera de dolo eventual en supuestos de explosivos perdidos puesto que sólo caben dos opciones, bien el sujeto sabe que el material será aprehendido por un tercero (y quiere este resultado o, al menos, lo acepta), aunque no sepa por quién ni el destino final del material, o bien no lo sabe. Si lo sabe, significa que el material fue tomado ilícitamente por un tercero, fue sustraído. Si no lo sabe, el material está perdido y, en este caso, no puede hablarse de aceptación o búsqueda del resultado puesto que este se desconoce⁴⁸. Luego se trata del castigo de una conducta imprudente pese a que el empleo del verbo *facilitar* pareciera indicar un acto de colaboración intencional. Lógicamente se puede facilitar algo voluntariamente, pero también con un acto negligente, torpe, que pueda “*hacer fácil o posible la ejecución de algo o la consecución de un fin*”⁴⁹. Y, reiteramos, toda vez que el material resulta perdido –y excluyendo de estos supuestos los casos de material sustraído puesto que son contemplados expresamente por el precepto como un supuesto diferente– no entendemos que pueda hablarse de una facilitación voluntaria ni, por ende, de un acto intencional o doloso. Una interpretación en este sentido exigiría ser congruentes y aceptar que la facilitación puede ser imprudente también en el caso de materiales sustraídos, dado que el mismo verbo rige para ambos resultados. La otra alternativa interpretativa, considerar que *facilitar* exige un acto voluntario, supone dejar sin contenido el objeto relativo a los explosivos perdidos⁵⁰. Esta última, no obstante, es la opción que ha de seguirse no sólo porque así lo exige el art. 12 CPE sino porque el propio legislador en la exposición de motivos que introduce este delito, señala que “*se requiere, en todo caso, que dicho incumplimiento haya facilitado la efectiva pérdida o sustracción de los explosivos, lo que permite diferenciar esta conducta penalmente relevante del correspondiente ilícito administrativo, que quedará restringido a los casos no comprendidos en la descripción típica, entre otros, la vulneración imprudente del deber de vigilancia o la vulneración dolosa o imprudente de la vigilancia de artefactos pirotécnicos y cartuchería en general*”.

Por lo que respecta a la figura introducida en el art. 348.4 CPE, se castiga a los mencionados sujetos responsables de establecimientos relacionados con los explosivos por actos de obstaculización, falseamiento o desobediencia a la labor inspectora de la Administración. Esta previsión, contenida también en los delitos contra el medioambiente (art. 327 CP) como una agravante, se contempla aquí como un delito autónomo de peligro abstracto⁵¹. La previsión supone una dupli-

48 De hecho, el DRAE define *perder* como “*dejar de tener, o no hallar, aquello que poseía, sea por culpa o descuido del poseedor, sea por contingencia o desgracia*” asociándolo no a un acto intencional sino negligente o azaroso.

49 Significado que el DRAE da a *facilitar*.

50 Cfr. QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 952. que califica de *acción absurda* el facilitar la pérdida del material.

51 GARCÍA RIVAS, 2012, p. 217.; VILLACAMPA ESTIARTE, 2016, p. 924.

cidad respecto a las sanciones extrapenales sin añadir ningún elemento de ofensividad que fundamente el reproche penal, que no vendrá siquiera marcada por la comisión de un delito previo puesto que, como se ha dicho, en este ámbito no constituye una agravante sino un delito independiente.

Finalmente, es de destacar que el art. 348.3 CPE contiene una agravante para el caso de que las conductas fueran cometidos por los directivos de la organización y prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica, si bien estas previsiones se aplican únicamente a las conductas de los numerales 1 y 2 del precepto. El castigo de la imprudencia, sin embargo, no está previsto.

4.2 Manipulación de genes no humanos (art. 349 CP)

4.2.1 Regulación extrapenal

El origen de la preocupación sobre los OMG puede situarse a mediados de la década de 1970, cuando la comunidad científica que trabajaba en la materia comenzó a darse cuenta del potencial lesivo que tenían estas actividades, especialmente en caso de producirse un accidente. Esta preocupación, no obstante, tendría menos implicaciones éticas y morales, como las relativas a la modificación del genoma humano, y más de tipo securitario en atención al posible riesgo que su liberación intencionada –o accidentada– al medioambiente pudiera tener para el ser humano y el medioambiente.

La diferenciación en la valoración de la gravedad de las consecuencias entre las manipulaciones de genes concernientes a una y otras especies ha supuesto un menor número de pronunciamientos supranacionales en la materia. No obstante, se debe considerar que muchas de las cuestiones que se comentarán afectan a ámbitos como el medioambiente, los medicamentos o la alimentación, materias donde la Unión Europea tiene competencia directa para regular.

Así, una de las primeras normas emitidas al respecto ha sido la de la Comunidad Europea en el año 1990. Se trata, en realidad, de dos Directivas que abordan cuestiones relativas a los organismos y microorganismos modificados genéticamente (en adelante, OMG y MMG, respectivamente) pero distinguiendo los aspectos concernientes a su utilización -Directiva del Consejo, de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente- de los relativos a la liberación -Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medioambiente de organismos modificados genéticamente.

Por lo que se refiere a la *Directiva 90/219/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente*, el

texto recuerda que la actuación se inserta en el ámbito de la protección medioambiental donde la Comunidad Europea se basa en actuaciones preventivas. Asimismo, señala que el ámbito de los MMG constituye un mercado que trajo aparejado el desarrollo biotecnológico pero que, ante los riesgos para la salud humana y el medioambiente, debe regularse a efectos de prevenir accidentes y controlar los residuos que puedan generarse. Se apunta también el riesgo que supone su liberación en el medioambiente durante el curso de su utilización confinada ya que, liberados en cualquier Estado miembro, los MMG pueden reproducirse y extenderse fácilmente afectado a otros Estados miembros, si bien se reconoce que los riesgos asociados a los mismos *“no se conocen aún de modo completo”*. Esto es, se opta por una actuación preventiva, aunque no haya certeza sobre la existencia de riesgo o su entidad.

En lo que respecta a la Directiva 90/220/CEE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medioambiente de OMG, la introducción del texto comienza del mismo modo que la anterior Directiva comentada, haciendo referencia al principio de actuación preventiva en materia medioambiental, señalando la posible afectación de otros Estados miembros distintos a aquel donde se produce la liberación de OMG y el riesgo para la salud humana y el medioambiente derivado de la liberación. Se añade, en este caso, la necesidad de aproximar las legislaciones de los Estados miembros al respecto dado que *“la disparidad entre las normas que están en vigor o en preparación en los Estados miembros acerca de la liberación intencional en el medio ambiente de OMG puede crear condiciones desiguales de competencia de obstáculos al comercio de productos que contengan tales organismos y, por lo tanto, afectar al funcionamiento del mercado común”*. No hay que olvidar que el título habilitante al que se hace referencia es el art. 100 A del Tratado CEE -vigente entonces- relativo a la armonización de legislaciones para la consecución del mercado interior, y no la protección del medioambiente. No obstante, ambos intereses parecen aproximarse al señalar la Directiva que dichas medidas de aproximación deberán estar basadas en un alto nivel de protección en toda la Comunidad en materias relacionados con la salud, seguridad, protección del medioambiente y de los consumidores.

Ambas Directivas se incorporan al ordenamiento jurídico español mediante la Ley 15/1994, de 3 de junio, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente, a fin de prevenir los riesgos para la salud humana y para el medioambiente, y el Real Decreto 951/1997, de 20 de junio, por el que se desarrolla. La distinción de rango de las leyes no se basa en la distinción de materia establecida en las Directivas (utilización, por un lado, y liberación y comercialización, por otro) sino en función del principio de reserva de ley que rige en nuestro país. En cada caso, ley y real decreto, se tratan indistintamente ambas materias.

Al provenir de una norma de obligado cumplimiento de la Comunidad Europea, la Ley nacional no difiere en gran medida de las previsiones allí contempladas, expuestas anteriormente. Es de destacar, no obstante, la introducción de la exposición de motivos puesto que, en cierto sentido, refleja lo apuntado anteriormente en relación a la valoración que merece la manipulación de genes de otras especies. Así, se afirma que *“las técnicas modernas de manipulación genética permiten actuar sobre la información contenida en el material hereditario añadiendo o eliminando genes de manera que el hombre pueda obtener organismos modificados genéticamente (OMG) para su propio beneficio... La aplicación de estas técnicas supone grandes posibilidades de desarrollo económico y mejora de la calidad de vida de la humanidad, pero conlleva la responsabilidad de asegurar que dicha aplicación se realice en condiciones en las que los posibles riesgos para la salud humana o el medio ambiente sean mínimos”* (énfasis añadido). Afirmaciones que se han podido comprobar al analizar la fundamentación apuntada en las directivas y la propia regulación, cuyo único objetivo es aportar seguridad al ser humano en el empleo de OMG y reducir la incidencia de estos en el medioambiente.

Las Directivas, si bien se modificaron en diversas ocasiones, acabaron siendo sustituidas por otras nuevas que, también de modo independiente, regulan la liberación y comercialización, por un lado, y el uso de OMG, por otro. Así, la primera derogación de las anteriores normativas tuvo lugar con la aprobación de la *Directiva 2001/18/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente*. La evolución biotecnológica y algunas deficiencias detectadas en la norma anterior motivaron la reforma, tal y como se apunta en la introducción de la nueva Directiva, donde se reitera la vigencia del principio de cautela en este ámbito. Asimismo, se tienen en cuenta los compromisos internacionales adoptados por la CE, así como la firma del Protocolo de Cartagena y los requisitos allí establecidos. La Directiva, no obstante, no realiza grandes modificaciones respecto al régimen establecido en la normativa anterior.

Posteriormente, se regularía de modo independiente el ámbito de los alimentos y piensos que contienen o están compuestos por OMG mediante el Reglamento (CE) n° 1829/2003 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre alimentos y piensos modificados genéticamente.

Por lo que respecta al régimen jurídico europeo de la utilización confinada de OMG, la citada Directiva 90/219/CEE será sustituida por la *Directiva 2009/41/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de mayo de 2009, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente*, según se indica en el propio texto, debido a las reiteradas modificaciones realizadas y en aras de una mayor claridad. La nueva Directiva, al igual que las anteriormente comentadas,

comienza recordando la vigencia del principio de actuación preventiva en materia de medioambiente, tendente a su conservación, protección y mejora, así como la protección de la salud de las personas. Se alude, asimismo, al desconocimiento de los riesgos asociados al uso de determinados MMG, haciendo necesario el estudio y valoración caso a caso.

Los cambios introducidos por la Directiva 2001/18/CE relativa a la liberación de OMG, así como las numerosas reformas de la Directiva 90/219/CEE sobre su utilización confinada se van a ver reflejados, en parte, en la *Ley 9/2003, de 25 de abril, por la que se establece el régimen jurídico de la utilización confinada, liberación voluntaria y comercialización de organismos modificados genéticamente* y, en aspectos no sujetos a reserva de ley, en el *Real Decreto 178/2004, de 30 de enero*, que la desarrolla. Se mantiene así la regulación conjunta de ambos aspectos de los OMG. Las normas no merecen mayores comentarios dado que, como se indica en la propia exposición de motivos de la ley, la nueva normativa obedece a trasposición de las nuevas directivas comunitarias que, “*si bien no modifican sustancialmente el régimen vigente, afectan a muchos de los artículos de la Ley 15/1994, de 3 de junio, razón por la que se ha estimado necesario proceder a su derogación*”. Estos serán los documentos de referencia a la hora de analizar el tipo penal.

4.2.2 Tipificación

Las conductas concernientes a la manipulación de organismos genéticamente se introducen en el CPE de 1995 en el art. 349 entre los delitos de riesgos catastrófico del Título XVII, relativo a los delitos contra la seguridad colectiva. Este es, en consecuencia, el bien jurídico de referencia, con todas las implicaciones que se han realizado anteriormente.

Como señala Villacampa Estiarte⁵², la descuidada introducción del precepto, fruto de una enmienda del grupo socialista y carente de una mayor reflexión, supuso que el legislador *olvidara* introducir en el tipo una característica fundamental del objeto del delito que es la de estar genéticamente modificado. En efecto, el delito castiga la realización de diversas conductas realizadas sobre *organismos*, sin hacer referencia a la mencionada alteración que es lo que dota de peligrosidad la conducta y justifica su castigo penal.

Las acciones castigadas son las de manipulación, transporte y tenencia. Manipulación, entendemos, debe dar cabida también a los actos de fabricación, puesto que no es posible fabricar un nuevo organismo sin manipular –siquiera combinar– sus genes. Los actos de transporte y tenencia son conductas posteriores

⁵² VILLACAMPA ESTIARTE, 2016, p. 927 y ss.

en el *iter criminis*, si bien se equiparan bajo el mismo marco penal, lo cual es ya habitual en nuestro legislador pero, no por esto, ha de entenderse justificado. Se trata de conductas que no exigen la producción de resultado alguno y, en este sentido, se configuran como delito de peligro. Un peligro que se acota introduciendo la necesidad de poner en concreto peligro la vida, la integridad física o la salud de las personas o el medioambiente. Como se puede ver, al igual que realiza en las restantes conductas comentadas en este epígrafe, el legislador acertadamente acerca la punición a la efectiva lesión del bien jurídico exigiendo la concreción del peligro a alguno de los elementos que conforman este constructo de seguridad colectiva.

La referencia al sector administrativo se hace palpable toda vez que se introduce un concepto normativo *-organismos-* y se configura el precepto como una ley penal en blanco que requiere la contravención de las normas o medidas de seguridad establecidas. Las referencias en este sentido serán la Ley 9/2003 y el Real Decreto 178/2004. En aquella se deja claro que quedan fuera del concepto de organismo los relativos a los seres humanos, ocupando a la ley *“cualquier entidad biológica capaz de reproducirse o de transferir material genético, incluyéndose dentro de este concepto las entidades microbiológicas, sean o no celulares”* (art. 2.a) y *“cualquier organismo, con excepción de los seres humanos, cuyo material genético ha sido modificado de una manera que no se produce de forma natural en el apareamiento o en la recombinación natural, siempre que se utilicen las técnicas que reglamentariamente se establezcan”* (art. 2.b). Quedan fuera así los seres humanos incluso siendo portadores de tales organismos con la excepción, señala Queralt Jiménez⁵³, de que la persona sea portadora a consecuencia de un tratamiento y su deambular no se halle controlado, estableciendo contacto indebido con el mundo exterior.

Al igual que ocurría en el supuesto anteriormente comentado (art. 348 CP) no se prevé aquí el castigo de la imprudencia. Así, aun considerando que la mayor parte de estas conductas no habrá un componente intencional, se debe tener en cuenta que se trata de actos de mera actividad, lo cual, sumado a la profusa regulación administrativa a cuyo incumplimiento se remite el precepto, dejaría poca cabida para las conductas imprudentes.

5 Conclusiones

La necesidad de adaptarse a las diferentes situaciones generadas en el seno de la sociedad deviene una obligación para el legislador. En el ámbito del Derecho penal, esa adecuación a la realidad debe adoptarse con precaución. Los principios limitadores del Derecho penal obligan a ser especialmente cautos y parcios en la regulación de conductas, evitando una innecesaria expansión del aparato puni-

⁵³ QUERALT JIMÉNEZ, 2015, p. 954.

tivo del Estado. En este sentido, la materia que nos ocupa resulta especialmente compleja de regular dado su alto contenido técnico, el amplio sector normativo extrapenal que aborda las diferentes cuestiones y, de modo especial, el carácter incierto de los riesgos a tratar.

España se ha enfrentado a esta cuestión de un modo medianamente satisfactoria. La legislación penal de la materia cuenta con importantes aciertos, partiendo de la implementación de la noción de seguridad colectiva como bien jurídico potencialmente lesionado por estas conductas. La entidad de los riesgos generados, de carácter catastróficos y potencialmente lesivos para múltiples intereses, aconseja optar por esta vía anticipatoria de protección. No obstante, diversas incongruencias y deficiencias se han detectado a lo largo del análisis de estas figuras delictivas, según se ha expuesto. En este sentido, es recomendable adecuar la tipificación de estos preceptos para solventar estas carencias y, de modo especial, para respetar el principio de intervención mínima que debe primar siempre en nuestra disciplina.

Bibliografía

- ACALE SÁNCHEZ, M.; RUIZ RODRÍGUEZ, L. R. Los delitos contra la seguridad colectiva. *Em: TERRADILLOS BASOCO, J. M. (org.). Lecciones y materiales para el estudio del derecho penal*. 2ª ed.ed. Madrid: Iustel, 2016. v. 3-2, p. 31-51.
- ALONSO SANTOS, A. *et al. Léxico de términos nucleares*. Madrid: Sección De Publicaciones de La Junta de Energía Nuclear, 1973.
- CEREZO MIR, J. Los delitos de peligro abstracto en el ámbito del Derecho penal del riesgo. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, [s. l.], n. 10, p. 47-72, 2002.
- DE LA CUESTA AGUADO, P. M. *Respuesta penal al peligro nuclear*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias, PPU, 1994.
- GARCÍA RIVAS, N. Delitos de riesgo catastrófico. *Em: BOIX REIG, J. (org.). Derecho penal: parte especial*. Madrid: Iustel, 2012. v. 3, p. 187-223.
- MORALES PRATS, F. Artículos 343 a 345 CP. *Em: COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*. Tradução: Gonzalo Quintero Olivares; Fermín Morales Prats. 7ª ed.ed. Cizur menor: Aranzadi, 2016. v. 2, p. 897-906.
- MORALES PRATS, F.; GARCÍA SOLÉ, M. Tit. XVII. De los delitos contra la seguridad colectiva. *Em: COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*. Tradução: Gonzalo Quintero Olivares; Fermín Morales Prats. 7ª ed.ed. Cizur menor: Aranzadi, 2016. v. 2, p. 885-897.
- MUÑOZ CONDE, F. *Derecho penal: parte especial*. 22ª ed.ed. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. *Derecho penal español. Parte especial*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2015.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. Sección 3ª. De los delitos relativos a riesgo provocados por explosivos y otros agentes. *Em: COMENTARIOS AL CÓDIGO PENAL ESPAÑOL*. Tradução: Gonzalo Quintero Olivares; Fermín Morales Prats. 7ª ed.ed. Cizur menor: Aranzadi, 2016. v. 2, p. 912-933.

QUEIMADA DE GILLO PONTECORBO Y CALIBAN DE LA TEMPESTAD DE SHAKESPEARE: EL DISCURSO DEL AMO Y EL USO CALIBANESCO DEL DERECHO

DAVID SÁNCHEZ RUBIO¹

RESUMEN: Este trabajo se mueve a caballo del mundo cinematográfico y del mundo literario, al conectar la película de *Queimada* de Gillo Pontecorbo con la figura de Caliban, personaje esclavo y deformado a las órdenes de Próspero en *La tempestad*, obra teatral de William Shakespeare, presentada por primera vez en 1612. El objetivo es reflexionar vinculando las ideas de identidad cultural, revolución, liberación y de derechos humanos que aparecen en la película de Pontecorbo, con el “concepto-metáfora” Calibán ya que los revolucionarios latinoamericanos lo tomaron como símbolo de resistencia a la colonización.

En este juego de imágenes, ideas y conceptos entre la película y la obra de teatro, se reflexiona sobre algunos de los límites y las posibilidades, de los condicionantes y de las opciones, de las contradicciones y de las coherencias, de las luces y de las sombras que giran en torno a los derechos humanos, en tanto figura e idea creada y nominada por la cultura occidental, y concebidos como instancias éticas, políticas y jurídicas emancipadoras con las que poder luchar y con las que poder conseguir espacios de dignidad y libertad.

PALABRAS CLAVE: derechos humanos; dominación; liberación; emancipación; colonialidad; pluralismo jurídico.

ABSTRACT: This work moves between the cinematographic and literary worlds, connecting *Queimada*'s film by Gillo Pontecorbo with the figure of Caliban, a deformed slave character under the orders of Prospero in *The Tempest*, a play by William Shakespeare, presented for the first time in 1612. The objective is to reflect by linking the ideas of cultural identity, revolution, liberation and human rights that appear in Pontecorbo's film, with the “concept-metaphor” Caliban since Latin American revolutionaries took him as a symbol of resistance to colonization.

In this game of images, ideas and concepts between film and play, we reflect on some of the limits and possibilities, the conditions and options, the contradictions and coherences, the lights and shadows that revolve around human rights, as a figure and idea created and nominated by Western culture, and conceived as emancipatory ethical, political and legal instances with which to fight and with which to achieve spaces of dignity and freedom.

¹ Profesor Titular y director del Departamento de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla. Email: dsanche@us.es

KEY WORDS: human rights; domination; liberation; emancipation; coloniality; legal pluralism.

SUMÁRIO: 1 Introducción; 2 Sobre Queimada y Pontecorbo; 2.1 Resumen y estructura; 2.2 Tres trayectorias paralelas; 3 Sobre Calibán; 4 Calibán se rebela: la lucha por sus derechos; Bibliografía.

1 Introducción

Señalaba Nietzsche que quien domina la palabra, domina el mundo (2011). El poeta y escritor cubano Roberto Fernández Retamar, refiriéndose a las mentiras que Occidente ha propagado sobre sí y sobre los demás, remarca que “quien manda, nombra” (2004: 180). De nominaciones, de dominaciones, de emancipaciones y de liberaciones va este trabajo. Lo haré analizando la película del cineasta e intelectual italiano Gillo Pontecorbo, *Queimada* de 1969 (*Burn!*, en inglés), en donde se denuncia la política colonial de Gran Bretaña en una isla del Caribe, y relacionándola con Calibán, el personaje esclavo y deformado a las órdenes de Próspero en *La tempestad*, obra teatral de William Shakespeare, presentada por primera vez en 1612. El objetivo es reflexionar vinculando las ideas de identidad cultural, revolución, liberación y de derechos humanos que aparecen en la película de Pontecorbo, con el “concepto-metáfora” Calibán, en la expresión de Gayatri Chakravorty Spivak, o con el “personaje-conceptual” en la terminología de Gilles Deleuze y Felix Guattari, siguiendo la misma referencia que hace Fernández Retamar (2004: 214), ya que los revolucionarios latinoamericanos lo tomaron como símbolo de resistencia a la colonización (Federici, 2016: 312).

En este juego de imágenes, ideas y conceptos relacionales e interdependientes entre la película y la obra de teatro, reflexionaré sobre algunos de los límites y las posibilidades, de los condicionantes y de las opciones, de las contradicciones y de las coherencias, de las luces y de las sombras que giran en torno a los derechos humanos, en tanto figura e idea creada y nominada por la cultura occidental, y concebidos como instancias éticas, políticas y jurídicas emancipadoras con las que poder luchar y con las que poder conseguir espacios de dignidad y libertad. Al centrarme en el personaje de Caliban, América Latina estará presente, dada la importancia que ha tenido dentro de la cultura literaria y filosófica latinoamericana, proyectándose también como una alegoría con la que se explica las relaciones coloniales y de dominación de Occidente sobre los países del Sur global, a partir del año 1492, año del tropezón, del descubrimiento, del encuentro y/o desencuentro o del inicio de la conquista por parte de España sobre el continente que, erróneamente, será llamado América.

Asimismo, al final del trabajo, de forma metafórica, expondré lo que denomino, “uso calibanesco del Derecho”, inspirándome en la figura de Calibán. Con este concepto aludo al dilema de si el discurso del amo y del señor que manda,

puede ser aprovechado para que los dominados expresen y reclamen, con sus luchas y estrategias de resistencia, una dignidad y una libertad que sistemáticamente se les niega, y puedan conseguir y lograr su independencia, su autodeterminación y su autonomía.

2 Sobre Queimada y Pontecorbo

2.1 Resumen y estructura

La película del cineasta e intelectual italiano se sitúa en una isla ficticia del Caribe, en concreto en las Antillas, siendo una colonia portuguesa. Se llama *Queimada*, que significa quemada en castellano, porque la población aborigen que la habitaba fue totalmente exterminada y arrasada con fuego por los portugueses quienes, en ese proceso colonizador, sustituyeron y reemplazaron a los indígenas eliminados por esclavos procedentes de África.

La estructura de la película es dual, se divide en dos partes bien definidas:

a) A principios del siglo XIX, los esclavos afrodescendientes de las grandes plantaciones de caña de azúcar de la isla quieren rebelarse. Esta situación es aprovechada por los británicos, que están dispuestos a echarles una mano en su lucha por la independencia, pero con el objetivo de controlar el mercado de la caña de azúcar por medio de una empresa privada, la Real Compañía de Azúcar de las Antillas, que recuerda a la Compañía de las Indias Orientales. Para ello, el Almirantazgo inglés envía en el año 1844 a Sir William Walker, agente y aventurero protagonizado por Marlon Brandon, para incitar a los negros a levantarse y luchar contra la esclavitud establecida por los portugueses. Conjuntamente, convence a los propietarios y a los terratenientes de la isla, liderados por Teddy Sánchez, que recuerda a la frágil figura de Francisco Madero en la película de Elia Kazan, *¡Viva Zapata!* (1952), también protagonizada por Marlon Brandon, para derrocar al gobierno portugués. José Dolores, el otro protagonista de la película, es el dócil e ingenuo líder de la rebelión de los esclavos. Poco a poco, va entablando una relación de amistad con William Walker, aunque, desde el principio, hay una clara subordinación, una dependencia y un paternalismo insultante entre ambos, ya que el señor blanco es el que, maltratándolo en el inicio para provocarle, va enseñando a su discípulo y negro inferior a hacer la revolución. De ser obediente y temeroso, incluso rindiendo pleitesía a su amo de color blanco o más bien de color rosado, en los mismos términos descritos por Franz Fanon (2020) en *Piel negra, máscaras blancas*, gradualmente se va empoderando y va creciendo con orgullo en autoestima y en humanidad.

La rebelión de Dolores tiene éxito y, para derrocar al gobierno de turno, William Walker organiza el asesinato del gobernador portugués y se establece un

régimen títere de la Real Compañía de las Antillas. Asimismo, William Walker convence a José Dolores, en principio reticente, para que reconozca el nuevo régimen y entregue sus armas, a cambio de la abolición de la esclavitud. Cumplida su misión, se va de la isla a seguir con sus acciones subversivas en Oriente.

b) La segunda parte transcurre unos cuantos años después, estableciéndose el escenario en 1848. Ahora José Dolores lidera un segundo levantamiento, con el objetivo de expulsar la influencia británica de Queimada y por estar en contra del régimen de gobierno establecido por la Compañía de las Antillas. Tras seis años del alzamiento, en 1854, William Walker regresa a la isla al ser contratado por ésta y con el consentimiento del Almirantazgo británico. Se le encarga la misión de reprimir la revuelta y pacificar la isla. Resentido por la explotación de Queimada por parte de la empresa privada, el presidente Sánchez no coopera. Sánchez es derrocado y es ejecutado con su fusilamiento en un golpe de Estado diseñado por Walker, quien establece un régimen totalmente controlado por la Real Compañía.

La película muestra una combinación entre la típica política de cañoneras de la época aplicada por el imperio británico, ahora dirigida y guiada por William Walker, y la guerra de guerrillas de los rebeldes liderados por José Dolores. Resulta llamativa la analogía que hay entre la persecución de los guerrilleros con su cabecilla protagonista, con la muerte de Che Guevara en Bolivia en el año 1967, dos años antes de la emisión de la película. El parecido es evidente. Los pocos que quedan, tras ser la mayoría capturados y matados, son acorralados en las montañas. Se sofoca rápidamente la rebelión y capturan a José Dolores. El mando militar y de gobierno discute si hay que ejecutarlo. Walker intenta salvarle la vida porque lo estima, debido a su camaradería pasada, pero el líder rebelde rechaza su ayuda, afirmando que la libertad se gana, no se recibe. Prefiere ser un mártir y, tal como veremos, culmina con ello un proceso de maduración y de resignificación del discurso del amo. El gobierno ejecuta a Dolores en la horca. Entristecido William Walker, cuando está en el puerto para salir definitivamente de la isla, alguien le toca la espalda y, al darse la vuelta creyendo que es José Dolores, es asesinado por un campesino negro.

2.2 Tres trayectorias paralelas

Además de dividirse su estructura en dos partes, *Queimada* muestra, al menos, tres paralelismos, dos de ellos señalados muy bien por Enzo Traverso (2022: 170-173):

a) Con el primer paralelismo, comprobamos que se combinan dos contextos históricos en la película: uno referido al pasado y el otro se sitúa en el presente del largometraje. En este sentido, el mismo Enzo Traverso opina que José Dolores es una especie de Espartaco que alegóricamente representa tanto a Toussaint L'Ou-

verture, como al Che Guevara (2022: 171). Gillo Pontecorbo, en tanto intelectual comunista y anticolonialista comprometido, alude al periodo de los levantamientos y las movilizaciones de las islas caribeñas por la abolición de la esclavitud, entre los siglos XVIII y XIX, con la revolución e independencia de Haití (1791-1804) a la cabeza. Además, tanto William Walker como José Dolores están inspirados en dos personajes históricos reales: el primero fue un aventurero estadounidense que intentó colonizar Nicaragua en la década de los años 50 del siglo XIX y José Dolores era el comandante militar del ejército indígena que lo expulsó del país (Traverso, 2022: 171).

Asimismo, el cineasta italiano se posiciona con *Queimada* en su presente, como un sismógrafo de la turbulenta década de los sesenta (Traverso, 2022: 170), justamente en la misma época en la que se sitúa y se publica el famoso ensayo de Roberto Fernández Retamar, *Caliban* que trataré más adelante. Nos encontramos con un contexto marcado por la Guerra Fría, los procesos de descolonización en los países del Sur global, denominados por Albert Sauvy el Tercer Mundo (Fernández Retamar, 2004: 138). La revolución argelina y la guerra de Vietnam, están presentes en la película. Asimismo, también influye la revolución cubana con la figura de Fidel Castro y el Che Guevara en los años 60, el foquismo de los grupos guerrilleros latinoamericanos con la teoría de Régis Debray y el mismo Che, entre otros.

Además, América Latina vive un periodo en el que el concepto de liberación se pone de moda. El caso es que en torno al concepto de “liberación” surgieron distintas corrientes, teorías y perspectivas epistemológicas en el ámbito teológico y filosófico (Gustavo Gutiérrez, Ignacio Ellacuría, Leonardo Boff, Enrique Dussel, Helio Gallardo, Juan Luis Segundo), económico (Theotonio dos Santos, Mauro Marini, Franz Hinkelammert, Ander Gunder Frank), sociológico (Orlando Fals Borda y Pablo González Casanova), antropológico (Darcy Ribeiro, Rodolfo Kusch), geográfico (Milton Santos) y pedagógico (Paulo Freire) (Wolkmer, 2017: 36 y 249 y ss). Todos sus pensadores, a partir de sus experiencias sociales concretas, trataban de responder buscando soluciones al por qué de los estados de marginación y desigualdad sistémica, articulando un ataque frontal crítico, dialéctico e interdisciplinar contra los posibles condicionantes que producían esa ausencia de sensibilidad y de atención a las necesidades y a las demandas del pueblo considerado y producido como oprimido. El concepto polisémico de liberación condensaba la percepción interdisciplinar de una realidad adversa que demandaba una necesidad de cambio, de propuestas de alternativas, de búsqueda de soluciones transformadoras.

Los métodos, así como los enfoques fueron muchos, con fuerte influencia del pensamiento humanista, marxista y del sistema de creencias religiosas y teo-

lógicas del cristianismo originario cimentado sobre la justicia en favor de los pobres. No sorprende que, desde casi todos los puntos geográficos de Latinoamérica, se proclamara y se pusiera de relieve que la cultura europea y usamericana, con la colaboración de determinados colectivos oligárquicos y minorías plutocráticas nacionales, habían ocasionado diversas formas de alienación, extendiendo y consolidando sobre la región un sistema estructuralmente opresivo en todos los terrenos económicos, políticos, ideológicos, filosóficos, jurídicos y culturales. Ante la dependencia frente a las grandes potencias de los países del Norte aquilatada por el capital y la división internacional del trabajo, se precisaba reaccionar y confrontar mediante la liberación como proceso no sólo teórico, sino fundamentalmente práctico, necesario para conseguir una plena y auténtica libertad de los pueblos latinoamericanos en lo institucional, lo existencial y lo socio-material.

Asimismo, el mundo de la literatura latinoamericana estaba en alza durante ese periodo, con autores como Julio Cortázar, Jorge Luis Borges, Mario Vargas Llosa, Gabriel García Márquez, Carlos Fuentes, Eduardo Galeano y Roberto Fernández Retamar, entre otros. Además, algunas obras ensayísticas significativas de la época, solo como ejemplo, se hacen de obligada lectura: *Los condenados de la tierra* de Franz Fanon publicada en 1961, que influye bastante en las obras de Gillo Pontecorbo y *Las venas abiertas de América Latina*, de Eduardo Galeano y publicada en 1971, libro referente en el contexto latinoamericano.

Curiosamente, junto con *Queimada*, *La batalla de Argel* también dirigida por Gillo Pontecorbo marca un punto de inflexión en la historia de las producciones occidentales sobre el colonialismo, siendo emblemática contra la ocupación colonial (Sand, 205: 458 y 460). Ambas películas expresan la importancia de los procesos de liberación a nivel planetario, frente a los imperios coloniales (Traverso, 2022: 174-175).

b) En segundo lugar, aparecen en la película dos trayectorias que van de la mano: i) por un lado, el falso discurso de universalidad anticolonial del imperio británico, que, en nombre de la libertad, se oculta la verdadera intención de imponer sus propios intereses mercantiles y neocoloniales. El pretexto de la independencia y la abolición de la esclavitud les sirve para controlar la producción de la economía azucarera de la isla y desplazar al decadente imperio portugués; ii) por otro lado, la otra trayectoria se refleja en la gradual toma de conciencia entre un pueblo dominado y subordinado que, procesualmente, van pasando de oprimido a sujeto histórico protagonista y que intenta tomar las riendas de su destino (Traverso, 2022: 172). Incluso el mismo personaje José Dolores va creciendo en su capacidad de discernir, de ganar autoestima y de darse cuenta de que está siendo utilizado por William Walker contra los intereses de su pueblo.

A partir de este segundo paralelismo sobre el rostro colonial y la conformación de un pueblo que de ser pueblo sujetado pasa a ser pueblo sujeto, pese a que es derrotado y humillado en un contexto estructural adverso, se pueden hacer varias consideraciones:

- La primera guarda relación con el carácter antillano de la lucha que va liderando José Dolores, y que, como ya se dijo, está muy conectada con las movilizaciones y revoluciones desarrolladas en el Caribe durante finales del siglo XVIII y el siglo XIX, con la isla de Guadalupe y, sobre todo, con Haití, a la cabeza. Por lo general, cuando se nos enseña la historia de los derechos humanos, las revoluciones inglesa y francesa en los siglos XVII y XVIII, con los hechos y acontecimientos de independencia de Estados Unidos, son emblemas universales de ese proceso lineal y evolutivo eurocéntrico de logros de derechos humanos. Pero se omite otra revolución significativa y central como es la haitiana. El filósofo argentino Eduardo Grüner en sus estudios sobre la olvidada revolución de Haití con su independencia en 1804 (2012 y 2016), subraya de qué modo la Modernidad nace con conflictos irresolubles que no ha logrado enfrentar ni solucionar hasta nuestros días, ocultando las perversidades y los horrores sobre los cual edifica su sistema colonial global. La cultura occidental es impensable sin el documento de barbarie representado por la esclavitud, no solo de la isla del Caribe, sino de toda América, ya que es parte sustantiva de la conformación de la Modernidad. La revolución haitiana demostró que esta representa una falsa totalidad al nacer y desarrollarse castrada, fracturada, dividida y olvidada simbólicamente por forclusión, por medio de una lógica sacrificial que ignora simbólicamente y expresada a través de la explotación salvaje de los esclavos sobre la cual levantó su poder económico y político (Hinkelammert, 1998). Este falso universal coexiste con su modo de producción capitalista de la mano de las relaciones de producción esclavistas, consolidando con ello una profundización “inédita de las asimetrías en todos los niveles (socioeconómico, político-ideológico, simbólico-cultural) en escala por primera vez mundial” (Grüner, 2012: 22 y 43).

Eduardo Grüner insiste en la idea de la falla, la forclusión o la fractura constitutiva y catastrófica de la modernidad iniciada a partir de 1492, que se niega en su lado oscuro y que no quiere reconocer ni ver, justificando sus actos genocidas y etnocidas bajo el manto del progreso y la civilización acompañado de la descalificación de los otros (alteridad extraña) bajo el sustantivo de la barbarie. Para colonizar e imponer su dominio, la modernidad estructuralmente produce tres enormes consecuencias: a) detiene los procesos de desarrollo autónomo de las sociedades colonizadas (que en América se proyecta sobre los pueblos indígenas y los colectivos afrodescendientes) y en *Queimada* es claro; b) incorpora a esas sociedades de manera violenta y subordinada a la lógica instrumental de la acumulación mundial capitalista bajo la filosofía utilitarista de cálculo medio y fin y

de coste y ganancia; y c) invisibiliza y fagocita sus historias diferenciales junto con sus ritmos temporales distintos ante la linealidad del llamado progreso que marca la superioridad de la historia y la cultura occidental (Grüner, 2012: 22, 23 y 45).

En *Queimada* hay un continuo contraste entre lo que se dice y lo que se hace en nombre de la libertad por parte de los ingleses. Asimismo, hay un juego escenográfico entre los bailes, las vestimentas, la corporalidad desinhibida, los ritos y los tiempos carnavalescos de los rebeldes esclavos, frente al despectivo refinamiento empresarial y militar burgués y aristocrático de los dueños y propietarios blancos. Pontecorbo, acompañado con la banda sonora de Ennio Morricone, se cuida a la hora de reflejar las raíces africanas de los sublevados y sus proyectos de vida tan diferentes a los europeos, pero llenos de orgullo y dignidad.

- Asimismo, la segunda consideración guarda relación con el discurso cínico de William Walker, dirigido a los propietarios portugueses que han derrocado al anterior gobierno, sobre los beneficios que tiene eliminar la esclavitud y su sustitución por el trabajo asalariado de los campesinos liberados, poniendo el ejemplo utilitario de las diferencias entre la esposa y la prostituta:

Caballeros, permítanme ponerles un ejemplo ahora. Mi metáfora podrá parecer un poco impertinente, pero pienso que va directa al asunto. ¿Qué prefieren ustedes? O, mejor dicho, ¿qué creen que les conviene más? ¿Una esposa o una prostituta? No, no, por favor. No me entiendan mal. Estoy hablando estrictamente en términos económicos. O sea, del costo del producto. Del rendimiento de ese producto. El producto en este caso es el amor. Amor puramente físico, donde los sentimientos, obviamente, no forman parte de la economía. ¿Verdad? A una esposa hay que darle una casa, comida, vestidos, atención médica, etc, etc. Están obligados a mantenerla toda una vida, incluso cuando envejece y resulta improductiva. Y si uno la sobrevive, encima tiene que pagarle el funeral [risas]. No, no, es verdad. Caballeros, sé que les parece divertido, pero esos son realmente los hechos; ¿o no? Mientras que, con una prostituta, por otro lado, es un asunto bastante diferente, ¿no? No hay necesidad de hospedar o alimentar, de vestir ni enterrar. Gracias a Dios. Ella solo está cuando la necesitan. Solo pagan por su servicio. Y pagan por hora. O sea, señores, por la misma razón, ¿qué es más conveniente, un esclavo o un trabajador asalariado? ¿Qué les conviene más? ¿La dominación portuguesa, con sus leyes, sus vetos, sus impuestos, su monopolio comercial, o la independencia? Con su propio gobierno, sus propias leyes, su propia administración, y la libertad para comerciar con cualquiera en términos que sean establecidos por los precios del mercado internacional.²

Esto se puede relacionar con los planteamientos de Silvia Federici sobre el significado que implica el “descubrimiento” del “Nuevo Mundo” para la acumu-

2 Transcripción tomada de <https://elcineitaliano.blogspot.com/2021/04/queimada-gillo-pontecorbo-1969.html>. Consulta: 17/11/2024.

lación primitiva del capitalismo (2016). Para la filósofa, historiadora y escritora italiana esta acumulación, no fue simplemente una acumulación y una concentración de trabajadores explotables y de capital. Fue también una acumulación de diferencias y divisiones dentro de la clase trabajadora, en función de jerarquías y dominaciones establecidas por razones de clase, género, raza y edad. Se desarrolló tanto en Europa, donde también había esclavitud, pero en menor grado, y también caza de brujas, azotes, encarcelamientos, las marcas a fuego, etc., como en el Nuevo Mundo, con el sometimiento de las poblaciones aborígenes a través de la esclavitud, la encomienda (la mita en Perú o el cuatequil en México) y el trabajo asalariado forzado (Federici, 2016: 95 y 97). Con sus mismas palabras: "...la inclinación de la clase capitalista durante los primeros tres siglos de su existencia, estuvo dirigida a imponer la esclavitud y otras formas de trabajo forzado en tanto relación de trabajo dominante..." (Federici, 2016: 96). Por tanto, la explotación de los medios de subsistencia de los trabajadores europeos y la esclavización de los pueblos de América, no fueron los únicos medios para la formación y la acumulación del proletariado mundial. Para ello requirió de la transformación del cuerpo como máquina de trabajo, teniendo a las mujeres como las reproductoras del mismo, siendo una de las condiciones del desarrollo del capitalismo el proceso de "disciplinamiento del cuerpo", en términos de Michel Foucault, para convertir las potencias de cada ser humano en fuerza de trabajo e intentando amoldar a las clases subordinadas a las necesidades de desarrollo de su sistema económico (Federici, 2016: 183 y ss.).

William Walker, con su discurso patriarcal, rebaja a meros objetos a las mujeres y las desprecia en tanto esposas mantenidas o como prostitutas prestadoras de un servicio y, también, como medios de consumo más baratos y menos costosos en su uso. Asimismo, justifica la necesidad de eliminar la esclavitud y establecer trabajos asalariados por razones exclusivamente mercantiles, por "la libertad para comerciar con cualquiera". De esta manera se abaratan los gastos con el objetivo de obtener más beneficios y concentrar más riqueza. En este sentido, Enzo Traverso (2022: 171) señala las ambigüedades de la Ilustración y la hipocresía del liberalismo clásico encarnados en el personaje de William Walker.

Pocos son los que recuerdan y saben que los haitianos, por su independencia, tuvieron que indemnizar a los franceses, con la Ordenanza de Carlos X de 1825, por el daño causado a Francia por la pérdida de propiedades y esclavos como consecuencia de la eliminación del régimen esclavista, la abolición de la esclavitud y la independencia de Haití. La cantidad a pagar fue de 150 millones de francos y se saldó entera en 1947, durando 122 años (Grüner, 2012; y BBC News Mundo, 2024). En parte, esta humillación tan condicionante puede explicar una de las razones por las que hoy en día Haití sea uno de los países más pobres del mundo.

Lo mismo le sucedió a China con los mezquinos y filibusteros británicos en las dos Guerras del Opio (1839-1842 y 1856-1860) y a través de los distintos “tratados desiguales”. Los ingleses, que se convertían en el primer mega cartel internacional del narcotráfico, aparte de expropiar y tomar ciudades como Shanghai y Hong Kong, reclamaron, exigieron y obligaron a los chinos, por impedir que se consumieran opio y se pudiera comerciar con la droga en su país, procedente de la India, a pagar indemnizaciones millonarias por la extinción y la quema de sus existencias de opio, para saldar las deudas previamente contraídas y para reparaciones de guerra por los daños ocasionados (Maalouf, 2024: 179).

- Otra reflexión o consideración que se puede tomar como conclusión sobre *Queimada* alude a las verdaderas intenciones de Gran Bretaña, como país señero del capitalismo, y su forma estratégica de no considerar en serio a los derechos humanos. También lo veremos con los apartados referidos a Calibán. De una manera clara y precisa, Helio Gallardo (2015: 360-361) afirma que el imaginario ideológico sobre el que se sustenta el concepto de derechos humanos y el sistema sobre el que se basa la organización moderna y capitalista no permite que las luchas que lo cuestionan puedan comunicar e irradiar desde sus particularidades, un horizonte de universalidad conflictivo, más diverso, más abierto y plural. Con la emergencia y la consolidación del orden moderno capitalista, han ido surgiendo demandas socio-históricas (de obreros, indígenas, de mujeres, de gays y lesbianas, medioambientales, de negr@s, etc.) que o bien han intentado destruir o bien transformar el sistema, pero fracasando en la empresa de manera estructural. Estas distintas conflictividades forman parte de un cuerpo consolidado de dominación o imperio (la capitalista) que sistemáticamente ha ido bloqueando la materialización del carácter universal y plural de la existencia humana y que se expresa en las distintas versiones de lucha por derechos humanos.

Por ello, “la estructura de las formaciones sociales modernas requiere “inventar” derechos humanos y proclamarlos universalmente, pero sus grupos de poder (expresados en Estados y mercados) asumen que se trata de una propuesta no factible de realizar.” (Gallardo, 2010). Cualquier colectivo humano que lucha desde sus particularidades y reivindica derechos surgidos desde sus racionalidades y necesidades, es debilitado, ridiculizado, inferiorizado, atenuado, eliminado o ignorado. Genera una ilusión y un efecto emancipador potencialmente universal que no puede, ni quiere cumplir por las tramas sociales que construye y despliega en todos los órdenes desde dinámicas excluyentes, sectarias y que benefician a grupos minoritarios. Dentro de la configuración de las sociedades modernas europeo-occidentales, se proclama un discurso universal de dignidad integral, pero estructurándose, al mismo tiempo, mediante condiciones materiales que no lo hacen factible. El imaginario de la modernidad inventa derechos humanos sobre una

instalación material, económico-cultural y una institucionalidad establecida para pocos, tornándolos no factible (Gallardo, 2015: 408-410).

En *Queimada*, la abolición de la esclavitud y la lucha por la independencia de los esclavos negros son un pretexto, son los vehículos que caminan en dirección del dominio británico de la producción de la caña de azúcar. William Walker es el encargado de dirigir la orquesta crematística y de acumulación por sujeción, robo y expropiación. Cuando José Dolores y los suyos se apartan de las pretensiones de control británico, se convierten en una amenaza que hay que eliminar y no es factible reconocerles ningún tipo de derechos.

c) Finalmente, llama la atención la coincidencia y el paralelismo en el tratamiento que se le hacen a los indígenas su isla y, después, a los rebeldes afrodescendientes que los sustituyen y que se sublevan para luchar por su independencia y por su libertad, aunque en el primer caso, con los aborígenes, se comete un claro genocidio, ya que *Queimada* debe su nombre a que fue incendiada y arrasada con fuego, sin dejar supervivientes. Contra José Dolores y su mermado ejército de liberación, también se utiliza el fuego para derrotarlos y acorralarlos en la montaña, como si fueran alimañas que hay que cazar. Con ello, considero que el tema del ejercicio de la violencia aparece de manera recurrente a lo largo de toda la película. Algunos ejemplos:

- En primer lugar, William Walker enseña a José Dolores y sus compañeros a matar a los soldados portugueses, engañándoles y obligándoles con la mentira a tener que usar las armas para defenderse y empezar la rebelión. No obstante, Gillo Pontocorbo, en la línea de Franz Fanon, justifica la violencia y la lucha armada frente al colonialismo, porque este destruye a las culturas autóctonas. Revolución y lucha armada van de la mano. Permite a los pueblos colonizados transformarse en sujetos de su historia colectiva. En *La batalla de Argel*, Ali la Pointe se convierte en un líder del Frente de Liberación Nacional que justifica el sabotaje y los actos terroristas (Traverso, 2022: 172-173). No es igual la violencia ejercida por el colonizador y dominador que la realizada como reacción por el colonizado y dominado que lucha asimétrica y desigualmente por su liberación. Esta es legítima porque responde frente a una situación de sujeción humillante y deshumanizante que mata estructuralmente. Pero, hay que decirlo, siempre hay límites en los medios que se emplean, por sus riesgos y por sus potenciales y reales consecuencias que abren una perversa espiral de la violencia. A continuación, volveré sobre esto.

- En segundo lugar, y siguiendo con el problema de la violencia, llama atención la semejanza y el parecido que existe entre la escena en la que José Dolores amenaza con la frase: "Debemos cortar cabezas en vez de cañas", y la secuencia de la ya mencionada película *¡Viva Zapata!* de Elia Kazan, en la que se produce el encuentro y el reclamo de Zapata por la tierra con Francisco Madero, que ya ejerce

de presidente de México. Madero le dice a Zapata que todo se hará por medio de la ley, siguiendo lo establecido por el gobierno constitucional y su norma suprema, la Constitución. Como es el momento de dejar las armas al haber derrotado a Porfirio Díaz, Madero le pide a Zapata que ordene el desarme de todo su Ejército del Sur. El Atila del Sur se molesta y poniendo un ejemplo brusco y violento con su escopeta y el reloj de Francisco Madero, le indica a su presidente que cuando le roban su reloj, solo puede recuperarlo con la escopeta, con las armas, no con las leyes.

Sin miedo alguno e interpretando *Queimada* como un pretexto para resignificar y abrir nuevas significaciones, me gustaría señalar las diferencias que existen en los contextos de violencia antes comentados, y que siempre han estado presentes en los procesos revolucionarios y de independencia descolonizadores: no es igual la violencia de quien domina que la de quien es dominado y se defiende, siendo ambas cuestionables por sus contradicciones. En este sentido, creo que, de manera latente, hay un trasfondo en la película, por ese contexto de crítica al colonialismo, en el que aparece la fuerte disputa sobre la muerte de seres humanos por el uso de la violencia entre dos intelectuales referentes en aquella época, Albert Camus y Jean Paul Sartre, quien hizo el prólogo de *Los condenados de la tierra* de Franz Fanon.

El escritor y premio Nobel francés defendía que nunca la muerte de un ser humano y, menos de un niño, estaba justificada. En cambio, el filósofo francés consideraba que la lucha de clases y la toma del poder por parte del proletariado, legitimaba la muerte y la caída de seres humanos por el camino (Mate, 2018: 93 y ss.). En la línea del primero, soy de los que piensan, que nunca la muerte de un inocente se pueda justificar. El sufrimiento de un niño y de un inocente es incompatible con la lucha del proletariado contra la opresión. Nuestro referente, reconociendo los fracasos de no lograrlo e intentando enfrentarlos, es que nunca debemos aceptar el sufrimiento como injusticia, de nadie. No hay excepción. Un solo caso de injusticia es tan importante como todas las injusticias (Mate, 2018: 97 y 99). Albert Camus ya señaló en *El hombre rebelde*, las contradicciones, las paradojas y los límites que cualquier valor o principio puede tener, como la dignidad, la libertad o la igualdad, para no sacrificar vidas humanas si se convierte en un absoluto, y después de analizar de qué forma en la historia de la lucha por la justicia o la dignidad humana en Occidente, se han utilizado medios contrarios a los principios y valores proclamados. Camus nos lanza la siguiente reflexión preguntando: “¿El fin justifica los medios?, Es posible. ¿Pero qué justifica el fin? Camus señala: a esta pregunta, que el pensamiento histórico deja pendiente, la rebelión responde: los medios.” (Camus, 1996: 341). Hay que reconocer un límite infranqueable, inviolable, que no se puede rebasar y que debería ser siempre respetado. Por el bien de todos no se pueden dar buenas razones para matar, ni sacrificando a un inocente

(Mate, 2018: 95). No hay razones éticas, solo estados de necesidad, defensas para sobrevivir que fracasan por los medios utilizados y sus resultados.

Helio Gallardo remarca que, en contextos de sujeción y dominación, la praxis de liberación no debe tener como propósito eliminar al dominador, sino defender una sensibilidad, una espiritualidad y una cultura de amor, de respetos mutuos, de fraternidad sin cainismos, de crecimiento en humanidad con la que todos avancen inspirándose en el propósito de construir una sociedad sin exclusiones, sin colonizaciones, sin marginaciones, sin discriminaciones y sin explotaciones (Gallardo, 2005 y 2006). Quien es humillado no debe convertirse en una nueva fuente de humillación hacia el que le humilló. En este sentido, todo ser humano, tiene que ser digno de duelo, sin excepciones y todo ser humano tiene que ser digno de una vida vivible y digna de ser vivida (Butler, 2021).

Este problema tiene su dilema en términos de derechos y como una de sus principales paradojas, con los denominados procesos de inversión ideológica de los derechos humanos, que nunca desaparecen y que tan típicos de Occidente, y con los que, para defender derechos humanos, se vulneran simultáneamente derechos humanos, ya sea en nombre del progreso, de la fe, de la ciencia, del libre mercado o de la misma democracia (Hinkelammert, 1987 y Sánchez Rubio, 2023b). No asumir y enfrentar este problema es continuar dando buenas razones para matar, permitiendo que se maten y se asesinen a nuestros semejantes, que son todos los humanos, con nombres y apellidos, que conforman la Humanidad.

- Por último, me detengo en la escena final cuando William Walker, entristecido y decepcionado, se va definitivamente de la isla tras su fracaso para convencer y liberar a José Dolores. No logró tampoco persuadir a sus aliados para que no fuera ajusticiado con la horca. Debían dejarlo vivir para que no se convirtiera en un mártir y en un mito (“un mito es más peligroso que un héroe, porque a un mito no se le puede matar”), ya que mantendría la leyenda viva entre el pueblo rebelde (en clara alusión a la figura del Che Guevara y a toda política que los poderosos intentan aplicar a los rebeldes subversivos y revolucionarios). Mejor era el silencio. El mismo silencio con el que William Walker termina en la película. En el puerto, preparado para salir de Queimada, como ya comenté, es abordado por un hombre negro que lo saluda tocándole la espalda, tal como lo hizo José Dolores cuando William Walker llegó por primera vez a la isla y se conocieron. En vez de ayudarlo a llevar la maleta, el hombre anónimo lo apuñala, asesinándolo. Aquí queda reflejado el efecto *blowback* o boomerang (Johnson, 2004), que todo acto puede tener cuando de ser causa y productor de algo, se convierte en algo producido y causado por aquello que, en su momento, produjo. Edgar Morin lo explica con el principio de recursividad o bucle organizacional (2001: 106). Aparece también, como ejemplo, en el ámbito geoestratégico cuando se promocionan grupos arma-

dos que, de ser aliados, pasan a ser enemigos de los cuadros que lo formaron, conformaron y apoyaron. En términos más profundo, de cortes antropológicos y ontológicos, Franz Fanon lo refiere en relación con el daño mutuo que ocurre entre colonizadores y colonizados. No es solo un destrozo, una inhumanidad, un sufrimiento y un dolor del colonizado, sino que también repercute en el colonizador ya que su mezquindad se puede volver contra él en términos vitales y existenciales. Metafóricamente hablando, no solo el torturado o colonizado queda dañado, sino también el torturador, que en este caso es el colonizador (Claussen, 2016: 31).

Termino este bloque dedicado a *Queimada* con la frase que José Dolores le dice a William Walker y que me sirve para conectar la película y hacer la introducción con el “concepto-metáfora” de Calibán para América Latina. En su forma de despedirse antes de ser ahorcado le dice: “inglés, ¿recuerdas lo que decías? ¡La civilización pertenece a los blancos! Pero ¿qué civilización y hasta cuándo?”

3 Sobre Calibán

La figura de José Dolores encaja muy bien con el personaje de Calibán. Es un esclavo al que, aparentemente, se le enseña a defenderse con métodos y símbolos ajenos a su cultura de origen. Varias son las preguntas que se nos plantea tras las reflexiones expuestas sobre *Queimada* y la última frase dicha por José Dolores. Servirán como puentes que conectan y atraviesan posibles relaciones con el personaje de *La tempestad*: ¿hasta qué punto la dignidad de un pueblo esclavizado se gana solo con el lenguaje creado por el amo? ¿Solo la civilización occidental es la única que enseña? ¿Son los derechos humanos un discurso creado por Occidente que permite la emancipación de los pueblos colonizados y la justicia social? ¿Hay resquicios y márgenes para reinterpretarlos en términos de liberación y/o emancipación? ¿No hay una tradición y un poso cultural africano autóctono o mestizo propio que sean fuente de la lucha por la dignidad y la libertad y contra la desigualdad?

El esclavo deforme de la obra de Shakespeare se ha asociado alegórica y simbólicamente con determinadas situaciones de identidad y con determinados colectivos que sufren injusticias, la mayoría de ellos relacionados con el pueblo oprimido o el bloque social de los oprimidos y empobrecidos: desde la clase obrera (Federici, 2012), pasando por los pueblos indígenas y los esclavos africanos junto con sus descendientes, hasta a llegar a representar el problema de la autoestima identitaria de América Latina, junto con su capacidad original y valiosa para crear procesos y productos culturales de calidad (Fernández Retamar, 2004). Recreándose en el principio hologramático de Edgar Morin (2001) con el que la parte más pequeña de un holograma contiene ya la suficiente información para conocer las características del mismo, José Dolores puede ser un símbolo de la revolución

haitiana, a la que el historiador argentino Juan Francisco Martínez Pería considera que fue anti-esclavista por su lucha por la abolición de la esclavitud, anti-racista por ir en contra de la segregación racial y anti-colonial por su ruptura del lazo colonial con Francia (2013:169-170). Pero puede también ser como Caliban, el rebelde sometido a un discurso que justifica la dominación por parte de la metrópoli que lo coloniza pero que se levantó, como hizo América Latina, cuestionando la superioridad moral y civilizatoria de sus sucesivos conquistadores, que serían representados por Próspero, el amo de *La tempestad*, para defender su derecho, lleno de mestizaje, a la independencia y a sus propios y originales proyectos de vida (Sosa, 2012).

En este apartado me centraré en un problema crucial sobre la autonomía, la originalidad y la creatividad de la cultura latinoamericana con respecto a los distintos proyectos civilizadores y colonizadores que, para bien y para mal, forman parte de la tradición política, moral y filosófica de los países de Abya Yala. En el último apartado me detendré en el campo jurídico, sobre las opciones que el Derecho ofrece para resolver los conflictos sociales y para afrontar la protección y la garantía de los derechos humanos. La figura de Calibán será el hilo conductor de ambas temáticas.

En los países de América Latina desde, al menos, el siglo XIX ha habido profundas discusiones y múltiples reflexiones sobre la idiosincrasia de sus pueblos. En el terreno político, filosófico y jurídico, se ha reflexionado mucho sobre el impacto que sobre sus realidades tiene el que se vayan aplicando teorías, concepciones, leyes y sistemas que, en principio, son extraños, foráneos y extranjeros a sus mismo contextos de vida, organizándose y ordenándose sus Estados filosófica, política y jurídicamente con modelos culturales importados y con ordenamientos jurídicos y constitucionales que, por su origen lejano, se aplican sin tener en cuenta los contextos y los atributos que son privativos de las realidades nacionales y autóctonas latinoamericanas o porque no manifiestan sensibilidad por ellos. Fuerte han sido las disputas y las posiciones antagónicas sobre las virtudes o las deficiencias de limitarse a imitar o copiar teorías, proyectos, leyes, normas, preceptos e instituciones que proceden de sociedades, todas ellas movidas por el espíritu colonizador, con otras idiosincrasias y que poseen otras necesidades y diferentes realidades.

En el año 1971, Roberto Fernández Retamar publicaba *Calibán: apuntes sobre la cultura en nuestra América*. Después, durante más de veinte años ha ido actualizando y revisitando este ensayo. El intelectual cubano, hacía referencia directa a este problema preguntándose si existe una cultura latinoamericana y lo hace porque afirma que cuestionarla es cuestionar la propia existencia y humanidad de lo latinoamericano y, además, conlleva a tomar partido por su irremediable colonial

(2004: 5). Es más, de manera asertiva y reivindicativa, remitiéndose a la historia de los últimos tres siglos en la región, reclama una cultura que es hija de la revolución y del multiseccular rechazo de sus pueblos a todos los colonialismos, sabiendo colocar en su sitio la historia del opresor y la del oprimido (Fernández, 2004: 88-89). Para justificarlo, se basa en acontecimientos, entre otros, como la sublevación de Tupac Amaru en el Perú (1780), la independencia de Haití (1804), la independencia de Cuba de España (1898), la Revolución Mexicana (1910), las resistencias de Sandino en Nicaragua en la década de los 20 y 30, la nacionalización del petróleo con Lázaro Cárdenas (1938), la revolución boliviana (1952) y la Revolución Cubana (1959), junto con la muerte del Che Guevara (1967) y con la llegada de Salvador Allende al poder en Chile (1970) (Fernández, 2004: 87). Quiero recordar también que el contexto de *Queimada* es el mismo en el que se manifiesta Roberto Fernández Retamar, donde el concepto liberación se ponía de moda en la región, como refuerzo de los reclamos anticoloniales de los países del Tercer Mundo o del Sur global históricamente colonizados.

Participando de estas aporías y problemas, el filósofo de la historia e historiador de las ideas mexicano Leopoldo Zea, para entender mejor la idiosincrásica de la cultura latinoamericana, propositivamente señala una tipología de los diversos proyectos de vida, imaginarios y formas de pensar que, a lo largo de la densa historia de América Latina, se han ido sucediendo, siendo defendidos por grupos humanos que han expresado determinadas formas de comprender sus realidades y de presentar alternativas con las que poder salir de las adversidades, los obstáculos de sus entornos políticos y convivenciales. Para ello elabora una serie de imágenes o modelos que los grupos humanos más o menos influyentes o con aspiraciones de autoafirmarse en el proceso de desarrollo político, social y cultural de sus países, han tenido como marco justificador de sus intereses y demandas. Leopoldo Zea habla de sucesivos y correlativos “proyectos” que se han intentado aplicar como respuestas a las adversidades sociales, políticas, económicas y culturales surgidas en cada momento. Estos proyectos son los siguientes: ibero, sajón, conservador, civilizador y libertario o asuntivo (Zea, 1978; y Sánchez Rubio, 2008: 150 y ss.).

Mientras que los proyectos ibero y sajón procedían de los procesos colonizadores y expansionistas de Occidente de carácter religioso en el primer caso, con la Corona española y, en el segundo caso, comercial con los ingleses y holandeses, los otros tres proyectos se enmarcan en la herencia de estos dos primeros proyectos, pero desarrollados de manera más interna a partir de los diversos procesos de independencia. Los proyectos ibero y sajón se basan en la superioridad de los españoles, portugueses e ingleses, en su versión blanca, propietaria, cristiana, heterosexual, patriarcal y de mayoría de edad frente a los indígenas (Zea, 1978: 104 ss. y 133 ss.) El desconocimiento inicial del colonizador de los valores del colonizado,

junto a la confluencia y el flujo cultural posterior, consolidan la marginación de los nativos, además de originar nuevos sujetos y grupos humanos que se encuentran interpelados en su condición de ser sujetos de la historia o de sus propias historias ancestrales. Indios, criollos, negros y mestizos conforman un complejo y heterogéneo colectivo humano que pugna por posicionarse y buscar su lugar como sujetos dignos de significar sus realidades. *Queimada* se circunscribe expresamente con estos dos proyectos colonizadores e imperialistas, reflejando, tal como hemos visto, sus verdaderas intenciones y las consecuencias de imponerlos, persuadiendo en unos casos, usando la violencia en otros.

Para los conservadores, fue el espíritu de la propia independencia y emancipación de España una prolongación y fruto del espíritu español. La organización de centralizadora de la burocracia de los Austrias y de los Borbones permitiría enderezar el rumbo frente a la anarquía y el caos. En el mismo pasado colonial se encontraban las bases para un orden político y burocrático regulador de lo propio. Bajo estos argumentos, Gabriel García Moreno en Ecuador, Juan Manuel de Rosas en Argentina, Diego Portales en Chile y Lucas Alamán en México, entre otros, lograron ocupar el vacío de poder dejado por los españoles. Todos ellos establecieron gobiernos fuertes, rígidos y autoritarios (Zea, 1978: 190 ss., 212 ss.).

En cambio, para los liberales, que prolongan, resignificando el proyecto sajón, el autoritarismo feudal ibero y criollo eran un obstáculo y una obscenidad frente a sus ideales civilizadores. La alternativa para sacar a sus países adelante estaba en subirse al carro del progreso ofrecido por el espíritu del capitalismo. Para ellos, España estaba de capa caída en Europa. La fuerza de la ilustración parecía garantizar mejor la obtención de libertades hasta ahora ausentes. Había que abrir las fronteras a las grandes potencias. Inglaterra y Estados Unidos principalmente, material e intelectualmente, les proporcionarían libertad, desarrollo y progreso (Zea, 1978: 244 ss.).

Leopoldo Zea se posiciona defendiendo el proyecto asuntivo o libertario, que se encarna en las figuras de Simón Bolívar y José Martí (Zea, 1978: 270 ss.). Como contrapartida y culminación, propone lo que denomina el proyecto libertario y/o asuntivo inspirado en ambos. Sería la alternativa a las propuestas conservadoras y civilizadoras, ambas basadas en la cultura ibera y sajona respectivamente, ya que ninguno de ellas pretendía incorporar un ideal de reconocimiento de sociedad plural, participativa, justa y solidaria.

Simón Bolívar se dio cuenta de las razones que ocasionaron las luchas, las guerras, la falsa conciencia y el desarraigo en el que incurrieran los latinoamericanos, rechazándose unos a otros, fomentándose la fragmentación y la división. Se habían formado bajo un régimen que lo había mantenido unido bajo el manto de la autoridad y la dependencia. Esto hacía, en ocasiones, que se extendiera una

cultura de servidumbre, de obediencia y docilidad. Además, las constituciones occidentales creaban una igualdad ficticia que ignoraba la rica diversidad del continente. Por este motivo El Libertador defendía que lo circunstancial, lo autóctono debía predominar, pero no como rechazo de todo lo anterior, sino como complemento aglutinador de lo positivo de los proyectos ibero, sajón, conservador y civilizador. En febrero de 1819 en su "Discurso de Angostura", mostraba cómo la heterogeneidad cultural, racial y étnica de las noventa y tres naciones podía ser la base esperanzadora sobre la que constituir una comunidad latinoamericana solidaria de seres humanos, con una identidad que reflejara el modo de ser peculiar americano. Leopoldo Zea habla en términos de mestizaje cultural como una manera de acabar con esa historia de yerros y yuxtaposiciones equivocadas. Si los anteriores proyectos generaban distinto tipo de dependencia, ahora hay que enfrentarla desde un proyecto de liberación que sepa asumir, reconocer y permitir la pluralidad cultural latinoamericana.

Toda esta secuencia de proyectos señalados por Leopoldo Zea, independientemente de sus límites y sus defectos expresan algo que es común en la historia de América Latina y que ya mencioné: la región siempre ha estado caracterizada por la importación de modelos filosóficos, políticos, jurídicos y económicos que han tenido una dificultad enorme para conseguir los mismos logros de las sociedades europeas que son fruto de la tradición moderna e ilustrada. O bien el problema residía en la prepotencia o inadecuación de los modelos importados porque sacrificaban la compleja realidad que les excedía, siendo los contextos más importantes que las ideas, las teorías y los sistemas foráneos, o bien porque se responsabilizaba a la propia incapacidad de los latinoamericanos de hacer efectivas las normas, los programas, las instituciones y los sistemas procedentes del mundo anglosajón y francés. La historia de Latinoamérica es una historia de yuxtaposiciones, de acumulaciones no resueltas, que en vez de seguir un proceso dialéctico uniforme y graduado, ha sido acompañada por una permanente renuncia a asimilar, adecuar, ajustar concepciones políticas, económicas, jurídicas o culturales propias. Queriendo ser libres se han forjado nuevas cadenas que los desangran por sacrificar la propia realidad por ideales extraños (Sánchez Rubio, 1999: 37-38).

Llama la atención en todos estos proyectos, la ausencia manifiesta de la figura de Calibán a la que alude Fernández Retamar, aunque haya una afinidad en el espíritu integrador, pero abstracto al que apela Leopoldo Zea. No se defiende un proyecto indígena y afrodescendiente con un grado de importancia equivalente a los proyectos ibero, sajón, conservador y liberal. Si algo caracteriza a Latinoamérica es que está conformada por colectivos que fueron la mayoría subalternizados por una modernidad blanca y criolla imperialista y colonial, tanto en lo económico como en lo libidinal, lo sexual, lo étnico, lo político, lo económico, lo epistemológico y lo cultural. Esos pueblos victimizados fueron y continúan siendo los pue-

blos indígenas, las comunidades de negros y de origen esclavo, los campesin@s, colectivos de trabajador@s, comunidades de pescadores, las mujeres a partir de la dimensión patriarcal y machista tanto precolombina como occidental, los homosexuales y lesbianas, los mestizos, y las mayorías socioeconómicas empobrecidas y despreciadas en general. De ahí la necesidad de acompañar, defender y reivindicar sus reclamos. Por ello Roberto Fernández Retamar subraya que asumir la condición de Calibán, implica repensar la historia desde el otro lado, desde el otro protagonista que es el esclavo negro, no Próspero, el amo, ni Ariel, que es el esclavo mulato (2004: 31 y 39). Aunque la cultura latinoamericana ha nacido de una síntesis, tiene sus rasgos propios. Está gestada por el pueblo mestizo, descendientes de indígenas, negros y europeos. Es la cultura de las masas hambrientas, de campesinos sin tierras, de obreros, refiriéndose a la *Segunda Declaración de La Habana* de Fidel Castro (1962). También lo es de clases explotadas y de la pequeña burguesía radical. De todas formas, seguiré hablando sobre todo esto en el próximo apartado.

Las referencias a la figura de Calibán son muchas desde el siglo XIX y se utiliza con diferentes referentes y distintos significados simbólicos: Ernest Renan en *Calibán* (1878), de manera elitista, utiliza el personaje como una representación despectiva de las clases sociales populares de su propia época, que se rebelan ante la tiranía de la aristocracia, que debe ejercer siempre el poder y que adjudica a Próspero y a Ariel; en 1898 el escritor francoargentino Paul Groussac lo asocia con Estados Unidos, al igual que Rubén Darío, quien en su artículo “El triunfo de Calibán” lo cuestiona por representar el bruto y mediocre materialismo utilitarista estadounidense; el argentino Aníbal Ponce, en 1935, reinterpreta a Calibán como un símbolo de las masas sufridas, de los pueblos colonizados frente a los colonizadores (Fernández Retamar, 2004: 20 y ss.).

De todas formas, el año clave para la cultura latinoamericana es 1900 cuando José Enrique Rodó (1967: 195 a 249), publica su ensayo *Ariel*, respondiendo a la crítica que Domingo Faustino Sarmiento hacía al espíritu del proyecto ibero. En *Ariel* utiliza como recurso literario tanto de Calibán como de Ariel de *La tempestad*. Replica su libro *Facundo. Civilización o barbarie*, editado en 1845 donde planteaba la disyuntiva entre elegir la salida del proyecto ibero o la del proyecto civilizador, inclinándose por una América sajona, en tanto expresión máxima del progreso y del mundo moderno (Zea, 1976: 72- 75). La América ibera quedaba así, al margen de la ciencia y de los avances tecnológicos por ser manifestación de lo que Sarmiento llamaba barbarie y primitivismo, junto con los modos de vida y los proyectos indígenas y afrodescendientes. El logos europeo se debía importar sin cambiar para nada su sentido. No se cuestionaba. En juego estaban aquellos hombres que Sarmiento describía como superiores, con sus productos culturales, y aquellos otros calificados como inferiores, como la escoria sobre la que había que actuar, con sus

imaginarios, para depurar la capacidad de obtener un progreso de alto nivel acorde con los países occidentales.

José Enrique Rodó responde a Sarmiento defendiendo que la tradición ibera y su historia, su personalidad, su carácter y su forma de ser espiritual y contemplativa quedaban ejemplificadas en Ariel. Salía en defensa de la herencia hispana y atacaba los peligros del egoísmo sajón utilitario y materialista, que se expresaba metafóricamente en el personaje de Calibán. Expresaba de este modo el rechazo a renegar de su pasado metiéndose en la dinámica de la “nordomanía”, de la imitación y copia del liberalismo inglés y estadounidense, excesivamente productivista, ajeno a la historia de la región latinoamericana y que suponía reconocer unos valores que no eran los propios, además de implicar la subordinación a los creadores de ellos. Entre estos dos frentes se manifestaba una eterna lucha hacia la plena independencia mental de los latinoamericanos. Según Rodó, el idealismo del espíritu latino propio de los pueblos latinoamericanos proporcionaba las metas a realizar con los poderosos instrumentos de la práctica sajona. El Calibán utilitarista no se rechazaba del todo, sino que se ponía al servicio de Ariel. El logos europeo se adoptaba y readaptaba con matices peculiares (Zea, 1976: 72-75).

Francisco Fernández Retamar es quien con más éxito reformula la obra que José Enrique Rodó tomó de Shakespeare, reconociendo que escritores caribeños de habla inglesa como C.L.R. James, George Lamming y Edward Kamau Brathwaite relacionan a Caliban con la Revolución de Haití y lo que significa para la cultura negra del Caribe que reivindican con orgullo (Fernández Retamar, 2004: 28, 122 y 123, 219). Ahora, con el escritor cubano, se acudía de nuevo a *La tempestad*, pero cambiando los papeles y los roles de los personajes protagonista. Ya no es Ariel quien interesa, sino Próspero y Calibán. Un Calibán sufrido y sufriente que no era el mismo que José Enrique Rodó mostraba al identificarlo con el mundo anglosajón capitalista y utilitarista. El pensador cubano lo interpreta como representante de una nueva actitud latinoamericana. Calibán pasa a ser exponente de una radical diferencia y una nueva dimensión ajena a la metáfora rodosiana. En *La tempestad*, Shakespeare, influido por Montaigne, alude con el personaje al que Próspero maltrata y roba su isla, a los indios caníbales y caribeños que opusieron una feroz resistencia ante la llegada de los españoles (Fernández Retamar, 2004: 10 y ss.).

Ya no se trata de Ariel frente a Calibán. Es Próspero, encarnando al amo-colonizador europeo, quien increpa a este en tanto su esclavo colonizado. Le califica de bárbaro y de salvaje. Lo mira y lo trata despectivamente, le enseña su lenguaje, que es el propio lenguaje del dominador y señor. Quien domina y gana la palabra, domina al mundo e impone su visión. Calibán ha de aprender un imaginario y un proyecto de vida que no es el suyo, ya que pertenece al quien le domina y le oprime. Lo que Calibán puede expresar a partir de sí mismo es un balbuceo de bruto,

de no persona humana. Pero sólo si adopta también la razón del amo, algo puede mejorar. No obstante, hay algo más, no solo el colocador establece la totalidad de la realidad. Calibán se da cuenta de su dignidad cuando percibe que también posee su propia razón. Puede expresarla por medio del discurso que inicialmente se utilizó para ocultarla y negarla. Dice Roberto Fernández Retamar: “Próspero invadió las islas, mató a nuestros ancestros, esclavizó a Calibán y le enseñó su idioma para poder entenderse con él: ¿qué otra cosa puede hacer Calibán sino utilizar su mismo idioma -hoy no tiene otro- para maldecirlo, para desear que caiga sobre él la roja plaga” (Fernández Retamar, 1974: 30). Sentirse en la condición de Calibán, sirve de empuje y de pretexto para que los caribeños y los latinoamericanos puedan repensar su historia desde el otro lado, desde el otro protagonista (Fernández Retamar, 1974: 35). Ahora, más que el logos de Occidente ya sea el sajón o ya sea el latino, se adopta únicamente su discurso, su lengua y sus instrumentos conceptuales que ya son propios, pero que sirven para expresar uno logos diferentes, más genuinos: los nacidos previa y posteriormente a la mezcla entre indígenas, africanos, zambos, ladino, blancos, mestizos, etc. (Fernández Retamar, 1974: 83).

También Fernández Retamar (2004: 39 y ss.) quiere recuperar y rememorar la importancia del pensamiento de José Martí. Su texto “Nuestra América” es el más claro intento de paliar el error de fijarse en aquellos que parecían ser los prototipos de humanidad adecuados con la realidad latinoamericana. Afirmaba: “Con los oprimidos había que hacer causa común para afianzar el sistema opuesto a los intereses de los opresores, y esto porque los “oprimidos”, con su mirar “natural”, constituyen, aunque no siempre con éxito ni con conciencia, el poder irruptor en la historia” (Martí, 1977: 38). Hacer causa por los más marginados, los pobres, los victimizados por la historia, era la mejor forma de iniciar la recuperación de los pueblos de la región, que siempre por querer fijar sus ojos hacia los horizontes de la atractiva Europa y su más fiel heredera, los Estados Unidos, siempre amenazante, se han ido alienando en su identidad, en sus capacidad de significar la propia realidad y sus entornos de manera coherente y efectiva, y han ido seleccionando el reconocimiento humano digno a unos pocos frente a una mayoría ignorada, vilipendiada y humillada. José Martí alertaba y demandaba la necesidad de estar del lado de los más fustigados y dominados y reivindicaba una cultura autóctona y no dependiente de Europa y, sobre todo, de Estados Unidos.

Por otro lado, Leopoldo Zea, muy cercano a las posiciones de Roberto Fernández Retamar, también retoma la metáfora de Calibán en varios de sus trabajos y en el marco de los sucesivos proyectos de la cultura latinoamericana que arriba se mencionaron (Zea, 1965a y 1965b; 1976; y 1988). El maestro mexicano viene a mostrarnos de qué manera el logos de Occidente se rompe para dar el paso a la alteridad. De ser cerrado y reducido a su inicial creador, los pueblos a los que se les ha negado su acceso, como mucho sólo pueden balbucear su lenguaje. Pero desde

esa misma barbarie, desde ese mismo rechazo se produce una autoafirmación y, a la par, una transformación: el *logos* dominante se convierte en un *logos* dialógico y más comprensivo, no ya de un hablante, sino de dos que discuten y argumentan en igualdad de condiciones. El discurso de la Modernidad de poseer un único titular, pasa a tener múltiples titulares (Zea, 1988: 28-35). El filósofo argentino Arturo Andrés Roig dice que el presupuesto del que dice partir Leopoldo Zea es la alteridad, pues el discurso liberador no reitera lo dicho antes por el dominador que repite su actuación para asegurar toda relación de dominio. "Mismifica" opresoramente y hace de la historia un proceso cerrado y no abierto, sin alteraciones, desconociendo la alteridad y lo emergente (Roig, 1981b: 267).

Asimismo, Arturo Andrés Roig, desde un plano más filosófico, también utiliza el personaje shakespeariano (Roig, 1981a: 51 y ss.; 1981b: 270-271). Tras criticar el elitismo y la ambigüedad en el que incurrieron los arielistas, intenta que en todo discurso se valore al ser humano, y que de medio pase y se convierta a fin. Al igual que Zea, piensa que toda filosofía parte del supuesto de ser un modo de saber universal, por tanto, resulta integrador. Pero la historia de esta pretensión ha demostrado cómo ha marginado a determinados colectivos, culturas y comunidades. Para evitarlo hay que oponerse al ocultamiento que una cultura realiza sobre otras, imponiendo sus modos de vida, junto a los cuerpos de bienes que le son inherentes. Arturo Andrés Roig subraya que hay que evitar el olvido que se hace de la conexión del sistema de relaciones humanas concretas en las que se sitúa cada cultura y de la marginación que Occidente proyecta sobre otras sociedades humanas formadas sobre totalidades existenciales y vitales distintas, como es el caso de los pueblos indígenas (Roig, 1981a: 52). Para el autor argentino, al igual de Leopoldo Zea, toda filosofía parte del supuesto de ser un modo de saber universal y, por tanto, integrador. Pero la historia de esa pretensión ha demostrado cómo ha marginado a determinados colectivos. Para evitarlo hay que oponerse al ocultamiento que una cultura realiza imponiendo sus modos de vida, junto a los cuerpos de bienes que le son inherentes, sobre otras. ¿De forma puede hacerse esto? Abriéndose a la alteridad y a lo nuevo. Dice Arturo Andrés Roig: "Calibán ha llevado a cabo desde sí mismo una transmutación axiológica, ha puesto a su servicio un bien, cambiándole de servicio valorativo. El habla de dominación se transforma en su boca de ahora en adelante, en un habla de liberación". (Roig, 1981a: 51).

En esta línea y siguiendo al pensamiento de Leopoldo Zea y Arturo Andrés Roig, el filósofo mexicano Mario Magallón Anaya (1991: 161-163) indica que se aspira a poseer los principios comunes de la cultura occidental con carácter de generales y universales, pero partiendo de la propia realidad, de la propia circunstancia, de lo concreto. Aceptando la circunstancialidad de los seres humanos, se llega a reconocer las distintas formas de ser hombres, evitando, con base

en la desigualdad, que nazcan sentimientos de superioridad de unos sobre otros. Occidente marca la pauta. Se realiza un largo viaje hacia la propia realidad desde el punto de vista establecido por la cultura occidental, utilizando sus mismos blasones. El intento de transformación se dirige para ponerlo en evidencia. El uso ideológico que Occidente realiza de su discurso, antes que rechazar los valores en los que se basa para interpretarlos a favor de sus intereses, se utilizan para darles un uso y un significado distintos. Se lucha para liberarse de esa actitud abstracta de concebir a los seres humanos como objetos, que cuentes solo como números en las estadísticas y sus reglas. Se aspira a que se consideres a los latinoamericanos y a cualquiera de los humanos como hombres vivos, concretos, que buscan trascender la propia condición de ser cosificados mediante la solidaridad de todos (Magallón, 1991: 171). Tanto la racionalidad como el discurso de Occidente son modificados internamente por otros *logos* diferentes que, básicamente, lo han asimilado tras un complejo y dialéctico proceso de endogenación. La racionalidad moderna actúa permanentemente como un filtro (Magallón, 1991: 51).

De todo lo dicho, tras las reflexiones expuestas sobre *Queimada* y Calibán, junto con algunos personales de *La tempestad*, está claro que hay un previo condicionamiento en ambas obras artísticas, como si las cartas estuvieran marcadas. Tanto José Dolores como Calibán aprenden el discurso de sus amos y señores, como si no tuvieran capacidad de discernir sus luchas por sí mismos, con autonomía y creatividad. En este sentido, Silvia Federici, visibilizando la fuerte carga patriarcal que subyace, llama la atención sobre la ironía de que el símbolo contra la colonización sea Calibán y no su madre, la bruja Sykorax. Ella se presenta en el acto V como una mujer poderosa capaz de dominar la luna. Su hijo, en vez de limitarse a luchar contra su amo insultándolo con el lenguaje aprendido, haciendo que su rebelión dependiera solo de las herramientas de su amo, dice Federici, podría haber aprendido de su madre sus poderes y conocimientos locales sobre las aguas, la tierra, los árboles, la naturaleza y desde los lazos comunales que han seguido nutriendo las luchas de liberación de sus pueblos (Federici, 2016: 312). Incluso reconociendo la ausencia de citas de mujeres por su machismo inicial, Fernández Retamar hace referencia en textos posteriores a su primer ensayo sobre Calibán, a escritoras y filósofas que han interpretado al personaje esclavo de *La tempestad*, como Sara Castro-Klarén y Beatriz González Stephan (2004: 216-217).

También, como complemento, el filósofo ecuatoriano Bolívar Echeverría (2010, 60 y ss.) opina que la nacionalidad moderna que forma parte de América Latina, aunque sea de Estados con población no-blanca, requiere la “blanquitud” de sus miembros, debido a que la constitución fundante de la vida económica moderna fue de corte capitalista-puritano, y tuvo lugar sobre la base humana de poblaciones raciales e identitariamente “blancas” del noreste europeo, en el marco de una entidad política estatal. A partir de entonces, la apariencia blanca se con-

virtió en el molde, el referente y la sacrosanta manera del ser humano moderno capitalista. No se trata solo de una blancura racial, sino ética, cultural y civilizatoria. Los usos y las costumbres de los blancos pasaron de ser una mera factualidad a convertirse en una condición imprescindible para el nuevo tipo de ser humano inserto en un modo económico, racial, sexual y cultural de interpretar y actuar en la realidad. Y la blanquitud también pasó al propio concepto de derechos humanos y su principio de jerarquización. La variable racial y racista es constante e inherente en la colonialidad occidental (Quijano, 2001). Se le suma la variable patriarcal. Rita Laura Segato (2016: 112-113), remarca que existían nomenclaturas de género en el mundo pre-colonial, en las sociedades tribales y afroamericanas, poseían un patriarcado de baja intensidad. El cambio se produce con la Modernidad porque lo incrementa y lo transforma para peor. Por tanto, dominaciones de género y de raza se intercalan y son simultáneas en sus modos de poder de sujeción. Siguiendo con las dinámicas de exclusión, resulta llamativo que ni en *Queimada*, ni en *La tempestad*, las mujeres son protagonistas.

Esta jerarquía desigual estructural de los países latinoamericanos se desarrolla tanto internamente como externamente, con la peculiaridad que de fronteras hacia fuera se sobrecargan, se sobredimensionan y se acentúan las relaciones de dominación. El sociólogo mexicano Pablo González Casanova en el año 1969 ya hablaba de colonialismo interno y según él, “corresponde a una estructura de relaciones sociales de dominio y explotación entre grupos culturales heterogéneos, distintos”. La heterogeneidad de culturas le da una diferencia específica en ese proceso de conquista de unos pueblos por otros, iniciado a partir de 1492 (González Casanova, 1969 y 2017: 137). Ahora las diferencias no solo son culturales y que son las que en Europa se daban entre población urbana y población rural y entre clases sociales), sino de civilización. La conquista provoca un encuentro entre dos razas o culturas o civilizaciones a partir de la cual la violencia y la explotación da lugar a discriminaciones raciales y culturales que acentúan la adscripción de los grupos de la sociedad colonial: los conquistadores y los conquistados. Desde los inicios las dinámicas de desigualdad y explotación se consolidan con el desarrollo de las naciones latinoamericanas. Las distintas clases de los ladinos realizan conjuntamente una explotación combinada de despojo y de discriminación social, política, jurídica, sindical, fiscal, lingüística, etc., sobre los indígenas, mezclándose expresiones de feudalismo, esclavismo, capitalismo, trabajo asalariado y forzado, aparcería y peonaje, y servicios gratuitos (González Casanova, 1969 y 2017: 140-141). El maestro mexicano llega a afirmar que las comunidades indígenas (y también las afrodescendientes) “son nuestras colonias internas, siendo una colonia en el interior de la sociedad colonizada” (González Casanova, 2017: 34).

4 Calibán se rebela: la lucha por sus derechos

La estructura desigual y asimétrica de América Latina, por el peso de la dimensión colonial que tiene este modo de interpretar la realidad cultural de toda la región, provoca que el discurso del amo parezca que es el único camino, sin visibilizar la existencia de otros discursos de proyectos de vida no occidentales, como son los casos de los indígenas y los colectivos afrodescendientes, que van más allá y ofrecen tradiciones y experiencias de distintas y que no se limitan a resignificar lo pautado y marcado por los colonizadores europeos. Lo que haré a continuación será poner el foco en el mundo jurídico y la capacidad que tienen los ordenamientos jurídicos latinoamericanos para enfrentar y solucionar los problemas de la idiosincrasia cultural mestiza.

El Derecho del continente americano, en tanto heredero de la cultura y el imaginario europeo y estadounidense (usamericano), por lo general, también funciona a favor de los grupos criollos más poderosos y hegemónicos. No obstante, eso no impide que se pueda interpretar y aplicar alternativamente como instrumento de defensa de los grupos más desfavorecidos. El significado que el recurso literario de Calibán posee en el ámbito de la filosofía latinoamericana puede ser extrapolado al mundo del Derecho. Puede servir para ilustrarnos el singular y el complejo fenómeno normativo de sus sociedades y sus heterogéneas interpretaciones. De este modo pretendo bajar de un plano general y abstracto a otro más concreto: aquel donde en un alto porcentaje se cuecen las necesidades humanas y se desarrollan los procesos de lucha por los derechos. Se trata de buscar un posible camino, entre otros muchos, de interacción y de vinculación entre las elaboraciones teóricas de los profesionales del Derecho y la alteridad de la que Arturo Andrés Roig habla.

Si cualquier filosofía tiene pretensiones de universalidad y de integración, pero deja fuera de su conceptualización a determinados colectivos sociales, excluyéndoles y no reconociéndoles, lo mismo sucede con el Derecho y con quienes lo interpretan. Como vía procedimental por medio de la cual se reconocen y se satisfacen las necesidades, existen multitud de situaciones donde éstas no son tenidas en cuenta, en ningún sentido. Esto es lo que sucede casi estructuralmente en todas las sociedades de América Latina sin dejar de tener en cuenta la organización desigual y sistémicamente asimétrica en la que se encuentran. En toda la región, es manifiesto el problema fundamental de los derechos humanos: la separación entre lo que se dice y lo que se hacer, entre el discurso y su práctica que se eleva a la máxima potencia. Asimismo, los sistemas políticos de la región están fuertemente influidos por los modelos europeos y estadounidense. La democracia, el Estado de Derecho, las constituciones, el principio de legalidad, la separación de poderes, los principios de libertad, igualdad y solidaridad, etc. son producciones

humanas e instituciones que podríamos definir las como algunas de las oraciones que el lenguaje de Próspero y de William Walker han enseñado a Calibán y a José Dolores. También formar parte de ellas, las resignificaciones simbólicas y estratégicas que éstos adoptan para redimensionarlas. Entre ese legado institucional, hay uno que sobresale sobre el resto: el relativo a los derechos humanos, que como ya dije, es una de las creaciones más significativas de Occidente y, en concreto de la Ilustración y el tránsito a la Modernidad con el proceso de conformación de las organizaciones modernas (Norberto Bobbio, 1991; Pérez Luño, 1984; Herrera Flores, 1989; y Gallardo, 2007). Independientemente de que existan otros caminos o vías de lucha y realización de la dignidad plural humana, Occidente ha creado, ha sistematizado un lenguaje, un sistema de garantías que permite traducir, expresar, formalizar, contrastar, las distintas, ricas y conflictivas defensas de los valores de libertad, igualdad, vida y fraternidad que cada cultura ha ido desarrollando por medio de sus distintas tradiciones históricas de luchas emancipadoras y de liberación. Los derechos humanos posibilitan tanto la defensa de la individualidad libre, autónoma y cimentada desde la autoestima, como de la solidaridad humanas frente a las injusticias y frente a los excesos de poder. Pero también contienen un rostro negativo y colonizador.

Desde el pensamiento decolonial se critican algunas de sus características. Veamos algunos ejemplos:

Ramón Grosfoguel piensa que los derechos humanos son utilizados como parte de los diseños globales occidentales que, al ocultar el lugar de enunciación, impuso una dinámica de dominación imperial construyendo una jerarquía de conocimiento de gente superior y gente inferior en todo el mundo. Lo universal resulta ser la autorrepresentación de las metrópolis, mientras que lo cultural-particular es la descripción de todo lo que afecta al sur y/o a la periferia (Grosfoguel: 2014: 378; y Rajagopal, 2005: 242). El universalismo apriorístico abstracto, desde la colonialidad del poder y *la hybris del punto cero*, se construye a partir de la noción de un ser humano con atributos definidos, que está a *este lado de la línea* y que acabamos de mencionar: el hombre blanco, varón, mayor de edad, propietario, emprendedor, creyente religioso cristiano, heterosexual, competitivo e individualista. *Del otro lado de la línea* están los esclavos, los siervos, las mujeres, las lesbianas, los gays, los pobres, los indígenas, los negros y las negras, las prostitutas, etc. De este modo, los derechos humanos son un significante de la cultura occidental referidos a una peculiar concepción de dignidad humana ligada al individuo propietario, la emergencia de la economía capitalista de mercado, el trabajo asalariado que depende del capital y el predominio del valor de cambio sobre el valor de uso, entre otros elementos (Rajagopal, 2005: 235; Grosfoguel, 2014: 378; y Medici, 2012: 45). Además, esa concepción de derechos humanos implica un universalismo particular ficticio o monocultural hegemónico porque ejerce desde esa posición de

superioridad epistémica y práctica, del saber, del poder y el hacer humanos, todo un monopolio tanto sobre el acceso a las condiciones socioeconómicas con las que se puede llegar a lo universal (Bourdieu, 1999: 90, 96 y 97), como sobre las condiciones epistémicas, espirituales y relacionales.

En parecidos términos se expresa el colombiano Santiago Castro-Gómez (2003: 44 y ss.) cuando califica la *hybris del punto cero* de las filosofías eurocéntricas. Bajo el manto de la neutralidad, la objetividad y la universalidad, se protege y disfraza a quien nomina (el humano occidental), considerando el supuesto de que habla desde *el ojo de Dios* como si estuviera más allá de un punto de vista particular y convirtiéndolo en universal. La perspectiva local y cultural desde la que emite las palabras y el conocimiento se bañan y se barnizan con un abstracto universalismo. En este molde epistémicos, los derechos humanos son lugares de enunciación de los centros imperiales capitalistas que se proyectan como valores universales incontestables que facilitan el sostenimiento de su hegemonía económica, política y cultural, imposibilitando cambios sustanciales de sus relaciones de dominación (Pérez Almeida, 2011: 117 y ss.).

En la misma línea, Boaventura de Sousa Santos (2013 y 2014), quien dialoga con el pensamiento decolonial, califica de *abismal* al pensamiento occidental porque consiste en un sistema de distinciones visibles e invisibles, constituyendo las segundas en fundamento de las primeras. Lo invisibilizado se establece por medio de líneas radicales que dividen la realidad social en dos universos dicotómicos: el universo de *este lado de la línea* que es como si fuera el punto cero de emisión, el que marca los criterios de verdad y superioridad, y el universo *del otro lado de la línea*, que pasa a ser no existente, ausente e inferior. Este dualismo se reproduce en otros registros culturales como el conocimiento (ciencia/saberes tradicionales; verdad/falsedad), el derecho (legal/ilegal; monismo jurídico/pluralismo jurídico), la cultura (civilización/barbarie o primitivo), la economía (desarrollo, subdesarrollo), la geografía política (Norte/Sur), etc. Con estos dispositivos se jerarquiza la realidad en instancias y realidades superiores e inferiores. El mundo se divide entre sociedades metropolitanas y sus colonias. En este sentido, quiera señalar que Boaventura de Sousa Santos (2006: 227 y ss.) también utiliza, matiza y juega con los personajes de Próspero y Calibán para expresar la dimensión bifronte de la cultura portuguesa, que actúa como imperio colonial que niega al otro y, también, se presenta como periferia de Europa, disputando con la identidad subalterna del otro. Habla de un juego de espejos entre ambos, asociando las dobles dimensiones colonizadoras y colonizadas, de intelectual y de dependencia de Portugal.

Hay que decir que los derechos humanos, con sus luces y sus sombras, representan no solo procesos de lucha, sino también valores y principios de justicia con los que se intentan establecer las condiciones para posibilitar una vida vivible

o digna de ser vivida. Pese a una gran ausencia de una cultura planetaria realmente sensible por derechos humanos, pese a su fragilidad y debilidad en su real efectividad, poseen una fuerza moral tanto por su posible reivindicación tanto a nivel nacional como internacional. Para bien o para mal, con sus limitaciones y deficiencias es el discurso sobre reclamación de justicia más aceptado por individuos, pueblos, etnias, organizaciones no gubernamentales y países o Estados (Sánchez, 2018).

El ejemplo de lo que digo queda reflejado con los movimientos sociales surgidos como consecuencia del proceso dialéctico y marginador levantado por el mismo sistema capitalista. Las sociedades y organizaciones sociales modernas manifiestan sus racionalidades conflictivas distintas y sus experiencias de contrastes con espiritualidades y corporalidades heterogéneas y de origen rural, urbano, étnico, religioso, estudiantil, sexual y/o de género, etario, etc., enfrentándose a la racionalidad y el proyecto de vida burgués para salir así de situaciones multidimensionales discriminatorias y excluyentes, inhumanas, humillantes, de explotación, de sujeción y de dominación. Jurídicamente pueden, al menos, adoptar dos actitudes estratégicas:

- a) Por un lado, hacen uso y tratan de sacar provecho de los resquicios, las lagunas, las zonas ciegas, reconocimientos de derechos no aplicados, etc., del propio ordenamiento jurídico oficial de sus países. Se trata del uso alternativo del Derecho y el positivismo de combate reflexionados por Amilton Bueno de Carvalho, Edmundo Lima de Arruda, Rosa de Andrade y por Jesús Antonio de la Torre Rangel en el marco del Derecho Alternativo brasileño, la asesoría jurídica popular y la crítica jurídica latinoamericana (Sánchez y Herrera, 1993: 87-94), añadiendo el *Direito achado na rua* o Derecho hallado en la calle (Sánchez, 2023a).
- b) Por otro lado, ante la incapacidad de que el Estado atienda sus demandas por medio de los cauces jurídicos formales e institucionales propios de los Estados constitucionales de Derecho, bien por no poseer una infraestructura adecuada, bien por no tener voluntad de atender y de garantizar sus demandas, muchos son los colectivos que generan sus propios instrumentos normativos reguladores de conductas, de resolución de conflictos y garantizadores de aquellas necesidades cuya satisfacción son ignoradas o privadas por el sistema. Aparecen expresiones de Derecho extraestatal, extralegal y paralelo ejemplificados con el pluralismo jurídico comunitario participativo y el derecho insurgente (Wolkmer, 1994 y 2012; De la Torre, 2023).

En uno y otro caso, el discurso y el lenguaje de los derechos humanos junto con los derechos colectivos serán los que den la forma a las demandas, reclamacio-

nes y/o exigencias populares y comunitarias. Junto a la participación directa de los actores sociales colectivos junto con sus representantes, se les unen, como colaboradores, una serie de operadores, teóricos y profesionales del Derecho que intentarán acompañar teorizando o buscando marcos categoriales y/o paradigmas con los que se pueda explicar la novedad y la complejidad de estos hechos y estas actuaciones, no sólo para entenderlos sino, sobre todo, para que sean efectivamente practicadas con logros y conquistas siempre renovadas e inacabadas. El marco del Estado (constitucional) de Derecho, la democracia en su diversidad, la división de poderes, el principio de legalidad, los derechos y sus garantías estatales, algunos criterios de racionalidad emancipador, etc., conformarán un potencial uso calibanesco del discurso jurídico que trasciende el sentido inicial dado por la cultura occidental (Wolkmer, 1994: 210 y ss.; y 2018; Thimm, 1990: 86 y ss.) mezclando y transformando su horizonte de sentido, enriqueciéndolo desde sus propias tradiciones culturales, sus contextos de necesidades y sus entornos relacionales.

Un caso especial es el de los pueblos indígenas y el sistema jurídico que rige sus modos de vida. Aparte del sistema normativo autóctono que regula los comportamientos en función de sus propios criterios de racionalidad y cosmogonía, se han visto en la urgencia y en la necesidad de utilizar tanto el Derecho nacional oficial como el Derecho internacional para que sean respetados en sus demandas. El Derecho indígena se caracteriza tanto por su contingencia como por su alta complejidad. Según Paul Wolf (1991:149), no posee una estructura homogénea, ni presenta un ordenamiento jurídico unitario. Más bien consta de una pluralidad de normas de distinto rango. El jurista alemán manifiesta que el Derecho indígena con pretensiones de validez puede resumirse en tres categorías: a) Derecho consuetudinario, Derecho popular o “fuero indígena”, Derecho tribal o autóctono; b) Derecho nacional, constitucional, administrativo, Derecho civil y agrario, procesal, que regula las relaciones específicas de los indios con la sociedad nacional; y c) declaraciones y convenciones del Derecho internacional y de los derechos humanos, con un alto reconocimiento de sus derechos individuales y colectivos (ver también Ordóñez Cifuentes, 1993).

Para Asier Martínez de Bringas (2024) los derechos colectivos de los pueblos indígenas le dan un vuelco al imaginario individualista de los derechos humanos. Abre horizontes para posibilitar efectivos espacios de interculturalidad y de reales diálogos entre los pueblos indígenas y los pueblos de Occidente. Partiendo de la premisa de que los actos y las relaciones de poder construyen, en primera y última instancia, toda determinación objetivista del todo social, el iusfilósofo vasco considera que el antagonismo, la resistencia y el contra-poder realizados por los pueblos indígenas como consecuencia de las relaciones de subordinación, de dominación y de desprecio que han sufrido históricamente, han determinado y fortalecido la identidad y el sentido de responsabilidad colectiva, además de sus estructuras

de organización comunitarias. Por ello, afirma que la historia de genocidio, de expolio, de humillación y de masacres provoca un sentido de lo colectivo en sus derechos que trascienden lo individual. Por esta fractura de la violencia originaria y de desigualdad inter-grupal sobre estructuras comunitarias y colectivas de vida, el desprecio es el fundamento último de los derechos colectivos indígenas. Incluso eso hace que sus formas de vida vayan más allá de las prácticas de descolonización con las que históricamente han ido enfrentando los etnocidios, los genocidios y los epistemicidios sufridos, aportando caminos y vías que nos aleccionan para intentar no caer en el suicidio colectivo de la Humanidad.

Incluso como ejemplo más concreto de un uso más amplio del legado europeo, en este caso, ibero, las mismas comunidades y naciones indígenas, en muchas ocasiones, apelarán al Derecho indiano en tanto instancia normativa garantizadora y defensora de sus derechos. La tradición y el Derecho antiguo serán, en parte, el lenguaje calibanesco que los indígenas (incluso muchos campesinos en su reclamo de tierras con titularidad reconocida por la Corona Española), van a utilizar cuando se vean cara-a-cara con quienes le conculcan sus derechos y modos de vida colectivos protegidos por el ordenamiento jurídico estatal. En este sentido, Jesús Antonio de la Torre Rangel señala que el Derecho indiano en la actualidad, ha creado en el indio una conciencia de justicia que le hace estar jurídicamente predispuesto a contraponer ese Derecho ancestral que le protege frente al Derecho moderno que le desprotege. El iusfilósofo mexicano, además, con una mirada situada, previene del peligro en el que se incurre cuando se abstrae demasiado el Derecho del hecho que regula. Esto sucede si se iguala jurídicamente la condición del indígena con la del que no lo es, pues pondrá en riesgo todas las particularidades y peculiaridades de su tradición cultural (De la Torre, 1986: 25, 35-37, 42-43).

Lo mismo podría decirse de la cultura afrodescendiente de origen esclavo asentada por el Caribe y toda la región suramericana, con sus estrategias de lucha y de resistencia contra la esclavitud y contra el racismo colonial que dura hasta nuestros días (Queiroz, 2011; Martínez, 2013: 76 y ss.). Los gritos de libertad de la Revolución Francesa influyeron marcadamente en las revoluciones caribeñas por la independencia y en épocas posteriores, aunque los cimarrones defendieran su autonomía, apartándose de toda influencia del hombre blanco. En este sentido, Martínez Pería afirma que la propia experiencia de la esclavitud, el racismo y el colonialismo produjo una mezcla en las resistencias contra estos males de la cultura afro y afro-criolla junto a la influencia del ideario liberal de la Revolución Francesa. Hay una calibanización del pensamiento ilustrado de los derechos del hombre y lo resignificaron “en función de sus propias experiencias de lucha su cosmovisión y sus demandas de libertad e igualdad”. Incluso va más allá al considera la Revolución de Haití como “la más original y radical, por lo que merece ser

reconocida como la primera de las revoluciones descoloniales del Tercer Mundo (Martínez, 2013: 170).

Finalmente, se faltaría a la verdad si ignorásemos una cuestión de vital importancia. Muchos de los colectivos insertos en los movimientos sociales no se mueven únicamente dentro de la lógica del lenguaje del amo. No son sólo un Calibán hecho a medida del colonizador, ya que caminan desde el pasado, por sus tradiciones y trayectos culturales, fuera de la lógica de la Modernidad. Como dice Enrique Dussel, son su otra cara, aquella que ha quedado apartada de sus efectos positivos. Sería un contrasentido y una crueldad pensar que estos grupos (indígenas y afrodescendientes, principalmente) hicieron un único y exclusivo uso del legado ilustrado cuando han sufrido, en sus carnes, su cara dominadora. Calibán va más allá del sistema axiológico occidental. Su historia y su contexto de sujeción ofrecen una riqueza mayor que la “enseñada” y obligada por Próspero. Aunque hay muchos ejemplos, uno claro lo vemos con los cimarrones haitianos en su proceso de independencia conseguida en 1804. Fueron conformando su propia contracultura sincrética y una original cosmovisión que expresaba sus particulares anhelos de libertad frente al sistema opresivo que los sub-alternizaba. El vodú y el *creole* son exponentes significativos (Martínez, 2013: 34-35). Otro ejemplo lo tenemos en 1560 con el movimiento nativo Taki Ongoy en Perú. Partidario de una alianza panandina de los dioses locales para eliminar la colonización española. Los taquionqos rechazaban toda influencia del cristianismo y toda fuente cultural procedente de los españoles (Federici, 2016: 302).

Terminar diciendo que Calibán elabora su propia voz, a partir de su situación desigual y de dominación. Resignifica, mestizando, los derechos humanos, desde una variedad de prácticas desarrolladas en contextos de opresión y de sujeción, con una praxis y unas luchas concretas y situadas por la dignidad, claramente enriquecidas por articularse contra el sufrimiento humano y la injusticia social. José “Calibán” Dolores supera en dignidad el discurso del capitalista William “Próspero” Walker porque no se queda en el discurso del amo y señor. No solo lo repiensa, porque dentro de sus experiencias y proyectos de vida y sus raíces culturales, puede ir más allá en términos de libertad y dignidad. No obstante, esas luchas producirán violencias, derramamientos de sangre roja que nunca hay que blanquear, por ello, recreándome en Walter Benjamin, la dialéctica entre emancipaciones-liberaciones, revoluciones y dominaciones siempre va a producir, como todo documento cultural, sus documentos de barbarie. Pero de ello ahora no voy a hablar.

Bibliografía

BBC News Mundo, “La multimillonaria indemnización que Haití le pagó a Francia por convertirse en el primer país de América Latina en independizarse”, en <https://www.bbc.com/mundo/articles/c258kgjpl1yp0>. Consulta: 20/11/2024.

- Bobbio, Norberto (1991). *El tiempo de los derechos*. Madrid: Sistema.
- Bourdieu, Pierre (1999). *Meditaciones pascalianas*. Barcelona: Anagrama.
- Butler, Judith (2021). *La fuerza de la no violencia. La ética de lo político*. Barcelona: Paidós.
- Camus, Albert (1996). *El hombre rebelde*, en *Obras completas*, tomo III. Madrid: Alianza Editorial.
- Castro-Gómez, Santiago (2003). *La hybris del punto cero: ciencia, raza e ilustración en la Nueva Granada (1750-1816)*. Bogotá: Editorial Pontificia Universidad Javeriana.
- Claussen, Detlev (2016). “Catástrofes civilizatorias, experiencia y teoría crítica de la sociedad”, en José A. ZAMORA et. al., *Las víctimas como precio necesario*. Madrid: Trotta.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio (1986). *El derecho que nace del pueblo*. Aguascalientes: Centro de Investigaciones Regionales de Aguascalientes.
- De la Torre Rangel, Jesús Antonio (2023). *El derecho que nace del pueblo como derecho insurgente*. Ciudad de México: Akal.
- Echevarría, Bolívar (2010). *Modernidad y blanquitud*. México D.F.: Era.
- Fanon, Franz (1963). *Los condenados de la tierra*. México D.F.: F.C.E.
- Fanon, Franz, (2020). *Pele negra, máscaras brancas*. Sao Paulo: Ubu.
- Federici, Silvia (2016). *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, 6ª ed. Madrid: Traficantes de Sueños.
- Fernández Retamar, Roberto (1974). *Calibán: apuntes sobre la cultura en nuestra América*, 2ª ed. México D.F.: Editorial Diógenes.
- Fernández Retamar, Roberto (2004). *Todo Calibán*. San José: Editorial de la Universidad de Costa Rica.
- Gallardo, Helio (2005). *Siglo XXI: militar en la izquierda*. San José: Arlekin.
- Gallardo, Helio (2006). *Siglo XXI: producir un mundo*. San José: Arlekin.
- Gallardo, Helio (2007). *Teoría crítica: matriz y posibilidad de derechos humanos*. Murcia: Gráficas Francisco Gómez.
- Gallardo, Helio (2010). “Sobre las generaciones de derechos humanos”. En www.heliogallardo-americalatina-info. Consultas: 16/09/2010 y 18/11/2024.
- Gallardo, Helio (2015). *América Latina. Producir la Torre de Babel*. San José: Arlekin.
- González Casanova, Pablo (1969). “El colonialismo interno”, *Sociología de la explotación*. Buenos Aires: CLACSO.
- González Casanova, Pablo (2017). *Explotación, colonialismo y lucha por la democracia en América Latina*. Madrid: Akal.
- Grosfoguel, Ramón (2014). “La descolonización de la economía política y los estudios poscoloniales: transmodernidad, pensamiento descolonial y colonialidad global”. En Sousa Santos, Boaventura y Meneses, María Paula (eds.). *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*. Madrid: Akal.
- Grüner, Eduardo (2012). *La oscuridad y las luces. Capitalismo, cultura y revolución*. Buenos Aires: Edhasa.
- Grüner, Eduardo (2016). “Teoría crítica y Contra-Modernidad. El color negro: de cómo una singularidad histórica deviene en dialéctica crítica para “Nuestra América”, y algunas modestas proposiciones finales”. En GANDARILLA, José Guadalupe (coord.), *La crítica en el margen*. México D.F.: Akal.
- Herrera Flores, Joaquín (1989). *Los derechos humanos desde la Escuela de Budapest*. Madrid: Tecnos.
- Hinkelammert, Franz (1987). *Democracia y totalitarismo*. San José: DEL.
- Hinkelammert, Franz (1998). *Sacrificios humanos y sociedad occidental: Lucifer y la bestia*. San José: DEL.
- Johnson, Chalmers (2004). *Blowback*. Barcelona: Editorial Laetoli.
- Maalouf, Amin (2024). *El laberinto de los extraviados. Occidente y sus adversarios*. Madrid: Alianza Editorial.
- Magallón Anaya, Mario (1991). *Dialéctica de la filosofía latinoamericana. Una filosofía de la historia*. México D.F.: UNAM/CCYDEL.
- Martí, José (1977). *Política de Nuestra América*. México-Madrid-Buenos Aires-Bogotá: Siglo XXI.
- Martínez de Bringas, Asier (2024). *Los derechos de los pueblos indígenas. Luchas por la descolonización*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Martínez Pería, Juan Francisco (2013). *¡Libertad o muerte! Historia de la revolución haitiana*. Buenos Aires: Ediciones del CCC.

- Mate, Reyes (2018). *El tiempo, tribunal de la Historia*. Madrid: Trotta.
- Morin, Edgar (2001). *Introducción al pensamiento complejo*. Barcelona: Gedisa.
- Nietzsche, Friedrich (2011). *La genealogía de la moral*. Madrid: Alianza Editorial.
- Ordóñez Cifuentes, José Emilio (1993). *Reclamaciones jurídicas de los pueblos indígenas*, México D.F.: UNAM.
- Paul, Wolf (1991). "Los derechos del indio. Ayer y hoy". En *Anuario de Filosofía del Derecho*, tomo VIII.
- Pérez Almeida, Gregorio J. (2011). "Los derechos humanos desde la colonialidad del poder". En VV.AA., *Los derechos humanos desde el enfoque crítico: reflexiones para el abordaje de la realidad venezolana y latinoamericana*. Caracas: Defensoría del Pueblo-Fundación Juan Vives Suriá.
- Pérez Luño, Antonio Enrique (1999). *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 6ª ed. Madrid: Tecnos.
- Quijano, Aníbal (2001). "Colonialidad del poder, eurocentrismo y América Latina", en Lande (comp.). *La colonialidad del saber: eurocentrismo y ciencias sociales. Perspectivas latinoamericanas*. Buenos Aires: CLACSO.
- Rajagopal, Balakrishnan (2005). *El derecho internacional desde abajo*. Bogotá: ILSA.
- Roig, Arturo André (1981a). *Teoría y crítica del pensamiento latino-americano*. México D.F.: F.C.E.
- Roig, Arturo André (1981b). *Filosofía, universidad y filósofos en América Latina*. México D.F.: CCYDEL/UNAM.
- Sánchez Rubio, David (1999). *Filosofía, derecho y liberación en América Latina*. Bilbao: Desclée de Brouwer.
- Sánchez Rubio, David (2008). *El pensamiento humanista de Leopoldo Zea. Conciencia histórica y derechos humanos*. Comisión Estatal de Derechos Humanos de San Luis de Potosí y Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de San Luis Potosí.
- Sánchez Rubio, David (2023a). *Miradas críticas en torno al Derecho y la lucha social. Confluencias con América Latina*. Madrid: Dykinson.
- Sánchez Rubio, David (2023b). "Algunos aportes del pensamiento de Franz Hinkelammert sobre la idea y la práctica de Derechos Humanos". En *Revista de Filosofía de la Universidad de Costa Rica*, vol. 62, nº 162.
- Sánchez Rubio, David y Herrera Flores, Joaquín (1993). "Aproximación al derecho alternativo em Iberoamérica". En *Jueces para la democracia*, nº 20, 3.
- Sand, Shlomo (2005). *El siglo XX en pantalla. Cien años a través del cine*. Barcelona: Crítica.
- Segato, Rita Laura (2016). *La guerra contra las mujeres*. Madrid: Traficantes de sueños.
- Sosa, Ignacio (2012). "Ariel y Calibán en el ocaso de la Revolución". En Bobadilla, Leticia y López Ávalos, Martín (coord.) *Independencias y revoluciones en el Caribe: prensa, vanguardias y nación en Puerto Rico y Cuba, siglos XIX y XX*. Morelia: Facultad de Historia-Instituto de Investigaciones Históricas-UMSNH/El Colegio de Michoacán/Red de Estudios Comparados del Caribe y del Mundo Atlántico.
- Sousa Santos, Boaventura (2016). *A gramática do tempo. Para uma nova cultura política*. Sao Paulo: Cortez Editora.
- Sousa Santos, Boaventura (2013). *Se deus fosse um ativista dos direitos humanos*. Sao Paulo: Cortez Editora.
- Sousa Santos, Boaventura (2014). "Más allá del pensamiento abismal: de las líneas globales a una ecología de saberes". En Sousa Santos, Boaventura y Meneses, María Paula (eds.), *Epistemologías del Sur (Perspectivas)*. Madrid: Akal.
- Thimm, A. (1990). "Necesidades básicas y derechos humanos". *Doxa*, nº 7.
- Traverso, Enzo (2022). *Melancolía de izquierda. Marxismo, historia y memoria*. Ciudad de México: F.C.E.
- Wolkmer, Antonio Carlos (1994). *Pluralismo jurídico. Fundamentos de una nova cultura no Direito*. São Paulo: Alfa-Omega.
- Wolkmer, Antonio Carlos (2017). *Teoría crítica del Derecho desde América Latina*. Ciudad de México: Akal.
- Zea, Leopoldo (1974). *Dependencia y liberación en la cultura latinoamericana*. México D. F.: Editorial Joaquín Mortiz S.A.
- Zea, Leopoldo (1978). *Filosofía de la historia americana*. México D.F.: F.C.E.
- Zea, Leopoldo (1988). *Discurso desde la marginación y la barbarie*. Barcelona: Editorial Anthropos.

LA POLÍTICA DE GUERRA CONTRA LAS DROGAS EN AMÉRICA LATINA: ALGUNAS CONSECUENCIAS Y DAÑOS COLATERALES

PABLO GALAIN PALERMO¹

“Los gringos te hacen y te deshacen. Ellos dicen cuando eres y cuando no eres”²

1 Introducción

Este artículo tiene como objetivo ofrecer un panorama histórico, normativo y geopolítico de la denominada “guerra contra las drogas” en el continente americano. Se presta especial atención a los países productores de cocaína y a las repercusiones y efectos de la política internacional de drogas sustentada por la Organización de Naciones Unidas.

La hipótesis de la que se parte es que la guerra contra las drogas como expresión máxima del prohibicionismo no cumple con los objetivos de la normativa internacional ni con los fines de la política que la respalda y que, como contrapartida, es una guerra que causa graves daños colaterales en América Latina.

2 Explicación del fenómeno de la guerra contra las drogas

2.1. **Explicación Histórica:** A lo largo de la historia las drogas han sido utilizadas con diferentes usos religiosos, ancestrales, culturales, comerciales, médicos y recreativos³. A partir del auge del capitalismo, su comercio ha impulsado el desarrollo industrial y financiero⁴. La relación no ha sido siempre pacífica, si bien, como todo producto comercializable con importante demanda se ha intentado que sus intercambios estén ausentes de violencia⁵. Por tratarse de un producto con diversos usos (estimulantes, evasivos, psicotrópicos, analgésicos, curativos, etc.),

1 Investigador y Docente de la Universidad Andres Bello, Santiago de Chile. Doctor Europeo en Derecho. Ex Becario Marie Curie (Unión Europea) y DAAD y Max Planck Institute (Alemania).

2 Expresión de los narcotraficantes mexicanos. Hernández, Anabel, 2010, Los señores del narco, Debolsillo, México, p. 494.

3 Escotado, Antonio, 1996, Historia elemental de las drogas, Anagrama, Barcelona, pp. 15 y ss; Daniel Vidart, 1994, Coca, cocales y coqueros en América Andina, 3 ed., YOE, Montevideo.

4 “No solamente las finanzas internacionales son indisolubles del comercio de la droga, sino que todo ocurre como si fuesen una sola y misma cosa...el único capitalismo es el de la cocaína, del mismo modo que únicamente hay cocaína en la medida en la que requiere un sistema económico adecuado a su volatilidad, a su ilegalidad, a su adicción y a su inmaterialidad, es decir, un sistema nervioso abstracto convertido en excitación perfecta”. De Sutter, Laurent, 2021, Narcocapitalismo, Reservoirs Books, Barcelona, p. 44.

5 Se dice que el primer cartel de “comerciantes” de cocaína tuvo lugar en Europa a principios del siglo XX “integrado por los ocho mayores participantes europeos, que habían acordado entre ellos no iniciar ningún tipo de guerra de precios”. Madge, Tim, 2002, Polvo Blanco. Historia cultural de la cocaína, Península/Atalaya, Barcelona, p. 163. “Merck se puso a la cabeza de dos carteles empresariales que perseguían repartirse el mercado mundial de los estupefacientes, a la vez que reforzaban los lazos entre los representantes de los poderes públicos”. De Sutter, Laurent, 2021, Narcocapitalismo, cit. p. 34.

las drogas también han estado vinculadas a los conflictos bélicos y a la violencia⁶. Durante el siglo XIX Inglaterra declaró dos veces la guerra a China para garantizar la “libertad comercial” en materia de drogas⁷, principalmente, para mantener en China el mercado del opio producido en sus colonias asiáticas⁸. Alemania era el líder mundial en la producción y comercialización de cocaína, un negocio de “rentabilidad excepcional”⁹ muy codiciado por las naciones victoriosas en las dos guerras mundiales del Siglo XX¹⁰. La consideración de las drogas como una cuestión geopolítica se produce en las conferencias de Shangai (1909) y La Haya (1912) convocadas por EE.UU para incidir en los monopolios del comercio del opio de los imperialismos de Inglaterra y Francia¹¹. En 1914 la Ley Harrison puede considerarse un punto de partida para la prohibición del comercio y consumo de drogas, un mojón para la confusión entre traficantes y consumidores como si las cuestiones del consumo de productos peligrosos para la salud se debieran considerar un problema policial y punitivo¹². Esta decisión político criminal solo podía explicarse por la obsesión norteamericana con las “cruzadas” contra los comportamientos inmorales¹³. Hasta la segunda mitad del siglo XX la relación de la humanidad con las drogas fue pacífica, cuando los EE.UU decidieron unilateralmente considerarlas un problema de nivel nacional e internacional¹⁴. Los mercados pueden ser le-

- 6 Buxton, Julia, “The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime”, Keefer and Loayza (Eds.) *Innocent Bystanders Developing countries and the War on Drugs*, Palgrave MacMillan, Washington pp. 61 y ss.
- 7 La política internacional inglesa toma otro rumbo a principios del siglo XX con la victoria del Partido Liberal que considera inmoral el comercio del opio y se da comienzo a la denominada “narco-diplomacia” para lograr un sistema único de normas internacionales para regular el comercio de sustancias peligrosas para la salud. Albrecht, Hans-Jörg, 2001, “The International System of Drug Control. Developments and Trends”, Gerber and Jensen (Eds), *Drug War, American Style. The Internationalization of Failed Policy and Its Alternatives*, Garland Publishing, New York/London, pp. 49 y s.
- 8 Escohotado, Antonio, 1996, *Historia elemental de las drogas*, cit. pp. 77 y ss. En aquella época las drogas eran productos de mercado y la libertad de comercio era un bien superior a cualquier problema vinculado con la salud, como el gran consumo interno de opio y sus derivados que aquejaba a China. Madge, Tim, 2002, *Polvo Blanco*, cit. pp. 134 y ss.
- 9 De Sutter, Laurent, 2021, *Narcocapitalismo*, cit. p. 33. “Durante medio siglo, a pesar de que los peligros asociados al consumo de derivados del opio o de la coca eran cada vez más evidentes, el capitalismo industrial alemán vivió uno de los momentos de mayor euforia”. *Ibidem*, pp. 34 y s.
- 10 Anslinger fue pieza clave para desmantelar el poder de la empresa farmacéutica alemana Merck a nivel global. Fundamental para los intereses norteamericanos que las “cuotas” futuras de producción de los narcóticos estuviese bajo el dominio de la Organización de Naciones Unidas. Ryan, Kevin, 2001, “Toward an Explanation of the Persistence of Failed Policy. Binding Drug Policy to Foreign Policy, 1930-1962”, cit. pp. 28 y s. Al mismo tiempo, Anslinger diseminó la idea falsa de que la China comunista controlaba los mercados ilegales en Asia, para vincular al régimen político con el tráfico de drogas. *Ibidem*, p. 34. Para el régimen controlado por Anslinger Cuba fue un problema vinculado con las drogas solo después de la caída de Batista y comienzo del régimen comunista de Castro. *Ibidem*, p. 36.
- 11 Labrousse, Alain, 2011, *Geopolítica*, cit. p. 103.
- 12 Por todos, Madge, Tim, 2002, *Polvo Blanco*, cit. pp. 146 y ss.
- 13 Ryan, Kevin, 2001, “Toward an Explanation of the Persistence of Failed Policy. Binding Drug Policy to Foreign Policy, 1930-1962”, cit. p. 19.
- 14 Buxton, Julia, “The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime”, cit.; Madge, Tim, 2002, *Polvo Blanco*, cit. pp. 113 y ss. El origen de los problemas se relaciona con la inmigración y ciertos consumos de drogas, vinculados durante las primeras décadas del siglo XX con el delito y otros vicios sociales. *Ibidem*, pp. 133 y ss.

gales o ilegales, pueden ser tolerados o combatidos, porque esta es una decisión política¹⁵. El prohibicionismo o la prohibición de acceso a las drogas para consumo recreativo es una construcción política (un problema social construido¹⁶) a partir de “juicios morales, estrategias políticas para el gobierno de las poblaciones, intereses médico-sanitarios, económicos y geopolíticos”¹⁷. El uso recreativo de las drogas fue considerado internacionalmente como un problema solo después de la Segunda Guerra Mundial, considerando que aquellas constituyen una “amenaza al tejido social”¹⁸ que debía ser combatido mediante el derecho penal¹⁹. La droga como un problema, entonces, tiene su origen en la política de los EE.UU durante el apogeo de la “Guerra Fría” que trae como consecuencia la internacionalización de un problema político interno²⁰. Esta política que unificaba intereses médico-sanitarios²¹ con intereses morales (puritanos)²² se había concebido antes y se llevó adelante desconociendo todos los errores cometidos con la primera cruzada moral contra el “alcohol”²³. En la década del 60 la marihuana y la heroína fueron “armas de los pacifistas” en contra de las guerras (Vietnam) que tuvieron lugar durante la “Guerra Fría”, de modo que se relacionaban con una cuestión política o de protesta social²⁴. En la década del 70 hubo un aumento tremendo en el consumo de cocaí-

15 Bergman, Marcelo, 2016, *Drogas*, cit., p. 18.

16 Gerber, Jurg y Jensen, Eric, 2001, “The Internationalization of U.S. Policy on Illicit Drug Control”, cit. p. 1. Los tratados internacionales que reglaron el problema de las drogas son una construcción de los intereses estadounidenses sin considerar las cuestiones locales de otras naciones. *Ibidem*, p. 2. Se trata de la construcción de un “buen enemigo” o un “enemigo útil” (“*useful enemy*”) que sea lo suficientemente peligroso, inhumano, ambiguo, resistente en el tiempo y dispuesto a atacar, en síntesis, una auténtica amenaza a combatir. *Ibidem*, pp. 8 y s. Estas características del enemigo permiten aplicar distintas intensidades a la guerra que bien puede llegar a ser total (dependiendo de los intereses de las naciones más industrializadas). *Ibidem*, p. 9.

17 Rodríguez, Thiago y Caiuby Beatriz, 2015, “Política de drogas y prohibición en las Américas”, Caiuby y Rodríguez (Eds), *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, CIDE, México, p. 30.

18 Madge, Tim, 2002, *Polvo Blanco* cit., p. 171.

19 La prohibición del uso recreativo se materializa en la persecución de grupos dedicados al narcotráfico y otras economías ilegales mediante el uso de la fuerza y la persecución penal, sin tener “en cuenta los cambios que se han producido en los mercados y en las estructuras y dinámicas del crimen organizado”. Gonzalez Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico y crimen organizado ¿Hay alternativas?*, Icaria, Barcelona, p. 12.

20 Anslinger utilizó la estrategia de vincular el tráfico de drogas con los regímenes comunistas y para ello diseminó la idea falsa de que la China comunista controlaba las rutas desde Asia que abastecían a los mercados ilegales. Ryan, Kevin, 2001, “Toward an Explanation of the Persistence of Failed Policy. *Binding Drug Policy to Foreign Policy, 1930-1962*”, cit., p. 34. Según esta misma lógica, Cuba fue un problema vinculado con las drogas solo después de la caída de Batista y el comienzo del régimen comunista de Castro. *Ibidem*, p. 36. Esta construcción política estaba estrechamente vinculada a las vicisitudes sanitarias, sociales, políticas y económicas de EE.UU y a su voluntad de “universalización” para llegar a convertirse en la “fuerza policial del mundo”. Gerber, Jurg y Jensen, Eric, 2001, “The Internationalization of U.S. Policy on Illicit Drug Control”, cit., p. 11.

21 El problema no eran los países sudamericanos productores de las plantas de las que se extraen las hojas para fabricar cocaína, sino “la cocaína, la morfina y la heroína farmacéuticamente puras que seguían fabricándose en grandes cantidades”, que superaban todo lo que la industria médica podía llegar a necesitar y que iban a parar a los mercados ilegales. Madge, Tim, 2002, *Polvo Blanco*, cit., p. 167.

22 Rodríguez, Thiago y Caiuby Beatriz, 2015, “Política de drogas y prohibición en las Américas”, cit. p. 34. En la primera mitad del siglo XX las políticas higienistas y xenófobas dominaban las discusiones en los grandes países de América Latina como México y Brasil. *Ibidem*, pp. 36 y ss.

23 La prohibición del alcohol y de las drogas son dos movimientos asociados por los fundamentos políticos. Rodríguez, Thiago y Caiuby Beatriz, 2015, “Política de drogas y prohibición en las Américas”, cit., p. 41.

24 Madge, Tim, 2002, *Polvo Blanco*, cit., pp. 190, 197 y ss.

na (clases medias y altas) y en la década siguiente una epidemia en el consumo del *crack* (clases bajas). Se dice que fue contra el consumo de cocaína²⁵ que se inició “la carrera universal hacia la prohibición”²⁶. La declaración formal de la guerra contra las drogas se adjudica a Richard Nixon cuando las considera el enemigo número uno de los EE.UU²⁷ y un problema de “seguridad nacional”²⁸ y, de esa manera, el consumo de drogas deja de ser considerado un problema social (salud pública) para convertirse en uno político²⁹, cuyo combate se encarga al derecho penal. En 1981 Reagan incrementa la intensidad de la guerra y da la orden de utilizar todo el aparato federal de inteligencia y el ejército en la “guerra contra las drogas”, se crean sucesivas leyes que aumentan la represión a nivel federal³⁰, al mismo tiempo que se despliegan fuerzas militares y burocráticas (DEA³¹) en el extranjero, se aumentan todas las penas para la tenencia de drogas y se persigue masivamente a los consumidores (principalmente, de crack o pasta base de cocaína)³². A nivel nacional se aplica una política de “tolerancia cero” a la tenencia para el consumo de drogas, mientras que a nivel internacional se aplica una política de intervención militar allí donde los EE.UU creen que hay producción y tráfico ilegal que pueda abastecer al mercado interno³³. En los últimos 50 años el gobierno norteamericano invirtió más de un trillón de dólares en la financiación de su política de drogas. Como consecuencia de esto 1.5 millones de personas fueron arrestadas anualmente por delitos vinculados a las drogas, principalmente por cannabis³⁴, una droga

- 25 La cocaína regresa como “droga champan” en clases acomodadas lo que conduce a Nixon en 1969 a considerarla una “amenaza nacional”, en una extraña mezcla entre “salud y seguridad”. Ibidem, p. 201.
- 26 Ibidem, p. 31. La estrategia de guerra, sin embargo, había comenzado años antes con la política internacional de Anslinger contra las drogas. Ryan, Kevin, 2001, “Toward an Explanation of the Persistence of Failed Policy. Binding Drug Policy to Foreign Policy, 1930-1962”, cit., p.40.
- 27 Estepa, Maria, 2023, “Sustancias y drogas: una guerra sin límites ¿Qué es lo prohibido?”, Gonzalez, Isabel y Donzis, Rubén (Comp.) Narcocriminalidad. Economías enfermas y territorios sociales. Análisis sociojurídico y socioeconómico, Didot, Buenos Aires, p. 195.
- 28 Con la caída del muro de Berlín y el fin de la “guerra contra el comunismo” hubo una merma en el presupuesto del ejército, que paulatinamente fue aumentando para el combate de un nuevo “enemigo” de la seguridad nacional: las drogas
- 29 Samper, Ernesto, 2013, Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta, Debate, Colombia, p. 23. Este autor dice que con la guerra contras las drogas EE.UU ha “vietnamizado” la zona andina con la militarización y el debilitamiento de las instituciones nacionales. Ibidem, p. 24.
- 30 En particular: Comprehensive Crime Control Act de 1984; Anti-Drug Abuse Act de 1986; Anti-Drug Abuse Amendment Act y Drug Free Workplace Act de 1988. Buxton, Julia, “The Historical Foundations of the Narcotic Drug Control Regime”, cit. p. 87.
- 31 La Drug Enforcement Administration fue creada por Nixon en 1973 como consecuencia de su declaración de guerra contra las drogas.
- 32 Madge, Tim, 2002, Polvo Blanco, cit., p. 234. A comienzo del noventa George Bush intensifica la política de drogas sin que haya pesado el hecho que se “tiene publico conocimiento” que durante muchos años la CIA y la DEA “traficaban drogas” para apoyar a grupos guerrilleros o subversivos “anticomunistas” en el continente como los “contra” en Nicaragua. Ibidem, pp. 236 y ss.
- 33 Rolles, Steve, 2016, “From Drug War to Policy Reform: Implications of US Drug Strategy for Latin America”, Caiuby, Cavnar y Rodrigues (Eds.), Drug Policies and the Politics of Drugs in the Americas, Springer, Switzerland, p. 247.
- 34 Farber, David, 2021, “Introduction”, Farber (Ed.), The War on Drugs: A History, New York University Press, New York, p. 2.

relativamente inocua para la salud, que es el bien jurídico tutelado que justifica la intervención del sistema penal en los consumidores problemáticos³⁵.

2.2: Explicación Normativa: La prohibición del uso recreativo de las drogas se normativiza a partir de la Convención de 1961 que enmascara una “agenda moral” junto a otros intereses sociales y sanitarios³⁶. Los Estados parte se obligan a controlar la producción e informar sobre estupefacientes³⁷ para usos medicinales y de investigación, así como a eliminar los usos tradicionales de algunas plantas con efectos psicoactivos o de las que pueden extraerse los mismos. El objetivo de control de estas sustancias se plantea mediante un estricto sistema de fiscalización mediante licencias para la producción y fabricación de las sustancias controladas y autorizaciones de importación y exportación. Se crea un sistema de 4 listas en las que se clasifican las drogas según su potencialidad de causar dependencia como criterio descendente en cuanto a su peligrosidad para la salud. En la lista 1se ha clasificado a una droga relativamente inofensiva como el cannabis con la heroína o la cocaína, demostrando que el criterio preponderante para la clasificación es político y no médico. Esta convención no exigía la prohibición de la posesión para uso persona de las drogas, pero crea un órgano de contralor a nivel mundial que dará seguimiento a todas las obligaciones contraídas (Junta Internacional Fiscalización de las Drogas)³⁸. En 1971 el alcance de la Convención de 1961 se extiende a las sustancias psicotrópicas frente al aumento de consumo de este tipo de drogas en los EE.UU y Europa (LSD, sintéticas, estimulantes)³⁹, pero, debido a las presiones de las industrias farmacéuticas durante las negociaciones, los controles son más débiles que los que recaen sobre los productos derivados de plantas⁴⁰. En 1988 se radicaliza la política contra las drogas en la Convención de Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes (Convención de Viena) no solo por el abuso en el consumo sino en el tráfico internacional, donde el derecho penal pasa

35 Se dice que la clave de una “adicción” no es la sustancia sino el dolor que siente en su mente quien la consume. Y para combatir ese dolor “hemos creado un sistema que defiende que solo podemos parar a los adictos aumentando su dolor...porque ataca a las personas y las condena a la exclusión...cuanto mayor presión se ejerce sobre la persona, más inclinada al consumo de drogas está”. Hari, Johann, 2015, *Tras el grito. Un relato revolucionario y sorprendente sobre la verdadera historia de la guerra contra las drogas*, Paidós, Barcelona, p. 213.

36 Albrecht, Hans-Jörg, 2001, “The International System of Drug Control. Developments and Trends”, Gerber and Jensen (Eds), *Drug War, American Style. The Internationalization of Failed Policy and Its Alternatives*, Garland Publishing, New York/London, p. 51.

37 Según el Art. 1.1.: todas las sustancias, naturales o sintéticas, respecto de las cuales requiere la aplicación de las medidas de fiscalización. Los estupefacientes se clasifican en cuatro listas sujetas a diferentes niveles de control, según su aparente riesgo para la salud, de modo de servir de modelo para los sistemas de clasificación en leyes nacionales.

38 Albrecht, Hans-Jörg, 2001, “The International System of Drug Control”, cit, p. 52.

39 Idem.

40 Ambos, Kai y Nuñez, Noelia, 2018, “Marco jurídico internacional en materia de drogas. Estado actual y desafíos para el futuro”, Ambos, Malarino y Fuchs (Eds), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, KAS, Colombia, p. 29.

a ser prácticamente exigido para los estados parte⁴¹, aprobando el principio de responsabilidad compartida que hoy define a la política internacional en materia de drogas⁴². En este tratado se establece un nexo concreto entre narcotráfico, crimen organizado, corrupción y lavado de dinero en un contexto transnacional y de lucha contra lo que se considera un “problema internacional” que pone en peligro a la propia institucionalidad, la economía y los cimientos morales y sanitarios de la sociedad⁴³. Se plantea como objetivo reforzar la cooperación internacional en materia de represión del narcotráfico y criminalizar las actividades vinculadas a la producción y tráfico de las sustancias. No es casualidad que el tratado más represivo de 1988 firmado en Viena fuera precedido por la Anti-Drug Abuse Act norteamericana de 1986 que entiende que el problema de la droga debe ser analizado juntamente con el crimen organizado (y todas sus herramientas de prevención y represión: agente encubierto, interceptación de comunicaciones y otras medidas limitadoras de derechos y garantías), la tipificación penal de la posesión de drogas y la lucha contra el lavado de dinero⁴⁴. Esta convención crea nuevas disposiciones penales para castigar la adquisición, la posesión y el cultivo para consumo personal y se deja libertad a los Estado parte de aplicar medidas de fiscalización más estrictas o rigurosas que las previstas⁴⁵. Aquí se decide que la Organización Mundial de la Salud debe funcionar como órgano asesor para la inclusión o remoción de estupefacientes y sustancias psicotrópicas de las listas de los tratados.

3 La guerra contra las drogas en América Latina

3.1 Aspectos (geo)políticos: La relación del continente con la guerra contra las drogas incumbe a países productores, de tránsito y consumidores. América Latina es principalmente una región de producción de drogas de origen natural y de ahí su vinculación directa con la política internacional diseñada en las últimas

41 Sus objetivos principales son reforzar la cooperación internacional en materia de represión del narcotráfico y armonizar y fortalecer la legislación penal interna

42 Albrecht, Hans-Jörg, 2001, “The International System of Drug Control”, cit., p. 53.

43 Se asume que todo consumidor es un potencial consumidor problemático cuya protección corresponde al derecho penal para evitar que la droga pueda estar disponible en los mercados ilegales. Galain Palermo, Pablo, 2017, “El modelo uruguayo de regulación del cannabis. Cuestiones jurídicas y de geopolítica”, *Drogas ilícitas y narcotráfico*, cit., pp. 311 y ss; Galain, Palermo, Pablo, 2018, “The Uruguayan Model of Regulating Cannabis – Legal and geopolitical questions”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 130, 3, pp. 859-908.

44 Cuneo, Silvio, Fernández, María, Medina, Paula y Oxman, Nicolás, 2023, *De la guerra a los tribunales de drogas: política criminal e imposición de regímenes hegemónicos*, Tirant Humanidades, Valencia, p. 33. El Art. 3 de la Convención propone la criminalización de los actos preparatorios como tipos penales autónomos en lo que refiere al tráfico de precursores necesarios para elaborar las drogas, demostrando la clara incidencia del modelo penal norteamericano en el tratado internacional con las figuras de la proposición y conspiración para cometer delitos contra la salud pública (lo que incluye la inversión de la carga de la prueba en tanto el consumidor debe probar que la mera tenencia es para su consumo personal). *Ibidem*, pp. 36 y s.

45 Ambos, Kai y Nuñez, Noelia, 2018, “Marco jurídico internacional en materia de drogas”, cit., p. 31.

décadas⁴⁶ para el “combate” contra las drogas prohibidas⁴⁷. Al igual que sucedió con la “guerra contra el alcohol” (“Ley Seca”⁴⁸), la “guerra contra las drogas” fortaleció al “crimen organizado” como actor principal del mercado negro⁴⁹ y en la región, a la creación de grupos criminales organizados en redes (i.e. “maras, pandillas, grupos rebeldes, e incluso guerrillas⁵⁰ o ejércitos paralelos”⁵¹). A su vez, la corrupción permite la compra de la seguridad física y jurídica (principalmente de los actores más poderosos de la cadena criminal)⁵², así como se requiere de la seguridad financiera para el éxito del negocio⁵³. En épocas de dictaduras militares

- 46 Hasta la declaración formal de la guerra contra las drogas por parte de Nixon, en el sur de los EE.UU existían cultivos de coca que luego se expandieron por Perú, Bolivia y Colombia. *Ibidem*, p. 205.
- 47 En realidad, el continente produce toda la cocaína que se consume a nivel global (700 toneladas al año). Bergman, Marcelo, 2016, *Drogas, narcotráfico y poder en América Latina*, FCE, México, p. 36. Sus gobernantes, sin embargo, a diferencia de los norteamericanos, no consideran el problema de la droga como una cuestión de seguridad nacional. Grisaffi, Thomas, 2013, “Reassessing the War On Drugs”, Smith, J, (ed.) *South America, Central America and the Caribbean*, Routledge, London, file:///C:/Users/asus/Downloads/Reassessing_the_War_on_Drugs.pdf.
- 48 Luego del fracaso de prohibición del alcohol las autoridades de la Oficina Federal de Estupefacientes comandadas por Harry Anslinger comenzaron una campaña contra las drogas basada en “propaganda falsa” y datos no comprobados científicamente para provocar miedo sobre supuestos efectos de las drogas en el comportamiento sexual y criminal en los consumidores. Esta campaña es parte de la logística de guerra contra las drogas. Hari, Johann, 2015, *Tras el grito*, cit., pp. 28 y ss. De allí surgen los argumentos más utilizados para justificar la prohibición de las drogas: a) la protección de los jóvenes y b) la prevención de la drogadicción en general. Los verdaderos motivos, sin embargo, era que dichas drogas eran consumidas por “negros, los mexicanos y los chinos y que, al hacerlo, olvidaban su lugar en la sociedad y amenazaban a la población blanca”. *Ibidem*, p. 42. Otra de las consecuencias de la prohibición fue que “cuanto más se reprime el consumo de drogas, más fuertes son las sustancias que aparecen”. *Ibidem*, pp. 293 y s.
- 49 Se dice que muchos de los miembros del “crimen organizado” (contrabandistas) originado por la prohibición del alcohol durante la “Ley Seca” se percataron que su logística funcionaría perfectamente con otro producto que estaría por mucho tiempo prohibido: las drogas Hari, Johann, 2015, *Tras el grito*, cit., pp.74 y ss. Los primeros mafiosos que controlaron el mercado fueron norteamericanos como Arnold Rothstein, cuya caída dio origen a la “guerra por las drogas” en los EE.UU. *Ibidem*, p. 81.
- 50 La relación entre el narcotráfico y las guerrillas de izquierda en el continente americano debe ser considerado como otro de los factores que potenciaron las intervenciones militares norteamericanas en la región. Esta amenaza tenía gran significado político durante la Guerra Fría y se plasmó en el combate de grupos como Sendero Luminoso en Perú y las FARC en Colombia. Rodríguez, Thiago y Caiuby Beatriz, 2015, “Política de drogas y prohibición en las Américas”, cit, p. 44.
- 51 Bergman, Marcelo, 2016, *Drogas*, cit., pp. 135 y s. Sirvan como ejemplos: Sendero Luminoso en Perú, el M-19, las FARC y los paramilitares en Colombia, la Mara Salvatrucha y Barrio 18 en El Salvador y Honduras, el Ejército Popular Revolucionario, Guerreros Unidos y Familia Michoacana en México. *Ibidem*, p. 136. A estos ejemplos cabe agregar la cooperación entre ex militares mexicanos y guatemaltecos en Los Zetas y los grupos brasileños como Comando Vermelho de Rio de Janeiro o el Primer Comando de la Capital de San Pablo pero que ya tienen presencia en todo el país, en los países andinos, en Paraguay (principal productor de marihuana de la región y base del transporte aéreo privado), Argentina (principalmente en la denominada “triple frontera”, vinculado a acciones terroristas) y Uruguay (tráfico de drogas, armas y oro por la frontera seca). A estos debe sumarse el denominado “Tren de Aragua” surgido en Venezuela y expandido a todos los Estados con costas al Pacífico. Risquez, Ronna, *El Tren de Aragua*, Planeta, Chile, 2023.
- 52 Bergman, Marcelo, 2016, *Drogas*, cit., pp. 145 y ss. Esta corrupción no se vincula solamente a “estados débiles” sino también a los desarrollados. En EE.UU más de 100 agentes de policía son removidos o condenados anualmente por corrupción. *Ibidem*, p. 149.
- 53 Galain Palermo, Pablo y Olasolo, Hector, “Actos individuales desviados, corrupción significativa, gran corrupción, captura del Estado y corrupción institucional”, *Ius et Praxis*, 29, 3, pp. 103-127; Olasolo, Héctor; Galain, Pablo: “Corrupción institucional y organizacional: las redes complejas de corrupción”, *Polít. Crim. Vol. 19* N° 37, Julio 2024, Art. 5, pp. 129-161; Olasolo, Hector y Galain Palermo, Pablo, 2021, “Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural”, *Homenaje a Ignacio Berdugo*, Tomo II, Salamanca, pp. 728 y ss.

durante la “Guerra Fría”⁵⁴ el negocio ilícito pasa de grupos chilenos⁵⁵ a manos de colombianos⁵⁶, pero en países como Honduras⁵⁷ y Bolivia⁵⁸ hubo incluso dictaduras militares dedicadas exclusivamente al tráfico de cocaína que contaron con la supuesta connivencia de las autoridades norteamericanas⁵⁹. Por otra parte, la cercanía con los países productores da lugar al otro vínculo de la región con las drogas, que tiene relación con el transporte de las materias primas hacia los principales mercados consumidores de las sustancias, por ejemplo, a través de una importante infiltración en las aduanas portuarias y otros puestos fronterizos.⁶⁰ La política exterior de EE.UU ha influido notoriamente para la identificación de la guerra contra las drogas con Latinoamérica⁶¹ y como consecuencia, algunos gobiernos de esta región “aprovecharon” el dinero ofrecido para distintos planes de “combate” para financiar sus proyectos políticos⁶². Por su parte, el narcotráfico en América Latina, una de las regiones más desiguales del planeta, adquirió dimensiones sociales y políticas, en algunos casos, suplantando al Estado ausente en cuestiones relevantes para los más desfavorecidos y en otros, infiltrando las

54 Madge, Tim, 2002, *Polvo Blanco*, cit., pp. 223 y s. No obstante, “algunos sectores del régimen militar de Chile se introdujeron en los ambientes de los traficantes para arrebatarles, como mínimo, parte del negocio”. Ello incluye al propio ex dictador Augusto Pinochet, luego de las cuentas bancarias secretas descubiertas en bancos de EE.UU. *Ibidem*, p. 224.

55 Se dice que el negocio fue primeramente controlado por chilenos “que compraban pasta de coca en los Andes, la refinaban en sus pequeños y precarios laboratorios y luego la enviaban al norte a los cubanos, casi siempre en sus típicos cestos de mimbre para vino”. Madge, Tim, 2002, *Polvo Blanco*, cit., p. 222.

56 Se dice con la participación de excombatientes norteamericanos de Vietnam. *Idem*.

57 Se habla del “golpe de Estado de la cocaína” contra Juan Melgar Castro el 7 de agosto de 1978 y de las operaciones que el embajador norteamericano en Honduras (1981-1985) John Dimitri Negroponte condujo en la Operación Irán-Contra en la mayor operación combinada entre tráfico de armas y drogas (acuerdo entre la administración Reagan, la CIA y los narcotraficantes) para solventar “guerras anticomunistas” y “escuadrones de la muerte”. Pine, Adrienne y Vivar, David, 2015, “De mendigos y narcotraficantes en Honduras”, *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, cit., p. 99.

58 Gillies, Allan, 2017, “Theorising state-narco relations in Bolivia’s nascent democracy (1982-1993): governance, order and political transition”, *Third World Quarterly*, 39, 4, pp. 727 y ss.

59 Esta “tolerancia” en relación a narcodictaduras tenía razones geopolíticas, que no solo se explican debido a la afinidad ideológica de los dictadores en Bolivia, sino a que las drogas permitieron incursiones encubiertas (guerra sucia o contrainsurgencia) en conflictos armados de la región como el de los “contra” que combatían al Sandinismo en Nicaragua o los grupos armados en El Salvador que combatían al Frente Farabundo Martí. Dentro de la estrategia norteamericana de la doctrina de la seguridad nacional para frenar el avance de los movimientos guerrilleros pro-cubanos, los narcotraficantes se encargaban del suministro de armas a los “contrainsurgentes” a cambio de “tolerancia” en el tráfico de drogas hacia los EE.UU. “La narcoactividad y el tráfico de armas se incrementaron bajo la protección de la CIA mientras Honduras se convertía en la plataforma de operaciones militares y contrainsurgentes...”. *Ibidem*, pp. 99 y ss.

60 Sirva de ejemplo: Pontón, Daniel y Duque, Carolina, 2015, “Hegemonía antidroga y revolución ciudadana: Un balance de la política antidroga en Ecuador 2007-2013”, *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, cit., pp. 194 y ss; Giacomello, Corina, 2015, “Políticas de drogas y opciones de reforma: una mirada desde Guatemala”, *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, cit., pp. 75 y ss. La utilización del derecho penal para “casos de droga” tiene una funcionalidad política permanente. En 2015 EE.UU negoció un “intercambio de condenados” con Venezuela que incluía a los “narcosobrinos de Nicolas Maduro” en el canje. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-63105758>

61 Los países del continente fueron “presionados” para adoptar la lógica de la guerra a través de los programas de asistencia económica que beneficiaron a las fuerzas militares y policiales con equipamientos, dinero y entrenamiento. Bouley, Eugene, 2001, “The Drug War in Latin America. Ten Years in a Quagmire”, *Drug War, American Style* cit., pp.174 y s.

62 Farber, David, 2021, “Introduction”, en Farber (Ed.), *The War on Drugs: A History*, New York University Press, New York, p. 6.

instituciones estatales mediante corrupción o violencia⁶³. En la triple frontera entre Argentina, Brasil y Paraguay los grupos criminales dedicados -entre otras actividades ilícitas- al narcotráfico, a financiar al terrorismo y al lavado de dinero, han cooptado a los gobiernos e instituciones locales y regionales⁶⁴, constituyendo el mejor ejemplo de convivencia entre los grupos criminales regionales con grupos chinos, africanos e islámicos⁶⁵. En lo que respecta a la política interna, se aprecia en algunos casos un efecto simbólico entre los discursos de algunos gobernantes con relación a un cambio de paradigma en la política de drogas (con independencia de tratarse de gobiernos de derecha o izquierda⁶⁶) como sucedió en Guatemala con Otto Perez Molina⁶⁷, por un lado, y en Ecuador⁶⁸, Venezuela⁶⁹ y Bolivia⁷⁰, por el otro. En el escenario latinoamericano en los últimos años la política regional debe analizarse en dos modelos distintos: a) los regímenes progresistas alternativos (nacionalistas) y b) los regímenes ligados a la economía neoliberal cercana a los EE.UU⁷¹. La pregunta que la política (internacional) de drogas basada en una lógica de “guerra” deja en evidencia es ¿cuál sería el papel de la salud pública en la justificación de todo el sistema prohibicionista apoyado en cuestiones de seguridad pública (o incluso de seguridad nacional, donde la argumentación legitimadora del sistema se orienta más hacia cuestiones de defensa que a problemas

63 Gonzalez Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico* cit., pp. 72 y s.

64 Kosmylnka, Stanislaw, 2020, “The Problem of Organized Crime in the South American Tri-Border Area: Paraguay, Brazil and Argentina”, *International Studies. Interdisciplinary Political and Cultural Journal* (Vol. 25, N° 1), pp. 9 y ss.

65 Shelley, Louise y Picarelli, John, 2005, “Methods and Motives: Exploring Links Between Transnational Organized Crime and International Terrorism”, *Trends in Organized Crime*, vol. 9, N° 2, pp. 60 -65.

66 En 2020 durante la campaña electoral que llevó a Joe Biden a la presidencia de EE.UU, el apoyo, la educación, la prevención y la redención (redemption) deberían ocupar el lugar de la cárcel en la política de drogas. Según esta propuesta los delitos de drogas deberían ser considerados como infracciones leves, porque la prohibición y la guerra contra la droga hace que el abastecimiento de la profusa demanda sea algo tan riesgoso como lucrativo. Durante la campaña electoral de Gabriel Boric en Chile se propuso una revisión de la Ley 20.000 que prohíbe todo tipo de comercialización de drogas e, incluso, determinadas formas de consumo que tienen la categoría de contravenciones al orden. Esta promesa luego no fue cumplida durante su mandato.

67 El presidente de Guatemala realizaba internacionalmente una predica de fracaso definitivo de la guerra contras las drogas debido a sus consecuencias nefastas en Centroamérica y otros países de tránsito y una política interna totalmente afiadada con la lógica del prohibicionismo y la tolerancia cero. Giacomello, Corina, 2015, “Políticas de drogas y opciones de reforma: una mirada desde Guatemala”, Caiuby y Rodriguez (Eds), *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, CIDE, México, pp. 73, 91.

68 Pontón, Daniel y Duque, Carolina, 2015, “Hegemonía antidroga y revolución ciudadana: Un balance de la política antidroga en Ecuador 2007-2013”, Caiuby y Rodriguez (Eds), *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, CIDE, México, pp.190 y ss. En el caso de Ecuador el manejo simbólico del derecho es evidente en cuanto hubo incluso en 2008 una reforma constitucional que modificó el art. 364 que establece que las drogas son un problema de salud pública frente al que el Estado tiene que intervenir con programas de prevención y control del consumo; sin embargo, las intervenciones han sido punitivas. *Ibidem*, pp. 191 y ss.

69 Antillano, Andres y Avila, Keymer, 2015, “Las políticas frente a las drogas en la Venezuela bolivariana”, Caiuby y Rodriguez (Eds), *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, CIDE, México, pp.164 y ss. Se refiere a un retroceso a partir de 2010 en la política de drogas: Modolell, Juan Luis, 2017, “Poderes públicos y política criminal en materia de narcotráfico: el caso venezolano”, Ambos, Malaino y Fuchs (Eds), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, KAS, Bogotá, pp. 482 y ss.

70 Roncken, Theo y de Achá, Gloria, 2015, “La política de drogas en Bolivia”, cit., pp. 232 y ss.

71 Soberón, Ricardo, 2015, “La funcionalidad de las políticas peruanas sobre drogas”, cit., pp. 211 y s.

de consumo individual y sanidad pública)? El problema de la droga no parece ser considerado por la política internacional como un problema de salud sino de (geo) política y, por ello, se ha construido durante toda la segunda mitad del Siglo XX un sistema basado en tratados internacionales para el control de todo el mercado sustentado en la prohibición y la ilegalidad de una “industria” demasiado apetecible para quienes intervienen en ella según una lógica económica y de “elecciones racionales”. La prohibición es justamente el factor fundamental para el éxito de este mercado que no ha parado de crecer en demanda a pesar de las intermitencias en la oferta y el abastecimiento. La política de drogas es un tema de preocupación actual en el continente americano y tiene tanta magnitud que desde la Organización de Estados Americanos se ha instado a los países de la región a iniciar una búsqueda de modelos alternativos en materia de drogas⁷².

Por recomendación de la OMS, en 2020 la Comisión de Estupefacientes de la ONU (con el voto favorable de EE.UU), removió al cannabis de la Lista IV del Tratado de 1961 (sustancias peligrosas, si bien lo mantiene en la Lista I) y reconoció el potencial medicinal y terapéutico de la droga, lo que podría incidir en cambios en la política de drogas que deberían observarse a futuro⁷³.

3. 2. Aspectos comerciales: En los países andinos productores de drogas existe una amplia tolerancia hacia las actividades ilegales económicas y cierta debilidad estatal para el cumplimiento de la ley⁷⁴. Este aspecto es clave para explicar la resistencia de las actividades ilegales a pesar de la utilización del derecho penal y otras medidas coercitivas, y la necesidad de orientar las políticas hacia un cambio social de los comportamientos informales⁷⁵. La producción de determinadas plantas es un factor de primer nivel en las economías y la política de los países andinos, así como México cumple un papel fundamental en toda la cadena de abastecimiento de los más importantes mercados a nivel internacional. En todos los países productores de coca (y de cocaína) la prohibición, la guerra y la corrupción son elementos que se entremezclan y explican el problema de la droga⁷⁶.

3.2.1. El caso de Colombia: La historia de Colombia ha estado ligada a periodos de violencia (1948-1953) y por un conflicto armado interno con más de cinco décadas de duración, donde el gobierno no ha podido tener control sobre la tota-

72 OEA, Escenarios para el problema de las drogas en las Américas 2013-2025, Washington, OEA, 2012; Herencia, Salvador, ¿Una organización regional para un problema regional? El papel de la Organización de los Estados Americanos en la articulación de un enfoque regional sobre las drogas”, *Drogas ilícitas y narcotráfico*, cit., pp. 99 y ss.

73 <https://news.un.org/es/story/2020/12/1485022>

74 Thoumi, Francisco, 2010, “Production and Trafficking of Coca-Cocaine and Opium Heroin, in Afghanistan and the Andean Countries”, *Innocent Bystander*, cit., p. 242.

75 Idem; Mizrahi, Esteban, 2017, “Narcotráfico y colonización del aparato estatal. Efectos funcionales de la corrupción estructural en los Estados contemporáneos”, *Drogas ilícitas y narcotráfico*, cit, p. 118.

76

lidad del territorio⁷⁷. Este conflicto armado ha estado atravesado por el narcotráfico y por la participación de guerrillas (FARC), autodefensas y paramilitares⁷⁸. Su complejidad indica que los motivos ideológicos (FARC) han sido permeados y hasta sustituidos por motivos políticos (milicias) y económicos⁷⁹ (paramilitares, narcotraficantes)⁸⁰. Colombia es uno de los principales productores de drogas naturales y tuvo una gran influencia a partir de los setenta en los mercados ilegales de drogas prohibidas a nivel internacional. El estado colombiano interviene en todas las fases del ciclo de la droga con el derecho penal. Se dice que este ámbito es el que existe más intervención exterior en las cuestiones internas. La interferencia norteamericana en Colombia se ha manifestado en políticas de fumigación masiva de cultivos ilícitos, incremento de penas, políticas de extradición y medidas para la captura de los dineros provenientes del tráfico⁸¹ (lavado de dinero, delito de enriquecimiento ilícito). En la década del ochenta la influencia de los grupos organizados dedicados al narcotráfico en la esfera pública era notoria, pues no solo controlaban el comercio a nivel internacional, sino que habían incidido tremendamente en la economía nacional e incursionado en la política (“narcopolítica”)⁸². La violencia y los atentados dominaron las décadas finales del siglo XX y recrudecieron la situación de guerra o conflicto armado interno⁸³. En esos años se produce una interacción entre los grupos guerrilleros (FARC) y los narcotraficantes, pues los primeros tenían el control sobre zonas del territorio colombiano a las que querían agregar “rentabilidad” para financiar sus propósitos de dominio nacional⁸⁴. A fines del noventa las FARC eliminaron a los intermediarios (chichipatos) del ne-

77 Labrousse, Alain, 2011, *Geopolítica de las drogas*, cit., p. 81.

78 Fuerza de Tarea Conjunta Omega, 2015, *Las FARC: de la guerra de movimientos a su punto de inflexión*, Planeta, Colombia, p. 21. El conflicto nace en la década del sesenta con el enfrentamiento entre las FARC y el gobierno colombiano, bajo la influencia de la revolución cubana y la defensa de los intereses de los movimientos campesinos con una ideología comunista. *Ibidem*, pp. 22 y ss.

79 Estos motivos se ven incrementados por la prohibición, y estas ganancias son las que mantienen vivo el conflicto pues les permite armarse y luchar contra el propio estado colombiano. Mejía, Daniel y Posada, Carlos, 2010, “Cocaine Production and Trafficking: What Do We Know?”, Keefer and Loayza (Eds.) *Innocent Bystanders Developing countries and the War on Drugs*, Palgrave MacMillan, Washington, p. 289.

80 Labrousse, Alain, 2011, *Geopolítica de las drogas*, cit., pp. 81 y s. Al principio las FARC consideraban toda la cadena de producción y distribución de drogas como un producto de la “degeneración capitalista”. Luego impusieron un impuesto (“gramaje”) a los productores entre 7% y 10% sobre el precio de venta de la cosecha, al tiempo que “Estos motivos se ven incrementados por la prohibición, y estas ganancias son las que mantienen vivo el conflicto pues les permite armarse y luchar contra el propio estado colombiano. castigaban” incluso con pena de muerte a los consumidores de “pasta base de cocaína” (basuko). *Ibidem*, p. 85. Estos motivos se ven incrementados por la prohibición, y estas ganancias son las que mantienen vivo el conflicto pues les permite armarse y luchar contra el propio estado colombiano.

81 Uprimny, Rodrigo y Guzman, Diana, 2015, “La política criminal frente a las drogas en Colombia”, *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, cit., pp. 141 y s.

82 El narcotraficante Calos Ledher crea su propio movimiento político al mismo tiempo que Pablo Escobar accede a la Cámara de Representantes. Uprimny, Rodrigo y Guzman, Diana, 2015, “La política criminal frente a las drogas en Colombia”, cit., p. 145.

83 Se produce un aumento exponencial de la corrupción, la violencia y los desplazamientos forzadas de campesinos e indígenas para controlar cultivos (200.000 hectáreas a fines del siglo XX) y rutas. Hay una distorsión de valores culturales (enriquecimiento fácil), una mejora de la economía (inyección de flujos ilícitos) pero un deterioro de la calidad democrática. Samper, Ernesto, 2013, *Drogas*, cit., pp. 48 y ss.

84 Labrousse, Alain, 2011, *Geopolítica de las drogas*, cit., pp. 89 y s.

gocio y asumen la intermediación entre los productores y los grandes traficantes, obteniendo ganancias cercanas a los 300 millones de dólares (40% de sus ingresos anuales)⁸⁵. En los noventa son los paramilitares los que ingresan fuertemente al negocio de las drogas intermediando entre los campesinos y los narcotraficantes⁸⁶. Estos años se utiliza un derecho penal de excepción con la justicia militar juzgando delitos de drogas, en sede civil las condenas en juicios abreviados, la prisión preventiva como regla, la delación como atenuante, limitación del habeas corpus y extradición masiva a los EE.UU, en lo que puede denominarse un “derecho penal de emergencia”⁸⁷. Como consecuencia de la política de drogas se ha producido una reducción de las garantías procesales, el aumento de la población carcelaria y violaciones a los derechos humanos⁸⁸. La época de los verticales y jerarquizados carteles de drogas de los 80 parece haber quedado atrás y haber sido sustituida por una lógica empresarial en forma de redes que actúan de forma horizontal, incrementando sus vínculos con los grupos del conflicto armado interno, dedicados estos al tráfico de drogas⁸⁹. Uribe llega a la presidencia apoyado por grupos paramilitares, a quienes luego por presión de los EE.UU y Europa tuvo que instarlos a una desmovilización frente a su consideración como “organizaciones terroristas internacionales”, incluyéndolos en las negociaciones de paz (Acuerdo Santa Fe de Ralito de 2002)⁹⁰. Su “Plan Patriótico” incluía, por un lado, la política de negociación con los paramilitares (uno de los actores del conflicto armado vinculado con el negocio de las drogas) y, por otro lado, la política de guerra total contra las FARC mediante una ofensiva militar⁹¹. La guerra se basaba en una “política de seguridad democrática” que incluía “la creación de una red de informantes anónimos pagos y la organización en numerosos poblados, de grupos

85 Ibidem, pp. 90 y s. Los enfrentamientos entre guerrilleros y paramilitares se explican por el control de los territorios productores de drogas. Ibidem, p. 92.

86 Los paramilitares son grupos armados creados por el Estado colombiano y otros por grandes terratenientes (privados) para la protección de los grupos guerrilleros. En 1997 se creó la organización “Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) con apoyo de sectores del ejército, también vinculados a la producción de hojas de coca (160.000 en 2001). Labrousse, Alain, 2011, Geopolítica de las drogas, p. 94.

87 Cuneo, Silvio et al, 2023, De la guerra a los tribunales de drogas, cit., pp. 38 y s.

88 Bouley, Eugene, 2001, “The Drug War in Latin America. Ten Years in a Quagmire”, Drug War, cit., pp. 169 y ss; Garzón, Juan y Pol, Luciana, “El elefante en la habitación: drogas y derechos humanos en América Latina”, Revista Internacional de Derechos Humanos (Sur), 12, 21, 2015, pp. 1 y ss; Uprimny, Rodrigo y Guzman, Diana, 2015, “La política criminal frente a las drogas en Colombia”, cit., p. 142. Las violaciones a los derechos humanos han aumentado desde que la política contra las drogas se ha asociado a la lucha contra el terrorismo, como sucedía durante la Guerra Fría. Samper, Ernesto, 2013, Drogas, cit., p.135.

89 Uprimny, Rodrigo y Guzman, Diana, 2015, “La política criminal frente a las drogas en Colombia”, cit., p.149.

90 Labrousse, Alain, 2011, Geopolítica de las drogas, cit., pp. 96 y s. Los paramilitares exigían no ser extraditados por delitos vinculados con drogas a los EE.UU y tampoco cumplir condenas en la prisión. Finalmente se desmovilizaron más de 30 mil paramilitares, entre los que hubo “falsos combatientes” para inflar las cifras y beneficiarse de las condiciones de reinserción civil ofrecidas por el gobierno. Los “verdaderos combatientes” seguían por su parte en la guerra contra las FARC. Ibidem, pp. 98 y s.

91 La “justicia de transición” impulsada por Uribe no tuvo ningún éxito en materia de verdad, garantías de no repetición y reparación de las víctimas y fue un total fracaso en materia de pacificación nacional. Barbosa, Francisco, 2017, ¿Justicia Transicional o impunidad? La encrucijada de la paz en Colombia, B, Bogotá, pp. 65 y s.

de soldados-campesinos, auxiliares del ejército, así como la orden de colaborar con el gobierno a las compañías privadas de seguridad, que en Colombia empelan a 160.000 hombres”⁹². Este proceso de “Justicia y Paz” fue un fracaso rotundo que no logró incidir en la guerra contra las drogas y tampoco en el conflicto armado interno, demostrando el poder de los “señores de la guerra” en la política colombiana (incluyendo dentro de este concepto a las instituciones y la economía legal contaminada con dinero obtenido ilícitamente)⁹³. Una de las consecuencias de la guerra contra las drogas intensificada por Uribe fue la “narco-política”, en tanto el 30% de los parlamentarios provenientes de partidos políticos vinculados a Uribe fueron investigados por sus lazos con paramilitares y traficantes de drogas⁹⁴. Uno de los problemas asociados a la política de drogas es el de la posesión de tierras. Este es un problema que comenzó en los setenta con desplazamientos forzados de campesinos dentro del conflicto armado interno, pero agravado con el auge del narcotráfico en la siguiente década⁹⁵. Una de las formas de reintroducción de los dineros ilícitos a la economía legal ha sido mediante la compra de tierras, lo que se entremezcla con el objetivo de tipo “militar” dentro de la lógica del conflicto armado interno que requiere de la posesión de territorio y rutas (también utilizadas para el narcotráfico) para mejorar la estrategia bélica⁹⁶. Colombia destina millones de pesos en la política de drogas en detrimento de otras políticas públicas más urgentes para la población⁹⁷, mientras que recibe como “ayuda externa” del gobierno de EE.UU ingentes cantidades de dinero que destina a la represión⁹⁸. Esta relación entre política, conflicto armado interno y guerra contra las drogas condujo a que se hable de “gobiernos “bajo influencia” de la droga o de “narcotización” del Estado”⁹⁹. Uno de los factores comunes que ha contribuido al desarrollo de los mercados ilegales y el narcotráfico en Colombia (i.e. conflictos armados, alto índice de violencia, corrupción, debilitación institucional, ausencia del estado en regiones, etc.) es el problema nunca resuelto de la propiedad de las tierras, causa de históri-

92 Labrousse, Alain, 2011, Geopolítica de las drogas, cit., p. 98.

93 Ibidem, p. 100. Se hablaba de “narco-política”, en tanto el 30% de los parlamentarios fueron investigados por sus lazos con paramilitares y traficantes de drogas

94 Ibidem, p. 100.

95 Hay cifras cercanas a los 5 millones y medio de hectáreas (11% del territorio agropecuario del país). Existe una gran concentración de la tierra en pocas manos (63%) y tan solo un 9% en manos de pequeños propietarios. En 2009 se calculaban los desplazados en 4,5 millones de personas. Bula, Carlos y otros, 2011, Narcotráfico: guerra insensata. Despenalización, Fundación Socialdemócrata de Izquierda, Colombia, p. 139.

96 Bula, Carlos y otros, 2011, Narcotráfico, cit., p. 137.

97 Ibidem, pp. 190 y ss. En 2005 el gasto público sobrepasaba el billón de pesos repartido en reducción de la demanda, desarrollo alternativo, gestión ambiental, fortalecimiento jurídico e institucional, reducción de la oferta (total de 1.142.178.000 pesos). Ibidem, p. 191. En los siguientes años el gasto fue en aumento. Ibidem, pp. 191 y ss.

98 En la primera década del siglo XXI se habla de más de 6.000 millones (más del 6% del PBI) destinados a la lucha contra las drogas. Ibidem, p. 193.

99 Labrousse, Alain, 2011, Geopolítica de las drogas, cit., p. 101.

cas revueltas sangrientas desde los orígenes de la república¹⁰⁰. Con el gobierno de Juan Manuel Santos (2010-2015) comenzaron las negociaciones para un acuerdo de paz que incluyera a las FARC¹⁰¹, firmado en 2016 para lograr una “paz estable y duradera” que incluyera también una “solución para el problema de las drogas ilícitas”¹⁰². El acuerdo deja en claro que para la construcción de una paz duradera hay que encontrar una solución definitiva para el problema de las drogas ilícitas y en ese sentido parece alejarse de la lógica de la guerra para adoptar un enfoque general de reparación del daño, protección de los derechos humanos y la salud pública, diferenciado (a. el consumo; b. los cultivos de uso ilícito; c. la criminalidad organizada asociada al narcotráfico) y de género¹⁰³.

3.2.2. El caso Perú: En la década del cincuenta Perú era el principal abastecedor de cocaína del mercado de los EE.UU¹⁰⁴ y en tiempos recientes las exportaciones de cocaína representan el 30% del valor de las exportaciones legales totales del país¹⁰⁵. En esos años ya se hablaba de connivencia entre los narcotraficantes y autoridades peruanas, así como que el tráfico de drogas se realizaba junto a otros comercios ilícitos como el negocio de las armas, principalmente para abastecer al régimen cubano y las guerrillas en Centroamérica¹⁰⁶. Esa relación cercana se distancia entre 1968 y 1975 durante la dictadura de Velasco Alvarado de tipo popular-nacionalista (reforma agraria, educativa, industrial, bancaria) que se alinea políticamente con la URSS y los países no alineados¹⁰⁷. Con la segunda administración de Belaunde (1980-1985) se intensifica la intervención norteamericana, las interdicciones y la erradicación de cultivos ilegales de coca por medio de las operaciones Condor, Verde Mar I y II y de las modificaciones legislativas según el modelo de los EE.UU (Decreto Ley 22095)¹⁰⁸. La lucha contra Sendero Luminoso en la década del 80 acerca a los ejércitos peruanos y norteamericanos y en los noventa se desarrolla con la administración Bush la Iniciativa Andina mediante el principio

100 Samper, Ernesto, 2013, Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta, Debate, Colombia, p. 64.

101 Aponte, Alejandro, 2017, Acuerdo sobre manejo de drogas ilícitas entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP hacia un tratamiento menos punitivo y militarista del fenómeno de las drogas”, Drogas ilícitas y narcotráfico, cit., pp. 149 y ss,

102 El punto 4 del acuerdo se refiere a “programas de sustitución de cultivos de usos ilícitos. Planes integrales de desarrollo con participación de las comunidades – hombres y mujeres – en el diseño, ejecución y evaluación de los programas de sustitución y recuperación ambiental de las áreas afectadas por dichos cultivos”. También se prevén programas de prevención del consumo y soluciones para la producción y comercialización de narcóticos. <https://reliefweb.int/report/colombia/soluci-n-al-problema-de-las-drogas-il-citas-en-el-acuerdo-de-paz-entre-el-gobierno-y>

103 Aponte, Alejandro, 2017, Acuerdo sobre manejo de drogas ilícitas entre el Gobierno y la guerrilla de las FARC-EP hacia un tratamiento menos punitivo y militarista del fenómeno de las drogas”, Drogas ilícitas y narcotráfico, cit., pp. 154 y ss,

104 Astorga, Luis, 2015, Drogas sin fronteras, cit., p. 424.

105 Bouley, Eugene, 2001, “The Drug War in Latin America. Ten Years in a Quagmire”, Drug War, cit., p. 183.

106 Astorga, Luis, 2015, Drogas sin fronteras, cit., p. 462.

107 Soberón, Ricardo, 2015, “La funcionalidad de las políticas peruanas sobre drogas”, cit., p. 212.

108 Ibidem, p. 213.

de responsabilidad compartida y el desarrollo alternativo mediante la sustitución de cultivos. Se ha denunciado no solo asociaciones criminales transnacionales que operan en territorio peruano sino también que las mismas se fusionan en la cadena de producción y distribución con grupos guerrilleros. La Comisión Nacional para el Desarrollo y Vida sin Drogas (Devida) denunció que traficantes de Brasil, Colombia y México “estaban operando en la selva de Perú con el apoyo de Sendero Luminoso”¹⁰⁹. El periodo más cercano entre la corrupción y el narcotráfico se identifica durante los gobiernos de Alberto Fujimori¹¹⁰. En los últimos años la política de drogas se ha concentrado en la erradicación de los cultivos ilegales¹¹¹ y en la interceptación aérea de cargamentos de droga, pero sin que haya incidido en el precio de la cocaína¹¹². En Perú el problema de las drogas se incrementa debido a los altos índices de corrupción institucional¹¹³, que ha llevado a que el modelo de guerra, sin un previo de cambio de paradigma de los comportamientos sociales, sea un fracaso¹¹⁴. Los mercados ilegales peruanos vinculados a las drogas o a la minería han distorsionado la economía y aumentado las posibilidades del lavado de dinero mediante actividades e inversiones dudosas como los juegos de azar o la construcción en grandes ciudades¹¹⁵. El narcotráfico y todos los fenómenos asociados al lavado posterior han provocado que los países más involucrados en la producción y tráfico de drogas tengan economías enfermas¹¹⁶.

109 Rouse, Stella y Arce, Moises, 2006, “The Drug-Laden Balloon: U.S. Military Assistance and Coca Production in the Central Andes”, *Social Science Quarterly*, 87, 3, p. 546; Astorga, Luis, 2016, *El siglo de las drogas*, cit. p. 225.

110 Se dice que el narcotráfico penetra toda la institucionalidad, siendo clave la participación del titular del Servicio Nacional de Inteligencia, Vladimiro Montesinos, persona muy cercana a Fujimori. Thoumi, Francisco, 2010, “Production and Trafficking of Coca-Cocaine and Opium Heroin, in Afghanistan and the Andean Countries”, *Innocent Bystander*, cit., p. 239; Caro, Carlos, 2017, “Análisis crítico de políticas criminales existentes en materia de drogas ilícitas en el Perú”, *Drogas ilícitas y narcotráfico* cit., pp. 173 y ss.

111 *Ibidem*, pp. 197 y s.

112 Thoumi, Francisco, 2010, “Production and Trafficking of Coca-Cocaine”, cit., p. 239.

113 “En la actualidad, las principales modalidades de involucramiento de los traficantes de droga en la política son las siguientes: i) en las campañas y procesos electorales, básicamente como instrumento para lavar dinero y asegurar lealtades; ii) en el proceso de aseguramiento de las rutas locales, mediante el pago de cupos a diversas autoridades, entre ellas, alcaldes que se encuentran en la ruta de la droga; iii) en el criterio de garantizar diversas formas de impunidad, ejerciendo presiones de nivel político para el favorecimiento en sede policial, fiscal y judicial”. Caro, Carlos, 2017, “Análisis crítico de políticas criminales”, cit., p. 173.

114 Soberón, Ricardo, 2015, “La funcionalidad de las políticas peruanas sobre drogas”, cit., p. 220. Se menciona un resurgimiento de Sendero Luminoso en el mercado ilícito de drogas en vinculación con las FARC colombianas. Thoumi, Francisco, 2010, “Production and Trafficking of Coca-Cocaine”, cit., p. 240.

115 Paredes, Gonzalo, 2022, “Narcoterrorismo y tráfico ilícito de drogas en Perú: un problema de difícil solución”, *Revista de Ciencia e Investigación en Defensa*, 3,2, p. 96. Se dice que “el narcotráfico ha aumentado su capacidad de penetrar negocios formales e instituciones del Estado como el Congreso y el Poder Judicial; a modo de ejemplo, 19 de 24 gobiernos regionales están siendo investigados por sospecha de actos de corrupción”. *Ídem*.

116 El concepto de economías enfermas, genéricamente se refiere a inestabilidades institucionales, sociales y económicas que se generan en un contexto territorial o regional. Donzis, Rubén y Gonzalez Isabel, 2023, “Economías enfermas y territorios sociales: narcocriminalidad. Eficacia normativa y eficiencia institucional”, Gonzalez, Isabel y Donzis, Rubén (Comp.) *Narcocriminalidad. Economías enfermas y territorios sociales. Análisis sociojurídico y socioeconómico*, Didot, Buenos Aires, pp. 13-35.

3.2.3. El caso Bolivia: Bolivia se ubica detrás de Perú en cuanto a la producción de coca y provee el 40% de la oferta mundial, industria para la que trabaja entre el 6 y 8 de la población¹¹⁷. La industria de las drogas aporta hasta el 20% del producto nacional bruto y proporciona aproximadamente el 20% del empleo adulto¹¹⁸. La producción de cocaína se incrementó un 100% entre 1985 y 1990 y, en el tráfico de la sustancia, hay complicidad del ejército, la policía y otros agentes de control¹¹⁹. La política de guerra ha fracasado porque se concentra en los productores indígenas o campesinos y no persigue a los grandes traficantes¹²⁰. En Bolivia siempre ha habido una estrecha relación entre los funcionarios estatales (militares y policías, principalmente) y las redes narcos concentradas en pocas familias con poder de disuasión en las autoridades de gobierno en un contexto de fragilidad institucional y clientelismo¹²¹. La producción de coca y cocaína ha sido favorecida por distintos gobiernos dictatoriales involucrados directamente en el narcotráfico desde la época del sesenta¹²². A partir de la declaración norteamericana de guerra contra las drogas, se produjeron intervenciones militares en Bolivia para la erradicación de cultivos y laboratorios clandestinos¹²³. A nivel normativo, la Ley de Régimen de Coca y Sustancias Controladas de 1988 (Ley 1008) es una consecuencia directa de la Drugs Acts norteamericana y de la Convención de Naciones Unidas de 1988¹²⁴. Una intervención militar juntamente con la DEA erradicó plantaciones en la amazonia por medio de incendios descontrolados de miles de hectáreas que incluyeron la selva virgen, causando graves daños a la población local y al medio ambiente¹²⁵. La lógica de guerra movilizó a los cocaleros y una vez que Evo Morales ocupara el poder se expulsa en 2008 a la DEA¹²⁶ y los militares norteamericanos

117 Malamud Gotti, Jaime, 1992, *Humo y espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas*, Del Puerto, Buenos Aires, p. 33. Se dice que la producción es de más de 130.000 toneladas de hojas. *Ibidem*, pp. 33 y s.

118 Bouley, Eugene, 2001, "The Drug War in Latin America. Ten Years in a Quagmire", *Drug War*, cit., p. 183.

119 Malamud Gotti, Jaime, 1992, *Humo y espejos. La paradoja de la guerra contra las drogas*, Del Puerto, Buenos Aires, p. 37.

120 *Ibidem*, p. 60. Esta lógica, sin embargo, les permite a los funcionarios bolivianos y norteamericanos (DEA) mostrar cifras exitosas en cuanto a la persecución criminal. *Ibidem*, p. 61.

121 Gillies, Allan, 2017, "Theorising state-narco relations in Bolivia's nascent democracy (1982-1993)", cit., pp. 728 y ss. En cuanto a la policía se podría hablar de una corrupción de tipo sistémico. *Ibidem*, p. 739.

122 *Ibidem*, pp. 731 y ss. La dictadura del General García Meza no solo tuvo estrechos vínculos con el tráfico de cocaína, sino que se la puede considerar como una "dictadura de la cocaína" (19080-1981) Malamud Gotti, Jaime, 1992, *Humo y espejos*, cit., pp. 64 y s.

123 *Ibidem*, pp. 68 y ss. Se dice que los militares bolivianos recibieron entrenamiento en la School of the Americas de Georgia para la lucha contra las drogas, paradójicamente, la misma escuela (antes con sede en Panamá) en la que militares latinoamericanos recibieron entrenamiento para la contra-guerrillera o guerra sucia durante las dictaduras de los setenta y ochenta para el combate de los "enemigos políticos". *Ibidem*, p. 85.

124 Roncken, Theo y de Achá, Gloria, 2015, "La política de drogas en Bolivia: Un proceso de cambio marcado por continuidades", *Drogas, política y sociedad en América Latina y el Caribe*, cit. pp. 245 y ss. Esa es una ley que establece tipos penales abiertos con penas muy altas y con vulneraciones del debido proceso. *Ibidem*, p. 246. Se persigue a pobres y sectores sociales desfavorecidos. *Ibidem*, p. 249.

125 Cuneo, Silvio et al, 2023, *De la guerra a los tribunales de drogas*, cit., p. 41.

126 Ahora bien, a pesar de la expulsión de la DEA de Bolivia, la política de los EEUU en relación con este país no ha sido de confrontación sino de cooperación Ledebur, Kathryn y Youngers, Coletta, 2013, "From Conflict to Collaboration: An Innovative Approach to Reducing Coca Cultivation in Bolivia. *Stability*", 2(1): 9, pp. 1-11.

canos, se consagra en la Constitución de 2009 la protección de la hoja de coca y los cultivos¹²⁷, y se denuncia en 2011 la Convención Única de 1961 para volver a adherirse con una reserva que permita el uso tradicional de la hoja de coca¹²⁸. La consecuencia principal de la guerra contra las drogas en Bolivia es la gran debilitación que existe de las instituciones y las manifestaciones de corrupción que se vinculan muy estrechamente con el “amiguismo” y el mantenimiento de los intereses de los burócratas encargados de las políticas de drogas¹²⁹. En los últimos años el narcotráfico ha aumentado debido a la superproducción de hojas de coca que va mucho más allá de los cupos del consumo¹³⁰. El objetivo principal de la política de drogas boliviana se concentra en la reducción de la oferta, la demanda y los cultivos que excedentarios¹³¹. A esta política se la critica porque las zonas de intervención y erradicación de cultivos se decide de manera arbitraria por el gobierno¹³², perjudicando a poblaciones desfavorecidas frente a otros productores con mayor injerencia política. Hoy en día, el comercio boliviano de cocaína está dominado por clanes familiares que transportan pasta base de cocaína y gestionan pequeños centros de procesamiento situados en comunidades rurales y urbanos de todo el país¹³³. La participación de miembros del ejército y la policía continúa siendo de gran importancia para mantener índices muy bajos de violencia en todas las etapas del mercado ilícito de drogas en Bolivia¹³⁴.

3.2.4. El caso México: México es el principal abastecedor de drogas para el mercado norteamericano y sus organizaciones criminales organizadas controlan gran parte del narcotráfico a nivel mundial¹³⁵. Se dice que en México la corrupción y el narcotráfico han mantenido una pacífica relación a lo largo del siglo XX y durante los 71 años de gobierno del Partido Revolucionario Institucional (PRI)¹³⁶ y que el problema solo se visibilizó por denuncias realizadas por el gobierno de los

127 Cuneo, Silvio et al, 2023, De la guerra a los tribunales de drogas, cit., p. 41.

128 “La reconciliación jurídica de Bolivia con la Convención Única sobre Estupefacientes”, https://www.tni.org/files/publication-downloads/idpc-advocacy-note_bolivia-withdraws-from-single-convention-spa.pdf

129 Malamud Gotti, Jaime, 1992, Humo y espejos, cit., pp. 160 y 163.

130 Roncken, Theo y de Achá, Gloria, 2015, “La política de drogas en Bolivia”, cit. p. 240. Se habla de un consumo anual de 20960 toneladas de hoja de coca, cifra que no incluye la que puede industrializarse o exportarse. Ibidem, p. 241.

131 Ibidem, p. 242.

132 Ibidem, p. 245.

133 Grisaffi, Thomas, 2016, “Social Control in Bolivia: A Humane Alternative to the Forced Eradication of Coca Crops, Labate et al. (eds.), Drug Policies and the Politics of Drugs in the Americas, Springer, Switzerland, p. 164.

134 Thoumi, Francisco, 2010, “Production and Trafficking of Coca-Cocaine”, cit., pp. 218 y ss.

135 Fulk, Alanna, 2019, How Political Violence Helps Explain Organized Crime: A Case Study of Mexico’s “Wa ron Drugs”, Thesis, University of Central Florida <https://stars.library.ucf.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=7347&context=etd>

136 Olasolo, Hector y Galain Palermo, Pablo, 2018, Los desafíos del derecho internacional penal. Atención especial a los caos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 150 y ss.

EE.UU.¹³⁷ Con la pérdida del poder por parte del PRI, se habla de una ruptura de las “reglas del juego” justamente en estados mexicanos con fuerte producción “de plantas ilegales, de tráfico y tránsito de drogas, así como de lavado de dinero, y mercados potenciales para el consumo” como (Baja California, Chihuahua, Jalisco, Nuevo León y el D.F.)¹³⁸. La Dirección Federal de Seguridad (DFS) se encargó entre 1947 y 1985 de “controlar” las actividades de tráfico de drogas “toleradas” o “reguladas” según régimen de cuotas entre los distintos grupos del mercado negro para evitar competencia entre ellos y resolución de disputas mediante violencia¹³⁹. La represión posterior se ha llevado adelante solo contra los narcotraficantes, pero “no parecen destinarse en los hechos a ciertos agentes sociales pertenecientes al selecto grupo de los intocables”¹⁴⁰. Se habla incluso que funcionarios militares y policiales asesoran en temas de “sicariato” y técnicas de aplicación de violencia letal¹⁴¹. Hay quienes se refieren a las “narco policías” para describir las “asociaciones” entre policías y narcotraficantes¹⁴². Dentro del grupo denominado “intocables” se dice que el gobierno de México brinda protección a “los grandes empresarios vinculados con este negocio ilícito y criminal”¹⁴³. Parecería que en México el poder del narcotráfico se apoya en una asociación de tipo delictivo entre los delincuentes y los funcionarios encargados de perseguirlos y condenarlos, que explica la relación íntima y corrupta entre mercados ilícitos y funcionarios públicos, en particular, policías y gobernadores¹⁴⁴. En 2000 el presidente Fox realizó modificaciones estratégicas en las políticas de drogas, que dejaron de ser consideradas un problema para la seguridad nacional (propuesta de Reagan en 1986 aceptada por De la Madrid) para entenderla como una cuestión de seguridad pública¹⁴⁵. Existe una interesante asociación entre grupos militares y paramilitares con grupos de narcotraficantes (i.e., Tamaulipas, los Zetas.); pero al mismo tiempo, existe una guerra entre los propios grupos criminales dedicados al narcotráfico por el control del negocio, que complejiza el escenario de violencia y criminalidad asociados a las drogas¹⁴⁶. Entre todos esos espacios conflictivos se mueve un “negocio colateral” que son los “secuestros” de personas, cuyos episodios más violentos estuvieron ligados a un

137 Astorga, Luis, 2016, *El siglo de las drogas*, cit. p. 159.

138 *Ibidem*, p. 205.

139 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico y crimen organizado*, cit., p. 127.

140 Astorga, Luis, 2016, *El siglo de las drogas*, cit., p. 160.

141 *Ibidem*, p. 200.

142 Hernández, Anabel, 2010, *Los señores del narco*, cit., pp. 366 y ss.

143 *Ibidem*, p. 488.

144 Astorga, Luis, *El siglo de las drogas. Del Porfiriato al nuevo milenio*, Debolsillo, México, 2016, p. 206. Sobre la política de guerra: “México seguro” impulsada por Vicente Fox, Hernández, Anabel, 2010, *Los señores del narco*, cit., pp. 336 y ss.

145 Astorga, Luis, 2016, *El siglo de las drogas*, cit. p. 221.

146 Fulk, Alanna, 2019, *How Political Violence Helps Explain Organized Crime*, cit.; Hernández, Anabel, 2010, *Los señores del narco*, cit., pp. 333 y ss.

ex policía de nombre Sergio Ortiz Juárez, quien contaba con “protección” o inmunidad institucional¹⁴⁷. La época más violenta de la historia de México comienza en 2006 con la presidencia de Felipe Calderón debido a su declaración oficial de guerra a la criminalidad organizada, realizada con claros fines electoralistas por causa de un clima político adverso¹⁴⁸ y frente a una ciudadanía totalmente descreída de sus autoridades¹⁴⁹. Este acto soberano de inicio de una guerra obedeció a una situación de emergencia interna, pero alejada de los intereses ciudadanos, para peor, no logro restablecer el orden social, sino que aumentó la violencia a niveles de conflicto armado interno con nefastas consecuencias para la población civil¹⁵⁰. Calderón no quedó retratado en el imaginario colectivo como un héroe de guerra sino como un presidente insensible ante el dolor de las víctimas por sus malas decisiones¹⁵¹. Durante esta administración el sistema penal fue la herramienta oficial para perseguir, procesar y sancionar principalmente el narcomenudeo¹⁵² como forma de proteger la salud pública mediante tablas de “orientación de dosis máximas de consumo personal e inmediato de drogas”¹⁵³. En los hechos, en la guerra contra las drogas el derecho penal¹⁵⁴ se convierte en una herramienta de persecución de los consumidores y los pequeños traficantes¹⁵⁵. El caso de México permite sostener

147 Ibidem, p. 383.

148 Cervantes, Israel, 2017, “El drama de Felipe Calderón en la guerra en contra del narcotráfico”, *Andamios*, 14, 34, p. 308.

149 Hernández, Anabel, 2010, *Los señores del narco* cit, pp. 398 y ss. En realidad, se dice que fue una “falsa guerra contra el narco” y que “la estrategia de Calderón contra los capos fue diseñada para favorecer a El Chapo Guzmán y a sus principales socios”. Ibidem, pp. 404 y 406. Ese diseño estuvo a cargo de García Luna, secretario de seguridad pública, quien durante años estuvo al servicio del cartel de Sinaloa. Ibidem, p. 407.

150 Cervantes, Israel, 2017, “El drama de Felipe Calderón en la guerra en contra del narcotráfico”, cit., p. 315.

151 Ibidem, p. 321. “Los supuestos beneficiarios de la guerra, los ciudadanos, se convierten en víctimas directas de la política”. Idem.

152 La desproporción en el uso del derecho penal contra el uso de drogas ha sido tan grande y violenta que a principios de los noventa se creó una Comisión Nacional de Derechos Humanos para cuidar del respeto a las garantías individuales constitucionales y que las políticas públicas tuviesen una orientación más preventiva que represiva. Alonso Aranda, Fernanda, 2015, “La historia de la política mexicana de drogas en el siglo XX”, cit., p. 65.

153 Pérez Correa, Catalina y Meneses, Rodrigo, 2014, “La guerra contra las drogas y el procesamiento penal de los delitos de drogas 2006-2012”, CIDE, México, pp. 5 y 7. En 2012 el 38,5% de los casos perseguidos eran de narcomenudeo y solo un 4,9% por ventas al mayoreo. Ibidem, p. 20.

154 Desde 1931 que se introdujeron los delitos de drogas la ley penal solo ha sido modificada para crear nuevos delitos y aumentar las penas La salud de los consumidores se protege mediante la amenaza de la pena y la criminalización, fundamentalmente de jóvenes pobres con poca educación, primarios y con problemas de consumo de marihuana, condenados a penas de prisión entre 1 y 5 años y multas que superan el promedio de ingresos de los condenados. Ibidem, p. 70. “El perfil sociodemográfico de los imputados revela que se trata de personas jóvenes, con edades entre los 18 a 27 años (60%) y de 28 a 35 años (40%); con baja escolaridad: 50% con primaria terminada y 50% con secundaria trunca... Por último, el 75% de los imputados declaró tener problemas de adicciones (al estupefaciente con el que fueron detenidos)”. Aunque existen alternativas a la cárcel como la “justicia terapéutica” como medida para la suspensión condicional del proceso, no es muy utilizada en la práctica. Fondevila, Gustavo, 2017, *Ambos*, Malaino y Fuchs (Eds), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, KAS, Bogotá, pp. 280 y ss. Entre 1988 y 1993 se destruyeron la mayoría de los plantíos de cannabis en toda la zona de Michoacán, Sinaloa, Jalisco, Durango, Sonora, Guerrero (96,33% de lo cosechado), mientras que se destruyó en la zona el 97,83% de los cultivos de amapola. Astorga, Luis, 2016, *El siglo de las drogas*, cit., pp. 160 y s. En 2010 se arrestaron 30.000 personas por delitos de drogas, se desmantelaron 160 laboratorios, y erradicaron 32.000 hectáreas de opio y marihuana. González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico y crimen organizado* cit., p. 139.

155 Pérez Correa, Catalina y Meneses, Rodrigo, 2014, “La guerra contra las drogas”, cit., p. 21.

que el problema no sería en sí mismo las drogas sino la corrupción institucional que se aprovecha de la prohibición para realizar un negocio tremendamente lucrativo¹⁵⁶. La violencia ha estado asociada a la ruptura de los acuerdos ilícitos y ello explica como esos funcionarios continuaron ligados al “negocio” de la droga una vez que cambiaron las autoridades centrales en el gobierno a partir del siglo en curso. El problema actual es que la corrupción que aún existe a nivel institucional y la facilidad de penetración de los grupos criminales en el Estado haga también fracasar la guerra contra las drogas en manos de los militares¹⁵⁷. La clave del éxito está en la penetración en las instituciones estatales, por un lado, y las sociedades con los grandes empresarios, por el otro, así como el continuo recurso a la corrupción y la violencia¹⁵⁸. Su forma empresarial de actuación les ha permitido a los grupos criminales mexicanos expandir su éxito fuera de fronteras y ganarse la confianza de los productores de cocaína en Perú y Colombia¹⁵⁹. De suma importancia es la asistencia de empresarios y otros actores (bancos, profesionales, etc.) para los procesos de lavado de dinero¹⁶⁰, muchos de ellos, estrechamente ligados a la financiación de las campañas electorales¹⁶¹.

4 La guerra contra las drogas en su máxima expresión

En 1989 se crea la Iniciativa Andina que incluía apoyo económico para la lucha contra las drogas en los países andinos productores Colombia, Perú y Bolivia, pero también en Brasil, Ecuador, Panamá y Venezuela¹⁶². Esta iniciativa luego se concentró en los dos países vinculados con las etapas de tránsito y distribución

156 En realidad, las drogas han sido “uno más de los negocios posibles desde el poder político y supeditado a este”. Astorga, Luis, 2016, *El siglo de las drogas*, cit., p. 229.

157 *Ibidem*, p. 230.

158 En los años noventa la relación entre los narcotraficantes y las autoridades mexicanas adquiere demasiada visibilidad. A su vez, la corrupción alcanza tal magnitud que se producen situaciones como la de Veracruz en 1991 donde “militares acribillaron a judiciales federales, en una situación confusa e insuficientemente explicada, en la que las instituciones involucradas se acusaron mutuamente de haber protegido una avioneta con un cargamento de cocaína y de haber dejado escapar a los traficantes”. Astorga, Luis, 2016, *El siglo de las drogas* cit., p. 155.

159 Hernández, Anabel, 2010, *Los señores del narco*, cit., p. 487.

160 Gillies, Allan, 2017, “Theorising state-narco relations in Bolivia’s nascent democracy (1982-1993): governance, order and political transition”, *Third World Quarterly*, 39, 4, p. 735; Samper, Ernesto, 2013, *Drogas*, cit., p. 280. Un informe del Tesoro británico de 2015 estimaba que en 2009 se blanqueó el 2,7% del PIB mundial, es decir, 1,6 billones de dólares, gran parte de los cuales procederían del tráfico de drogas que genera en gran medida ingresos en forma de dinero en efectivo, plantea un alto riesgo de blanqueo de capitales, que es a su vez un factor clave de la delincuencia grave y organizada, cuyos costes sociales y económicos se estiman en 24.000 millones de libras esterlinas al año. Crick, Emily, Kushlick, Danny y Saunter, Nicky, 2016, *Count the Costs of the War on Drugs: The War on Drugs: undermining peace and security*, 2nd ed., Transform, Bristol, p. 8.

161 Hernández, Anabel, 2010, *Los señores del narco* cit., p. 490. En 2013 el banco británico HSBC reconoció que de los 7 mil millones de dólares transferidos de sus filiales mexicanas a los EE.UU., gran parte provino del tráfico de drogas. González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico* cit, p. 187.

162 En 2009 con Obama hubo una iniciativa de Seguridad para la Cuenca del Caribe para la lucha contra las drogas. González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., p. 74.

en los EE.UU: Colombia y México¹⁶³, donde podríamos concluir que ha llevado la guerra contra las drogas a su máxima expresión.

4.1. Plan Colombia: El Plan Colombia se programa durante el gobierno de Pastrana (1998-2002)¹⁶⁴ con la administración de Bill Clinton y se ejecuta durante el gobierno de Uribe (2002-2010) militarizando toda la lucha contra las drogas como si fuera una política de guerra o combate que incluía tanto el derrocamiento de los movimientos guerrilleros de izquierda (FARC) como los carteles de Medellín y Cali dedicados al comercio de la droga. El objetivo principal era disminuir el tráfico de drogas y resolver el conflicto armado interno mediante una paz negociada y reformas institucionales¹⁶⁵, cuya herramienta central era la fumigación área para erradicar los cultivos de coca¹⁶⁶. En los noventa se produce la declaración de guerra contra los grupos que dominaban toda la cadena de producción y distribución de las drogas, que, además, tenían influencia directa en la cuestión pública mediante la utilización de la violencia y la corrupción¹⁶⁷. Los conocidos carteles de Cali y Medellín incursionaron en el conflicto armado interno que vivía Colombia desde décadas atrás con alianzas con grupos paramilitares, movimientos guerrilleros y sectores del ejército, complejizando aún más la situación y obteniendo cuotas de impunidad y hasta legitimidad social¹⁶⁸. La declaración de guerra permitió al gobierno colombiano de utilizar la fuerza para enfrentar a las guerrillas y reprimir la protesta social. La Constitución de 1991 prohibió la extradición de colombianos y ello fue como un “alto al fuego” que motivó la entrega de algunos narcotraficantes a las autoridades. El éxito sin embargo fue efímero, Pablo Escobar escapó de la cárcel en 1992 y hubo un escalamiento de la violencia mediante el “narcoterrorismo”¹⁶⁹. La corrupción y la violencia aumentaron considerablemente con el narcotráfico, los servicios de inteligencia fueron infiltrados y la Policía y el Ejército aliados de los traficantes, del mismo modo que aconteció en los EE.UU durante la

163 Ante la pregunta sobre por qué Colombia y México son los países más vinculados en las últimas décadas al narcotráfico, John Bailey ha dicho que: “Colombia es un caso de una compleja guerra interna, en la que la producción y tráfico de drogas juegan un papel significativo; México es un caso de organizaciones criminales hiper violentas que usan métodos similares al terrorismo para retar al gobierno y la sociedad”. González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., p. 89.

164 En su origen era un “Plan Marshall” basado en: a) proceso de paz; b) crecimiento económico; c) lucha antidroga; d) reforma de la justicia; e) protección de los derechos humanos; f) promoción de la democracia. González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico y crimen organizado ¿Hay alternativas?*, Icaria, Barcelona, p. 106. Este programa de guerra se ofrece como plan para la paz y el desarrollo de producción rural alternativa (destruir cultivos ilícitos y sustituir por lícitos). Samper, Ernesto, 2013, *Drogas*, cit., pp. 55 y s.

165 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., p. 106.

166 Se dice que el objetivo de dicho plan es “asegurar territorios, recursos y corredores geográficos” por parte de los EE.UU en Colombia. Esto incluye ocupar territorios en la región y controlar recursos naturales minerales y biológicos. Bula, Carlos y otros, 2011, *Narcotráfico*, cit., pp. 50 y s.

167 Uprimny, Rodrigo y Guzman, Diana, 2015, “La política criminal frente a las drogas en Colombia”, cit., p. 147; Escobar, Juan, Pablo Escobar. In fraganti, Planeta, Montevideo, pp. 164 y ss.

168 Uprimny, Rodrigo y Guzman, Diana, 2015, “La política criminal frente a las drogas en Colombia”, cit., p. 147.

169 Dentro de ese periodo de violencia debe incluirse la muerte de Escobar a manos de la Policía.

prohibición del alcohol con la “ley seca”¹⁷⁰. La política de sustitución de cultivos también ha fracasado por el modo importante en que se resienten los ingresos de los productores de la sustancia ilícita¹⁷¹. El dinero del Plan Colombia va a parar fundamentalmente a las fuerzas militares y policiales colombianas, agravando las instancias violentas del conflicto armado interno colombiano debido a sus intervenciones violentas¹⁷². El “efecto globo”¹⁷³ que esta guerra produce se añade al conflicto interno y convierte a Colombia en una amenaza internacional en relación a los países vecinos que es donde se trasladan los productores de la droga para ser posteriormente traficada¹⁷⁴. Ello aumenta también todas las posibilidades de corrupción fuera de Colombia y las ganancias de los grandes centros internacionales financieros (i.e., Londres, New York, Zúrich, Ginebra)¹⁷⁵. Posiblemente la guerra contra las drogas sea una excusa de los EE.UU para mantener presencia militar en América Latina¹⁷⁶, pues la lucha contra el tráfico de la sustancia prohibida es la justificación para la presencia de “bases armadas” en distintos países de la región, muchos de ellos, donde existen importantes intereses comerciales norteamericanos para la extracción de recursos naturales¹⁷⁷. Se puede llegar a decir que la desmovilización y acuerdo de paz con los paramilitares de la primera década del siglo XXI fracasaron -en parte- por las extradiciones de paramilitares a los EE.UU por

170 Bula, Carlos y otros, 2011, Narcotráfico, cit. p. 42.

171 Bula, Carlos y otros, Narcotráfico: guerra insensata. Despenalización, Fundación Socialdemócrata de Izquierda, Colombia, 2011, p. 43. Las cifras indican que aproximadamente 100.000 familias colombianas están vinculadas al cultivo de la hoja de coca. Ibidem, p. 134.

172 Estas intervenciones también se realizaron en países vecinos como aconteció en 2008 en Angostura (Ecuador) donde un bombardeo del ejército colombiano (con apoyo de la CIA) acabó con la vida de Raúl Reyes (número 2 de las FARC) en territorio ecuatoriano. A consecuencia de esta “intervención” militar extranjera Ecuador retiró la base militar norteamericana de Manta, lo que tuvo clara incidencia en el número de interdicciones marítimas de drogas. Pontón, Daniel y Duque, Carolina, 2015, “Hegemonía antidroga y revolución ciudadana: Un balance de la política antidroga en Ecuador 2007-2013”, cit., pp. 192 y ss.

173 El origen se encuentra en la ley seca cuando los productores de alcohol se trasladan de EE.UU a Canadá y modifican su estrategia de abastecimiento del mercado. En los hechos se trata de la respuesta de los actores del mercado (ahora) ilegal frente a las medidas punitivas implementadas por las autoridades. Rouse, Stella, Arce, Moises, 2006, “The Drug-Laden Balloon: U.S. Military Assistance and Coca Production in the Central Andes”, *Social Science Quarterly*, 87, 3, p. 542.

174 El efecto globo también modifica las rutas del narcotráfico concentrándose en países vecinos (puertos y aeropuertos de salida), en Centroamérica y África (rutas que sustituyeron a la antigua ruta del Caribe). Pontón, Daniel y Duque, Carolina, 2015, “Hegemonía antidroga y revolución ciudadana: Un balance de la política antidroga en Ecuador 2007-2013”, cit., p. 194; Giacomello, Corina, 2015, “Políticas de drogas y opciones de reforma: una mirada desde Guatemala”, cit., pp. 75 y ss; González Bustelo, Mabel, 2014, Narcotráfico, cit. p. 79. El flujo de droga es dinámico, no se ha logrado detener, se traslada y extiende dentro y fuera del continente. Al efecto globo derivado de la política de erradicación de los cultivos le ha seguido un “efecto cucaracha” que describe el comportamiento de los grupos criminales que se dispersan para adoptar nuevas rutas y países para el narcotráfico. Idem.

175 Rose-Ackerman, Susan y Palifka, Bonnie, Corrupción y gobierno. Causas, consecuencias y reformas, 2019, 2ª ed, Marcial Pons, Madrid, p. 336.

176 En los ochenta muchos de los líderes de los carteles de Cali y Medellín huyeron a Panamá desde donde continuaban traficando ahora con el apoyo del dictador Noriega. Hay que recordar y contextualizar la “invasión” de los EE.UU a dicho país dentro de la guerra contra las drogas. González Bustelo, Mabel, 2014, Narcotráfico, cit., p.97. La invasión a Panamá (*Operation Just Cause*) de 1989 para derrocar al régimen del General Noriega solo puede ser explicada y analizada dentro de la guerra contra las drogas.

177 Labrousse, Alain, 2011, Geopolítica, cit. pp. 104 y s.

narcotráfico¹⁷⁸. Esto condujo a la creación de nuevos grupos armados criminales (BACRIM) y nuevos aumentos de la violencia¹⁷⁹. El Plan Colombia inauguró en la región una nueva forma de intervencionismo político-militar de un país extranjero en cuestiones nacionales denominado “intervención por invitación”¹⁸⁰. A pesar de las grandes sumas de dinero invertidas¹⁸¹, este programa no ha podido disminuir los volúmenes de producción de cocaína¹⁸² y ha provocado graves enfermedades en la población campesina y daños en el medio ambiente¹⁸³.

4.2. Iniciativa/Plan Mérida: En México la guerra a las drogas tuvo diversas etapas¹⁸⁴, pero como “guerra total” fue oficializada en 2007 en el marco de la Iniciativa Mérida ideado por la administración de George Bush (2001-2009) y declarada por Calderón (2006-2012) para mejorar el control fronterizo, entrenar a las fuerzas del orden mexicanas y mejorar sus equipamientos técnicos. No caben dudas que esta “iniciativa” (luego reformada por Obama en “Beyond Mérida” para incluir al poder judicial y otras instituciones que colaboren en la trazabilidad financiera), es muy similar al “Plan Colombia”, aunque esta iniciativa Mérida a diferencia de aquel Plan exigía esfuerzos en la “guerra contra las drogas” a nivel interno de los EE.UU¹⁸⁵.

En el siglo XXI la lucha contra las drogas estuvo a cargo de militares, considerada una institución menos corrupta por la población mexicana¹⁸⁶. En 1995 los ejércitos de México y EE.UU realizaban programas de entrenamiento de soldados

178 Las extradiciones de los narcotraficantes, paramilitares y cualquier otro actor armado del conflicto interno con participación en el tráfico de drogas, ha sido un elemento central del aumento o disminución de la violencia en la situación colombiana.

179 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., pp. 111 y ss. Uno de los objetivos de las nuevas bandas criminales fue impedir la devolución de tierras a los desplazados como pretendía la ley de Víctimas de 2011. *Ibidem*, p. 117.

180 Samper, Ernesto, 2013, *Drogas*, cit., p. 58.

181 Los EE.UU aportaron a Colombia 7.400 millones de dólares entre 2000 y 2007 (Colombia, por su parte, 8 mil millones) principalmente para tecnología a la Policía y el Ejército y solo entre un 10 y 20% para programas sociales y económicos de desarrollo alternativo de cultivos. González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., pp. 107 y s.

182 Rodríguez, Thiago y Caiuby Beatriz, 2015, “Política de drogas y prohibición en las Américas”, cit., p. 44.

183 Bouley, Eugene, 2001, “The Drug War in Latin America. Ten Years in a Quagmire”, *Drug War, American Style*, cit., p. 185; Bula, Carlos y otros, 2011, *Narcotráfico* cit., pp. 104 y ss. En 2001 el Parlamento Europeo rechaza el Plan Colombia por las violaciones a los derechos humanos y los daños en el medio ambiente que podría llegar a causar un programa de tipo militar para la lucha contra las drogas. Samper, Ernesto, 2013, *Drogas. Prohibición o legalización. Una nueva propuesta*, Debate, Colombia, p. 56.

184 En la década del sesenta hubo una Operación Intersección que llegó a cerrar la frontera con los EE.UU durante 3 semanas, también una operación Condor que incluía al ejército movilizad, en 1978 la estrategia incluyó un tratado de extradición y en 1993 se crea el Instituto Nacional para la Lucha contra las Drogas (consideradas estas como un problema de seguridad nacional). González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., pp. 127 s. En 1998 hubo una Estrategia Binacional de Control de Drogas con una ayuda financiera de 397 millones de dólares entre 2000 y 2006 aplicando por primera vez el principio de “responsabilidad compartida”. *Ibidem*, p. 133. La operación de Fox (2000-2006) denominada “México Seguro” sustituyó a las policías por militares, poniendo en evidencias las “alianzas” entre narcotraficantes y policías locales. *Idem*.

185 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., pp. 140 y s.

186 Astorga, Luis, 2016, *El siglo de las drogas*, cit., p. 220.

en lucha contrainsurgente y antidrogas a nivel nacional¹⁸⁷. Durante el mandato de Calderón hubo aproximadamente entre 60.000 y 100.000 muertos, 25.000 personas desaparecidas y más de 150.000 desplazados forzosamente¹⁸⁸. El gran problema que tiene México es la penetración del crimen organizado en las instituciones y la participación activa de fuerzas policiales (y ex militares) en las actividades ilícitas. Por supuesto que la gran impunidad tiene que achacarse también a otras instituciones encargadas de la administración de justicia. Se dice que Colombia y México han sufrido procesos de transición y cambios políticos junto a una transformación del crimen organizado que opera en el narcotráfico¹⁸⁹. Se pronostica una “colombianización” para México puesto que las estrategias “militares” desplegadas son similares en cuanto a romper los grandes carteles (Sinaloa, el Golfo, los Zetas) y grupos criminales organizados (Juárez, Tijuana, Familia Michoacana, Milenio, etc.), los que se siguen “dispersando” y “multiplicando” en decenas de nuevos grupos, en una situación que asemeja mucho a la de Colombia, hoy aun acosada por las denominadas BACRIM¹⁹⁰. El problema es que también existe una “mexicanización” de Centro América, lo que parece crear un espiral de violencia, corrupción y debilidad institucional a modo de círculo vicioso¹⁹¹. En México debería empezar a pensarse en alguna forma de “paz narca”¹⁹² o de alguna forma similar a la Justicia de Transición para la elaboración del conflicto¹⁹³.

5 Algunas consecuencias o daños colaterales de la guerra contra las drogas

5.1. La guerra como motor de la economía ilegal y el mercado negro: Conceptualmente la guerra es la expresión máxima del prohibicionismo¹⁹⁴ como reacción política al problema del consumo de drogas y la protección de la salud públi-

187 Idem.

188 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., p. 125.

189 En este contexto: “La guerra contra las drogas, combinada con procesos de cambio político, habría alterado los equilibrios relativos de poder entre estado y crimen organizado, logrando como consecuencia última el cambio y adaptación de este en varios sentidos pero, sobre todo, en términos de organización”. Ibidem, p. 91; Bergman, Marcelo, 2016, *Drogas*, cit., p. 28.

190 Samper, Ernesto, 2013, *Drogas* cit., p. 85. Sobre las BACRIM: Olasolo, Hector y Galain Palermo, Pablo, 2018, *Los desafíos del derecho internacional penal*, cit., pp. 152 y ss.

191 Samper, Ernesto, 2013, *Drogas*, cit., pp. 89 y ss.

192 Ibidem, p. 88.

193 Olasolo, Hector y Galain Palermo, Pablo, 2018, *Los desafíos del derecho internacional penal*, cit., pp. 156 y ss; 182

194 “De manera que la guerra contra las drogas, que tiene su base en una interpretación extremista de lo establecido por la Convención Única de Estupefacientes (1961), el Convenio sobre Sustancias Sicotrópicas (1971) y la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Sicotrópicas (1988) consiste en la expansión de un régimen que pretende evitar a toda costa el consumo de estas sustancias basándose en el perfeccionismo moral y en la promoción de un modelo de vida virtuosa y saludable. Una vida libre de vicios en la que el mensaje central es que el Estado puede imponer una manera de ser, en términos médicos. El consumo de algunas sustancias (seleccionadas arbitrariamente) se considera abusivo e intolerable.” Uprimny, Rodrigo, Chaparro, Sergio y Cruz, Luis, 2017, “La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias”, *Drogas ilícitas y narcotráfico*, cit, p. 58.

ca¹⁹⁵. La guerra contra las drogas deja muchas dudas en cuanto a sus verdaderos objetivos, en tiempos en los que se discute sobre la transformación de la guerra como “acto económico-corporativo”¹⁹⁶. En la práctica, la política de drogas consiste en una tremenda maquinaria burocrática (DEA)¹⁹⁷ y de seguridad nacional que incluye a muy variadas instituciones con poder de inteligencia y militar¹⁹⁸, cuyo objetivo principal es la interdicción de cargamentos de droga y la aprehensión de los traficantes. Este objetivo parece ser apto (ex ante) para el combate al tráfico con las herramientas punitivas (policiales, judiciales, militares en vías de excepción), pero no parecen ser estas las vías indicadas para la prevención de la salud cuando existe una demanda constante y el producto es ofrecido únicamente -a causa de la prohibición- en mercados ilícitos. Si el objetivo fuera impedir el consumo, prescindiendo de los datos de la realidad (ex post), la guerra contra un producto con inmensa demanda y acceso constante por parte de los consumidores estaría destinada al fracaso. En los hechos, la prohibición y la logística bélica solo contribuyen a que el negocio ilegal de las drogas continúe siendo muy atractivo y, aunque no se quiera reconocer, constituya una parte importante de la economía mundial legal¹⁹⁹. Las drogas son el paradigma de la economía ilegal globalizada y uno de los mercados más lucrativos²⁰⁰ basado en dos factores: a) la baja elasticidad de la demanda (con independencia de cambios en el precio o la disponibilidad) y b) la prohibición de su producción y comercialización²⁰¹. La política mundial

195 La salud pública sufre mayor peligro en un sistema prohibicionista que en uno regulado: “Los efectos colaterales de la legalización de las drogas son fuente de complicaciones graves que afectan la salud pública”. Samper, Ernesto, 2013, *Drogas*, cit., p. 125. Declarar la guerra a un producto por su capacidad de daño a la salud parece una medida desproporcionada y una abdicación a la soberanía para admitir por vía de la excepción un gobierno supranacional para determinados temas por el solo hecho de tener repercusiones transnacionales.

196 Recordemos que hace una década el mundo vivió la denominada “guerra fraude” de las armas de destrucción masivas en poder de Irak que en realidad tenía como objetivo el control sobre recursos naturales. Rodríguez, Miguel, 2009, “De Clausewitz a Enron: La guerra como prolongación del mercado por otros medios y el regreso del cargo I de Nuremberg”, Manacorda y Nieto (Dir.) *El derecho penal entre la guerra y la paz*, Ediciones Universidad Castilla La Mancha, Cuenca, pp. 714 y s.

197 En 1973 se crea la Oficina de Control de Drogas y en 1983 se envían las primeras tropas militares a los países andinos. González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., p. 53. En los años siguientes las administraciones de EE.UU siguieron creando instituciones para la lucha y guerra contra la droga. *Ibidem*, pp. 53 y ss.

198 Madge, Tim, 2002, *Polvero Blanco*, cit., p. 239.

199 “Cuando sobrevino la crisis de las subprime, en 2007, fueron los beneficios del tráfico de cocaína lo que permitió sobrevivir a los bancos en dificultades debido a sus propias apuestas, mientras esperaban a que el Estado se echase la mano al bolsillo para sacarles de semejante aprieto. Durante algunos meses, mientras los inversores tradicionales retiraban su dinero de los bancos, únicamente los traficantes de droga continuaron inyectando liquidez al sistema (algo que necesitaban para dar a su dinero un aspecto legal)”. De Sutter, Laurent, 2021, *Narcocapitalismo*, cit., p. 39.

200 La ONU habla de un 0,9 del PIB mundial compuesto por ventas minoristas de 320.000 millones de dólares. Donzis, Rubén y González, Isabel, 2023, “Economías enfermas y territorios sociales: narcocriminalidad. Eficacia normativa y eficiencia institucional”, cit., p. 31. Las ganancias por lavado de activos derivados del negocio ilícito de drogas se calculan entre el 0,4 y 0,6% del PBI mundial, *Ibidem*, p. 33. Sin embargo, se especula que solo “alrededor del 20% del flujo real que produce el modelo ilegal regresa a los países de origen” a efectos de contar con lo necesario para continuar con la producción y tráfico, “lo que nos lleva a la conclusión de que el 80% restante del rendimiento debe enviar o mantener en algún lugar diferente”. Lara, Roberto, 2023, “El narcotráfico y el lavado de activos”, *Narcocriminalidad*, cit., p. 151.

201 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., p. 12.

de drogas ya no puede basarse en las listas que solo clasifican a las drogas según parámetros políticos en “controladas” o “no controladas”, sino que ellas deberían clasificarse según criterios ajenos a su potencial daño a la salud. También se critica la distinción política entre países productores, de tránsito y consumidores²⁰². A partir de las prohibiciones internacionales y nacionales el tamaño del mercado negro y el número de actores involucrados en las actividades ilícitas (principalmente de producción y comercio) no ha parado de crecer²⁰³. Luego de la Segunda Guerra Mundial la victoria del capitalismo como modelo económico global se sirvió de la prohibición de las drogas para expandir transnacionalmente un negocio sumamente lucrativo debido al valor “inflado” del precio a causa de la prohibición de un producto con demanda creciente²⁰⁴. En el modelo actual de red los grupos organizados encargados del mercado negro actúan de forma cooperativa y determinan los precios de mercado²⁰⁵, si bien ninguno tiene la capacidad por sí solo de fijar el precio final, como sucedía en las últimas décadas del siglo XX con los denominados carteles colombianos²⁰⁶. Por tratarse de una economía totalmente ilegal es muy difícil contar con cifras y volúmenes de tipo económico. Desconocemos los volúmenes consumidos y las ganancias obtenidas, tan solo suponemos cifras según el volumen de las incautaciones²⁰⁷ pero desconocemos la cantidad de dinero reintroducido ilícitamente en la economía legal. Los mercados internos están totalmente fragmentados y descentralizados dominados por numerosos grupos que actúan coordinada o desorganizadamente en régimen de competencia, en una especie de “democratización” de los mercados²⁰⁸. Hoy son más importantes las conexiones y contactos que las grandes estructuras criminales, porque se trata de empresas

202 Samper, Ernesto, 2013, *Drogas*, cit., p. 135. Hay quienes producen porque existe demanda y “toda demanda genera su propia oferta” de modo que es insostenible acabar con este “mercado atípico” mediante interdicciones que solo encarecen el precio de venta y bajan la calidad de un producto (causando mayor daño a la salud del consumidor) que sigue abasteciendo los mercados sin afectar el negocio. *Ibidem*, pp. 163 y s.

203 Rodríguez, Thiago y Caiuby Beatriz, 2015, “Política de drogas y prohibición en las Américas”, cit., p. 29.

204 *Ibidem*, p. 42.

205 Reuter, Peter, 2010, “Can Production and Trafficking of Illicit Drugs Be Reduced or Only Shifted?”, *Innocent Bystander*, cit. p. 104.

206 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., p. 16. Otro grave problema asociado a estos grupos es la diversificación en distintos delitos asociados (extorsión, secuestro, trata de personas tráfico de órganos, tráfico de minerales, autos robados, etc.) en una especie de “modelo de negocio criminal” a gran escala (i.e., Colombia, Venezuela, México). Bergman, Marcelo, 2016, *Drogas*, cit. p. 23.

207 Se habla de que solo en la región amazónica se produce entre 1100 y 1200 toneladas métricas de cocaína (con 60% de pureza) de lo que se incauta a nivel mundial 700 toneladas métricas anuales, quedando entre 400 y 500 toneladas que pueden convertirse en 1200 o 1500 toneladas de cocaína para abastecer los mercados. Soberón, Ricardo, 2015, “La funcionalidad de las políticas peruanas sobre drogas”, cit., p. 221. Sobre los mercados ilícitos en la región amazónica, Olasolo et al, *El fenómeno del crimen organizado transnacional y su impacto en la corrupción pública y privada en América Latina. Experiencias en la región amazónica y en Colombia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

208 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., p. 163. Las tácticas militares de apresar los jefes y mandos altos de los grupos criminales ya no son efectivas ante los cambios estratégicos de los delincuentes (muchos de ellos, intermediarios, profesionales al servicio de las finanzas, etc.). Hoy los narcotraficantes son rápidamente reemplazados por otros que toman su lugar en las nuevas organizaciones medianas y pequeñas conectados en forma de red a nivel nacional e internacional. *Ibidem*, p. 168.

(ilegales) que tienen objetivos económicos que serán ingresados luego a la economía legal²⁰⁹. Esas conexiones incluyen la “seguridad frente al derecho” y otras instituciones de contralor²¹⁰. Si pensamos en lo acontecido en México a lo largo de las últimas décadas, fundamentalmente durante el gobierno del PRI, la consigna parecería ser que el negocio prospera cuando se puede aplicar la fórmula: menos violencia y más corrupción. Esta sería la consigna también para Colombia o para otros estados ya vinculados con el narcotráfico. La prohibición y la guerra contra las drogas son funcionales al crecimiento del mercado (globalizado, neoliberal)²¹¹ porque lo benefician aumentando los ingresos del producto cuanto más lo interceptan y decomisan (a mayor incautación menos volumen, si la demanda se mantiene hay un aumento del precio²¹²). Lo que ha provocado la guerra contra las drogas no es una disminución de la oferta sino la reestructuración de toda la operativa de abastecimiento de los mercados²¹³. La política de drogas no logra dar respuesta a la cuestión de que disminuyan las hectáreas de producción de hojas de coca por las políticas de erradicación forzosa, pero al mismo tiempo, aumente la pureza de la cocaína a más del 70% en los lugares de venta²¹⁴ y, que a pesar de aumentar las interdicciones no se afecten los precios del producto en el mercado negro²¹⁵.

5.2. Distintas formas de violencia y violaciones de los derechos humanos:

La guerra contra las drogas persigue intereses de los países con gran consumo y pone los costos en los países productores y de tránsito²¹⁶. La política sobre drogas se basa en un “diálogo de sordos”, en monólogos sin interacción, donde las naciones que la imponen no quieren “oír” sobre los resultados de esa política en las naciones que los sufren²¹⁷. Las guerras actuales afectan a todos, principalmente, a civiles (mujeres, niños, desvalidos) y su objetivo es la derrota total del enemigo²¹⁸.

209 Ibidem, p. 169.

210 Olasolo, Hector y Galain, Pablo, nota de pie 53.

211 “El aumento en el tamaño del mercado ilegal de drogas observado entre 1994 y 2008 (de 200% aproximadamente) explica alrededor del 25% de la tasa de homicidios actual del país”. Úprimny, Rodrigo, Chaparro, Sergio y Cruz, Luis, 2017, “La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias”, cit., p. 69.

212 La prohibición incrementa el costo del precio bien demandado y la utilidad para el que lo distribuye: “cuanto más estricta sea la prohibición, y si la demanda permanece constante, mayores sean las ganancias de los vendedores y traficantes”. Bergman, Marcelo, 2016, Drogas, cit., pp. 36 y s.

213 González Bustelo, Mabel, 2014, Narcotráfico, cit., p.172.

214 Mejía, Daniel y Posada, Carlos, 2010, “Cocaine Production and Trafficking”, cit. p. 268. Una de las razones es que los productores ilegales mejoran las técnicas de producción, se movilizan a otras regiones y aumentan el rendimiento de los cultivos. Ibidem, p. 291.

215 Mejía, Daniel, 2010, “Evaluating Plan Colombia”, Innocent Bystanders, cit. p. 161.

216 Keefer, Philip y Loayza, Norman, 2010, “Introduction”, Innocent Bystanders, cit., p. 3.

217 Es una política que causa más daños que los que puede producir el producto prohibido. Keefer, Philip, Loayza y Soares, Rodrigo, “Drug Prohibition and Developing Countries: Uncertain Benefits, Certain Costs”, cit., p. 9.

218 Las guerras de fines de siglo XX causaron la muerte de 9 civiles por cada militar, de modo que el 90% del total de muertos de las guerras actuales son víctimas civiles. Sanmartín, José, 2001, La violencia y sus claves. 3era ed, Ariel, Barcelona, p. 137. La tecnología y la armas que pueden ser utilizadas por “niños militares” pueden ser algunas de las causas, así como la diferencia en costos económicos de instalar una mina antipersona

En Colombia en un contexto de guerra interno la política de guerra contra las drogas agravó la violencia y las violaciones a los derechos humanos de la población no combatiente²¹⁹. En México, con un estado donde existen “zonas sin estado” bajo el poder de los grupos criminales organizados, la guerra contra las drogas ha llevado a extremos el uso de la violencia, ha creado conflictos de poder entre Ejército y Policías, aumentado los niveles de corrupción en las fuerzas armadas y ha permitido graves abusos contra los derechos humanos (torturas, ejecuciones extrajudiciales, etc.) con altísimas tasas de impunidad (incluyendo graves delitos, delitos de drogas, delitos de corrupción y lavado de dinero)²²⁰. La política de erradicación de los cultivos no solo logró desplazar las actividades ilícitas hacia otras zonas, rutas y grupos (efecto globo)²²¹ sino también contaminar el medio ambiente, dejar tierras infértiles para cualquier tipo de cultivo (11,33 hectáreas del territorio fumigadas) y matar seres vivos (personas, animales y plantas)²²². En México durante el gobierno de Felipe Calderón, tal como sucedió durante el gobierno de Álvaro Uribe en Colombia, hubo casos de “falsos positivos”²²³. El desplazamiento forzado de campesinos dedicados al cultivo de hojas de coca y las graves violaciones a los derechos humanos son otras consecuencias de la guerra contra las drogas²²⁴. La guerra contra las drogas condujo a la “militarización” de varios países vinculados con los planes Colombia y México²²⁵, pero también tuvo influencia en otros como Brasil donde los militares ingresaron en la “lucha” contra el tráfico

(3 dólares) con lo que cuesta desarmarla (1000 dólares); pero también inciden otras consecuencias como la hambruna que en Uganda en zona de guerra fue la causa del 78% de las muertes (en comparación del 2% de muertes en combate, el 20% restante se debió a muerte por enfermedades). *Ibidem*, pp. 135 y 138.

219 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., pp. 93 y ss. “Más de 76.000 colombianos han sido asesinados desde 1994 como consecuencia de la guerra contra las drogas”. Uprimny, Rodrigo, Chaparro, Sergio y Cruz, Luis, 2017, “La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias”, cit., p. 69.

220 González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., pp. 152 y s.

221 Rodríguez, Thiago y Caiuby Beatriz, 2015, “Política de drogas y prohibición en las Américas”, cit., p.30; González Bustelo, Mabel, 2014, *Narcotráfico*, cit., pp. 94 y ss.

222 Bula, Carlos y otros, 2011, *Narcotráfico*, cit., pp. 195 y ss.

223 En la jerga militar un “Positivo” refiere al éxito en una misión determinada. Por falso positivo se entiende el número de personas muertas en el combate a la guerrilla y dentro de la guerra contra las drogas del Plan Colombia, que no eran “combatientes” (guerrilleros, paramilitares o narcotraficantes) sino civiles a los que el gobierno central hacía pasar por muertos en combate y por los que recibía regalías por parte de los acuerdos de cooperación con el gobierno norteamericano en la lucha contra los problemas antes enunciados. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-61238951>. En el caso mexicano, véase la matanza de adolescentes en 2010 en Villas Salvarcar (Ciudad Juárez) que Calderón quiso “hacer pasar” por pandilleros (<http://www.elagora.com.mx/Matanza-asunto-de-pandillas.21862.html>). Cervantes, Israel, 2017, “El drama de Felipe Calderón en la guerra en contra del narcotráfico”, *Andamios*, 14, 34, p. 322.

224 Bula, Carlos y otros, 2011, *Narcotráfico: guerra insensata*. Despenalización, Fundación Socialdemócrata de Izquierda, Colombia, pp. 135 y s.

225 Estos planes tenían objetivos diversos para la intervención militar, en el colombiano había objetivos contrainsurgentes (pacificación del conflicto armado) y en el mexicano, eran objetivos netamente militares (control fronterizo, etc.). Soberón, Ricardo, 2015, “La funcionalidad de las políticas peruanas sobre drogas”, cit., p. 216. Durante la guerra contra el narco declarada por Felipe Calderón en México solo en 2010 hubo 40 mil personas ejecutadas. Hernández, Anabel, 2010, *Los señores del narco*, cit., p. 405.

de drogas dentro de las ciudades en apoyo de la Policía²²⁶, siguiendo una lógica similar a la acontecida durante las dictaduras militares de la región para la lucha contra la sedición en el marco de la doctrina de la seguridad nacional. La pérdida masiva de vidas humanas (no combatientes) demuestra que se trata de una auténtica “guerra”, pero que no puede ser considerada una “guerra convencional” sino una “guerra no declarada en términos convencionales” apoyada en una política de seguridad extrema que se manifiesta como pura “violencia urbana”²²⁷. Este tipo de guerras no se adapta al concepto tradicional y tiene que ser analizada junto a los nuevos modelos de guerras desatados en los últimos años, como “la guerra contra el terror” y aceptar un elevado número de “daños colaterales”²²⁸.

5.3. Criminalización de la pobreza y otras formas de discriminación: La política de guerra contra las drogas exagera la selectividad de la persecución penal e implica la “criminalización de la pobreza”²²⁹; ella tiene un sesgo racial²³⁰ y de género que se traduce en la masiva encarcelación de mujeres en todo el continente²³¹. A pesar de la prohibición los mercados locales de drogas no han parado de crecer, así como crece en números constantes la prevalencia en el consumo²³². Por su parte, las administraciones locales se concentran en la persecución del narcomenudeo²³³, en el castigo de algunas formas de consumo²³⁴ y en prestar menos

226 Peterke, Sven, 2009, Río de Janeiro “Drogenkrieg” im Lichte der Konfliktforschung und des Völkerrechts, Berliner Wissenschafts-Verlag, Berlin, p. 17.

227 Ibidem, p. 23.

228 Ibidem, p. 27. En el caso de Brasil, el hecho de que la guerra tiene lugar en las “favelas” es una muestra de la gran cantidad de víctimas ajenas al conflicto armado (que es un conflicto entre grupos narcos y militares-policiales), que dentro de una lógica bélica solo podrían entenderse como “daños colaterales”.

229 Estepa, María, 2023, “Sustancias y drogas: una guerra sin límites”, cit., p. 197.

230 En los 90 en los EE.UU aunque solo el 19% de los traficantes eran afroamericanos ellos constituían el 64% de los perseguidos por delitos de drogas. Según la Encuesta Nacional de Familias sobre Abuso de Drogas de 1993. Hari, Johann, 2015, Tras el grito, cit., p. 125.

231 En los últimos años hay un crecimiento exponencial de la población carcelaria femenina (trans, cis y otros colectivos vinculados a la identidad de género) vinculada a los delitos de drogas, en particular, el transporte de pequeñas cantidades por parte de las denominadas “mulas”. Entre los años 2000 y 2015 el número de presas por delitos de drogas creció hasta el 51,6% en comparación con los mismos delitos cometidos por hombres. En Argentina la población reclusa femenina por drogas supera el 60% del total de presas. Chavarría, Ariadna, De Slavo, María, Garbocci, Paula, Gelberg, Tamara y Pereyra, Malena, 2023, “Narcocriminalidad y género: ¿Cómo impactan estos delitos sobre los colectivos más vulnerados?”, Narcocriminalidad, cit., p. 262. En Chile el 68% de las mujeres en prisión preventiva en 2012 estaban por delitos relacionados con drogas mientras que los hombres solo el 26.7%. A partir de la Ley 20000 el promedio anual de mujeres en prisión aumento de aproximadamente 1300 a 3.400 en su pico más alto. En 2018 el 47% de las mujeres están recluidas por delitos de drogas. Cuneo, Silvio et al., 2023, De la guerra a los tribunales de drogas, cit., p. 95. Chavarría, Ariadna, De Slavo, María, Garbocci, Paula, Gelberg, Tamara y Pereyra, Malena, 2023, “Narcocriminalidad y género: ¿Cómo impactan estos delitos sobre los colectivos más vulnerados?”, Narcocriminalidad, cit., pp. 252 y ss. El problema se agrava cuando estas mujeres son encarceladas con altas penas de privación de libertad y además de ser personas muy pobres, muchas de ellas migrantes, y se trata de madres que crían solitariamente a sus hijos. Esto trae consigo el encarcelamiento de los hijos o su ubicación en dependencias del estado donde sufren del abandono y otros abusos. Ibidem, p. 253.

232 Bergman, Marcelo, 2016, Drogas, cit., p. 21.

233 Ibidem, p. 174.

234 Algunos países como Chile con un régimen prohibicionista consideran algunas modalidades de consumo como faltas o contravenciones penales (Ley 20.000).

atención a quienes se dedican al lavado del dinero proveniente del narcotráfico²³⁵. En las jurisdicciones continentales las investigaciones se concentran en ilícitos puntuales y en las condenas respectivas “sin indagar más alto en la cadena del negocio”²³⁶. La táctica de guerra se concentra en los eslabones más bajos de la cadena y en los sectores sociales más desfavorecidos: campesinos, cocacoleros, vendedores ambulantes y consumidores, y el éxito de esta política se contabiliza según el número de: a) droga incautada, b) procesos penales y c) muertos en el bando “enemigo”²³⁷. Se estima que el 87% de las ganancias del tráfico de cocaína se reparte entre los eslabones superiores de la cadena, esto es, entre quienes introducen y distribuyen el producto en el mercado consumidor²³⁸. Parece un contrasentido que el sistema penal y la política criminal se concentre en las personas que transportan la droga en su propio cuerpo (mulas), mientras los mercados son abastecidos por vía fluvial en grandes contenedores (muchos de ellos, mezclados con exportaciones agrícolas)²³⁹.

6 A modo de conclusión

La guerra contra las drogas no ha incidido en el continuo acceso al producto prohibido²⁴⁰ en mercados ilegales que, debido a la prohibición, aumenta el valor de las ganancias de quienes participan de las distintas etapas en la cadena del narcotráfico (fundamentalmente las etapas cercanas a la distribución en los sitios de consumo). Los principales interesados en la continuidad de la política de drogas son los propios narcotraficantes, todos los demás actores que cooperan para la reintroducción de los dineros ilícitamente obtenidos por esta lucrativa actividad

235 Galain Palermo, Pablo, “El delito de lavado de activos: ¿Cómo y hasta dónde dirigir la política criminal internacional de lucha contra enemigos cuando se trata de los amigos?” en Hefendehl, Roland y Galain Palermo, Pablo, 2021, *El derecho penal económico en su dimensión global. Dogmática, criminología y política criminal*, Bdf, Montevideo, pp. 177-230; Bergman, Marcelo, 2016, *Drogas, narcotráfico y poder en América Latina*, FCE, México, p. 160.

236 Bergman, Marcelo, 2016, *Drogas*, cit., p. 180. De opinión similar para casos de corrupción, Galain Palermo, Pablo, 2021, “Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?”, *Revista Política Criminal*, 16, 32, pp. 745-773.

237 Estepa, María, 2023, “Sustancias y drogas: una guerra sin límites”, cit., pp. 197 y s. En Bolivia la masacre de los cocacoleros de Villa Tunari en 1998 fue un punto de inflexión en las propuestas del movimiento de productores de hojas de coca en reconocimiento de sus intereses. Gillies, Allan, 2019, “Contesting the “war on drugs” in the Andes: US-Bolivian relations of power and control (1989-1993)”, *Journal of Latin American Studies*, p. 15. <http://eprints.gla.ac.uk/167836/13/167836.pdf>.

238 Keefer, Philip, Loayza y Soares, Rodrigo, “Drug Prohibition and Developing Countries: Uncertain Benefits, Certain Costs”, *Innocent Bystanders*, cit. p. 17. Sin embargo, los esfuerzos policiales en Bolivia para la lucha contra el tráfico de drogas se centran en las comunidades y cultivadores. Malamud Gotti, Jaime, 1992, *Humo y espejos*, cit., pp. 24 y s.

239 Palma, Oscar, Noguera, Angela y Olasolo, Hector, “dinámicas de adaptación del narcotráfico marítimo y la ciudad puerto. Análisis y respuestas al problema”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2025.

240 Grisaffi, Thomas, 2013, “Reassessing the War On Drugs”, Smith, J, (ed.) *South America, Central America and the Caribbean*, Routledge, London, [file:///C:/Users/asus/Downloads/Reassessing the War on Drugs.pdf](file:///C:/Users/asus/Downloads/Reassessing%20the%20War%20on%20Drugs.pdf); Rouse Stella, Arce, Moises, 2006, “The Drug-Laden Balloon: U.S. Military Assistance and Coca Production in the Central Andes”, *Social Science Quarterly*, 87, 3, p.555.

ilegal²⁴¹ y aquellas instituciones encargadas de la represión²⁴². La guerra contra las drogas y el prohibicionismo permiten que estos actores ilegales puedan utilizar las ganancias para financiar “otras guerras”, tal como vimos para los casos de Colombia y México. Aunque la guerra se concentra en los países productores, las verdaderas ganancias del narcotráfico se producen en los países consumidores. A mayor participación de funcionarios en “pactos corruptos” para garantizar la producción, tráfico y distribución de drogas, menores son los índices de violencia, tal como se explica durante el gobierno del PRI en México y las (narco)dictaduras bolivianas. Existe una relación directa entre prohibicionismo y corrupción institucional que repercute en el fracaso de todos los objetivos principales de la política de drogas. La guerra es una peligrosa estrategia política²⁴³, que se maximiza porque el inicio de una guerra (contra las drogas) no deja lugar al espacio del juego político, donde una inteligente marcha atrás puede significar debilidad frente al enemigo e interpretarse como una retirada o dimisión, además de obligarse a responder de forma concreta: “¿retroceder hacia dónde?”²⁴⁴. La guerra como estrategia política conlleva el doble riesgo de: a) fracasar en los objetivos (disminución del consumo, protección de la salud pública, erradicación de la oferta, ¿lucha contra el lavado?, etc.) y b) una vez “abierto el fuego”, no poder dar marcha atrás cuando ya se han generado intereses y compromisos asociados al conflicto²⁴⁵. Una política de guerra instala la lógica del conflicto económica, social, semántica y culturalmente. Las posibilidades de vencer al *enemigo* dependen de muchos factores, pero fundamentalmente debe existir un amplio y denodado apoyo de la población civil y de las asociaciones civiles. Este apoyo parece ser cada vez menor en el ámbito internacional, tal como demuestra la ruptura del pensamiento hegemónico luego de las

241 Madge, Tim, 2002, Polvo Blanco, cit., p. 263. De la misma opinión es Astorga: “El fin mismo de esta llamada guerra parece ser el mantenerla. Las guerras sin fin no las ganan las sociedades. Además de los traficantes, quienes han sido autorizados para combatirlos tampoco están interesados que la guerra se termine: es su razón de ser.” Astorga, Luis, 2016, El siglo de las drogas, cit., p. 226. “Paradoja de una guerra cuyas batallas perdidas consolidarían el poder de la burocracia más interesada en mantenerla con vida”. Ibidem, p. 497.

242 Para quienes tienen la tarea de persecución y castigo la política de guerra incrementa considerablemente sus presupuestos, además que su “rendimiento” en las investigaciones aumenta proporcionalmente con la participación que esas autoridades tienen con los bienes incautados y decomisados a los delincuentes. Gerber, Jurg y Jensen, Eric, 2001, “The Internationalization of U.S. Policy on Illicit Drug Control”, cit., p. 7.

243 Se dice que “Estados Unidos ha hecho de la política antidrogas un instrumento de penetración y sometimiento de otros países, identificando las campañas represivas frente a las drogas con la defensa de la libertad y la democracia”. Bula, Carlos y otros, 2011, Narcotráfico, cit., p. 213. “La peligrosidad del narcotráfico radica en las conductas que genera como consecuencia de su categorización como delito. La represión es la fuente de numerosas violaciones”. Ibidem, p. 215.

244 Bobbio, Norberto, 2008, El problema de la guerra y las vías de la paz, Gedisa, Barcelona, p. 25.

245 Thomas Szasz, Nuestro derecho a las drogas. En defensa de un mercado libre, Barcelona, Anagrama, 2001, pp. 60 y ss.; Vidart, Daniel, 2014, Marihuana, la flor del cáñamo. Un alegato contra el poder, Montevideo, Ediciones B, pp. 185 y ss.

últimas reuniones de UNGASS de 2016²⁴⁶ y 2019²⁴⁷ y la paulatina regulación a nivel estatal y nacional de mercados regulados de cannabis²⁴⁸. A nivel de las naciones que podamos considerar como estados de derecho, la guerra hace tiempo que la vienen ganando los actores que abastecen a los mercados ilegales²⁴⁹. En tiempos de dominio absoluto de la globalización de los mercados en una fase avanzada y robusta del capitalismo, todo indica que se requiere un cambio de paradigma²⁵⁰ (regulación, prevención, educación, sanidad, protección de los derechos humanos, etc.) para poder controlar el acceso seguro a un producto que continúa gozando de una amplia demanda entre los ciudadanos (consumidores)²⁵¹.

La guerra contra las drogas, además de decretar el fracaso de la política²⁵² deja muchas cuestiones abiertas y parece responder a un momento histórico determinado²⁵³. Si pensamos con Bobbio que la única razón de la guerra es utilitaria y que su primer objetivo es la victoria²⁵⁴ tenemos que concluir (según los datos y las consecuencias conocidos hasta este momento) que la lógica (verdad) de una política de guerra (prohibicionista) contra las drogas ya no se sostiene con datos ni con argumentos racionales.

246 Galain Palermo, Pablo, 2017, cit. pp. 348 y ss; <http://www.unodc.org/postungass2016/> Se dice que puede existir una reformulación de la política de drogas para lograr mayor sintonía con el Plan de Desarrollo Sostenible conocido como "Agenda 2030". Brombacher, Daniel, y David, Sarah, 2020, "From Alternative Development to Development Oriented Drug Policies", en Buxton et al (Eds.), *Drug Policies and Development. Conflict and Coexistence*, Brill Nijhoff, Leiden/Boston, pp. 64 y ss. La reformulación implica una política más pragmática orientada a la salud y al control del consumo. Rolles, Steve, 2016, "From Drug War to Policy Reform", cit., p. 259.

247 Téngase en cuenta que en la UNGASS de 1998 se había concluido que el objetivo era un "mundo libre de drogas", lo que significaba una guerra contra el consumo y consolidación de la negación de cualquier uso de tipo de uso recreativo de las sustancias prohibidas, que deben ser incautadas y eliminadas como botín de guerra. Hari, Johann, 2015, *Tras el grito*, cit., p. 185.

248 Ambos, Kai y Nuñez, Noelia, 2018, "Marco jurídico internacional en materia de drogas", cit., p. 27.

249 Los delincuentes se adaptan al contexto y a los cambios en estructuras y modalidades delictivas aprovechando las nuevas tecnologías. Las organizaciones criminales dedicadas al negocio ilícito han sufrido mutaciones y ya no se trata de organizaciones verticales y jerarquizadas sino de pequeñas y medianas estructuras que cooperan en distintas actividades de la cadena de producción y distribución en forma de red y mediante relaciones horizontales. Atuesta, Laura y Perez-Dávila, Yocelin, 2018, "Fragmentation and cooperation: the evolution of organized crime in Mexico" *Trends organ Crim*, 21, pp. 235-261; Aristizabal, Angela, 2018, "Del individuo a la red: percepción de un Grupo Armado Organizado (GAO) colombiano desde la teoría de las redes", *Revista Criminalidad*, 60, 1, pp. 111-131.

250 "Las "consecuencias no intencionadas" de la guerra contra las drogas resultan ser en realidad una falla estructural de la política. ... No son fallas de un modelo que se implementó mal, sino las consecuencias de una apuesta donde incluso si se hacía lo planeado se iban a experimentar estos efectos dañinos y nocivos para los derechos. El prohibicionismo no va a funcionar porque por su propia dinámica es capaz de crear efectos colaterales muy problemáticos sin reducir significativamente ni la oferta ni el abuso". Uprimny, Rodrigo, Chaparro, Sergio y Cruz, Luis, 2017, "La regulación de las drogas ilícitas reducir los daños de las políticas para contener los posibles daños de las sustancias", cit., p. 68.

251 Mizrahi, Esteban, 2017, "Narcotráfico y colonización del aparato estatal", cit., pp. 118 y ss.

252 Boyer, Jean-François 2001, *La guerra perdida contra las drogas: narcoddependencia del mundo actual*, Grijalbo, México.

253 "Cada época tiene no solo su verdad, sino también sus instituciones". Bobbio, Norberto, 2008, *El problema de la guerra y las vías de la paz*, cit., p. 26.

254 *Ibidem*, p. 34.

COMBATING CORRUPTION AND THE WEAKENING OF FUNDAMENTAL GUARANTEES: OPERATION CAR WASH AS A CRIMINAL PROCEDURE OF THE ENEMY

COMBATE À CORRUPÇÃO E AO ENFRAQUECIMENTO DAS GARANTIAS FUNDAMENTAIS: A OPERAÇÃO LAVA JATO COMO PROCEDIMENTO PENAL DO INIMIGO

GUSTAVO DE SOUZA PREUSSLER¹

ERIC GUSTAVO CARDIN²

FRANCIS PIGNATTI DO NASCIMENTO³

ABSTRACT: This article addresses the problematic issue of the Operation Car Wash investigation combating corruption through the weakening of fundamental guarantees. This has occurred through: the demand for order (anti-corruption [un]measures) and the criminal procedure as a degradation ceremony, and how this combination serves as a means of consolidating a Criminal Procedure of the Enemy. The selective neutralization of certain politicians or the breaking of all rules on guarantees in order to cater to a demand for order conflicts with the democratic concept of an impartial judge. The moral passage – to borrow from Joseph R. Gusfield – begins by combating corruption and proceeds in an evident form of denounced/maneuvered media neutralization. This represents an inquisitorial persecution that plainly illustrates the ideological way in which the criminal justice system operates.

KEYWORDS: Corruption; Fundamental guarantees; Criminal Procedure of the Enemy.

RESUMO: Este artigo aborda a problemática da investigação da Operação Lava Jato que combate a corrupção por meio do enfraquecimento das garantias fundamentais. Isso tem ocorrido através: da exigência de ordem ([des]medidas anticorrupção) e do processo penal como cerimônia degradante, e como essa combinação serve como meio de consolidação de um Processo Penal do Inimigo. A neutralização seletiva de certos políticos ou a violação de todas as regras sobre garantias para satisfazer uma exigência de ordem entra em conflito com o conceito democrático de um juiz imparcial. A passagem moral – tomando emprestado de Joseph R. Gusfield – começa por combater a corrupção

- 1 Doutor em Direito pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor associado da Faculdade de Direito e Relações Internacionais da Universidade Federal da Grande Dourados (UFGD). Orcid: 0000-0003-0749-5715.
- 2 Pós-doutor em Antropologia Social pela Universidade Nacional de Misiones (UNaM), Argentina. Doutor em Sociologia pela Universidade Estadual Paulista (UNESP). Professor da Universidade Estadual do Oeste do Paraná (UNIOESTE). Orcid: 0000-0001-7813-5544.
- 3 Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Estadual do Norte do Paraná (UENP) – Jacarezinho.

e prossegue numa forma evidente de neutralização denunciada/manobrada dos meios de comunicação social. Isto representa uma perseguição inquisitorial que ilustra claramente a forma ideológica como funciona o sistema de justiça criminal.

PALAVRAS-CHAVE: Corrupção; Garantias fundamentais; Processo Penal do Inimigo.

CONTENTS: 1 Introduction; 2 On the 10 (un)measures against corruption and societal fascism; 3 The relativization of criminal procedural guarantees and anti-corruption measures (Fight Law); 3.1 Criminalization procedures; 3.2 Political selectivity of the corrupt; 3.3 Transformation of the criminal procedure into a media degradation ceremony; 4 Criminal procedure of combating corruption; 4.1 The ductility of criminal procedural guarantees; Conclusion; Bibliographic References.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Sobre as 10 (des)medidas contra a corrupção e o fascismo social; 3 A relativização das garantias processuais penais e das medidas anticorrupção (Lei do Combate); 3.1 Procedimentos de criminalização; 3.2 Seletividade política dos corruptos; 3.3 Transformação do processo penal numa cerimónia de meia degradação; 4 Processo penal de combate à corrupção; 4.1 A ductilidade das garantias processuais penais; Conclusão; Referências Bibliográficas.

"[...] the judge becomes the enemy of the accused, a man in chains, a man who is prey to squalor, torments and a most terrible future. The judge does not seek the truth of the case; he seeks the crime in the prisoner"⁴, p. 34 (Cesare Beccaria).

"Bad conscience invents laws of revenge"⁵, p. 13 (Karl Marx)

1 Introduction

This article analyzes the Operation Car Wash investigation as a means of combating corruption and how it has contributed to the weakening of procedural guarantees, in particular the impartiality of the judge as a genuine Criminal Procedure of the Enemy.

That said, it appears to be a consensus among the population that anyone who opposes the ruptures and relativisms made in the operation known as Car Wash must somehow be in favor of corruption. This phenomenon is not new. In

4 BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 77.

5 MARX, Karl. *Os despossuídos*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 13.

Italy, during Operation Clean Hands⁶, anyone who was critical of the way the criminal investigation was handled by Judge Falcone was considered corrupt.

This logical extension of stigma occurs - if one looks carefully enough - in all the so-called combat or *fight laws*⁷: anyone who defends drug decriminalization must be a junkie, the critic must be a communist, anyone opposes the wars on terror must be a terrorist, and so on⁸. Based on this logic, there is nothing more satanic than a defender of witches during the Inquisition. This is how the lawyers for the accused in Operation Car Wash are treated⁹.

The aim of this article is not to defend corruption, but instead to point out that just because corruption is ignoble it does mean that we should subvert and break with the system of procedural guarantees, in particular the principle of the impartial natural judge. Indeed, this is why the State took over conflict resolution¹⁰ and exercises a monopoly on violence¹¹, with the hope of forever supplanting vigilantism.

Moral crusades become clear in cases with media repercussions. What would become of witches if they were not burned in public in the inquisitor's fires?

Topic 2 looks at the problem of hate speech, the mass psychology of fascism and how this is projected onto the level of the construction of criminal *fight laws*, in

6 This was an operation that occurred in Italy in the 1990s, coordinated by Judge Giovanni Falcone, who was responsible for the investigation and conviction of mafia members and politicians for corruption and bribery. The corruption scheme uncovered by the investigation was originally referred to as *Caso Tagentopoli* (Bribery City), and was later turned into the Operation called *Mani Pulite* (Clean Hands).

7 According to Luis Gracia Martins, these are laws that establish criminality without any of the values of justice being protected (MARTINS, Luis Gracia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, pp. 78-79).

8 This vision of unifying the accused/defender is not new. One example is the criminal lawyer Jacques Vergé, who to this day is stigmatized as "Terror's Advocate" for having defended dictators and terrorists, such as: Klaus Barbie, Carlos "The Jackal" and Pol Pot. See the documentary: Barbet Schroeder. *L'Avocat de la terreur*. 2007. Color. 2h17min.

9 In a recent discussion, Professor Juarez Cirino dos Santos said the following about points of order in a hearing: "It might be inappropriate, but it is entirely legal. [...] The judge presides and the regime is presidential, but the judge is not the master of the process. The limits are the laws, the law is the measure of all things. The procedural law governs this hearing. The defense has the right to raise a point of order and to argue a point of order, or if Your Excellency would like to eliminate the defense, I believe that this had already been put to rest in 1945 by the Allies and I see that it is resurfacing here in this agricultural region of our country. If Your Excellency wants to suppress the defense, I do not think there is any need, any reason for any of us to continue at this hearing. [Judge Sérgio Moro] Counsellor, the defense is disrupting the hearing, raising point of order after point of order without permitting the prosecution to produce evidence. The prosecution is just as entitled to produce evidence as the defense. [Attorney for the Defense] If Your Excellency permits me? [Judge] No Counsellor. [Attorney] The defense is trying to prevent the leading of the witness. What we are trying to do is prevent the prosecution from asking questions that are unrelated to the case. [...] [Judge] I understand and the objection is overruled. [...] [I am going to stop the recording]" (available at: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/11/audiencia-com-testemunhas-de-acusacao-de-lula-tem-bate-boca.html>, last accessed on 12/16/2016, at 2:42 pm).

10 ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, pp. 37-49.

11 WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 2. Brasília e São Paulo: Editora UNB, 2004, p. 525.

particular with regard to the citizens' initiative bill no. 4,850/2016 (drafted by the Federal Prosecutor's Office).

Topic 3 addresses bill no 4,850/2016 in more detail and comments on its purpose – the demonization of the other – making it fertile ground for the relativization/weakening/rupture of fundamental guarantees. This is supported and validated by the criminalization procedures (infra 3.1), the ideological selectivity of *who is corrupt* (infra 3.2) and the *moral passage to degradation* in a veritable *media manipulation movement* (infra 3.3).

I end the paper with topic 4: the criminal procedure of combating corruption is, in fact, a criminal procedure of the enemy, mainly because of the non-observance of the impartial natural judge principle in Operation Car Wash.

2 On the 10 (un)measures against corruption and societal fascism

To begin with, it should be noted that I do not write this paper because I find myself among the guilty in the Operation Car Wash investigations. It is flip-pantly important to emphasize this point, since when discussing the topic with a teaching colleague, I was told that anyone who disagrees with the position of the people in charge of Operation Car Wash and the 10 (un)measures against corruption must be a Workers Party (PT) supporter, *red* and corrupt¹². The head of the Operation Car Wash case(s) himself stresses the importance of *enlightened* masses in the process of ostracizing corrupt politicians¹³. However, the dream of enlightenment was discarded and what we got instead were manipulated pawns from the angriest entrails of society.

The impression that one increasingly has of this type of behavior is reminiscent of what Wilhelm Reich clarified in 1930 in his book *Mass Psychology of Fascism* on the family structure and its importance for the construction of reactionary thinking¹⁴. Gabriel Tarde, meanwhile, also explains the angry *mimetism* that

12 To clarify, this argument was made by someone who has family members in the military. Perhaps Wilhelm Reich explains this best: "the family is the authoritarian State in miniature, to which the child must learn to adapt himself as a preparation for the general social adjustment required of him later. Man's authoritarian structure - this must be clearly established - is basically produced by the embedding of sexual inhibitions and fear in the living substance of sexual impulses. [...] The result is conservatism, fear of freedom; in short, reactionary thinking" (REICH, Wilhelm. *Psicologia das Massas do Fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, pp. 28-29).

13 Argument of Judge Sérgio Fernando Moro: "[...] the lawsuit cannot substitute democracy in the fight against corruption. It is enlightened public opinion that can, through its own institutional means, attack the structural causes of corruption. [...] the judicial punishment of corrupt public officials is always difficult, if for no other reason than the burden of proof required to secure a conviction in a criminal case. [...] public opinion can be a healthy substitute, being better placed to impose some form of punishment on corrupt public officials, by condemning them to ostracism." (MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ* - Conselho Justiça Federal, Brasília, n.º 26, p. 56-62, jul./set. 2004).

14 REICH, Wilhelm. *Psicologia das Massas do Fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 29.

emerged in *Crowd Psychology*¹⁵ and in *The Laws of Imitation*¹⁶. It starts as a fashion (hunting the corrupt), turns into a habit (zero tolerance laws and relativization of fundamental guarantees) and is consummated as a custom (public lynchings – opinion of the enlightened masses).

Alessandro Baratta warned about the concept of public opinion and its intersections with punitive power that were, in fact, ways of processing stereotypes of criminality, their definitions and the incorporation of common sense as a dominant ideology. In this informal logic – second code – of formatting the social reaction to deviation and to criminality, a means is established of steering the official control authorities, and of translating the grassroots political discourse into a false idea of solidarity for the internal struggle against a common enemy¹⁷.

Angry laws for certain sectors have always existed. Just look at the Heinous Crimes Law in Brazil or the Patriot Act in the United States and see how criminal laws are built on the sandiest lands of human irrationality¹⁸.

On 25 March 2016, the Federal Prosecutor's Office presented ten proposals against corruption, using the hashtag #*CorrupçãoNão* (#CorruptionNo)¹⁹. Nobody is in favor of corruption – only those who practice it – but this does not permit the creation of illegitimate laws. Although the draft bill was approved in the form of a citizens' initiative, it should be noted that the collection of signatures – in large part – occurred online, or simply without any type of clarification for the population about the full content of Bill 4,850/2016.

There is a mismatch between the proposal that was presented and the actual content. For example, we could mention the determination of good standing of public servants and the relativization of annulments of criminal evidence. The proposals are generic and have a propagandist content²⁰. Robert Alexy has already

15 TARDE, Gabriel. *A opinião e as Massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005. In this book, Gabriel Tarde gives the example of how the government issues laws and decrees for the population because the people have the same feeling, but no contact, often by reading the same newspaper and, as such, having the same interpretation of the world, driven by instruments of control (pp.7-9).

16 TARDE, Gabriel. *As Leis da Imitação*. Porto (Portugal): Editora Rés, s/d.

17 BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*: Introdução à sociologia do direito penal. Rio de Janeiro: Revan, 2014, pp. 204-205.

18 COHEN, Stanley. *Folks Devils and Moral Panics: the Creation of the Mods and Rockers*. 3. Ed. London: Routledge, 1973, pp. 7-9.

19 Wilhelm Reich refers to several Nazi propaganda pamphlets (Unjust Laws) and the intense propaganda of fighting corruption: "Let's have done with politics once and for all! Let's get down to the practical tasks of real life!". (REICH, Wilhelm. *Psicologia das Massas do Fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988, p. 273). In a similar sense, in his first speech after the impeachment of President Dilma Rousseff, the new President Michel Temer said: "We're not going to talk about the crisis, we're going to work." (available at: <http://noticias.band.uol.com.br/brasil/noticia/100000806192/michel-temer-nao-vamos-falar-em-crise-vamos-trabalhar.html> last accessed on 12/16/2016 at 4:24 pm).

20 They can be seen on the official website of the ten measures to combat corruption, stickers, t-shirts, billboards, canvass banners, among other things. (available at: <http://www.dezmedidas.mpf.mp.br/campanha/produtos> last accessed on 12/18/2016 at 1:49 pm).

exemplified unjust law: “norm *N* is enacted correctly and is socially effective, but it is not law for it violates fundamental principles”.²¹ But what is intended with this law is not the content of a just law. It is the concept of law that Robert Alexy’s main opponent, Herbert L. A. Hart, refuted:

[...] the foundations of a legal system consist of a situation in which the majority of a social group habitually obey the orders backed by threats of the sovereign person or persons, who themselves habitually obey no one. This social situation is, for this theory, both a necessary and a sufficient condition of the existence of the law^{22, p. 111}.

The proposals were overhauled, altered, cut up, lost their identity as *fight laws* and were converted into *laws of institutional interests*. Considering that it was a citizens’ initiative and that it had lost its initial configuration (extreme punitive), the vote was suspended by Justice Luiz Fux of the Supreme Court²³, on the grounds that the bill had lost the structure that the population (Public Prosecutor’s Office) had proposed.

We shall now move on to the analysis of topic 2, where I shall address the relativization of the criminal procedural guarantees and the anti-corruption measures as a veritable ideological combat/fight law.

3 The relativization of criminal procedural guarantees and anti-corruption measures (Fight Law)

The proposal was presented under the number 4,850/2016 with nearly two million signatures collected mainly online, with the hashtag #*CorrupçãoNão* (#CorruptionNo).

In the draft bill, it states that the purpose of the law is to establish measures against corruption and other crimes against public property and to combat illicit enrichment by public officials. But what the draft bill does not mention is the *demonization of the other*. This subsystem does not serve to improve the legal system, but to refine the definition of guilty. This need is relentless because identification with the victim is intense – since we are all indirect victims of corruption – and sacrificial. The mass media must discredit the guilty so they can be stripped of any rights, i.e. the application of exceptional laws. This is the reason why the Regional Court of the 4th Region accepted that none of the procedures of Operation Car Wash need observe the rules already established in the *normal procedural require-*

21 ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009, p. 27.

22 HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. Ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p. 111.

23 Precautionary Measure in Writ of Mandamus No. 34530 (Supreme Court; Rapporteur: Justice Luiz Fux; Judgement: 12/14/2016; Published in Electronic Court Gazette on 12/16/2016).

ments. In the words of Antoine Garapon, “the condemnation is equally present on the television programs that assume the mission of helping justice in the pursuit of the guilty”²⁴.

The bill to combat corruption (anti-corruption measures) seeks to end the symbolism of the crimes that protect important legal goods. This punitivism is sought by weakening criminal procedures, cracking down on misappropriation of public funds and increasing the integrity of elections and the public sector.

3.1 Criminalization procedures

The selectivity of certain crimes has always been a taboo for Criminal Law. We always treat the criminal justice system as a genuine caste system. White collar crime will never be given the same treatment as petty theft, not least because the sentence for the colloquial ‘chicken thief’ was recently set at 2 to 5 years^{25, local. 155}, without the possibility of a plea bargain, according to Law 12,850/2013. This occurs because the criminal justice system continues to target the poor.

Symbolically, *major operations* are forms of self-affirmation for people with the narcissistic wound of the criminal justice system. Expressions like *impunity*, *statute of limitations* and *they can afford expensive lawyers* are recurring to justify the relativization of fundamental guarantees²⁶.

3.2 Political selectivity of the corrupt

The Punitive System, in its history and its permanence over time, has always targeted those it has wanted to eliminate. As such, the criteria were established by race, class, religious orientation, beliefs and attitudes (codes, values and signs).

More recently, a new enemy had to be identified. This is because someone has to be the recipient to channel the vengeful impulse of the State, to use the words of Eugênio Zaffaroni²⁷. Some people’s corruption was decisive for this.

24 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia*: O guardião de promessas. Rio de Janeiro: Revan, 2001, p. 111.

25 Law 13,330 of August 2016: “Article 155. [...] Paragraph 6. Sentence of imprisonment from 2 (two) to 5 (five) years if the theft involved a domesticated animal for production, even if slaughtered or cut into parts at the site where the theft took place.”

26 This argument on the non-application of conventional explanations can be found in the work of Edwin Sutherland: “Persons of the upper socioeconomic class are more powerful politically and financially and escape arrest and conviction to a greater extent than persons who lack such power. Wealthy persons can employ skilled attorneys and in other ways influence the administration of justice in their own favor more effectively than can persons of the lower socioeconomic class. Even professional criminals, who have financial and political power, escape arrest and conviction more effectively than amateur and occasional criminals who have little financial or political power. This bias, while indubitable, is not of great importance from a theoretical point of view.” (SUTHERLAND, Edwin. *Crime do Colarinho Branco*: Versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015, p 32.)

27 ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos*: Conferências de Criminologia Cautelar. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 417-439.

Generally, they are selected by political party, by political platforms that protect the rights of the poor, by the interests of the rich and by factors that still give the impression of the world as a class society.

In the production of this selectivity, we first portray a tragedy and create a project of (un)measures against corruption in the primary criminalization. Secondary criminalization is defined as the distribution of privileges to rich informants and as the oppression directed at politicians of a given party. Tertiary criminalization consists of total impunity for informants and the containment of some people condemned based not on evidence, but on the conviction that they are corrupt.

In this respect, Juarez Cirino dos Santos comments that Operation Car Wash exposes the reality of an underground criminal justice system definitively uncovered by Criminal Law and Criminal Procedure, “[...] constituting a powerful instrument of defining (selectivity and secondary criminalization) and combating the enemy, a tactic that is known in International Law as lawfare, or using the law as a weapon of war to exterminate an enemy”²⁸, p. 20.

3.3 Transformation of the criminal procedure into a media degradation ceremony

The anti-corruption bill proposes, among other things, to increase the resources for the Public Prosecutor’s Office to tackle corruption with an educational approach (media manipulation)²⁹, as well as to train and provide refresher training³⁰ to public servants every five years.

Several authors have written about the criminal procedure and its spectacular³¹ way of *degrading*³² defendants. The incestuous relationship between the public and private sectors is ignoble, but it is no worse than the mass media converting Brazil’s drastic structural and corruption problems into a spectacle.

28 SANTOS, Juarez Cirino. *O Martelo de Moro: A Operação Lava Jato e o Surgimento dos juizes partisans no Brasil*, 2017, p. 20 (MIMEO).

29 The bill states in article 2 that: “For a minimum period of 15 (fifteen) years, of all the funds spent on advertising, a percentage of not less than 15% (fifteen percent) will be invested by the Federal Government, 10% (ten percent) by State Governments and by the Federal District and Territories, and 5% (five percent) by Municipal Governments on marketing actions and programs aimed at establishing a culture of intolerance of corruption. Paragraph 1. The marketing actions and programs referred to in the main clause of this article will include measures to raise awareness of the social and individual damage caused by corruption, public support for measures against corruption, incentives to report news and complaints related to corruption and its discouragement in the public and private spheres. Paragraph 2. The proportions established in the main clause of this article must be maintained in relation to the time on radio, television and other mass media”.

30 The bill states: “Article 3, [...] Paragraph 2. The Public Administration shall ensure that, every 5 years, all public officials are trained or receive refresher training on the procedures and routines mentioned in the main clause of this article.”

31 CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, vol. 122, pp. 309-318, ago. 2016.

32 GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

The work of the agencies of the criminal justice system is cheap fuel that powers the engine of media manipulation. Cheap and effective, it creates stereotypes of good guys and bad guys, of victims and tormentors, and this arouses passions and impedes rational thinking. Instead of informing to emancipate, it distorts and blinds. Although the oppression and abuses that mark the exercise of punitive power cannot be hidden, they rarely encounter any independent, common sense critical judgement. On the contrary, they generally receive more support and legitimization than resistance and rejection. It is evident that the criminalization procedures (primary and secondary) do not achieve the purposes officially assigned to them. They do not prevent crime, they do not rehabilitate the criminals, they do not satisfy the interests of the victim and they do not promote social peace. In fact, they produce a glaring paradox with regard to their declared purposes: they exclude, dominate, submit, mistreat, stigmatize and kill³³, pp. 235-236.

In the judicial proceedings of Operation Car Wash, the court itself engages in the public smearing of the defendants: “the publicity given the investigations has been the most effective way of preventing the obstruction of the criminal investigations and charges known as ‘Operation Car Wash’, unprecedented in Brazilian administration of justice, against senior public officials and powerful private individuals who until recently were considered untouchable”³⁴.

Joseph R. Gusfield, in *The Moral Passage: the symbolic process in public designations of deviance*, addresses the instrumental and symbolic functions of the law and the labeling of deviants as *outsiders* to the community. This symbolic contribution of designations of the status of an *outsider* is a symbolic way of determining who the delinquents are, based on the moral status of the other bad actor.³⁵ The other bad actor, for the mainstream media, is not the corruptor, but instead the corrupt. These are informed on by informants and by instruments of *informal social control* (media).

Actions taken by government agents – the only persons who can legitimately act on behalf of the collective will of a given group – has a symbolic function that affects public norms. Joseph R. Gusfield states that, because a society is pluralistic, it must be underpinned by impartiality. Therefore, the work of the employees of the State cannot be biased towards or against any given group, no matter how much demand there may be for this. Increasingly so, public authorities are biased towards satisfying private interests. Not least because, as the author himself states,

33 GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, Vol. 122, pp. 235-236, ago. 2016.

34 Administrative Disciplinary Case. Special Court of the Federal Appeals Tribunal of the 4th Region. Proceeding No. 000302132.2016.4.04.8000/RS.

35 GUSFIELD, Joseph R. El Paso Moral: El Proceso Simbólico em las Designaciones Públicas de la Desviación. In: DEL OLMO, Rosa (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1973, p. 73.

the “law symbolizes the public affirmation of the social ideals and norms, as well as means of direct social control”³⁶, p. 75.

According to the research of Joseph R. Gusfield, when the law proscribes a behavior that is violated because it is routine and incorporated into the social structure, this behavior is rarely punished. This is because it is a phenomenon called *patterned evasion*. We could say that corruption in Brazil is also a behavior punishable with patterned evasion³⁷.

It could be considered the way the punitive system (secondary criminalization) develops to meet the satisfaction of the collective morality so that this sense of impunity is symbolically neutralized³⁸.

There is, therefore, a logical separation between the instrumental function of the norm and the symbolic function of the norm, with regard to the legal and governmental control of the criminalized people³⁹. This moral difference is reflected in the secondary criminalization procedure, in which certain respectable crimes are not punishable, whereas the offenses of the weakest are frequently subjected to criminal prosecution and public execration by the mainstream mass media. When the criminalized person is considered an enemy, the conventional norm is suspended or attacked more explicitly⁴⁰. This is because the deviant (criminalized person) and the designator (criminalizer) see each other as enemies. The criminalizer’s power to designate a label means there is domination without legitimacy. As such, “anything which increases the power of the deviant to organize and attack the norm is thus a threat to the social dominance symbolized in the affirmation of the norm”⁴¹.

The protagonism of public designation of what is criminalized may change over time and is related to reversals of political power, changes of public opinion (and its manipulation) and the development of social movements and the efforts

36 GUSFIELD, Joseph R., op. cit., p. 75.

37 Ibid.

38 Ibid., pp. 76-77.

39 GUSFIELD, Joseph R., op. cit., p. 80.

40 “The designation of culturally legitimate behavior as deviant depends upon the superior power and organization of the designators. The concept of convention in this area is the will of the stronger. If the deviant is the politically weaker group, then the designation is open to the changes and contingencies of political fortunes. It becomes an issue of political conflict, ranging group against group and culture against culture, in the effort to determine whose morals are to be designated as deserving of public affirmation. It is when the deviant is also an enemy and his deviance is an aspect of group culture that the conventional norm is most explicitly and energetically attacked. When those once designated as deviant have achieved enough political power, they may shift from disobedience to an effort to change the designation itself. This has certainly happened in the civil rights movement. Behavior viewed as deviant in the segregationist society has in many instances been moved into the realm of the problematic, now subject to political processes of conflict and compromise.” (Ibid., p. 81.)

41 Ibid., p. 81.

of moral crusades.⁴² *Public designation of deviance* (label) is a way for a small political and economic group to become immune from the criminal justice system through the process of designation, that is, secondary criminalization only affects those who are labelled, the victims of *public designation of deviance*.

Criminal justice, from the perspective of a ritual of degrading the individual, revisits the logic of the scapegoat, which is characteristic of a society in crisis, where values have been lost in the fragmentation of the economics of barbarism⁴³. According to Antoine Garapon, “justice behaves like symbolic machines without owners which is why there are many”⁴⁴. The owners of the degradation *machine* are the dominant class, i.e. the media.⁴⁵

The sacrificial mechanism follows the logic of the scapegoat because the past is reduced to a fact, the fact to a cause, and the cause to a culprit⁴⁶.

The ritualization of judicial degradation, which follows the structure of symbolic violence, transcends its formal limits and uses an underground format (informal criminal justice). The line between legal responsibility and the ritual of discrediting the victim is a thin one: “it takes place at the level of the spectacle, which justifies the former at the level of the law. The judicial ritual therefore serves to portray the crime and the criminal as social objects of disgust”⁴⁷. Similarly, when the victim identifies with the degraded stereotype, they also become a scapegoat. Their real status is therefore reversed to satisfy the catharsis of society. On these elements of *underground (informal) criminal justice* and *collective (societal) catharsis*, Vera Regina Pereira Andrade adds:

It is the time of collective catharsis. But if the media transmutes from a legitimizing mechanism into an informal enforcement mechanism of the criminal justice system, the prison sentence, which has always been institutional violence, also transmutes, more than ever, from an enforcement mechanism into exterminator mechanism, i.e. into the risk of an indirect death penalty. What is at stake, and what we must capture here, is also the expansion, the maximization of the death penalty in peacetime; the informal death penalty is radicalized inside formal criminal control, particularly in the *input* (police power) and the *output* (prison power) of the criminal justice system. There are police officers who kill and there are prisons that kill. Conviction to a prison sentence today represents a convic-

42 Ibid., pp. 89-90.

43 GARAPON, Antoine. *Bem Julgar*: Ensaio sobre o ritual judiciário. Trad. Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997, p. 247.

44 GARAPON, Antoine, op. cit., p. 250.

45 Ibid.

46 Ibid., p. 254.

47 Ibid., p. 255.

tion to the risk of an indirect death penalty, and there needs to be more clarity about this⁴⁸, p. 167-168.

The reason there are criminal convictions for crimes of corruption is only to produce a false sense of social and moral pacification (probity) through the degradation ceremony. It is a symbolic function, exercised by the criminal justice system.⁴⁹

4 Criminal procedure of combating corruption

The criminal procedure of combating corruption (the enemy) encountered difficulties in its consolidation. Law 9,034/95 declared in its preamble that it was a law *to combat criminal organizations and criminal associations*, but it did not define what a criminal organization was, much less determine how the criminal procedure of combating organized crime would work; it only characterized some categories, such as the undercover agent.

Law 12,850/2013 clarified the typological concept of organized crime and the procedure of combating organized crime. However, this law says nothing about the weakening of fundamental rights and guarantees.

Criminal Law of the Enemy is that which is applied to non-citizens, in which the penalty is coercion⁵⁰. Before Günther Jakobs wrote for the first time about Criminal Law of the Enemy (1985)⁵¹, Alessandro Baratta and Michael Silbinaje penned in 1982 *Emergency legislation and legal 'guaranteist' culture in the criminal procedure*.⁵² In emergency legislation and legal 'guaranteist' culture, corruption and terrorism were the primarily targets of rules of exception. Similarly, Luigi Ferrajoli explains precisely:

“These wounds did not heal. Much more than the law itself, they changed the culture of the judges, establishing themselves in the practices and in the pro-

48 ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012, pp. 167-168.

49 GARAPON, Antoine, op. cit., 1997, p. 259. The same author goes on to say: “To fulfill its function, the ritual must therefore present together the two value systems in which are integrated society (order, rules, cohesion, unity) and the isolated individual (crime, chaos). Moreover, it must make a single person responsible for this tension, whose expulsion will be enough to find peace again. The social group is therefore freed from its antisocial impulses and the germs of discord and violence that placed it under threat. It is clearly necessary to find a culprit to free us from this twin anguish of death and violence, but not just any culprit: a culprit who is a murderous glutton who will most likely become an *other*. A culprit so despicable that he makes us feel pure compared to him. This is the price of unanimity. The process unites the entire social group in performing a shared act”. (Ibid.).

50 JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005, p. 22.

51 JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

52 BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale. *Dei delitti e delle pene*. Bari, n. 1, p. 543-593, set/dic. 1983.

fessional deontology. And since practice is always at a lower level than formal legality, however disconnected it may be, the judicial disengagement of the guarantees outpaced, in large part, the legislative deviations, often manifesting itself in methods of investigation and judgment contrary to the laws of exception themselves. Many other exceptions were added to the exception of terrorism in the 1980s: the mafia, the camorra, international drug and arms trafficking, economic and financial high crimes and political and administrative corruption⁵³.

Procedural guarantees are considered to be contradictions in the apprehension of enemies. It is a “decisionist and inquisitorial process based on the Schmittian political principle of friend/enemy”⁵⁴, pp. 271-292. The fractured configuration of the State is essential for criminal selectivity, according to Juarez Cirino dos Santos:

The criminal justice system operates selectively because it is not impartial. No subsystem of power can be. It has a *dual* nature, like a *centaur*, transiting on various political levels, from politics to war, from law to more open violence. The Machinery of State works, internally, in the form of a dual State: State of law/ State of exception. Legality and illegality are two sides of the same phenomenon, a complementary binomial of modern political power⁵⁵, p. 13.

What marks this system is the fight against organized crime; in it, the procedure becomes a binary tool of accusation and judgement to eliminate the bad actors from the system.

With regard to Operation Car Wash, which is used as an observation tool, the *Criminal Procedure of Exception* becomes a clear rule. The Federal Appeals Court of the 4th Region has declared, in a ruling against the presiding judge in the process(es), that the case is “unprecedented (unique, exceptional) in Brazilian law. In such conditions, there will be unprecedented situations that will elude the general set of rules established for normal cases”.

This decisionism has already been authorized by the Supreme Court, in particular when referring to the confidentiality of correspondence and the dilution of this confidentiality when it can prevent illegal acts. As it happens, this type of practice – the interception of correspondence – occurs inside prisons, under the terms of article 41 of the National Prison Law, when sent by convicted prisoners⁵⁶.

53 FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 757.

54 FERRAJOLI, Luigi. Ferrajoli. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei delitti e delle pene*. Bari, n. 2, pp. 271-292, mag/ago. 1984. (our translation)

55 SANTOS, Juarez Cirino. *O Martelo de Moro: A Operação Lava Jato e o Surgimento dos juízes partisans no Brasil*, 2017, p. 20 (MIMEO), p. 13.

56 Habeas Corpus No. 70,814, Report by Justice Celso de Mello, Published in Electronic Court Gazette on 06/24/1994.

By analogy, the Federal Appeals Court of the 4th Region understood that confidentiality of telephone communications would also be subject to this relativization.

[...] it should be noted that, prior to Complaint No. 23,457, there was no judicial precedent from a higher court applicable by the defendant, not least because, as explained above, the criminal investigations and cases of the so-called ‘Operation Car Wash’ are unprecedented, posing unprecedented problems that require unprecedented solutions. In this context, the judge cannot be blamed for taking measures to prevent the obstruction of the Operation Car Wash investigations. Only since this precedent from the Supreme Court (Complaint No. 23,457) do Brazilian judges, including the judge who is the defendant in this case, have clear and secure guidance on the limits of the confidentiality of telephone communications intercepted for the purpose of criminal investigation⁵⁷.

Some rulings issued by the Supreme Court have drawn on the State of Exception theory of Carl Schmidt, a Nazi constitutional theorist who defined *Sovereign Politician* as the person who orders the State of Exception⁵⁸; what has happened in Operation Car Wash is that the State of Exception is becoming the rule.

4.1 The ductility of criminal procedural guarantees

The term “ductile” expresses the measure of a given material’s ability to undergo deformation before breaking. The new constitutionalists, neopositivists and all those who claim to be ‘new’ defend ductility, malleability. They did not understand correctly that some paladin judges, in their moral crusade, draw on these principles to break the system of fundamental guarantees.

First, there is the presumption of innocence, according to which a conviction should rest on evidence alone; then there is the right an impartial judge, together with due process and a full defense.

For the new constitutionalists, particularly Robert Alexy, the system of fundamental guarantees is porous, malleable, subject to flexibility to resolve so-called difficult cases – addressed primarily by Ronald Dworkin – in which there are conflicts between two types of rights/principles. However, this theory was taken to the extreme through the understanding that a break with the system of guarantees is possible for the sake of punitive oppression and the interests of society⁵⁹.

⁵⁷ Administrative Disciplinary Case. Special Court of the Federal Appeals Tribunal of the 4th Region. Proceeding No. 000302132.2016.4.04.8000/RS

⁵⁸ SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

⁵⁹ ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008, pp. 23-25.

Ronald Dworkin, by endorsing the liberal theory of law as the dominant theory beyond the positivist structures where rights do not have exceptions outside the law, also states that moral decisions in certain cases are important for the production of a compensatory discrimination. This discrimination aims to break with certain social injustices to enable equal access to society's positive goods. Despite the reasoning behind Ronald Dworkin's argument, this practice leaves room for decisionism, such as, for example, judging *according to my conscience*⁶⁰, thereby establishing veritable courts of *conscience*, i.e. of judicial prejudices (jurisprudence of values). Ronald Dworkin, however, rejects that behaviors considered immoral by large masses can be defined as crimes; as a comparison, he provides as an example the moral disapproval of homosexuality and prostitution, in which public condemnation is insufficient to justify the criminalization of any given act. Dworkin states that "this seems inconsistent with our traditions of individual liberty and our knowledge that the morals of even the largest mob cannot come warranted for truth"⁶¹, p. 372. The argument that mob participation is important to condemn the corrupt to ostracism⁶², as mentioned by the judge in Operation Car Wash, cannot be used to construct criminal law, much less to apply it. This is an (im)moral position of the judge, which, in the words of Ronald Dworkin, consists of a way of rationalizing his prejudices, aversions or personal tastes – including political – to justify a given discriminatory act.⁶³ David Garland warns about this posture, which is "a distinctly populist current in penal politics that denigrates expert and professional elites and claims the authority of 'the people', of common sense, of 'getting back to basics'"⁶⁴.

There is a need to verify that an open system, porous in fundamental guarantees, is not a place for anti-guarantees or a *break* between a common criminal justice system and a criminal justice system of the enemy recognized by the Federal Appeals Tribunal of the 4th Region.

The system of guarantees was so deformed (exaggerated ductility) that it broke into another system, which is why there is a Petition in the UN signed by the Australian barrister Robert Geoffrey Robertson. This document identifies several

60 STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 4. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013. The author mentions in this book several court rulings that use the judicial activist function to legitimize any type of argument for a conviction; of these rulings, it is worth mentioning one by the Superior Court of Justice: "if it is true that the judge is bound by the evidence contained in the proceedings, it is no less true that he is not subject to any *a priori* criteria in determining, from this evidence, the material truth. The criminal judge is, therefore, returned to his own conscience." (p. 22)

61 DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002, p. 372.

62 MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ* – Conselho Justiça Federal, Brasília, n.º 26, p. 56-62, jul./set. 2004.

63 DWORKIN, Ronald. *Ibid.*, p. 384.

64 GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008, p. 58.

violations of the rights of the defendants in the Operation Car Wash case, among them: article 9 (1) and (4) – protection from arbitrary arrest or detention; article 14 (1) – right to an independent and impartial tribunal; article 14 (2) – right to be presumed innocent until proved guilty by law; and article 17 – protection from arbitrary or unlawful interference with privacy, family, home or correspondence, or from unlawful attacks on honor or reputation⁶⁵.

The distrust of the population in all the political and institutional sectors converted the Judiciary into the *guardian of all political promises*, to use an expression from Antoine Garapon. This led new constitutionalism to gain prominence and a structure of its own in Brazil, highly expressed through activism. However, this new government of judges is beginning to overstep democratic limits, which occurs through the violation of the principle of impartiality. On this topic:

The success of the justice system is inversely proportional to the distrust of the classic political institutions caused by the crisis of disinterest and the loss of public spirit. The position of an impartial third party compensates for the ‘democratic deficit’ of a political decision now focused on the administration and provides society with the symbolic reference that the national representation offers increasingly less^{66, p. 48}.

In substantiating the State of Exception, which goes beyond the law of war, Giorgio Agamben states: “it is a zone of indifference between chaos and the state of normalcy, a zone of indifference captured by the rule. It is not the exception that gets subtracted from the rule, but the rule that, suspending itself, gives rise to the exception – only in this way can it constitute itself as a rule, by constantly maintaining a relation to it”^{67, pp. 26-27}.

The guarantees of impartiality are enshrined in both the Brazilian Constitution and international conventions. The American Convention on Human Rights states, in article 8, I, that “every person has the right to a hearing, with due guarantees and within a reasonable time, by a competent, independent and impartial tribunal”.⁶⁸ The International Covenant on Civil and Political Rights provides a similar guarantee in its article 14, paragraph 1. They are rules that are also contained in the Brazilian Constitution, in article 5, XXXVII and LIII. These provisions are intended to make *fair play* of the criminal procedure, but this unfortunately

65 Luiz Inácio Lula da Silva’s petition in the United Nations. Available at: <<http://s.conjur.com.br/dl/leia-integra-peticao-lula-onu.pdf>>, last accessed on 03/12/2017 at 2 pm.

66 GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário*. Trad. Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997, p. 48.

67 AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer – O poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004, p. 26-27.

68 Organization of American States, American Convention on Human Rights (“Pact of San José, Costa Rica”), 1969.

does not exist in reality, in this very dangerous game where freedom of movement is at the mercy of how the demand for order is portrayed in the media and the *activist-punitivism* of the judges who claim to *defend society*.

A justice system that depends on the media to be effective is a partial justice system, since it is subservient to the interests of the conservative classes, for which the fight against corruption is a banner that disguises its primary interest: the break with a certain model of government (welfare) and a move towards a government of the few for the few.

5 Conclusion

Today more than ever, Brazilian society watches the news and reads the papers for more than just soccer news. There is another type of spectacle: Operation Car Wash and the leading role played by Judge Sérgio Moro.

It is a real movement guided by the moral crusades of media criminalization, which determines the manichean hate speech: good/bad, left/right and corrupt/honest. This binarity is maneuvered by the protagonists of Operation Car Wash, where the figure of the judge-accuser is deemed normal.

The synthesis materializes in the rupture of the guarantee of the impartial natural judge and in the populist formulation of a citizens' initiative bill: 4,850/2016.

Operation Car Wash, symbolically, has the capacity to criminalize the powerful who until now have been considered immune to punitive power. However, it seeks a judicial and criminal policy overhaul that includes the weakening of fundamental guarantees and the consolidation of activist-punitivist judges.

Bibliographic references

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo Sacer: O poder soberano e a vida nua*. Trad. Henrique Burgo. Belo Horizonte: UFMG, 2004.
- ALEXY, Robert. *Conceito e Validade do Direito*. São Paulo: WMF Martins Fontes, 2009.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos Direitos Fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Pelas mãos da criminologia: O controle penal para além da (des)ilusão*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2012.
- ANITUA, Gabriel Inácio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à sociologia do direito penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- BARATTA, Alessandro; SILBERNAGL, Michael. La legislazione dell'emergenza e la cultura giuridica garantista nel processo penale. *Dei delitti e delle pene*. Bari, n. 1, p. 543-593, set/dic. 1983.
- BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das penas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- CASARA, Rubens R. R. A espetacularização do processo penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, vol. 122, pp. 309-318, ago. 2016.
- COHEN, Stanley. *Folks Devils and Moral Panics: the Creation of the Mods and Rockers*. 3. Ed. London:

- Routledge, 1973.
- DWORKIN, Ronald. *Levando os Direitos a Sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- FERRAJOLI, Luigi. Emergenza penale e crisi della giurisdizione. *Dei delitti e delle pene*. Bari, n. 2, p. 271-292, mag/ago. 1984.
- GARAPON, Antoine. *Bem Julgar: Ensaio sobre o ritual judiciário*. Trad. Pedro Felipe Henriques. Lisboa: Piaget, 1997.
- GARAPON, Antoine. *O juiz e a democracia: o guardião das promessas*. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.
- GARLAND, David. *A Cultura do Controle: Crime e ordem social na sociedade contemporânea*. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- GOMES, Marcus Alan de Melo. Crítica à cobertura midiática da Operação Lava Jato. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo, ano 24, Vol. 122, pp. 235-236, ago. 2016.
- GUSFIELD, Joseph R. El Paso Moral: El Proceso Simbólico en las Designaciones Públicas de la Desviación. In: DEL OLMO, Rosa (Org.). *Estigmatización y conducta desviada*. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1973.
- HART, Herbert L. A. *O conceito de direito*. 5. ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.
- JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: Noções e Críticas*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.
- MARTINS, Luis Gracia. *O Horizonte do Finalismo e o Direito Penal do Inimigo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- MARX, Karl. *Os despossuídos*. São Paulo: Boitempo, 2017, p. 13.
- MORO, Sérgio Fernando. Considerações sobre a Operação Mani Pulite. *Revista CEJ – Conselho Justiça Federal*, Brasília, n.º 26, p. 56-62, jul./set. 2004.
- REICH, Wilhelm. *Psicologia das Massas do Fascismo*. São Paulo: Martins Fontes, 1988.
- SANTOS, Juarez Cirino. *O Martelo de Moro: A Operação Lava Jato e o surgimento dos Juízes Partisans no Brasil*, 2017, p. 20 (MIMEO), 26p.
- SCHMITT, Carl. *Teologia Política*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.
- STRECK, Lenio. *O que é isto – decido conforme minha consciência*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.
- SUTHERLAND, Edwin. *Crime do Colarinho Branco: Versão sem cortes*. Rio de Janeiro: Revan, 2015.
- TARDE, Gabriel. *A opinião e as Massas*. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- TARDE, Gabriel. *As Leis da Imitação*. Porto (Portugal): Editora Rés, s/d.
- WEBER, Max. *Economia e Sociedade: Fundamentos da Sociologia Compreensiva*. Vol. 2. Brasília e São Paulo: Editora UNB, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A palavra dos mortos: Conferências de Criminologia Cautelar*. São Paulo: Saraiva, 2012.

LAVAGEM DE ATIVOS FINANCEIROS: DA TRANSCONTINENTALIDADE À TERRITORIALIDADE

FINANCIAL ASSETS LAUNDERING: FROM TRANSCONTINENTALITY TO TERRITORIALITY

HIOMAN IMPERIANO DE SOUZA¹

RESUMO: O artigo tem como *objeto* o exame intercontinental do crime de lavagem de dinheiro, comparativamente em seu aspecto principiológico-legislativo no território europeu-americano. Neste contexto, as *hipóteses* foram organizadas nos respectivos tópicos, onde se parte de uma gradativa compreensão de como ocorreu a criminalização da prática da lavagem de dinheiro, baseando-se em aspirações internacionais e, em seguida, demonstram-se os principais aspectos da Convenção de Viena sobre o tráfico e substâncias entorpecentes, da Declaração de Princípios do Comitê da Basileia e da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional como bases estruturantes do entendimento acerca do processo de lavagem de capitais, percorrendo-se a internalização de legislações antilavagem em outros territórios, até o reconhecimento em solo brasileiro, sobretudo a partir da Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998 e sua ulterior atualização. A *justificativa* para a realização deste estudo se dá em razão da necessária compreensão estrutural e conglobante do tipo criminoso visando melhor entender as bases conceituais e dogmáticas do delito. Tem-se como *objetivo geral* ampliar a visão de todo o caminho criminalizador do comportamento de lavar dinheiro, propiciando um entendimento geral da conduta. *Metodologicamente*, por meio de uma pesquisa qualitativa de vertente jurídica, no curso da investigação foram manejadas técnicas de levantamento de dados bibliográficos e documental, por meio de livros e artigos científicos elaborados por autores especializados, além de legislações pertinentes.

PALAVRAS-CHAVE: Lavagem de dinheiro. Internacionalidade. Regulamentação.

ABSTRACT: The article *aims* to examine the intercontinental crime of money laundering, comparatively in its principle-legislative aspect in European-American territory. In this context, the *hypotheses* were organized into the respective topics, which starts with a gradual understanding of how the criminalization of the practice of money laundering occurred, based on international aspirations and then demonstrates the main aspects of the Convention on Vienna on trafficking and narcotic substances, the Declaration of Principles of the Basel Committee and the United Nations Convention against Transnational

¹ Doutor em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Orcid: 0000-0002-9437-549X.

Organized Crime as structuring bases for understanding the process of money laundering, covering the internalization of anti-laundering legislation in other countries territories, until recognition on Brazilian soil, especially after Federal Law No. 9,613, of March 3, 1998 and its subsequent update. The *justification* for carrying out this study is due to the necessary structural and comprehensive understanding of the criminal type, aiming to better understand the conceptual and dogmatic bases of the crime. The *general objective* is to broaden the view of the entire criminalization path of money laundering behavior, providing a general understanding of the conduct. *Methodologically*, through qualitative research of a legal aspect, during the investigation techniques for collecting bibliographic and documentary data were used, through books and scientific articles prepared by specialized authors, in addition to relevant legislation.

KEYWORDS: Money laundering. Internationality. Regulation.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Geografia euro-americana da lavagem de dinheiro; 3 Internalização brasileira e desdobramentos a partir da lei nº 9.613/98; 4 Conclusão; Referências bibliográficas.

1 Introdução

A lavagem de dinheiro reflete um comportamento multifacetário da mentalidade criminosa, ultrapassando limites espaciais e estruturais. Trata-se, em verdade, de uma modalidade delitativa plurifocal – por influir direta e indiretamente na afetação de bens jurídicos diversos – e transterritorial – por ignorar fronteiras físicas a fim de alcançar variadas nações do mundo.

Neste artigo será demonstrada, em um primeiro momento, a topografia territorial de atuação do crime de lavagem de dinheiro, notadamente nos espaços europeu e norte-americano, configurando-se como nascedouro deste comportamento criminógeno a partir de eventos históricos dotados de singularidades e complexidades próprias.

Em um plano seguinte, considerando o interesse dos variados países em interferir combativa e preventivamente contra o avanço da lavagem, o Brasil segue este mesmo diapasão editando a Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998, vigendo com substanciais modificações, principalmente à teor da Lei Federal nº 12.683, de 9 de julho de 2012.

Objetiva-se, geral e especificamente neste trabalho, estabelecer e confrontar panoramicamente as regulamentações europeias, como também as disposições brasileiras acerca da temática, atestando, por meio de uma visão holística, o trajeto criminalizatório da conduta de lavar dinheiro, tratando de suas acepções conceituais e inferências internacionais, notadamente no que tange as consequências compromissórias programático-normativas advindas da Convenção de Viena

acerca do tráfico ilegal de entorpecentes, da Declaração de Princípios do Comitê da Basiléia e da Convenção das Nações Unidas do combate ao Crime Organizado.

Justifica-se, ante a potencial relevância de afetação do crime de lavagem de capitais em solo brasileiro, ofendendo distintas estruturas do estado, destacando-se ainda mais no atual cenário, cujos prejuízos à ordem econômica, ao regime democrático e aos legítimos interesses públicos e particulares são consecutórios da prática lavadora, demonstrando, com isso, uma pluriofensividade de patrimônios tutelados juridicamente.

Metodologicamente, à luz a obtenção dos resultados amealhados com a pesquisa bibliográfica a partir de textos doutrinários, normativos internacionais e nacionais, além de decisões judiciais, ampliar-se-á a cognição para o desenvolvimento de futuras discussões, principalmente diante da abordagem qualitativa aplicada.

Portanto, principiar-se-á em uma tratativa histórica, passando-se por destacados movimentos mundiais de reconhecimento da existência da lavagem de dinheiro, por meio de encontros e convenções internacionais e posterior internalização para fins de elaboração legislativa nas nações que assumiram o compromisso de enfrentar esta prática criminosa, incluindo-se o Brasil.

2 Geografia euro-americana da lavagem de dinheiro

O solo norte-americano e o continente europeu foram os verdadeiros palcos de surgimento e atuação massiva da lavagem de capitais, aliado a realização de encontros internacionais destinados ao seu enfrentamento.²

Salientando-se, noutra feita, que os ideais promovidos e difundidos nos referidos continentes foram propagados exitosamente em todo o resto do planeta, demonstrando com isso um direcionamento de múltiplas vias e, por assim dizer, de fortificadas ferramentas embativas.

É importante destacar que, sobretudo a partir da Convenção de Viena, o pensamento global deveras se voltou para a busca permanente de práticas impeditivas e/ou combativas do delito lavador, com legislações cada vez mais específicas, trazendo nas suas penalidades o teor necessário ao objetivo social de brechar o máximo a conduta criminosa.

Justifica-se, portanto, o aprofundamento de como ocorreram as experiências desse fenômeno criminal nesses dois grandes continentes, principalmente

2 A partir do ano de 2001, em território europeu, o Conselho de Segurança das Nações Unidas, publicou a Resolução nº 1373 que abordou o vínculo relacional entre os crimes: terrorismo, crime organizado, drogas ilícitas, lavagem de dinheiro e o tráfico ilegal de armas.

para que o entendimento acerca do tratamento dado pelos diferentes países à espécie delitiva seja feito de modo contextualizado e sistemático.

O traçado histórico feito nestes vastos territórios teve o condão de, verdadeiramente, guiar as políticas governamentais de atuação contra a lavagem de dinheiro, cujos trabalhos proporcionaram inequívoca inspiração para o restante do mundo.

Das trajetórias supradelineadas, percebe-se inicialmente que foi o panorama norte-americano, sobremaneira, que provocou um impulso global para o movimento de tipificação criminal da lavagem de dinheiro, máxime porque foi no ano de 1.986 que a lavagem de dinheiro foi efetivamente criminalizada em solo estadunidense através do “*Money Laundering Control Act*” (Lei de Controle de Lavagem de Dinheiro)³, onde as agências de persecução foram investidas de poder-dever para confiscar patrimônios e formalizar as demandas judiciais respectivas.⁴

Havia certo limite nesta atividade persecutiva, até porque se assim não o fosse, geraria arbítrios e sensação de insegurança daqueles que quisessem realizar quaisquer aportes financeiros em terra norte-americana, o que prejudicaria a credibilidade financeiro-cambial do país. Logo, a legislação era comedida ao ponto de igualmente preservar o modelo econômico nacional.

A fiscalização, neste particular, passa a ter especial atenção, isto é, o encontro de informações que declinem operações bancárias de natureza suspeita, notadamente as que envolvam altas cifras, as quais, embora mantidos os respectivos sigilos, todavia, internamente e entre os organizamos fiscalizadores, sob os usuários que se enquadram nesta situação passa a existir um “pente fino”.

Há inclusive uma esfera específica no governo dos Estados Unidos chamada de “*Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs – INL*” (Gabinete de Assuntos Internacionais de Entorpecentes e Aplicação da Lei), integrante do Departamento de Estado⁵, em que são desenvolvidas iniciativas auxiliares objetivando enfrentar a lavagem de capitais, convergindo ainda entidades globais neste mesmo sentido e propiciando diretrizes referentes às atividades vinculadas a este crime, bem como viabilizando fontes de compartilhamento de profissionais *experts*

3 A lavagem de dinheiro teve sua inserção no sistema jurídico norteamericano no ano de 1986 por meio do “*Bank Secrecy Act*” (BSA).

4 A partir do séc. XX, entretanto, há nos planejamentos globais a promoção específica do combate à lavagem, sendo nos EUA a ocorrência de seu passo inicial, ao tornar obrigatório o registro de atividades financeiras que ultrapassem o importe de US\$ 10.000,00 (dez mil dólares), visando permitir a fiscalização de operações cambiais providas de suspeição e elucidar a verdadeira procedência.

5 UNITED STATES OF AMERICA. U.S. DEPARTMENT OF STATE. **Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs**. Disponível em: <<https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-civilian-security-democracy-and-human-rights/bureau-of-international-narcotics-and-law-enforcement-affairs/>>. Acesso em 17 out. 2022.

no tema a ambientes externos ao da sua nacionalidade para o fim de conscientizar, criar e executar medidas legais combativas.

A conexão intergovernamental deste Gabinete é contínua, permitindo diálogo constante com outras agências e potências mundiais, seja para a troca de experiências e informações, seja propriamente na observação de transações inco-muns havidas nas instituições financeiras.

Passando-se aos anos 2.000, em 15 de novembro, na cidade de Nova York (EUA), ocorreu a Convenção das Nações Unidas Contra a Criminalidade Organi-zada Transnacional, com vigência internacional em 29 de maio de 2003, já citada acima, objetivando rechaçar condutas delituosas perpetradas pela criminalidade interterritorial, é dizer, os crimes que começam em um país e se desencadeiam em outros.

A continentalidade criminal sempre foi uma preocupação, dadas as difi-culdades naturais, principalmente por questões territoriais e de soberania e, em especial em razão da diversidade de ordenamentos jurídicos, regidos por políticas criminais singularizadas por suas nuances nacionais.

Como o crime organizado se põe a ser mais um dos meios de amealhamento patrimonial incomum por vias ilícitas, a prática de lavagem é extremamente corriqueira neste plano criminoso, o que certamente ensejava maiores esforços nacionais e internacionais no sentido combativo, sendo, portanto, tema igualmente desta Convenção na qual são previstas normas mínimas adaptáveis e exequíveis a qualquer país.

Não é demais rememorar que a faceta operativa da criminalidade organi-zada não recebe à toa esta denominação jurídica, notabilizando-se pelo fato de possuir níveis de hierarquia e mesmo disciplina de seus integrantes, importando, por esta razão, em uma coerente e coesa rede de aparelhamento.

A complexidade reside, no entanto, em estabelecer não apenas uma con-centração ininterrupta de esforços, como ainda preconizar diretrizes de comum aplicabilidade, dotadas de eficácia adequado-pragmática e não tão-somente di-retivo-programática, pois, a criatividade criminoso é diuturna nesta área, de modo que é imperiosa a geração de efeitos concretos, rápidos e efetivos na tarefa de enfrentamento.

Doravante, do outro lado do atlântico, a conduta de lavar quantias foi con-figurada na política criminal praticamente de maneira uniforme a todos os países que atualmente integram o bloco comum da União Europeia, no sentido de se tratar do mesmo tipo penal, com o intuito de não provocar diferenças de tratamento, de modo que algumas nações devem ser sublinhadas, ante a singular experiência vivida na/pela criminalidade da lavagem, como é possível se constatar, destacada

e inicialmente, no campo italiano, onde o pontapé interventivo no tangente à tipificação do referido crime se deu nos anos de 1978, a partir da inserção do artigo 648, no Código Penal Italiano, pela Lei nº 191, punindo, em um primeiro momento, tão somente condutas que envolviam a troca de valores decorrentes de delitos de maior potencial ofensivo.

O interesse legístico inicial, como se pode observar no território italiano, era o de perquirir e punir aquelas condutas que subrogavam ou encobriam os rendimentos derivados de outros delitos, dando-se, com isso, atenção especial ao denominado crime antecedente, por ser o preconizador da posterior lavagem em si.

Depois, através de uma segunda alteração que foi promovida no referido Código - por meio da Lei 55, de 1990, trouxe-se no corpo do artigo 648 mais propriamente a expressão "*reciclaggio*" (reciclagem, lavagem), havendo, em seguida, nova modificação no ano de 1993 majorando-se o leque de infrações precedentes, passando ter espectro bem mais amplo, direcionando-se a quaisquer tipos dolosos.

Parte-se agora, portanto, de uma amplitude de condutas predecessoras o que, de certa forma, é questionável, ante o axioma central da legalidade *stricto sensu* e também da própria fragmentariedade penal, de modo que o legislador deve declinar de forma específica os elementos do tipo, renegando à mentalidade vaga e abstrata. Em outros termos: definir pontualmente o bem jurídico tutelado e as condutas que o violam.

Ainda na circunscrição europeia, agora na esfera da francesa, a luta em face da prática lavadora é priorizada pelas autoridades a partir do advento da Lei nº 90.614, em 12 de julho de 1990.⁶

Dados, informações são fundamentais expressões na lei supraindicada, em que se privilegia o contato e transmissão destes elementos entre agências e entidades para ao menos servir como norte identificador dos traços iniciais do lavamento de ativos em território francês.

Posteriormente, no ano de 1994, houve um aprimoramento do Código Penal Francês, com a introdução dos artigos 228 a 238, para a abordagem específica do combate à lavagem de dinheiro, cujos trabalhos são realizados efetivamente pelo "*TRACFIN*", onde as instituições financeiras, companhias securitárias, sociedades da Bolsa de Valores, têm, em razão do TRACFIN, o dever apontar eventuais sus-

⁶ Ademais, esta legislação fixou árduas penalidades em relação a entidades de câmbio de assemelhadas as quais porventura possibilitassem a lavagem derivada da traficância, estabelecendo punições até mesmo referentemente a atitudes omissivas. Para tanto ao "*Traitement du renseignement et action contre les circuits financiers clandestins*" (TRACFIN) são destinadas periodicamente pelas autoridades do poder judiciário dados fornecidos por integrantes de ramos profissionais que abrangem operações de bens e valores.

peixões acerca de transações cambiais referentes ao tráfico de drogas e também outras empresas de facções criminais.

Novamente, a atenção especial dada ao ambiente consequencial de maior atividade lavadora que é o sistema financeiro *lato senso*, haja vista que o produto da lavagem quase sempre é destinado e operado na rede bancária em geral, vez que a partir deste meio os lucros criminosos são espriados aos outros setores da economia para dificultar ainda mais seu rastreamento.

Neste instante, cabe também observar como a nação suíça, privilegiada por sua circunscrição topográfica, ausência de instabilidade político-econômica e pelo fato de (aparentemente paradoxal) deter um dos corpos legislativos mais punitivos no que tange à conduta de lavar capital (por muitos tida como “paraíso fiscal”) foi capaz de enfrentar a prática da lavagem, partindo com sua tipificação penal a partir da década de 1990, com a introdução em seu Código Penal deste crime por lei específica publicada em 23 de março de 1990, vigendo a partir de 1 de agosto do mesmo ano, adotando-se, de início, um regime criminalizatório genérico, ou seja, para todo e qualquer delito grave, de maneira que o Estado suíço detém a prerrogativa de agir cooperativamente acerca destas práticas.⁷

A definição sobre “delito grave” é, como já dito, um problema legislativo a ser melhor abordado. Porém, o interesse, neste caso, é garantir que o máximo de condutas criminosas que ensejam a proliferação da lavagem possa ser alvo de constante fiscalização estatal e de um intercâmbio comunicacional entre os outros países, inobstante a “neutralidade” política que lhe é peculiar.

O Código Penal Suíço, como transcrito no tópico anterior, penaliza a ausência de diligência em matéria de operações financeiras, nas situações de serem aceitas quantias sem que haja a devida singularização da identidade do beneficiário, seja nas relações bancárias, seja também as que envolvem orientadores/coaches financeiros e tantos outros que operam na negociação de câmbio, de modo que há para quaisquer sujeitos que laboram nesta seara a obrigação de averiguar o ator econômico.

A mera indiferença proposital de agentes públicos e privados quanto a realização de operações minimamente anônimas, neste caso, seria suficiente para impor a respectiva punição, o que, certa forma, aparenta maior preocupação com o dever de transparência informacional.

⁷ A Suíça vem a ser uma das nações-referência quando o tema envolve o branqueamento de dinheiro a nível mundial em que o segredo bancário e fiscal se torna um imã de atração positiva da criminalidade.

Quer-se, neste ponto, controlar a omissão do dever de agir, evitando práticas de “cegueira deliberada”⁸ ou mesmo de prevaricação de agentes estatais que deixam de agir/fiscalizar operações suspeitas de integrar o crime de lavagem e, em razão disso, não apenas (por vezes) usufruir de seus prognósticos, como permitir a capilarização do delito.

A inação, nestes casos, é ponto fulcral e mesmo identificador do início da atividade de lavamento, posto que o agente do Estado se beneficiaria diretamente com a conduta, fazendo com que ela fosse ao máximo encoberta e, partindo-se desta linha, tantas outras camadas de encortinamento surgiriam para prover de ainda mais complexidade o velamento da fonte ilícita dos recursos.

Por fim, o povo alemão de igual modo passou pelo trajeto criminalizador da conduta lavadora, em especial no ano de 1992, sendo inserido o parágrafo 261 no Código Penal⁹, fruto de uma legislação direcionada ao enfrentamento da criminalidade estruturada, onde nos anos posteriores o rol de infrações penais antecessoras foi robustamente elástico a exemplo do modelo suíço.¹⁰

Já no ano de 2004, houve um reforço considerável da mencionada legislação, passando-se a obrigar que bancos e agências de seguro registrassem transações que envolvessem o recebimento de valores acima de quinze mil euros, como também a obrigar ser demonstrado documento de identificação do transator, onde qualquer operação neste sentido necessita ser notificada às autoridades.

8 Esta teoria é aplicada em nível considerável pela jurisprudência brasileira, a exemplo, destacadamente do julgado proferido na Ação Penal (AP) nº 470, como relator o então Ministro Joaquim Barbosa, do Supremo Tribunal Federal, como também no Agravo no Recurso Especial (AREsp) nº 2.157.427, de relatoria do Ministro Joel Ilan Paciornik, do Superior Tribunal de Justiça. A “*wilfull blindness theory*”, possui origens na última meada do século dezanove a partir de uma decisão da corte inglesa no caso “*Regina vs. Sleep*”, em 1861, onde considerava igualmente culpado o réu que, a despeito de ter plenas condições de saber que estava integrando atividades ilícitas, prefere ignorar, “fechar os olhos” à tal. (Cf. RAGÜES I. VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007).

9 No *Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)* (Código Penal alemão), o tipo penal de lavagem é fixado no no Título III, Seção XXI.

10 O texto legal alemão segue, ao final, a Convenção de Viena atribuindo como crime a aquisição, posse e utilização de bens de origem ilícitas: “§ 261 *Geldwäsche*. (1) *Wer einen Gegenstand, der aus einer rechtswidrigen Tat herrührt, 1.verbirgt, 2.in der Absicht, dessen Auffinden, dessen Einziehung oder die Ermittlung von dessen Herkunft zu vereiteln, 3.überträgt, überbringt, 3.sich oder einem Dritten verschafft oder 4.verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er dessen Herkunft zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat, wird mit Freiheitsstrafe bis zu fünf Jahren oder mit Geldstrafe bestraft. In den Fällen des Satzes 1 Nummer 3 und 4 gilt dies nicht in Bezug auf einen Gegenstand, den ein Dritter zuvor erlangt hat, ohne hierdurch eine rechtswidrige Tat zu begehen. Wer als Strafoerteidiger ein Honorar für seine Tätigkeit annimmt, handelt in den Fällen des Satzes 1 Nummer 3 und 4 nur dann vorsätzlich, wenn er zu dem Zeitpunkt der Annahme des Honorars sichere Kenntnis von dessen Herkunft hatte.(...)*” (*Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)* - “Seção 261, lavagem de dinheiro. (1) Qualquer pessoa que 1. ocultar um objeto resultante de um ato ilegal, 2. com a intenção de impedir sua descoberta, confisco ou determinação de sua origem, trocá-lo, transferi-lo ou subtrai-lo, 3. ele mesmo ou um terceiro fornecido ou . 4. Conservado ou utilizado para si ou para terceiro, se no momento da sua obtenção souber a sua proveniência, é punido com pena de prisão até cinco anos ou multa. Nos casos da sentença 1 números 3 e 4, isso não se aplica em relação a um objeto que um terceiro tenha obtido anteriormente sem com isso cometer um ato ilícito. Quem aceita honorários pelo seu trabalho como adogado de defesa criminal, só está agindo intencionalmente nos casos da sentença 1 números 3 e 4 se tiver conhecimento confiável de sua origem no momento de aceitar os honorários.(...)” (*Código Penal alemão*) (tradução livre).

Certamente tais medidas causaram desconforto a diversos “investidores” ou agentes que atuam no mercado financeiro como um todo, apesar de ter sido implementada uma consciência, de certa forma coletiva, de que tais medidas eram necessárias para resguardar a confiabilidade no próprio sistema bancário e securitário e, com isso, garantir mais lisura nas operações ali realizadas.

Visível, pois, que a comunidade europeia, principalmente por meio das nações indicadas acima, se preocupou – como se preocupa – com o tema da lavagem de capitais, tendo ainda editado tantas outras diretrizes/resoluções, por parte do legislativo e conselho europeus, para haver maior auxílio entre os países do bloco em compartilhar dados sobre movimentações cambiais suspeitas de terem origem criminosa, como também a adoção de medidas de enfrentamento.

Como verdadeiros marcos normativos do bloco europeu, podem ser sublinhadas a formulação de três diretrizes específicas (ANSELMO, 2010), a saber:

- A Diretiva 91/308/CEE, que aborda o manejo do sistema financeiro para fins de lavagem de dinheiro, tratando, de forma geral a temática, objetivando o disciplinamento do tratamento do branqueamento em sede europeu. Da mesma, constam razões que sugerem a utilização de ferramentas anti-lavagem, porém, cuja essência é de natureza eminentemente administrativa e de cunho preventivo, posto nela não haver disposições compulsórias às nações subscritoras para fins de tipificação do crime;
- A Diretiva 2001/97/CE, elaborada tão logo após os ataques havidos aos Estados Unidos da América no dia 11/09/2001 (marcado como “o 11 de setembro”), trazendo em si algumas alterações àquela primeira Diretiva, dentre as quais, atualizações quanto ao reconhecimento de organizações criminosas que se vale da lavagem de capitais, além da ampliação do rol de sujeitos obrigados a prestar informações sobre operações suspeitas; e
- A Diretiva 2005/60/CE, ampliando sua abrangência em relação à primeira Diretiva, posto reconhecer a existência de utilização abusiva do sistema financeiro para a ação lavadora, além de condutas passíveis de serem adotadas nesta prática, objetivando em seu âmago, a prevenção não só da lavagem, mas ainda do financiamento ao terrorismo.

Certo, entretanto, que a mentalidade criminosa que permeia a prática da lavagem é por demais dinâmica em sua estrutura e em seu *modus operandi*. Logo, quanto mais as legislações anti-lavagem se mantiverem atualizadas à época de sua vigência – acompanhando *pari-pasu* os novos modos de atuação dos agentes lavadores – naturalmente a eficiência de suas aplicações estará mais garantida, o que, naturalmente, requer de igual forma um ajuste de forças (não apenas legislativas) entre os diversos setores públicos e também privados.

Denota-se, pois, que cada nação – em especial aquelas supradescritas – apresenta seu modelo próprio combativo em face da criminalidade lavadora, demonstrando comum aspecto de sempre se guiarem pelas diretrizes e princípios trazidos nos Tratados e nas Convenções internacionais já abordadas, justamente para, com isso, formatar uma ação coerente e uniforme no tratamento punitivo deste crime.

3 Internalização brasileira e desdobramentos a partir da lei nº 9.613/98

O Brasil, dentro de sua própria perspectiva e campo de vivência, instituiu ferramentas internas contra a lavagem de bens e valores, notadamente pelo contexto cronológico que vai desde a Convenção de Viena de 1988, passando em seguida pela criação individualizada do tipo penal tratado na Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998, chegando, enfim, a se membresiar ao intitulado Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI) em 1.999.

Cada etapa percorrida foi guiada por princípios de índole internacional já frutos de encontros e orientações anteriores, já tratadas em capítulos acima, resultando, em razão disto, na adoção de uma política criminal doméstica mais específica no trato do branqueamento ilícito de capitais.

A princípio, interessante vislumbrar o empenho nacional no engajamento e formulação de ferramentas hábeis a inibir e também punir os agentes lavadores, notadamente fruto da inspiração internacional fomentada em/por outros blocos mundiais, em cujo destaque, como visto, deu-se mormente com a convergência global desempenhada pela ONU.

Este trajeto foi tomado considerando a “*Anti-Money Laundering - (AML)*” (Anti-Lavagem de Dinheiro)¹¹, que se trata de um ato responsável por indicar aos bancos em geral a existência de comportamentos direcionados a camuflar a fonte de valores ou patrimônios ilegais, onde foram desenvolvidos instrumentos normativos por parte do Brasil em resposta a estas operações ilícitas travadas em território nacional, sobretudo tendo em vista o aquecimento econômico do Brasil e sua inserção no mundo globalizado, passando a atrair investimentos de grande vulto e, conseqüentemente, uma via de negócios ilícitos, ambiente perfeito para o endurecimento de entidades criminosas, sem esquecer do espectro frágil que permeia entes governamentais de fiscalização, como ainda a desestabilização sistêmico-defensivo-social.

11 FATF/GAFI. **Padrões Internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. As Recomendações do GAFI.** Fevereiro de 2012. Disponível em: <<https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf>> Acesso em: 03 de fev. 2023.

A globalização e a “blocalização” (formação de blocos econômicos) assegurou de fato um campo permanente de atuação da lavagem de capitais, quando o nível ampliação tecnológica passa a ser quase que desenfreado por parte das grandes potências mundiais, aliando-se às novas formatações do mercado de modo geral.

Along with the international pressure coming from the United Nations and the Financial Action Task Force, the European Communities also reacted to the phenomenon of money laundering in the beginning of the 1990s. Money laundering was first addressed in 1991, when Council Directive 91/308/EEC obligated Member States to ensure that their financing systems could not be used for money laundering purposes. This was the so-called first anti-money laundering (AML) Directive, and terrorism was also mentioned in the ninth recital of the directive, as it was stated that money laundering is not only related to drug offences but may relate to organized crime and terrorism. At this time, terrorism could hardly be considered the main justification for the legislation, but the object of protection stated in the first recital is the ‘soundness and stability’ of financial institutions, as ‘the financial system as a whole could be seriously jeopardized, thereby losing the trust of the public’¹² (HYTTINEN, 2019).

Em verdade, o crescimento, não apenas à traficância de drogas ilícitas, como ao próprio crime organizado, foi alçado a um patamar de preocupação internacional e, não diferentemente, no Brasil, apesar de não haver tantos episódios terroristas em território nacional, como há em solo norte-americano e europeu, por exemplo.

Segue-se, porém, que prevenção à lavagem de dinheiro se deu propriamente no ano de 1.988, trabalhando um aspecto eminentemente punitivista para com a prática lavadora, onde, em um primeiro plano, foi a partir da Convenção de Viena, incorporada nacionalmente através do Decreto Legislativo n.º 162, de 1.991, promulgada pelo do Decreto n.º 154, do mesmo ano, que deram início efetivamente aos trabalhos de criminalização da lavagem de dinheiro.

A ambientação nacional foi gradual, progressiva, sempre se embasando em documentos internacionais, cujas bases conceituais e estruturais já haviam sido sedimentadas, o que de certa forma, valendo-se de exemplos de outras nações, auxiliou o Brasil na elaboração seus próprios mecanismos de atuação.

12 “A par da pressão internacional vinda das Nações Unidas e do Financial Action Task Force, as Comunidades Europeias também reagiram ao fenómeno do branqueamento de capitais no início da década de 1990. A lavagem de dinheiro foi abordada pela primeira vez em 1991, quando a Diretiva do Conselho 91/308/EEC obrigou os Estados Membros a garantir que seus sistemas de financiamento não pudessem ser usados para fins de lavagem de dinheiro. Essa foi a chamada primeira diretiva antilavagem de dinheiro (AML), e o terrorismo também foi mencionado no nono considerando da diretiva, uma vez que se afirmou que o branqueamento de capitais não está apenas relacionado com crimes relacionados com a droga, mas pode estar relacionado com o crime organizado e o terrorismo. Neste momento, dificilmente o terrorismo poderia ser considerado a principal justificativa para a legislação, mas o objeto de proteção declarado no primeiro considerando é a ‘solidez e estabilidade’ das instituições financeiras, pois ‘o sistema financeiro como um todo pode ser seriamente comprometido, perdendo assim a confiança do público’” (tradução livre)

Com a aceitação interna do instrumento convencional internacional, passou-se então à elaboração de lei própria acerca da matéria, à luz da assunção compromissória nacional de constar em seu regramento penal a prática ilícita envolvendo patrimônio derivados do tráfico de drogas.¹³

Este modelo de derivação não emergiu sem que houvesse constatações concretas de ligação etiológica entre a traficância de psicotrópicos e a ação lavadora, cujas raízes são, como pontuado, de cunho mundial.

A narcotraficância, aliás, já possui tratamento deveres delimitado no espaço jurígeno brasileiro, desde a criação da Lei Antitóxico nº 6.368, de 21 de outubro de 1.976, passando por atualizações consideráveis a partir da Lei nº 11.343, de 23 de agosto de 2.006, que finca textualmente, de modo por demais específico, condutas bem delineadas que configuram a o tráfico de drogas em suas modalidades mais comuns de ação. Este crime, em especial, é veículo circulador de diversas riquezas e, ante a ilicitude de seus ganhos, a lavagem de dinheiro toma corpo e relevância, ensejando melhor tratamento.

A lei específica que abordou a ilegalidade perpetrada através do patrimônio advindo do tráfico ilícito de drogas imputou tanto a agentes físicos como jurídicos de variadas esferas a obrigação de singularizar usuários e manter bancos de dados das transcoes como também comunicar tratativas porventura duvidosas, imputando-os ainda punições não-penais ante eventual desatenção de seus deveres.

O caráter preventivo, como se observa, é essencial, a partir do momento que preconiza obrigações de informar transações que porventura possa gerar dúvidas sobre sua idoneidade, principalmente quando envolver grandes cifras ligadas a usuários únicos ou conglomerados empresariais. Naturalmente a geração de riqueza, por si só, não é base para fundamentar tais “suspeitas”, senão apenas em razão de existir um dever de observação preliminar para, em sendo o caso concretizado do delito, poder-se mais a frente se ter um norte de onde se originou a formação patrimonial ilícita.

Apesar da Convenção de Viena se delimitar ao tráfico ilegal de drogas, entretanto, este não é o único nascedouro das práticas lavadoras, como já visto, de modo que o legislador brasileiro, em uma visão mais ampliada, abrangeu um tipo penal mais largo, no sentido de que práticas referentes a patrimônios, ainda que reflexamente, originárias de delitos de grande potencial ofensor e com atributos globais (a exemplo de sequestros, terrorismo e tráfico de armas) sejam também considerados crimes predecessores.

¹³ BRASIL. *Exposição de Motivos n.º 692/MJ*, op. cit.

Quanto mais condutas especificadas, ademais, melhor se obedece ao princípio da legalidade, tão caro ao Direito Penal. A fixação, por assim dizer, de núcleos diversos integrantes do mesmo tipo faz demonstrar não apenas uma pluriofensividade de bens jurídicos, como também uma diagramação mais balizada do que de fato e de direito se pretende criminalizar.

Crível atentar que o rol dos crimes tipificados na Lei Federal nº 9.613/98, como fonte das operações de lavagem de dinheiro era taxativo até o ano de 2012 (antes de vigorar a Lei Federal nº 12.683), o que modo muito restringiu a probabilidade de tipos penais abertos, atendendo-se, assim, à estrita legalidade.¹⁴

Não se estranha que, em razão disso, a aplicabilidade e operacionalidade desta legislação especial foi deveras debatida nas Cortes judiciais pátrias, sobretudo no que tange ao que de fato deveria se considerar como “crime antecedente” para fins de consideração da lavagem ou mesmo da quantidade de condutas necessárias à sua configuração.

Destaca-se entendimento jurisprudencial lavrado pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ), ao apreciar o Recurso Especial (REsp) nº 1170545/RJ, como relator o Ministro Nefi Cordeiro:

RECURSO ESPECIAL. CRIMES DE QUADRILHA, EVASÃO DE DIVISAS, LAVAGEM DE DINHEIRO E CRIME CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. VIOLAÇÃO A REGIMENTO INTERNO E RESOLUÇÕES. SÚMULA 399/STF. AFRONTA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. USURPAÇÃO DE COMPETÊNCIA DO STF. TESES NÃO DEBATIDAS PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. SÚMULA 211/STJ. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. PRETENSÃO DE GARANTIR A AUTORIDADE DE DECISÃO PROFERIDA PELO STF. IMPOSSIBILIDADE. RECONHECIMENTO DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. ART. 109, IV, DO CP. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO AO ART. 619 DO CPP. APLICAÇÃO DE MULTA POR LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ. ILEGALIDADE. COMPETÊNCIA. EXISTÊNCIA DE CONEXÃO. PREVALÊNCIA DO FORO FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. COLHEITA ANTECIPADA DE PROVAS. POSSIBILIDADE. ART. 156 DO CPP. JUNTADA DE DOCUMENTOS COMPLEMENTARES EM 2º GRAU. POSSIBILIDADE. ART. 231 DO CPC. DOSIMETRIA DA PENA. EXACERBADA MAJORAÇÃO DA PENA-BASE. ILEGALIDADE. REDUÇÃO. APLICAÇÃO DA ATENUANTE DA CONFESSÃO ESPONTÂNEA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA/7. PERDA DE BENS EM FAVOR DA UNIÃO. ART. 7º, I, DA LEI 9.613/98 .

(...)

14 **Constituição da República Federativa do Brasil, de 05 de outubro de 1988:** “Art. 5. (...)XXXIX - não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal;”; **Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal):** “Art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal”.

17. O crime previsto no art. 1º da Lei n. 9.613/98, antes das alterações promovidas pela Lei n. 12.683/2012, previa que os recursos ilícitos submetidos ao branqueamento poderiam ter como fonte quaisquer dos crimes constantes de seus incisos I a VIII.

18. Por sua natureza de tipo penal misto alternativo, o crime de lavagem de dinheiro admite que os recursos ilícitos provenham direta ou indiretamente dos crimes prévios elencados nos incisos I a VIII do art. 1º da Lei n. 9.613/98, não havendo alteração de tipicidade penal na admissão de um, dois ou mais crimes prévios - desde que reconhecidos.

19. A ausência à época de descrição normativa do conceito de organização criminosa impede o reconhecimento dessa figura como antecedente da lavagem de dinheiro, em observância ao princípio da anterioridade legal, insculpido nos arts. 5º, XXXIX, da CF, e art. 1º do CP.

Tal requisito estrito fixado na legislação teve como escopo prevenir a ampliação de grande número de infrações como precedentes da lavagem por meio de uma hermenêutica ampliativa.

Não se pode iniciar a persecução penal estatal através da preconização de condutas vagas ou indeterminadas, pois a claridade da lei penal incriminadora é verdadeiro parâmetro de aplicação dela própria, de maneira que quanto mais lapidada for, melhor de ser manuseada por seus aplicadores e operadores.

Para Cid Flaquer Scartezzini (2004), o próprio artigo 1º da Lei Federal nº 9.613/98 demonstra preocupação delimitadora, específica e claramente, a conduta em si – seja por ação, seja omissão – de lavar dinheiro ou ocultar bens, direitos e valores, frutos de crimes tratados repressivamente por meio de cooperações internacionais e também internamente no âmbito brasileiro; ainda, o mesmo dispositivo delega ao Código Penal brasileiro a tutela dos procedimentos voltados para os núcleos verbais descritos tipologicamente (a saber, “*adquirir, receber e ocultar*” - artigo 180, do Código Penal).

A conjugação dessas duas legislações nacionais reforça o ideal de atuação conectiva para assegurar melhor resultado, tanto no processo, como no julgamento dos fatos pelo Poder Judiciário. Aliás, não se pode dizer que se trata especificamente de complementos legislativos, mas sim de suplementos legais, posto que tanto a Lei Federal nº 9.613/98 como o Código Penal se entrelaçam no esforço comum, onde este engendra mais amplitude àquela.

Atenta, ainda, Edilson Mougnot Bonfim (2008), que, após mais de sete anos da subscrição da Convenção de Viena em território nacional, com a consequente sanção da Lei Federal nº 9.613, de 3 de março de 1998, a qual, estabeleceu não somente a criminalização da lavagem como ainda fixou disposições de precaução de

uso do aparato bancário com finalidades ilegais, aglutinando naquela mesma lei federal regras penais, processuais e extrajudiciais, facilitando a sua operação pelos aplicadores do direito.

Torna-se bem mais completa, portanto, esta legislação inicial de 1998 por abarcar ferramentas multidisciplinares no que tange ao disciplinamento de medidas penais-administrativas, versando ainda sobre processo e procedimento, o que de certa forma denota o ideal de condensação da matéria para facilitar a operacionalização legal.

Com o transcurso do tempo, foi-se observando a necessidade de aprimoramento da legislação sobre a lavagem patrimonial em terra tupiniquim, posto o cenário não era mais o mesmo daquele inicialmente regulado em 1998.

Com isso, a Lei Federal nº 9.613/98, foi alterada pela Lei Federal nº 12.683, de 09 de julho de 2012, elencando relevantes progressos direcionados à prevenir a conduta lavadora, *verba gratia*, retirada da lista *numerus clausus* de crimes precedentes, viabilizando doravante a inserção de toda infração criminosa; o acréscimo de situações que envolvem ferramentas cautelares para fins de evitar que o patrimônio de deteriore; a colocação de outros agentes ativos em potencial; a majoração do teto referente à multa para o importe de R\$ 20.000.000,00.¹⁵

Vê-se que este aperfeiçoamento legiferante seguiu a tônica já estampada a nível mundial, pois, como dito, outros países já adotavam um modelo mais ampliado de delitos antecedentes, isto é, não imputando uma lista exaustiva de crimes-base que tornasse bem mais restrita a atuação fiscalizatória devido a obrigação de adequação e subsunção estrita ao rol entabulado.

A rigor, o interesse se dá justamente porque não só a criminalidade estrutural, terrorismo ou tráfico ilícito de entorpecentes ensejavam/ensejam produção patrimonial ilegítima e a conseqüente necessidade de sua “lavagem”, como também todas as modalidades criminosas que, de algum modo, proporcionam ganhos financeiros para o agente.

Acrescente-se ainda o fato de que a lavagem passa a ser realizada em diversos outros ramos da economia, em atividades com nítida aparência lícita, dado seu aspecto ordinário no mercado.

Essa necessidade de atualização legislativa possui relação principalmente porque aquela lista de delitos antecedentes (antes taxativa) se demonstrou deveras

15 BRASIL. MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>> . Acesso em 17 out. 2022.

deficitária, frente à realidade fática que se vivencia, em que a criatividade criminosa vai além das expectativas do legislador ordinário.

Razão disso, a Lei Federal nº 12.683/2012 inovou justamente ao permitir, como dito, a toda infração fosse apta a ser predecessora do branqueamento, naturalmente ao produzir insumos viáveis à lavagem (WEBER e MORAES, 2013).

A potencialidade econômica foi, certamente, o norte para esta inovação e expressivamente, o lucro com a atividade criminosa, notadamente referente aos crimes patrimoniais, ganhou bem mais visibilidade com o desempenho de práticas econômicas de grande porte, como desvios de recursos públicos, venda ilegais de armamentos restritos, tráfico de órgãos humanos, contrabando, descaminho, dentre outras.

Desta feita, o Brasil passou a deter uma nova geração legislativa sobre a lavagem de dinheiro¹⁶, desprovida das correntes que prendiam à necessidade dos delitos antecedentes para atacar a lavagem e o crime organizado, inclusive empoderando cada vez mais instituições de investigação, sem olvidar o quantitativo de sujeitos compelidos a sustentação de cadastro e dever de informação de empreendimentos suspeitos.

Adaptabilidade, vislumbra-se, foi, como ainda é, essencial. Assim, os momentos de atualização legística se mostram imprescindíveis para que a aplicação da lei não fique defasada em relação às novas modalidades de atuação, sobretudo quando se trata de comportamentos que se dinamizam e se mutabilizam diuturnamente na seara econômico-financeira através de novas ferramentas tecnológicas.

Em paralelo aos traçados legiferantes visando o aperfeiçoamento do ordenamento jurídico, ao tempo em que foi sancionada a Lei Federal nº 9.613/98, em curto intervalo depois da incorporação da Convenção de Viena, o Brasil se empenhou em integrar projetos mundiais junto ao Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI).

A integração neste sentido consubstancia o pensamento já preconizado mundialmente, notadamente com relação àqueles países subscritores do pacto vienense, de que a comunicação transfronteiriça serve de grande auxílio para o reconhecimento da lavagem e de seus agentes, principalmente porque as formatações informacionais tomam rumos distintos a depender do espaço territorial e, por

¹⁶ A primeira geração diz respeito ao sistema único, onde apenas existe o branqueamento a partir do momento em que se constatava o tráfico ilícito de drogas. Seguidamente, a geração seguinte, tratava de uma listagem restrita de crimes antecedentes para a configuração da lavagem. Por fim, a última dimensão entoa um elenco aberto em sua disposição legislativa, possibilitando que tanto contraveções como crimes sejam tratadas como premissas antecessoras.

esta razão, a troca de dados entre os países e suas instituições se mostra valiosa à identificação do crime.

Foi por ocasião da Reunião de Cúpula do G-7¹⁷, no ano de 1989 em Paris, que surgiu o “*Action Task Force*” (FATF), isto é, o Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro (GAFI), cujo maior papel era analisar *modus operandi*, previsões de ações futuras dos sujeitos criminosos e fixar instrumentos necessários ao seu combate e prevenção.¹⁸

Afinal, a sofisticação do agir criminoso é cada vez mais concretizada com a implementação de *modus operandi* singulares, volvidos sobremaneira na época hodierna para a seara digital, onde o campo de atuação é ainda muito pouco fiscalizado por instituições estatais, desaguando, com isso, na fertilidade de produção de crimes.

Já o chamado “GAFI-SUD”, foi um Grupo de Ação Financeira sobre Lavagem de Dinheiro entabulado por nações da América Latina (anos 2000), sendo responsável por marcar a regionalização institucional do GAFI, trazendo com isso o ingresso do Brasil.¹⁹

Atualmente, este grupo tem a denominação institucional de “GAFI-LAT”, ou seja, Grupo de Ação Financeira da América Latina, atuante em continente latino americano, formado de dezesseis países-membros, seis países-associados e outras entidades de observação.

El Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT) es una organización intergubernamental de base regional que agrupa a 18 países de América del Sur, Centroamérica y América del Norte. El GAFILAT fue creado para prevenir y combatir el lavado de activos, financiamiento del terrorismo y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva, a través del compromiso de mejora continua de las políticas nacionales contra estos flagelos y la profundización en los distintos mecanismos de cooperación entre los países miembros. (...)

El GAFILAT apoya a sus miembros en la implementación de las 40 Recomendaciones y en la creación de un sistema regional de prevención contra el lavado de activos y el financiamiento al terrorismo. Las herramientas principales para asistir a los países son las medidas de capacitación y asistencia técnica (a través

17 Composta, à época, pela: França, Alemanha Ocidental, Itália, Japão, Reino Unido, Estados Unidos da América e Comissão Europeia.

18 Organismo intergovernamental o qual fixa padrões, elabora e realiza movimentos repressivos aos atos de lavagem e de terror, formado por trinta e três membros, a saber: África do Sul, Alemanha, Argentina, Austrália, Áustria, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Espanha, Estados Unidos, Federação Russa, Finlândia, França, Grécia, Hong-Kong, China, Irlanda, Islândia, Itália, Japão, Luxemburgo, México, Noruega, Nova Zelândia, Reino dos Países Baixos, Portugal, Reino Unido, Singapura, Suécia, Suíça e Turquia, Comissão Europeia e o Conselho de Cooperação do Golfo.

19 O GAFI/FATF foi criado em 1989 pelos países mais desenvolvidos denominados “G7” na Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE).

de la elaboración de guías, informes y documentos de apoyo), y las evaluaciones mutuas.²⁰

O agrupamento intenações segue a máxima de que a conjugação de esforços, visando escopos comuns, de fato promove uma mentalidade mais centrada na busca de resolutividades céleres e práticas em relação ao interesse combativo para com o comportamento ilícito da lavagem. Obviamente, esta força-tarefa regional, paulatinamente, robustece-se com o passar dos anos, promovendo outras atividades direta ou indiretamente ligadas ao seu objetivo central.

Luiz Maria Pio Corrêa (2013) imputa ao Brasil a indicação de ser uma nação extremamente estratégica, não apenas do ponto de vista das potenciais ameaças de agentes lavadores que atuam em seu território e dos grandes centros econômicos estabelecidos, além dos diversos pontos de traficância de drogas e do comércio informal (configurando-se como vulneráveis à prática da lavagem), como também diante da emergência econômica brasileira, atrator de significativos investimentos internacionais. Em razão disso, adotar legislações que enfrentem a lavagem de capitais seria uma postura que caminha em conformidade com os ditames de uma ordem econômica em consonância com as regras de mercado, além de conferir mais transparência e confiabilidade a esferas distintas da área econômica.

Isto porque, é resultado natural da lavagem, a afetação negativa direta da própria economia, a partir do momento que indivíduos ou grupos passam a dominar mercados em razão do alto poder financeiro decorrente da prática lavadora, tais como a formação de cartéis, oligopólios e outros emaranhados de dominação setorial.

O GAFI chegou inclusive a editar e publicar um documento intitulado “*International Standards on Combating Money Laundering and the Financing of Terrorism & Proliferation*”, conhecido como as “*Quarenta Recomendações*”²¹, com o objetivo de

20 “A Força-Tarefa de Ação Financeira da América Latina (GAFILAT) é uma organização intergovernamental de base regional que reúne 18 países da América do Sul, América Central e América do Norte. O GAFILAT foi criado para prevenir e combater o branqueamento de capitais, o financiamento do terrorismo e o financiamento da proliferação de armas de destruição maciça, através do compromisso de melhoria contínua das políticas nacionais contra estes flagelos e do aprofundamento dos diferentes mecanismos de cooperação entre os países membros. (...) O GAFILAT apóia seus membros na implementação das 40 Recomendações e na criação de um sistema regional de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. As principais ferramentas para ajudar os países são medidas de treinamento e assistência técnica (através da preparação de guias, relatórios e documentos de apoio) e avaliações mútuas” (tradução livre). Disponível em: <<https://www.gafilat.org/index.php/es/>>, acesso em: 08 mar. 2023.

21 Dentre elas, realçam-se: “(...)5. As instituições financeiras não deveriam manter contas anônimas nem contas sob nomes manifestamente fictícios. (...) 8. As instituições financeiras deveriam conceder uma particular atenção às ameaças de branqueamento de capitais inerentes às tecnologias novas ou em desenvolvimento que possam favorecer o anonimato e adotar medidas, se necessário, para evitar a utilização destas tecnologias nos esquemas de branqueamento de capitais. (...) 17. Os países deveriam assegurar-se de que dispõem de sanções eficazes, proporcionadas e dissuasivas, de natureza criminal, civil ou administrativa, aplicáveis às pessoas singulares ou coletivas sujeitas a estas Recomendações que não cumpram as obrigações de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. (...) 26. Os países deveriam criar uma Unidade de Informação Financeira (UIF) que sirva como centro nacional para receber (e, se permitido, requerer), analisar e transmitir declarações de operações suspeitas (DOS) e outras informações relativas a atos

desenvolver um plano de ação completo para combater a lavagem de dinheiro e a discussão de ações ligadas à cooperação internacional, de modo a formar um sistema mais completo e encorajador aos países que ainda não participam efetivamente destes trabalhos de combate à lavagem de dinheiro.²²

A completude sistêmica, neste particular, engloba não apenas a integração normativa, senão, principalmente, o desenvolvimento de práticas anti-lavagem por parte de instituições que atuam diretamente no mercado financeiro, seja sob um aspecto fiscalizatório, seja mais voltado à repressão em si.

Oliver Read (2018) traz inclusive:

In der G20-Abschlussklärung vom 1.12.2018 teilten die Staats- und Regierungschefs unter Punkt 25 mit, dass sie Krypto-Assets im Rahmen der Bekämpfung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung nach den FATF-Standards regulieren werden. Außerdem behalten sie sich vor, andere Reaktionen zu erwägen. Es ist zu vermuten, dass Krypto-Assets auch auf die Agenda des G20-Treffens in Osaka im Jahr 2019 kommen werden.²³

Destaca-se, como se constata, que as operações envolvendo não só ativos financeiros tradicionais, como agora os denominado “criptoativos”, passam a ser alvo de melhor atenção desses grupos internacionais, demonstrando a mentalidade de sempre estar atualizado com as novas diretrizes da economia e, consequentemente, de suas ferramentas de financiamento.

Além promover atuações reiteradas objetivando a manutenção das Quarenta Recomendações, o GAFI constantemente busca deixá-las em sintonia com a realidade atual, desenvolvendo estudos objetivando esclarecer quais as nações ou locais com regime privilegiado de tributos ou que implante restrições secretas referentes à formações empresariais, precisamente os territórios considerados como “paraísos fiscais”.

Certo que a soberania nacional é/deve ser resguardada, porém, não há impedimento à concretização de diálogos, o estreitamento de relações para a formalização de instrumentos contra-lavagem com estes países, especialmente quando

susceptíveis de constituírem branqueamento de capitais ou financiamento do terrorismo. (...)”. (FATF/GAFI. **Padrões Internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. As Recomendações do GAFI**, op. cit. Cf. BRASIL. CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS - COAF. **Grupo de Egmont**. Disponível em: <<https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/sistema-internacional-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro/grupo-de-egmont>> . Acesso em 17 out. 2022).

22 Cf. **40 Recomendações do GAFI/ FATF. Ministério da Fazenda – Conselho de Controle de Atividades Financeiras**, Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/coaf/>>. Acesso em: 02 jan. 2023.

23 “Na declaração final do G20 de 1º de dezembro de 2018, os chefes de estado e de governo anunciaram no ponto 25 que regulamentariam os criptoativos como parte da luta contra a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo de acordo com os padrões do GAFI. Eles também se reservam o direito de considerar outras reações. Pode-se presumir que os criptoativos também estarão na agenda da reunião do G20 em Osaka em 2019” (tradução livre)

a efetiva colaboração tem o potencial de resultar em políticas multilaterais neste caminho.

Situada a posição brasileira neste arranjo internacional e de integração do GAFI, por fim, e não menos importante, a Lei nº 9.613/98 igualmente criou no Brasil o Conselho de Atividades Financeiras (COAF), este, tendo sua efetivação tão só com a edição do Decreto nº 2.799 de 08 de outubro de 1998, com o escopo de regular, imputar penalidades de cunho administrativo, além de proceder com a identificação de eventos de probabilidade relacional a atividades ilegais vinculadas à lavagem.²⁴

De modo mais apropriado, o COAF, em sendo nitidamente um órgão de inteligência financeira, traça como objetivo maior a proteção da própria economia nacional contra, marcadamente, o financiamento ao terrorismo e a lavagem. Em sua faceta combativa, este Conselho age, notadamente, nas proximidades de segmentos no mercado que não possuem órgão de regulamentação próprio e, justamente por isso, atua como um agente regulamentador, produzindo relatórios acerca das movimentações que, porventura, denotem a existência delitiva em face da ordem financeira e econômica (“RIF – Relatórios de Inteligência Financeira”), de modo que, a partir disto, comunica-se a instituições investigativas como a Polícia Federal e o Ministério Público.

Já o artigo 9º, da mencionada Lei nº 9.613/98 determina que tanto os indivíduos como as pessoas jurídicas estão dentro do espectro de controle do COAF, principalmente quando captam, intermediam e aplicam ativos de outrem; quando realizam a alienação de cambito estrangeiro, quando guardam, emitem, distribuem, liquidam, negociam, intermediam e administram patrimônio imobiliário.

Assim, é possível destacar alguns setores que devem cumprir tais obrigações, como as instituições financeiras, entidades que atuam em bolsas de valores, seguradoras e agências de previdência privada, juntas comerciais, dentre outras.

Esta, pois, é uma síntese da conjuntura brasileira em termos institucionais e legais, direcionada a evitar e lutar contra a prática da lavagem, sem mencionar diversas outras ferramentas cooperativas em nível internacional (algumas já acima abordadas), partilhando deste objetivo comum de confluir interesses supraestatais na identificação e punição dos agentes lavadores.

24 A composição do COAF é a seguinte: “Presidência, Plenário, Secretaria-Executiva, sendo que o Plenário é formado pelo Presidente, nomeado pelo Presidente da República, por indicação do Ministro de Estado da Fazenda, e por oito Conselheiros. Os Conselheiros, por sua vez, são designados por ato do Ministro de Estado da Fazenda, através de indicação dos respectivos Ministros de Estado, são escolhidos entre os integrantes do corpo efetivo dos órgãos que compõem o Plenário”. **Ministério da Fazenda – Conselho de Controle de Atividades Financeiras**, Brasília. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/i_sobrecoaf.htm >. Acesso em: 02 jan. 2023.

4 Conclusão

Demonstrou-se neste escrito o imbricamento relacionado a fatores do sistema social com a composição da ordenação jurígena, observando o foco de atuação do Estado através de seu aparato persecutor-investigativo-punitivo, especialmente voltada a crescente prática delitativa referente à lavagem de dinheiro.

Fatores iniciais foram decisivos para o entendimento deste modo criminoso, cujo risco de afetação estrutural – direta e indireta – restou demonstrado a partir do momento em que tal modalidade lavadora representa uma grave, não obstante por vezes direta (mas paulatina), violação a núcleos de proteção jurídico-sociais.

Observou-se o surgimento de conceitos emergidos de encontros internacionais ao longo da história, abarcando o estudo próprio da prática de lavagem de capitais, verificando-se o mister que cada nação mundial – incluindo o Brasil – pudesse imprimir internamente compromissos assumidos na órbita global de elaborar mecanismos de coibição deste crime.

Principiamente, houve a necessidade de contextualizar este panorama no cenário de compreensão do progressivo processo de criminalização da lavagem de dinheiro, cuja inspiração remete sobremaneira a Convenção de Viena sobre o tráfico e substâncias entorpecentes, da Declaração de Princípios do Comitê da Basiléia e da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional.

Estes instrumentos transnacionais consubstanciaram e centralizaram de certa forma a formalização de movimentos conjuntos entre distintas nações as quais puderam observar em seus territórios correspondentes o nível de progresso da criminalidade lavadora ao longo das décadas passadas, moldando-se no tempo e espaço, culminando em singulares formatações de prolixas matizes.

Para tal, foi realizada uma trajetória histórica desses encontros internacionais, perpassando legislações de países destacados no enfretamento tradicional da lavagem, principalmente à luz de eventos concretos ocorridos, mormente nos Estados Unidos da América e na Itália, até chegar propriamente ao Brasil com a elaboração de legislação própria acerca desta matéria.

Denotou-se, pois, que cada nação – em especial aquelas supradescritas – apresenta seu modelo próprio combativo em face da criminalidade lavadora, demonstrando comum aspecto de sempre se guiarem pelas diretrizes e princípios trazidos nos Tratados e nas Convenções internacionais já abordadas, justamente para, com isso, formatar uma ação coerente e uniforme no tratamento punitivo deste crime.

Foi possível se verificar, portanto, como se deram as fases criminalizadoras da ação lavadora, quer em proporção mundial – com a formatação estrutural deste

comportamento delitivo; quer localmente no Brasil - com a assunção compromissória de enfrentamento em seu território por meio de normatizações específicas, em especial a partir da vigência da Lei nº 9.613/98.

Naturalmente, a partir desta visão ampla da lavagem é possível que melhor sejam programadas futuras políticas criminais de combate e elaborados instrumentos mais compatíveis, a fim de trazer melhor regulamentação à matéria em discepção.

Referências bibliográficas

- ANSELMO, Márcio Adriano. **O ambiente internacional do combate à lavagem de dinheiro**. Brasília a. 47 n. 188 out./dez. 2010.
- BRASIL. **Criminalização da lavagem de dinheiro no Brasil e no Direito Comparado**. Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília - RVMD, v. 11, nº 1, p. 18-42, Jan-jun. 2017.
- _____. BANCO CENTRAL. **Circular nº 3.978, de 23 de janeiro de 2020**. Dispõe sobre a política, os procedimentos e os controles internos a serem adotados pelas instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil visando à prevenção da utilização do sistema financeiro para a prática dos crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores, de que trata a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, e de financiamento do terrorismo, previsto na Lei nº 13.260, de 16 de março de 2016. Publicada no DOU de 24/1/2020, Seção 1, p. 24-28, e no Sisbacen.
- _____. CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS - COAF. **Grupo de Egmont**. Disponível em: <<https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/sistema-internacional-de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro/grupo-de-egmont>> . Acesso em 17 out. 2022.
- _____. MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>> . Acesso em 17 out. 2022.
- _____. MINISTÉRIO DA FAZENDA. **Prevenção à lavagem de dinheiro e combate ao financiamento do terrorismo**. Disponível em: <<https://www.gov.br/fazenda/pt-br/assuntos/prevencao-lavagem-dinheiro>> . Acesso em 17 out. 2022.
- _____. **MINISTÉRIO DA FAZENDA – Conselho de Controle de Atividades Financeiras**, Brasília. Disponível em: < https://www.fazenda.gov.br/coaf/portugues/i_sobrecoaf.htm>. Acesso em: 02 jan. 2023.
- _____. SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. **Recurso Especial (REsp) nº 1170545/RJ**. Relator Ministro Nefi Cordeiro. Órgão Julgador: Sexta Turma. Data do Julgamento: 02/12/2014. Data da Publicação: 16/03/2015.
- CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- DEUTSCHLAND. **Völkerstrafgesetzbuch (VStGB)**. vom 26. Juni 2002 (BGBl. I S. 2254).
- FÁBIAN CAPARRÓS, Eduardo. **El Delito de Blanqueo de Capitales**. Apud DE CARLI, Carla Veríssimo. **Lavagem de Dinheiro - Ideologia da Criminalização e Análise do Discurso**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2008.
- FATF/GAFI. **Padrões Internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. As Recomendações do GAFI**. Fevereiro de 2012. Disponível em: < <https://www.fatf-gafi.org/content/dam/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-GAFISUD.pdf.coredownload.inline.pdf>> Acesso em: 03 de fev. 2023.
- _____. **Padrões Internacionais de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo e da proliferação. As Recomendações do GAFI**, op. cit. Cf. BRASIL. CONSELHO DE CONTROLE DE ATIVIDADES FINANCEIRAS - COAF. **Grupo de Egmont**. Disponível em: <<https://www.gov.br/coaf/pt-br/assuntos/o-sistema-de-prevencao-a-lavagem-de-dinheiro/sistema-internacional->

- [de-prevencao-e-combate-a-lavagem-de-dinheiro/grupo-de-egmont](#) > . Acesso em 17 out. 2022..
- GODINHO, Jorge Alexandre Fernandes. **Do crime do branqueamento de capitais**: introdução e tipicidade. Coimbra: Almedina, 2001.
- GAFI (2022), **Mesures de lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement du terrorisme - France**, Rapport du quatrième cycle d'évaluations mutuelles, GAFI, Paris www.fatf-gafi.org/fr/publications/evaluationsmutuelles/documents/rem-france-2022.html > Acesso em: 06 out. 2023.
- MAIA, Rodolfo Tigre. **Lavagem de dinheiro: lavagem de ativos provenientes de crime**: anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2007.
- OCGRP - ORGANIZED CRIME AND CORRUPTION REPORTING PROJECT. **2008 International Money Laundering Report**. 24 August 2007. Disponível em: <<https://www.ocgrp.org/en/13-documents-library/reports/74-2008-international-money-laundering-report>> . Acesso em 01 nov. 2022.
- PINTO, Edson. **Lavagem de Capitais e Paraísos Fiscais**. São Paulo: Atlas, 2007.
- RAGUÉS I. VALLÈS, Ramon. **La ignorancia deliberada en Derecho penal**. Barcelona: Atelier, 2007).
- Recomendações do GAFI/ FATF. Ministério da Fazenda - Conselho de Controle de Atividades Financeiras**, Brasília. Disponível em: <http://www.fazenda.gov.br/coaf/>>. Acesso em: 02 jan. 2023.
- ROXIN, Claus. **Derecho penal. Parte General**. Fundamentos. La estructura de La teoría del derecho. Madrid: Civitas, 2006.
- SCARTEZZINI, Cid Flaquer. **A situação do Brasil quanto à lavagem de dinheiro sujo**. Informativo Jurídico da Biblioteca Ministro Oscar Saraiva, v. 16, n. 2, p. 1-87, Jul./Dez. 2004.
- SCHROEDER, William R. **Money Laundering: A Global Threat and the International Community's Response**. 70 FBI L. Enforcement Bull. 1, 2001.
- UNITED NATIONS ORGANIZATION. **United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances**. TREATIES-1 of 12 March 2007. Held at Vienna from 25 November to 20 December 1988.
- UNITED STATES OF AMERICA. U.S. DEPARTMENT OF STATE. **Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs**. Disponível em: <<https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-civilian-security-democracy-and-human-rights/bureau-of-international-narcotics-and-law-enforcement-affairs/>> . Acesso em 17 out. 2022.
- _____. U.S. DEPARTMENT OF STATE. **Bureau of International Narcotics and Law Enforcement Affairs**. Disponível em: <<https://www.state.gov/bureaus-offices/under-secretary-for-civilian-security-democracy-and-human-rights/bureau-of-international-narcotics-and-law-enforcement-affairs/>> . Acesso em 17 out. 2022.
- _____. **18 U.S. Code § 1956**. laws in effect on January 2, 2001.
- WEBER, Patrícia Maria Nunes e MORAES, Luciana Furtado. **Infrações Penais Antecedentes**. In: CARLI, Carla Veríssimo de (Coord.). **Lavagem de Dinheiro: prevenção e controle penal**. 2. ed. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2013.

O PIONEIRISMO DA TEORIA DE AUGUST HEGLER E SUA IMPORTÂNCIA PARA CONSTRUÇÃO DO CONCEITO DE DOMÍNIO DO FATO DE CLAUS ROXIN

*THE PIONEERING OF AUGUST HEGLER'S THEORY
AND ITS IMPORTANCE FOR THE CONSTRUCTION OF
CLAUS ROXIN'S FACT DOMAIN CONCEPT*

SIMONE DE SÁ ROSA FIGUEIRÊDO¹

JOSÉ MARIO RAMOS CORREIA DE ARAÚJO²

RESUMO: Esta pesquisa analisa as contribuições de August Hegler para a formação da teoria do domínio do fato estabelecida na obra de Claus Roxin. A teoria de Hegler se debruça sobre o crime e suas características em uma concepção teleológica. É discorrendo sobre o crime e sua constituição no mundo jurídico que surge a sua preocupação em encontrar um elo entre o crime e o autor, de modo que seja possível vincular um ao outro, fazendo surgir a punibilidade do agente com base na existência do domínio do fato. Embora seja reconhecido o pioneirismo de Hegler no desenvolvimento da teoria do domínio do fato pela doutrina estrangeira, sobretudo a alemã, no Brasil inexistem pesquisas que apresentem o pensamento do autor. Nesse sentido, a contribuição do artigo, inédita na doutrina brasileira, é, a partir da exposição do pensamento de Hegler sobre domínio do fato, demonstrar a influência deste na construção teórica de Roxin sobre o mesmo tema. Nesse sentido, a pesquisa se desenvolve a partir de revisão dos manuscritos originais de Hegler e Roxin, marco teórico do trabalho, sem desconsiderar as reflexões trazidas pelas obras originais de outros autores que se debruçaram sobre o objeto da pesquisa, sobretudo alemães.

PALAVRAS-CHAVE: Domínio do fato. Autoria penal. Autoria mediata. Concurso de pessoas.

ABSTRACT: *This research analyzes August Hegler's contributions to the formation of the theory of dominance established in Claus Roxin's work. Hegler's theory focuses on crime and its characteristics in a teleological conception. It is by discussing crime and its constitution in the legal world that his concern arises to find a link between the crime and the perpetrator, so that it is possible to link one to the other, giving rise to the punishability of the*

1 Doutora em Direito Penal pela UFPE. Professora da Graduação, Especialização e Mestrado em Direito da Faculdade Damas. Professora de Medicina Legal no curso de Medicina da UNINASSAU. Orcid: 0000-0001-6964-7310.

2 Doutorando em Direito pela UFPE. Professor da Especialização em Direito da Faculdade Damas. Professor do IPANEC, da UNIAESO e da FOCCA. Orcid: 0000-0003-1723-6522.

agent based on the existence of dominance of the fact. Although Hegler's pioneering role in the development of the theory of dominion of the fact is recognized by foreign doctrine, especially German doctrine, there is no research in Brazil that presents the author's thinking. In this sense, the contribution of this article, which is unprecedented in Brazilian doctrine, is to show Hegler's influence on Roxin's theoretical construction on the same subject, based on an exposition of his thinking on the domain of the fact. In this sense, the research is based on a review of the original manuscripts of Hegler and Roxin, the theoretical framework of the work, without disregarding the reflections brought by the original works of other authors who have focused on the object of the research, especially the Germans.

KEYWORDS: Domain of fact. Criminal authorship. Modes of liability. Unitary concept.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O pioneirismo de August Hegler no desenvolvimento da teoria do domínio do ato no contexto histórico da Primeira Guerra Mundial; 3 A relação entre o agente e o delito na doutrina de Hegler e seus reflexos para formação da teoria do domínio do fato; 4 A contribuição teórica de Hegler para a doutrina de Roxin: o domínio do fato na concepção de crime como elo entre conduta e autoria mediata; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Introdução

August Hegler foi pioneiro no desenvolvimento do conceito de domínio do fato³, no início do século XX, quando o termo passou a ganhar relevância na dogmática penal alemã, país de origem e aplicação da teoria. Sua condição de professor da Universidade de Tübingen favoreceu o conhecimento de sua construção teórica no meio acadêmico e doutrinário.

O autor promove ruptura com a dogmática penal de sua época, durante o período da Primeira Grande Guerra, conflito armado apto a transformar as concepções e perspectivas humanas, sobretudo em virtude do desenvolvimento da indústria armamentista.⁴

³ O termo – *Tatherrschaft* – traduzido pela doutrina brasileira como domínio do fato, na realidade, significa domínio do ato, por encontrar vocábulo mais adequado à mensagem transmitida pela língua de origem: *Tat* – a palavra alemã é indicativa de ação (DROSDÓWSKI, G. *Duden „Das große Wörterbuch der deutschen Sprache“*. Mannheim: Bibliographisches Institut – Dudenverlag, 1981. v. 6, p. 2567), ato, feito. Sua tradução para o português apresenta certa incongruência no que se convencionou chamar de domínio do fato, na doutrina penal brasileira. Fatos são ocorrências naturais, derivadas tanto da ação humana quanto de fenômenos da natureza, em sua compreensão na língua portuguesa; uma vez que o direito penal se preocupa com condutas é, assim também, coerente a denominação teoria do domínio do ato. Em sentido jurídico, *Tat* é palavra definida como uma ação (*Handlung*), execução / atuação (*Ausführung*), agir (*Handeln*) (KÖBLER, F. *Juristisches Wörterbuch*. München: Verlag Franz Vahlen, 2003, p. 700). As definições penais em alemão, portanto, sempre trazem a marca da ação humana em suas definições, como *Tatbestand* (*der mit Strafe bedrohte Handlung* – a ação punida com pena) ou *Täter* (autor), por exemplo. *Tatherrschaft* é vocábulo composto pelas palavras domínio (*Herrschaft*) e ato (*Tat*) em construção linguística alemã, portanto, que significa ser senhor dos atos (*Herr über die Taten*)

⁴ Durante o período do regime instituído pelo Partido Nacional Socialista dos Trabalhadores Alemães, Hegler denotou certo apoio às mudanças políticas estabelecidas por este partido, por isso, sua obra passou por

A obra de Hegler nomeada *Die praktische Tätigkeit der Juristenfakultäten des 17. und 18. Jahrhunderts in ihren Einfluss auf die Entwicklung des deutschen Strafrechts von Carpzov ab* datada de 1899, além de trazer inovações dogmáticas adiante explanadas, aborda a influência das faculdades jurídicas no direito penal da Alemanha, nos séculos XVII e XVIII, fator a corroborar com a disseminação de sua teoria no meio acadêmico, ainda que sem a aderência esperada pelo autor.

Apesar de receber a mesma denominação – *Tatherrschaft* – por Hegler e Roxin, a teoria do domínio do fato apresenta, em cada um desses autores, diferentes aspectos e relações. Roxin versa sobre autoria penal no direito, já Hegler se debruça sobre o crime e suas características, apresentando os pressupostos de sua doutrina em uma concepção teleológica, como definida por ele mesmo. É discorrendo sobre o crime e sua constituição no mundo jurídico que surge a sua preocupação em encontrar um elo entre o crime e o autor, de modo que seja possível vincular um ao outro, fazendo surgir a punibilidade do agente.

O domínio do fato, portanto, passa primeiramente por uma meta-análise, na qual o fato seria visto na condição de socialmente danoso ou não. Em seguida, parte-se para analisar se o indivíduo era senhor de seus atos no momento de execução da conduta. Em caso positivo, é verificada a existência dos diversos níveis de domínio do ato estabelecidos por Hegler, adiante explanados. É a partir desse processo que se constata a existência do referido domínio pelo agente, culpabilizado-o.

É certo que a teoria do domínio do fato passou por diversas modificações relacionadas a sua aplicação, pressupostos e conteúdo. Diante disso, esta pesquisa tem por objetivo demonstrar a historicidade do conceito de forma mais aprofundada, a partir da análise das contribuições doutrinárias que inauguraram o período de desenvolvimento da teoria, em paralelo com as reflexões de outros autores que se debruçaram sobre a temática, desvelando as suas contribuições, com a finalidade de investigar a origem dos elementos, realizando, outrossim, um resgate de aspectos teóricos que se apresentam como base da teoria do domínio do fato atual.

A partir dessa trilha, demonstra-se que, acerca da construção da teoria do domínio do fato, embora seja desconhecido pela doutrina brasileira, a contribuição teórica de August Hegler é pioneira, remontando ao início do século XX. Nesse sentido, esclarece-se que Hans Welzel não inaugurou o conceito de domínio do fato. Na realidade, já se utilizando da teoria de Hegler, é responsável pelo desenvolvimento estruturado do conceito, incidindo na ação e não na culpa, cerca de meio século depois, contribuição esta, por sua vez, de suma importância para a construção teórica de Claus Roxin, muitos anos depois, partindo do pressuposto

comissão de desnazificação após o fim da Segunda Guerra Mundial, tendo seu alcance restringido.

de que o domínio do fato é o critério responsável por investigar questões de autoria penal.

Nesse espeque, a contribuição deste estudo é demonstrar, a partir da exposição dos principais aspectos teóricos dos referidos autores, o pioneirismo de Hegler na construção da teoria do domínio do fato, a sua influência e a presença das suas conclusões na doutrina de Roxin.

Com suporte na doutrina inaugural de Hegler sobre o domínio do fato e da verificação pormenorizada das conclusões de Roxin, apresenta-se, como resultado, a presença do primeiro na construção da teoria do domínio do fato sedimentada pelo segundo. É nesse contexto que a contribuição desta pesquisa, considerando a doutrina brasileira sobre o tema, se revela inovadora por seu ineditismo.

Para tanto, primeiramente são expostas as contribuições de Hegler sobre a ideia de domínio do fato a partir da sua aceção de crime, demonstrando o seu pioneirismo e o contexto histórico vivenciado pelo autor, por relacionar-se intimamente com as suas conclusões. Em seguida, ainda a partir das conclusões de Hegler sobre a ideia de domínio do fato no conceito de crime, como instrumento de vinculação ou elo entre conduta e autoria, apresenta-se a presença das suas contribuições na teoria do domínio do fato de Roxin, mais precisamente em relação às conclusões deste sobre autoria mediata.

A pesquisa se utiliza do método hipotético dedutivo e desenvolve-se a partir da utilização das obras originais dos referidos autores alemães, sem prejuízo do auxílio da doutrina estrangeira e brasileira sobre o objeto do estudo, nomeadamente, a teoria do domínio do fato.

Entretanto, deste artigo não resultam conclusões teoricamente fechadas sobre a importância da teoria de Hegler para construção da teoria do domínio do fato de Roxin. Na realidade, o intuito final é abrir, de forma crítica, novos horizontes, possibilitando, quem sabe, a introdução de novos pontos de partida, capazes de revelar com bases mais sólidas e precisas a teoria do domínio do fato.

2 O pioneirismo de August Hegler no desenvolvimento da teoria do domínio do ato no contexto histórico da Primeira Guerra Mundial

August Hegler, em 1915, introduziu na dogmática penal o conceito de domínio do fato, todavia, com sentido diverso do posteriormente afirmado por Roxin. O seu texto “as características do crime” - *Die Merkmale des Verbrechens* -, mais

especificamente em sua segunda parte, traz a sistematização dos critérios necessários para vincular o agente ao crime.⁵

Hegler descreveu o domínio do fato incorporando os requisitos factuais do elemento culpa. O agir culpável seria característico apenas daquele indivíduo apto a determinar a ação, dominando o curso dos acontecimentos. A referência dessa construção à delimitação entre autoria e participação decorre, no máximo, do fato de Hegler já realizar distinção entre ato e autor. Nesse sentido, ele examina se o ato está vinculado à pessoa do perpetrador, sendo, portanto, sua a ação. Daí a conclusão de que a contribuição do autor apenas indiretamente relaciona-se com o conceito moderno de domínio do fato.⁶

Claus Roxin⁷ destaca a década de 1920 como marco temporal no qual o pensamento causal-naturalista foi superado na construção da dogmática jurídica. Esse período é ressaltado como importante para o reconhecimento de método científico particular às ciências humanas. Os teóricos perceberam a diferença de objeto e meios para cognoscência, tendo o neokantismo se estabelecido como diretriz na construção do pensamento jurídico. No direito penal, a apreensão do conteúdo jurídico por meio de uma filosofia vinculada a valores imanentes ganhou adeptos, tendo influência fundamental no saber dogmático-penal.⁸

Diante das incertezas geradas pela Primeira Guerra Mundial, em periodização advinda de Hobsbawn⁹, a integração de normas penais foi expandida, muito embora o Código Penal tenha recebido poucas alterações. Todavia, essa ampliação

5 Marcus Marlie destaca o pioneirismo de Hegler em referência direta à ideia de domínio do fato, ressaltando a existência do conceito na dogmática penal a partir dele, desde 1915 (MARLIE, Marcus. **Unrecht und Beteiligung**. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009, p. 18).

6 A parte inicial dos escritos de Hegler trata dos conceitos de crime. No início do século XX o autor já demonstrava a superação do modelo causalista, integrando conceitos ligados ao âmbito da cultura e da vivência, vinculando a valores que se justificam enquanto existentes na sociedade. O direito e a dogmática estritamente positiva trabalham com categorias formais, sob pontos de vista também formais. Dessa forma, o autor busca trabalhar de modo jurídico as características do crime, porém, a partir da integração entre o saber estritamente formal e o saber ligado a valores, de caráter teleológico, a fim de possibilitar que os comandos normativos obedeçam a determinada racionalidade e finalidade (HEGLER, August. *Die Merkmale des Verbrechens*. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 20).

7 ROXIN, Claus. **Täterschaft und Tatherrschaft**. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015, pp. 06-07.

8 O pensamento jurídico, então, diferenciou os domínios do ser (empírico, fático, sem apreensão de conteúdo moral) em relação aos do dever ser, estes construídos por aspectos normativos, históricos e culturais. O homem deixou de ser compreendido enquanto ser determinado majoritariamente por características biopsicofisiológicas, passando a sujeito ativamente engajado na construção da realidade em sua volta, concretizando objetivos e valores compartilhados por uma comunidade. Há a percepção de que a determinação dos valores visa alcançar fim objetivado, seja ele construir ou manter certa ordem social, prevenir ou retribuir crimes, dentre outros. Importante acrescentar que no período antecedente, há o domínio da Escola Positiva, responsável por sistematizar a definição de delito através de um método, fornecendo as bases para a consolidação histórica do conceito jurídico de crime. O empirismo e pensamento cientificista trouxeram concepções que se preocupavam em desconsiderar elementos metafísicos do saber. O direito deveria ser livre de valores em seus julgamentos (*wertfrei*), de modo que a apreensão do conteúdo jurídico, por meio da subsunção, deveria se realizar de modo matemático pois a soma dos diversos critérios formais, ou momentos da conduta, implicariam em materialização de fato típico.

9 HOBBSBAWN, Eric. **Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991**. São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 29.

não ocorreu por meio de produção legislativa acelerada, mas por aprovação de projetos já engavetados – *Schubladengesetze* – ou leis de gaveta, aquelas que aguardam determinado momento político para serem colocadas em pauta e, nas esperadas condições, passarem a vigorar.¹⁰

Em termos dogmáticos, segundo Schaffstein¹¹, Hegler é o primeiro teórico a empreender a construção de dogmática penal de caráter teleológico, se apropriando de formulações e conceitos teleológicos de autores anteriores a si. A base formal para a interpretação do instituto jurídico deve ser fornecida pelas disposições do direito positivo, sendo o crime formado por um complexo de requisitos aos quais o ordenamento jurídico vincula determinadas punições no caso de subsunção.

O autor considera que o crime é, formalmente, o complexo de condições sob as quais a ordem jurídica vincula determinada penalidade. Pertence ao instituto a ação exterior de uma pessoa, todavia, considera que o não agir em violação a expectativa pode ser levado em consideração (como exemplo, Hegler cita a não divulgação de um crime planejado, enquanto comportamento externo penalmente relevante de um agente).¹²

Hegler questiona os motivos que levam o sistema jurídico, o Estado como portador da ordem jurídica, a marcar certos modos de comportamento dessa maneira enérgica. Para ele a resposta geralmente é formal: o comportamento em questão é antijurídico. Essa resposta não o satisfaz, por ser apenas uma mera resposta formal. O autor imediatamente levanta outra questão: a que direito o crime é contrário? Nesse sentido, acredita que certamente a conduta não viola o direito penal. Isso se deve à prática do crime como condição de punição e consequência legal (o ladrão e o assassino, por exemplo, cumpririam a lei penal em sua primeira parte, mas sem agir estritamente contra as disposições criminais). O comporta-

10 Acrescenta o populismo penal como fenômeno presente em finais do século XIX e início do século XX, dando origem a vasta produção de legislação criminal, originando novas leis penais especiais – *Nebenstrafrecht*. Esta expansão penal, ainda segundo o autor, foi responsável por sobrecarregar o sistema de Justiça. A ampliação de normas de direito penal, no contexto da campanha militar, trouxe o direito penal econômico para o centro da produção legislativa criminal, possibilitando a persecução de indivíduos ligados à determinadas áreas do saber, culminando no já citado *Nebenstrafrecht* – o direito penal que está ao lado do Código Penal, no Brasil conhecido como legislação penal especial. Este fenômeno promove o início de uma colonização dos aspectos da vivência humana pelo direito penal, tipificando condutas que muitas vezes se apresentam mais como uma violação moral, culpabilizando, assim, condutas de perigo abstrato (VORMBAUM, Thomas. **Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte**. Berlin: Springer Verlag, 2016, p. 147).

11 SCHAFFSTEIN, Friedrich. Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**. Berlin, v. LVII, 1938, p. 295.

12 Diz que o crime é o comportamento externo e punível de uma pessoa. Porém, em seguida, pondera que é inegável a insatisfação com tal afirmação, concluindo que a partir dela não aprendemos com que considerações o sistema jurídico vinculou ao comportamento externo à consequência de punição. Daí surgem preocupações, por exemplo, o crime certamente também é visto no interior do ser humano e isso não é expresso de maneira alguma. Reflete, em seguida, que podemos pelo menos extrair algo da tentativa de resposta que, por sua vez, nos leva mais longe: comportamento externo punível com sanção, nesse sentido – em conexão com a consequência sancionadora – é um comportamento externo, desaprovado pelo sistema jurídico, selado com um julgamento de desvalor (HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: **Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft**. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 23-25).

mento delitivo violaria uma lei de segunda ordem, sob a tutela da lei penal que, de acordo com isso, possui apenas um caráter secundário, a saber, uma lei que possui caráter imperativo, o caráter de mandamentos ou proibições, as chamadas “normas”, seja a ordem jurídica como um todo, de acordo com seu caráter normativo, imperativo ou proibitivo.¹³

O professor de Tübingen entende que essa característica leva a incertezas e indeterminações, especialmente na questão a quem se dirigem os mandamentos, as proibições, se apenas para os destinatários capazes de compreender os comandos normativos ou para indivíduos dotados de incapacidade, a exemplo de doentes mentais ou crianças. Se negado o último pressuposto, provavelmente não é possível manter um divórcio entre o significado factual da ação mencionada e a questão da culpa relacionada à pessoa do autor. No entanto, esse divórcio é necessário porque a lei conhece casos de punição sem culpa.¹⁴

A distinção entre elementos subjetivos vinculados à culpa (*Schuld*) e objetivos ligados à antijuridicidade (*Rechtswidrigkeit*) é criticada por Hegler que, por sua vez, traz questões referentes à coautoria para fundamentar sua concepção, ao afirmar que a apreensão da intencionalidade tem ressalvas em casos como o do agente que funciona como *absichtloses doloses Werkzeug*, ou seja, quando atua como ferramenta para atingir objetivos alheios, não conscientemente desejados por si mesmo.¹⁵

Para Hegler se trata de momentos da conduta socialmente danosa, violadora de interesses que, por assim dizer, indicariam uma espécie de predação da sensibilidade do interesse social e relevante afetado. Poder-se-ia exigir que os momentos em questão existissem objetivamente: apropriação ilegal em caso de furto,

13 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 25-27.

14 A citada análise de culpabilidade, vista em seu contexto histórico, é responsável por moderar a colonização pelo direito penal de diversos ramos da vivência. As determinações de direito penal especial - *Nebenstrafrecht* - passaram a dispor sobre autoria, patentes, concorrência, imprensa, política, sistema férreo, migrações, finanças, direitos sociais, sistema naval, militar, colonial, dentre outros. Diante da expansão de tipos penais, aconteceu igualmente uma sobrecarga do sistema de justiça, provocando a necessidade de melhor regulamentação dos institutos, o contexto de conflito social promovia a implementação populista de tipos penais, que procuravam carregar as subsunções de conteúdo ético, legitimando a intervenção estatal penal em diversos ramos da vivência humana (VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin: Springer Verlag, 2016, pp. 138-139).

15 O autor cita um comportamento externo que foi considerado como violação de interesses, afirmando ser sempre um comportamento externalizado, entretanto, não é sempre apenas um comportamento visível que representa uma violação de interesse social. Como exemplo Hegler cita o roubo ou fraude. O infrator de interesses já não seria aquele que subtrai uma coisa alheia móvel, ou seja, não é o indivíduo que se apropria de uma bicicleta estranha apenas para subir e descer a rua algumas vezes, mas apenas quem o faz com a intenção de dar a si ou a terceiros uma vantagem financeira ilícita. O doutrinador se refere a esses casos como característicos de ofensas com tendências intrínsecas sobrepostas/preponderantes, porque as leis em questão - e o caso da mera tentativa de crime aqui se inclui - são construídas de tal maneira que algo é necessário no interior do indivíduo, o que não corresponde obrigatoriamente a manifestação externa ou objetivamente observável. Agora é deveras equivocado entender essa preponderância íntima como algo internalizado, subjetivo, ligado à culpa, como geralmente acontece (HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 32-34).

como ensina a apropriação indevida e, no caso da tentativa, enquanto requisitos necessários para a consumação da conduta, sendo exigidos objetivamente. O autor entende que o legislador não procura exigir tanto para incorporar uma violação de interesses (ao ordenamento), a ponto de determinar que externamente uma consciência seja estabelecida, introjetando e objetivando determinada tendência interior. O exemplo é importante para a compreensão geral de que nem tudo que é subjetivo pertence à “culpa” e à “antijuridicidade”, esta não é meramente objetiva. Neste sentido, questiona se a comunhão da intencionalidade de apropriação ilícita, pode implicar a pessoa, no exemplo citado, como cúmplice.¹⁶

Segundo o autor, a omissão em uma descrição de delito é característica da prejudicialidade social de determinado comportamento (antijuridicidade) e isso não pode, portanto, ser colocado na mesma linha da chamada tipicidade da conduta, pois, de modo equivalente um sintoma de doença não é a doença em si, mas algo adjacente indicativo da enfermidade. Todavia, somente em primeiro lugar e à primeira vista fica claro, a partir dessas descrições de ofensas, qual o comportamento e de que maneira ele parece prejudicial aos interesses mencionados. É possível a intervenção de circunstâncias especiais, que inicialmente parecem ser uma violação dos interesses indicados, porque do comportamento que se enquadra na descrição de ofensas é retirado esse caráter de injusto. Por exemplo, os maus-tratos físicos de uma pessoa por outra são um comportamento antissocial, mas apenas se o autor não tiver agido em legítima defesa. Quem feriu indivíduo que ameaça sua integridade, não fez mal à sociedade. Esses são os chamados motivos de exclusão da ilicitude, que ainda desempenham, juntamente com a descrição dos delitos, um papel importante na questão de quais comportamentos são considerados socialmente prejudiciais.¹⁷

Willhelm Gallas¹⁸, em seus escritos sobre o crime (*Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*), expõe, inicialmente e em perspectiva histórica, as grandes correntes de pensamento da doutrina alemã. Dentre elas, são expostas as questões abordadas por Hegler, inclusive a divisão do instituto da culpa e o estabelecimento de critérios na construção da teoria do domínio do fato, a partir de parâmetros traçados por Gallas.¹⁹

16 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 32-34.

17 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 35-36.

18 GALLAS, Wilhelm. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin v. LXVII, 1955, pp. 02-04.

19 As discussões críticas, nos anos seguintes foram vinculadas a essa sistemática, que em sua clareza lógica e praticidade sempre impressionaram, ocorreram, em geral, em duas fases. O primeiro está sob o signo de uma abordagem orientada pelo valor teleológico, que extrai seus impulsos decisivos da política criminal da moderna escola de direito penal, metodologicamente, a filosofia de valor do sudoeste da Alemanha e se opõe ao formalismo e ao naturalismo da então predominante teoria do crime. Seu resultado dogmático

Com a descoberta de elementos subjetivos do injusto foi eliminada a possibilidade de distinguir antijuridicidade e culpa (uma da outra), de tal maneira que se classificassem a primeira do lado objetivo e a segunda do lado subjetivo da ação. No entanto, a reprovabilidade foi vista como um elemento normativo da culpabilidade, o que tornava possível distinguir tecnicamente/objetivamente a culpa do injusto (violação de bens jurídicos). Dolo e negligência caíram da posição de tipos de culpa para a mera condição de formas da culpa. Esse processo de transformação de elementos previamente formais descritivos em materiais normativos foi ocasionalmente levado à pedra angular do sistema tradicional e o conceito natural de ação também foi vítima dele.²⁰

Nesse ponto, a teoria do domínio do fato de Hegler, - *die Tatherrschaftstheorie* -, traz os elementos necessários para vincular o agente ao delito, nos quais os diversos momentos descritos pela norma são preenchidos. É necessário ter conhecimento sobre a culpabilidade do indivíduo, saber se ostentava a condição de senhor de suas ações - *Herr über seine Taten* -, decidindo livremente e agindo com dolo, como intencionalidade voltada para o alcance de determinado objetivo.

As implicações do pressuposto de domínio e culpabilidade são analisadas por Günther Jakobs²¹, entendendo que a censura em si permanece um termo coletivo sem função própria. Esta concepção muda apenas com tentativas de apreender o crime por meio do conceito de culpa. Assim, Hegler compromete-se a tornar o conceito eficiente, atribuindo-lhe ao fato do autor ter sido senhor de sua ação e, com efeito, do ato em sua conformidade, de acordo com suas qualidades juridicamente significativas.

O domínio, o conhecimento ou a capacidade de perceber injustiça material em conjunto com a responsabilização e a falta de motivos para exculpações, ostenta uma condição necessária de punição porque a aplicação da pena como um mal eticamente possível é justificável apenas aos capazes de serem censurados por

mais importante é a supressão do formal, violando as normas da infração em favor de um conceito material de ilegalidade orientado ao objetivo da proteção legal. O crime é um injusto, na medida em que agride ou ameaça interesses legalmente protegidos. Por um lado, isso abriu caminho para uma exclusão "suprallegal" de ilicitude sob o ponto de vista da ponderação entre bens jurídicos e, por outro lado, questionou a restrição fundamental do julgamento da antijuridicidade ao lado objetivo da ação e a estrita e anterior separação entre adequação típica e antijuridicidade: a ilegalidade do roubo na condição de crime contra o patrimônio, por exemplo, parecia apenas compreensível através da inclusão da intenção de se apropriar indevidamente como um elemento subjetivo do injusto. No entanto, o tipo penal (conduta) materializado não conseguiria mais ser separado da conexão proposital com a função do direito penal de proteger bens jurídicos. Com isso, ele perdeu sua livre valoração, tornou-se a descrição legal da ofensa típica para a respectiva violação e, portanto, de um mero indicio de ilegalidade (*ratio cognoscendi*) para o portador (*ratio essendi*) do injusto penal.

20 Complementa exemplificando que, na proposta de Radbruch, em lugar da ação, tornar-se-ia a realização de conduta típica o conceito básico da teoria do crime. Em geral, a ação foi considerada o ponto de referência real indispensável para os atributos normativos da conduta (GALLAS, Wilhelm. *Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlim v. LXVII, 1955, pp. 02-04)

21 JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlim: De Gruyter, 1991, p. 472.

suas atitudes. Essa repreensão somente pode ser feita em relação ao agente que tem domínio dos seus atos, aptos a provocarem danos à sociedade.²²

O princípio do interesse preponderante - *Prinzip des überwiegenden Interesses* - possui como medida, para Hegler, a principal finalidade do ordenamento jurídico penal, que é a manutenção e reforço das condições de existência e desenvolvimento da sociedade organizada no Estado, que denomina “medida de acordo com a finalidade de todo o sistema penal: preservação e fortalecimento das condições de existência e desenvolvimento da sociedade organizada no estado” - *Gemessen an den Zweck der ganzen Strafrechtsordnung: Erhaltung und Stärkung der Existenz- und Entwicklungsbedingungen der im Staat organisierten Gesellschaft* -.²³

É nessa perspectiva que a doutrina de Hegler relativa às características do crime fornece as bases para a compreensão do que ele entende como a conduta penal, que deve ser dominada pelo senhor das ações, implicando no domínio do fato (*Tatherrschaft*), estabelecendo, portanto, diversos critérios para que se possa ter segurança na possibilidade de determinação de sanções penais.²⁴

3 A relação entre o agente e o delito na doutrina de Hegler e seus reflexos para formação da teoria do domínio do fato

Após definir materialmente o crime, Hegler, na segunda parte da sua obra, se dedica a uma abordagem destinada a demonstrar o elo entre delito e autor, ou seja, o significado técnico da conduta delitativa e sua ligação com a figura do autor. Nesse ponto, ocorre a introdução do termo domínio do fato - *Tatherrschaft* -, apontando-o como fundamento da culpabilidade.

Sobre a questão, afirma Roxin²⁵ que a primeira pessoa a usar o termo domínio do fato no campo do direito penal é Hegler. Em seu tratado de 1915 sobre as características do crime, o termo domínio do fato ou domínio sobre o fato é introduzido em inúmeros lugares como um conceito dogmático básico no sistema de direito penal.

Entretanto, Hegler não associa a essa palavra o conteúdo que ela possui hoje. Para ele as ações culpáveis são apenas as que o autor possui completo domínio do fato e, de modo livre, ausente de coação e consciente de seus atos, é o senhor

22 JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: De Gruyter, 1991, p. 472.

23 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 39.

24 O contexto histórico vivenciado pelo autor, em uma nação recentemente unificada, o levou ao uso do direito penal como instrumento de intervenção na vida privada, justificado pelas necessidades surgidas com a Primeira Guerra. Passado o conflito, um breve período republicano se impõe, seguido rapidamente por novo autoritarismo.

25 ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015, p. 60.

do fato em sua conformação. Além disso, considera existir o crime na hipótese de autor omissivo, quando o domínio do fato está na falta de vontade de evitar a sua ocorrência, em sua conformação, muito embora alguma intervenção fosse esperada.²⁶

Hegler²⁷ afirma que para ser culpável o agente deve ser senhor de seus próprios atos e do sentido adquirido por estes, quando da ação antissocial. A conduta somente será considerada prejudicial aos interesses da sociedade se o autor preencher a condição de ter consciência do sentido atribuído a seu comportamento, devendo dominar a finalidade para a qual o ato se destina.²⁸

A questão da culpabilidade importa para Hegler posto que estabelece a associação do agente com determinada ocorrência relevante para o direito penal. Essa relação é determinada pelo ordenamento jurídico positivo, o que pode ser compreensível para o autor, quando se observa a linguagem cotidiana e o saber historicamente construído, enquanto instrumentos aptos a determinar a incidência da reprovação.²⁹

Ao desenvolvimento da teoria do domínio do fato, Hegler é pioneiro, tendo papel fundamental para os estudos de autoria penal. Segundo Rabie,³⁰ a teoria do domínio do fato se tornou cada vez mais popular enquanto um critério pelo qual o principal agente criminoso pode ser identificado. O principal responsável é a pessoa que tem o domínio sobre o fato - *die Tatherrschaft* - ou seja, ele é quem organiza, domina e controla a prática do crime. Como conceito dogmático, o domínio do fato (*Tatherrschaft*) foi introduzido na teoria do direito penal por Hegler, em 1915, delineando critério pelo qual a conduta deve ser determinada e sendo aceito por vários juristas.³¹

26 ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015, p. 60.

27 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 184.

28 Havendo este domínio, é possível o juízo de reprovação da conduta (*Vorwerfbarkeit*), materializando a culpa. Portanto, o uso da violação de direitos praticada pela pena deve obedecer a critérios que, de modo ético e justo, considerem a capacidade do agente em se autodeterminar.

29 Liszt é citado enquanto teórico que individualiza a conduta do agente, promovendo a vinculação desta com a antijuridicidade. Todavia, a sua concepção é tida por Hegler como exageradamente vinculada a elementos psicológicos, representando a ação delitosa, quase exclusivamente, a personalidade do autor. A crítica de Hegler é no sentido de que a análise de Liszt se concentra em aspectos não observáveis, preferindo se atender a características não apropriadamente cognoscíveis, além de desprezar os elementos volitivos envolvidos necessários a uma correta observação do fenômeno. (HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 185).

30 RABIE, Marinus Andre. Criminal Law: Täterschaft und Tatherrschaft. In: *The American Journal of Comparative Law*. v. 19, 1971. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/839264>. Acesso em: 12 jul. 2020, p. 373.

31 No entanto, não existe um conceito uniforme de domínio do fato, fragmentado em tantos conceitos quanto apoiadores. Welzel é o principal jurista responsável pela popularidade atual do conceito de domínio do fato, que conciliou com sua teoria controversa da ação final. No entanto, esse autor não forneceu uma explicação satisfatória da aplicação do domínio do fato como único critério para inferência de autoria. Por exemplo, quando um *extraneus* direciona o curso dos acontecimentos por cometer um crime que exige qualificação especial do agente (por exemplo, um agente que não é funcionário público comete um crime que somente

Diante do aumento de disposições penais, os estudos relativos ao instituto jurídico do erro foram desenvolvidos. Em suas espécies (tipo e proibição), passou a contar com maior atenção dos juristas, interpondo critérios para a aplicação da lei penal, culminando, em 1917, com a expedição extraordinária pelo Senado (*Bundesrat*) de texto normativo dispondo sobre a temática - *Irrtums-Verordnung*.³²

Inclusive, a dogmática de Hegler³³ já tratava da questão, colocando o erro na condição de critério apto a inviabilizar o domínio do fato. A teoria está igualmente inserida no contexto da expansão dos estudos relativos ao erro e da responsabilização de indivíduos com reduzida capacidade.^{34 35}

Nesse sentido, afirma Hegler:³⁶ “O segundo pressuposto é que o agressor, no momento do ato, tenha se encontrado em um estado geral de maturidade e saúde mental, no qual ele poderia aparecer como senhor de seus atos, sendo imputável. Aos doentes mentais, à criança, negamos tal capacidade.” As categorias penais como a imputabilidade, a culpabilidade em sentido estrito e o juízo de reprovação, por exemplo, poderiam ser englobadas pelo conceito de domínio do fato (*Tatherrschaft*), pois ele abarcaria um pensamento teleológico unificante, capaz de trazer clareza conceitual.

A pluralidade da expressão culpa foi criticada por Hegler³⁷ por se referir, em algumas ocasiões, à imputabilidade e, em outras, ao dolo ou negligência/omissão. Portanto, o conceito de domínio do fato representaria a superação daquilo que o autor considera metodologicamente uma falha, nomeadamente, a equivocidade da expressão culpa na dogmática jurídica. A reprovabilidade da ação deve ser necessária para a aplicação da violação de direitos imposta pela pena, todavia, a

pode ser cometido por burocrata), ele não pode ser o autor principal, mesmo que tenha domínio sobre os eventos. (RABIE, Marinus Andre. Criminal Law: Täterschaft und Tatherrschaft. In: **The American Journal of Comparative Law**. v. 19, 1971. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/839264>. Acesso em: 12 jul. 2020, p. 373).

32 VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin: Springer Verlag, 2016, p. 147.

33 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 31.

34 À propósito, a influência da psiquiatria no direito é exposta com as devidas reservas pelos dois teóricos do domínio do fato que compõem o objeto deste estudo.

35 Wetzell aborda o tema da responsabilidade penal dos doentes mentais no direito penal afirmando o crescente descontentamento da população para com o sistema de justiça criminal. A teoria do domínio do fato tratava da temática, incluindo a análise inexorável do pressuposto para inferência da culpabilidade, na medida em que estabelecia a condição de saúde mental em seu segundo critério de avaliação, implicando em um aprimoramento doutrinário penal, incorporando as descobertas da medicina (como feito pela Escola de Marburg), todavia, promovendo integração dos saberes em metodologia própria, considerando valorações sociais (em pressupostos neokantistas), normativas e técnicas (WETZELL, Richard. *Inventing the criminal*. USA: The University of North Carolina Press, 2000, p. 79).

36 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 193.

37 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 190.

incidência da censura somente poderá ocorrer em relação ao agente que seja senhor completo do ato socialmente repugnante.

Hegler³⁸ afirma que a culpa não se refere a um julgamento baseado na condição, situação, processo ou momento psíquico, nem se relaciona a um julgamento meramente valorativo, ou ainda, a questão de arbítrio valorativo. Na realidade, a culpa seria compreendida na forma de um juízo relacional entre o ato e a *psique* do agente, que estaria, por sua vez, completo com o domínio da conduta que fere os interesses da sociedade por parte daquele que se enquadra no fato típico. O momento da valoração, da análise de categorias relacionadas ao comportamento inadequado, errôneo, do agente, é pressuposto do conteúdo do conceito de culpa, sendo também o ponto de partida no momento de inferir ou não sua presença.

Na teoria de Hegler o ponto de partida é a percepção da ação na qualidade de contrária ao interesse social, em sua reprovabilidade, na condição de (possibilidade de) censurabilidade social que permite a incidência do texto normativo ao caso. Superada essa análise inicial, é necessário ainda evoluir para um segundo momento, no qual a questão do domínio da conduta é levada em consideração juridicamente, inferindo-se o sentido da ação típica. Entretanto, ainda segundo Hegler,³⁹ o conteúdo inicial do conceito de culpa acaba por ofuscar este último, de modo que a culpa em sentido *lato* é descrita como o juízo de reprovabilidade ou a possibilidade de reprovabilidade.⁴⁰

Os critérios para o domínio do fato (*die Tatherrschaft*) dependem de uma série de requisitos positivos e negativos, relacionados ao autor punível, quando do acontecimento socialmente danoso. Dentre os critérios positivos, o autor relaciona a condição de liberdade de ação, na qual o indivíduo atua sem ser coagido, por exemplo, excluindo-se os movimentos reflexos pois, nesses casos, não há liberda-

38 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 189-190.

39 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 190.

40 A relação entre o injusto (*Unrecht*) e a culpa (*Schuld*) em seus desdobramentos, tipicidade (*Tatbestand*), ilicitude (*Rechtswidrigkeit*) e culpabilidade (*Schuld*), nomeadamente, descrição (*Beschreibung*), interesse (*Interesse*), culpa em sentido estrito (*Schuld i.e.S.*) e culpa em sentido amplo (*Schuld i.w.S.*), do modo como é definida e interpretada por Hegler, que identifica conteúdo de censurabilidade nos elementos objetivos do injusto, é abordada por Schaffstein quando da constatação do sistema construído pelo defensor do pensamento teleológico em sua interrelação com os elementos objetivos e subjetivos do injusto. Para Schaffstein não é sem importância notar que, a esse respeito, Hegler e Thierfelder criaram valiosos pontos de partida antes mesmo da reforma do sistema penal, em particular através de suas análises relativas ao tipo penal. Pois os resultados da doutrina das características objetivas da culpa residiriam não apenas na afirmação de que inúmeras características da culpa são objetivamente concebidas nos tipos penais individualmente e, portanto, constituiriam uma contrapartida ao elemento subjetivo do injusto. Igualmente importante é que, através dessas investigações, o conhecimento da complexidade da natureza de numerosos tipos penais aumentou. Verificou-se que esses tipos penais, mesmo em seus componentes objetivamente concebidos, não apenas representam uma tipificação do injusto (no sentido da doutrina objetiva predominante do injusto), mas, ao mesmo tempo, significam uma transmutação da culpa (SCHAFFSTEIN, Friedrich. *Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems*. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. LVII, 1938, p. 302).

de no agir externado. Após momento inicial de observar lesão ou ameaça desta a interesse social, provocando a incidência jurídica, há o instante de aplicação da referida teoria.

Nos pontos negativos, a conduta omissiva representa ausência de ação, negligência para com os interesses da coletividade, escolha por comportamento indiferente à importância normativa dada aos referidos interesses. Inclusive, em posição contrária, Roxin não aceita a aplicação de sua teoria do domínio do fato (*Tatherrschaftstheorie*) aos delitos omissivos, uma vez que entende que neles há ausência do referido domínio, qualificando as omissões como crimes de infração de dever (*Pflichtdelikte*) delitos nos quais o agente deixa de cumprir dever que o obriga a agir em determinadas situações.

Para Hegler, o domínio do fato (para que a censurabilidade seja dada) depende de pressupostos positivos e negativos (dispostos mais adiante) relativos à *psique* do ofensor.

No lado positivo, o fato de que o autor em seu comportamento exterior estava em estado de liberdade de ação, que não agiu sob a pressão de força irresistível.⁴¹ Sob um ponto de vista puramente exterior, há um comportamento da parte dele, de sua assinatura, e desse ponto de vista puramente externo, o que geralmente não acontece, deve ser assumido o ponto de partida (primeiro pressuposto) dos teóricos de razões teleológicas. Falta, por assim dizer, o lado interior, a liberdade do comportamento exteriorizado.⁴² O segundo pressuposto para que ocorra o domínio da conduta, do fato (*die Tatherrschaft*), é a imputabilidade (*Zurechnungsfähigkeit*) do indivíduo no momento da ação. Deve o agente ter plena maturidade intelectual e plena disposição de suas faculdades mentais para se fazer presente a segunda exigência do domínio em questão. O terceiro requisito de caráter positivo, na afirmação do domínio do ato, é a culpa em um sentido estrito,⁴³ consubstancia em intencionalidade (dolo - *Vorsatz*) e negligência (inércia - *Fahrlässigkeit*).

Hegler afirma que o seu método não é estruturado de modo a considerar estados psíquicos, tampouco apenas as descrições legais tidas como socialmente danosas (tipos penais) ou uma combinação dos dois fatores. O julgamento não é de valor (*Bewertungsurteil*), mas de relação (*Beziehungsurteil*) estabelecendo o vínculo dos agentes com o ato como um todo, em sua configuração completa.

41 Teve sua mão levada a uma assinatura falsa ou não agiu por meio de movimento involuntário do corpo, ao espatifar um vaso precioso.

42 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 190-191.

43 Sentido comumente utilizado como gênero para as espécies dolo e negligência/omissão.

Para entender seu propósito comum de intenção e negligência, temos que admitir que não se trata de processos ou estados específicos da alma ou de sua descrição, nem mesmo um julgamento de avaliação ou uma combinação, mas análise relacional em torno da questão de saber se o agressor dominou esse seu ato socialmente prejudicial. Especificamente, se ele era o senhor do ato em sua materialização/conformidade, de acordo com suas dualidades legalmente significativas. A tendência interior predominante também está fora de questão aqui: se existe, é sempre consciente e intencional, portanto, é apenas uma textura objetiva da alma.⁴⁴

A natureza objetiva do ato concreto em detalhes, o interligar dos momentos individuais dos quais o caráter de socialmente danoso depende de um tipo de comportamento prejudicial, não apenas em seu resultado (como o provocar a morte de uma pessoa, o dano de uma coisa), são levados em consideração.⁴⁵ O senhor do ato nessa condição de conformar os fatos seria o autor se a conduta punível puder ser atribuída à sua *psique*, formando uma ponte para o seu interior, na qual a ação como tal pode de alguma forma estar relacionada ao autor, se analisada em retrospectiva, uma relação que é simples em casos dolosos.⁴⁶

De fato, o momento de construção relacional é visto como pueril nos casos dolosos, ao contrário do que acontece nos culposos. Todavia, a aplicação da teoria do domínio do fato é viável para a última hipótese também. O autor expõe a possibilidade de estabelecer vínculo volitivo entre a omissão e o resultado, citando o exemplo de um motorista que provoca atropelamento culposamente, por não almejar o resultado. A observação de descrição da conduta não serviria como base para inferir julgamento relacional entre autor e fato “uma descrição dos processos internos não é uma opção como fundamento para um julgamento relacional”.⁴⁷

A possibilidade para constituir o elo entre a conduta culposa e o domínio do fato é explicado por Hegler da seguinte forma: a negligência ocorre quando o autor não imagina o resultado ocorrido (apresentado) que poderia ter levado em consideração e evitado como tal, agindo com atenção e consideração normais, então, deve ele imaginar sua ação como tal e responder pela mesma (por exemplo, para que a morte de um homem possa ser a consequência de sua condução em alta

44 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 194-199.

45 Também outras circunstâncias significativas, a consciência de propriedade da coisa como alheia, do animal como passível de caça, então a compreensão e conformação do ato como um todo, de seu caráter total como socialmente prejudicial ou ilícito.

46 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 194-199.

47 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, p. 207.

velocidade, se assim o desejar, nessa consideração hipotética, o dever de evitar acidente deve ser assumido).⁴⁸

O mesmo raciocínio se aplica à chamada negligência (culpa) consciente, na qual estava presente a concepção de conformação do ato por previsibilidade do ofensor, uma relação realmente positiva entre a *psique* do ofensor e a natureza do crime. Por exemplo, o pensamento de promover atropelamento passa pela mente do agente, mas a ação como tal não foi escolhida, de modo que a falta da consciência mencionada acima, oriunda de relação negativa, forma a base do crime: uma vez que o agente teve o pensamento em sua mente, deveria agir com atenção normal e decidir entre uma conduta potencialmente perigosa e outra legalmente aceita, pela última.⁴⁹

Os pressupostos negativos relativos à *psique* do ofensor, antes mencionados, se relacionam aos crimes que envolvem comportamento omissivo, fundamentando-se em outros pressupostos, uma vez que não há intencionalidade na produção do resultado, de modo que a ação difere em suas motivações, ou seja, do fim factualmente alcançado. O elo passa a ter um caráter mais psicológico, pois o domínio da conduta vai se atrelar não a aspectos positivos, mas sim negativos.

Por fim, há ainda um último critério para inferência do domínio (completo) do fato (*die volle Tatherrschaft*) de Hegler que é estruturado na impossibilidade do agente ter sua ação condicionada a situações de coação, física ou psíquica, assim como, de não se encontrar em situação capaz de mitigar sua capacidade de decidir, representando um defeito na vontade. Da mesma forma, devem estar ausentes os motivos que isentem a punibilidade do sujeito, como o estado de necessidade, por exemplo. Portanto, o autor denota a necessidade de inexistência de excludentes de culpabilidade (*keine Schuldsausschliessungsgründe*).

Nesse ponto, a teoria do domínio do fato, em Hegler, admite autoria mediata por meio de um agente que atua de acordo com o ordenamento jurídico. O autor verifica que a existência de excludentes de ilicitude para o autor imediato é responsável por atribuir culpa ao autor mediato, conhecedor do real sentido da ação intencionada. O referido entendimento foi deveras criticado por Mezger, que afirmou a impossibilidade de autoria mediata por indivíduo atuando legalmente.⁵⁰

48 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 211-213.

49 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 211-213.

50 Para Mezger, a autoria mediata no direito penal exige que o executor realize a conduta antijurídica, representando os interesses do autor mediato, pois quando o autor imediato age legalmente, não pode servir a outra pessoa para executar um crime. Essa tese foi atacada em diversos pontos por Hegler, a sua investigação teve o mérito de tocar em trecho mais debatido da área muito controversa da autoria mediata, perseguindo em detalhes especialmente os grupos de casos relevantes de modo mais minucioso do que o anteriormente indicado e ordenado. As declarações de Hegler não convenceram Mezger, para este,

A culpa em sentido estrito (*Schuld i. e. S.*), na terminologia de Hegler e de acordo com os desenvolvimentos teóricos de sua época, era composta pela intencionalidade (dolo – *Vorsatz*) e negligência (culpa – *Fahrlässigkeit*). Separada da culpa em sentido amplo, ligada à ausência de excludentes de ilicitude e culpabilidade (*Schuld i. w. S.*).

A culpa em sentido estrito, estava no cerne da questão da culpa em sentido amplo. Passa a existir uma pré-condição negativa para mencionar por último: para que haja domínio do fato, o agente não deve ter atuado com base em uma situação psíquica de coação ou devido a uma situação motivacional tão incomum que ele, sob a pressão da condição, não mais tem o completo domínio do seu agir, não sendo mais inteiramente senhor de seus atos. Caso contrário, incide um excludente de ilicitude, excludente de culpa em sentido estrito, ou culpa em sentido amplo. Aqui entram em consideração o estado de necessidade e a coerção: ausência de punições daqueles que agiram para escapar do perigo presente a sua vida ou a de um ente querido, também a não punição de um insulto ou lesão corporal leve, revidada no mesmo local e momento.⁵¹ Desses pré-requisitos depende a culpa em sentido amplo enquanto julgamento relacional (completo domínio do fato). Esse pensamento reúne os pressupostos, mas eles são todos independentes e autônomos em relação um ao outro, podendo existir juntos ou separados.⁵²

A culpa no último estágio da teoria do domínio do ato – *Schuld i.w.S.* – é definida como ausência de excludentes penais (estado de necessidade, erro, coação), ou seja, como um critério negativo, apto a garantir que a conduta não seja penalizada, ainda que tenha preenchidos os três critérios anteriores, certificando-se do domínio do fato pelo agente, com vontade livre.

A culpa – *Schuld i.w.S.* – depende da conjunção destes quatro momentos do domínio do fato – *Tatherrschaft* – para que se forme o julgamento relacional do ato com o autor. Em resumo: o completo domínio da conduta (*die volle Tatherrschaft*) depende dos seguintes critérios: a liberdade de ação – *Handlungsfreiheit*; a imputabilidade – *Zurechnungsfähigkeit*; a culpa em sentido estrito (dolo ou omissão, inação) – *Schuld i. e. S.*; a ausência de motivos que isentem a culpabilidade do agente, excludentes de culpabilidade – *Schuldausschliessungsgründe* -.

precisamente, o exame mais detalhado dos grupos de casos individuais mostra que a afirmação de que há culpabilidade indireta no caso de ações legais do autor imediato não se aplica. Pelo contrário, a autoria mediata, onde ela realmente exista, pressupõe um ato ilícito do executor (HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 529 – 530).

51 Uma consequência prática importante é que um mero fato, por exemplo, o perigo meramente putativo da vida em caso de emergência ou, sob outra ótica, o excesso em uma suposta legítima defesa é aspecto subjetivo.

52 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 214-217.

Esse conceito de domínio do fato - *Tatherrschaft* - une todos os momentos citados pois, ainda que sejam independentes entre si, podem ocorrer de modo concomitante. O julgamento relacional na teoria do domínio do fato - *Tatherrschaftstheorie* - de Hegler, em síntese, é o que liga o agente aos elementos diretamente ligados ao crime.

A ideia relacional da culpa em sentido amplo - *Schuld i.w.S.* - é ligada ao domínio do ato, sendo este inferido em um segundo momento, relacionado ao desvalor. Ocorre um juízo negativo de valor social e ético não mais direcionado à conduta, mas ao agente. Existe, portanto, a possibilidade de censurar, criticar a *psique* do autor, por seu desrespeito para com os interesses socialmente relevantes.

Hegler, portanto, se preocupa em desenvolver um conceito capaz de superar as contradições existentes no instituto do crime e sua ligação com a figura do autor, incorporando as transformações na culpabilidade, por meio do desenvolvimento da teoria do domínio do fato. A concepção relativa ao crime e aos seus diferentes momentos é critério fundamental para estabelecer elo capaz de possibilitar a ligação da conduta descrita ao autor. Enquadrado na definição de comportamento responsável por ferir interesses da sociedade, com o completo domínio do ato, o agente é submetido a um segundo momento que implica em verificar o desvalor sobre si, acarretando a possibilidade de censura, crítica ou sanção.

A punibilidade, em três desdobramentos, encerra o pensamento de Hegler e sua proposição teórica, responsável por vincular ou não o agente à sanção. O autor denomina de momentos positivos, ou ainda, condições objetivas de punibilidade - *Strafbarkeit*.

O primeiro critério de punibilidade tem sua diretriz no princípio da intervenção mínima, justificando a incidência do ordenamento jurídico penal somente nos casos de fundamental importância. Portanto, se enquadrar em determinada definição não implica, necessariamente, em violação de interesse socialmente relevante, somente em indício de agressão.

O segundo acontece quando um interesse contrário à sanção deixa de incidir. Hegler, inclusive, cita o caso de defloramento e posterior casamento, pois caso a união civil seja declarada inválida, haveria possibilidade da descrição penal novamente se aplicar ao caso.

O terceiro requisito é a inexistência de excludentes de punibilidade, um momento dito negativo, pois, quando da colisão de interesses socialmente relevantes, é possível que o ordenamento jurídico promova a não punição de determinadas

violações em nome da preservação de interesses concorrentes, o que destitui a conduta de seu caráter danoso.⁵³

Há de se destacar que os estudos do autor sobre culpabilidade foram influenciados pelo “espírito do tempo” – *Zeitgeist* –, representado na obra dos doutrinadores citados como base, a exemplo de Reinhard Frank e sua construção do conceito de culpa, estudo fundamental para o desenvolvimento da dogmática jurídica contemporânea a Hegler. O sistema criado na teoria do domínio do fato reflete também, em termos dogmáticos, o refinamento do sistema, através da implementação de critérios determinados para culpabilização penal.

4 A contribuição teórica de Hegler para a doutrina de Roxin: o domínio do fato na concepção de crime como elo entre conduta e autoria mediata

Para Roxin, Hegler não usa o critério de domínio do fato no sentido de delinear diferenciações entre autoria, participação, incitação e auxílio em nenhum momento. Todavia, existem relações entre suas concepções e o uso atual do termo, pois quanto às condições de culpa, de acordo com uma visão ainda predominante, os elementos essenciais do domínio do fato estão circunscritos.⁵⁴ Destaca, por fim, que a conceituação de Hegler se encaixa bem na moderna doutrina do domínio do fato para justificar a perpetração de autoria mediata.⁵⁵

Para Welzel,⁵⁶ o domínio final do fato, na figura da autoria mediata, teve o papel de suprir uma lacuna presente na legislação. A acessoriedade extrema inviabilizaria a sanção do mentor, caso o agente executor ostentasse a condição de não culpável, questão própria do sistema diferenciador e conceito restritivo de autor.

O finalismo como desenvolvido por Welzel, todavia, não considerava a ideia de um autor por trás de um autor (*Täter hinter dem Täter*), entendendo a autoria mediata a partir de um executor também autor seria um não-conceito – *Unbegriff*.⁵⁷ A autoria mediata do mentor, do homem de trás (*Hintermann*), para esse doutrinador, somente é possível quando ausente no agente imediato, posição criticada por Roxin.⁵⁸

Neste ponto, a consideração sobre o domínio da vontade (*Willensherrschaft*) pensando o mentor como figura central dos acontecimentos delitivos, no pensamento de Roxin, demonstra a influência de Hegler a partir do conceito de *Überge-*

53 HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915, pp. 227-231.

54 Welzel, por exemplo, apenas o atribui a quem não está agindo em erro ou sob a pressão da coerção.

55 ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015, p. 60.

56 WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2013, pp. 101-102.

57 ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015, p. 69.

58 ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015, pp. 133-134.

wicht. Para este último, o domínio do fato estaria além de uma ação realizada por executor de reduzida capacidade intelectual.⁵⁹

Hegler expressou essa consequência em seu ensaio “Sobre a natureza da autoria mediata” (*Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft*). Ele desenvolve ali sua conhecida doutrina, segundo a qual a natureza da autoria mediata está em uma preponderância (*Übergewicht*) do mentor/homem de trás, e neste contexto diz que, se o executor age sem culpa, aquele que provoca a conduta criminosa é o autor, porque é senhor do fato ou, no caso de omissão do executor, tem mais forte domínio do ato.⁶⁰

Hegler, então, desenvolve a teoria da preponderância (*Übergewichtstheorie*), onde sistematiza o instituto da autoria mediata, concluindo por maior relevância à participação de mentor que não executa diretamente conduta típica ao utilizar outro agente como ferramenta. O homem de trás possui proeminência, ostentando a condição de completo senhor dos atos, possuindo um mais forte domínio sobre o curso dos acontecimentos.

Heinrich Drost disserta sobre a teoria de preponderância (*Übergewichtstheorie*), na qual Hegler notabiliza a conduta do homem de trás/mentor (*Hintermann*), único apto a realmente conhecer o sentido da ação (ou omissão) e, por isso, identificado como responsável e capaz de sofrer sanção penal, ainda que não execute de mãos próprias o núcleo verbal do tipo legal. A maior importância do provocador/mentor compensa a ausência de conduta diretamente tipificada praticada por si, importando em sua responsabilização normativa. Para Drost, na aplicação inteligente do método normativo de construção do conceito de autoria mediata, Eberhard Schmidt estabeleceu um conceito de autor puramente normativo, a partir do qual ele deriva e delimita a autoria mediata. Também é normativamente orientada a chamada teoria da preponderância criada por Hegler como justificativa para a autoria mediata. O mentor é autor porque ele tem grande influência sobre o executor, o que compensa a ausência de atitude própria quando da execução, o cabeça aparece como a pessoa principal no desenrolar dos acontecimentos.⁶¹

O autor imediato, apesar de objetivamente executar o ato penalmente tipificado, não é responsabilizado por força da ausência de pressupostos que permitam sua culpabilização. O mentor é sancionado diante de sua capacidade de provo-

59 ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015, p. 141.

60 ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015, p.60.

61 DROST, Heinrich. Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. LI, 1931, p. 364.

car ou apoiar de modo proeminente a ação punível, entendida a preponderância (Übergewicht) enquanto conceito relacional - *Relationsbegriff*.⁶²

A conduta é o que liga o autor ao fato típico e ilícito, todavia, o direito não se contenta somente com a subsunção mecânica, de caráter exclusivamente objetivo. Wolfgang Schild⁶³ se refere à importância das destas contribuições teóricas para o pensamento de Roxin, que incorpora pressupostos similares aos do “Übergewicht” de Hegler, no intuito de inferir sobre a figura central do acontecimento delituoso. Desta forma que este princípio norteador da figura central poderia ser compreendido por Roxin. Não é sem razão o reconhecimento da abordagem utilizável de Hegler ao desenvolver chamada teoria da preponderância.

5 Considerações Finais

Apesar de receber a mesma denominação - *Tatherrschaft* - por Hegler e Roxin, a teoria do domínio do fato não tem o mesmo conteúdo nas perspectivas desses autores, considerando que o primeiro se atém sobre o crime e suas características, apresentando os pressupostos de sua doutrina em uma concepção teleológica (como definida por ele mesmo) e que o segundo autor a utiliza em relação à autoria penal no direito, com o objetivo de estabelecer elo entre o crime e o autor, fundamento da punibilidade do agente.

O domínio do fato, portanto, passa primeiramente por uma meta-análise para, depois, verificar se o indivíduo era senhor de seus atos no momento de execução da conduta. Então, em caso positivo, observa-se a existência dos diversos níveis de domínio do ato estabelecidos por Hegler. É a partir desse processo que se constata a existência do referido domínio pelo agente, culpabilizado-o.

Na construção da teoria do domínio do fato, embora seja desconhecido pela doutrina brasileira, a contribuição teórica de August Hegler é pioneira, remontando ao início do século XX, portanto, antecedente a de Welzel. Substancial ao desenvolvimento estruturado do conceito (incidindo na ação e não na culpa) ao estabelecer o domínio do fato como critério responsável por investigar questões de autoria penal.

A ideia de domínio da vontade (*Willensherrschaft*) pensando o mentor como figura central dos acontecimentos delitivos, no pensamento de Roxin, atesta a influência de Hegler a partir do conceito de Übergewicht, já que para este último,

62 HEGLER, August. Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft. In: SCHREIBER, Otto. *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährigen Bestehen des Reichsgerichts*. Band 5. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1929, pp. 306-307.

63 SCHILD, W. *Täterschaft als Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2012, p. 09.

como visto, o domínio do fato estaria além de uma ação realizada por executor de reduzida capacidade intelectual.

Referências bibliográficas

- DROSDOWSKI, G. *Duden „Das große Wörterbuch der deutschen Sprache“*. Mannheim: Bibliographisches Institut – Dudenverlag, 1981. v. 6.
- DROST, Heinrich. Anstiftung und mittelbare Täterschaft in dem künftigen Strafgesetzbuch. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. LI, 1931.
- GALLAS, Wilhelm. Zum gegenwärtigen Stand der Lehre vom Verbrechen. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin v. LXVII, 1955.
- HEGLER, August. Die Merkmale des Verbrechens. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. XXXVI, 1915.
- HEGLER, August. Zum Wesen der mittelbaren Täterschaft. In: SCHREIBER, Otto. *Die Reichsgerichtspraxis im deutschen Rechtsleben: Festgabe der juristischen Fakultäten zum 50jährig Bestehen des Reichsgerichts*. Band 5. Berlin: Walter de Gruyter & Co, 1929.
- HOBSBAWN, Eric. *Era dos Extremos: o breve século XX: 1914-1991*. São Paulo: Companhia das Letras, 1995.
- JAKOBS, Günther. *Strafrecht, Allgemeiner Teil: die Grundlagen und die Zurechnungslehre*. Berlin: De Gruyter, 1991.
- KÖBLER, F. *Juristisches Wörterbuch*. München: Verlag Franz Vahlen, 2003.
- MARLE, Marcus. *Unrecht und Beteiligung*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2009.
- RABIE, Marinus Andre. Criminal Law: Täterschaft und Tatherrschaft. In: *The American Journal of Comparative Law*. v. 19, 1971. Disponível em: <https://doi.org/10.2307/839264>. Acesso em: 12 jul. 2020.
- ROXIN, Claus. *Täterschaft und Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2015.
- SCHAFFSTEIN, Friedrich. Rechtswidrigkeit und Schuld im Aufbau des neuen Strafrechtssystems. In: *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*. Berlin, v. LVII, 1938.
- SCHILD, W. *Täterschaft als Tatherrschaft*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2012.
- VORMBAUM, Thomas. *Einführung in die moderne Strafrechtsgeschichte*. Berlin: Springer Verlag, 2016.
- WELZEL, H. *Das deutsche Strafrecht*. Berlin: De Gruyter Verlag, 2013.
- WETZEL, Richard. *Inventing the criminal*. USA: The University of North Carolina Press, 2000.

RESSIGNIFICAÇÕES AUTORITÁRIAS NO PROCESSO PENAL: O EXEMPLO DO JUIZ DAS GARANTIAS

*AUTHORITARIAN RESIGNIFICATIONS IN CRIMINAL PROCESS:
THE EXAMPLE OF THE JUDGE OF GUARANTEES*

DANIEL NASCIMENTO DUARTE¹

CLÉCIO LEMOS²

RESUMO: Busca-se no presente trabalho investigar qual é a localização das dinâmicas instrumentais próprias do autoritarismo processual penal contemporâneo no interior de um contexto paradigmático mais amplo denominado na pesquisa, com espeque em Foucault, de governamentalidade criminal brasileira. Em grau ilustrativo e diagnóstico, intentar-se-á responder se a atual conjuntura do instituto do juiz das garantias confirma a remodelação progressiva dos instrumentais de ressignificação autoritária e a manutenção das discussões no movediço terreno proveniente de um binômio segurança-eficiência cada vez mais volátil e adaptado de maneira estrategicamente peculiar a um contexto em que se insiste qualificar como democrático. A pesquisa, eminentemente descritivo-exploratória e pautada em técnicas de revisão bibliográfica, análise documental e análise jurisprudencial, aborda decisões do STF que ressignificaram de maneira autoritária um instituto pretensamente afirmador de um procedimento mais imparcial e equânime, mas que culminou, mesmo antes de sua instauração, numa ação da própria governamentalidade criminal brasileira, confirmando que estamos distantes de rupturas paradigmáticas efetivamente afirmadoras da liberdade no âmbito processual penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Processo Penal. Governamentalidade criminal. Autoritarismo Processual Penal. Ressignificações autoritárias. Juiz de Garantias.

ABSTRACT: This paper seeks to investigate the location of the instrumental dynamics of contemporary criminal procedural authoritarianism within a broader paradigmatic context referred to in the research, based on Foucault, as Brazilian criminal governmentality. As an illustrative and diagnostic measure, we will attempt to answer whether the current situation of the institution of the judge of guarantees confirms the progressive remodeling of the instruments of authoritarian ressignification and the maintenance of discussions on the shifting terrain resulting from an increasingly volatile security-

1 Doutor em Direito pela Universidade Federal do Rio de Janeiro – FND/UFRJ. Professor Adjunto de Direito Processual Penal da Universidade Federal de Juiz de Fora (UFJF / Campus GV). Orcid: orcid.org/0000-0002-8107-505X

2 Doutor em Direito pela PUC-Rio com período sanduíche na Università degli Studi di Padova. Professor adjunto do Centro Universitário do Espírito Santo (UNESC). Orcid: [0000-0003-3316-2375](https://orcid.org/0000-0003-3316-2375).

-efficiency binomial and adapted in a strategically peculiar way to a context that insists on qualifying as democratic. The research, eminently descriptive-exploratory and based on techniques of bibliographic review, documentary analysis and jurisprudential analysis, addresses decisions of the STF that authoritarily redefined an institute supposedly affirming a more impartial and equitable procedure, but which culminated, even before its establishment, in an action of the Brazilian criminal governmentality itself, confirming that we are far from paradigmatic ruptures that effectively affirm freedom in the Brazilian criminal procedural sphere.

KEYWORDS: Criminal Procedure. Criminal Governmentality. Criminal Procedural Authoritarianism. Authoritarian Resignifications. Judge of Guarantees.

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 Governamentalidade criminal brasileira e processo penal; 3 As ressignificações autoritárias; 4 O exemplo do juiz de garantias; 5 Conclusões; Referências bibliográficas.

1 Introdução

No contexto brasileiro há uma operacionalização cotidiana direcionada de aspectos relevantes atinentes à dinâmica do sistema penal, o que, em grau consequencial, dá vazão a um arsenal instrumental potente de controle social. No que concerne aos institutos de direito penal, tal diagnóstico, em considerável medida, já foi feito de maneira competente por parcela da academia crítica nacional, com destaque para o âmbito da criminologia crítica. Contudo, no âmbito processual penal, acredita-se que ainda há a necessidade – cada vez mais pulsante – de se apontar indicativos de como essa dinâmica instrumental de controle também acontece.

Questões políticas, econômicas, institucionais, dentre outras de relevância conjuntural – alocadas ao binômio segurança-eficiência – ganham propulsão na forma de governança, o que impacta de maneira efetiva desde o aumento do controle³ social ao enrijecimento das instâncias de poder, passando pela utilização *instrumental e direcionada* das normatividades criminais. Tais impactos acabam por refletir, inevitavelmente, nas próprias formas de *exercício do poder* no âmbito operacional⁴ do processo penal.

Constatou-se, a partir de metodologia descritivo-exploratória, que as operacionalidades dos atores persecutórios, enquanto produto da inserção das técnicas discursivas de governança no sistema de justiça criminal (também na conjuntura

3 COHEN, Stanley. *Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones*. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

4 BINDER, Alberto. *Introdução ao Direito Processual Penal*. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003; BINDER, Alberto M. *Derecho Procesal Penal*. Hermenéutica Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.

processual penal em grau *macro*) estão voltadas para a continuidade das dinâmicas de viés autoritário do processo penal e, nessa esteira, um considerável número de institutos expressamente afirmadores da liberdade humana. Ainda assim, remodulam autoritariamente de maneira progressiva e perdem a eventual *pretensão* restritiva, *ainda que declarada*; como foi o caso do recente instituto do juiz de garantias.

Assim, com objetivo contributivo do ponto de vista teórico-paradigmático, buscou-se nas presentes linhas localizar essa instrumentalização processual penal⁵ e suas ressignificações autoritárias dentro de um contexto mais complexo aqui identificado, com espeque inicial em Foucault e, posteriormente, em diálogo contemporâneo com as reflexões de Simon⁶, como “*Governamentalidade Criminal*”, em correlação direta e específica com a realidade brasileira.

Num segundo momento o intento é responder, em grau ilustrativo e reflexivamente exploratório, se a conjectura remodelada do instituto do juiz das garantias, nos moldes provenientes dos resultados de julgamento oriundos da manifestação do Supremo Tribunal Federal na apreciação conjunta das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, está inserida estrategicamente no contexto processual penal inicialmente traçado de maneira reflexiva em grau paradigmático-operacional.

A hipótese – a partir de análises bibliográficas procedidas e das técnicas de análise documental, sobretudo jurisprudencial, exercidas – é que, na governamentalidade criminal brasileira e, sobretudo, na sua correlação instrumental para com o autoritarismo processual penal, a dinâmica de ressignificações autoritárias encontra no binômio segurança-eficiência um dos seus principais artefatos pseudotécnicos. Nesse contexto, de fato, o resultado das ressignificações que incidiram nos resultados de julgamentos atinentes ao instituto do juiz de garantias no país perfaz em potente exemplo privilegiado dessa preocupante realidade processual penal conjuntural, confirmando-se, mesmo antes da sua efetiva instauração, como um poderoso braço estratégico da governamentalidade criminal no processo penal.

2 Governamentalidade criminal brasileira e processo penal

Num plano geral, a categoria *governamentalidade* é trabalhada por Foucault em diferentes partes de sua obra. A inserção da categoria no pensamento do intelectual francês se dá a partir da ampliação de suas análises das nuances do poder

5 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.

6 SIMON, Jonathan. **Governig through crime**. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.

disciplinar para as nuances atinentes à biopolítica. Neste contexto, a regulação da população passa a ser também guiar as condutas dos indivíduos.

É, pois, no limiar transicional-ampliativo das fases foucaultianas de estudos do saber e do poder para a fase de estudos acerca do sujeito e da ética que se encontra a temática da governamentalidade.⁷ A governamentalidade se insere num contexto em que Foucault previamente já havia maturado reflexões basilares acerca da biopolítica e é no contexto reflexivo desta que a ideia de governamentalidade traz consigo o reconhecimento de que o Estado está agora direcionado a governar a *vida populacional* passando a ser executor de vários caminhos nesse sentido.⁸

Percebe-se que, na perspectiva⁹ foucaultiana, o Estado é reflexo das suas formas e táticas de exercer o poder populacional, ou seja, o Estado, neste novo momento, se revela pelas características da sua forma de exercer a governamentalização (e não o contrário), afinal, para o pensador, a estatização da sociedade enquanto objetivo de poder passa a ser menos relevante do que a governamentalização do Estado, sistematizando suas formas periféricas de poder, ampliando os espectros de alcance e a potência da modelagem das ações populacionais.

A governamentalidade, segundo Maia e Oliveira¹⁰, “não é apenas o poder que proíbe”, mas “dispõe numa nova racionalidade” acerca da aproximação para com a população e com o próprio ato de governar, inserindo-se de maneira profunda na vida social. É o chamado “efeito positivo” do poder.

Nesse contexto, como destacado no próprio conceito foucaultiano, o instrumento técnico essencial para o alcance de tais inserções advém dos dispositivos de segurança, que norteavam (e norteiam) várias esferas da vida em sociedade – da saúde à higiene, da educação ao trabalho – e, por óbvio, também diziam (e dizem) respeito ao âmbito criminal, que possui lugar de destaque nessa conjuntura política e nessa forma de governar, como estratégia de controle, mas agora também dentro do espectro dos aparatos contemporâneos de segurança.

Nas “fases” reflexivas de Foucault, a criminalidade, segundo interpretação de Gloeckner, adentra aos debates do poder inicialmente pelo prisma da normatividade, depois pelo prisma da disciplina, baseando-se num plano geral na vigilância e na correção, e, por fim, no contexto da governamentalidade advém pelo prisma do “registro dos denominados dispositivos de segurança, que se dão como

7 LEMOS, Clécio. *Criminologia foucaultiana*. Belo Horizonte: Letramento, 2020.

8 FOUCAULT, Michel. *Segurança, Território, População*. Curso dado no Collège de France. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a, p. 143-144.

9 FOUCAULT, Michel. *A Hermenêutica do sujeito*. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004, p. 306-307.

10 MAIA, Gretha Leite; OLIVEIRA, David Barbosa. A gestão de ilegalismos de Foucault como categoria de análise de questões jurídicas no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, v. 42. n. 89, p. 02-23, 2021, p. 14.

uma espécie de cálculo de custos e em curvas de normalidade de um determinado fenômeno”¹¹.

A governamentalidade, portanto, se volta para a realidade populacional de maneira diferente dos mecanismos disciplinares e investe agora nos *dispositivos de segurança*, pois estes: a) possuem tendência permanente de expansão (maior capacidade de reinvenção e mudanças de rumo); b) trabalham em um regime de “deixar fazer” não atuando numa lógica de vigilância mediante presença constante; c) atuam a partir da inserção nos âmbitos populacionais e não a partir de previsões altamente regulamentadas; d) subordinam-se à dimensão da realidade e não no âmbito imaginário prescrevendo a multiplicidade de tudo que poderia ou não acontecer.¹²

A governamentalidade traz, enquanto racionalidade de governo, as delimitações da existência de uma *sociedade securitária* já que, em tal contexto, a segurança trazida para o front da governança desencadeia uma série de práticas e, dentre estas, o âmbito das *práticas jurídico-criminais*. Falar em “Governamentalidade Criminal” é colocar o processo de criminalização também no interior do contexto da sociedade securitária e sua correlação com a influência no âmbito global da população: *governar através do crime*.¹³

Segundo Simon, tal forma de desenvolver a governamentalidade se dá numa inserção das narrativas acerca do crime fora dos seus domínios originais, trazendo-as como ferramentas poderosas para interpretar e enquadrar as formas de ação social como um próprio problema de governança¹⁴, ou seja, todo o influxo de informações e discursos acerca do crime agora se fazem presentes na aproximação entre o governante e a população. É dizer, pois, que o crime se torna central para o exercício do poderio e da própria autoridade estatal, ocupando, “privilegiada posição política”¹⁵.

Para o autor, a governamentalidade criminal possui três corolários específicos: o [1] primeiro que *o crime se tornou uma questão estratégica significativa*, ao

11 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II**: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 287.

12 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II**: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 289.

13 ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação**: racismo e encarceramento em massa. São Paulo: Boitempo, 2018). SIMON, Jonathan; SILVESTRE, Giane. Governando através do crime. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner, Marcelo Butelli Ramos e Lucas Melo Borges de Souza. In: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (Orgs.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 93.

14 SIMON, Jonathan. **Governig through crime**. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007, p. 17.

15 SIMON, Jonathan; SILVESTRE, Giane. Governando através do crime. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner, Marcelo Butelli Ramos e Lucas Melo Borges de Souza. In: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (Orgs.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017, p. 93-112.

passo em que em todas as configurações institucionais as pessoas¹⁶ parecem agir legitimamente quando atuam com o intuito de prevenir crimes; o [2] segundo é a utilização do crime para legitimar intervenções que na verdade possuem outras motivações e, nesse contexto, um número considerável de problemas sociais tem sido ressignificados como problemas criminais; [3] o terceiro são as tecnologias, discursos e metáforas em torno do crime e do sistema de justiça criminal que se tornaram mais visíveis em todas as instituições que tentaram ampliar o alcance¹⁷ de sua governança.

Assim, o entorno do crime e tudo que traz consigo – desde o sistema de justiça criminal e seu funcionamento até o próprio sistema penitenciário e seus “benefícios” – são fatores e narrativas potentes que fazem parte dessa aproximação governamental para com a sociedade e que, de maneira crescente e voraz, vem se destacando no contexto brasileiro.

Em correlação com o nosso contexto em específico, ressalta Sampaio que a política criminal brasileira se conecta a biopolítica tendo o medo como condutor. Esse processo não ocorre apenas no nível discursivo, mas em um movimento curvilíneo que o conecta às práticas e instituições¹⁸. E esse é um ponto para nós central.

A política criminal no contexto da governamentalidade criminal se desenvolve a partir do alocamento do crime nas centralidades das questões governamentais e, nesse contexto, as questões judiciais nacionais centrais. Assim, questões políticas, econômicas, institucionais, dentre outras de relevância social ganham propulsão na forma de governança o que impacta de maneira efetiva, desde o aumento do controle¹⁹ ao enrijecimento das instâncias de poder, passando pela utilização “social” das normatividades criminais, dentre outros consideráveis impactos que, inevitavelmente, acabam por refletir no próprio *exercício do poder no campo processual penal*.

Estrategicamente falando, tem-se que, mediante ampliações políticas dos discursos atinentes ao crime (medo, segurança, impunidade, defesa social), insere-se no âmbito social a narrativa que o processo penal brasileiro é benevolente e

16 SIMON, Jonathan; SILVESTRE, Giane. Governando através do crime. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner, Marcelo Butelli Ramos e Lucas Melo Borges de Souza. In: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (Orgs.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.

17 AZEVEDO, Rodrigo. Ghiringhelli. de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 105-127, 2015. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/19940>. Acesso em: 14 jun. 2023.

18 SAMPAIO, André Rocha. **Processo Penal e Governamentalidade**: A influência dos elementos inquisitoriais na convicção judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 64. Grifos nossos.

19 Cf. COHEN, Stanley. **Visiones del Control Social**: delitos, castigos y clasificaciones. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.

encharcado de garantias, o que reflete decisivamente na própria “política criminal processual penal”²⁰.

Dessa maneira, como a forma repressiva de se manter e se aplicar o processo penal reflete diretamente no aumento do controle e no “afastamento do medo”, *a manutenção, enrijecimento e progressiva reinvenção punitivo-repressiva da estrutura autoritária do processo penal se torna peça-chave da governamentalidade criminal.*

Em palavras mais diretas, sendo esta, pois, a primeira parte da hipótese aqui apresentada, tem-se que o autoritarismo processual penal é parte instrumental relevante da própria governamentalidade criminal brasileira. É justamente nesse contexto *que habitam as ressignificações autoritárias de máximas processuais penais brasileiras*, fenômeno este central para a localização da “técnica” processual penal enquanto vetor operacional inarredável da governamentalidade criminal.

Sendo assim, antes de adentrar no exemplo privilegiado do juiz das garantias após sedimentações “técnicas” provenientes do Supremo Tribunal Federal, cabe trazer as linhas centrais acerca dessa correlação entre o autoritarismo e o processo penal, pontuando sua localização na realidade paradigmático-governamental.

3 As ressignificações autoritárias

Os direitos fundamentais de cariz jurídico-liberal, intrinsecamente ligados à concepção correlacional entre processo penal e democracia, compõem um estratagema delicado de remodelagem da própria significância de tal correlação a partir de um manejo interpretativo constante, que revela ressignificações politicamente direcionadas próprias de um autoritarismo processual penal.

Este perigoso contexto traz consigo uma dinâmica operacional com consideráveis consequências e que tem se mostrado central tanto nas dinâmicas internas da persecução²¹ processual penal quanto na localização extremamente estratégica dessa dinâmica no interior da governamentalidade criminal. Assim, em delimitação específica, a demarcação a ser feita nesse momento tem o objetivo de fixar a importância correlacional da concepção de “ressignificações autoritárias”²² na dinâmica de “governamentalidade”.

20 DUARTE, Daniel Nascimento. **Política Criminal Processual Penal: da persecução processual penal à política criminal persecutória**. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2025.

21 DUARTE, Daniel Nascimento: **Política Criminal Processual Penal: da persecução processual penal à política criminal persecutória**. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2025.

22 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. Processo Penal Pós-acusatório? Resignificações do Autoritarismo no Processo Penal. **Revista EMERJ, Rio de Janeiro**, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan./fev. 2015.

Inegavelmente, as aqui identificadas como “ressignificações autoritárias” são parte de um *resultado técnico-dogmático* proveniente de um contexto mais denso, qual seja, o “autoritarismo processual penal”²³.

Sobre a temática do autoritarismo²⁴, não se furta de reconhecer a importância das reflexões do âmbito da filosofia política²⁵ e até as reflexões sociológicas frankfurtianas²⁶ que buscaram refletir sobre a dita personalidade autoritária e os nocivos desdobramentos do exercício do poder nas repressões pautadas por acionamentos raciais – no sentido foucaultiano²⁷ – que culminam em puro arbítrio e imposição de poderio.

No âmbito brasileiro, também não se deixa de reconhecer a importância de reflexões acerca do diagnóstico que identifica a existência de um imaginário social²⁸ autoritário ou cotidiano²⁹ em nosso contexto. No âmbito criminal, não são poucos os trabalhos³⁰ que se propuseram a relacionar o âmbito criminal como um dos terrenos por excelência de manutenção da lógica arbitrária que imperou no agir dos atores do sistema de justiça e na sociedade brasileira³¹.

Além disso, no âmbito específico do direito processual penal, não é novo o diagnóstico de que o processo criminal brasileiro apresenta o gene da inquisito-

-
- 23 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018; GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II**: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- 24 FERNANDES, Florestan. **Apontamentos sobre a “teoria do autoritarismo”**. São Paulo: HUCITEC, 1979, p. 3. FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, p. 64-65.
- 25 Cf. LINZ, Juan José. Uma teoria do regime autoritário: o caso de Espanha. In: LINZ, Juan José. **Autoritarismo e Democracia**. Lisboa: Livros Horizonte, 2015; ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2018.
- 26 ADORNO, Theodor W. **Estudos sobre a personalidade autoritária**. Trad. Virgínia Helena Ferreira da Costa, Francisco López Toledo Corrêa e Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2019.
- 27 FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina de Almeida Prado Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2018.
- 28 CHAUÍ, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Belo Horizonte, Autêntica – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013; PASSETTI, Edson. **Anarquismos e sociedade de controle**. São Paulo: Cortez, 2003; SCHWARCZ, Lília Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- 29 TIBURI, Marcia. **Como conversar com um fascista**: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- 30 FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015. Sob o ponto de vista sócio-criminológico e a introdução da categoria “autoritarismo cool” cf. ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011. CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático**. Neo-obscuridade e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- 31 SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo**: regime autoritário (1964-1985), democracia e permanências. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016; PASTANA, Débora Regina. **Justiça Penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009; PÉREIRA, Anthony. **Ditadura e Repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

riedade³² intrínseco em suas diretrizes. A partir da virada constitucional de 1988, nomes³³ importantes para o desenvolvimento das ideias críticas no processo penal nacional alertaram para as reproduções e manutenções inquisitórias.

Certo é que, no plano processual penal, independentemente do foco discursivo da abordagem (se legislativo, dogmático, jurisprudencial, filosófico, histórico, dentre outros) os vetores centrais da aproximação entre o processo penal e o autoritarismo se deram por uma *relação epistêmica com o sistema inquisitorial*³⁴ e suas permanências e incidências em nosso contexto pós-constitucional, bem como com a identificação, já corriqueira no imaginário dogmático – e habitante de um senso comum³⁵ teórico – de que o código de processo penal brasileiro, originalmente datado de 1941, teria sido direta e normativamente influenciado pelo código Rocco da Itália fascista da década de 30.³⁶

Sem deixar de reconhecer outros esforços³⁷ que também contribuíram com a temática, uma vertente de extrema valia e compatibilidade com as ideias aqui expostas é do professor Ricardo Gloeckner³⁸. O autor denomina “autoritarismo processual penal” ao identificar permanências autoritárias (epistêmicas, dogmáticas, culturais, institucionais³⁹, tecnicistas, normativas e estruturais) no sistema brasileiro e aponta, tomando o processo penal como objeto de análise, para o fato de não ter ocorrido uma real ruptura da recém democracia brasileira com o sistema ditatorial anterior⁴⁰ o que delineou um terreno possível para tais permanências autoritárias, inclusive na técnica jurídica.

32 COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. **Observações sobre os sistemas processuais penais**. Curitiba: Observatório da Mentalidade Inquisitória, 2018, v. 1.

33 PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório: a conformidade constitucional das leis processuais penais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005; CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, dentre outros.

34 LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. [livro digital]. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019, p. 183.

35 WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. In: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino Jurídico: o sonho acabou**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004, p. 27-34. BORGES, Maria Clara Roman. Uma genealogia dos discursos críticos sobre o autoritarismo do Código de Processo Penal brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 01-41, 2021.

36 BORGES, Maria Clara Roman. Uma genealogia dos discursos críticos sobre o autoritarismo do Código de Processo Penal brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 01-41, 2021, p. 21-22.

37 MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v. 1.

38 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

39 PEREIRA, Anthony. **Ditadura e Repressão: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina**. São Paulo: Paz e Terra, 2010.

40 MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013.

Recentemente, em continuidade das discussões em nova obra, para além de tais permanências (trazidas no primeiro⁴¹ volume), o autor também identificou *novas manifestações* e surgimentos de representações de autoritarismo processual penal no âmbito brasileiro (um “novo autoritarismo”⁴²), sobretudo após o crescimento de movimentos conservadores-reacionários (neoconservadorismos) em âmbito brasileiro: que podem ser simbolizados pela “operação lava-jato” e pela eleição de Jair Bolsonaro.

Um ponto central da temática do autoritarismo processual penal como um todo é que a Constituição de 1988, como eixo delimitador de novas bases para o direito processual penal brasileiro, não foi capaz de impedir a manutenção de cunho autoritário. Segundo Gloeckner, apesar da nova realidade constitucional, “há a manutenção de institutos anacrônicos e incompatíveis com a reordenação política e constitucional do Estado, recepcionados de maneira acrítica”, na medida em que, “o advento da Constituição de 1988 foi incapaz de obstaculizar a[s] permanência[s] destes institutos”⁴³.

Tais permanências, por sua vez, passam por uma movimentação de realocação de pensamento e “atualização” que se pautam na “reorganização semântica *na e pela* dogmática processual penal, além da própria práxis processual penal” que tratam, assim, de “polir certas arestas deixadas em aberto pelo “senso comum jurídico-processual”⁴⁴. Essa movimentação foi em grande medida colocada em prática em virtude das denominadas *ressignificações autoritárias de máximas democráticas para o interior da conjuntura processual penal brasileira*.

Basicamente, reinventando-se progressivamente no contexto brasileiro, conforme veremos abaixo a partir do exemplo privilegiado atinente ao instituto do juiz das garantias, há uma *modulação dogmática direcionada* a fim de se preservar as estruturas autoritárias anteriores.

Gloeckner ressalta que “encontramo-nos diante de verdadeiras ‘metástases do discurso processual penal autoritário’ regidas por um saber culturalmente inquisitorial e por uma concepção instrumental de processo subordinando-o à esfera política do poder punitivo”⁴⁵. Dessa forma, a partir das ressignificações

41 **Autoritarismo e Processo Penal:** Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.

42 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II:** Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 42.

43 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018, p. 76.

44 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018, p. 75.

45 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal:** Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018, p. 77.

autoritárias ocorre uma eficaz “eufemização” de certas categorias e usos no direito processual penal com a utilização de “recursos retóricos que, em sua grande maioria, de forma flagrantemente pedestre, ignoram suas idiosincrasias históricas e políticas”⁴⁶ fazendo do texto constitucional um “cúmplice permissivo” a inserções discursivas antiepistêmicas e repressivas.

Nesse contexto, vale ressaltar que esta “permissibilidade” constitucional na “compatibilização”⁴⁷ para com certos mecanismos e bases processuais penais de cunho autoritários é fruto de uma mobilização punitiva dos atores persecutórios que souberam se valer do direito (e dos discursos⁴⁸ de autoridade que o circundam) e de seus *impactos de saber-poder* para ressignificarem máximas jurídicas democráticas e as formas de agir persecutórias para que pudessem continuar a reproduzir práticas arbitrárias e abusivas, ainda que no interior do terreno democrático. Foi um desenvolvimento progressivo de discursos e movimentações (que envolveram várias camadas, das políticas às acadêmicas⁴⁹) até se introjetar “em definitivo” no imaginário jurídico brasileiro.

Há, pois, uma demagogia política reforçada por uma indústria do medo⁵⁰ e que encontra guarida nos atores persecutórios reacionários, formando discursos político-criminais de cariz processual penal que, *escondidos na técnica jurídica*, geram a manutenção de uma dinâmica estacionada nas “velhas” práticas processuais penais.

Sobre esse ponto Binder destaca que a dogmática penal: esconde modelos político-criminais encobertos sob soluções aparentemente técnicas ou de sistema e que, a pretexto de desenvolver o equilíbrio entre as tensões político-criminais e a defesa das liberdades, na realidade, fabrica-o e renova-o a partir de posições políticas sem controle e sem competência⁵¹.

O que em verdade se tem é a formação de linhas argumentativas autoritárias *transviadas de saber “técnico”*, que passa a ser introjetado originalmente “de cima”, nos casos de julgamentos da jurisprudência superior, no cotidiano dos ato-

46 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018, p. 337.

47 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal**: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant Brasil, 2018, p. 483.

48 FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2005.

49 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II**: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 43.

50 BINDER, Alberto. Tensões político-criminais no processo penal. In: GOSTINSKI, Aline; PRADO, Geraldo; POSTIGO, Leonel González. (Orgs.). **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 196.

51 BINDER, Alberto. Tensões político-criminais no processo penal. In: GOSTINSKI, Aline; PRADO, Geraldo; POSTIGO, Leonel González. (Orgs.). **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017, p. 197.

res político-criminais, habitando o interior persecutório *na forma de poder* e ser utilizado (*exercido*) na operatividade/operacionalidade processual penal.

É nesse complexo⁵² contexto que se insere o que podemos identificar como *binômio segurança-eficiência*, um instrumental contemporâneo potente à serviço das ressignificações autoritárias no contexto processual penal brasileiro. Passaremos a visualização desse nocivo binômio a partir do recente julgamento atinente ao instituto do juiz das garantias no contexto brasileiro.

4 O exemplo do juiz das garantias

Na governamentalidade criminal brasileira, em sua correlação instrumental para com o autoritarismo processual penal, a dinâmica de progressivo exercício de ressignificações autoritárias encontra no binômio segurança-eficiência um dos seus principais artefatos pseudotécnicos.

Com a intensificação das demandas por controle também mediante instrumentais processuais penais, forjaram-se uma gama de saberes político-criminais que partiram do aumento do espectro de direitos e garantias fundamentais para abarcarem significâncias processuais penais repressivas, sob a alcunha de “tutela de interesses sociais”.

Assim, delineou-se um ciclo autoritário já corriqueiro no processo penal contemporâneo: assume-se, enquanto ponto de partida, a importância das garantias fundamentais liberais para o processo penal dito democrático, entretanto, a partir justamente dessa importância, amplia-se tal espectro de significância para se aportar num aparente conflito de normatividade de direitos fundamentais de cunho processual penal para, ao final, se mostrar aonde se quer efetivamente chegar. Tal ciclo denota “como o recurso à Constituição para a simulação de um conflito de direitos corresponde apenas a uma estratégia retórica, sem compromisso verdadeiro com os direitos do acusado”⁵³.

Em suma, tem-se que, a partir da afirmação dos direitos e garantias processuais fundamentais e do reconhecimento do seu lugar essencial para o processo penal contemporâneo, ressignifica-se autoritariamente o espectro dessas garantias, formando-se um conjunto de saberes⁵⁴ político-criminais que agora se veem passíveis de abarcar também decisões político-criminais mais repressivas.

52 DUARTE, Daniel Nascimento. **Política Criminal Processual Penal**. Da persecução processual penal à política criminal persecutória. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2025.

53 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II**: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2023, p. 235.

54 DUARTE, Daniel Nascimento. **Política Criminal Processual Penal**: da persecução processual penal à política criminal persecutória. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2025.

Segundo a perspectiva aqui apresentada, existe um eixo basilar que sustenta essa atual formação de saberes político-criminais autoritários no contexto brasileiro: *trata-se do binômio segurança-eficiência*.

Em considerável medida, as linhas discursivas autoritárias – os pseudoargumentos, panprincípios⁵⁵ – que levam à flexibilização de direitos processuais penais individuais, partem (direta ou indiretamente) do discurso da segurança ou do discurso da eficiência. Tal linha discursiva, que se fixa na contemporaneidade brasileira, traz consigo um elemento essencial para completar o que podemos chamar de “fórmula de ressignificação autoritária”: refere-se aqui à *retórica do equilíbrio*⁵⁶.

Esta, por sua vez, trata de um mecanismo hermenêutico autoritário que relativiza direitos fundamentais, sua adoção existe para possibilitar o resultado final: a flexibilização da liberdade individual. Novamente com espeque em Gloeckner⁵⁷, vale o destaque que “às vezes a retórica do equilíbrio substitui a noção de segurança pela de eficiência. Contudo, isso não deve ser tomado como um mero defeito teórico, mas permite maior flexibilidade discursiva, tão ao gosto dos sincretismos autoritários”.

Nos últimos tempos, houve uma verdadeira invasão de discursos enaltecendo a segurança pública como valor democrático e, sobretudo, como garantia fundamental. De um ponto de vista normativo-constitucional e até social, tal afirmação pode ter sua mínima coerência de localização topográfica, entretanto, a sua inclusão⁵⁸ como discurso a influir nos instrumentais e mecanismos da operacionalização cotidiana do processo penal é algo consideravelmente diferente. E esse é o ponto.

A tomada da segurança pública como direito fundamental de cariz processual penal tem sido catastrófica para a afirmação dos reais direitos fundamentais de cariz processual penal, os individuais. Assim como ocorre com a segurança, a eficiência também advém como eixo discursivo central no exercício de ressignificações autoritárias que tocam os direitos fundamentais processuais penais. Nos últimos tempos, a ideia de tutela processual penal “efetiva” acabou se inserindo de maneira atroz na concepção de punição e, assim, num terreno fértil para discurs-

55 STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

56 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II**: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 233. FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT, v. 70, jan./fev. 2008.

57 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II**: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 232.

58 Dentre tantos nesse sentido, cf. FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT, v. 70, jan./fev. 2008, p. 234.

tos autoritários processuais penais de toda monta, sob uma alcunha artil de busca por “um sistema que assegure eficiência com garantismo”⁵⁹.

Há, pois, na união cada vez mais umbilical entre segurança e eficiência, o mesmo ciclo que culmina com a aplicação da “retórica do equilíbrio”. Assim, aumenta-se discursivamente o espectro de “significância” dos direitos fundamentais processuais penais e, tal qual ocorre com a inserção volátil da segurança pública no rol de direitos fundamentais, busca-se delimitar que “o direito a uma tutela efetiva [e aqui leia-se a caminho da punição] seria também uma espécie de direito fundamental da sociedade”⁶⁰.

Em suma, *a retórica do equilíbrio é elemento aplicativo do binômio segurança-eficiência enquanto caminho necessário de base para o exercício de ressignificações autoritárias*. Para os restritos objetivos das presentes reflexões, tal delimitação já se faz suficiente, o intento aqui é perceber e localizá-los justamente enquanto *decorrência* da afirmação inicial de um discurso jurídico abstrato e igualitário de afirmação dos direitos fundamentais, afinal, só é possível aplicar a “retórica do equilíbrio” se existe “um lado contrário” para equilibrar.

Nesse contexto, as estratégias próprias da governamentalidade criminal servem perfeitamente à equação, ou seja, o investimento político em discursos de que o ordenamento possui garantias demais, de que é necessário um complemento no controle penal, reforçam o “peso” fictício da retórica do equilíbrio necessitando-se aproximar os “lados” da balança, já que o lado da sociedade [!] está inferior ao lado da criminalidade. No plano atual, podemos dizer que surgiram outros mecanismos estratégicos de saber-poder, afinal, na dinâmica operacional do processo penal contemporâneo, vão se formando *padrões de extraoficialidade*⁶¹ a manter a estrutura de significância arbitrária anterior, ou até mesmo dotar de significância repressiva institutos novos⁶² inicialmente concebidos para privilegiar direitos fundamentais.

Tal realidade, vale fixar, já se instaurou enquanto *modus operandi instrumental no âmbito processual penal* e se vê imbricada na própria *formação dos saberes* polí-

59 FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, RT, v. 70, jan./fev. 2008, p. 230.

60 GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. *Autoritarismo e Processo Penal II: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023, p. 235. MENDONÇA, Andrey Borges de. A Reforma do Código de Processo Penal, sob a Ótica do Garantismo Integral. In: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. *Garantismo Penal Integral: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil*. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 174.

61 DUARTE, Daniel Nascimento; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, Ed. RT, ano 29, v. 183, p. 23-55, set. 2021.

62 LEMOS, Clécio. *Foucault e a Justiça Pós-Penal: críticas e propostas abolicionistas*. Belo Horizonte: Letramento, 2019.

tico-criminais. Exemplo privilegiado de toda essa dinâmica no contexto brasileiro foi o recente julgamento acerca da constitucionalidade da figura do *juiz das garantias*⁶³, instituto originalmente trazido nos termos da lei 13.964/19 e que, a partir do julgamento das Ações Diretas de Inconstitucionalidade n. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305, julgadas em conjunto pelo Supremo Tribunal Federal, teve seu originário sentido profundamente modificado.

Tal manifestação da Corte superior foi um dos mais importantes julgamentos processuais penais do país, contudo, em nosso sentir, seu grau de relevância alçou voos consideravelmente negativos, não só pela desconfiguração escancarada dos objetivos legislativos originais, mas, sobretudo, por se tratar de verdadeiro documento oficial que, em suas mais de 1200 páginas, corrobora e ilustra por vários meios os alocamentos paradigmáticos e as provocações aqui ventiladas.

Quanto à apreciação da integralidade do instituto do juiz de garantias em si⁶⁴, vale o destaque que a técnica da “interpretação conforme a constituição” foi *verdadeiro instrumento de ressignificações autoritárias aplicado nas temáticas fulcrais do julgamento*, com destaque para as temáticas abaixo tomadas, em grau comparativo entre a previsão legal originária e os resultados interpretativos decretados no julgamento como resultado da exploração da presente pesquisa:

a) *Limitação das atribuições processuais do juiz de garantias:*

O art. 3º-B do Código de Processo Penal teve a significância de seus incisos modificada pelo julgamento da Suprema Corte. Quanto ao *inciso VI*, que prevê que cabe ao juiz das garantias “prorrogar a prisão provisória ou outra medida cautelar, bem como substituí-las ou revogá-las, assegurado, no primeiro caso, o exercício do contraditório em audiência pública e oral, na forma do disposto neste Código ou em legislação especial pertinente”, o resultado do julgamento foi no sentido de atribuir interpretação conforme à Constituição para “prever que o exercício do contraditório será *preferencialmente* em audiência pública e oral [...]”⁶⁵.

Quanto ao inciso VII, que prevê que cabe ao juiz das garantias “decidir sobre o requerimento de produção antecipada de provas consideradas urgentes e não repetíveis, assegurados o contraditório e a ampla defesa em audiência pública e oral”, o resultado do julgamento foi no sentido de atribuir interpretação confor-

63 Supremo Tribunal Federal. *Ações Diretas de Inconstitucionalidade n.ºs. 6.298, 6.299, 6.300 e 6.305.* [julgamento conjunto], 2023.

64 Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298.* Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 11.

65 Supremo Tribunal Federal. *Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298.* Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.214. Grifos nossos.

me à Constituição para: “[...]estabelecer que o juiz pode deixar de realizar a audiência quando houver risco para o processo, ou diferenciá-la em caso de necessidade [...]”⁶⁶.

Quanto ao inciso XIV, que prevê que é função do juiz das garantias “decidir sobre o recebimento da denúncia ou queixa, nos termos do art. 399 deste Código”, a decisão do julgamento foi no sentido de atribuir interpretação conforme à Constituição ao dispositivo para “[...]assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia [...]”⁶⁷, o que teve consequências consideráveis para as reais modificações paradigmáticas e conjunturais para a instauração de um sistema minimamente mais imparcial, com destaque para a perda de oportunidade de se avançar na retirada de importância da influência do inquérito para os deslindes decisórios do processo judicial, um retrocesso considerável.

Quanto ao §1º, do mesmo art. 3º-B, prevê que: “O preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz de garantias no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, momento em que se realizará audiência com a presença do Ministério Público e da Defensoria Pública ou de advogado constituído, vedado o emprego de videoconferência”, o resultado do julgamento foi no sentido de atribuir interpretação conforme à Constituição para “estabelecer que o preso em flagrante ou por força de mandado de prisão provisória será encaminhado à presença do juiz das garantias, no prazo de 24 horas, salvo impossibilidade fática, momento em que se realizará a audiência com a presença do ministério público e da defensoria pública ou de advogado constituído, cabendo, excepcionalmente, o emprego de videoconferência, mediante decisão da autoridade judiciária competente, desde que este meio seja apto à verificação da integridade do preso e à garantia de todos os seus direitos [...]”⁶⁸.

Já quanto ao §2º, do mesmo art.3º-B, que prevê que: “Se o investigado estiver preso, o juiz das garantias poderá, mediante representação da autoridade policial e ouvido o Ministério Público, prorrogar, uma única vez, a duração do inquérito por até 15 (quinze) dias, após o que, se ainda assim a investigação não for concluída, a prisão será imediatamente relaxada”, o resultado do julgamento foi no sentido de atribuir interpretação conforme à constituição para “[...] assentar que: a) o juiz pode decidir de forma fundamentada, reconhecendo a necessidade de novas prorrogações do inquérito, diante de elementos concretos e da complexidade da investigação; e b) a inobservância do prazo previsto em lei não implica a revogação automática

66 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.214. Grifamos.

67 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.214. Grifos nossos.

68 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.214. Grifos no original.

da prisão preventiva, devendo o juízo competente ser instado a avaliar os motivos que a ensejaram [...]”⁶⁹.

b) *Limitação da competência material e restrição do momento de atuação:*

Quanto ao art. 3º-C, que originalmente prevê: “A competência do juiz das garantias abrange todas as infrações penais, exceto as de menor potencial ofensivo, e cessa com o recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código”, o resultado do julgamento foi no sentido de atribuir interpretação conforme à Constituição “[...] para esclarecer que as normas relativas ao juiz das garantias não se aplicam às seguintes situações: a) *processos de competência originária dos tribunais, os quais são regidos pela Lei nº 8.038/1990*; b) *processos de competência do tribunal do júri*; c) *casos de violência doméstica e familiar*; e d) *infrações penais de menor potencial ofensivo* [...]”⁷⁰; limitações essas que sequer arcabouço epistêmico minimamente lógico possuem, a não ser a clara vontade de restringir a incidência do juízo de garantias para certas situações, principalmente no que concerne aos crimes dolosos contra a vida. Outra manobra de ressignificação autoritária que claramente retirou considerável nível de aplicabilidade do instituto – sim, o “processo penal de exceção”⁷¹ existe, e a jurisprudência superior é um dos seus atores principais.

Já quanto ao término da atuação do juiz de garantias, em *ressignificação* do mesmo art. 3º-C, a Suprema Corte ainda decidiu no sentido de: “[...] declarar a *inconstitucionalidade* da expressão ‘recebimento da denúncia ou queixa na forma do art. 399 deste Código’ contida na segunda parte do caput do art. 3º-C do CPP, incluído pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para assentar que a competência do juiz das garantias cessa com o oferecimento da denúncia [...]”⁷².

Em grau consequencial, em relação a mesma temática do limite processual de atuação do juiz de garantias, o Supremo ainda “*teve*” que se manifestar quanto aos parágrafos 1º e 2º do mesmo artigo 3º-C: quanto ao §1º que prevê que “Recebida a denúncia ou queixa, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento” o Tribunal, após o julgamento, decidiu no sentido de “[...] declarar a *inconstitucionalidade* do termo ‘Recebida’ [...] e atribuir interpretação

69 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.214. Grifos Nossos.

70 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.214-1.215.

71 DUARTE, Daniel Nascimento; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O Manejo Meticuloso do Jurídico no Processo Penal de Exceção: As Entrelinhas dos Mandados de Busca e Apreensão Coletivos no Rio de Janeiro. **Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 99, p.210-240, 2021. Disponível em: <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5675>.

72 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.215. Grifos no original.

conforme ao dispositivo para assentar que, *oferecida a denúncia ou queixa*, as questões pendentes serão decididas pelo juiz da instrução e julgamento [...]”⁷³.

Quanto ao §2º que prevê: “As decisões proferidas pelo juiz das garantias não vinculam o juiz da instrução e julgamento, que, após o recebimento da denúncia ou queixa, deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias”, a Suprema Corte decidiu, da mesma forma, por “[...] declarar a inconstitucionalidade do termo ‘recebimento’ [...] e atribuir interpretação conforme ao dispositivo para assentar que, *após o oferecimento* da denúncia ou queixa, o juiz da instrução e julgamento deverá reexaminar a necessidade das medidas cautelares em curso, no prazo máximo de 10 (dez) dias”⁷⁴.

c) *Exclusão física dos autos do inquérito e impossibilidade de atuação no processo judicial caso o juiz atuasse na fase de investigação:*

Como se não bastasse as ressignificações autoritárias acima já pontuadas, o §3º do art. 3º-C trouxe a considerável previsão de que: “Os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias ficarão acautelados na secretaria desse juízo, à disposição do Ministério Público e da defesa, e não serão apensados aos autos do processo enviados ao juiz da instrução e julgamento, ressalvados os documentos relativos às provas irrepetíveis, medidas de obtenção de provas ou de antecipação de provas, que deverão ser remetidos para apensamento em apartado” e, em complemento, o §4º do mesmo artigo ainda destacou: “Fica assegurado às partes o amplo acesso aos autos acautelados na secretaria do juízo das garantias”. No julgamento, a Suprema Corte decidiu por “[...] declarar a inconstitucionalidade, com redução de texto, dos §§ 3º e 4º do art. 3º-C do CPP, incluídos pela Lei nº 13.964/2019, e atribuir interpretação conforme para *entender que os autos que compõem as matérias de competência do juiz das garantias serão remetidos ao juiz da instrução e julgamento*”⁷⁵.

Essa, que foi uma das mais consideráveis consequências conjunturais do julgamento, acabou, de maneira escancarada, por não possibilitar a instauração de uma sistemática que mudaria consideravelmente os paradigmas procedimentais em matéria criminal, qual seja, o *descarte do inquérito após a instauração do processo criminal*, hipótese que seria *um considerável avanço*⁷⁶, e que veio expressamente pre-

73 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.215. Grifos no original.

74 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.215. Grifos no original.

75 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.215.

76 LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2024, p.168 e ss.

vista no §3º do art. 3º-C⁷⁷, mas que, em virtude da “interpretação conforme à Constituição” proveniente de tal mudança de competência, acabou por ser declarada inconstitucional pela Suprema Corte, para manter a possibilidade de o inquérito policial continuar a acompanhar o processo criminal.

Quanto à impossibilidade de atuação do juiz que tivesse atuado na fase investigatória, previsão trazida no artigo 3º-D do CPP, qual seja, “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato incluído nas competências dos arts. 4º e 5º deste Código [as competências atinentes ao inquérito policial] ficará impedido de funcionar no processo” o Supremo Tribunal Federal optou, da mesma forma, por dar interpretação “conforme” à Constituição e “sugerir a redação” (nos termos dos próprios resultados de julgamento) da seguinte forma: “O juiz que, na fase de investigação, praticar qualquer ato decisório incluído nas competências do art. 3º-B deste Código ficará impedido de funcionar no processo”⁷⁸, como se o juiz que atuasse no inquérito policial *sem praticar atos decisórios* não se contaminasse com os elementos que teve contato no inquérito, ou como se o fato de não praticar atos decisórios o deixasse mais apto a julgar um eventual processo com imparcialidade, um verdadeiro “ato de fé”⁷⁹ ou ainda “um conto para crianças”⁸⁰.

Perpassadas tais ilustrações, foi possível observar que, do julgamento analisado, em específico acerca da temática do juiz das garantias, *todas as declarações de inconstitucionalidade e interpretações “conforme” à Constituição procedidas pela Suprema Corte dizem respeito a dispositivos que originariamente afirmavam a liberdade em alguma medida.*

Em palavras mais contundentes: no que tange à temática do juiz de garantias, todos os dispositivos advindos com a reforma, e que de alguma forma buscavam uma mudança de perspectiva para a estrutura processual penal, *foram limitados no julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal.*

Em nosso sentir, ao fim e ao cabo, as ressignificações autoritárias externadas escancaradamente no referido julgamento nos mostram cada vez mais a coerência da localização paradigmática do processo penal e seus instrumentais pseudoteóricos de controle como detentor de localização *estratégica* na governamentalidade criminal brasileira.⁸¹

77 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.215.

78 Supremo Tribunal Federal. **Ação direta de Constitucionalidade n. 6.298**. Relator: Min. Luiz Fux, 2023, p. 1.212. Grifos nossos.

79 BATISTA, Nilo. **Capítulos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022, p. 17.

80 FOUCAULT, Michel. **Do governo dos vivos**. Curso no Collège de France, 1979-1980 (excertos). Org. Nildo Avelino. 2. ed. São Paulo: Centro de Cultura Social. Rio de Janeiro: Achiamé, 2011, p.70-71.

81 FABRES, Thiago. **Criminologia, (in)visibilidade e reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.

5 Conclusões

Buscou-se nas presentes reflexões correlacionar o contexto paradigmático aqui denominado *governamentalidade criminal* com as nuances instrumentais do *autoritarismo processual penal*, sobretudo a sua dinâmica de ressignificações autoritárias com base em conjecturas possibilitadas pelo famigerado binômio segurança-eficiência e pelo exercício da, não menos repressiva, retórica do equilíbrio em matéria processual penal.

Desse modo, pelo que se apresentou nas linhas teóricas da presente exposição, pôde-se concluir, em suma, que: I) a manutenção, enrijecimento e progressiva reinvenção punitivo-repressiva da estrutura autoritária do processo penal se torna peça-chave da governamentalidade criminal brasileira; II) esta, em sua correlação instrumental para com o autoritarismo processual penal, traz consigo uma dinâmica de progressivo exercício de ressignificações autoritárias e que encontra no binômio segurança-eficiência um dos seus principais artefatos pseudotécnicos; III) a retórica do equilíbrio nas contemporâneas nuances do processo penal brasileiro apresenta-se como elemento aplicativo do binômio segurança-eficiência enquanto caminho necessário de base para o exercício de ressignificações autoritárias.

Após isso, a partir do exercício comparativo entre a previsão legal originária e os resultados interpretativos provenientes do julgamento atinente ao juiz de garantias, intentou-se localizar tal julgamento como um potente exemplo privilegiado das diretrizes paradigmáticas traçadas no início da reflexão, algo que foi confirmado, afinal, *todas as interpretações referentes ao instituto do juiz das garantias dadas pelo Supremo Tribunal Federal flexibilizaram em alguma medida dispositivos que (direta ou indiretamente) afirmavam mais a liberdade em nível processual em sua concepção original*.

Contudo, com a análise e exploração da pesquisa realizada, pôde-se ir além, e se chegar num resultado não previsto pela hipótese, qual seja: ***da análise do julgado e de seus resultados pôde-se confirmar que a interpretação conforme à constituição foi o instrumental principal de ressignificações autoritárias em tal julgamento***, visto que praticamente todas as reinterpretções repressivas do instituto dadas pelo Supremo Tribunal Federal *se valeram dessa técnica estratégica*, servindo como próprio mecanismo de reforço da governamentalidade criminal em seu espectro processual penal.

Por fim, se faz essencial perceber – para não crermos em “infelizes coincidências” no âmbito do processo penal – que tais limitações da liberdade foram feitas dentro de um “jogo de afirmações” *declaradas* dos próprios direitos fundamentais e da própria *constituição* e, mais do que isso, *da própria democracia* que em matéria processual penal é “invocada” para flexibilizar direitos.

Em definitivo – e as alavancas reformistas do processo penal brasileiro nos fazem a cada dia mais constatar esse diagnóstico – por detrás de qualquer pretensa modificação minimamente humanista do processo penal, já advém toda uma linha de saber-poder pronta a manter as estruturas de controle e invisibilização e esse é um ciclo que parece ser uma constante no processo penal brasileiro. O alarmante se dá quando são os “guardiões” da Constituição que reproduzem tal sistemática, afinal, após estes, não há mais para onde *juridicamente* “correr”.

Referências bibliográficas

- ADORNO, Theodor W. **Estudos sobre a personalidade autoritária**. Trad. Virgínia Helena Ferreira da Costa, Francisco López Toledo Corrêa e Carlos Henrique Pissardo. São Paulo: Editora Unesp, 2019.
- ALEXANDER, Michelle. **A nova segregação: racismo e encarceramento em massa**. São Paulo: Boitempo, 2018.
- AZEVEDO, Rodrigo. Ghiringhelli. de; CIFALI, Ana Cláudia. Política criminal e encarceramento no Brasil nos governos Lula e Dilma: Elementos para um balanço de uma experiência de governo pós-neoliberal. **Civitas: Revista de Ciências Sociais**, [S. l.], v. 15, n. 1, p. 105–127, 2015. Disponível em: <https://revistaseletronicas.pucrs.br/ojs/index.php/civitas/article/view/19940>. Acesso em: 14 jun. 2023.
- BATISTA, Nilo. **Capítulos de Política Criminal**. Rio de Janeiro: Revan, 2022.
- BINDER, Alberto M. **Derecho Procesal Penal**. Hermenéutica Procesal Penal. Tomo I. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2013.
- BINDER, Alberto. **Introdução ao Direito Processual Penal**. Trad. Fernando Zani. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003;
- BINDER, Alberto. Tensões político-criminais no processo penal. In: GOSTINSKI, Aline; PRADO, Geraldo; POSTIGO, Leonel González. (Orgs.). **Fundamentos para a reforma da justiça penal**. Trad. Augusto Jobim do Amaral. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BORGES, Maria Clara Roman. Uma genealogia dos discursos críticos sobre o autoritarismo do Código de Processo Penal brasileiro. **Sequência**, Florianópolis, v. 42, n. 87, p. 01-41, 2021.
- CASARA, Rubens. **Estado pós-democrático**. Neo-obscuridade e gestão dos indesejáveis. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2017.
- CHAUÍ, Marilena. **Manifestações ideológicas do autoritarismo brasileiro**. Belo Horizonte, Autêntica – São Paulo: Editora Fundação Perseu Abramo, 2013;
- CHOUKR, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.
- COHEN, Stanley. **Visiones del Control Social: delitos, castigos y clasificaciones**. Barcelona: Promociones y Publicaciones Universitarias S.A. (PPU), 1988.
- DUARTE, Daniel Nascimento. **Política Criminal Processual Penal: da persecução processual penal à política criminal persecutória**. São Paulo: Tirant lo Blanc, 2025.
- DUARTE, Daniel Nascimento; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. Gestão diferencial dos ilegalismos no processo penal na era da sociedade digital. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, Ed. RT, ano 29, v. 183, p. 23-55, set. 2021.
- DUARTE, Daniel Nascimento; SANTORO, Antonio Eduardo Ramires. O Manejo Meticuloso do Jurídico no Processo Penal de Exceção: As Entrelinhas dos Mandados de Busca e Apreensão Coletivos no Rio de Janeiro. **Direito Público**, [S. l.], v. 18, n. 99, p.210-240, 2021. Disponível em:
- ECO, Umberto. **O fascismo eterno**. Trad. Eliana Aguiar. Rio de Janeiro: Record, 2018.
- FABRES, Thiago. **Criminologia, (in)visibilidade e reconhecimento: o controle penal da subcidadania no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 2014.
- FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, RT, v. 70, jan./fev. 2008.

- FERNANDES, Florestan. **Apontamentos sobre a "teoria do autoritarismo"**. São Paulo: HUCITEC, 1979.
- FOUCAULT, Michel. **A Hermenêutica do sujeito**. Trad. Márcio Alves da Fonseca e Salma Tannus Muchail. São Paulo: Martins Fontes, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **A verdade e as formas jurídicas**. Rio de Janeiro: NAU, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Do governo dos vivos**. Curso no Collège de France, 1979-1980 (excertos). Org. Nildo Avelino. 2. ed. São Paulo: Centro de Cultura Social. Rio de Janeiro: Achiamé, 2011.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- FOUCAULT, Michel. **Em defesa da sociedade**. Trad. Maria Ermantina Galvão. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 292-293.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. 5. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 149.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. 5. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017, p. 149-150.
- FOUCAULT, Michel. **História da sexualidade: a vontade de saber**. 5. ed. Trad. Maria Thereza da Costa Albuquerque e J. A. Guilhon Albuquerque. Rio de Janeiro/São Paulo: Paz e Terra, 2017.
- FOUCAULT, Michel. **Microfísica do Poder**. 15. ed. Org. Roberto Machado. Rio de Janeiro: Graal, 2000.
- FOUCAULT, Michel. **Nascimento da biopolítica: curso no Collège de France (1978- 1979)**. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008b.
- FOUCAULT, Michel. **Segurança, Território, População**. Curso dado no Collège de France. Trad. Eduardo Brandão. São Paulo: Martins Fontes, 2008a.
- FRAGOSO, Cristiano Falk. **Autoritarismo e sistema penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal II: Autoritarismo cool e economia política do processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2023.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Autoritarismo e Processo Penal: Uma genealogia das ideias autoritárias no processo penal brasileiro**. São Paulo: Tirant Brasil, 2018.
- GLOECKNER, Ricardo Jacobsen. **Processo Penal Pós-acusatório? Ressignificações do Autoritarismo no Processo Penal**. *Revista EMERJ, Rio de Janeiro*, v. 18, n. 67, p. 378-408, jan./fev. 2015.
<https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/direitopublico/article/view/5675>.
- LEMONS, Clécio. **Foucault e a Justiça Pós-Penal: críticas e propostas abolicionistas**. Belo Horizonte: Letramento, 2019.
- LEMONS, Clécio. **Criminologia foucaultiana**. Belo Horizonte: Letramento, 2020.
- LEONEL, Wilton Bisi. **(Neo)conservadores da lei e da ordem: hegemonia e controle penal da underclass**. 2018. 369 f. Tese (Doutorado em Direitos e Garantias Fundamentais) - Programa de Pós-Graduação em Direitos e Garantias Fundamentais, Faculdade de Direito de Vitória, Vitória, 2018.
- LINZ, Juan José. Uma teoria do regime autoritário: o caso de Espanha. In: LINZ, Juan José. **Autoritarismo e Democracia**. Lisboa: Livros Horizonte, 2015;
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- LOPES JR., Aury. **Direito Processual Penal**. 21. ed. São Paulo: Saraiva, 2024.
- LOPES JR., Aury. **Fundamentos do processo penal: introdução crítica**. [livro digital]. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.
- MAIA, Gretha Leite; OLIVEIRA, David Barbosa. A gestão de ilegalismos de Foucault como categoria de análise de questões jurídicas no Brasil. *Sequência*, Florianópolis, v. 42, n. 89, p. 02-23, 2021.
- MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013
- MARTINS, Rui Cunha. **A hora dos cadáveres adiados: corrupção, expectativa e processo penal**. São Paulo: Atlas, 2013
- MELCHIOR, Antonio Pedro; MALAN, Diogo; SULOCKI, Victoria-Amalia de Barros Carvalho Gozdawa de. **Autoritarismo e processo penal brasileiro**. Coleção Matrizes Autoritárias do Processo

- Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v. 1.
- MENDONÇA, Andrey Borges de. A Reforma do Código de Processo Penal, sob a Ótica do Garantismo Integral. *In*: CALABRICH, Bruno; FISCHER, Douglas; PELELLA, Eduardo. **Garantismo Penal Integral**: questões penais e processuais, criminalidade moderna e a aplicação do modelo garantista no Brasil. 2. ed. Salvador: JusPodivm, 2013, p. 174)
- PASSETTI, Edson. **Anarquismos e sociedade de controle**. São Paulo: Cortez, 2003;
- PASTANA, Débora Regina. **Justiça Penal no Brasil contemporâneo**: discurso democrático, prática autoritária. São Paulo: UNESP, 2009;
- PEREIRA, Anthony. **Ditadura e Repressão**: o autoritarismo e o estado de direito no Brasil, no Chile e na Argentina. São Paulo: Paz e Terra, 2010.
- PRADO, Geraldo. **Sistema acusatório**: a conformidade constitucional das leis processuais penais. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005;
- SAMPAIO, André Rocha. **Processo Penal e Governamentalidade**: A influência dos elementos inquisitoriais na convicção judicial. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2022, p. 64. Grifos nossos.
- SCHINKE, Vanessa Dorneles. **Judiciário e Autoritarismo**: regime autoritário (1964-1985), democracia e permanências. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016;
- SCHWARCZ, Lilia Moritz. **Sobre o autoritarismo brasileiro**. São Paulo: Companhia das Letras, 2019.
- SIMON, Jonathan. **Governig through crime**. How the war on crime transformed American democracy and created a culture of fear. Oxford: Oxford University Press, 2007.
- SIMON, Jonathan; SILVESTRE, Giane. Governando através do crime. Trad. Ricardo Jacobsen Gloeckner, Marcelo Butelli Ramos e Lucas Melo Borges de Souza.). *In*: FRANÇA, Leandro Ayres; CARLEN, Pat (Orgs.). **Criminologias alternativas**. Porto Alegre: Canal Ciências Criminais, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.
- TIBURI, Marcia. **Como conversar com um fascista**: reflexões sobre o cotidiano autoritário brasileiro. 9. ed. Rio de Janeiro: Record, 2017.
- WARAT, Luis Alberto. Saber crítico e senso comum teórico dos juristas. *In*: WARAT, Luis Alberto. **Epistemologia e Ensino Jurídico**: o sonho acabou. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raul. **O inimigo no direito penal**. 3. ed. Trad. Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2011.

LESÃO CORPORAL LEVE CONTRA MULHER: CONFLITO ENTRE OS §§ 9º E 13 DO ART. 129 DO CÓDIGO PENAL

ASSAULT AGAINST WOMEN: CONFLICT BETWEEN §§ 9º E 13 OF ART. 129 FROM THE PENAL CODE

DAVI DE PAIVA COSTA TANGERINO¹

RESUMO: O presente artigo lida com o seguinte problema: como melhor interpretar os §§ 9º e 13º do art. 129 do Código Penal? Em que pese a recente equiparação punitiva entre as figuras, a questão ainda se justifica diante da pluralidade de possíveis agentes. De mais a mais, entender as diferenças entre eles e as melhores formas de serem interpretados é também uma boa maneira de descobrir quanto de acerto houve nessa alteração. Para responder esse problema, foi preciso estabelecer pressupostos, iniciando a investigação exercendo uma breve compreensão acerca das categorias gênero, identidade de gênero e vulnerabilidade. Após, identificou-se os diversos elementos que operam em cada um dos dispositivos, permitindo compará-los na sua aplicação devida. O destaque da análise ficou em como o gênero recorta (ou deixa de recortar) cada um dos dispositivos. Além disso, pontos de atenção, especialmente envolvendo casos em que presentes pessoas transgênero, foram levantados e propostas de solução foram feitas. Sinteticamente, as conclusões do trabalho foram no sentido de que o gênero recorta o §13, mas não o §9º. A vulnerabilidade da mulher em relação ao homem é uma presunção relativa, operando somente como alteração na distribuição do ônus probatório. Em casos envolvendo transgênero, seja no polo passivo ou ativo, pode haver casos especiais de inversão nessa presunção, uma vez que o trans- é, em si, também um marcador de vulnerabilidade.

PALAVRAS-CHAVE: lesão corporal leve; violência doméstica; lei maria da penha; lei n. 14.994/24

ABSTRACT: This article deals with the following problem: how best to interpret §§ 9 and 13 of art. 129 from the Penal Code? This issue becomes especially important in the present scenario, in which legislative change equalized the punishment of both. Therefore, understanding the differences between them and the best ways to interpret them is also a good way to find out how correct this change was. To answer this problem, it was necessary to establish presuppositions, starting the investigation by exercising a brief understanding of the categories gender, gender identity and vulnerability. Afterwards, the

¹ Doutor e Mestre em Direito Penal pela USP, com estágios doutoral e pós-doutoral na Alemanha (Universidade Humboldt em Berlim e Instituto Max Planck em Freiburg). Professor de Direito Penal na UERJ. Orcid: 0000-0002-8054-2648.

different elements that operate in each of the devices were identified, allowing them to be compared in their proper application. The highlight of the analysis was how the genre cuts (or fails to cut) each of the devices. Furthermore, points of attention, especially involving cases where transgender people were present, were raised and solution proposals were made. In short, the conclusions of the work were that the gender cuts out §13, but not §9. The vulnerability of women in relation to men is a relative presumption, operating only as a change in the distribution of the burden of proof. In cases involving transgender, whether in passive or active pole, there may be special cases of inversion of this presumption, since transgender is, in itself, also a marker of vulnerability.

KEYWORDS: aggravated assault; domestic violence; Maria da Penha; Federal Law n. 14.994/24.

SUMÁRIO: 1 Introdução do problema; 2 Gênero, identidade de gênero e vulnerabilidade; 2.1 Gênero e vulnerabilidade; 2.3 Conclusão: vulnerabilidade como presunção; 3 As formas qualificadas de lesão corporal leve dos §§ 9º e 13; 3.1 Lesão corporal leve qualificada (§ 9º); 3.2 Formas qualificadas pela *convivialidade*; 3.2.1 Gênero como fator interpretativo integrativo; 3.2.2 Gênero e sujeito passivo; 3.2.3 Gênero e sujeito ativo; 3.2.4 Gênero como presunção de vulnerabilidade; 3.3 Lesão qualificada pelo vetor *familiar*; 3.4 Conclusão parcial. 4 Lesão corporal leve qualificada (§ 13); 4.1 Identidade de gênero e legalidade estrita: alcance do 13 para as mulheres trans; 4.2 Toda lesão corporal leve praticada por homem contra mulher é qualificada? 5 Conclusão: âmbitos de incidência dos §§ 9º e 13; 6 Adendo: notas sobre a dosimetria; 6.1 Vulnerabilidade e as agravantes do art. 61 do Código Penal; 6.2 As majorantes dos §§ 10 e 11.

1 Introdução do problema

A lesão leve qualificada introduzida ao art. 129 do Código Penal (CP), no § 9º, sob a rubrica lateral de “violência doméstica”, em 2004, previu pena de detenção, de 6 meses a 1 ano. O quanto fosse “doméstico” não se articulava, no desenho do tipo qualificado, em torno do marcador de gênero, porém dos marcadores (*primeiro*) ambiente *familiar* em sentido amplo (“ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro”), e (*segundo*) *convivial* (“ou com quem conviva ou tenha convivido prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”).

A Lei Maria da Penha (Lei n. 11.340/06 - LMP), dois anos depois, (*primeiro*) aumentou as penas da forma qualificada para a de detenção, de 3 meses a 3 anos; (*segundo*) deu definição à violência doméstica e familiar, em seu artigo 5º, vinculada ao marcador de gênero, feminino; (*terceiro*) acrescentou ao art. 129 do Código

Penal o § 11, que aumenta a pena em um terço caso a vítima da lesão seja pessoa com deficiência.

A rubrica de “violência doméstica”, de 2004, e o conceito de “violência doméstica e familiar”, de 2006, contêm elementos convergentes (tanto o eixo *familiar*, como o *convivial*) e um traço distintivo: o marcador de gênero - presente na LMP e ausente no § 9º.

A segunda parte do artigo - item III - será dedicada às implicações interpretativas que decorrem desta assimetria conceitual. Antes, porém, será preciso breve incursão sobre os conceitos de gênero, identidade de gênero e vulnerabilidade (item II).

Em 2021, sobrevém nova forma qualificada - § 13 - agora centralmente articulada em torno dos marcadores “sexo feminino” (*caput*) e gênero (via remissão ao art. 121, §2º-A, CP), com pena de reclusão, de 1 a 4 anos. As novas assimetrias serão exploradas no item IV.

Em 2024, o legislador mais uma vez promoveu alterações nesse âmbito, mas dessa vez em ambos dos dispositivos. Tendo em vista a transformação do feminicídio, outrora qualificadora prevista no art. 121, §2º-A, CP, em crime autônomo, e que o § 13, como visto, fazia remissão a ela, a remissão legal dele foi atualizada - agora, refere-se ao § 1º do art. 121-A, CP. Além disso, houve alteração da pena de ambos os dispositivos - §§ 9º e 13 -, aumentando-as e as igualando: reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos. Todas as questões necessárias para o devido entendimento dos preceitos primários, porém, não se alteraram. Assim, não há item dedicado a novas assimetrias por ausência delas, mantendo-se as já vistas e analisadas.

O item V apresentará o cotejo entre os §§ 9º e 13, buscando articular a miríade de variáveis que se apresentam: gênero do sujeito ativo, do sujeito passivo, o vetor vulnerabilidade, a posição de *proximidade* (seja familiar, seja de *intimidade*) e o menosprezo ou discriminação à condição de mulher. Não fosse suficiente a complexidade de variações, o item V busca analisar novas nuances que devem ser consideradas quando se adiciona a identidade de gênero, notadamente as pessoas transsexuais como sujeitos passivos de lesão corporal leve.

No item VI discute-se a incidência de algumas agravantes do art. 61 do Código Penal, bem como das majorantes dos §§ 10 e 11, tanto ao § 9º, como ao § 13.

Para fins deste artigo, por facilidade, alguns termos serão encurtados, ou seja, serão empregados sempre com seu sentido normativo, porém formulado de modo sintético: *familiar* designará, nos termos do art. 5º, II, da LMP, como “a comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”; *íntima* ou *de intimidade*, por sua vez, designará tanto a unidade doméstica (“doméstica, compreendida

como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”) como as relações de *afeto* (“na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”), ambos conforme o art. 5º, I e III, da Lei Maria da Penha; à soma do *familiar* com o íntimo, como na expressão “violência doméstica e familiar”, se empregará íntimo-familiar. *Convivial* designará a relação de proximidade em que pesem ausentes os vetores *familiar* ou íntimo. Por fim, o § 13 é complementado pelo § 1º do art. 121-A, CP, citado doravante apenas como § 1º-A; quando o § 13 for complementado pelo § 1º-A, I, será notado como § 13, I; quando pelo § 1º-A, II, como § 13, II.

2 Gênero, identidade de gênero e vulnerabilidade

Vulnerabilidade é um termo polissêmico, cujo emprego na literatura está principalmente associado às diferentes exposições a riscos, e/ou, ao “resultado negativo da relação entre disponibilidade dos recursos materiais ou simbólicos dos atores, sejam eles indivíduos ou grupos, e o acesso à estrutura de oportunidades sociais, econômicas e culturais oriundas do Estado, do mercado e da sociedade”.²

Assim, em essência, tem-se que a vulnerabilidade é uma posição de inferioridade de fato, cuja métrica pode ser estatística (como na afirmação “imunossuprimidos são mais vulneráveis a doenças”, ou seja, quando cotejados ao restante do espaço amostral), e/ou relacional, ou seja, de um indivíduo em relação a outro(s). Na legislação penal, abundam figuras em que se atribui vulnerabilidade aos filhos, em relação aos pais, aos idosos, em relação a quem tem o dever de cuidar deles etc.

Naturalmente os marcadores de vulnerabilidade podem ser cumulativos: o imunossuprimido (marcador biológico), quando em acentuada posição de exclusão social (marcador social), será ainda mais suscetível a doenças, ou, então, à periclitção da saúde por conta daquela doença.

As figuras típicas objeto desta análise estão, em parte, articuladas a algumas vulnerabilidades, que serão exploradas a seguir. Duas delas merecem destaque: a de gênero (pela presença) e a de identidade de gênero (pela ausência).

N’O Segundo Sexo (1949), Simone de Beauvoir afirma que “ninguém nasce mulher: torna-se mulher”.³ Usa-se a célebre afirmação apenas para ilustrar como essa ideia seminal permitiu que se desatrelasse o sexo (atributo biológico) do gênero (atributo social). Dito de maneira direta: se o critério de macho ou fêmea

2 MORAIS, Normanda Araujo de; RAFFAELLI, Marcela; KOLLER, S. H. (2012). Adolescentes em situação de vulnerabilidade social e o continuum risco-proteção. *Avances en Psicología Latinoamericana*, 30(1), p. 118-136, p. 119.

3 BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019, p. 11.

pertence ao campo das ciências naturais, os marcadores de masculino e feminino são definidos pelo corpo social. Ser mulher, portanto, é mais do que nascer fêmea; é ter uma posição social atrelada ao feminino.

O legislador, com acerto, posiciona a posição do feminino como vulnerável diante do masculino. Não por critérios biológicos – como tanto já se fez nas ciências criminais –, porém históricos, culturais e/ou sociais. O tema das forças conformadoras dessas posições é abordado por diversas lentes, como o fizeram, entre outros, Foucault, a partir da sociedade disciplinar e dispositivos de sexualidade, Zaffaroni, via controle social difuso, e Cirino dos Santos, nas sendas das determinações estruturais do controle social etc.⁴

Pode-se, sem aderir a uma delas, partir-se do próprio texto constitucional, em cujo preâmbulo marca-se que a igualdade material é ideal a ser assegurado – logo, um porvir. Na medida em que a Constituição fixa a igualdade como meta, e não como dado, tem-se tranquilo reconhecimento de que pessoas são materialmente desiguais.

Não se pode, porém, deixar de registrar uma ausência de marcador nas figuras típicas em análise: o da identidade de gênero. Não há maiores questões quando há convergência entre o sexo biológico e a identidade de gênero (cisgeneridade); o desafio se coloca na divergência, ou seja, na transgeneridade.

A marginalização da população transgênero no Brasil é tão palpável que poderia ser tomada como fato notório. Registre-se apenas que a organização Transgender Europe (TGEU) publicou relatório mostrando que 70% dos homicídios contra transgêneros ocorreram na América Latina, 33% no Brasil, país que tristemente lidera o *ranking* mundial.⁵

Tem-se, portanto, no caso da população trans, marcadores de vulnerabilidade que podem cumulativos (mulher e trans), ou que, em tese, se “compensam” (trans, porém homem).

Nos itens seguintes essas posições serão abordadas de maneira mais aprofundada.

Fixa-se, aqui, porém, como premissa de que a posição do feminino é uma vulnerabilidade diante do masculino; e que a posição trans é um marcador de vulnerabilidade diante da posição cis.

4 PEDRINHA, Roberta. *Sexualidade, controle social e práticas punitivas*: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, pp. 3 e ss.

5 Disponível em <<https://transrespect.org/en/tmm-update-tdor-2021/>>, consultado em 22/10/2024.

Registre-se, por fim, que STJ decidiu que “mulher” para fins de cabimento das medidas protetivas da LMP não pode ser compreendida a partir do marcador biológico, de sexo, porém, antes, como marcador de identidade de gênero. Assim, estão abarcadas pela lei as mulheres trans.⁶ Com efeito, a interpretação do quanto seja mulher, mesmo sob o marco da legalidade estrita, comporta a mulher trans, não cabendo aqui falar em analogia. Acertou o STJ, registre-se.

3 Vulnerabilidade e presunção

Além das posições de gênero e de identidade de gênero, a lei, nos tipos em comento, presume a vulnerabilidade a) dos partícipes de relações íntimo-familiares, e b) dos partícipes de relações conviviais não familiares e não afetivas.

Presunção é, fundamentalmente, um tema de ônus da prova. Quando absoluta, obsta que se argua (e, assim, que se prove) o elemento presumido.

Tenho que presunções absolutas no âmbito da tipicidade são ilegais e inconstitucionais. Do contrário, o julgador que, diante de particularidades de um caso concreto vislumbre que a aplicação literal do tipo levaria a uma condenação materialmente injusta, deveria abdicar de concretizar a garantia da liberdade (de matriz constitucional) em prestígio da dimensão formal do tipo. Confira-se como, a despeito da rigidez da presunção no tipo de estupro de vulnerável (art. 217-A, CP),⁷ o Superior Tribunal de Justiça vem, em casos excepcionais, acertadamente relativizado a Súmula 593.^{8,9}

Como bem coloca Gustavo Badaró (referindo-se às presunções relativas que, segundo a posição aqui defendida, são as únicas possíveis quando se fale de elementos típicos presumidos), cuidam-se as presunções de alteração “**na distribuição do ônus da prova**”.¹⁰

Assim, o Estado-acusação, nas presunções típicas, não tem o ônus de prová-las, deslocando-o para a defesa, que poderá provar, quando o caso, particularidade fática tal que fundamente a reversão da presunção.

6 REsp 1977124/SP, 6ª Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, Dje 22.4.2022.

7 Estupro de vulnerável/ Art. 217-A. Ter conjunção carnal ou praticar outro ato libidinoso com menor de 14 (catorze) anos: Pena - reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.

8 Súmula n. 593, STJ: O crime de estupro de vulnerável se configura com a conjunção carnal ou prática de ato libidinoso com menor de 14 anos, sendo irrelevante eventual consentimento da vítima para a prática do ato, sua experiência sexual anterior ou existência de relacionamento amoroso com o agente.

9 Exemplos dessa relativização em AgRg no REsp n. 2.405.738/MG, relator Ministro Reynaldo Soares da Fonseca, Quinta Turma, julgado em 24/10/2023, Dje de 30/10/2023 e REsp n. 1.977.165/MS, relator Desembargador convocado Olindo Menezes, relator para acórdão Ministro Sebastião Reis Júnior, Sexta Turma, julgado em 16/05/2023, Dje de 25/05/2023.

10 BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018, p. 508.

Sustenta-se, pois, que todos os vetores de presunção de vulnerabilidade apontados acima (*primeiro*) dispensam o Estado-acusação, *prima facie*, de provar referida posição de vulnerabilidade; sem, contudo, (*segundo*) obstar que a defesa (ou, no mundo ideal, o próprio Ministério Público como fiscal da lei) possam, em casos excepcionais, reverter a presunção.

Assim, ao tempo em que se afirma a vulnerabilidade das posições do g nero feminino e da identidade de g nero trans, tem-se que não serão absolutas.

4 As formas qualificadas de lesão corporal leve dos §§ 9º e 13

Esses os vetores qualificadores contidos nos parágrafos em análise:

1. ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro, ou com quem conviva ou tenha convivido (§ 9º, primeira parte) - *familiar*;

2. prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade (§ 9º, segunda parte) - * ntimo-familiar* (“relações domésticas”) ou *convivial* (“coabitação” ou “hospitalidade”);

3. no  mbito da unidade doméstica, compreendida como o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas (§ 13, complementado pelo art. 121, § 2º-A, I, CP, e pelo art. 5º, I, da LMP) - * ntimo-familiar*;

4. no  mbito 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 (§ 13, complementado pelo art. 121-A, § 1º, I, CP, e pelo art. 5º, II, da LMP) - *familiar*;

5. em qualquer relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação (§ 13, complementado pelo art. 121-A, § 1º, I, CP, e pelo art. 5º, III, da LMP) - * ntima-(convivial)*;

6. menosprezo ou discriminação   condição de mulher (§ 13, complementado pelo art. 121-A, § 1º, II, CP).

Os marcadores 1 a 5 pressupõem uma relação particular de proximidade entre agressor e agredido; já o 6, uma valoração negativa da ofendida pelo agente, que motiva a agressão.

A modulação da resposta punitiva para a prática de um crime há de orientar-se pelos diferentes graus, ou bem de afetação ao bem jurídico, ou bem de culpabilidade do agente. No caso em análise, tanto o bem jurídico (integridade do corpo ou da saúde), como seu grau (leve)   fixo; logo, os vetores qualificadores dizem respeito à culpabilidade do agente.

Nos casos 1 a 5, a maior culpabilidade está atrelada à relação de proximidade entre autor e vítima, passível de tradução no binômio dever de cuidado e vigilância. Nessas relações, há uma expectativa socialmente fundada de que uns cuidem dos outros, de que resulta que, nessas relações, os indivíduos diminuem a intensidade da vigilância sobre seus bens jurídicos fundamentais. No recorte do tipo em estudo, em relações de proximidade, as pessoas, porque depositam nas outras uma expectativa de particular atenção e respeito ao corpo e à saúde, exercem menos vigilância, menor investimento protetivo nesses bens. Aquele que, frustrando a expectativa, atinge dolosamente a integridade corporal (ou da saúde) de outrem, é mais culpável.¹¹

Essa ordem de coisas independe do gênero, ou da identidade de gênero. Tais vetores, porém, compõem essas cenas qualificadoras na medida em que são marcadores sociais perenes, estruturais, e não tópicos, ou seja, a ação social do masculino em direção ao feminino e do cis- em direção ao transgênero se dá presumidamente de um polo de mais poder para um de menos poder.

Pode-se, então, empregar-se o binômio abuso (do agressor) e vulnerabilidade (da vítima) como constituintes dos vetores qualificadores 1 a 5, que poderá ser agudizado pela superposição da posição social de gênero ou de identidade de gênero.

Já o marcador n. 6 prescinde de qualquer relação entre autor e vítima, orientando-se pelo motivo da lesão corporal leve: menosprezo ou discriminação à condição de mulher.

3.1 Lesão corporal leve qualificada (§ 9º)

A Lei n. 10.886/2004 inseriu, sob a rubrica de “violência doméstica”, uma forma qualificada de lesão corporal:

§ 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: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano.

¹¹ Repare-se que a utilização do critério da menor vigilância sobre o bem jurídico para aumentar a pena é utilizado há muito e em diversos outros dispositivos. A título de exemplo, veja-se que Hungria já justificava a majoração do furto ocorrido em período de repouso noturno exatamente por tal razão: “a maior precariedade de vigilância e defesa”. Cf. HUNGRIA, Nélson. *Comentários ao código penal, vol. VII*. Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 30. Enxergando o fundamento legislativo de forma similar, mas falando em quebra de confiança – o que, no fundo, é bem próximo da expectativa de não lesão a que se refere o corpo deste texto –, MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal, Lições Fundamentais: parte especial, crimes contra a pessoa*. 3ª ed. São Paulo: D’Plácido, 2021, p. 411.

Pouco mais de dois anos depois, sobrevém a LMP, que cria um marco mais amplo para “coibir a violência doméstica e familiar contra a mulher”. A lesão qualificada do § 9º sofre aumento de pena, passando a ser de detenção, de 3 (três) meses a 3 (três) anos.

Criou, todavia, uma contradição terminológica: a LMP define “violência doméstica e familiar” como qualquer ação ou omissão baseada no gênero que cause à mulher, no que interessa aqui, lesão e sofrimento físico ou psicológico, quando praticada - sinteticamente - nos âmbitos *doméstico* (inciso I), *familiar* (inciso II) e de *intimidade* (inciso III). Já o § 9º, embora use a rubrica “violência doméstica e familiar”, não insere como elemento do tipo a condição de gênero (“baseada no gênero”), embora reproduza os demais vetores.

Na verdade, a forma qualificada do § 9º estruturou-se em torno da condição íntimo-familiar entre autor e vítima (primeira parte) e/ou do abuso de uma posição *convivial* (segunda parte). Note-se que se fala tão somente de convívio, sem nenhuma menção ao componente *afetivo*. Esse só vai surgir com o art. 5º, III, da LMP, que, como visto, aumenta penas e cria majorante, mas não altera a forma qualificada do § 9º.

Assim, não há, nos elementos da forma qualificada, nenhuma genealogia da LMP, seja porque lhe é posterior, seja porque as alterações por ela trazidas não se deram no desenho típico. Logo, tem-se que o § 9º aplica-se a quais gêneros, tanto de sujeito ativo, como de passivo.¹²

Os vetores qualificadores passam ao largo do gênero; restringem-se a uma circunstância - relação íntimo-familiar, em sentido amplo, na primeira parte -, ou a um modo - abuso da *convivialidade*, na segunda.

Em 2024, houve nova alteração do dispositivo legal, mas somente da sua pena - “reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos” -, mantendo-se todas essas questões relativas ao preceito primário de maneira idêntica.

3.2.1. Gênero como fator interpretativo integrativo

Do quanto afirmado anteriormente, todavia, não resulta a irrelevância do gênero dos atores envolvidos no conflito.

Nilo Batista, ao explanar sobre as funções da legalidade, aponta que esta proíbe a criação de crimes e de penas pelo costume; todavia, os últimos exercem

¹² Nesse sentido: SOUZA, Luciano. *Direito Penal*. 2º vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; BITTENCOURT, Cezar. *Direito Penal, Parte Especial*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020; NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal*. 2º vol. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020. MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal, Lições Fundamentais: parte especial, crimes contra a pessoa*. 3ª ed. São Paulo: D’Plácido, 2021. Em sentido contrário: PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 3.4.

função integrativa (e não constitutiva), a exemplo da interpretação de elementos típicos abertos (tais como “obsceno”, “pudor” etc.), extensão de deveres objetivos de cuidado não-expressos, nos delitos culposos, ou mesmo em justificantes, como o exercício regular de direito.¹³

O que Batista quer marcar é que os dados de realidade, mais precisamente a valoração social de condutas, tem papel configurador, via interpretação, em determinados tipos penais. No caso em análise, a relação entre o masculino e o feminino, sobretudo nos âmbitos familiares e de intimidade é marcada por “relações assimétricas de poder que estão inseridas em uma ordem patriarcal de gênero (estrutural), que confere ao masculino uma suposta autoridade, ‘mando’ ou supremacia sobre as mulheres”.¹⁴ Presume-se, pois, uma posição de vulnerabilidade da mulher perante o homem. Da mesma forma, do trans- perante o cisgênero.

A violência *baseada* no gênero não se confunde com a violência motivada pelo gênero; nesse último caso o marcador “gênero” seria o motor da conduta lesiva, ou seja, a razão pela qual se dá a conduta lesiva à mulher. A discrepância concreta nas posições de poder - e invoque-se o teorema de Thomas: “se os indivíduos definem as situações como reais, elas são reais em suas consequências”,¹⁵ ou seja, se da estrutura social decorre uma percepção compartilhada da superioridade do masculino, ela se torna real em suas consequências, ainda, portanto, que não haja uma superioridade *em si* - é um facilitador de todas as etapas entre a cogitação até a execução da lesão, na medida em que o jogo cênico, sob um viés positivo, incute uma certa legitimação das diversas violências (a vítima merecia, estava pedindo, provocou, é louca, eu que ganho o dinheiro e congêneres mentais), e sob um viés negativo, não sinaliza com a mesma força a reprovação social e institucional, sobretudo no campo das microviolências (mimimi, exagero, não se pode falar mais nada, agora tudo é violência doméstica etc.). “Baseada no gênero” quer dizer exatamente isso: um marcador de poder assimétrico que tem por base, portanto dá chão a, sustenta a violência.

É, assim, uma vulnerabilidade ínsita às relações entre homens e mulheres, nos marcos *familiar*, de *convivialidade* e de *intimidade*.

Confira-se a questão de gênero a partir de quatro *loci* na estrutura do tipo ou na dosimetria da pena: a) na qualidade de sujeito passivo; b) na qualidade de sujeito ativo; c) na interpretação do elemento “abuso”, a partir da vulnerabilidade; e d) como agravante.

13 BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do Direito Penal brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2020, pp. 67-69.

14 WIECKO, Ela; CAMPOS, Carmen. *Manual de Direito Penal com perspectiva de gênero*. Lumen Juris, 2022, p. 200.

15 Para uma explicação mais detalhada do teorema, MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1968, p. 515-516.

3.2.2. Formas qualificadas pela *convivialidade*

3.2.2.1. *Gênero e sujeito passivo*

O § 9º não traz a mulher como sujeito passivo expresso.

O STJ, em 2012, já decidia que “não é correto afirmar que o apenamento mais gravoso dado ao delito previsto no § 9º do artigo 129 do Código Penal seja aplicado apenas para vítimas de tal gênero pelo simples fato desta alteração ter se dado pela Lei Maria da Penha”.¹⁶ E é a posição atual da Corte: “Por um lado, o § 9º do art. 129 do Código Penal traz um tipo qualificado quando o delito ocorre no âmbito doméstico, independentemente do gênero da vítima”.¹⁷

O argumento contrário confere peso preponderante à alteração promovida pela LMP, entendendo que, se uma lei de proteção à mulher aumentou a reprimenda, só pode tê-lo feito para proteger a mulher, logo, a vítima necessariamente teria que ser mulher para usufruir dessa proteção. Não reconhecer isso seria estender ao homem um direito que é só da mulher, tratando-se de forma igual situações e vulnerabilidades diferentes.¹⁸

A interpretação não parece a mais correta. Em verdade, poder-se-ia arguir que o mesmo legislador que alterou o preceito secundário poderia ter modificado o primário, inserindo o vetor de gênero na qualificadora ou criando outra, mais grave, para tal vetor. Se ele não o fez, é porque não pretendia restringir o gênero da vítima ao feminino. E tal argumento ganha ainda mais força quando, em 2024, com esse debate já colocado, mais uma vez uma lei com vistas à proteção da mulher decidiu não fazer essa restrição de gênero. Importante marcar que sequer a expressão “violência doméstica e familiar” está contida no tipo, que tornaria o conceito, via acessoriedade, complementado pelo art. 5º da LMP.

A regra da legalidade é a garantia constitucional maior, de modo que, em que pesem os compreensíveis argumentos em torno da verdadeira vulnerabilidade do feminino diante do masculino (e do trans diante do cis), não se pode expandir tipos penais por argumentos político-criminais, por mais respeitáveis, como no caso em discussão.

16 RHC 27.622/RJ, Quinta Turma, Rel. Min. Jorge Mussi, DJe 23.8.2012.

17 AgRg no REsp 2.070.481/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogerio Schietti Cruz, DJe 20/12/2023.

18 Como descrito em SILVA, Gabriella Véo Lopes da; SANTOS, Mariana Miranda. Possibilidade de aplicação do artigo 129, § 9º, do Código Penal em casos de violência doméstica praticada contra vítimas do gênero masculino. *Virtuajus*, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 120-142, jan./jun. 2019, p. 129-133. Exemplo disso na jurisprudência no entendimento do relator ressalvado em AgRg no REsp 2035738/MS, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Moreira, DJe 12.5.2023.

Assim, a interpretação mais consentânea da qualificadora do § 9º é a que não a recorta pelo gênero do sujeito passivo.

3.2.2.3. *Gênero e sujeito ativo*

A jurisprudência aceita com tranquilidade que a mulher possa figurar como sujeito ativo da forma qualificada, tendo outra mulher como polo passivo.¹⁹

Registre-se que sustentar (*tese 01*) que apenas mulheres possam ser sujeitos passivos do § 9º é contraditório à posição (*tese 02*) de que mulheres possam ser sujeitos ativos desta forma do crime, na medida em que é pressuposto argumentativo da tese 01 a condição de gênero, importada à interpretação do tipo. Salvo, é claro, se se aceitar a possibilidade de que pessoas do mesmo gênero possam cometer crimes baseados em gênero umas contra as outras.

O § 9º, portanto, tem dois marcadores qualificadores: a) na primeira parte - *família*, de caráter objetivo; e b) no abuso de poder nas relações *de convivialidade*.

3.2.3. **Gênero como presunção de vulnerabilidade**

Quando a vítima for mulher, e o agressor, homem, presume-se que a lesão se deu *baseada no gênero*.

O gênero, assim, não recorta nem os sujeitos ativos, nem os passivos, tampouco é elemento do tipo qualificado. Opera como uma presunção do vetor “abuso”, quando praticado por homem, contra mulher.

Disso decorre, portanto, que o gênero não é vetor de presunção de abuso na lesão corporal leve praticada por mulher contra mulher, ou, por homem contra homem, em relações de intimidade. Deverá, pois, ser aferido caso a caso. De maneira excepcional, seria possível, inclusive, que a forma qualificada venha a ser praticada de mulher contra o homem, na raríssima hipótese de haver posição de vulnerabilidade concreta em dada relação.

O tema será retomado no confronto com o § 13.

3.3 **Lesão qualificada pelo vetor *familiar***

Depois de alguma discordância entre as Turmas Criminais, o Superior Tribunal de Justiça parece ter pacificado a compreensão de que é “presumida a hi-

19 STJ, HC 893.379/SC, Rel. Min. Teodoro Silva Santos, Dje 15/03/2024; TJSP, Apelação Criminal n. 15003570820218260603, 15ª Câmara de Direito Criminal, Des. Rel. Gilda Alves Barbosa Diodatti, Dje 08.08.2023; TJAL, Apelação Criminal 07038213920208020001, Câmara Criminal, Rel. Des. José Malta Marques, Dje 12.06.2023; etc.

possuficiência e a vulnerabilidade da mulher em situação de violência doméstica familiar, pois busca a concretização da igualdade material de gêneros”.²⁰

Coerente com a posição anteriormente defendida quanto ao não recorte da forma qualificada pelo vetor *gênero*, alinha-se àqueles que não vinculam a vulnerabilidade pela posição familiar à questão de *gênero*.²¹ Afinal, como defendido, referido vetor não consta, direta ou indiretamente, do § 9º.

3.4 Conclusão parcial

(*Primeiro*) A forma qualificada do § 9º não traz recorte de gênero, sendo aplicável a quaisquer gêneros, em ambos os polos; (*segundo*) os vetores qualificadores são pelas posições *familiar*, *convivial* ou de *afetividade*, ou seja, sem referência a *gênero*; (*terceiro*) tais posições pressupõem confiança entre os partícipes, de sorte que o abuso do autor da menor guarda do bem jurídico, por parte da vítima, nessas relações, é o que fundamenta a qualificadora; (*quarto*) a superposição da vulnerabilidade de gênero ou de identidade de gênero àquela vulnerabilidade ínsita àquelas relações deve ser considerada como elemento de realidade social, pela via integrativo-interpretativa. Nesse último caso, parte das hipóteses serão reguladas, de forma mais punitiva, pelo § 13, como se verá adiante; (*quinto*) a presunção de vulnerabilidade, por integrar, direta ou indiretamente, a forma qualificada, é sempre relativa.

4 Lesão corporal leve qualificada (§ 13)

Em 2021, a Lei n. 14.188, no marco do programa de cooperação Sinal Vermelho contra a Violência Doméstica, introduziu nova lesão corporal leve qualificada: “se a lesão for praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 2º-A do art. 121 deste Código: Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro anos)” (art. 129, § 13), ou seja, quando envolver: violência doméstica e familiar, ou menosprezo ou discriminação à condição de mulher (antigo § 2º-A do art. 121, CP).

Em 2024, o dispositivo foi modificado pela lei n. 14.994/24, atualizando a remissão legal e aumentando a pena: “§ 13. Se a lesão é praticada contra a mulher, por razões da condição do sexo feminino, nos termos do § 1º do art. 121-A deste Código: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos.”

Ao contrário do § 9º, a qualificadora estruturou-se em torno da questão de gênero, de maneira expressa. Em que pese a óbvia convergência dos tipos, estão

²⁰ AgRg na MPUMP n. 6/DF, Corte Especial, rel. Min. Nancy Andriighi, DJe 20/5/2022.

²¹ Como, por exemplo, BIANCHINI, Alice; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres*. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021, pp. 71 e ss.

construídos a partir de componentes assimétricos entre si: gênero, *intimidade*, contexto *familiar* e vulnerabilidade, presentes em um, ausentes em outro.

Para fins de cotejo dos §§ 9º e 13, é preciso cindir o § 13 em dois, na medida em que o elemento remissivo “§1 do art. 121-A” desdobra-se em duas hipóteses de crime praticado “em razão da condição de sexo feminino” (incisos I e II).

A **primeira** é a violência doméstica e familiar, elemento cujo conteúdo é complementado pelo art. 5º da LMP. De maneira esquemática tal violência requer: a) ação ou omissão, b) baseada no gênero, c) praticada em âmbitos de *intimidade*, sejam domésticos, familiares, ou de afeto.

Há forte convergência dos vetores *familiar* (no § 9º, “ascendente, descendente, irmão, cônjuge ou companheiro”; no § 13, c/c art. 5º, II, LMP, “comunidade formada por indivíduos que são ou se consideram aparentados, unidos por laços naturais, por afinidade ou por vontade expressa”), e *doméstico* (no § 9º, “prevalecendo-se o agente das relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”; no § 13, c/c art. 5º, I, LMP, “o espaço de convívio permanente de pessoas, com ou sem vínculo familiar, inclusive as esporadicamente agregadas”). No campo do vetor *intimidade*, porém, como já apontado, há um traço distintivo: no § 9º, tem-se a expressão “com quem conviva ou tenha convivido”, ao passo que no § 13, c/c art. 5º, III, LMP, adiciona-se a ideia de “relação íntima de afeto, na qual o agressor conviva ou tenha convivido com a ofendida, independentemente de coabitação”.

Assim, desde logo, remanesce a aplicação exclusiva do § 9º para relações convivias desprovidas de *intimidade*, independente do gênero dos sujeitos ativo e passivo.

Adicionalmente, a nova qualificadora (§ 13, I), de maneira textual e expressa, tem apenas a mulher como possível sujeito passivo e requer que a conduta seja baseada no gênero (a rigor, na letra fria da norma, no sexo biológico).

Ao contrário da posição assumida quanto à vulnerabilidade feminina no jogo *familiar* para fins de incidência do § 9º, na figura do § 13, I, há remissão normativa à LMP e, assim, à questão do gênero feminino. Presume-se a permanência da vulnerabilidade feminina no jogo *familiar*, diante do masculino.

O feminino no polo passivo deve ser cotejado a duas posições de polo ativo: masculino e feminino. Cada qual, por sua vez, deve ser cindida em trans e cis.

Não há maiores dificuldades quando o polo ativo é preenchido por homem cis, em que se renova a posição geral de vulnerabilidade feminina, de sorte que nas relações *familiares*, *domésticas* e íntimas (excluídas as meramente convivias) o novo parágrafo revogou o § 9º.

Bastante mais complexa a situação de o polo ativo ser um homem trans. Não se incursionará, por óbvio, no sexo biológico desse homem trans. Ele ocupa, de um lado, uma posição masculina no jogo social (em posição, de fato, de presumida superioridade no jogo social), porém ao mesmo tempo uma posição trans (em sinal posicional inverso diante do cis).

Presente a vulnerabilidade do feminino, posiciona-se pela incidência do § 13, sobretudo quando a vítima for mulher trans;²² a posição trans do sujeito ativo, porém, poderá, caso a caso, inverter a presunção de vulnerabilidade da vítima mulher cis. Nesse último caso, se retirada, excepcionalmente, a posição de vulnerabilidade da mulher cis diante do homem trans, retorna-se à incidência do § 9º.

Igualmente complexa a indagação se mulher pode cometer violência de gênero contra outra mulher. O exercício aqui proposto é menos no campo das indagações filosóficas e sociológicas, porém centrado na dogmática, de sorte que a pergunta essencial parece ser a seguinte: há vulnerabilidade geral do feminino nesse caso? Em se cuidando de mulheres cis, parece que não, de sorte que restaria avaliar a presença dos demais vetores do § 9º.²³

E se o sujeito passivo for uma mulher trans, e o ativo, mulher cis. Novamente, parece que ambas ocupam a mesma posição - de forma geral e abstrata - quanto ao marcador de gênero. Discrepam quanto a outro marcador relevante: o de identidade de gênero. Assim, parece mais adequado preferir o § 13 em favor do § 9º, aplicando-se agravante atrelada ao vetor trans (notadamente o motivo torpe).

Estão, portanto, excluídos do § 13, I: os homens, como vítimas, e as mulheres, como autoras, posições admissíveis no § 9º que, presentes os vetores qualificadores, mantêm-se aplicável.

A **segunda** é complementada pelo § 1º-A, II, (§ 13, II), ou seja, “menosprezo ou discriminação à condição de mulher”.

Esse vetor não está explicitamente presente no § 9º; está, porém, implícito na vulnerabilidade de gênero, informador do vetor qualificador “abuso” da posição *de intimidade*. Nos termos como defendida a vulnerabilidade, ou seja, como presumida nas posicionais sociais femininas e transgênero, pode-se perfeitamente tomar a expressão “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” como sinônimo de “baseado no gênero”, de modo que o vetor qualificador “*intimidade*” se vê reproduzido, materialmente, no § 13, II.

22 A questão da mulher trans como vítima será vista no tópico IV.1.

23 Há posição diversa. Exemplificativamente, no sentido de que, em quaisquer relações homoafetivas femininas, uma parceira pode ser dominadora, inclusive no uso da violência, MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal, Lições Fundamentais*: parte especial, crimes contra a pessoa. 3ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2021, p. 413.

Nessa proposição, estamos diante de uma qualificadora objetiva, não se falando, como esclarecido, em violência motivada pelo gênero, mas baseada no gênero. Já se posicionou dessa forma a Comissão Permanente de Combate à Violência Doméstica Contra a Mulher (COPEVID), no seu Enunciado 24:

A qualificadora do feminicídio, na hipótese do art. 121, §2º-A, inciso II, do Código Penal, possui natureza objetiva, em razão da situação de desigualdade histórico-cultural de poder, construída e naturalizada como padrão de menosprezo ou discriminação à mulher.

Entretanto, a literatura jurídico-penal vem se posicionando largamente no sentido de que a qualificadora é subjetiva, ou seja, que o menosprezo ou a discriminação ao gênero precisam ser o motor da conduta.²⁴ Os argumentos dos autores buscam fundamento em dois pontos centrais: a história do conceito do feminicídio, que foi criado para designar homicídios em razão da condição feminina, e a lei penal, que fala em “razões de condição de sexo feminino” logo antes de remeter aos incisos.

A posição a que se filia aqui, por outro lado, é de que a melhor interpretação do tipo é realmente como qualificadora objetiva, já que o homem pratica a violência porque existe a desigualdade objetiva, porque se sente mais forte diante da desigualdade objetiva de forças, mas esse não é necessariamente o seu motivo: pode ser ciúmes, pode ser por traição, pode ser para livrar-se do relacionamento etc.²⁵ É essa, aliás, a atual posição do STJ:

Esta Corte Superior possui jurisprudência consolidada no sentido de que as qualificadoras do motivo torpe e do feminicídio possuem naturezas distintas, sendo a primeira de caráter subjetivo (motivação do crime, animus do agente) e a segunda de cunho objetivo, atrelada à condição especial da vítima (do gênero feminino), de modo que a imputação simultânea das referidas qualificadoras não configura *bis in idem*.²⁶

Nessa modalidade de qualificadora, abre-se um espaço punitivo novo, na medida em que o “menosprezo ou discriminação à condição de mulher” não está atrelado a nenhuma dimensão *familiar* ou de *intimidade*, ou seja, pode estar presente na lesão corporal leve praticada pelo homem em qualquer contexto.

24 BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72, p. 203 - 219, jan.-mar. 2016. GUEIROS, Artur; Japiassú, Carlos Eduardo. *Direito penal, volume único*. São Paulo: Atlas, 2018. SOUZA, Luciano. *Direito Penal*. 2º vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019; MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. *Direito Penal, Lições Fundamentais: parte especial, crimes contra a pessoa*. 3ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2021. PRADO, Luiz Régis. *Curso de Direito penal brasileiro*. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019, item 3.4.

25 Nesse sentido, na literatura, NUCCI, Guilherme. *Curso de Direito Penal*. 2º vol. 3ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

26 AgRg no AgRg no AREsp 2.474.403/RS, Quinta Turma, Rel. Min. Reynaldo Soares da Fonseca, DJe: 08/03/2024.

4.1 Identidade de gênero e legalidade estrita: alcance do 13 para as mulheres trans

O legislador houve por bem confeccionar o § 13 valendo-se do marcador biológico - “por razões do sexo feminino”. Houve uma decisão política discriminatória, na medida em que não há fundamento razoável para deixar de fora do âmbito de proteção da norma as mulheres trans, na medida em que partícipes do mesmo jogo social (se não em posição ainda mais frágil) que as fixa em posição de vulnerabilidade acentuada diante do homem. Tal como as mulheres cis.

Colocam-se, então, duas alternativas principais. A primeira seria declarar a norma inconstitucional, por discriminatória, devolvendo ao legislador a possibilidade de confeccionar o § 13, agora conforme o critério de gênero, e não do sexo biológico. A segunda - como já fez o Supremo no caso da criminalização da homotransfobia - seria operar uma ampliação do tipo, via construção jurisprudencial. Entende-se que a garantia constitucional à legalidade estrita em matéria punitiva só permita, de fato, o primeiro caminho.²⁷

Como já visto, segue-se aplicando a forma qualificada do § 9º, quando a lesão se der nos âmbitos *familiar* ou *convivial*. Fora desses contextos, restaria apenas a lesão corporal simples. Em ambos os casos, agravados pela posição trans da vítima.

Há, ainda, que se analisar o caso do homem trans, que é, do ponto de vista puramente biológico, do sexo feminino.

De todas as figuras penais estudadas, apenas o § 13, *caput*, emprega o critério biológico: sexo feminino. A legalidade estrita impõe que o homem trans possa ser vítima dessa forma qualificada. A questão que se segue é a seguinte: violência doméstica e familiar, expressão contida no § 1º-A, I, remete ao art. 5º da LMP, que faz referência a mulher; já no § 1º-A, II, a menção à mulher é explícita.

Em resumo: prevalece, para fins do tipo qualificado, mulher como sexo, ou como identidade de gênero?

Coloca-se uma tensão interpretativa que não é trivial: a) de um lado, as condições sociais de vulnerabilidade da mulher - como sexo, ou como gênero - parecem idênticas, ainda que o sujeito passivo se identifique com o gênero masculino;

²⁷ Entendendo de forma diversa, que é possível a incriminação quando a vítima for mulher trans mesmo em uma perspectiva *de lege lata*, GILABERTE, Bruno. *Análise da Lei n. 14.188/2021*, Jusbrasil. Disponível em <[201](https://www.jusbrasil.com.br/artigos/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contr-a-mulher/1254533892#:~:text=Dom%C3%A9stica%20e%20Familiar,-An%C3%A1lise%20da%20Lei%20n%C2%BA%2014.188%2F2021%3A%20les%C3%A3o%20corporal%20por%20raz%C3%B5es,viol%C3%AAncia%20psicol%C3%B3gica%20contra%20a%20mulher&text=Mais%20do%20que%20nunca%2C%20s%C3%A3o,de%20viol%C3%AAncia%20dom%C3%A9stica%20ou%20familiar.>,>, consultado em 22/10/2024.</p>
</div>
<div data-bbox=)

b) de outro, a interpretação mais favorável ao acusado (*favor rei*) leva à compreensão de mulher como sexo, e não como gênero.

O *discrimen* a partir do sexo biológico é inconstitucional, na medida em que a *ratio* para o incremento punitivo não guarda relação com o plano cromossômico, porém, antes, com a posição de vulnerabilidade social.

Superar a inconstitucionalidade, porém, via interpretação extensiva seria igualmente inconstitucional, em que pesem incursões desse jaez já realizadas pelo Supremo Tribunal Federal – o que não as torna menos inconstitucional.

A reforçar a prevalência do *favor rei* como critério de superação do impasse, a expressão típica é “por razões de condição do sexo feminino”, complementada, em parte, por “com menosprezo ou discriminação à condição de mulher”. Essas locuções parecem fazer menção ao *papel social do feminino*, o que é coerente com a correta premissa de vulnerabilidade do feminino, diante do masculino. O homem trans percebe-se como homem e conduz a vida social sob o signo do masculino. Há, evidentemente, um outro nível de vulnerabilidade, ínsita à condição de transgênero, que não se confunde, necessariamente, com a de gênero.

4. 2 Toda lesão corporal leve praticada por homem contra mulher é qualificada?

A resposta é negativa. Em que pese a posição estrutural de vulnerabilidade da mulher, sugerindo que a maior parte dessas lesões realmente tenha raízes ou no abuso do papel familiar, ou de intimidade, ou, ainda, articulada em torno de um menosprezo ou discriminação à condição de mulher, esses ingredientes não são componentes necessários à violência do homem contra a mulher.

De pronto, nos casos de lesão corporal leve praticadas com dolo eventual, por exemplo, o gênero da vítima não desempenha, em regra, papel relevante. Ainda, casos em que a identidade da vítima não está clara para o agressor etc.

Opera, como dito algumas vezes no artigo, como fator de presunção relativa.

5 Conclusão: âmbitos de incidência dos §§ 9º e 13

A lesão qualificada leve praticada por homem (trans- ou cisgênero) contra mulher cisgênero presume-se qualificada pelo § 13. Isso porque o § 13, II, é de tal forma abrangente, que não deixa espaços vazios, na prática. A mulher transgênero, dada a legalidade estrita, quando figurar no polo passivo não atrai a referida qualificadora, em que pese a abjeta escolha legislativa que a recortou a partir do sexo biológico.

Sendo a presunção de gênero (e de identidade de gênero) relativa, no caso excepcional de a vulnerabilidade ser excluída, invertendo-se o ônus da prova, então será preciso observar a existência dos vetores qualificadores do § 9º: *familiar, convivial e/ou intimidade*. Todos eles, por sua vez, igualmente relativamente presumidos. Um campo de particular atenção seria o de autor homem transgênero que lesione mulher cisgênero, cada qual detentor de uma posição de vulnerabilidade, cuja preponderância só pode ser verificada caso a caso.

Aquela praticada por mulher (cis ou trans) contra mulher (cis ou trans), em regra, afastará a incidência do § 13, dada a igualdade de posição de gênero. A vulnerabilidade da posição da mulher trans diante da mulher cis atrai a presunção (relativa) e, assim, a incidência do § 9º. Apenas excepcionalmente, portanto, presentes os vetores qualificadores, porém revertida a prova de vulnerabilidade, ter-se-ia tão somente o *caput* do art. 129.

Aquela praticada por homem contra homem - independente da identidade de gênero - atrairá, presentes os vetores qualificadores, apenas a qualificadora do § 9º. Novamente, vale a presunção de vulnerabilidade do trans diante do cis, nos termos acima.

Por fim, a lesão leve praticada por mulher contra homem presume-se como a do *caput* do art. 129, de maneira relativa. Um campo de atenção é de delitos praticados por mulher cisgênero contra homem transgênero, em que cada parte do polo carrega uma posição de vulnerabilidade.

6 Adendo: notas sobre a dosimetria

6.1 Vulnerabilidade e as agravantes do art. 61 do Código Penal

Há duas últimas questões a se endereçar nesse tópico: se (e como) modular a resposta estatal diante da existência de vítima mulher e da sobreposição dos vetores qualificadores, ou seja, *família e convivialidade*.

Primeiramente, sobre a hipótese de a vítima ser do gênero feminino. Adotando-se a posição deste artigo, tem-se que o tipo qualificado do §9º não contém o marcador de gênero, nem na vítima, nem no autor. Portanto, a circunstância de ser mulher o sujeito passivo não foi valorada no tipo. É nesse cenário que entra a segunda parte do art. 61, II, “f” do Código Penal.

A agravante aplica-se a crimes praticados “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”. A alínea “e” do mesmo dispositivo o fez para delitos cometidos “contra ascendente, descendente, irmão ou cônjuge”.

Quanto à alínea “e” e à primeira parte da “f”, está claro que os seus elementos são integrantes do tipo, não podendo ser revalorados, sob pena de *bis in idem*. Já a circunstância contida na parte final da alínea “f” - “com violência contra mulher na forma da lei específica”, como, conforme visto, não o integra, pode ser utilizada como agravante. É o acertado entendimento do STJ.²⁸

Em relação à sobreposição de dois vetores qualificadores, o cenário é parecido: havendo a relação especial entre autor e vítima, isso é o suficiente para incidir o tipo qualificado; existindo também preavalecimento de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade, seria a agravante do art. 61, II, “f” igualmente aplicável, mas agora na sua parte intermediária - “preavalecendo-se de relações domésticas, de coabitação ou de hospitalidade”. As Turmas da Terceira Seção do STJ aceitam a aplicação da agravante, quando a vítima é mulher, uma vez que a condição de mulher não é elementar do tipo.²⁹

A fusão dos vetores qualificadores do § 9º, quando a vítima é mulher, no § 13, I, impede a incidência da agravante do art. 61, II, “f”, sob pena de *bis in idem*.

Por fim, a presença de transfobia autoriza a aplicação do art. 61, II, “a” - motivo torpe.

7.2 As majorantes dos §§ 10 e 11

Tanto o § 9º como o § 13 dizem respeito a lesões corporais leves, apenas. O § 10, por sua vez, prevê majorante de □ quando lesões graves, “gravíssimas” e seguidas de morte são praticadas nas circunstâncias “indicadas no § 9º deste artigo [129]”.

Aplica-se a majorante ao § 13? Sim e não.

O § 9º, como repetido muitas vezes, é recortado pelo contexto de *proximidade, familiar* ou de *intimidade*, elementos que são repetidos no § 13, I. Logo presentes as “circunstâncias indicadas no § 9º deste artigo [129]”. No caso, porém, do § 13, II, o elemento *proximidade* desaparece. Nesse caso, incabível a majorante, por atípica.

Já a majorante do § 11, que prevê aumento de □ quando o delito é praticado contra pessoa portadora de deficiência, é mais restritiva, não se referindo às circunstâncias descritas no § 9º, mas à hipótese dele. Nesse caso, a referida majorante só poderá ser aplicada quando se estiver diante de ação enquadrável ao § 9º, porém não diante do § 13.

28 AgRg no REsp 2.070.481/MS, Sexta Turma, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz, DJe 20/12/2023; AgRg no REsp 2.062.420 / MS, Quinta Turma, Rel. Min. Joel Ilan Paciornik, DJe 20/12/2023.

29 AgRg no REsp n. 2027846/MS, 6ª Turma, Rel. Min. Laurita Vaz, DJe 5.10.2023; AgRg no REsp 2035738/MS, 5ª Turma, Rel. Min. João Batista Moreira, DJe 12.5.2023.

Referências bibliográficas

- BADARÓ, Gustavo Henrique. *Processo penal*. 6ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2018.
- BATISTA, Nilo. *Introdução crítica do Direito Penal brasileiro*. 12ª ed. Rio de Janeiro: Revan, 2020.
- BEAUVOIR, Simone de. *O segundo sexo: a experiência vivida*. 5ª ed. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 2019.
- BIANCHINI, Alice. A qualificadora do feminicídio é de natureza objetiva ou subjetiva? R. EMERJ, Rio de Janeiro, v. 19, n. 72.
- BIANCHINI, Alice; CHAKIAN, Silvia. *Crimes contra mulheres*. 3. ed. São Paulo: JusPodivm, 2021.
- BITTENCOURT, Cezar. *Direito Penal, Parte Especial*. 20ª ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- GILABERTE, Bruno. *Análise da Lei n. 14.188/2021*, Jusbrasil. Disponível em <[205](https://www.jusbrasil.com.br/artigos/analise-da-lei-n-14188-2021-lesao-corporal-por-razoes-de-condicao-de-sexo-feminino-e-violencia-psicologica-contra-a-mulher/1254533892#:~:text=Dom%C3%A9stica%20e%20Familiar-An%C3%A1lise%20da%20Lei%20n%C2%BA%2014.188%2F2021%3A%20les%C3%A3o%20corporal%20por%20raz%C3%B5es,viol%C3%Aancia%20psicol%C3%B3gica%20contra%20a%20mulher&text=Mais%20do%20que%20nunca%2C%20s%C3%A3o,de%20viol%C3%Aancia%20dom%C3%A9stica%20ou%20familiar.>, consultado em 22/10/2024.</p><p>GUEIROS, Artur; Japiassú, Carlos Eduardo. <i>Direito penal, volume único</i>. São Paulo: Atlas, 2018.</p><p>HUNGRIA, Nélson. <i>Comentários ao código penal, vol. VII</i>. Rio de Janeiro: Forense, 1958.</p><p>MARTINELLI, João Paulo; SCHMITT DE BEM, Leonardo. <i>Direito Penal, Lições Fundamentais: parte especial, crimes contra a pessoa</i>. 3ª ed. São Paulo: D'Plácido, 2021.</p><p>MERTON, Robert K. <i>Sociologia: teoria e estrutura</i>. São Paulo: Mestre Jou, 1968.</p><p>MORAIS, Normanda Araujo de; RAFFAELLI, Marcela; KOLLER, S. H. (2012). Adolescentes em situação de vulnerabilidade social e o continuum risco-proteção. <i>Avances en Psicología Latinoamericana</i>, 30(1), p. 118-136.</p><p>PEDRINHA, Roberta. <i>Sexualidade, controle social e práticas punitivas: do signo sacro religioso ao modelo científico médico higienista</i>. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.</p><p>PRADO, Luiz Régis. <i>Curso de Direito penal brasileiro</i>. 17ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.</p><p>SILVA, Gabriella Véo Lopes da; SANTOS, Mariana Miranda. Possibilidade de aplicação do artigo 129, § 9º, do Código Penal em casos de violência doméstica praticada contra vítimas do gênero masculino. <i>VirtuaJus</i>, Belo Horizonte, v. 4, n. 6, p. 120-142, jan./jun. 2019.</p><p>SOUZA, Luciano. <i>Direito Penal</i>. 2º vol. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2019.</p></div><div data-bbox=)

GLOSAS AO “CONDIÇÃO MORAL E JURÍDICA DO ENCARCERADO”, DE ROBERTO LYRA, EM HOMENAGEM AO CENTENÁRIO DE SUA PUBLICAÇÃO¹

SALO DE CARVALHO²

LEONARDO FURTADO CARVALHO³

RESUMO: O artigo propõe-se a discutir o texto “Condição Moral e Jurídica do Encarcerado”, de Roberto Lyra, publicado em 1924. Apresenta os antecedentes, identificando o contexto no qual foi proferida a conferência na Casa de Correção do Rio de Janeiro que origina a publicação. Na sequência, estabelece um diálogo com o trabalho posterior, *Penitência de um penitenciário*, publicado trinta anos mais tarde, em 1957, a fim de delinear o trajeto do pensamento de Roberto Lyra sobre a questão prisional. A escrita foi viabilizada a partir do acesso ao exemplar original da primeira edição, através de consulta ao Núcleo de Memória, Informação e Documentação (MID) da Rede Sirius de Bibliotecas da UERJ.

PALAVRAS-CHAVE: Prisões; encarcerados; Roberto Lyra; Criminologia brasileira

ABSTRACT: This article discusses the text “Condição Moral e Jurídica do Encarcerado” (“Moral and Legal Condition of the Incarcerated”), by Roberto Lyra, published in 1924. It presents the background, identifying the context in which the conference was given at the “Casa de Correção” (“House of Correction”), Rio de Janeiro, that gave rise to the publication. It then establishes a dialogue with the later work, “Penitência de um penitenciário” (“Penitence of a Penitentiary”), published thirty years later, in 1957, in order to outline the trajectory of Roberto Lyra’s thinking on the prison issue. The writing was made possible by accessing the original copy of the first edition, through consultation with the Memory, Information and Documentation Center (MID) of the Sirius Network of Libraries of UERJ.

KEY WORDS: Prisons; incarcerated; Roberto Lyra; Brazilian Criminology

SUMÁRIO: 1 Introdução; 2 O contexto; 3 A conferência; 3.1 A condi-

1 Trabalho desenvolvido no Programa de Pós-graduação em Direito da UERJ, no âmbito geral da pesquisa *Fundamentos e Instrumentalidade das Penas na Era do Grande Encarceramento: o caso brasileiro*, em específico no projeto *Entre o martelo e o açoitado*, desenvolvido por Leonardo Furtado de Carvalho, ambos sob a orientação de Salo de Carvalho.

2 Professor adjunto de Direito Penal da UERJ e da UFRJ. Mestre (UFSC) e Doutor (UFPR) em Direito. Advogado. Orcid: 0000-0002-2006-9916.

3 Professor de Direito Penal e Direito Processual Penal da Universidade de Vassouras. Doutorando (UERJ) e Mestre (UERJ) em Direito. Orcid: 0000-0002-1480-4929.

ção moral do encarcerado; 3.2 A condição jurídica do encarcerado; 4 A penitência; 5 Considerações finais; Referências bibliográficas.

1 Introdução

A conferência intitulada *Condição moral e jurídica do encarcerado*, publicada em 1924, foi o primeiro de muitos trabalhos subscritos por Roberto Lyra. Trata-se de conferência, proferida em 19 de maio de 1923, para um público composto de “outras pessoas gradas e todos os encarcerados” (A caridade [...], 1923, p. 1) da Casa de Correção do Rio de Janeiro. Não é acaso que seu primeiro trabalho tenha sido direcionado aos encarcerados, *não grados*; pois Lyra (1966, p. 24) afirmava reiteradamente: “luto em defesa dos presos desde a estreia na imprensa”.

O autor retornou com frequência ao texto, em várias e distintas fases da sua carreira acadêmica (Lyra, 1934, p. 259s; Lyra, 1946, p. 141s; Lyra, 1966, p. 24s; Lyra, 1971b, p. 102s; Lyra, 1977, p. 178s; Lyra, 2024, p. 138s, exemplificativamente). Completado um século desde sua publicação, importa retomá-lo como parte de um esforço de memória para resgatar e mapear os discursos brasileiros problematizadores da questão criminal, escavando o “amontoado de ruínas” deixado pelo vendaval do progresso (Benjamin, 1987, p. 226).

Com o mesmo objetivo de “reafirmar a *tradição* do pensamento criminológico brasileiro – em especial do pensamento contra-hegemônico na Criminologia nacional” (Carvalho, 2024, p. 11-12), que levou à republicação da tese *Economia e Crime* na coleção Pensamento Criminológico do Instituto Carioca de Criminologia (ICC) –, o presente artigo pretende apresentar e comentar excertos da *Condição moral e jurídica do encarcerado*. O título e a metodologia foram inspirados no texto *Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito*, de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho (2004).

Figura 1 – Capa da publicação original da conferência de Roberto Lyra

ROBERTO LYRA

CONDIÇÃO MORAL E JURIDICA
DO ENCARCERADO

CONFERENCIA
REALIZADA NA CASA DE
CORREÇÃO EM 19 DE
MAIO DE 1923



1924
EDITORA BRASILEIRA "LUX"
AVENIDA GOMES FREIRE, 101
RIO DE JANEIRO

Fonte: os autores.

O presente artigo propõe-se a apresentar os antecedentes da obra, identificando o contexto no qual a conferência foi proferida na Casa de Correção a partir de pesquisas nos jornais da época, acessados através da Hemeroteca Digital fornecida pela Biblioteca Nacional.⁴ Na sequência, há um diálogo com o trabalho posterior, *Penitência de um penitenciário*, publicado trinta anos mais tarde, a fim de delinear o trajeto do pensamento de Roberto Lyra sobre a questão prisional. O projeto foi viabilizado a partir da localização e digitalização de exemplar original da primeira edição da *Condição...*, disponível para consulta no Núcleo de Memória, Informação e Documentação (MID) da Rede Sirius de Bibliotecas da UERJ.

2 O contexto

Em maio de 1923, a Casa de Correção ainda sofria o rescaldo de um escândalo que culminara no afastamento do seu então Diretor, Arthur Vieira Peixoto

⁴ Sítio eletrônico: <https://memoria.bn.gov.br/hdb/periodico.aspx>, acessado em 15 set. 2024.

to, em dezembro de 1921, acusado de “algumas ocorrências de caráter grave que se teriam verificado ultimamente na administração do presídio, [...] algumas das quais dizem respeito à gestão financeira” (Graves [...], 1921, p. 3). Em sua defesa, Arthur Peixoto negava quaisquer irregularidades e atribuía as acusações a um suposto projeto de poder do então Diretor da Casa de Detenção, Meira Lima, que estaria buscando o comando da instituição. Afirmava ter recebido “um estabelecimento nas lamentáveis condições em que então se achava, e que soube, à custa de grandes sacrifícios, transformá-lo radicalmente” (Peixoto, 1922).

Verdadeiras ou não as acusações, o afastamento e a subsequente exoneração levaram a uma sucessão de cinco diretores até a posse de Waldemar Loureiro, em 27 de dezembro de 1922. Com a mudança na administração carcerária, observava o Ministro da Justiça que a “normalidade nos serviços está mais ou menos alcançada, dependendo sua completa obtenção da reforma que se torna indispensável nesse estabelecimento, cheio de defeitos de organização” (Ministério da Justiça, 1923, p. 167).

O objetivo, naquele momento, era o da reforma não apenas da gestão e do regulamento da Casa de Correção, mas a do próprio Código Penal. A Lei n. 4.577, de 5 de setembro de 1922, autorizava o Poder Executivo a:

(...) rever e reformar os regulamentos das Casas de Detenção, Correção, colônias e escolas correcionaes ou preventivas, bem como verificar a situação dos presos pelos juizes seccionaes do Districto Federal e dos Estados, no sentido de uniformizar e unificar a direcção dos estabelecimentos penaes dependentes do Governo Federal e de tornar effectivo o livramento condicional e o regimen penitenciario legal, modificando-o no que for necessario, de accôrdo com os idéaes modernos, tendentes á regeneração dos criminosos, e os relativos aos incorrigiveis, á criação de penitenciarias agricolas, suspensão de condemnação (*sursis*), encurtamento de pena pelo bom procedimento (lei americana do *good time*) providenciando a respeito do modo mais conveniente.

Apesar da autorização, houve demora na efetivação das mudanças sugeridas, gerando uma demanda política dos encarcerados pela implementação do livramento condicional, da suspensão condicional da pena (*sursis*) e do encurtamento da pena por bom comportamento (lei do *good time*)⁵. Roberto Lyra, sensível ao contexto político e às reivindicações dos apenados, não deixou de abordar essas questões relacionadas às reformas penais.

5 O livramento condicional já possuía previsão normativa no art. 51 do Código Penal de 1890, que dispunha: “O livramento condicional será concedido por acto do poder federal, ou dos Estados, conforme a competencia respectiva, mediante proposta do chefe do estabelecimento penitenciario, o qual justificará a conveniencia da concessão em minucioso relatório”. Todavia, à míngua de regulamentação do procedimento e dos requisitos, o direito não era efetivado. Por sua vez, o *sursis* e o *good-time* ainda não encontravam respaldo legal, sendo mencionados pela primeira vez no Decreto n. 4.577/1922.

Após sua conferência, foram editados os Decretos ns. 16.588, de 6 de setembro de 1924, e 16.665, de 6 de novembro de 1924, regulamentando, respectivamente, o *sursis* e o livramento condicional. O *good time*, porém, não vingou. O sistema progressivo de pena se consolidou no Brasil apenas com o Código Penal de 1940.

No entanto o objetivo do convite para que Lyra ministrasse conferência na Casa de Correção, realizado pela *Obra Particular de Assistencia Catholica aos Presos da Detenção e Correção*, foi distinto. Sua conferência havia sido anunciada como a primeira de uma “série de palestras” (Conferências [...], 1923, p. 1) direcionadas à educação dos presos – nas pesquisas dos jornais da época não foram encontrados registros de palestras subsequentes.

De todo modo, não era a primeira iniciativa do gênero por parte da Assistência Católica, atuante sob a gestão do Diretor Waldemar Loureiro. No mês anterior, em homenagem a São Francisco de Paula, comemorava-se na Casa de Correção o “Dia do Encarcerado”, organizado por comissão de internos, com sessão solene na capela prisional, apresentações musicais e circenses e um *lunch* (O Dia [...], 1923, p. 1).

É dessa encruzilhada, de um lado, as demandas por reformas jurídicas, e, de outro, a atuação da assistência religiosa na Casa de Correção, que Lyra define o tema: *a condição moral e jurídica do encarcerado*. Leia-se “moral” no sentido “espiritual”, mais especificamente, “religioso”.

A conferência foi noticiada pelo jornal *O Imparcial*, que, além de resumir o que havia sido dito pelo jovem Promotor de Justiça, destacou os aplausos que se seguiram à fala do convidado. Pontuou que “um encarcerado agradeceu ao conferencista os conselhos e as lições dadas e pediu o seu apoio para as aspirações do encarcerado: a lei do ‘good time’ e a liberdade condicional” (A caridade [...], 1923, p. 1).

O próprio Lyra, na introdução à versão publicada do discurso, faz menção ao agradecimento feito por Jayme de Bourbon, apenado na Casa de Correção, descrevendo-o como “a súplica emanada do cárcere” (Lyra, 1924, p. 15). Após um efusivo elogio ao que fora dito, solicita Jayme:

Mas o que temos como razoável e a isso julgamos poder aspirar é a regulamentação das medidas contidas no Decreto 4.577 de 5 de Setembro de 1922 entre as quaes se destacam as excellentes leis da *liberdade condicional* e do *good time*. [...] E’ para esta regulamentação, que, encarecidamente, pedimos o vosso valioso apoio, a força de vossa vontade, o esforço de vossa dedicação, certos de que pedimos o razoável, e que o nosso appello encontrará, no vosso elevado espirito, um imperterrito defensor. Desculpae-nos se não nos limitamos a agradecer a vossa presença e se ousamos também pedir. (*apud* Lyra, 1924, p. 15)

É preciso estar atento a esse contexto político-jurídico para que se possa compreender de forma adequada as finalidades do texto, especialmente a sua segunda parte, relativa à *condição jurídica*.

A primeira, sobre a *condição moral*, aparenta ter uma dupla razão: uma polida deferência aos serviços prestados pela Assistência Católica no amparo espiritual e no suporte material aos presos; mas também o acalento, através da religião, das angústias dos presos. Lyra confessa suas intenções:

Tive, pois, de revestir de misticismo e de sentimentalismo, sem duvida mais eloquentes e persuasivos, a palavra de estímulo e conforto, que se me dera a honra de pedir. Continuo certo de que, para o animo do encarcerado, teria encanto e utilidade ouvi-la assim. (Lyra, 1924, p. 11-12)

Com essas lentes é que se deve analisar o conteúdo do discurso proferido: não como uma obra doutrinária ou um estudo jurídico, mas como palavras de conforto aos presos na Casa de Correção. Os encarcerados, pois, são os destinatários, o que revela uma postura no mínimo de respeito, talvez de empatia, do conferencista com aquelas pessoas privadas de liberdade.

De qualquer modo, o discurso adquire uma função de suma importância na construção de um pensamento criminológico nacional atento às violências do cárcere e aos direitos dos apenados – e talvez em razão da consciência deste papel é que Roberto Lyra o tenha transformado em livro. Para registrar em escrito “mais um protesto contra as misérias das nossas prisões” e “para prolongar o eco de mais uma voz revoltada”, pois “não se deve poupar um grito aos ouvidos do poder público em favor do encarcerado” (Lyra, 1924, p. 12).

Outra questão importante que não pode ser secundarizada é o fato de que a década de 1920 assiste, no plano global, à consolidação de uma mudança radical na compreensão da justificativa das penas que irá definir o correccionalismo como o modelo punitivo do século passado. Se com o positivismo criminológico, desde o final do século XIX, o sentido retributivo da punição passa a ser questionado, com a emergência dos primeiros projetos de Estados Sociais o ideal ressocializador (prevenção especial positiva) ganha espaço (Carvalho, 2020, p. 95s). As Constituições do México (1917) e de Weimar (1919) transformaram as relações entre Estado, sociedade e indivíduo, e, no plano da responsabilização criminal, demarcam um sentido intervencionista na execução penal.

Ao se afastar do absenteísmo dos modelos retributivistas ou de prevenção geral negativa (intimidatórios), essa nova penologia compreende o cárcere como um laboratório de transformação do sujeito a partir do trabalho desenvolvido por equipes de assistência social, psicológica, psiquiátrica e, também, religiosa. A regeneração, promovida pelo Estado, é igualmente movida pela religiosidade, “o melhor vehiculo da moral”, conforme anota Lyra ao citar Krohne (Lyra, 1924, p.

33). Embora orientado por uma concepção positivista que aposta no cientificismo, o correccionalismo não abandona totalmente uma perspectiva moralizadora que encontra na religiosidade uma ferramenta de educação do espírito.

Assim, desde o novo paradigma penológico, informado pelos “ideaes modernos tendentes á regeneração dos criminosos” (Lyra, 1924, p. 48), é que Lyra irá opor-se às diretrizes do Código Penal liberal de 1890 e discutir os novos institutos do *sursis*, *good time* e livramento condicional que delinearão o sistema progressivo institucionalizado na reforma do Código Penal de 1940.

3 A conferência

Na linha metodológica do texto de Jacinto Coutinho (2004), o conteúdo da conferência de Lyra será analisado a partir da exposição intercalada de trechos originais e as respectivas glosas, observada a divisão original entre a *condição moral* e a *condição jurídica* do apenado.

Figura 2 – Conferência de Roberto Lyra



Os sentenciados da Casa de Correccão o onvindo a conferencia do Dr. Roberto Lyra

Fonte: A caridade [...], 1923, p. 1.

3.1 A condição moral do encarcerado

Meus irmãos: eu tenho um emocionado prazer em vos tratar assim. Vós sois apenas victimas mais infelizes das paixões humanas, que impellem a nossa fraqueza comum. (Lyra, 1924, p. 31)

As primeiras frases proferidas por Lyra já sintetizam aspectos que serão fundamentais no seu pensamento criminológico: um humanismo fundado em bases positivistas, ou um “(...) ‘indisciplinado’ positivismo sociológico de esquerda” (Carvalho; Matos, 2021, p. 214). Isso porque, ao mesmo tempo em que rejeita a noção clássica do livre arbítrio, na perspectiva da Criminologia tradicional e em especial a linha do seu mestre, Enrico Ferri – que “nega o livre arbítrio e explica o crime como determinado por uma série de fatores criminógenos – teoria multifatorial” (Giamberardino, 2013, p. 98) –; vê os presos como irmãos “vitimados” pelos fatores sociais causadores do fenômeno criminal, em especial a miséria e a desigualdade sociais (Lyra, 1924, p. 43; Lyra 1933).

Não à toa, enquanto Ferri “se aproximou do conservadorismo e terminou por aderir ao fascismo” (Anitua, 2008, p. 311), Lyra permaneceu fiel às suas convicções humanitárias inspirado por um socialismo democrático que já expressava na sua juventude. A organização do seu pensamento socialista de corte humanista e democrático será sistematizada em *Economia e Crime* (1933), tese apresentada no concurso para a livre docência em Direito Penal na Faculdade Nacional de Direito, em 1932.

A segregação social faculta, pela tregua na tumultuante banalidade e na enganadora dissipação da vida, um intervalo de fixação mental. D’ahi provém uma existência intimamente sentida nos seus encantos desconhecidos, capaz de grandeza e cheia de verdade. (Lyra, 1924, p. 31-32)

Talvez por sua juventude, talvez para alentar o seu público, Lyra refere-se ao encarceramento de forma romântica. É otimista frente aos ideais de regeneração pelo cárcere. A segregação, em sua solidão e monotonia, permitiria a meditação e a expiação das faltas. A prisão “convida á tranquilidade, que permite o contacto do mundo interior e nelle surpreende, por força da quietação moral, tesouros e clarões latentes” (Lyra, 1924, p. 33). Conforme os preceitos do sistema pensilvânico defendido por Lyra (1924, p. 52), o isolamento celular estimularia a reflexão e a oração e conduziria ao arrependimento, primeiro passo para a reforma moral. Embora aparente ser mais um *conselho* aos aprisionados para melhorar a sua situação de isolamento do que, propriamente, uma perspectiva teórica, é evidente que demarca um posicionamento sobre as funções da pena.

Idealismo romântico que será abandonado em *Penitência de um penitenciariasta*, texto no qual radicaliza sua posição anticarcerária ao reconhecer que “prisão é rutura, de ofício, do chamado contrato social. O preso passa, compulsoriamente, a vegetar, noutra sociedade. Prisão é morte moral, morte cívica, morte civil, morte mesmo pela consumição da vida” (Lyra, 1971b, p. 108).

Do contrario, o carcere não seria o refazimento, a expiação, a emenda, a forja das almas saturadas, o estaleiro de factores rejuvenescidos para a actividade social, mas a anciedade do mundo, a inquietude do futuro, a projecção de saudades e vinganças, a dramatização de scenarios e vultos, o prolongamento da maldade e do erro, a esterilidade, a inercia, o desespero. (Lyra, 1924, p. 33)

No excerto, destacam-se duas questões. Primeira, a evidência do abandono da perspectiva liberal absentéista de pena retributiva. Segunda, apesar do misticismo e do sentimentalismo exposto pelo autor, a indicação de uma certa desconfiança em relação à capacidade correcionalista da instituição carcerária. Assim, opõe-se à visão de um cárcere ideal, concretizador da ideologia de reforma individual. Contra o novo discurso a própria realidade prisional, aquilo que efetivamente se tornou na descrição dos “flagrantes tristes e aspectos clamorosos” (Lyra, 1924, p. 12).

A Casa de Correção, no alvorecer da República, era descrita pelo Ministro da Justiça como um estabelecimento propício à execução do regime de expiação (pena retributiva) preceituado pelo Código de 1890 (Ministério da Justiça, 1891, p. 90). Em 1927, suas mazelas já eram fatos notórios, motivo pelo qual propunha-se “a construção de um estabelecimento presidiário, obedecendo a todas as prescrições da ciência penal” (Ministério da Justiça, 1929, p. 97). A perspectiva correcionalista, alguns anos após a conferência de Lyra, ingressa como projeto institucional de reforma do sistema penitenciário brasileiro.

Elevando a alma ao nível da verdade e movimentando-a para as supremas indagações do bello e do infinito, a concepção religiosa illumina, estimula e faz brotar a opressão salutar do remorso e o arrependimento, que é uma reacção de dignidade. E, d’ahi, a regeneração. [...] E, uma vez que a disciplina penitenciária não attinge o character, muitas vezes já estabilizado na maturidade, prescindo de encarecer a necessidade de uma força, penetrante como a da religião, para o contacto da consciencia, pela qual o homem escolhe e emprega, livremente, a maneira de viver e agir. (Lyra, 1924, p. 39-40)

Embora o apelo aos valores religiosos como forma de penitência possa estar mais vinculado a um modelo retributivista de expiação da culpa, Lyra procura associá-los à perspectiva da prevenção especial positiva. Implica, porém, de algum modo, reconhecer a insuficiência da disciplina penitenciária para a regeneração do criminoso. Apela, pois, no alvorecer da ciência penitenciária correcionalista, aos valores religiosos como meio de elevação moral.

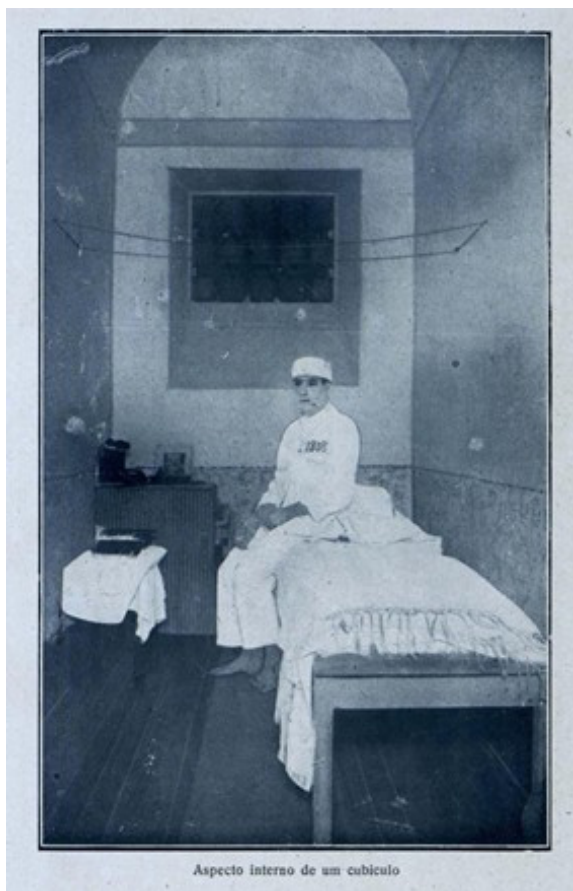
Consciente da polémica acerca dos discursos justificacionistas e dos métodos de elevação moral dos apenados, convida Carlos Sússekind de Mendonça, seu colega de turma na Faculdade Livre de Ciências Jurídicas e Sociais do Rio de Janeiro, para escrever uma espécie de prefácio ao *Condição...*, reconhecendo estarem “em desacordo no terreno das opiniões” (Lyra, 1924, p. 19). Sem poupar críticas ao apelo religioso e às ilusões católicas de Lyra, Sússekind de Mendonça refere:

Toda a sciencia penitenciaria moderna vae procurando substituir as noções, até agora admittidas, pela comprehensão necessaria de que o unico meio de corrigir o criminoso é justamente dar-lhe uma consciencia cada vez mais nitida de suas responsabilidades, ao envez de alheial-o com as illusões catholicas. A moral moderna é uma moral positiva. [...] O encarcerado que se certificar de que a consciencia é um phenomeno organico, de que o crime é um acto seu, independe de qualquer intervenção sobrenatural, já terá dado um grande passo para a sua regeneração. (Mendonça, 1924, p. 21-22)

A controvérsia já havia sido abordada por João Chaves, autor citado na sequência do discurso: "se a educação moral não tem opositores, mas simples *céticos*, não se dá o mesmo com a educação religiosa", pois "há quem veja nela um *mal*, uma causa de vícios e imoralidades" (Chaves, 1912, p. 224). O próprio Ferri, como expoente positivista, relegava a religião a um nível inferior de civilização, afirmando que "as crenças religiosas, se não como fenômenos patológicos da psicologia humana, [...] seguramente como inúteis fenômenos de incrustação moral, estão destinadas a atrofiar-se" (Ferri, 1895, p. 45, tradução livre).

A tensão entre o positivismo científico e o humanismo católico retrata, portanto, mais uma rebeldia de Lyra, insatisfeito com a disciplina puramente positiva. Posição que acentua, novamente, o sincretismo do seu pensamento.

Figura 3 - Preso em uma cela individual na Casa de Correção



Fonte: Britto, 1925.

João Chaves temia que o prisioneiro perdesse a imagem da vida social. Antes que isso mereça reparo a perspectiva constante pela qual elle revê, todos os dias, na imaginação desoccupada, o abandono do lar, as actividades e as alegrias interrompidas, todas as consequencias, enfim, do desvario, cuja evocação o persegue e opprime. [...] fazendo-o ver, em face da situação creada pela lei, a miseria surgindo no lar, talvez preparando futuros criminosos, sempre que se encarcerava um cidadão. (Lyra, 1924, p. 40)

No trecho se encontra um importante precedente da crítica anticárcere que seria desenvolvida por Lyra em sua maturidade. Deixa, pois, importantes pistas sobre o potencial *dessocializante* e *criminógeno* da prisão. A retirada do cidadão de seu ambiente gera indelével efeito aflitivo sobre o encarcerado e os seus familiares que, sob o risco da miséria, podem vir a ser também “vítimas” do impulso social ao crime.

Importante rememorar que se está diante de uma conferência proferida em 1923, muitos anos antes da publicação das pesquisas seminais de Sutherland (1940) e de Rusche e Kirchheimer (1939). Embora ainda com lentes próprias do positivismo sociológico, a inovação de Lyra é a de enxergar, dentre os fatores criminógenos, o *próprio encarceramento*, o que seria o embrião da crítica anticárcere de *Penitência de um penitenciário*.

Naturalmente, o caráter brutalizante das prisões na margem colonial permitiria extrair essas conclusões pela simples observação da realidade social. Todavia os problemas eram (e ainda são) imputados à *má execução* da privação de liberdade em regime carcerário, como defeito circunstancial, e não essencial, apto a ser neutralizado. Lemos Britto, por exemplo, concluía sua extensa pesquisa sobre o sistema penitenciário brasileiro afirmando que “quase tudo está por fazer no Brasil em matéria de prisões e de regime penitenciário” (Britto, 1926, p. 397) – expressão parafraseada por Lyra mais adiante.

Por isso a importância da visão do jovem Lyra: o próprio ato de remover o indivíduo de seu meio familiar para aprisioná-lo seria, por si só, capaz de dessocializar o aprisionado e produzir mais crimes. Antecipando, de forma ainda incipiente, a conclusão alcançada pelas Criminologias Críticas: “a prisão ou cadeia é uma instituição que se comporta como uma verdadeira máquina deteriorante” (Zaffaroni, 2001, p. 135).

3.2 A condição jurídica do encarcerado

Perante o nosso direito nada se afigura tão afastado das conquistas da civilização como a condição do encarcerado, sobre a qual, por mais profundas que fossem as minhas investigações, resultaria inutil o esforço de adiantar qualquer cousa. (Lyra, 1924, p. 41)

Inaugurando a segunda parte da conferência, Lyra marca a condição jurídica do encarcerado como algo distanciado dos parâmetros civilizatórios. A afirmação pode ser interpretada em dois sentidos: primeiro, que a condição de privação de liberdade em regime carcerário se afasta das conquistas *humanitárias*, dos preceitos ilustrados que afirmam a civilização contra a barbárie, pois desumana; e segundo, que o modelo instituído no Código de 1890, que faz prevalecer o crime ao criminoso (Lyra, 1924, p. 44), se afasta das conquistas científicas da penologia *positivista* visto o sentido atribuído à pena ainda estar apegado aos ideais da Escola Clássica.

O crime, no Brasil, é uma consequência da miséria geral e da incipiência da assistência social em todos os terrenos. Aceita a noção do criminoso – doente ou vítima – o delito é a colheita da sociedade, que semeia o seu próprio sacrifício. (Lyra, 1924, p. 43)

A noção do crime como “colheita da sociedade” e produto da miséria é a base que fundaria, como referimos anteriormente, alguns anos mais tarde, a tese *Economia e Crime*, na qual conclui que “a economia, fonte dessas desigualdades [sociais], quando, por exceção, escapa à causa eficiente da criminalidade, inter-vém, sistemática e decisivamente, como concausa preexistente ou superveniente” (Roberto Lyra, 1933, p. 97).

Inserido em um paradigma etiológico de corte positivista, Lyra dá passos seguros em direção à perspectiva sociológica de Ferri, reconhecendo uma contribuição causal da desorganização social, das condições de miserabilidade e de falta de assistência estatal na produção do crime. Assim, a sociedade “semeia o seu próprio sacrifício”.⁶

O nosso Código Penal ainda serve à antiquada concepção, que faz prevalecer, nas cogitações da defesa social, o crime ao criminoso, quando, num país de constituição *ethica* mal definida, muito mais interessaria e seria útil o estudo do feitiço moral, das taras, do efeito do meio no culpado, não só como contribuição sociológica, mas, também, como ponto de partida para a determinação do grau de reação necessária por parte da sociedade. A codificação de 1890 reflete um conjunto de idéas condenadas pela ciência e a civilização, na qual sobreleva, numa antinomia sem disfarce, o facto de aplicar a todos quanto *commettem* o mesmo crime penas idênticas, moldadas, tão sómente, em circunstancias ag-

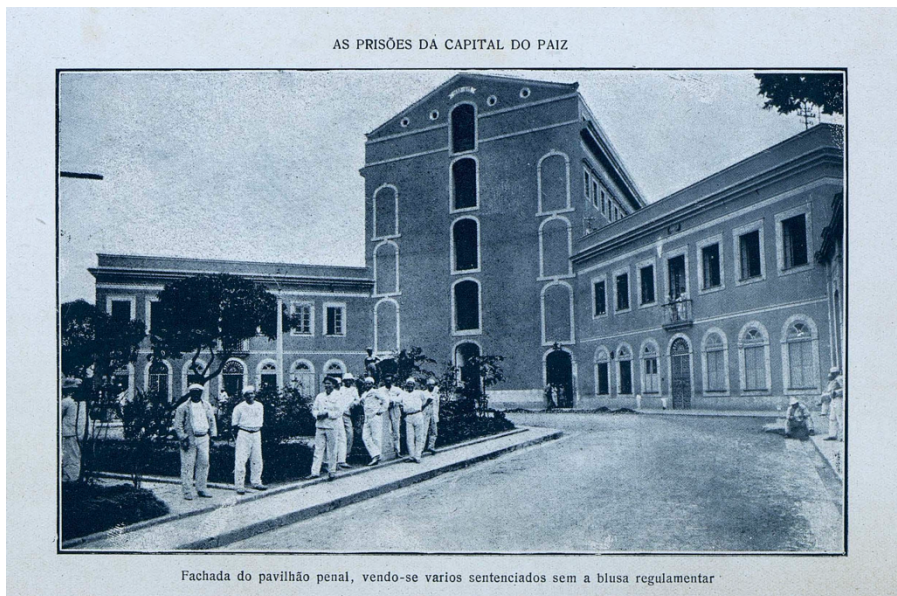
6 Perspectiva que, mais tarde, a crítica criminológica vai identificar como *coculpabilidade* (Carvalho, 2020, p. 252s). A ideia já não era inteiramente nova à época de Lyra, pois remonta aos filósofos do contratualismo. No *Plan de législation criminelle* (1780), Jean-Paul Marat já trabalhava com essa distribuição de responsabilidade e projetava um modelo de prevenção social dos delitos (Carvalho, 2020, p. 91s). Mesmo em Hobbes já havia algo similar, mas com viés distinto: “se tiver ocorrido muitos Exemplos precedentes de impunidade, [...] aqueles Exemplos geram muita esperança de Impunidade oferecida pelo próprio Soberano: isso acontece porque aquele que oferece tal esperança e presunção de misericórdia a um homem o encoraja a cometer outro crime e tem sua parte de responsabilidade na infração” (Hobbes, 2015, p. 271). A contribuição original de Lyra, nos escritos a partir da década de 1930, talvez seja a de enquadrar o debate em um modelo conflitivo marxista (e não consensual-contratualista).

gravantes e atenuantes faltas de rigor de observação e de complexidade para a aplicação. (Lyra, 1924, p. 44-45)

Em inúmeros momentos da conferência, Lyra insurge-se contra a codificação penal de 1890, inspirada nos postulados da “Escola Clássica”, acrescentando sua voz às frequentes críticas que à época eram formuladas pelo campo criminológico – embora muitas delas injustas e exageradas, como aponta Nilo Batista (2017). O ponto central do enfrentamento de Lyra é o do Código de 1890 concentrar-se no binômio crime-pena, ou seja, fazia prevalecer o crime ao criminoso.

O foco no crime como ente jurídico e o desprezo do protagonista da ação delitiva determinava a prevalência da ideia de pena retributiva sem qualquer dimensão individualizadora: mesmas penas para sujeitos distintos que violaram o mesmo preceito legal. A falta de individualização gerava dois problemas: primeiro, não possibilitava que a sanção fosse adequada ao sujeito conforme seu grau de inadaptação social; segundo, reunia no mesmo ambiente presos de todas as espécies. Lyra exalta, inclusive, os ordenamentos internacionais que previam a necessidade de local distinto para mulheres (Lyra, 1924, p. 47).

Figura 4 – Casa de Correção, década de 1920



Fonte: Britto, 1925.

A crítica ao sistema de aplicação da pena adotado pelo Código, acompanhada da defesa das sentenças indeterminadas próprias do modelo correcionalista, era praticamente unânime entre positivistas da época como A. Bezerra da R. Mo-

raes (1900), João Chaves (1912), Lemos Britto (1924) e Cândido Mendes de Almeida (1933). A tensão entre o tecnicismo jurídico-penal e a Criminologia positivista se estenderia, assim, até o Código Penal de 1940 – polêmica ensaiada alguns anos antes no concurso de livre-docência de 1933 da Faculdade Nacional de Direito, disputado por Nelson Hungria e Roberto Lyra (Carvalho, 2023, p. 11). Em 1940, a tentativa de compatibilizar um direito penal de culpabilidade com um modelo criminológico de periculosidade toma forma no novo estatuto punitivo. A síntese de Magalhães Noronha (2004, p. 62) é conhecida: o Código “acende uma vela a Carrara e outra a Ferri”.

Com todas as ressalvas ao correccionalismo, sobretudo ao fundamento periculosista, foi a individualização da pena, “decorrência da sua concepção etiológica multifatorial” (Giamberardino, 2013, p. 101), a chave teórica que permitiu infiltrar, no campo da execução penal, várias medidas desencarceradoras – inclusive o próprio livramento condicional, defendido por Lyra na conferência.

E, ouvindo aquilo, eu recordava a lição recebida pelo estudante de Processo: a Casa de Detenção é um depósito de ‘acusados’, cuja culpa ou inocência a justiça ainda não apurou, evitando a sua confusão com os condenados. (Lyra, 1924, p. 46)

A Casa de Detenção, embora vizinha da Casa de Correção, destinava-se a acolher os presos provisórios. Sem condenação e, portanto, sem pena, não havia preocupação com qualquer medida correccional, amontoando-se os presos em celas superlotadas, o que gerava críticas contundentes da ala positivista acadêmica, dos profissionais que atuavam na justiça criminal e até mesmo de autoridades.

Naquele mesmo ano, relatava o Ministro da Justiça que “são acumuladas de forma a ficarem detidos cerca de mil em acomodações destinadas a pouco mais de duzentos”, e, por isso, “não é possível obterem-se resultados satisfatórios com referência à regeneração de criminosos, sendo de notar que em tais casos muito sofrem a disciplina e a higiene” (Ministério da Justiça, 1923, p. 169). Com base nesse dado, Lyra denuncia o excesso das prisões cautelares, referindo réus que, após longos períodos de detenção preventiva, quando condenados já haviam permanecido privados de liberdade por tempo superior ao imposto na sentença: “surtem exemplos chocantes, como o daquele acusado que, quando julgado, já havia cumprido pena superior à que lhe foi cominada” (Lyra, 1924, p. 44).

Não sei o que mais é preciso salientar, na generalização a que sou obrigado a me cingir, para fundamentar o meu consorcio ás velhas campanhas em pról da solução do problema penitenciario brasileiro que, já em 1832, preocupava Diogo Feijó, conduzindo-o à tarefa de tornar “menos desgraçada a sorte dos presos”, e, modernamente, com a mesma instancia, exige as benemerencias de Evaristo de Moraes, Candido Mendes e Lemos Britto. Tudo ainda está por fazer. (Lyra, 1924, p. 47)

Ao reconhecer que o “problema penitenciário brasileiro” datava da década de 1830, Lyra começa a identificar algo que, posteriormente, viria a ser afirmado por Foucault (2014): a crítica à prisão é contemporânea ao seu surgimento e a acompanha de forma perene no seu desenrolar. Similarmente, no campo brasileiro: “as críticas ao sistema penitenciário [...] são abundantes no início do século [XX]. [...] em sintonias variadas, afirmam a falência do sistema penitenciário” (Neder, 1995, p. 94). A última frase, porém, exprime aquele otimismo de que seria possível fazer algo de reformador sob novas diretrizes, no mesmo sentido do parafraseado por Lemos Britto.

Desde 5 de Setembro do ano passado, pela lei n. 4577, se acha o governo autorizado: [...]. Duas das medidas incorporadas na autorização se constituíram nas aspirações dos encarcerados, que, assim, revelam as mais positivas decisões de regeneração: a prática ampliada da liberdade condicional e a lei do ‘good-time’». (Lyra, 1924, p. 47-49)

Lyra demonstra uma virtude invulgar: escuta as angústias e os pedidos dos presos. Sua crítica se insere no corpo das demandas jurídicas pela regulamentação das disposições da Lei 4.577/1922. Trata-se de um aceno em apoio aos novos institutos e, possivelmente, um dos motivos que fomentaram a publicação da conferência em livro, agregando novas vozes à sua implementação.

Enquanto isso, ganha fóros de argumento contra a efetividade da lei penal, que Americo de Araujo considera “não um favor, mas um direito do condenado,” (*‘Sciencia Penitenciaria Positiva’*), a inexistência de penitenciária agrícola. (Lyra, 1924, p. 50)

A citação redireciona a previsão da penitenciária agrícola como um *direito* do condenado. No ponto, uma antecipação digna de nota. No diálogo com a obra de Americo de Araujo (1918), Roberto Lyra destaca dois temas que permanecem sensíveis no senso comum dos operadores no campo da execução penal: primeiro, a natureza dos incidentes da execução; e, segundo, a falta de estabelecimentos adequados para o cumprimento das sanções.

Ainda hoje é perceptível a resistência dos atores da execução penal, em especial os atores do judiciário, em reconhecer a progressão de regime, o livramento condicional, a saída temporária, entre outros, como *direitos públicos subjetivos* e não meros *benefícios* do sentenciado. Não invariavelmente, tais institutos são afirmados como benesses, favores que o Estado concede de forma paternalista ao condenado. Surpreende que, em pleno ano de 2024, seja necessário reafirmar que instrumentos descarcerizadores como os referidos são *direitos*, e “não regalias ou simplesmente benefícios” (Giamberardino, 2021, p. 215), conforme antecipou Lyra.

Quanto às condições materiais, além da declaração do estado de coisas inconstitucional do sistema penitenciário brasileiro, o Supremo teve que publicar Súmula Vinculante (n. 56) no sentido de reconhecer que “a falta de estabelecimen-

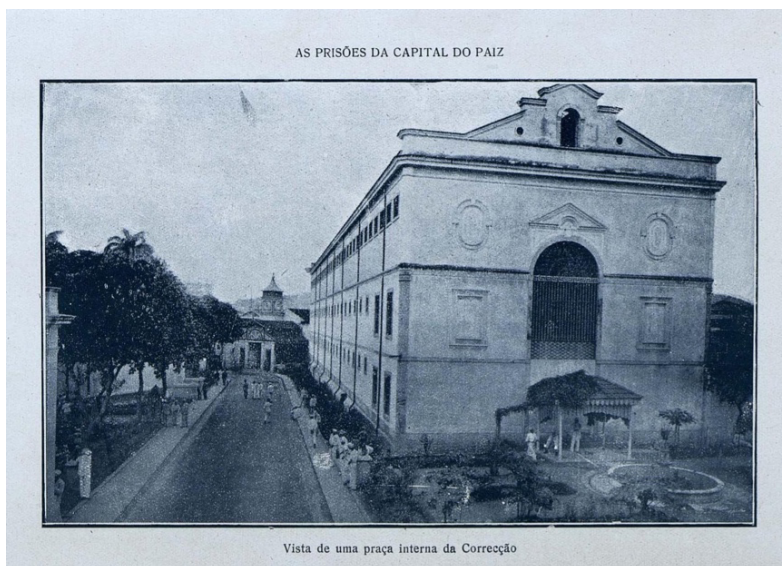
to penal adequado não autoriza a manutenção do condenado em regime prisional mais gravoso”. Há exatamente um século depois da conferência de Lyra, o país segue descumprindo sua própria legislação, mantendo pessoas privadas de liberdade em situação degradante e em estabelecimentos totalmente inadequados.

Si o fim da pena é a regeneração, por que manter o isolamento de um individuo, que se mostra habilitado á convivencia social? (Lyra, 1924, p. 51)

Ao concluir seu argumento em favor do livramento condicional, Lyra justifica a implantação do instituto em paralelo à necessidade de flexibilização do sistema de penas determinadas. Se critérios técnico-científicos fornecidos pela nova ciência criminológica permitem concluir que, em certas circunstâncias, determinado indivíduo está habilitado para o convívio social, e se a finalidade da pena é a reintegração mesma, não haveria qualquer razão para manter o encarceramento, mesmo se houvesse pena a cumprir conforme a quantidade fixada no título condenatório.

Nos anos subsequentes, a legislação penal brasileira confirmou essa tendência observada de forma prototípica na regulamentação do livramento condicional: mantém-se o critério de proporcionalidade fundado na culpabilidade para a determinação da pena na sentença condenatória; mas, em sua execução, prevalece o modelo correccional, sob forte influência da lógica periculosista materializada nos exames de verificação da reincidência e nos critérios de averiguação do bom comportamento carcerário.

Figura 5 – Casa de Correção, década de 1920



Fonte: Britto, 1925.

4 A penitência

Se a crítica lançada por Lyra em *Condição...* é ainda incipiente, atada aos postulados do positivismo sociológico e combinada com uma visão romântica sobre a prisão a partir do catolicismo, em *Penitência...*, trinta anos mais tarde, é possível identificar uma *crítica anticarcerária* propriamente dita. Uma compreensão madura dos efeitos criminógenos e degradantes da pena *par excellence* da modernidade penal.

A partir da conclusão de que o crime é fundamentalmente um derivativo das desigualdades sociais, e de que, portanto, a punição não poderia anular a causa (questão) *social* da *questão criminal*, a real utilidade da prisão é posta em xeque. Ainda preso ao marco positivista, Lyra compartilha “o ceticismo de Ferri em relação à capacidade de transformação social do direito penal e sua desmistificação da eficácia preventiva da repressão, a luta contra o isolamento celular total e a defesa dos substitutivos penais” (Giamberardino, 2013, p. 109).

Três dimensões são importantes para que se compreenda a evolução das ideias de Lyra no campo da penologia: fundamento, justificação e aplicação/execução das penas. Embora orientado por uma perspectiva socialista que compreende a conflitividade das relações sociais (luta de classes), o *fundamento defensivista* que emerge da sua teoria gera um paradoxo porque, no mínimo, flerta com um modelo consensual de sociedade que pressupõe que a redução das diferenças (não das desigualdades) impacta a minimização das violências. O princípio de defesa social (Baratta, 1997) inegavelmente gera distorções teóricas e contradições de ordem científica e política que não parecem ser conciliáveis com a condição libertária e humanista do autor. Mais um sinal do sincretismo lyriano e da sua postura indisciplinada. Problema idêntico foi assinalado por Giamberardino em relação ao mestre de Lyra, Ferri: “trata-se de modelo explicativo da criminalidade cientificamente frágil, a-histórico e reducionista, tratando da questão criminal como um problema prevalentemente patológico-individual” (Giamberardino, 2013, p. 109).

No entanto, para além dos sincretismos e paradoxos teóricos, a perspectiva humanitária e a interpretação social da criminogênese promovem importantes rupturas no discurso penal da primeira modernidade penal (classicismo) estruturado sob o signo da pena retributiva (Kant) ou intimidatória (Beccaria/Feuerbach). Como antecipado, imerso em um paradigma intervencionista no qual a pena apresenta justificativas utilitaristas, Lyra ultrapassa os limites individualistas da prevenção especial positiva em direção a um modelo de prevenção social da criminalidade. Assim, não apenas denuncia a falácia da pena como instrumento de prevenção geral negativa (coação psicológica), como evidencia as incongruências do discurso de prevenção especial positiva ao confrontar a finalidade de reintegra-

ção social com os horrores produzidos pela instituição carcerária na personalidade do sujeito condenado.

A crítica às teorias liberais de justificação da pena é, pois, qualificada pela crítica à instituição penitenciária (prisão). Independente da finalidade atribuída à sanção criminal, sua concretização na forma carcerária revelaria um método de resposta ao crime não apenas contraproducente (incongruente com as suas finalidades declaradas), mas desumanizador:

A prisão, fábrica e escola de reincidência, habitualidade, profissionalidade, produz e reproduz criminosos, causa crimes e contravenções [...]. A prisão em si representa sistemas de fraudes e violências, de impiedades e improbidades inatingíveis, segundo a experiência do passado e o desespero do presente. (Lyra, 1971b, p. 109)

A prisão prejudica o indivíduo, a família e a sociedade. Multiplica-se ao máximo o mal do crime. A prisão é escola anormal de periculosidade, é curso de aperfeiçoamento celerado mantido pelo Estado [...]. Seja qual fôr o fim atribuído à pena, a prisão é contraproducente. Nem intimida, nem regenera. Embrutece e perverte. Insensibiliza ou revolta. Descaracteriza e desambienta. Priva de funções. Inverte a natureza. Gera cínicos ou hipócritas. (Lyra, 1971a, p. 111)

A prisão uniformiza, numera, desindividualiza, despessoaliza. (Lyra, 1971b, p. 112)

A prisão visa a prevenir e reprimir crimes. Ora, a prisão é causa de crimes. (Lyra, 1971b, p. 118)

A defesa dos direitos dos presos, que orienta a atuação de Lyra desde a conferência na Casa de Correção em 1923, progressivamente passou a não se restringir à exigência do cumprimento da legalidade na realidade penitenciária brasileira. Lyra avança no discurso anticarcerário antes mesmo do movimento da Criminologia Crítica: “rompeu, radicalmente, com o Direito Penitenciário, a Ciência Penitenciária ‘et caterva’, com todos os sistemas e regimes baseados na prisão, inclusive a chamada prisão aberta” (Costa, 1962, p. 33).

Assim surge, em 1957, *Penitência...*, um manifesto anticárcere que não apenas confronta as funções declaradas dos discursos oficiais (teoria da pena) com as funções reais promovidas pela pena privativa de liberdade cumprida em regime prisional, mas identifica e nomina esta disfuncionalidade como *violência institucional*. Se, no *Condição...*, Lyra ainda tinha alguma crença na prisão como espaço para a meditação religiosa e/ou para a emenda do sujeito, embora já reconhecesse alguns efeitos aflitivos, a experiência de brutalização demonstrada pelo cárcere ao longo de sua trajetória acadêmica e profissional arruína essa esperança. A conclusão é tão amargurada quanto precisa: “os que conhecem e dizem a verdade conde-

nam a monstrosidade anti-natural, anti-social, anti-individual da prisão em si” (Lyra, 2013, p. 58).

Essa segunda dimensão da crítica (justificações), relacionada às promessas de ressocialização, no âmbito das políticas correcionistas promovidas pelos movimentos de defesa social, será qualificada posteriormente pela Nova Criminologia (Criminologia Crítica), sobretudo a partir dos achados de Goffman (1961) e de Foucault (1975) sobre o funcionamento das instituições totais. Consolida-se, pois, a percepção do cárcere como instituição criminógena (não previne, mas produz reincidência) e despersonalizante (não fornece um programa individualizador, mas uniformiza e degenera). Nas palavras de Lyra (2013, p. 66): “a prisão não permite a individualização. A base do processo “regenerador” é suposta na cominação, na aplicação e na execução. A prisão uniformiza, numera, desindividualiza, despersonaliza. Nem as classificações legais são obedecidas.

A partir dos dados da realidade prisional, a terceira denúncia de Lyra (aplicação/execução) antecipará a percepção da Criminologia Crítica da prisão como mecanismo de *violência institucional*, ou seja, uma instituição na qual a violência é produzida pelo próprio Estado em nome da contenção das violências individuais (crime):

Por outro lado, coonesta-se um policialismo desenvolto e superficial, a pretexto de combate aos perigosos e ao mal definido marginalismo ou pré-delinquencialismo (vagabundos e ociosos, ébrios e alcoólatras, intoxicados em geral, homossexuais, etc.), e, de roldão, os menores. [...] Em toda parte, existem para os presos, diabos que os carregam. Há, como aqui, estabelecimentos que são apenas amostras, nem sempre aceitáveis. Privilégios acintosos para alguns, com os desafios e ciladas do favoritismo, enquanto os demais são amontoados em cadeias infames, inclusive os mais necessitados e merecedores de proteção. (Lyra, 2013, p. 54-55)

As distintas dimensões da crítica, cujos traços iniciais já eram identificáveis em 1923, são aprofundadas no emblemático *Penitência...*, consolidando um discurso criminológico contra-hegemônico no Brasil e abrindo caminhos para a posterior ruptura promovida pela Criminologia Crítica. Afigura-se essencial, por isso, resgatar e fazer circular o pensamento de Lyra, vanguarda na crítica ao cárcere em nossa margem.

Figura 6 – Capela e escola da Casa de Correção



Fonte: Britto, 1925.

5 Considerações finais

Fechar prisão é, especificamente, obra cirúrgica de prevenção criminal. Os crimes resultantes da pena são maiores e piores do que os mais graves crimes. Discriminar os criminosos como sub-espécie humana para submetê-los à tortura disfarçada ou não na alma e no corpo constitui, essencialmente, genocídio. **Êste** genocídio milenário dispõe de tempo de mais para todas as experiências. (Lyra, 1971b, p. 118)

O presente ensaio buscou resgatar as contribuições do pensamento de Roberto Lyra à reflexão criminológica sobre a questão prisional a partir da análise e comentário da obra *Condição...*, fruto de conferência proferida na Casa de Correção do Rio de Janeiro, em 19 de maio de 1923.

Em um primeiro momento, buscou-se contextualizar o cenário no qual a conferência foi proferida: de um lado, demandas jurídicas, influenciadas pelo correccionalismo, para a implementação de institutos como o livramento condicional, o *sursis* e o *good time* ("condição jurídica"); de outro, o trabalho da Assistência Católica na prisão e a ação humanista de Roberto Lyra, que confessadamente buscava confortar os presos com o misticismo religioso ("condição moral").

Duas perspectivas que representam o pensamento paradoxal de Lyra, entre o positivismo sociológico e um humanismo democrático, são refletidas na estrutura da conferência. A partir delas foram selecionados trechos para posteriores glosas. Nos comentários, foi possível identificar um pensador recém-formado, inspirado pelo correccionalismo mas, ao mesmo tempo, atado a uma visão romântica e religiosa que atribui à segregação um potencial para meditação e reforma moral. Não obstante, pistas da indisciplina do pensador já são visíveis: destaca efeitos dessocializadores e criminógenos do encarceramento e apresenta *insights* sobre prevenção social do delito.

Ao final, buscou-se fazer uma ponte e confrontar a conferência de 1924 com o manifesto *Penitência...*, publicado pela primeira vez em 1957. Na reflexão da maturidade, Lyra aprofunda e consolida uma contundente crítica anticarcerária, rasgando quaisquer esperanças depositadas na prisão e apostando em alternativas penais.

Roberto Lyra, homem de sua época, naturalmente exprime ideias ancoradas no positivismo criminológico e que merecem as devidas ressalvas. Ainda assim, em suas peculiaridades e paradoxos, produziu uma obra autêntica e significativa, um pensamento autóctone inquieto que marca uma linha anti-hegemônica ainda viva na Criminologia brasileira.

Se “no Brasil temos apenas alguns fragmentos de uma história a ser contada” (Batista, 2023, p. 236), o objetivo deste artigo foi o de ser mais um desses fragmentos, parte de um esforço coletivo que paulatinamente vem tirando dos escombros a relevante tradição brasileira no campo das ciências criminais. Passados cem anos da conferência de Lyra, noventa anos da Faculdade de Direito da UERJ e trinta e cinco anos de seu Programa de Pós-Graduação, ainda há muitos fragmentos a serem revisitados.

Referências bibliográficas

- ALMEIDA, Cândido Mendes. **Relatório do Decimo Congresso Penal e Penitenciario Internacional**: realizado em Praga em agosto de 1930. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1933.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. **Histórias dos pensamentos criminológicos**. Rio de Janeiro: Revan, 2008.
- ARAUJO, Americo de. **Sciencia penitenciaria positiva**. 2. ed. Goiânia: Intellectus, 1918.
- BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia jurídico penal. Rio de Janeiro: Revan, 1997.
- BATISTA, Nilo. **Apontamentos para uma história da legislação penal brasileira**. Rio de Janeiro: Revan, 2017.
- BATISTA, Vera Malaguti. Criminologia na periferia. In: BATISTA, Vera Malaguti. **Ensaio brasileiro de criminologia**. Rio de Janeiro: Revan, 2023. p. 235-256.
- BENJAMIN, Walter. Sobre o conceito de história. In: BENJAMIN, Walter. **Magia e técnica, arte e política**: ensaios sobre literatura e história da cultura. v. 1. 3. ed. São Paulo: Brasiliense, 1987.
- BRITTO, Lemos. **Os sistemas penitenciários do Brasil**. v. 1. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1924.
- BRITTO, Lemos. **Os sistemas penitenciários do Brasil**. v. 2. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1925.

- BRITTO, Lemos. **Os sistemas penitenciários do Brasil**. v. 3. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1926.
- CARVALHO, Salo de. “Economia e Crime”: introdução às bases do pensamento penal e criminológico de Roberto Lyra. In: LYRA, Roberto. **Economia e Crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2024.
- CARVALHO, Salo de; MATOS, Lucas Vianna. A criminologia socialista anticarcerária em Roberto Lyra (fontes da criminologia crítica brasileira). **Revista Culturas Jurídicas**, v. 8, n. 19, 2021.
- CARVALHO, Salo. **Penas e medidas de segurança no Direito Penal brasileiro**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2020.
- CHAVES, João Baptista de Vasconcellos. **Sciencia penitenciaria**. Rio de Janeiro: Jacintho Ribeiro dos Santos, 1912.
- COSTA, Evaristo. **Roberto Lyra: o socialismo para o Brasil**. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 1962.
- COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Glosas ao “Verdade, dúvida e certeza” de Francesco Carnelutti, para os operadores do Direito. **Revista de Estudos Criminais**, n. 14, 2004.
- FERRI, Enrico. **Socialismo y ciencia positiva**. Buenos Aires: Imprenta de la Nación, 1895.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalhetete. 42. ed. Petrópolis: Vozes, 2014.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. **Comentários à Lei de Execução Penal**. 3. ed. Belo Horizonte: CEL, 2021.
- GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Por que ler Enrico Ferri: para uma crítica do tecnicismo jurídico-penal. **Revista de Direito da Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro**, v. 25, n. 26, 2013.
- LYRA, Roberto. Atualidade de minhas posições e propostas em Direito Penal e Criminologia. **Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal**, v. 4, n. 13, 1966.
- LYRA, Roberto. **Condição moral e jurídica do encarcerado**: conferência realizada na Casa de Correção em 19 de maio de 1923. Rio de Janeiro: Lux, 1924.
- LYRA, Roberto. **Economia e Crime**. Rio de Janeiro: Rodrigues & C., 1933.
- LYRA, Roberto. **Economia e Crime**. Rio de Janeiro: Revan, 2024.
- LYRA, Roberto. **Introdução do Estudo do Direito Criminal**. Rio de Janeiro: Editora Nacional de Direito, 1946.
- LYRA, Roberto. Pobres e Ricos em Direito Penal (em additamento á minha these “Economia e Crime”). **Revista de Direito Penal**, v. 4, 1934.
- LYRA, Roberto. **Direito Penal Normativo**. 2. ed. Rio de Janeiro: Konfino, 1977.
- LYRA, Roberto. **Nôvo Direito Penal**. v. 1. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971a.
- LYRA, Roberto. **Nôvo Direito Penal**. v. 3. Rio de Janeiro: Borsoi, 1971b.
- MENDONÇA, Carlos Süssekind de. Conceitos. In: LYRA, Roberto. **Condição moral e jurídica do encarcerado**: conferência realizada na Casa de Correção em 19 de maio de 1923. Rio de Janeiro: Lux, 1924.
- MORAES, A. Bezerra da R. **Estudo sobre os sistemas penitenciários: e a decima questão do programma do Congresso Juridico Americano**. Belém: Imprensa Official, 1900.
- NEDER, Gizlene. **Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1995.
- NORONHA, Magalhães. **Direito Penal: introdução e parte geral**. v. 1. 38. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Em busca das penas perdidas: a perda de legitimidade do sistema penal**. 5. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

Fontes primárias

- A CARIDADE religiosa como factor de regeneração: condição moral e jurídica do encarcerado: mais uma conferencia na Casa de Correção. **O Imparcial**, Rio de Janeiro, ano 11, n. 3.806, 20 maio 1923, p. 1. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=107670_02&pasta=ano%20192&hf=memoria.bn.gov.br&pagfis=13956. Acesso em: 15 set. 2024.
- CONFERÊNCIAS educativas. **Gazeta de Notícias**, Rio de Janeiro, ano 48, n. 113, 17 maio 1923, p. 1.

Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=103730_05&pagfis=8713. Acesso em: 15 set. 2024.

O DIA do Encarcerado: a comemoração de ontem, na Casa de Correção. **O Imparcial**, ano 11, n. 3.781, 23 abr. 1923, p. 1. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=107670_02&pagfis=13682. Acesso em: 15 set. 2024.

FACULDADE de Direito do Rio de Janeiro: sessão solenne de inauguração. **Gazeta de Notícias**, Rio de Janeiro, ano 60, n. 111, 12 maio 1935, p. 5. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DOCREADER/DocReader.aspx?bib=103730_06&pagfis=4744. Acesso em: 15 set. 2024.

GRAVES irregularidades na Casa de Correção. **Gazeta de Notícias**, Rio de Janeiro, ano 46, n. 326, 14 dez. 1921, p. 3. Disponível em: https://memoria.bn.gov.br/DocReader/DocReader.aspx?bib=103730_05&pasta=ano%20192&hf=memoria.bn.gov.br&pagfis=5183. Acesso em: 15 set. 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Exposição apresentada ao Chefe do Governo Provisório da Republica dos Estados Unidos do Brazil pelo General Dr. Manoel Ferraz de Campos Salles, Ministro e Secretario de Estado dos Negocios da Justiça**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, jan./1891. Disponível em: <https://memoria.bn.gov.br/DocReader/docreader.aspx?bib=873837&pasta=ano%20189&pesq=&pagfis=1>. Acesso em: 15 set. 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Relatório apresentado em 1927 ao Presidente da Republica dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro da Justiça e Negocios Interiores, Dr. Augusto de Vianna do Castello**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, 1929. Disponível em: <https://memoria.bn.gov.br/DocReader/docreader.aspx?bib=873837&pasta=ano%20189&pesq=&pagfis=24667>. Acesso em: 15 set. 2024.

MINISTÉRIO DA JUSTIÇA. **Relatório dos anos de 1922 e 1923 apresentado ao Presidente da República dos Estados Unidos do Brasil pelo Ministro da Justiça e Negocios Interiores, Dr. João Luiz Alves**. Rio de Janeiro: Imprensa Nacional, jun. 1923. Disponível em: http://ddsnext.crl.edu/titles/107?terms=&item_id=2038. Acesso em: 15 set. 2024.

PEIXOTO, Arthur Vieira. O sr. Arthur Peixoto e o seu afastamento da Casa de Correção do Rio. **Jornal de Alagoas**, Maceió, 21 jul. 1922. Biblioteca Nacional: Manuscritos - 35,03,002 n° 052U.

Confira nesta edição:

Desarrollo tecnocientífico y puesta en riesgo. El abordaje penal del progreso en España

Mariana N. Solari Merlo

Queimada de gillo pontecorbo y caliban de la tempestad de Shakespeare: el discurso del amo y el uso calibanesco del derecho

David Sánchez Rubio

La política de guerra contra las drogas en América Latina: algunas consecuencias y daños colaterales

Pablo Galain Palermo

Combating corruption and the weakening of fundamental guarantees: operation car wash as a criminal procedure of the enemy

Gustavo de Souza Preussler, Eric Gustavo Cardin e Francis Pignatti do Nascimento

Lavagem de ativos financeiros: da transcontinentalidade à territorialidade

Hioman Imperiano de Souza

O pioneirismo da teoria de August Hegler e sua importância para construção do conceito de domínio do fato de Claus Roxin

Simone de Sá Rosa Figueirêdo e José Mario Ramos Correia de Araújo

Ressignificações autoritárias no processo penal: o exemplo do juiz das garantias

Daniel Nascimento Duarte e Clécio Lemos

Lesão corporal leve contra mulher: conflito entre os §§ 9º e 13 do art. 129 Do código penal

Davi de Paiva Costa Tangerino

Glosas ao “Condição Moral e Jurídica do Encarcerado”, de Roberto Lyra, em homenagem ao centenário de sua publicação

Salo de Carvalho e Leonardo Furtado Carvalho

ISSN 1676-8698/95



+ ACESSO À **VERSÃO DIGITAL GRÁTIS** NA NOSSA PLATAFORMA DE LEITURA