

Organizadores:
DR. ROGERIO GESTA LEAL
DR. FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO
DR. RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ

**O DIREITO PENAL E O PROCESSO PENAL
COMO INSTRUMENTOS DE DEFESA DE
DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS:
PERSPECTIVAS BRASILEIRAS E CHILENAS**



FMP

Fundação Escola Superior
do Ministério Público

2019

**O DIREITO PENAL E O PROCESSO PENAL
COMO INSTRUMENTOS DE DEFESA DE
DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS:
PERSPECTIVAS BRASILEIRAS E CHILENAS**



Organizadores:
DR. ROGERIO GESTA LEAL
DR. FÁBIO ROQUE SBARDELLOTTO
DR. RODRIGO RÍOS ÁLVAREZ

CONSELHO ADMINISTRATIVO

David Medina da Silva – Presidente

Cesar Luis de Araújo Faccioli – Vice-Presidente

Fábio Roque Sbardellotto – Secretário

Alexandre Lipp João – Representante do Corpo Docente

DIREÇÃO DA FACULDADE DE DIREITO

Fábio Roque Sbardellotto

COORDENADOR DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

Luis Augusto Stumpf Luz

CONSELHO EDITORIAL

Anizio Pires Gavião Filho

Fábio Roque Sbardellotto

Guilherme Tanger Jardim

Luis Augusto Stumpf Luz

**O DIREITO PENAL E O PROCESSO PENAL
COMO INSTRUMENTOS DE DEFESA DE
DIREITOS PÚBLICOS INCONDICIONADOS:
PERSPECTIVAS BRASILEIRAS E CHILENAS**



2019

© FMP 2019

CAPA: Marcelo Mariante de Queiroz

DIAGRAMAÇÃO: Liquidbook | tecnologias para publicação

REVISÃO DE TEXTO: Liquidbook | tecnologias para publicação

EDITOR: Rafael Martins Trombetta | Liquidbook

RESPONSABILIDADE TÉCNICA Patricia B. Moura Santos

Fundação Escola Superior do Ministério Público

Inscrição Estadual: Isento

Rua Cel. Genuíno, 421 – 6º, 7º, 8º e 12º andares

Porto Alegre – RS – CEP 90010-350

Fone/Fax (51) 3027-6565

E-mail: fmp@fmp.com.br

Website: www.fmp.edu.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação

CIP-Brasil. Catalogação na fonte

D598 O direito penal e o processo penal como instrumentos de defesa de direitos públicos incondicionados: perspectivas brasileiras e chilenas [recurso eletrônico] / Organizadores: Rogério Gesta Leal, Fábio Roque Sbardelotto, Rodrigo Ríos Álvares. – Porto Alegre: FMP, 2019. 280 p.

Modo de acesso: <<https://www.fmp.edu.br/publicacoes/>>
ISBN 978-85-69568-16-2

1. Direito Penal. 2. Processo Penal. 3. Direitos Públicos Incondicionados. I. Leal, Rogério Gesta. II. Sbardelotto, Fábio Roque. III. Álvares Ríos, Rodrigo IV. Título.

CDU: 343.2

Bibliotecária Responsável: Patricia B. Moura Santos – CRB 10/1914

TODOS OS DIREITOS RESERVADOS. Proibida a reprodução total ou parcial, por qualquer meio ou processo, especialmente por sistemas gráficos, microfílmicos, fotográficos, reprográficos, fonográficos, videográficos. Vedada a memorização e/ou a recuperação total ou parcial, bem como a inclusão de qualquer parte desta obra em qualquer sistema de processamento de dados. Essas proibições aplicam-se também às características gráficas da obra e à sua editoração. A violação dos direitos autorais é punível como crime (art. 184 e parágrafos, do Código Penal), com pena de prisão e multa, conjuntamente com busca e apreensão e indenizações diversas (arts. 101 a 110 da Lei 9.610, de 19.02.1998, Lei dos Direitos Autorais).

Apresentação

Os programas de pós-graduação, mestrado em Direito, da FMP, Brasil, e da Universidad Finis Terrae, Chile, realizaram convênio de cooperação acadêmica em 5/10/2015 e, a partir daí, vêm desenvolvendo várias atividades conjuntas, dentre as quais:

1. 2016 - I SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, nos dias 08 e 09 de novembro, nas dependências do PPGD da FMP, contando com a participação do Prof. Dr. Julio Rojas Chamaca, do PPGD da Finis Terrae; Profa. Dra. Gisele Citadino – PUC-RJ e do Prof. Dr. Anizio Pires Gavião – FMP. Ainda participaram deste evento a Profa. Dra. Claudia Roester – UNB, o Prof. Dr. Rogério Gesta Leal – FMP e o Prof. Dr. Pablo Schiavi – da Universidad de Montevideo – URUGUAY.
2. 2017 - II SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, nos dias 13 e 14 de setembro, nas dependências do PPGD da FMP, contando com a participação do Prof. Dr. Rodrigo Rios, do PPGD da Finis Terrae, Chile; do Prof. Dr. Bruno Heringer Júnior (FMP), e do Prof. Dr. Rogério Gesta Leal (FMP). Ainda participaram do evento o Prof. Dr. Luis-Andrés Cucarella Galiana (Universidad de Valencia); o Prof. Dr. Éderson Garin Porto (UNISINOS), e o Prof. Dr. Handel Martins Dias (FMP).
3. 2017 – Ainda foi realizado no Chile, Santiago, no PPGD da Finis Terrae, o evento SEMINARIO SOBRE TRANSPARENCIA Y PROIBIDAD, nos dias 19 e 20 de outubro, em que participaram os Professores Maren Taborda (FMP) com outros professores da Finis Terrae.
4. 2018 – Foi realizado nas dependências da FMP o III SEMINÁRIO INTERNACIONAL TUTELAS À EFETIVAÇÃO DE DIREITOS INDISPONÍVEIS, nos dias 30 e 31 de outubro, com a participação do Prof. Dr. Adriano Pedra (Faculdade de Direito de Vitória – FDV), do Prof. Dr.

Abel Augusto Zamorano (Universidade do Panamá), e o Prof. Dr. Handel Martins Dias. Ainda participaram deste evento o Prof. Dr. Rodrigo Rios, do PPGD da Finis Terrae (CHILE), e o Prof. Dr. Rogério Gesta Leal (FMP).

5. 2018 – Foi realizado nas dependências do PPGD da Universidad Finis Terrae, em Santiago, Chile, o III CONGRESO INTERNACIONAL DE DERECHO PENAL CONTINENTAL Y ANGLOSAJÓN. RESPONSABILIDAD PENAL EN LOS DELITOS CONTRA EL MEDIO AMBIENTE, nos dias 18 a 20 de outubro, com a participação de diversos conferencistas chilenos, espanhóis, e dos professores da FMP, Dr. Rogerio Gesta Leal e Anizio Pires Gavião.

Este livro é um registro acadêmico desta parceria internacional, envolvendo, especialmente, os professores que trabalham com temas penais e processuais penais nas duas instituições, a partir da constatação de que, historicamente, o Direito Penal e Direito Processual Penal têm se constituído como instrumentos do poder soberano do Estado para exercer sua força e coação física legítimas visando demarcar comportamentos e condutas indesejadas socialmente. Todavia e ao mesmo tempo, também estes campos do Direito se ocupam de delimitar as ações estatais punitivas, uma vez que aumentam os desafios para quem detém o poder, pois, a violência do Estado em nome da segurança pública e da justiça, não pode ultrapassar limites, garantias e direitos da pessoa humana.

Quando falamos de segurança pública estamos fazendo referência tanto aos aspectos materiais que ela implica (segurança das pessoas e da Sociedade como um todo e, portanto, ausência/minoração/evitação de violência, crimes, riscos, perigos e danos a bens, direitos e garantias), quanto aos formais (enquanto integridade e estabilidade do sistema jurídico, condição de possibilidade à segurança material).

O problema é que o Direito Penal e o Processual Penal, enquanto ferramentas de coação comportamental, sempre provocam reações sociais diversas, talvez até porque constituam medidas que, mais diretamente, respondem às demandas de segurança dos membros da comunidade. Ao mesmo tempo, considerando ser elevada a capacidade de reação social ao imaginário do sistema penal – na

dicção de Dal Lago¹ -, formatar (por importação ou de forma inovadora), para alguns setores do ordenamento jurídico, normas que não respondem à lógica do Direito, mas à da Guerra (mesmo que autorizada, em determinadas circunstâncias, pela autoridade reconhecida do Estado), terá provavelmente o efeito de contaminar muito rapidamente o sistema jurídico inteiro, o que pode implicar veloz e assustador reforço do poder público repressivo.

O ataque terrorista de 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos da América, assim como outros eventos antes e depois disto, tem contribuído muito à valoração de determinados crimes como atos de guerra, fortalecendo os discursos de ataque e defesa incisivos gerados por múltiplas e distintas causas de conflitos ideológicos e bélicos (fundamentalismos religiosos e conquistas de mercados petrolíferos, dentre outros).

Tais cenários tem estimulado vários governos a desenvolverem políticas públicas nacionais e internacionais de enfrentamento da guerra, assim como inéditos marcos legislativos para tanto, muitos deles desconsiderando direitos e garantias individuais, e por vezes violando-os sob o ponto de vista do devido processo e procedimento legais, e tudo isto sob o argumento de que transgredir aquelas garantias se justifica em face da excepcionalidade constituída por regimes de terror.

Aliás, o Estado de Guerra referido – ou Estado de Exceção, como quer Amgaben² -, cujos contornos demarcatórios sempre foram nebulosos (inclusive sob o plano normativo), jungidos à critérios de subjetividade dos governos e de suas forças de segurança, tem fornecido ótimas coberturas para o exercício de poderes para além das regras do jogo democrático, funcionando como precursor das distorções que se tem operado no Estado Democrático de Direito e nos Direitos e Garantias Fundamentais.

De qualquer sorte não há como desconsiderarmos os níveis de conflituosidades presentes na Sociedade de Riscos³ em que

1 DAL LAGO, Alessandro. *Non-Persone: l'esclusione dei migrante in una società globale*. Milano: Feltrinelli, 1999, em especial a partir da p.63, quando vai tratar do tema *La macchina della paura*. Dal Lago é sociólogo e professor junto à Facoltà di Scienze della Formazione dell'Università degli Studi di Genova.

2 AGAMBEN, Giorgio. *Stato di Eccezione*. Torino: Bollati Boringhieri, 2003.

3 Na perspectiva conceitual de BECK, Ulrich. *La sociedade del riesgo. Hacia una nueva modernidad*. Barcelona: Paidós, 1998.

vivemos, como os relacionados ao terrorismo, narcotráfico, crime organizado em geral, tráfico de pessoas e órgãos, delinquência sexual. Estes campos de (macro) criminalidade a sensibilidade social em face da ideia de insegurança pública – e as consequências disto no cotidiano da cidadania, principalmente o medo - tem aumentado significativamente, o que implica reflexos diretos na formatação e aplicação do Direito Penal e Processual Penal contemporâneos.⁴

Tudo isto, por sua vez, favorece a aparição de novos perigos supraindividuais no cotidiano dos cidadãos, que se diferenciam daqueles provocados pela ainda desconhecida natureza (mudanças climáticas como maremotos, furacões, vulcões, terremotos, etc.). Para além destes, que só aumentam em todo o globo, há outros novos que provêm de tensas relações sociais e institucionais pouco controláveis por deficitários sistemas normativos de segurança (cível, administrativo e penal) existentes, provocando riscos e danos em massa, alguns inclusive comprometendo as futuras gerações.

Diante de tais elementos é que surge, dentre outras inquietações teóricas e práticas, o problema da imputação de responsabilidade (social, política e jurídica) pelas causas e consequências indesejadas decorrentes daquelas situações, e mesmo diante da sensação de insegurança que perpassa a cidadania quando se depara com modalidades inusitadas de ilícitos violadores de Direitos e Garantias Fundamentais – direta ou indiretamente. Então, é legítimo que nos perguntemos qual Sistema Jurídico se adequa mais a esta Sociedade de Riscos? Seguramente um que tente ao menos reduzir a existência ou potencialidade nociva de suas ocorrências (protegendo à máxima potência direitos indi-

4 O Prof. Rogério Leal tem referido que, desde o final da década de 1980, alguns sociólogos e filósofos discutem sobre o tema das novas configurações de forças políticas e relações sociais marcadas por níveis de complexidades altamente diferenciados - como é o caso de Ulrich Beck, Anthony Giddens, Niklas Luhmann e Zygmunt Bauman, dentre outros, denominando estes fenômenos como ocorrendo na chamada Sociedade de Riscos. Ver o livro LEAL, Rogério Gesta. *A Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade*. Porto Alegre: FMP, 2017, acesso em <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>. Por outro lado, temos consciência de que, por vezes, o medo social decorre de percepções subjetivas exageradas em face das situações objetivas de perigo realmente existentes, sendo que para isto contribuem em muito os meios de comunicação de massa, que sugerem ao expectador que ele se encontra indefeso e abandonado totalmente pelo Estado, exposto às atrocidades causadas por uma criminalidade que pode não se encontrar nos níveis de crescimento divulgado.

viduais e sociais), já que evitá-los peremptoriamente se afigura impossível dada a complexidade de variáveis e fatores incontroláveis que constituem as relações interpessoais e interinstitucionais que operam no cotidiano.⁵

Nos sistemas jurídicos de nossas Sociedades de Riscos, é algo que também reconhecemos, a necessidade da intervenção penal do Estado tem se alterado ao longo do tempo, porque se modificaram os níveis de importância de determinados âmbitos da vida social em seu evoluir histórico, os quais reclamam proteção diferida e ampliada – inclusive penal – para a salvaguarda de bens tomados como indispensáveis (públicos incondicionados) para o desenvolvimento sustentável e responsável, prevenindo ameaças e perigos cada vez mais iminentes (concretos e abstratos) que podem causar danos irreversíveis não só a interesses individuais, mas fundamentalmente a interesses públicos, difusos e coletivos.⁶

No Brasil, pelos termos da Lei Federal nº10.826/2003, *portar arma de fogo indevidamente* tornou-se crime de perigo abstrato, o qual prescinde da demonstração do risco de dano, ou seja, o porte ilegal de arma de fogo é crime de mera conduta, bastando que o agente incida no tipo penal para que esteja configurado o delito (art.14), não sendo necessária a ocorrência de resultado naturalístico.

Antes desta norma crime não havia com tal configuração, e o porte e posse de armas contava com legislação menos coativa. E por que isto mudou? Simples, em face dos índices de aumento da criminalidade com o uso de armas de fogo; pelas altas taxas de lesões corporais e mortalidade provocadas pelo porte e posse de armas! Como o Estado legislador e policial não iria agir diante destes cenários de perigos e riscos progressivos? Por certo que

5 Lembra MATTÁ, Paulo Saragoça da. *O Direito Penal na Sociedade de Risco: análise tópica e novas tendências político-criminais*. In Revista Portuguesa da Ciência Criminal, ano 20, nº04, outubro/dezembro de 2010. Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p.515, que: *A volatilidade dos capitais, a mobilidade das indústrias, a transnacionalidade do crime, a perda da credibilidade das instituições, atacadas que são desde dentro pelos seus servidores, ou por terceiros que exploram as respectivas debilidades, dão-nos a todos uma sensação de insegurança, de receio, de instabilidade*.

6 Ver os textos de ZAPATERO, Luis Arroyo, et ali (coords.). *Crítica y justificación del Derecho Penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*. Cuenca: Universidad Castilla la Mancha, 2003; e MARTÍN, Luis Gracia. *Fundamentos de Dogmática Penal. Una introducción a la concepción finalista de la responsabilidad penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2006.

a criminalidade no ponto deve estar associada com políticas públicas de conscientização da Comunidade e mesmo de segurança preventiva no cotidiano das pessoas.

É em meio a tais inquietações que vem a lume o presente livro, fruto de pesquisas interinstitucionais tópicas levadas a cabo pelos autores, em constante interlocução internacional e nacional, a partir dos eventos organizados, das aulas compartilhadas, dos encontros de grupos de pesquisas realizados.

Esperamos que todos tenham uma boa leitura.

Dr. Rogerio Gesta Leal
Dr. Fabio Roque Sbardelotto
Dr. Rodrigo Ríos Álvarez
Organizadores



SUMÁRIO

CONTRABANDO, CONCURSO DE DELITOS Y TRATAMIENTO DE LAS GANANCIAS ILÍCITAS Rodrigo Ríos Álvarez	15
LGBTFOBIA NÃO É RACISMO, POR ENQUANTO: RISCOS E PERIGOS DAS TRANSMUTAÇÕES NORMATIVAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL Rogério Gesta Leal	63
O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO A PARTIR DA MATRIZ PRAGMÁTICO-SISTÊMICA E DA TEORIA DISCURSIVA DA ÉTICA NO PANORAMA DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS Fábio Roque Sbardellotto	93
REALIDAD MIGRATORIA Y DELINCUENCIA Matías Bravo Farcuh	147
O TERRORISMO EM PERSPECTIVA HISTÓRIA: EM BUSCA DE UM CONCEITO JURIDICAMENTE OPERACIONALIZÁVEL Bruno Heringer Júnior	177
LOS DELITOS EN RELACIÓN AL MOMENTO DE SU CONSUMACIÓN: PRECISIONES JURÍDICAS SOBRE EL DELITO CONTINUADO Oscar A. San Martín A.	199
DIREITO (FUNDAMENTAL) À SEGURANÇA? UMA APROXIMAÇÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS André Machado Maya Pietro Cardia Lorenzoni	239
ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO AUT DEDERE AUT IUDICARE EN CHILE Eduardo Picand	267

CONTRABANDO, CONCURSO DE DELITOS Y TRATAMIENTO DE LAS GANANCIAS ILÍCITAS

Rodrigo Ríos Álvarez¹

LUIS JIMÉNEZ
DE ASÚA
DEFENSAS
PENALES



TOMO I

¹ Profesor de Derecho Procesal Penal y Litigación Oral, Facultad de Derecho, Universidad Finis Terrae. Magíster en Derecho con Mención en Derecho Público y Abogado de la Universidad de Chile. Correo electrónico: rriosa@uft.edu

Resumen

En el presente trabajo se realiza un análisis de las relaciones concursales que existe entre el delito de contrabando, ya sea en su variante propia o impropia (fraudulento o clandestino), y diversos tipos penales, entre los que destacan, los delitos a la propiedad intelectual e industrial, delitos tributarios y el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, entre otros. Se intenta en este contexto, mostrar cuál ha sido el tratamiento que se le ha dado a ese tipo de concursos, y asumir una visión crítica en aquellos casos que se asocian al tratamiento de las ganancias que tienen su origen en actividades ilícitas.

Palabras clave: Contrabando. Concurso de delitos. Ganancias ilícitas.

Abstract

In this paper is analyzed the joinder of crimes, between smuggling, either on its variant own or improper (fraudulent or clandestine) and other crimes, among them offenses to intellectual and industrial property, tax crimes and illicit drugs trafficking, inter alia. It is intended in this context show what has been the treatment that has been given to this type of joinder of crimes, and take a critical view at those cases that are associated with the treatment of illicit profits.

KEYWORDS: Smuggling. Joinder of crimes. Illicit profits.

Introducción

En términos generales, el delito de contrabando puede encontrarse en relación de concurso con una serie de otras figuras penales que guardan estrecha relación con el *íter criminis* desplegado por el sujeto activo del delito aduanero referido. Dependerá esta vinculación en términos concretos de qué tipo de contrabando se trate, ya sea propio o impropio, por cuanto el objeto material del delito aduanero será determinante para establecer estas conexiones con otros tipos penales que a su vez tipifican hipótesis similares o derechamente idénticas a las sancionadas en la Ordenanza de Aduanas (en adelante OA). En ese contexto suelen resolverse –a nivel jurisprudencial- estas relaciones de concurso mediante la aplicación del artículo 74 (concurso real) o 75 del Código Penal (concurso ideal o medial), o bien mediante la aplicación de principios asociados a lo que en doctrina se denomina concurso aparente de leyes penales, a saber, principio de especialidad, de absorción, de consunción, etcétera.

Tal como señalábamos, el objeto material del delito de contrabando será fundamental para establecer este nexo con determinada figura penal tipificada ya sea en el Código Penal (en adelante CP) o bien en alguna otra ley especial. Si se está en presencia de mercancías cuya importación o exportación se encuentren prohibidas (contrabando propio), o bien se esté en presencia de mercancías de lícito comercio (contrabando impropio).

Nuestra doctrina ha destacado dentro de las relaciones concursales más relevantes aquellas que vinculan al delito de contrabando con los delitos de estafa, falsedad documental, fraude al fisco, delitos tributarios, delitos contra la propiedad intelectual o industrial, fraude de subvenciones y tráfico de drogas². Veamos a grandes rasgos qué se ha sostenido por nuestra doctrina y jurisprudencia en este aspecto, para luego presentar nuestra postura interpretativa en esta materia.

² Por todos, véase Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena (2010). Delitos Aduaneros, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 166 a 178.

Ahora bien, en base a lo que hemos señalado, en nuestra legislación actual en materia aduanera podemos claramente distinguir dos tipos de contrabando: propio e impropio. A continuación analizaremos cada uno de estos tipos de contrabando.

1 Contrabando propio

Este tipo de contrabando incumbe a la introducción al territorio nacional, o la salida de él, de mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentra prohibida, tal como lo dispone el inciso segundo del artículo 168 OA. También forma parte de los supuestos típicos de este tipo de contrabando la introducción de mercancías extranjeras –cuya importación estuviere prohibida- desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país³.

En primer lugar, debemos tener presente que la conducta típica abarca supuestos tanto de introducción como de salida de mercancías del territorio nacional⁴. Pero sin duda alguna que el aspecto central, y que le da el carácter de tal a este tipo penal, viene dado por el objeto material sobre el cual recae esta conducta. Aquí, en términos generales se ha entendido mayoritariamente que el objeto material correspondería a mercancías de carácter ilícito⁵. Debemos reparar que la norma hace alusión

³ Esta inclusión toma como base la referencia que se hace en el inciso cuarto del artículo 168 OA, el cual dispone que “incurre en el delito de contrabando el que introduzca mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, en alguna de las formas indicadas en los incisos precedentes”, y precisamente uno de los incisos precedentes (en este caso el inciso segundo) es el que regula el tipo penal de contrabando propio.

⁴ Teniendo presente el supuesto especial de introducción de mercancía extranjera prohibida en un territorio bajo régimen tributario especial.

⁵ Para nuestra doctrina este es quizás el punto más polémico de toda la regulación penal que contempla la OA, no existiendo mayores directrices dentro de dicha regulación que permitan determinar con certeza los alcances del concepto de “ilicitud”, por lo que debe recurrirse a las normas de carácter general para dotar de sentido la noción de “ilícito comercio”. En una línea distinta a lo anteriormente planteado, Rodríguez Collao y Ossandón Widow señalan que “el objeto material del delito de contrabando propio aparece identificado bajo la denominación genérica de *mercancía* (...) quedan incluidos todos los bienes corporales muebles, sin excepción alguna”, op cit. pp. 88 y 89. Luego, estos autores, al concluir su análisis del contrabando propio efectúan un juicio crítico a la “equiparación que efectúa la Ordenanza de Aduanas” de las “prohibiciones que tienen como fundamento razones tributarias o económicas, con aquellas que se basan en motivos completamente desprovistos de connotación patrimonial”, véase op. cit. p. 95, lo cual redundaría en un contrasentido al momento de determinar la pena asignada a este tipo de delitos (aquellos que no tengan

a "introducción o salida del territorio nacional de mercancías cuya importación o exportación, respectivamente, se encuentra prohibida". Los énfasis entonces deberán estar puestos en la expresión "prohibida" que utiliza el legislador en este tipo penal.

Adelantándonos en el análisis, el legislador al momento de definir lo que entiende por contrabando impropio utiliza la noción de "mercancías de lícito comercio". Creemos que esta diferenciación conceptual empleada por nuestro legislador no es baladí, toda vez que ha querido diferenciar los supuestos que caracterizan a cada una de estas formas de contrabando. Así, en el caso del contrabando propio al utilizar la expresión "prohibida", quiso apartarse de la calificación y adjetivación de las mercancías basadas en su licitud en el contexto comercial (conceptualización que como vimos si emplea tratándose del contrabando impropio). Luego, tal como hemos adelantado, el alcance que debe darse a este tipo penal debe estar en la interpretación del concepto "prohibido". Para ello si el legislador no utilizó la expresión de "ilicitud" para referirse a este tipo de mercancías, es porque no estaba en mente del legislador hacer alusión a este tipo de objetos, sino más bien hacer referencia a aquellas mercancías que tienen reconocido un tráfico legal dentro de nuestras fronteras, pero que por razones de mercado, de política económica u otras razones, el legislador ha estimado que su importación o exportación del país quede prohibida. Como sostiene García Cavero "el bien jurídico se concreta aquí en la expectativa normativa de prohibición o restricción de la circulación internacional de ciertas mercancías"⁶.

¿Qué ocurre entonces con aquellas mercancías que son consideradas ilícitas, como por ejemplo, los productos falsificados? ¿forman parte del tipo penal de contrabando propio? Tal como sostuvimos anteriormente, estimamos que este tipo de mercancías no forma parte de este tipo penal, ya que el objeto material únicamente dirá relación con mercancías de tráfico legal, cuya importación o exportación está prohibida por razones determinadas previamente por el propio legislador. Por ende jamás podrá

vinculación pecuniaria), ya que como establece el artículo 178 OA, la pena dependerá del valor que tengan asignadas las mercancías.

⁶ García Cavero, Percy, Derecho Penal Económico, Parte Especial, Tomo II, Grijley, Lima, 2007, p. 783.

entenderse que mercancías ilícitas puedan ser considerados parte integrante de este tipo penal, por no tener reconocido un tráfico legal dentro de nuestras fronteras. Esto viene a salvar la contradicción apuntada por nuestra doctrina, y constatable en la práctica jurisprudencial, en torno a la dificultad de determinar la pena aplicable a casos de contrabando propio en que la prohibición de importación o exportación no diga relación con especies valuables pecuniariamente. Recordando que la mayoría de los supuestos de hecho en que se ven asociadas cosas muebles que no tienen reconocido tráfico legal dentro del mercado están tipificadas de manera específica, tal como ocurre por ejemplo con las leyes que sancionan el tráfico de estupefacientes y sustancias sicotrópicas, y las que protegen la propiedad intelectual e industrial, entre otras.

Dentro de las mercancías cuya importación se encuentra prohibida, podemos citar a modo ejemplar los vehículos y motocicletas usadas (vulnerando la prohibición prevista en el artículo 21 de la Ley N° 18.483)⁷, y también puede destacarse la prohibición que existe en torno a la exportación de algunos animales, tal como establece el D.S. N° 354, de 1981, del Ministerio de Agricultura⁸. Por su parte, el Decreto N° 656, de 12 de septiembre del año 2000, del Ministerio de Salud⁹, prohíbe la producción, importación, dis-

⁷ Esta ley prohíbe como regla general la importación de vehículos usados a nuestro país. De aquí podemos obtener una claridad en torno a lo que hemos venido manifestando en relación al objeto material en el delito de contrabando propio. Nadie duda que dentro de nuestra fronteras la celebración de cualquier tipo de actos en relación a un vehículo usado es legal (mercancía que tiene reconocido un tráfico legal). Pero que por razones determinadas —en este caso tributarias— se ha estimado que su importación al país quede prohibida. Este razonamiento evidentemente no puede efectuarse si estamos en presencia de relojes, películas o ropa falsificados, o por ejemplo si se trata de una gran cantidad de cocaína que se intenta ingresar o sacar del país, toda vez que ninguna de ellas tiene reconocido un tráfico legal que permita finalmente establecer un valor a cada una de ellas para efectos de determinar su sanción. Y dado que revisten generalmente contenidos de injusto mayores que los asociados a los delitos aduaneros, es que el propio legislador ha sancionado estas conductas de manera específica, estableciendo penas considerablemente más altas que las establecidas para el contrabando, resolviéndose a la luz de la teoría de concurso la vinculación que pueda generarse entre estos tipos penales y la regulación penal contenida en la OA.

⁸ Este decreto modifica el reglamento de la ley de caza, decreto N° 4.844, de 1929, estableciendo que "es deber del Estado velar por la conservación, protección y acrecentamiento de sus recursos naturales renovables. Que los Países Miembros de la Convención sobre el Comercio Internacional de Especies Amenazadas de Fauna y Flora Silvestres deben tomar las medidas necesarias para evitar la extinción de especies hoy amenazadas, y para que otras que, sin estarlo actualmente, pudieren llegar a esa situación a futuro. Que los distintos félidos y zorros que habitan nuestro territorio han sido incluidos en los Apéndices de dicha Convención".

⁹ Publicado en el DO con fecha 13 de enero del año 2001, con vigencia a partir del 13 de junio de

tribución y uso de crocidolita (asbesto azul) y de cualquier material o producto que lo contenga. A su vez, la Ley N° 19.680, respecto de fuegos artificiales contempla la prohibición de su fabricación, importación, comercialización, distribución, venta, entrega a cualquier título y uso de fuegos artificiales, artículos pirotécnicos y otros artefactos de similar naturaleza, sus piezas o partes¹⁰.

De sostener la tesis contraria (que las cosas de ilícito comercio forman parte del objeto material de este tipo de contrabando), habría que llegar a una de estas dos conclusiones:

- El legislador cometió un error al igualar el tratamiento de este tipo de supuestos con aquellos constitutivos de contrabando impropio, y por ende se requeriría una reforma al respecto, conclusión a la cual alude gran parte de nuestra doctrina, o bien,
- Que dada esta regulación común (para ambos tipos de contrabando), debe de todas formas darse aplicación a la misma, y a la hora de sancionar conductas que digan relación con mercancías no avaluables pecuniariamente deberá dárseles un valor, pasando por alto las normas del mercado, basándose netamente en factores especulativos, atentando en contra de la legalidad (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*)¹¹ y proporcionalidad¹² que exige la interpretación penal, más allá de la solución de compromiso adoptada por la OA en su

artículo 172¹³. Corolario de ello, viene a ser la consecuencial aceptación del tratamiento a nivel de concurso de delitos que ha sido aplicado por nuestros tribunales a estos supuestos de hecho, siendo en la actualidad la aplicación del artículo 75 CP la solución más recurrente (concurso ideal), sin perjuicio de que pueden encontrarse fallos que dieron aplicación derechamente al artículo 74 CP (concurso real)¹⁴.

En síntesis: entendemos que el objeto material del delito de contrabando propio –siguiendo en este punto lo desarrollado por la doctrina peruana a propósito del delito de tráfico de mercancías prohibidas o restringidas- está constituido por aquellas mercancías que tienen reconocido un tráfico legal dentro de nuestro país, pero su exportación o importación se encuentra prohibida, ya sea por razones impositivas o bien por razones de índole sanitario o ambiental, entre otros motivos. Como consecuencia de lo anterior sostenemos que en ningún caso forman parte de este objeto material las mercancías de carácter ilícito. Con ello se puede perfectamente establecer de manera certera la sanción a aplicar en cada caso concreto, toda vez que el objeto material no estaría excluido de los parámetros del mercado para efectos de establecer su valor, evitando una serie de consecuencias y contradicciones tal como se ha venido entendiendo en la

2001. En este sentido, el artículo 1° prohíbe en el país la producción, importación, distribución, venta y uso de crocidolita (asbesto azul) y de cualquier material o producto que lo contenga. El artículo 2° prohíbe, asimismo, la producción, importación, distribución y venta de materiales de construcción, que contengan cualquier tipo de asbesto. Y el artículo 3° prohíbe la producción, importación, distribución, venta y uso de crisotilo, actinolita, amosita, antofilita, tremolita y cualquier otro tipo de asbesto, o mezcla de ellos, para cualquier cosa, elemento o producto que no constituya material de construcción, con las excepciones que se indican en el artículo 5°.

10 Véase SJG de Pozo Almonte, RUC N° 1301168363-5, RIT N° 2203-2013, de 9 de febrero de 2015, que da cuenta de la incautación y posterior comiso de bengalas de artificio, en infracción a lo dispuesto en la Ley N° 19.680.

11 ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Thomson Civitas, primera edición, Madrid, 1997, p. 141.

12 Proporcionalidad en un nivel de aplicación concreta de la pena. Como señala García Caveró, a propósito del principio de proporcionalidad, “los tipos penales no hacen una descripción de un hecho particular ni establecen una pena específica para el caso concreto, sino que esa labor se la dejan propiamente al juez penal”, GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal, Parte General, Jurista Editores, Segunda Edición, Lima, 2012, p. 185.

13 Cuando no pueda establecerse el valor de una mercancía la OA señala en el inciso final del artículo 172 que “se aplicará una multa de hasta 206 Unidades Tributarias Mensuales”. Interesante resulta el desarrollo jurisprudencial experimentado en Argentina, a propósito del valor que debe darse a las mercancías involucradas en el delito de contrabando en sede judicial. “Si bien por imposición legal cabe a la autoridad aduanera fijar el valor en plaza de la mercadería objeto de proceso [...], ello no significa que tal aforo no pueda ser revisado judicialmente. Determinado tipo de condiciones objetivas de punibilidad –aquellas que fijan un valor monetario para la configuración del tipo legal [...]– requieren en caso de contradicho la posibilidad de una amplia discusión. Estando en juego la libertad física y de trabajo, el honor y el patrimonio de las personas habrá siempre de preferirse aquella interpretación de la norma que tutele debidamente los derechos y garantías consagradas constitucionalmente”. MERCADER, Patricio y OVALLE, Fernando, El delito de contrabando en la jurisprudencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000, p. 122.

14 En un comienzo de la reforma procesal penal en la región metropolitana se pueden observar fallos en los cuales la solución al concurso de delitos que surge de conductas típicas sobre objetos materiales ilícitos era el concurso real del artículo 74 CP, véase SJG 7° de Santiago, causa RUC N° 0500343257-4, RIT N°1380-05, de 8 de agosto de 2006. En lo que es la tendencia actual, esto es, concurso ideal del artículo 75 CP, a modo de ejemplo podemos citar STJOP de Iquique, RUC N° 0610017199, RIT N° 122-2007, de fecha 11 de julio de 2007.

actualidad por parte de nuestra doctrina¹⁵ y por casi la unanimidad de nuestra jurisprudencia.

A nivel de *lege ferenda*, útil resultaría tomar una solución a nivel legislativo, similar a la adoptada en Perú, donde se ha excluido del ámbito típico del delito de contrabando a aquellas hipótesis vinculadas a lo que hoy conocemos en Chile por delito de contrabando propio, y generar un tipo penal autónomo que sancione aquellas hipótesis asociadas a mercancías prohibidas o restringidas, que tengan reconocido un tráfico formal dentro de nuestras fronteras, dejando de lado el valor de las mercancías como parámetro a la hora de establecer la pena en estas hipótesis, excluyendo expresamente de la regulación penal aduanera a aquellas mercancías de carácter ilícito.

2 Contrabando impropio

Quien introduzca al territorio nacional o extraiga de él mercancías de lícito comercio, defraudando con ello a la Hacienda Pública mediante la evasión del pago de impuestos o mediante la no presentación de dichas mercancías a las Aduanas respectivas. Y aquel que introduce mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, cometen el delito de contrabando impropio¹⁶.

Primera constatación que debemos realizar es el hecho de que se utilizan dos verbos rectores para la realización de este tipo penal, a saber, introducir y extraer mercaderías de lícito comercio del territorio nacional. Como señala Guzmán Dálbora, estamos en presencia de un tipo de “formulación mixta alternativo, dotado de dos acciones delictuosas equivalentes”¹⁷. La utilización de ambos verbos rectores implica marcar una diferencia de aquellas

conductas que constituyen actos de importación y exportación, respectivamente, por cuanto si atendemos a las definiciones que nos entrega la propia OA en su artículo 2º, por importación debemos entender “la introducción legal de mercancía extranjera para su uso o consumo en el país”, y por exportación “la salida legal de mercancías nacionales o nacionalizadas para su uso o consumo en el exterior”, donde el énfasis en ambas acciones está dada por la legalidad que rodea a dichas conductas de introducción y salida de mercancías, por lo que al estar en presencia de un supuesto típico de contrabando impropio hace improcedente la calificación de tal conducta ya sea como de importación o bien como exportación de mercancías, por faltar la legalidad requerida en ambos procesos¹⁸.

En lo que dice relación con el objeto material de este delito, hay que recordar que, si bien el legislador utiliza el concepto de “mercancías”, ello no implica que debamos estar en presencia de dos o más unidades de ellas para que se configure este tipo penal. Luego, en este tipo de contrabando el legislador emplea la noción de lícito comercio para hacer referencia a este tipo de mercancías (recordemos que al referirse al contrabando propio el legislador utilizó el término “prohibidas”). En este escenario no se plantean las dificultades que la doctrina ha destacado de la regulación que se da para el delito de contrabando propio, principalmente por el hecho de que en estas hipótesis se está en presencia de objetos materiales que forman parte del comercio lícito, y su valor puede ser determinado de manera objetiva de acuerdo a los parámetros del mercado formal, lo cual, como vimos, se torna imposible tratándose de mercancías que no revisitan carácter pecuniario, o que derechamente estén fuera de los parámetros del comercio formal (por ejemplo, cuando estamos en presencia de falsificaciones de productos originales).

Este tipo de contrabando, como delito de resultado, requiere para su consumación un efectivo perjuicio patrimonial a la

15 En este punto importante resulta destacar la opinión del profesor Etcheberry, cuando analiza la regulación pretérita de la OA, con la tipificación del delito de fraude aduanero y contrabando, señala que “el fraude aduanero sólo puede cometerse en relación con las mercaderías cuya internación está permitida, y respecto de las cuales las leyes establecen el pago de un derecho; el contrabando puede referirse tanto a esas mercaderías como a aquellas cuya internación o exportación está prohibida, caso en el cual no se eluden derechos, sino la vigilancia (potestad) de la Aduana”, ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho penal. Parte especial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998, p. 445.

16 De acuerdo a lo establecido en el tercero del artículo 168 OA.

17 GUZMÁN DÁLBORA, José Luis, “Contrabando y fraude aduanero”, Edeval, Valparaíso, 1998, p. 40.

18 “Por modo que la introducción a Chile o la salida del país de mercancías, escamoteando los tributos que las gravan, o sea, ilegalmente, nunca podrían calificarse como actos de importación o exportación. En una palabra, los núcleos típicos denotan, en sentido físicoespacial, las actividades de introducir en el país géneros o artículos extranjeros y de trasladar géneros o artículos nacionales desde el país y al extranjero, de acuerdo con la acepción gramatical de estos términos”. *Ibíd.* pp. 40 y 41.

Hacienda Pública, coincidiendo en este punto con los profesores Rodríguez y Ossandón, en el sentido de que al emplear por parte del legislador la fórmula de “defraudar a la Hacienda Pública”, se está haciendo mención a una unidad patrimonial y no al ente que gestiona o representa a dicha unidad, por lo que esta conducta sólo puede ser entendida en la medida que su resultado sea perjudicial a los intereses patrimoniales del Estado¹⁹. Lo anterior en nada afecta la comprensión que pueda tenerse en torno al bien jurídico protegido en este tipo de delitos, tal como se verá más adelante, ya que una de las condiciones que sustentan al objeto de tutela en los delitos aduaneros está dada por la “posibilidad del Estado de generarse ingresos mediante el establecimiento de tributos u otros derechos por la importación de bienes”²⁰.

En lo que respecta a las exportaciones (en atención a la conducta de “extraer del territorio de la República” dentro de este tipo de contrabando) cabe destacar el hecho de que no se encuentran sujetas al pago de tributos aduaneros, “de manera que este delito sólo podría darse en la medida que el exportador defraudara a la Hacienda Pública a través de la obtención de otra clase de beneficio, cuya percepción indebida no estuviera expresamente sancionada”²¹.

Ahora bien, a diferencia de lo que ocurre con el contrabando propio, este tipo de delito aduanero puede revestir dos modalidades, y que doctrinariamente han sido denominadas: fraudulenta o clandestina.

3 Contrabando impropio fraudulento

La hipótesis fraudulenta de contrabando se encuentra prevista en el inciso tercero del artículo 168 OA. Dispone dicha

norma que comete también el delito de contrabando “el que, al introducir al territorio de la República, o al extraer de él, mercancías de lícito comercio, defraude la Hacienda Pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle”.

Tal como sostuvimos, el contrabando en su variante impropia está referido en cuanto objeto material a mercancías de lícito comercio, exigiendo el tipo penal una afectación a la Hacienda Pública, la cual se configura por el no pago de los tributos que correspondan en el caso concreto. La conducta se materializa por el “empleo de medios fraudulentos, materiales o ideológicos, que buscan en definitiva eludir el pago de tributos o bien conseguir preferencias o regalías que no serían procedentes de no haber mediado el engaño. De modo más específico, algunos medios empleados en este tipo de contrabando consisten en la falsificación material o ideológica de las facturas comerciales que sustentan la base imponible para efectos aduaneros; la falsificación ideológica de conocimientos de embarques para reducir el valor de flete; la descripción falsa de mercancías con el objeto de disminuir su calidad, cantidad y valor; la falsificación material e ideológica de certificados de origen, entre otros. En términos prácticos, en este tipo de contrabando, las mercancías son efectivamente presentadas ante la aduana, no se niega la existencia de las mismas, sino que existe un engaño ideado por el dueño o consignatario de las mercancías que busca producir un error en la entidad pública para eludir o reducir el cobro de impuestos asociados a la importación o bien destinados a obtener algún tipo de beneficio que no sea procedente cuando se trate de exportación de dicha mercancía del territorio nacional, tal como vimos en el punto anterior. Lo anterior debe ser aplicado también a los supuestos de introducción de mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país”²².

En derecho comparado esta hipótesis ha sido tratada en algunos casos al margen del delito de contrabando, por ejemplo, en la legislación peruana, este supuesto típico constituye el delito de “defraudación de rentas de aduanas”, sancionándose

19 Rodríguez y Ossandón, op. cit., pp. 96 y 97.

20 García Caverro, op. cit., p. 732.

21 Rodríguez y Ossandón, op. cit., p. 97. Dentro de conductas asociadas a la exportación de mercancías, y que se encuentran expresamente sancionadas, se pueden destacar las hipótesis contenidas en la Ley N° 18.634, que “establece sistema de pago diferido de derechos de aduana, crédito fiscal y otros beneficios de carácter tributario”, así como también la Ley N° 18.480, que “establece sistema de reintegro de gravámenes que incidan en costo de insumos de exportaciones menores no tradicionales”. Para mayor detalle respecto de los tipos penales contenidos en ambas leyes, véase ibíd. pp. 221 y ss.

22 González Holmes, Rodrigo y Ríos Álvarez, Rodrigo, Manual de Derecho Aduanero, Thomson Reuters, Santiago, 2014, p. 275.

a quien “mediante trámite aduanero, valiéndose de engaño, ardid, astucia u otra forma fraudulenta deja de pagar en todo o en parte los tributos u otro gravamen o los derechos antidumping o compensatorios que gravan la importación, o aproveche ilícitamente una franquicia o beneficio tributario”²³. En la legislación argentina, podemos constatar que se sancionan conductas de esta índole en los artículos 863 y 864 del Código Aduanero, sancionando el primero “cualquier acto u omisión, impidiere o dificultare, mediante ardid u engaño, el adecuado ejercicio de las funciones que las leyes acuerdan al servicio aduanero para el control sobre las importaciones y las exportaciones”, mientras la segunda norma, en su letra b), sanciona a quien “realizare cualquier acción u omisión que impidiere o dificultare el control del servicio aduanero con el propósito de someter a la mercadería a un tratamiento aduanero o fiscal distinto al que correspondiere, a los fines de su importación o de su exportación; Por su parte, la letra c), castiga como autor de contrabando a quien “presentare ante el servicio aduanero una autorización especial, una licencia arancelaria o una certificación expedida contraviniendo las disposiciones legales específicas que regularen su otorgamiento, destinada a obtener respecto de mercadería que se importare o se exportare, un tratamiento aduanero o fiscal más favorable al que correspondiere; y la letra e), a aquel que “simulare ante el servicio aduanero, total o parcialmente, una operación o una destinación aduaneras de importación o de exportación, con la finalidad de obtener un beneficio económico”. Finalmente, dentro de las hipótesis de contrabando calificado, la legislación aduanera argentina, tipifica como contrabando, en el artículo 865 letra f) del Código Aduanero, a aquellas conductas que “se cometiere mediante la presentación ante el servicio aduanero de documentos adulterados o falsos, necesarios para cumplimentar la operación aduanera”.

En este sentido, en la llamada modalidad fraudulenta de contrabando impropio, a diferencia de lo que realizan las legislaciones peruana (artículo 4° de la Ley N° 28.008)²⁴ y argentina

(en el artículo 863 y 865 letra f) del Código Aduanero), la OA en su artículo 168 no exige de manera expresa la existencia de un ardid o un engaño, sino que el énfasis viene dado por la defraudación a la Hacienda Pública, mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponderle. Así, la voz defraudación está referida a la conducta destinada a eludir o burlar el pago de los impuestos o contribuciones, tal como se desprende de la tercera acepción que le entrega a la misma el Diccionario de la Lengua Española, e incluso complementado, por su primera acepción, en orden a “privar a alguien, con abuso de su confianza o con infidelidad a las obligaciones propias, de lo que le toca con derecho”. Con ello, entendemos que la regulación de la OA en esta materia es omnicomprendiva de conductas que no necesariamente deban estar revestidas de algún ardid o engaño, sino que es perfectamente posible realizar este tipo de contrabando impropio a través de conductas asociadas a un “conocer y querer que la autoridad aduanera ejerza inadecuadamente el control a su cargo, aunque sea a título de dolo eventual, desplegando una conducta que logre como mínimo objetivo dificultar el ejercicio de esa función de control”²⁵.

Volviendo a la regulación contenida en nuestra OA, como ejemplo de este tipo de contrabando, a nivel jurisprudencial se pueden encontrar casos que dicen relación con la presentación de mercancías a la autoridad aduanera, declarando (de manera incompleta) el contenido de la carga que se transporta, y al realizarse sólo control a nivel documental se logra cumplir con esta

engaño, ardid, astucia u otra forma fraudulenta deja de pagar en todo o en parte los tributos u otro gravamen o los derechos antidumping o compensatorios que gravan la importación, o aproveche ilícitamente una franquicia o beneficio tributario”, diferenciándolo de las conductas constitutivas de contrabando, el cual se encuentra previsto y sancionado en el artículo 1° de la Ley de los Delitos Aduaneros, norma que dispone lo siguiente: “El que se sustrae, elude o burla el control aduanero ingresando mercancías del extranjero o las extrae del territorio nacional o no las presenta para su verificación o reconocimiento físico en las dependencias de la Administración Aduanera o en los lugares habilitados para tal efecto [...] La ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la Aduana, dentro de los recintos o lugares habilitados, equivale a la no presentación”. Para un mayor análisis sobre este tipo penal, véase, García Cavero, op. cit., pp. 753 y ss.; Gallardo Miraval, Juvenal, Los Delitos Aduaneros. Fundamentos de Comercio Internacional. Editorial Rodhas, Lima, 2008., pp. 307 y ss.; Cosío Jara, Fernando, Manual de Derecho Aduanero. Doctrina, jurisprudencia y normatividad aduanera, Editorial Rodhas, Lima, 2002., pp. 417 y ss.

23 García Cavero, op. cit., p. 754.

24 En la legislación peruana, estas hipótesis son denominadas como delito de “Defraudación de Rentas de Aduana”, castigando dicho artículo 4° a “quien mediante trámite aduanero, valiéndose de

25 Vidal Albarracín, Héctor, Delitos Aduaneros, Mario A. Viera Editor, 2ª edición, Corrientes, Argentina, 2006, p. 174.

exigencia de revisión, burlando en todo aquello que no ha sido declarado, los derechos e impuestos que debieron ser pagados, en caso de haber realizado íntegramente este deber de información. Estas conductas son generalmente detectadas, una vez que se realiza una segunda revisión, que involucre el registro físico de las mercancías, cotejándolo con la Declaración de Ingreso (DIN) y en el manifiesto respectivo, dejando en evidencia la realización del delito de contrabando impropio fraudulento²⁶.

4 Contrabando impropio clandestino

Quien introduzca al territorio nacional o extraiga de él mercancías de lícito comercio, defraudando con ello a la Hacienda Pública [...] mediante la no presentación de dichas mercancías a las Aduanas respectivas, realizará el tipo penal de contrabando impropio, denominado generalmente como "clandestino"²⁷. "Al igual que el contrabando impropio fraudulento, este tipo de conducta está referida únicamente a acciones vinculadas con mercancías lícitas, esto es, insertas dentro del comercio formal. El matiz diferenciador lo determina el hecho de que en esta hipótesis las mercancías no son presentadas ante la autoridad aduanera al momento de ingresar o salir del territorio nacional, para los efectos de efectuar los trámites respectivos de importación o exportación, con las consecuentes determinaciones vinculadas al pago de tributos, derechos, tasas, etcétera, como sí lo era en la variante fraudulenta"²⁸.

En nuestra opinión, de acuerdo al propio tenor del inciso tercero del artículo 168 OA, esta forma de contrabando en ningún caso está asociada de manera exclusiva a modalidades de clandestinidad, como las únicas posibles de realizar esta conducta típica. El tipo penal en comento exige solamente la no presentación de las mercancías a las Aduanas respectivas, no empleando el legislador el adjetivo clandestino²⁹, como lo hace y entiende

parte de nuestra doctrina³⁰ y la generalidad de nuestra práctica judicial.

En este sentido, el vocablo clandestino denota una intencionalidad manifiesta de burlar la ley. El Diccionario de la Lengua Española señala que es clandestino "lo que se hace secretamente por temor a la ley o para eludirla"³¹, en otras palabras, la adjetivización del contrabando impropio como clandestino lo hace asimilable a una conducta realizada con dolo directo, a través de acciones que busquen deliberadamente ocultar las mercancías del control aduanero respectivo, lo cual sin duda excede los márgenes del propio tenor literal de la norma ("la no presentación").

Lo anterior no quiere decir que conductas realizadas con dolo directo no puedan subsumirse en este tipo de contrabando impropio, sino por el contrario, que lo que intentemos demostrar, es que el tenor de la norma en comento es más amplio de lo que se ha pretendido a la hora de interpretar la misma, analogando la no presentación con una conducta clandestina. Entendemos en ese orden de ideas, que esta hipótesis de contrabando impropio, subsume perfectamente ambas posibilidades de conductas, tanto la mera no presentación, así como aquellas realizadas mediante una acción clandestina (donde implícitamente se asume una no presentación como parte de la misma).

Tal como venimos señalando, la OA señala que este tipo de contrabando se realiza en la medida que las mercancías no sean presentadas a la Aduana respectiva³², pudiendo realizarse este delito mediante dolo eventual, y no sólo a través de dolo directo, como se ha sostenido³³. Esto es perfectamente plausible a través de un no hacer por parte del autor, cuando la no presentación no está revestida de maniobras destinadas a crear deliberadamente

26 Véase SJG de Iquique, en procedimiento abreviado, RUC N° 1310025098-K, RIT N° 10902-2013, de 5 de enero de 2015.

27 Véase RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit., p. 96; GUZMÁN DÁLBORA, op. cit., p. 40.

28 GONZÁLEZ y RÍOS, op. cit., p. 276

29 Existen ejemplos en nuestro ordenamiento jurídico cuando el legislador ha querido tipificar con-

ductas clandestinas, así lo ha hecho a propósito del delito de comercio clandestino, previsto en el artículo 97 N° 9 CT, el cual se encuentra íntimamente asociado con los delitos aduaneros, tal como veremos más adelante. Para un análisis detallado de este tipo penal véase ORTIZ CHAMORRO, Pablo y RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo "Ganancias ilícitas. Una revisión crítica a su tratamiento legal en Chile", Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2011, pp. 41 y ss.

30 Vid. ETCHEBERRY, Alfredo, op. cit., p. 446.

31 Primera acepción de la definición obtenida de la vigésima segunda versión del Diccionario de la Lengua Española, disponible en www.rae.es.

32 El Diccionario de la Lengua Española, en su vigésima segunda edición, define el verbo presentar, en su primera acepción, como "hacer manifestación de algo, poner en presencia de alguien".

33 Véase en este sentido, RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit., p. 100.

la falta de ostensibilidad, con una intencionalidad dirigida a burlar la ley³⁴. Volveremos sobre este aspecto subjetivo más adelante³⁵.

Esta afectación a la Hacienda Pública, al igual que la modalidad fraudulenta del contrabando impropio, conlleva la exigencia de este resultado para efectos de sancionar alguna conducta que pueda ser subsumida en este tipo penal. En ese contexto, de no acreditarse el perjuicio a la Hacienda Pública la conducta no podría ser punible a título de contrabando, "el acto será típico, mas no antijurídico"³⁶, y en términos procesales implicaría la absolucón en caso de estar judicializada la investigación correspondiente.

En definitiva, lo que exige el tipo penal en comento es derechamente la no presentación de las mercaderías que están siendo internadas o bien extraídas hacia o desde el territorio nacional, respectivamente, o bien haciendo pasar mercancías extranjeras desde un territorio de régimen tributario especial a otro de mayores gravámenes, o al resto del país, obviando el control de las autoridades aduaneras, defraudando con ello al erario nacional, sin haber pagado los impuestos aduaneros que correspondan³⁷,

34 En términos prácticos las modalidades empleadas en este tipo de acciones suelen ser el ingreso o salida de mercancías por lugares distintos a los habilitados en los cuales tiene competencia el SNA, utilizando compartimentos especialmente habilitados en vehículos que permiten el ocultamiento de las mercancías, o bien dotando dichos móviles de doble fondo, ya sea en sus maleteros, guanteras, pick-ups, bajo el tapiz de los asientos de un vehículo, en el interior de las llantas de repuesto, entre otros. También es habitual el desvío de mercancías en tránsito, o por medio de la declaración falsa respecto de la ubicación del almacén particular en donde se encontrarían temporalmente, entre otras. El utilizar un medio de transporte acondicionado o modificado en su estructura con la finalidad de transportar mercancías de procedencia ilegal, en legislación comparada es considerada una circunstancia que agrava la responsabilidad penal, como es el caso peruano, en la letra d) del artículo 10 de la Ley de Delitos Aduaneros N° 28.008. Vid. García Caveró, op. cit., pp 792 y ss.

35 Sobre este aspecto, a propósito de la regulación contenida en la legislación peruana, podemos destacar lo que señala la doctrina en torno a que "la no-presentación de las mercancías es la omisión de la obligación de presentar o exhibirlas al personal aduanero designado para proceder a su verificación o reconocimiento físico, no obstante haber ingresado a zona primaria, es decir, en zona habilitada para que se efectúe el despacho aduanero de las mercancías. Tal es el caso de los viajeros que internan subrepticamente mercancías sin declararlas a la Aduana [...]", GALLARDO MIRAVAL, op. cit., p. 283. A su vez, García Caveró, señala que "[...] esta forma de realización de la conducta típica del contrabando se presenta cuando se pasa por el control de la Aduana correspondiente, pero sin presentar las mercancías para su reconocimiento físico, es decir, sin declarar su ingreso o salida del territorio aduanero", GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 735. A ello hay que agregar, que el artículo 1° de la Ley de los Delitos Aduaneros, en su inciso final dispone que "la ocultación o sustracción de mercancías a la acción de verificación o reconocimiento físico de la Aduana, dentro de los recintos o lugares habilitados, equivale a la no presentación".

36 Guzmán Dálbora, op. cit., p. 43.

37 Como ejemplo de esta hipótesis de contrabando impropio clandestino, podemos citar la SJG de Osorno, RUC N° 1310032178-K, RIT N° 4782-2013, de 4 de octubre de 2013, que en los hechos sancionados, estableció que: "los funcionarios del Servicio de Aduanas se percataron que el camión

podría concretarse dicha no presentación, ya sea mediante acciones de clandestinidad o bien a través de conductas constitutivas de un mero no presentar, siendo idóneas ambas a efectos de realizar esta modalidad de contrabando impropio.

5 Contrabando y delito de estafa

En relación con el delito de estafa debemos hacer la referencia a la regulación residual de estafa contemplada en el artículo 473 CP, en la cual se sanciona a "el que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño".³⁸ En nuestra doctrina Rodríguez Collao y Ossandón Widow, sostienen que "es posible afirmar que el delito de contrabando impropio constituye una especie de estafa"³⁹. En este punto, coincidimos con los autores citados por cuanto el vínculo del delito de estafa con el delito de contrabando debemos entenderlo referido a la variante impropia de esta figura delictiva, esto es, a aquella que hace referencia al ingreso o salida de mercaderías de origen lícito del territorio nacional, y que a través de engaño o a través de la clandestinidad se defraude a la Hacienda Pública mediante la evasión del pago de los tributos que pudieren corresponder. Recordemos que esta variante de contrabando puede plasmarse en términos prácticos en la falsificación material o ideológica de documentos que sustentan la base imponible para efectos aduaneros, conocimientos de embarques, de certificados de origen, entre otro tipo de conductas tendientes a lograr la finalidad arriba seña-

presentaba signos de intervención de la carrocería, rampla, puertas, puertas, remaches y la pintura. Al revisar el camión, sorprendieron al querellado transportando mercancía que no había sido declarada a la Autoridad Aduanera, encontrándose además, en ese momento los sellos intactos de Aduana establecidos desde Punta Arenas. En efecto bajo los sacos de turba, llevaba escondido y no declarados, la cantidad de 1070 cajas con 35.500 cartones de cigarrillos de distintas marcas, estas mercancías el imputado las introdujo al territorio de la Republica, defraudando la Hacienda Pública, evadiendo el pago del tributo, que en derechos e impuestos correspondientes por dichas mercancías al esconderlas y no declararlas". En el mismo sentido, SJG de Osorno, RUC N° 1410021091-7, RIT N° 2967-2014, de 11 de marzo de 2015, dictada en el contexto de un procedimiento abreviado (confirmada por la Segunda Sala de la ICA de Valdivia, en Rol N° 198-2015, de fecha 15 de abril de 2015).

38 El artículo 473 CP dispone íntegramente lo siguiente: "El que defraudare o perjudicare a otro usando de cualquier engaño que no se halle expresado en los artículos anteriores de este párrafo, será castigado con presidio o relegación menores en sus grados mínimos y multas de once a veinte unidades tributarias mensuales".

39 Rodríguez y Ossandón, op cit., p. 166.

lada, o bien mediante la no presentación de las mercaderías al control aduanero, ocultando las mismas mediante el empleo de mecanismos tendientes a evitar la ostensibilidad del paso de tales mercaderías.

Debemos tener presente entonces que en cuanto a la “puesta en escena” requerida por la estafa, ésta la podemos encontrar únicamente en las hipótesis de contrabando impropio fraudulento o clandestino, y en este último caso con las salvedad ya destacada en torno a la diferencia entre la mera no presentación y el despliegue de una conducta tendiente a ocultar las mercancías objeto de control aduanero. Respecto de las hipótesis de contrabando propio no existe un vínculo que las asocie con el delito de estafa, por cuanto sus descripciones típicas se desmarcan del aspecto defraudatorio asociado al ardid típico, sancionando únicamente el ingreso o salida de mercaderías cuya importación o exportación se encuentren prohibidas. Entonces la relación concursal entre el delito de estafa y el delito de contrabando impropio estaría circunscrita a casos en que mediante la relación del segundo de estos delitos se efectúe también un engaño a los funcionarios aduaneros. En ese contexto tal hipótesis concursal debería enmarcarse en los márgenes de un concurso aparente de leyes, que debería resolverse por aplicación del principio de especialidad a favor de la regulación contenida en la OA, desplazándose con ello el tipo penal de estafa, dado que en la hipótesis señalada ambos delitos, estafa y contrabando impropio, protegen intereses patrimoniales estatales, en el primer caso de manera general, en el segundo de una manera específica.⁴⁰

40 Tal como señala García Caveró “la afirmación de un concurso de leyes en lugar de un concurso de delitos se sustenta en el hecho de que el delito de defraudación de rentas de aduanas protege igualmente los intereses patrimoniales del Estado, siendo esta protección sencillamente especial frente a la protección general del patrimonio que suministra el delito de estafa”. GARCÍA CAVERO, op. cit., p. 762.

6 Contrabando y falsedad documental

En lo que dice relación con el empleo de documentos falsos en el contexto de la operación aduanera, la OA contempla en el artículo 181 en sus letras a) y b) hipótesis de contrabando impropio. La OA habla en primer término de presunciones, pero en estricto rigor se está en presencia de conductas que satisfacen completamente los requisitos típicos del contrabando impropio, y en segundo lugar, hace referencia a que dichas presunciones lo son en relación al delito de fraude, lo cual debe entenderse derogado tácitamente desde que se eliminó toda referencia al delito de fraude aduanero en la OA a través de la Ley N° 19.738, entendiéndose desde entonces que todas las referencias hechas a ese tipo penal deben entenderse reconducidas al tipo penal de contrabando en la medida que éstas puedan ser subsumidas en aquella. Las letras a) y b) del artículo 181 OA en comento disponen que: “Se presumen responsables del delito de fraude las personas que cometan o intervengan en los siguientes actos:

- Importar o exportar, o tratar de importar o exportar mercancías después que el dueño, consignatario o agente haya extendido presentaciones o declaraciones falsas referentes a dichas mercancías o relacionadas con su importación o exportación.
- Intentar la importación o exportación, o importar o exportar mercancías después de haber redactado o entregado facturas, cartas u otros documentos falsos concernientes a dichas mercancías y que sirvan para conseguir la entrega de ellas o para obtener con ellos otras especies por medio de manejos, procedimientos, omisiones y actos que despojan al Fisco de sus derechos sobre las mercancías”.

En este escenario, puede darse una vinculación con la regulación general que establece el CP en sus artículos 193 y siguientes, a propósito de la falsificación y uso de instrumentos públicos (ar-

títulos 193⁴¹, 194⁴² y 196⁴³), y también respecto de la falsificación y uso de instrumentos privados (artículos 197⁴⁴ y 198⁴⁵). Aquí la diferenciación vendrá dada dependiendo del tipo de documento falsificado, por cuanto al tratarse de una falsificación de un documento privado, se requerirá el perjuicio de un tercero, requisito no exigible respecto de la falsificación de instrumento público. En el primer caso entonces, la discusión debe reconducirse al tratamiento que se le da a la estafa (concurso aparente de leyes, resuelto por principio de especialidad), por cuanto la falsificación en ese contexto no sería más que “el medio para llevar a cabo el engaño”⁴⁶. Con todo, tratándose de un instrumento de carácter público, donde el sujeto activo es un particular, al no requerirse perjuicio como elemento del tipo, la vinculación que pueda surgir entre el delito de contrabando impropio y la regulación contenida en el CP deberá ser resuelta mediante aplicación de los artículos 74 CP (concurso real o material) o bien mediante lo dispuesto en la segunda parte del artículo 75 CP (concurso medial), en las hipótesis en que el uso del instrumento público falso sea efectuado con la finalidad de eludir el control aduanero respectivo, defraudando con ello la Hacienda Pública.

41 El artículo 193 CP dispone que: “Será castigado con presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo el empleado público que, abusando de su oficio, cometiere falsedad: 1° Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbrica. 2° Suponiendo en un acto la intervención de personas que no la han tenido. 3° Atribuyendo a los que han intervenido en él declaraciones o manifestaciones diferentes de las que hubieren hecho. 4° Faltando a la verdad en la narración de hechos sustanciales. 5° Alterando las fechas verdaderas. 6° Haciendo en documento verdadero cualquiera alteración o intercalación que varíe su sentido. 7° Dando copia en forma fehaciente de un documento supuesto, o manifestando en ella cosa contraria o diferente de la que contenga el verdadero original. 8° Ocultando en perjuicio del Estado o de un particular cualquier documento oficial”.

42 El artículo 194 CP, por su parte sanciona al “particular que cometiere en documento público o auténtico alguna de las falsedades designadas en el artículo anterior, sufrirá la pena de presidio menor en sus grados medio a máximo”.

43 El artículo 196 CP señala que: “El que maliciosamente hiciere uso del instrumento o parte falso, será castigado como si fuere autor de la falsedad”.

44 A su vez el artículo 197 CP tipifica lo siguiente: “El que, con perjuicio de tercero, cometiere en instrumento privado alguna de las falsedades designadas en el artículo 193, sufrirá las penas de presidio menor en cualquiera de sus grados y multa de once a quince unidades tributarias mensuales, o sólo la primera de ellas según las circunstancias. Si tales falsedades se hubieren cometido en las letras de cambio u otra clase de documentos mercantiles, se castigará a los culpables con presidio menor en su grado máximo y multa de dieciséis a veinte unidades tributarias mensuales, o sólo con la primera de estas penas atendidas las circunstancias”.

45 El artículo 198 CP castiga al “que maliciosamente hiciere uso de los instrumentos falsos a que se refiere el artículo anterior”, castigándolo “como si fuera autor de la falsedad”.

46 Rodríguez y Ossandón, op. cit., p. 170.

7 Contrabando y fraude al Fisco

El artículo 239 CP, sanciona al “empleado público que en las operaciones en que interviniere por razón de su cargo, defraudare o consintiere que se defraude al Estado, a las municipalidades o a los establecimientos públicos de instrucción o de beneficencia, sea originándoles pérdida o privándoles de un lucro legítimo”, estableciendo una pena de presidio menor en sus grados medio a máximo, inhabilitación especial perpetua para el cargo u oficio y multa del diez al cincuenta por ciento del perjuicio causado, para aquel funcionario público que realice este tipo de conductas.

Por su parte, el inciso 4° del artículo 178 OA, dispone, a propósito de la regulación y sanción del delito de contrabando, será “sin perjuicio de la responsabilidad que pueda haber a los funcionarios aduaneros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 del Código Penal y de la que corresponda a otros que hayan tenido participación con ellos”.

Este es el contexto en el cual se produce entonces la vinculación del tipo penal de fraude al Fisco con el delito de contrabando, en la medida que en la realización del segundo intervenga un funcionario público, ya sea un funcionario del SNA, o de cualquier otro organismo estatal que intervenga en el proceso de control aduanero al cual deba sujetarse la mercadería cuya salida o ingreso del país se pretenda. Por ello las hipótesis de contrabando impropio serán las que se presenten en relación de concurso con este delito de fraude al Fisco, en la medida en que el funcionario respectivo actúe coludido con el sujeto activo de dicho contrabando, defraudando o permitiendo que se defraude al fisco, ocasionándole un perjuicio por tal conducta. Así, tenemos entonces que es respecto del funcionario público, como autor de ambos delitos –o bien como autor del delito funcionario y con participación criminal distinta a la autoría en el tipo de contrabando- en relación a quien se debe resolver la forma en que se sancionará al mismo. En este supuesto entonces se plantea una relación concursal entre los delitos de contrabando impropio (delito común) y fraude al Fisco (delito especial impropio).

Del tenor literal del artículo 178 OA, el cual utiliza la expresión “sin perjuicio de la responsabilidad que pueda haber a los

funcionarios aduaneros, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 239 CP”, por lo que al asirse únicamente de este elemento interpretativo podríamos llegar a la conclusión de una acumulación de penas respecto del funcionario público que participe en el delito de contrabando y su responsabilidad como autor del delito de fraude al Fisco, en base a lo dispuesto en el artículo 74 CP, esto es, concurso real o material de delitos. Pero, creemos, compartiendo lo sostenido por Rodríguez Collao y Ossandón Widow, que el respeto por el principio del *ne bis in ídem* sugiere que la solución adecuada a esta relación concursal (cuando un sólo hecho constituya dos o más delitos) debe venir dada por el artículo 75 CP, esto es, concurso ideal de delitos⁴⁷, debiendo sancionarse con la pena mayor asignada al delito más grave, que en este caso concreto corresponde a la pena asignada al delito de fraude al Fisco⁴⁸. Ratifica esta conclusión el hecho de que estamos en presencia de una sola conducta que lesiona dos bienes jurídicos distintos, a saber, la Hacienda Pública y el correcto desempeño de la función pública, en el delito de contrabando impropio y fraude al Fisco⁴⁹, respectivamente, descartándose así la solución en base al concurso real de delitos, por cuanto de optar por dicha alternativa “el perjuicio al Fisco resultaría doblemente valorado”⁵⁰, mientras que con la aplicación del concurso ideal heterogéneo del artículo 75 CP se supera esta doble valoración, y se condice de mejor manera con el hecho concreto de estar

47 Sostienen dichos autores, citando a Mir Puig, que estaríamos en presencia de un supuesto de coincidencia parcial dentro del concurso ideal de delitos, por cuanto ninguna de las figuras en juego, tendría la suficiencia para abarcar todos los aspectos de desvalor del hecho de la otra, con lo que también desde esa perspectiva permite descartar la existencia de un concurso aparente de leyes penales. Op. cit., pp. 171 y 172.

48 En una revisión jurisprudencial sobre estas hipótesis, pero en el contexto histórico de la regulación contenida en la OA, véase Etcheberry, Alfredo, *El Derecho Penal en la Jurisprudencia*. Sentencias 1967-1982, Tomo IV, Parte General y Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1987, pp. 604 y 605, y un segundo caso, *ibid.* p. 613.

49 “Este delito tiende a la protección del correcto desempeño de la función pública, interés que, según la doctrina mayoritaria, resulta lesionado cuando el funcionario no cumple el deber de velar por los intereses patrimoniales del Fisco, de acuerdo con criterios de economía y eficiencia, vulnerando con ello, alternativamente, los principios de objetividad, imparcialidad y transparencia que han de presidir el ejercicio de los cometidos estatales”. Rodríguez Collao, Luis y Ossandón Widow, María Magdalena, *Delitos contra la Función Pública*, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición, Santiago, 2011, p. 415.

50 Rodríguez y Ossandón, *Delitos Aduaneros*, op. cit., p. 172.

en presencia una sola conducta lesiva de dos bienes jurídicos de distinta naturaleza⁵¹.

8 Contrabando y delito tributario. El problema de las ganancias ilícitas

El supuesto de hecho que gatilla esta relación concursal, viene por regla general, por el ingreso al territorio nacional de mercancías cuya importación se encuentre prohibida, o bien por la introducción de mercancías de lícito comercio, ya sea de manera fraudulenta o clandestina, defraudando con ello a la Hacienda Pública, y que por la magnitud, cantidad, volumen y/o diversidad de dichas mercancías, pueda estimarse que estén destinadas al ejercicio de una actividad comercial al margen del control tributario, es decir, la realización del delito de comercio clandestino respecto de dichas mercancías. Así, puede vislumbrarse entonces la existencia de un delito base, que sería en este caso el delito de contrabando, propio o impropio, y un segundo delito que accede a aquel, y que sería el delito tributario previsto y sancionado en el artículo 97 N° 9 Código Tributario (en adelante CT). A nuestro criterio, esta es, sin duda, la relación concursal de mayor relevancia en la que se ve envuelto el delito de contrabando, por cuanto dicha relación concursal se vincula directamente con el problema asociado al tratamiento que deba darse en definitiva a las ganancias de origen ilícito, y que en este supuesto vienen generadas por el delito base, esto es, el delito de contrabando⁵².

Dentro del catálogo de delitos tributarios tipificados en el artículo 97 CT, en la práctica aquel donde se presenta esta relación concursal con mayor frecuencia con el delito de contrabando tal, como hemos anticipado, corresponde al delito de comercio

51 En Derecho comparado, específicamente en Argentina, podemos mencionar el tratamiento que se le da a este tipo de conductas (realizadas por funcionarios públicos), entendiéndolo como una hipótesis agravada de contrabando del Código Aduanero argentino. Para un mayor detalle de la recepción jurisprudencial de este tipo de conductas, véase Mercader y Ovalle, op. cit., p. 44 y ss. En relación a lo acaecido en la legislación peruana, consúltese, PEÑA CABRERA FREYRE, PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, *Derecho Penal, Parte Especial*, Tomo VII, Idemsa, Lima, 2014, p. 410 y ss.

52 La relación concursal destacada, en varios fallos también ha visto agregada infracciones a la ley de propiedad intelectual y/o industrial, cuando estamos en presencia de mercancías falsificadas de sus originales.

clandestino (numeral 9 del artículo en comento)⁵³, sin perjuicio de que existen algunos fallos en los cuales se ha entendido también esta relación concursal con el delito de comercio irregular o ilegal previsto y tipificado en el artículo 97 N° 8 CT⁵⁴, en otros casos en concurso con ambos tipos penales tributarios, esto es, con los delitos de los artículos 97 N° 8 y N° 9 CT⁵⁵, y más recientemente, en relación con el delito tributario del artículo 97 N° 25 CT⁵⁶.

El delito de comercio clandestino sanciona “el ejercicio efectivamente clandestino del comercio o de la industria con multa del treinta por ciento de una unidad tributaria anual a cinco

53 Véase a modo de ejemplo: SJG de Iquique, RUC N° 1100705336-5, RIT N° 7280-2011, de fecha 18 de julio de 2012 y STJOP de Punta Arenas, RUC N° 1300948896-5, RIT N° 31-2015, de 9 de junio de 2015.

54 Un ejemplo de esta relación concursal, puede constatarse en la SJG 7° de Santiago, RUC N° 0500343257-4, RIT N° 1380-2005, de 8 de agosto de 2006, que en sus considerandos pertinentes resolvió: “QUINTO: HECHOS PROBADOS. Que con los elementos probatorios referidos en el considerando anterior, constitutivos de indicios, y apreciados conforme a las reglas de la sana crítica, permiten concluir que los hechos materia de la acusación ocurrieron en la forma descrita y que, como se ha señalado, ya fueron aceptados por el acusad. Que en consecuencia, el Tribunal ha logrado la convicción, más allá de toda duda razonable, que el día 05 de agosto de 2005, aproximadamente a las 11:20 horas, el acusado fue sorprendido en su establecimiento comercial ubicado en calle San Alfonso N° 242, local comercial N° 24, comercializando 449 juguetes que corresponden a reproducciones no originales o falsas, de dibujos, diseños y personajes infantiles conocidos masivamente, sin contar con la correspondiente autorización o licencia de las empresas querellantes, las que son las titulares de los derechos de autor, comercialización que se efectuaba sin pagar los tributos que gravan dicha distribución, no pudiendo menos que saber que dichas especies eran objeto del delito de contrabando, al no poseer ningún tipo de documentación que acreditara su internación legal dado que habían sido entregadas por proveedores irregulares. SEXTO: CALIFICACIÓN JURÍDICA. Que tales hechos se encuadran en las figuras criminales de infracción al artículo 79 letra c) de la Ley N° 17.336, al artículo 97 N° 8 del Código Tributario que sanciona el comercio clandestino, y al artículo 182 de la Ordenanza de Aduanas que castiga la tenencia de especies objeto de contrabando”. El presente fallo determino que la relación concursal anotada debía resolverse de acuerdo al tenor del artículo 74 CP, esto es, a través del concurso real de delitos.

55 SJG de Osorno, RUC N° 1310032178-K, RIT N° 4782-2013, en procedimiento abreviado, de fecha 4 de octubre de 2014, disponiendo en su parte resolutive lo siguiente: “se condena como autor en los delitos, consumados, de Infracción al artículo 168 inciso 2°, sancionado en el artículo 178 N°1 de la Ley General de Aduanas; del artículo 28 a) de la Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial; y del artículo 97 N°s 8 y 9 del Código Tributario, cometidos en esta jurisdicción, el día 14 de octubre de 2013, a sufrir las penas, ÚNICAS, siguientes: QUINIENTOS CUARENTA DIAS de presidio menor en su grado mínimo; MULTA, a beneficio fiscal, del 80% de los impuestos eludidos (en la especie, \$397.987.444); y a la suspensión de cargos y oficios públicos, durante el tiempo de la condena”. En el mismo sentido, véase SJG de Osorno, RUC N° 1410021091-7, RIT N° 2967-2014, de 11 de marzo de 2015 (confirmada por SCA de Valdivia, en Rol N° 198-2015, de fecha 15 de abril de 2015).

56 SJG de Iquique, procedimiento abreviado, RUC N° 1010020719-8, RIT N° 6831-2010, de fecha 15 de abril de 2014. Donde se condenó a cada uno de los acusados a la pena de 300 días de presidio menor en su grado mínimo, suspensión de cargos u oficios públicos, por el delito consumado de contrabando, de los artículos 168 y 178 OA, y a la pena de 541 días de presidio menor en su grado medio, suspensión de cargos y oficios públicos, multa de 5 unidades tributarias anuales, por el delito consumado del artículo 97 N° 25 CT, con lo cual puede apreciarse una solución a nivel concursal dada por el artículo 74 CP.

unidades tributarias anuales y con presidio o relegación menores en su grado medio y, además, con el comiso de los productos e instalaciones de fabricación y envases respectivos”.

Nuestra doctrina ha tendido a constatar de manera pacífica que la relación entre delitos tendría que ser resuelta, ya sea mediante concurso ideal o bien mediante las reglas del concurso aparente de leyes⁵⁷. Sostienen en este punto Rodríguez Collao y Ossandón Widow que “cuando la figura de contrabando impropio confluye con el delito de comercio clandestino, la interpretación que se le asigna al artículo 97 N° 9 CT en nuestro medio lleva a que la solución correcta sea la del concurso ideal, tanto con el contrabando propio como con el impropio. En efecto, nuestra Corte Suprema afirma –dejando de lado la cuestión, altamente compleja, referente a si las actividades ilícitas generan o no impuestos- que el comercio clandestino lesiona la transparencia que debe imperar en el desenvolvimiento de las actividades comerciales o industriales, lo que a su vez, vulnera “determinados principios económicos tutelados jurídicamente, tales como la igualdad ante la ley en materia económica, la libre competencia, la protección al consumidor, y muchos otros cuya observancia es tarea de la autoridad administrativa [...] Este sería, entonces el objeto de protección de este delito, el que está presente tanto en relación con la actividad comercial lícita como con la ilícita. Por lo demás, se afirma, este razonamiento permite evitar la consecuencia absurda a que llevaría excluir el comercio ilícito del ámbito de aplicación del artículo 97 N° 9, pues entonces sería tratado en forma más severa quien realiza en forma clandestina una actividad comercial lícita, que el que ejecuta de esa forma una ilícita. En consecuencia, al estar frente a diversos bienes jurídicamente protegidos, la consecuencia de los delitos es ideal”⁵⁸. Esta opinión de la doctrina la hemos querido resaltar, por cuanto ha sido la que ha tenido amplia acogida por nuestros tribunales

57 Por todos, véase RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit., pp. 172 y ss. “En este caso las soluciones podrían oscilar entre estimar que las figuras concurren en concurso ideal, considerando que cada una de ellas trata de proteger bienes jurídicos distintos, o que el concurso es aparente. Si se entiende que el bien jurídico protegido es siempre la Hacienda Pública”. *Ibid.* pp. 172 y 173.

58 RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit., pp. 173 y 174.

de justicia, esto es, entender que la forma de solucionar este concurso de delitos es mediante el artículo 75 CP⁵⁹.

Nosotros no compartimos estos argumentos. Primero, creemos que el problema destacado por nuestra doctrina relativo a si las actividades ilícitas generan o no impuestos no puede obviarse, tal como se ha hecho hasta el día de hoy, por cuanto el mismo representa una problemática que va más allá de la mera cuestión tributaria en torno a determinar qué tipo de ingresos están afectos al pago de impuestos y cuáles no. Este tema conlleva asumir una postura que debe hacerse cargo indefectiblemente de aspectos constitucionales asociados al problema y que no pueden pasarse por alto privilegiando de manera unilateral la regulación legal tributaria, tal como ha acontecido en nuestro país, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, casi de manera unánime.

En segundo término, difiere nuestra opinión en torno a los alcances que debe dársele al delito de contrabando, en especial, a la variante propia del mismo. Aquí, el énfasis está dado por aquella asociación que principalmente nuestra jurisprudencia ha realizado en torno a asimilar los conceptos de prohibido e ilícito. Recordemos que la variante propia del contrabando dice relación con mercancías cuya importación o exportación se encuentren prohibidas, y la variante impropia de contrabando se refiere a las mercancías de lícito comercio. Por lo tanto, lo que ha hecho principalmente nuestra jurisprudencia ha sido asimilar ambas hipótesis tomando como eje el adjetivo de licitud del contrabando impropio, entendiendo que el concepto prohibido utilizado en el contrabando propio sería sinónimo de ilícito, estableciendo así una relación binaria de ilícito/lícito entre ambas clases de contrabando, pasando por alto con ello el hecho de que el adjetivo prohibido es empleado por el legislador para hacer referencia a un acto legal, a saber, la importación o exportación de ciertas mercancías que han ingresado o salido del país, respectivamente, pero no dice relación, en estricto rigor, con la mercancía como

objeto material de este tipo penal. En síntesis, lo que es prohibido en el contrabando propio no es la mercancía per se, si no que la prohibición dice relación con determinados actos legales que puedan efectuarse respecto de ellas, y que como hemos visto, son los actos de importación o exportación. Esto nos permite aseverar que dichas mercancías dentro de nuestras fronteras tienen reconocido un tráfico legal, pero que por determinadas razones el legislador ha prohibido su importación o exportación. Ahora en el contrabando impropio el legislador si utilizó un adjetivo para hacer referencia a las mercancías que calzan dentro de este supuesto típico, y que viene dado por el concepto de licitud ("mercancías de lícito comercio").

Teniendo presente entonces nuestra visión del delito de contrabando, en especial su reinterpretación a partir del objeto material del mismo, la vinculación del mismo con el delito de comercio clandestino variará ostensiblemente de la opinión sostenida por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria. El argumento de mayor peso eso sí, vendrá dado por la reinterpretación que debe darse al delito contemplado en el artículo 97 N° 9 CT, lo cual, como veremos, descartará de plano la existencia de una relación concursal entre este delito y el delito de contrabando (ya sea propio o impropio), tal como se sostiene hoy en día en nuestro país. Veamos a grandes rasgos en qué consiste nuestra argumentación⁶⁰.

El delito de comercio clandestino contiene dos requisitos copulativos, a saber, el ejercicio del comercio o de la industria, y que dicho ejercicio sea efectivamente clandestino. En primer término, y siguiendo la interpretación mayoritaria de nuestros tribunales, este delito hace referencia al "ejercicio del comercio o la industria", y para efectos de establecer el alcance de ambos conceptos, debemos remitirnos al Código de Comercio. Así, en lo referente a la noción de comercio debemos atender al hecho que se ejecuten uno o más actos de aquellos enumerados en el artículo 3° del código referido. En cuanto a la industria, dicho artículo 3° al enumerar los actos de comercio incluye en su número

59 A modo de ejemplo podemos citar STJOP de Iquique, RUC N° 0510001989-4, RIT N° 195-2005, de fecha 27 de octubre de 2005, SJG de Iquique, RUC N° 0610006851-4, RIT N° 3657-2006, de fecha 13 de febrero de 2007, en los cuales se condena por los delitos de contrabando y comercio clandestino en concurso ideal. La misma solución a nivel concursal, pero respecto del delito tributario de comercio irregular del artículo 97 N° 8 CT y el delito de contrabando, podemos encontrarla en la STJOP de Punta Arenas, RUC N° 1300948896-5, RIT N° 31-2015, de 9 de junio de 2015.

60 Para desarrollar este punto, tomaremos como base nuestro trabajo realizado en coautoría con Pablo Ortiz Chamorro a propósito del tratamiento de las ganancias ilícitas en nuestro país, Ortiz Ríos, op. cit.

5 a las “empresas de fábrica, manufacturas, almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes”, lo cual ha llevado a sostener que entre los conceptos de comercio e industria existe una relación de género a especie, debiendo por ende ponerse el énfasis en la noción genérica de comercio. La normativa comercial no nos brinda una definición de “comercio”, por lo que será la voz “acto de comercio” la noción a partir de la cual deberá construirse todo intento que tenga por finalidad determinar el alcance del concepto “comercio” en nuestro ordenamiento jurídico. Así las cosas, podemos afirmar que la primera aptitud que debe poseer el sujeto activo de este ilícito es que el mismo realice actos de comercio⁶¹.

Respecto del segundo de los requisitos mencionados, debemos constatar que el ejercicio del comercio —o la industria— debe efectuarse en términos “efectivamente clandestinos”. El Diccionario de la Lengua Española señala que es clandestino “lo que se hace secretamente por temor a la ley o para eludir-la”⁶². En consecuencia, puede decirse que es ejercicio clandestino del comercio o de la industria el ejecutar actos de comercio en forma secreta, sea que ellos tengan el carácter de comerciales propiamente tales o industriales, con el objeto de eludir el pago de los tributos a que dichos actos dan origen⁶³. Entonces tenemos que quien realice este tipo de conductas debe ejercer actos de comercio de manera efectivamente clandestina, por lo que la ostensibilidad en el ejercicio del comercio conlleva de plano una imposibilidad de subsumir dicha conducta dentro del tipo penal previsto y sancionado en el N° 9 del artículo 97 CT⁶⁴.

Tal como señalamos, el supuesto común por el cual adquiere aplicación este delito tributario es aquel en que existe una actividad ilícita base (y que puede corresponder al delito de con-

trabando, entre otros)⁶⁵. Entonces la pregunta es determinar si el supuesto de hecho que configura el delito de contrabando, puede a su vez ser subsumido en el tipo penal-tributario del comercio clandestino. Para responder a esta interrogante debemos tener presente el hecho de que no cualquier conducta puede entenderse como una actividad comercial en los términos típicos del delito del artículo 97 N° 7 CT, ya que como hemos venido afirmando, sólo aquellas conductas constitutivas de “actos de comercio” podrían ser aptas para ser encasilladas dentro de dicha descripción típica. La conducta base que genera ganancias ilícitas por definición siempre será una actividad delictiva, en este caso particular, constituido por alguna de las hipótesis de contrabando. Entonces estamos en presencia de un acto que per se es contrario al ordenamiento jurídico, por lo que mal podría ser catalogado, quien realiza este tipo de actos, como un contribuyente o un obligado para con la legislación tributaria, en los términos requeridos por el artículo 97 CT, y no podríamos subsumir la conducta desplegada por el sujeto activo de esta conducta base dentro de los marcos típicos del delito de comercio clandestino, por carecer el acto por él desplegado del carácter de “comercial” exigido por dicho tipo penal⁶⁶.

61 *Ibíd.* pp. 42 y 43.

62 Primera acepción de la definición obtenida de la vigésimo segunda versión del Diccionario de la Lengua Española, disponible en www.rae.es.

63 En esta línea podemos citar un fallo de la CS, de fecha 29 de enero de 2007, Rol N° 6451-05, el cual en su considerando décimo sexto sostiene: “El artículo 97 N° 9 del texto legal citado, añade un elemento adicional, cual es el ejercicio efectivamente clandestino del comercio, lo que viene a significar su realización secreta con el fin de eludir el cumplimiento de la ley, de manera que supone el incumplimiento de las exigencias legales relativas a la declaración y pago de los impuestos”. Ortiz y Ríos, *op. cit.*, p. 44.

64 *Ibíd.*

65 Dentro de los delitos base que pueden generar ganancias ilícitas y que detonen una relación concursal con el delito de comercio clandestino, podemos destacar los delitos tipificados en las leyes de propiedad intelectual e industrial, delitos de la ley de pesca, fraude de subvenciones, receptación, entre otros. Los delitos tipificados en la Ley N° 20.000, que sanciona el tráfico ilícito de sustancias estupefacientes y sicotrópicas, así como los delitos de lavado de activos de la Ley N° 19.913, si bien es nítida su vinculación con la generación de ganancias ilícitas, no se encuentran casos en los cuales exista esta relación concursal con el delito tributario en comentario, o algún otro tipificado en el artículo 97 CT. Véase, Ortiz y Ríos, *op. cit.*, p. 17 y ss.

66 En este punto podría vincularse el debate a la normativa civil relativa al objeto ilícito, dada su vinculación con los actos de comercio, como actos jurídicos que son, y los requisitos de validez y existencia que los rodean. Así, a nivel jurisprudencial el punto en torno a conjugar la normativa tributaria con la civil que regula los actos jurídicos ha sido obviado. Salvo situaciones excepcionales, como por ejemplo en STJOP 4° de Santiago, RUC N° 0500233886-8, de fecha 18 de marzo de 2006, la tendencia ha sido evitar un pronunciamiento de fondo. Por ejemplo, en un pronunciamiento de la CS, la cual conociendo de un recurso de casación en el fondo, en el contexto del delito de comercio clandestino, desestimó hacerse cargo de los fundamentos del recurrente, rechazando finalmente el recurso, por cuanto “en el libelo en análisis no se aprecia el debido desarrollo de las normas civiles denunciadas como quebrantadas, relativas a los artículos 10, 1445, N° 3°, 1464, 1682 y 1810 del Código Civil, las que sólo se transcriben y, en este sentido, el escrito no cumple con el requisito de explicar en qué consiste el o los errores de derecho de que adolece la sentencia recurrida, de modo que al haberse omitido tal construcción, faltan al recurso la precisión y certeza indispensables en un arbitrio de derecho estricto como lo es el de casación, cuestión que lleva a su denegación”, considerando octavo del fallo de fecha 19 de octubre de 2006, Rol 990-05.

Por lo tanto, el tratamiento punitivo del delito de comercio clandestino acorde a esta conclusión debería distinguir previamente si existe un delito base o no (v. gr. contrabando). Si concurre un delito base se deberá sancionar única y exclusivamente por este delito. La conducta ilícita desplegada por este sujeto activo no puede ser subsumida en los márgenes del tipo penal del artículo 97 N° 9 CT, por no constituir la misma un acto de comercio, descartándose de plano la existencia de algún tipo de concurso de delitos. Por el contrario si no existe un delito base, será sancionable la conducta desplegada por el autor solamente a título de comercio clandestino, en la medida que concurra cada uno de los elementos típicos exigidos por dicho delito.

Ahora bien, la tesis mayoritaria en este punto pasa por alto que la problemática que subyace a esta discusión debe ser redireccionada en último término al respeto de derechos y garantías, reconocidas a nivel constitucional⁶⁷ y a nivel de tratados internacionales sobre derechos humanos⁶⁸, los cuales se ven sumamente tensionados con esta forma de resolver el problema de parte de nuestros tribunales. Cualquier interpretación que pretenda incluir las actividades ilícitas dentro del concepto de comercio, chocará en definitiva con el derecho constitucional que tiene toda persona a no autoincriminarse, como garantía integrante del catálogo del debido proceso, ya que del juego de las normas tributarias con competencia dentro de dicha argumentación, se llega a la conclusión que la ley no hace distinción en torno al origen de los ingresos, por lo que tratándose de ingresos provenientes de actividades delictivas, la obligación nace respecto de ellos de manera simétrica a como si fuera un ingreso proveniente de un actividad lícita⁶⁹. En este sentido, quien realiza la conducta de

contrabando -en relación a las ganancias obtenidas por la realización del mismo- para evitar ser sancionado a su vez por el tipo penal de comercio clandestino deberá efectuar todos los actos propios de publicidad y controles tributarios, tales como, enrolamiento, iniciación de actividades, entre otras, con lo cual el Estado, en clave de obligación tributaria, estaría vulnerando la garantía constitucional mencionada, lo que es inaceptable a la luz de los principios que rigen un derecho penal de corte liberal, en el contexto de un Estado democrático de Derecho⁷⁰. Es esto lo que se enrostra finalmente a quien realiza la actividad ilícita base para ser condenado en concurso con el delito del artículo 97 N° 9 CT: el haber realizado una actividad comercial al margen del control tributario -de manera clandestina- alterando con ello las reglas del mercado, y afectando la Hacienda Pública⁷¹.

tenor de la regulación legal-tributaria. En este sentido se sostiene que el fin de la norma (tributaria) es que el sujeto se enrola para los efectos de quedar sometido al control y supervigilancia del SII, existiendo una presunción de clandestinidad respecto de quien no inicia actividades ante dicho servicio. Así, lo que se reprime es el actuar al margen de la ley tributaria, afectando el Orden Público Económico, por las repercusiones que los giros industriales y económicos realizados al margen de todo control, fiscalización y carga impositiva provocan en el país. Y dado que nuestra legislación tributaria no hace distinción entre el origen de los ingresos, sean estos lícitos o ilícitos (relación con art. 17 Ley Sobre Impuesto a la Renta), y mientras no se pruebe el origen de los recursos que justifiquen los gastos e inversiones del contribuyente se presume que son rentas tributables conforme a las leyes generales (arts. 70 Ley Sobre Impuesto a la Renta y 21 CT). Todo lo anterior, conduce a la respuesta penal-tributaria (a nivel de condenas), de aquellos supuestos de hecho en que el sujeto activo realiza una conducta típica base (que recaiga sobre objetos materiales ilícitos), junto con la sanción como autor del delito de comercio clandestino que es generado por dicha conducta base. Esto en la actualidad, tal como hemos destacado, se resuelve a nivel concursal en virtud del artículo 75 CP, concurso ideal de delitos.

70 Véase Ortiz y Ríos, op. cit., p. 85 y ss. En el mismo sentido, véase Medina Schulz, Gonzalo, La primera declaración del imputado. En "La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Chileno", Coloma Correa, Rodrigo, Editor, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 35 a 47. En relación al desarrollo de la garantía a no autoincriminarse, véase Baytelman, Andrés, "Tiene derecho a guardar silencio..." La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial, en Colecciones Informes de Investigación N° 13, año 4, mayo de 2002, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Horvitz Lennon, María Inés y López Masle, Julián, "Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, 2004, Santiago, pp. 77 a 85; Carrió, Alejandro, "Garantías constitucionales en el proceso penal", Hammurabi, 4ª edición, 2002, Buenos Aires, pp. 347 y ss; Revilla González, José-Alberto, "El interrogatorio del imputado", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, en particular pp. 55 y siguientes; Roxin, Claus, "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Traducción de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, 2000, pp. 107 y ss; Tavolari, Raúl, "Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos". Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 2007, pp. 159 a 178; Sancinetti, Marcelo, "Casos de Derecho penal. Parte general". Hammurabi, 3ª edición, 2006, Buenos Aires, pp. 108 a 116; Binder, Alberto, "Introducción al derecho procesal penal", 2ª edición, Ad-Hoc, 2005, Buenos Aires, pp. 181 a 185. Cfr. Duce, Mauricio y Riego, Cristián, "Proceso Penal", Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 461 a 481.

71 Ejemplos de este tratamiento a nivel jurisprudencial. SCA de Iquique, Rol Ingreso N° 94-2007, de 28 de septiembre de 2007, que rechaza recurso de nulidad interpuesto en contra de la STJOP de

67 "En las causas criminales no se podrá obligar al inculpado a que declare bajo juramento sobre hecho propio; tampoco podrán ser obligados a declarar en contra de éste sus ascendientes, descendientes, cónyuge y demás personas que, según los casos o circunstancias, señale la ley" artículo 19 N° 7 letra f) CPR.

68 El artículo 14.3 letra g) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece: "Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable". Por su parte, el artículo 8.2 letra g) de la Convención Americana de Derechos Humanos, dispone que: "Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene:...g) Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable..."

69 El problema en comento ha sido resuelto a nivel jurisprudencial, dando una primacía absoluta al

Creemos que para completar la comprensión de la situación planteada, no debe perderse de vista el contexto constitucional y de tratados internacionales sobre Derechos Humanos actualmente vigentes y ratificados por Chile, que hemos mencionado (v. gr. CADH). En ese ámbito, se ha sostenido especialmente por la CIDH, una interpretación en torno a que una normativa legal especial, no podrá ser enarbolada como válida, si de su aplicación se torna inoperante cualquiera de las garantías reconocidas a nivel constitucional⁷², y que en el caso en comento es el derecho a no autoincriminarse⁷³. Así, la administración del Estado deberá

Iquique, RUC 0610017199-4, RIT N° 122-2007, en el cual se condenó por los delitos de infracción a la ley de propiedad industrial, contrabando y comercio clandestino. En el mismo sentido, SCA de Iquique, Rol Ingreso 6-2006, de 6 de marzo de 2006, que rechaza recurso de nulidad interpuesto en contra de STJOP de Iquique, RUC N° 0510001989-4, RIT N° 195-2005. SJG de Iquique, RUC N° 0610006851-4, RIT N° 3657-2006; SJG 3° de Santiago RUC N° 0800123624-6, RIT N° 715-2008; SJG de Antofagasta, RUC N° 0700887137-4, RIT N° 586-2009, y SJG 7° de Santiago, RUC N° 0500343257-4, RIT N° 1380-2005.

72 Véase la sentencia de la CIDH en el caso "Tribunal Constitucional vs. Perú", de fecha 31 de enero de 2001, en la cual la Corte dispuso, en cuanto al alcance de las garantías consagradas en el artículo 8° CADH, lo siguiente: Considerando 70: "A pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el N° 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal". Considerando 71: "[...] cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional, tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del art. 8° de la CADH".

73 En relación con el artículo 5° inciso 2° CPR, señalan Zalaquett y Nash que han surgido dos caminos interpretativos: "Primero, el criterio del valor infraconstitucional: Este criterio ha sido desarrollado in extenso por el TC de Chile, al analizar la constitucionalidad del tratado que crea el Tribunal Penal Internacional. Al respecto ha señalado: "que, el sentido que debe darse a la frase agregada al artículo 5° de la Constitución, es que el Constituyente quiere dar énfasis a los derechos fundamentales, señalando que es deber de los órganos del Estado, respetarlos y promoverlos, no sólo los derechos asegurados en la Constitución, sino que también los contenidos en tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes; Que, si aplicamos el criterio de interpretación de unidad y coherencia del texto constitucional, es evidente que el artículo 5°, inciso segundo de la Ley Fundamental, no puede analizarse aisladamente y debe armonizarse con las siguientes disposiciones constitucionales [normas relativas a reforma constitucional, básicamente], lo que nos lleva a hacer primar las normas fundamentales sobre las de los tratados internacionales sobre derechos humanos vigentes y ratificados por Chile". Segundo, el criterio del valor constitucional: Hay quienes han sostenido que la reforma, tuvo por objeto principal, establecer una certeza jurídica, reconociendo constitucionalmente ciertos catálogos en los cuales los derechos esenciales de la persona humana están consagrados: el de la propia Constitución y el de los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Así, estiman, que la enmienda al inciso 2° del artículo 5° reafirmó la categoría constitucional de los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales vigentes en Chile y agregó algunos elementos para hacer más factible el pleno goce y ejercicio de dichos derechos. Al respecto se ha distinguido entre el tratado como un todo y los derechos y libertades en ellos contenidos, otorgando rango constitucional, a lo menos, a dichos derechos y libertades. En este sentido el profesor Humberto Nogueira señala que la modificación de la Constitución trajo dos efectos: a) "los derechos naturales asegurados en el

asumir este mandato y hacer las acciones tendientes a brindar una protección adecuada (respeto y garantía) al derecho que esté siendo tensionado por parte de algún mandato legal o reglamentario, esta sería la única vía factible que permitiría a la garantía de la no autoincriminación "sentar un núcleo irreductible que no puede ser vulnerado por el sistema procesal penal: la dignidad de la persona humana, puesto que se evita transformar al propio acusado en un engranaje más del proceso penal"⁷⁴.

tratado se incorporan al ordenamiento jurídico interno, formando parte de la constitución material y adquiriendo plena vigencia, validez y eficiencias jurídicas, no pudiendo ningún órgano del estado desconocerlos y debiendo, todos ellos, respetarlos y promoverlos, como asimismo, protegerlos a través del conjunto de garantías constitucionales destinadas a asegurar el pleno respeto de los derechos". b) "El tratado en materia de derechos humanos se convierte en un procedimiento secundario de reforma constitucional establecidas por el propio constituyente, al realizar la reforma constitucional de 1989, distinto del procedimiento del constituyente derivado del capítulo XIV de la Constitución". Nos parece que esta segunda interpretación se corresponde con las normas básicas de interpretación y con la jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia. En efecto, si los tratados internacionales tienen prevalencia sobre la ley, la reforma de 1989 sólo pudo tener por objeto y sentido útil si consideramos que los tratados de derechos humanos adoptan un status constitucional. Las normas constitucionales, en todo caso, no pueden servir como pretexto para incumplir las obligaciones internacionales, materia reconocida por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 (artículo 27)". Zalaquett, José y Nash, Claudio, Jerarquía de los Tratados sobre derechos humanos en Chile, en Revista de Derecho Procesal N° 20, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, Santiago, 2005, pp. 69 y 70. Sobre el carácter auto-ejecutable de la Convención, véase, Espejo Yaksic, Nicolás y Leiva García, Carla, Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Enero de 1984 – Febrero de 2012), Thomson Reuters, Santiago, 2012, p. 113.

74 Dorn Garrido, Carlos, "El testimonio de oídas y el privilegio de no autoincriminación", artículo publicado en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, disponible en su sitio web: www.cde.cl. Sostiene Bacigalupo Saggese "respecto del derecho a no declarar contra sí mismo, hay que señalar que el conflicto que se plantea entre el principio Nemo tenetur y la obligación fiscal no da lugar a un estado de necesidad justificante, ya que las dos normas en colisión son de diferente jerarquía. El derecho a no declarar contra sí mismo en absoluto puede convertirse en un "derecho" a cometer un delito", Bacigalupo Saggese, Silvina, El tratamiento penal de las ganancias provenientes del delito, en Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa (Luis Miguel Reyna Alfaro, coordinador), ARA Editores, Lima, Perú, 2005, p. 347. Respecto de la tensión generada específicamente a nivel tributario y las garantías constitucionales en juego, puede consultarse, Álvarez Echagüe, Juan M., Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004; Díaz, Vicente O., op. cit.; López Díaz, Antonio, El derecho a no autoincriminarse y a no declarar contra sí mismo en el procedimiento sancionador en materia tributaria, en "Temas de Derecho Penal Tributario", García Novoa, César y López Díaz, Antonio (Coordinadores), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 53-77, y Varela, Pablo, La Garantía de la no autoincriminación en materia penal tributaria, su relación con el deber de colaboración, en Derecho Penal Tributario, Tomo II, Alejandro Altamirano y Ramiro Rubisnka, coordinadores, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pp. 1065-1131. A nivel de derecho administrativo sancionador, y el rol de la garantía a no autoincriminarse, véase Ossa Arbeláez, Jaime, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática, Legis, Segunda edición, Bogotá, 2009.

9 Contrabando y delitos contra la propiedad intelectual e industrial

Las infracciones a la propiedad intelectual e industrial se encuentra también estrechamente vinculadas al delito de contrabando (y también al de comercio clandestino), por cuanto el tratamiento que se la ha dado, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial, ha llevado a que en hipótesis de internación de especies falsificadas a nuestro país se sancione mediante concurso (ideal según la tesis mayoritaria) como autor de contrabando, comercio clandestino y por la infracción pertinente de la ley de propiedad intelectual o industrial al sujeto activo de esta conducta⁷⁵.

Tal como hemos venido sosteniendo, nosotros no compartimos este tipo de solución, por cuanto postulamos la inexistencia de dicha relación concursal propugnada por nuestra doctrina y jurisprudencia, a partir de una reinterpretación de los alcances típicos de las conductas de contrabando descritas en la OA (dejando fuera del ámbito típico del delito de contrabando propio las especies que tengan un origen ilícito, esto es, que no tengan reconocido un tráfico legal dentro de nuestras fronteras) y respecto del artículo 97 N° 9 CT (por cuanto es inaplicable éste cuando se está en presencia de un delito base, como lo es el caso de una infracción a la propiedad intelectual o industrial).

Las infracciones que habitualmente se invocan para sustentar el concurso ideal arriba mencionado, son básicamente:

1.- El artículo 80 letra b) de la Ley N° 17.336. Después de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.435, la referencia debemos entenderla hecha en el actual artículo 81, el cual subsume los supuestos típicos que quedaban enmarcados en el contexto de la letra b) del artículo 80 ya citado. Este artículo 81 de la ley de propiedad intelectual dispone lo siguiente: "Comete delito contra la propiedad intelectual y será sancionado con pena de reclusión menor en su grado mínimo y multa de 50 a 800

⁷⁵ Respecto del rol del Servicio Nacional de Aduanas en este tipo de materias, véase DOREN VILLASECA, Sebastián, Entrenamientos de Aduanas, contexto jurídico e importancia en la lucha contra los productos falsificados, en en Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae, Tribunales Tributarios y Aduaneros, Segunda época, año I, N° 2-2013, Ediciones Universidad Finis Terrae, pp. 191-201.

unidades tributarias mensuales, el que tenga para comercializar, comercialice o alquile directamente al público copias de obras, de interpretaciones o de fonogramas, cualquiera sea su soporte, reproducidos en contravención a las disposiciones de esta ley"⁷⁶. Con este delito se busca sancionar principalmente la utilización de productos falsificados (fonogramas, películas cinematográficas, programas computacionales, entre otros), utilizando para ello soportes no originales, y cuyos originales se encuentran protegidos por ley, y

2.- El artículo 28 de la Ley N° 19.039, denominada Ley de Propiedad Industrial, el cual dispone lo siguiente: "Serán condenados a pagar una multa a beneficio fiscal de 25 a 1.000 unidades tributarias mensuales:

a) Los que maliciosamente usen, con fines comerciales, una marca igual o semejante a otra ya inscrita para los mismos productos, servicios o establecimientos o respecto de productos, servicios o establecimientos relacionados con aquellos que comprende la marca registrada. Lo anterior se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 19 bis E.

b) Los que usen con fines comerciales, una marca no inscrita, caducada o anulada, con las indicaciones correspondientes a una marca registrada o simulando aquellas.

c) Los que, con fines comerciales, hagan uso de envases o embalajes que lleven una marca registrada, sin tener derecho a usarla y sin que ésta haya sido previamente borrada, salvo que el embalaje marcado se destine a envasar productos diferentes y no relacionados con los que protege la marca".

Como sosteníamos, la hipótesis que gatilla la solución por vía concurso ideal, es aquella en que se interna al país productos falsificados⁷⁷, que en este caso concreto, serían copias no auto-

⁷⁶ El antiguo artículo 80 letra b) de la ley de propiedad intelectual establecía lo siguiente: "Cometen, asimismo, delito contra la propiedad intelectual y serán sancionados con las penas que se indican en cada caso: b) Los que, en contravención a las disposiciones de esta ley o a los derechos que ella protege, intervengan, con ánimo de lucro, en la reproducción, distribución al público o introducción al país, y los que adquieran o tengan con fines de venta: fonogramas, videogramas, discos fonográficos, cassettes, videocasetes, filmes o películas cinematográficas o programas computacionales. Los autores serán sancionados con la pena de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, aumentándose en un grado en caso de reincidencia".

⁷⁷ Véase, SJG de Osorno, RUC N° 1310032178-K, RIT N° 4782-2013, de 4 de octubre de 2014, en el contexto de un procedimiento abreviado, se condenó en concurso ideal por los delitos de In-

rizadas de los fonogramas protegidos por ley, utilizando incluso carátulas de los mismos escaneadas, lo que atentaría tanto contra la propiedad intelectual, realizaría la conducta de contrabando propio, la de comercio clandestino e incluso, según lo sostenido en algunos fallos posteriores a la entrada en vigencia de la reforma procesal penal, debería sancionarse también esta conducta con el tipo penal del artículo 190 CP, el cual castigaría la falsificación de carátulas⁷⁸.

Nosotros no compartimos lo anterior, haciendo eco en este punto lo ya señalado a propósito del delito de comercio clandestino y la garantía a no autoincriminarse, como argumentos para sostener la inexistencia de concurso ideal en esta hipótesis⁷⁹. Un punto relevante en esta relación concursal, vendrá dado por el análisis de la aplicación de las normas que conforman el estatuto de las detenciones flagrantes, y que trataremos en detalle más adelante, anticipando el hecho de que las limitaciones de procesabilidad que puedan existir respecto del delito de contrabando como delito de acción penal pública previa instancia particular, no pueden hacerse extensivas a otro tipo de delitos, cuando estos últimos respondan al carácter de delitos de acciones penales públicas, y que en el presente caso, es una característica a la cual responden los delitos tipificados en la Ley N° 17.336⁸⁰.

fracción al artículo 168 inciso 2°, sancionado en el artículo 178 N°1 OA; del artículo 28 a) de la Ley 19.039, sobre Propiedad Industrial; y del artículo 97 N°s 8 y 9 CT. En el mismo sentido, véase SJG de Osorno, RUC N° 1410021091-7, RIT N° 2967-2014, de 11 de marzo de 2015 (confirmada por la Segunda Sala de la ICA de Valdivia, en Rol N° 198-2015, de fecha 15 de abril de 2015); SJG de Iquique, RUC N° 1100705336-5, RIT N° 7280-2011, de 18 de julio de 2012.

78 El artículo 190 CP, contemplado en el párrafo 3° del Título IV "De los crímenes y simples delitos contra la fe pública, de las falsificaciones, del falso testimonio y del perjurio", establece lo siguiente: "El que hiciere poner sobre objetos fabricados el nombre de un fabricante que no sea autor de tales objetos, o la razón comercial de una fábrica que no sea la de la verdadera fabricación, sufrirá las penas de presidio menor en sus grados mínimo a medio y multa de seis a diez unidades tributarias mensuales. Las mismas penas se aplicarán a todo mercader, comisionista o vendedor que a sabiendas hubiere puesto en venta o circulación objetos marcados con nombres supuestos o alterados". Para un análisis de las relaciones concursales de este tipo penal, véase Ortiz y Ríos, op. cit., pp. 59-61.

79 En relación con esta infracción a la ley de propiedad intelectual, se ha entendido la misma como ejercicio de una actividad comercial –prueba de ello es la pretensión del SII de buscar la punición de las mismas como constitutivas de comercio clandestino- y que las ganancias obtenidas de la misma (ganancias ilícitas) deben recibir el mismo tratamiento como si se tratase de una ganancia obtenida de manera lícita, por cuanto la ley tributaria no distingue el origen de los ingresos para ser catalogados como renta, y por ende entrar dentro del espiral de obligaciones y deberes tributarios que ello conlleva para el sujeto activo.

80 También con una visión crítica del actual tratamiento dado en nuestro país a este tipo de hipótesis,

A nivel de las actuaciones que puede desplegar el SNA, podemos citar lo regulado en la Ley N° 19.912, de 4 de noviembre de 2003, que adecua la legislación chilena a los Acuerdos de la Organización Mundial de Comercio (OMC) suscritos por Chile. En concreto, se establecen procedimientos para suspender el despacho aduanero de mercancías que infringen los derechos de propiedad intelectual, comprendiendo en esta expresión a los derechos de propiedad industrial y a los derechos de autor y conexos⁸¹. "Las normas de la Ley N° 19.912 establecen un procedimiento judicial, a petición de parte, que establece una acción cautelar para el titular, en el caso de introducción o salida del país de mercancías que de cualquier forma infrinjan los derechos de autor y conexos o los derechos de propiedad industrial. La misma ley establece facultades para actuación de oficio de la Aduana con el objeto de suspender el despacho de mercancía, cuando del simple examen de la misma, resultare evidente que se trata de mercancía de marca falsificada. En tal caso la Aduana debe notificar al titular para que éste ejerza los derechos que le confiere la ley, sin perjuicio del deber del Servicio de formular la denuncia correspondiente"⁸².

10 Contrabando y tráfico ilícito de drogas

La Ley N° 20.000, publicada en el DO el día 16 de febrero de 2005, sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas. Dentro de los delitos en ella tipificados, destacan como relevantes en su vinculación con el delito de contrabando tanto el delito de tráfico ilícito de drogas (artículo 3° en relación

pero con argumentos diversos a los sostenidos por nosotros, véase el trabajo de MANRIQUEZ, Juan Carlos, Contrabando y delito contra la propiedad intelectual: límites típicos, en Revista de la Justicia Penal, N° 6, octubre 2010, Librotecnia pp. 27-40.

81 El artículo 1° de la citada ley, dispone que: "La presente ley tiene por finalidad dar cumplimiento a las obligaciones de regulación asumidas por Chile, de conformidad con el Acuerdo que estableció la Organización Mundial del Comercio y sus Anexos, en adelante "el Acuerdo OMC", adoptados en el Acta Final de la Octava Ronda de Negociaciones Comerciales Multilaterales del Acuerdo General de Aranceles y Comercio, GATT, suscrita el 15 de abril de 1994, en Marrakech, Marruecos, y que corresponden a materias propias de una ley. Tanto el Acuerdo OMC como sus Anexos, fueron promulgados mediante decreto supremo N° 16, de 5 de enero de 1995. Las disposiciones de la presente ley se aplicarán en forma supletoria a las del Acuerdo OMC".

82 GONZÁLEZ y RÍOS, op. cit., p. 27.

con el artículo 1º) y el delito que sanciona el tráfico de precursores (artículo 2º). Entonces, en primer término el artículo 3º de la Ley N° 20.000 dispone lo siguiente: "Las penas establecidas en el artículo 1º se aplicarán también a quienes trafiquen, bajo cualquier título, con las sustancias a que dicha disposición se refiere, o con las materias primas que sirvan para obtenerlas y a quienes, por cualquier medio, induzcan, promuevan o faciliten el uso o consumo de tales sustancias. Se entenderá que trafican los que, sin contar con la autorización competente, importen, exporten, transporten, adquieran, transfieran, sustraigan, posean, suministren, guarden o porten tales sustancias o materias primas". La referencia que se hace del artículo primero dice relación con la pena asignada a este tipo de conductas, señalando esta última norma que dicha pena será de "presidio mayor en sus grados mínimo a medio y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales", en caso de tratarse de sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas productoras de dependencia física o síquica, capaces de provocar graves efectos tóxicos o daños considerables a la salud. Si las sustancias o drogas estupefacientes o sicotrópicas no provocan tales efectos, se otorga una facultad al juez para poder rebajar la pena asignada al delito hasta en un grado.⁸³

Por su parte el artículo 2º de la Ley N° 20.000 establece que "la producción, fabricación, elaboración, distribución, transporte, comercialización, importación, exportación, posesión o tenencia de precursores o de sustancias químicas esenciales, con el objetivo de destinarlos a la preparación de drogas estupefacientes o sustancias sicotrópicas para perpetrar, dentro o fuera del país, alguno de los hechos considerados como delitos en esta ley, será castigado con presidio mayor en su grado mínimo y multa de cuarenta a cuatrocientas unidades tributarias mensuales.

Si alguna de las conductas descritas en el inciso anterior se hubiere realizado sin conocer el destino de los precursores o de

83 El reglamento N° 867, publicado en el DO con fecha 19 de febrero de 2008, establece en sus artículos 1º y 2º el catálogo de drogas que producen o no los efectos mencionados en el artículo 1º de la Ley N° 20.000, respectivamente.

sus sustancias químicas esenciales por negligencia inexcusable, la pena será de presidio menor en sus grados mínimo a medio".⁸⁴

Respecto de los dos delitos citados, el bien jurídico protegido es la salud pública, bien jurídico colectivo o supraindividual⁸⁵ que aglutina a la sociedad toda como sujeto pasivo de las conductas desplegadas por aquellos que realizan alguno de estos tipos penales. Además, el legislador ha empleado una serie de verbos rectores que permiten tener por configurada tales conductas típicas con la sola concurrencia de cualquiera de ellos, a saber, en el caso del artículo 2º, verbos tales como producir, fabricar, elaborar, distribuir, transportar, comercializar, importar, exportar, poseer y tener, y en el caso del artículo 3º, verbos como importar, exportar, transportar, adquirir, transferir, sustraer, poseer, suministrar, guardar o portar⁸⁶. En relación con su vinculación con el delito de contrabando, los verbos a destacar son "importar" y

84 El reglamento N° 867, correspondiente a la Ley N° 20.000, en su artículo 3º señala que "se considerarán como precursores o sustancias químicas esenciales las sustancias químicas controladas a que se refiere el artículo segundo del decreto supremo N° 1.358, de Interior, de 22 de diciembre de 2006, o el texto que lo reemplace". Este decreto supremo en su artículo 1º nos entrega las definiciones legales de qué es lo que debemos entender tanto por precursores así como también sustancias químicas esenciales. Los precursores corresponden a "las sustancias químicas que pueden utilizarse en la producción, fabricación y/o preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicas incorporando su estructura molecular al producto final, por lo que resultan fundamentales para dichos procesos", por su parte "sustancias químicas esenciales" son aquellas "sustancias químicas que no siendo precursores, tales como solventes, reactivos o catalizadores, pueden utilizarse en la producción, fabricación, extracción y/o preparación de drogas estupefacientes o sicotrópicas". Acto seguido el artículo 2º de dicho decreto supremo establece un catálogo de sustancias químicas y precursores, dentro de las que podemos destacar al ácido clorhídrico, acetona, ácido sulfúrico, alcohol metílico, carbonato de sodio, efedrina, éter etílico, saflol, sulfato de sodio, tolueno, entre otros. Importa también destacar el hecho de que las sales y mezclas derivadas de la utilización de alguno de los precursores o sustancias químicas esenciales catalogados en el decreto supremo se considerarán por regla general también como sustancia química controlada (esto es, como precursor o como sustancia química esencial).

85 Para una referencia de las críticas que se han realizado a nivel doctrinario a este tipo de bienes jurídicos de índole supraindividual, véase RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, Injusto monopólico. Entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, en Revista Derecho y Humanidades, N° 16, vol. 1, Santiago, 2010, pp. 180 y 181.

86 Constituyéndose de esa forma en lo que la doctrina ha denominado como delitos de emprendimiento Tal como sostienen Politoff, Ramírez y Matus, al tratar el delito de tráfico de drogas que "se trata de un delito de emprendimiento, consistente en la participación indeterminada de una actividad criminal iniciada o no por el autor". Conductas todas que forman parte del "ciclo del tráfico ilícito de estupefacientes". Politoff, Ramírez y Matus, op. cit., pp. 575 y 576. "Así lo ha entendido también la CS al declarar "que lo castigado es el tráfico de drogas en tanto conducta habitual de un sujeto en orden a la compra, venta e intermediación de ella, sin una referencia necesaria a la situación en que se encuentra específicamente la droga con que el sujeto sea sorprendido; en otras palabras, se castiga el tráfico de drogas y no exclusivamente el tráfico de sólo aquella droga con la que sea efectivamente descubierto o aprehendido un sujeto" ibidem, p. 620.

“exportar”, los cuales como se vio se encuentran presentes en ambos tipos penales. Así, la prohibición legal apunta a evitar el ingreso o salida del territorio nacional de sustancias estupefacientes o sicotrópicas, así como también de sustancias químicas controladas⁸⁷, en aras de proteger la salud pública.

La hipótesis fáctica que podría gatillar una relación concursal con el delito de contrabando sería aquella en que se ingresa o se saca este tipo de objetos materiales hacia o desde nuestro país. Por ende, esta relación de los delitos de la ley de drogas tendría que necesariamente acotarse al contrabando propio, en la medida que se entienda que las sustancias estupefacientes o sicotrópicas forman parte del concepto de mercancía prohibida. Lo cual debe resolverse por principio de absorción, básicamente por las altísimas penas que tienen aparejados los delitos de la Ley N° 20.000 en comento (penas de crimen) en comparación con la pena asignada al delito de contrabando en la OA⁸⁸. Por nuestra parte, ya hemos dicho que el ámbito típico del delito de contrabando propio, y lo que dice relación con su objeto material apuntan a mercancías que tienen reconocido un tráfico legal dentro de nuestro país, pero su exportación o importación se encuentra prohibida, ya sea por razones impositivas o bien por razones de índole sanitario o ambiental. Con ello se puede perfectamente establecer la sanción a aplicar en cada caso concreto, toda vez que el objeto material no estaría excluido de los parámetros del mercado para efectos de establecer su valor. Ahora, en lo que dice relación con las sustancias estupefacientes o sicotrópicas, o bien en caso de sustancias químicas controladas, éstas no tienen reconocido tráfico legal dentro del mercado, y su tráfico (exportación e importación) está tipificado de manera específica en los artículos 1° y 2° de la Ley N° 20.000.⁸⁹ Por lo que,

teniendo en cuenta lo anterior, no existiría concurso alguno entre los tipos penales de la ley de drogas y el delito de contrabando⁹⁰.

11 Abreviaturas utilizadas

CA	:	Corte de Apelaciones.
CADH	:	Convención Americana de Derechos Humanos.
CDE	:	Consejo de Defensa del Estado.
CIDH	:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
CP	:	Código Penal.
CPR	:	Constitución Política de la República.
CS	:	Corte Suprema.
CT	:	Código Tributario.
DO	:	Diario Oficial.
DS	:	Decreto Supremo.
JG	:	Juzgado de Garantía.
OA	:	Ordenanza de Aduanas.
OMC	:	Organización Mundial de Comercio.
RIT	:	Rol Interno de Tribunal.
RUC	:	Rol Único de Causa.
SII	:	Servicio de Impuestos Internos.
SNA	:	Servicio Nacional de Aduanas.
SCA	:	Sentencia de Corte de Apelaciones.
SCS	:	Sentencia de Corte Suprema.
SJG	:	Sentencia de Juzgado de Garantía.

87 El concepto de “sustancia química controlada” aglutina tanto a los precursores como a las sustancias químicas esenciales, según lo dispuesto en el DS N° 1.358.

88 En el mismo sentido RODRÍGUEZ y OSSANDÓN, op. cit., p. 177.

89 Las personas naturales o jurídicas que se dediquen a realizar operaciones con sustancias químicas controladas, para poder realizar las mismas sin realizar el tipo penal del artículo 2° de la ley de drogas, deberán necesariamente inscribirse en un registro que llevará al efecto el Ministerio del Interior, por lo que en caso de no estar inscrito no habilita la realización de las conductas descritas en la ley de drogas, y por el contrario, quien sea sorprendido en posesión de tales sustancias químicas controladas será castigado a lo menos con la figura culposa establecida en el inciso segundo del artículo 2° de la Ley N° 20.000. Entonces, puede afirmarse que respecto de este tipo de sustancias químicas, su tráfico se encuentra controlado, y restringido de manera excepcional a aquellas per-

sonas que están inscritas en dicho registro especial. Pesa incluso, sobre quien cuenta con la autorización para realizar este tipo de operaciones, la obligación de informar todas las importaciones y exportaciones que se efectúen, y en caso de omisión se sancionará a la persona natural o jurídica con multa que va de las 40 a 1000 UTM (artículo 58 Ley N° 20.000).

90 Interesante resulta constatar la regulación que al respecto realiza la legislación argentina en esta materia, por cuanto considera como una modalidad agravada de contrabando cuando el objeto material de dicha conducta consista en estupefacientes. Así el artículo 866 del Código Aduanero, sanciona con penas de 3 a 12 años de prisión, este tipo de contrabando. Para un mayor análisis de los alcances de esta regulación, puede consultarse Arocena, Arocena, Gustavo A., Delitos Aduaneros, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2004, pp. 108 y ss.; Vidal Albarracín, op. cit., pp. 366 y ss.; Tosí, Jorge Luis, Derecho Penal Aduanero, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Ciudad Argentina, 2002, pp. 59 y ss; Mercader y Ovalle, op. cit., pp. 59 y ss.

STJOP : Sentencia de Tribunal de Juicio Oral en lo Penal.
 TC : Tribunal Constitucional.
 UTM : Unidad(es) Tributaria(s) Mensual(es).

Referencias

ÁLVAREZ ECHAGÜE, Juan M., Las sanciones tributarias frente a sus límites constitucionales, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004.

AROCENA, Gustavo A., Delitos Aduaneros, Editorial Mediterránea, Córdoba, Argentina, 2004.

BACIGALUPO SAGGESE, Silvina, El tratamiento penal de las ganancias provenientes del delito, en Nuevas tendencias del Derecho Penal Económico y de la Empresa (Luis Miguel Reyna Alfaro, coordinador), ARA Editores, Lima, Perú, 2005.

BAYTELMAN ARONOWSKY, Andrés, "Tiene derecho a guardar silencio..." La jurisprudencia norteamericana sobre declaración policial, en Colecciones Informes de Investigación N° 13, año 4, mayo de 2002, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.

BINDER, Alberto, "Introducción al derecho procesal penal", 2ª edición, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005.

COSIO JARA, Fernando, Manual de Derecho Aduanero. Doctrina, jurisprudencia y normatividad aduanera, Editorial Rodhas, Lima, 2002.

DOREN VILLASECA, Sebastián, Entrenamientos de Aduanas, contexto jurídico e importancia en la lucha contra los productos falsificados, en en Revista de Derecho, Universidad Finis Terrae, Tribunales Tributarios y Aduaneros, Segunda época, año I, N° 2-2013, Ediciones Universidad Finis Terrae, pp. 191-201.

DORN GARRIDO, Carlos, "El testimonio de oídas y el privilegio de no autoincriminación", artículo publicado en Revista de Derecho del Consejo de Defensa del Estado, disponible en su sitio web: www.cde.cl.

DUCE, Mauricio y RIEGO, Cristián, "Proceso Penal", Editorial jurídica de Chile, Santiago, 2007.

ESPEJO YAKSIC, Nicolás y LEIVA GARCÍA, Carla, Digesto de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Enero de 1984 – Febrero de 2012), Thomson Reuters, Santiago, 2012.

ETCHEBERRY, Alfredo, El Derecho Penal en la Jurisprudencia. Sentencias 1967-1982, Tomo IV, Parte General y Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, Santiago, 1987

ETCHEBERRY, Alfredo, Derecho Penal. Parte especial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 1998.

GALLARDO MIRAVAL, Juvenal, Los Delitos Aduaneros. Fundamentos de Comercio Internacional. Editorial Rodhas, Lima, 2008.

GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal, Parte General, Jurista Editores, Segunda Edición, Lima, 2012.

GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico, Parte General, Tomo I, Grijley, Lima, 2007.

GARCÍA CAVERO, Percy, Derecho Penal Económico, Parte Especial, Tomo II, Grijley, Lima, 2007.

GONZÁLEZ HOLMES, Rodrigo y RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, Manual de Derecho Aduanero, Thomson Reuters, Santiago, 2014.

GUZMÁN DALBORA, José Luis, "Contrabando y fraude aduanero", Edeval, Valparaíso, 1998.

HORVITZ LENNON, María Inés y LÓPEZ MASLE, Julián, Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004.

LÓPEZ DÍAZ, Antonio, El derecho a no autoinculparse y a no declarar contra si mismo en el procedimiento sancionador en materia tributaria, en "Temas de Derecho Penal Tributario", García Novoa, César y López Díaz, Antonio (Coordinadores), Marcial Pons, Madrid, 2000, pp. 53-77.

MANRÍQUEZ, Juan Carlos, Contrabando y delito contra la propiedad intelectual: límites típicos, en Revista de la Justicia Penal, N° 6, octubre 2010, Librotecnia, pp. 27-40.

MEDINA SCHULZ, Gonzalo, La primera declaración del imputado. En "La Prueba en el Nuevo Proceso Penal Chileno", Coloma Correa, Rodrigo, Editor, Editorial Lexis Nexis, Santiago, 2003, pp. 35 a 47.

MERCADER, Patricio y OVALLE, Fernando, El delito de contrabando en la jurisprudencia, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2000.

ORTIZ CHAMORRO, Pablo y RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, "Ganancias ilícitas. Una revisión crítica a su tratamiento legal en Chile", Ediciones Universidad Finis Terrae, Santiago, 2011.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime, Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática. Legis, Segunda edición, Bogotá, 2009.

PEÑA CABRERA FREYRE, Alonso Raúl, Derecho Penal, Parte Especial, Tomo VII, Idemsa, Lima, 2014.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ G., Cecilia, Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial, Editorial Jurídica de Chile, Segunda Edición, Santiago, 2006.

POLITOFF LIFSCHITZ, Sergio, MATUS ACUÑA, Jean Pierre y RAMÍREZ G., Cecilia Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte General, Editorial Jurídica de Chile, Segunda edición, Santiago, 2006

REVILLA GONZÁLEZ, José-Alberto, "El interrogatorio del imputado", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

RÍOS ÁLVAREZ, Rodrigo, Injusto monopolio. Entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador, en Revista Derecho y Humanidades, N° 16, vol. 1, Santiago, 2010.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, "Delitos Aduaneros", Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2010.

RODRÍGUEZ COLLAO, Luis y OSSANDÓN WIDOW, María Magdalena, Delitos contra la función pública, segunda Edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2011.

ROXIN, Claus, Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Thomson Civitas, Madrid, primera edición, 1997, reimpresión, 2007.

ROXIN, Claus, "Derecho Procesal Penal", Editores del Puerto, Traducción de la 25ª edición alemana, Buenos Aires, 2000.

SANCINETTI, Marcelo, "Casos de Derecho penal. Parte general". Hammurabi, 3ª edición, 2006, Buenos Aires.

TAVOLARI OLIVEROS, Raúl, "Instituciones del nuevo proceso penal. Cuestiones y casos". Editorial Jurídica de Chile, primera edición, 2007.

TOSI, Jorge Luis, Derecho Penal Aduanero, segunda edición actualizada y ampliada, Editorial Ciudad Argentina, 2002.

VARELA, Pablo, La Garantía de la no autoincriminación en materia penal tributaria, su relación con el deber de colaboración, en Derecho Penal Tributario, Tomo II, Alejandro Altamirano y Ramiro Rubisnka, coordinadores, Marcial Pons, Buenos Aires, 2008, pp. 1065-1131.

VIDAL ALBARRACÍN, Héctor, Delitos Aduaneros, Mario A. Viera Editor, 2ª edición, Corrientes, Argentina, 2006.

ZALAQUETT DAHER, José y NASH ROJAS, Claudio, Jerarquía de los Tratados sobre derechos humanos en Chile, en Revista de Derecho Procesal N° 20, Facultad de Derecho, Universidad de Chile, en Revista de Derecho Procesal N° 20, Santiago, 2005, pp. 61-97.

LGBTFOBIA NÃO É RACISMO, POR ENQUANTO: RISCOS E PERIGOS DAS TRANSMUTAÇÕES NORMATIVAS NO ÂMBITO DO DIREITO PENAL¹

Rogério Gesta Leal²

- ¹ Trabalho preparado para conferência no XI Congresso do Mercosul de Direito de Família e Sucessões, nos dias 07 e 08 de junho de 2019, em Gramado, RS.
- ² Desembargador do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, titular da Quarta Câmara Criminal. Doutor em Direito. Professor Titular da Universidade de Santa Cruz do Sul (UNISC) e da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP), nos cursos de graduação, Mestrado e Doutorado.

1 Notas introdutórias

O Supremo Tribunal Federal (STF) está apreciando neste momento (21 de fevereiro de 2019) ações constitucionais que versam sobre o tema da chamada lgbtfobia e as possibilidades da criminalização desta.³ Especificamente sobre a ADO/26, da relatoria do Ministro Celso de Mello, algumas questões foram apresentadas como premissas fundadoras dos argumentos que colaciona em seu voto e, como entendem-se, precisam ser problematizadas, entre as quais estão: (1) a de que determinados mandatos constitucionais de criminalização estariam autorizando a criminalização da lgbtfobia; (2) a de que a equiparação da lgbtfobia ao racismo não configuraria excesso do STF como legislador positivo, tampouco evidenciaria analogia em malen parten.

A discussão destes tópicos destacados dar-se-á a partir da demarcação teórica da função do Direito Penal hodiernamente.

2 Qual a função hodierna do Direito Penal?

Em um primeiro momento queremos compartilhar com Schünemann a premissa de que apenas com o iluminismo é que o direito penal, “sobretudo nas figuras de Beccaria e Hommel, transpôs-se da escuridão intelectual e moral da tradição cristã para a claridade da razão e da humanidade. E o fez por meio da doutrina do dano social como seu único e legítimo fim” (SCHÜNEMANN, 2018, p. 28).⁴ Ainda refere o autor que, no nascimento deste direito penal

moderno, a revelação divina, enquanto seu fundamento primeiro e último, foi substituída não por dedução lógica dos conceitos abstratos de direito e dever, mas pela ideia de contrato social e, com isto, pelo princípio normativo do consenso.

Essas premissas de Schünemann (2018) nos remetem, em parte, a Rousseau (2003) e ao entendimento dele de que o cidadão que viola o contrato social, veiculado pelas normas (jurídicas) de convivência intersubjetiva e institucional, prova dano de tal monta que reclama tratamento adequado, inclusive colocando em risco sua permanência no Estado e na Sociedade Civil.⁵

Por certo que não podemos aderir sem críticas a estas ideias hoje, em face de que, exemplificativamente, (i) aquele que defrauda o contrato e comete ilícitos – inclusive penais – mesmo que de maneira contumaz, tem o direito de reinserir-se na sociedade, devendo, portanto, manter seu status de pessoa; e (ii) o delinquente tem o dever de proceder a reparação dos danos causados, materiais e imateriais, e isto se funda na premissa da existência de personalidade reconhecida e operada socialmente.

Já Kant (1985) demonstra a lógica de que o Direito se apresenta como conjunto de condições sob as quais o arbítrio de uma pessoa pode conciliar-se com o de outra segundo lei universal de liberdade. Conforme aquela, quando o exercício de uma liberdade implica obstáculo contra a liberdade de outro, isto contraria a lei universal referida e, por isso, afigura-se como contrário ao Direito, impondo-se a coação para fazer cessar tais comportamentos ilegítimos; ou seja, coação e direito estão imbricados constitutivamente.⁶

3 Estamos falando da Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão (ADO) n.º. 26, da Relatoria do Ministro Celso de Mello, interposta pelo Partido Popular Socialista (PPS), e do Mandado de Injunção n.º. 4733, da relatoria do Ministro Luiz Edson Fachin, interpostas pela Associação Brasileira de Gays, Lésbicas e Transgêneros (ABGLT). Esta discussão já teve outro âmbito de enfrentamento mais truncado que foi o Mandado de Injunção n.º. 4.733, por meio do qual a mesma associação requereu a criminalização específica de todas as formas de homofobia ou transfobia, distribuído em 10 de maio de 2012, tendo como Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, que acabou por não conhecer da medida, entre outros argumentos, em face da existência do projeto de lei n.º. 122/2006 em tramitação no Congresso Nacional.

4 O autor ainda aduz que “ligado, assim, ao princípio bipolar da soberania popular, a limitação do direito penal ao único fim de evitação de danos sociais está inscrita nas premissas de todo estado democrático e integra, com isto, necessária e implicitamente todas as constituições de estados democráticos” (SCHÜNEMANN, 2018, p. 29). Para o autor – e neste ponto há divergências teóricas significativas, principalmente com Jakobs e seus adeptos – o princípio normativo de que o direito

penal deve servir para a prevenção de danos sociais transforma-se, com o tempo, na fórmula de *ultima ratio* para proteção de bens jurídicos. Mas não vamos explorar este tema aqui.

5 No livro I, cap. VI, o autor genebrino lembra que “cada um de nós põe em comum sua pessoa e todo o seu poder sob a suprema direção da vontade geral, e recebemos enquanto corpo cada membro como parte indivisível do todo” (ROUSSEAU, 2003, p. 32). Cf. LEAL, 2005.

6 Cf. KANT, 1985. Em especial a parte que trata do que chama o autor de *Del derecho de castigar y de perdonar*. É certo que há toda uma crítica muito fundada sobre a função retribucionista do Direito Penal em Kant, a qual não temos como abordar neste momento pois esta envolve os argumentos de que a pena retribui o mal causado pelo delito e, portanto, deve ser adequada à gravidade da culpabilidade refletida no fato delituoso, assim como a retribuição sob comento se apresenta, kantianamente, como fundamento da culpabilidade e da própria pena. Cf. BASTA, 2004.

Daí a assertiva de Schünemann no sentido de que

[...] o direito penal, enquanto proibição e ameaça de sanção, só retém efetividade se lhe logra motivar (negativamente, no sentido de uma omissão) o potencial infrator, ou seja, apenas quando esse se mostra apto a agir conforma a norma. A possibilidade de agir de outro modo constitui, por isso, um requisito implícito para que a norma penal produza efeitos preventivo-gerais.⁷ (SCHÜNEMANN, 2018, p. 33).

Mesmo que adotemos o critério proposto por Schünemann (2018) de que a função do Direito Penal seja a de prevenir e responsabilizar danos sociais e proteger bens jurídicos constitucionalmente demarcados pela ordem constitucional; ou que optemos por atribuir ao Direito Penal a função de ferramenta garantidora da identidade normativa da sociedade, constituída a partir de pactos institucionalizadores das regras de configuração da comunidade (constitucionais e infraconstitucionais)⁸; a verdade é que tal função só deve ser operada como último recurso (ultima ratio) de manutenção dos níveis de civilidade das relações sociais.

Mas quando estamos diante de situação que se amolde à necessidade do Direito Penal regular? Em outras palavras, quais os elementos identificatórios de demanda de ultima ratio que reclame a solução de natureza penal? É o que passamos a abordar.

3 De que *ultima ratio* estamos falando em Direito Penal?

Um dos grandes problemas teóricos e práticos do Direito Penal contemporâneo é o que lida com as possibilidades demarcatórias de sentidos de ele constituir-se – desde sua matriz liberal – da chamada ultima ratio do sistema jurídico enquanto ordenador das relações sociais, ultrapassando, pois, a experiência de ter

7 Ainda agrega o autor que “a racionalidade teleológica sob a forma do princípio da ultima ratio da proteção de bens jurídicos por meio da prevenção geral ameaçadora e o legitimador princípio da culpabilidade constituem os dois princípios jurídico-penais fundamentais de todo o estado democrático de direito” (SCHÜNEMANN, 2018, p. 34).

8 Estamos falando das reflexões de JAKOBS, 1998a, 1998b, 2003, 2004a, 2004b, 2004c.

sido usado como ferramenta despótica de governo para controlar comportamentos e condutas sociais indesejáveis (extrema ratio).⁹

Decorre de tal premissa filosófica, política e pragmática significativos princípios informativos do Direito Penal no Ocidente, desde os que envolvem a subsidiariedade, a reserva legal, a irretroatividade, entre outros, daí a conclusão de que o Direito Penal em tal perspectiva (liberal) deva ser utilizado de forma equilibrada, e que a sanção penal e a privação de liberdade só sejam determinadas quando necessária, ou seja, em face de que outros meios não foram eficazes para dar resposta adequada à prevenção e responsabilização da lesão do bem jurídico tutelado ameaçado ou atingido.¹⁰

Não há como se negar que a história do Direito Penal enquanto instrumento de punição por ilícitos praticados à disposição dos poderes instituídos contou com momentos de graves desvios de finalidade e abuso de poder, inclusive servindo, por vezes, como meio de vingança. Antes da Idade Moderna (e do Direito Penal Liberal), como bem lembra Sbriccoli (2009) em seu já clássico estudo, em especial no século XIV, o Direito Penal operava como extrema ratio, servindo de instrumento de governos despóticos, nos quais alguns magistrados, sem independência alguma, perseguiram de ofício os que eram nominados de criminosos a juízo dos governantes, conduzindo procedimentos persecutórios mesmo naquelas situações envolvendo crimes que dependiam de representação e nas quais as vítimas dos delitos já

9 Este debate tem tomado parte da agenda de penalistas e processualistas ocidentais nos últimos anos, razão pela qual vale a pena a leitura do texto de SCHÜNEMANN, 2013. Diz a apresentação de Luiz Greco: “O direito penal se ocupa das violações do contrato social que fundamenta a vida em comum, e não do âmbito da moral privada. E como as partes do contrato social apenas abdicam da parcela de liberdade mínima necessária para assegurar essa vida em comum, o direito penal tem de atender ao princípio da ultima ratio, de que cuida especialmente o segundo trabalho («O direito penal é a ultima ratio da proteção de bens jurídicos!»). É verdade que isso não significa, ao contrário do que ainda propõe a concepção dominante, que o direito penal seja sempre, automaticamente, o mais gravoso dos ramos do direito e que seja legítimo apenas se subsidiário, uma vez que o direito administrativo sancionador, em muitos casos, restringe a liberdade dos cidadãos de modo muito mais intenso. Schünemann tenta demonstrar a necessidade de levar em conta uma série de fatores, que vão desde o caráter do bem protegido até a possibilidade de a vítima proteger-se a si mesma (vítimo-dogmática – à qual logo abaixo retornaremos), e de abandonar o uso de meros slogans difamatórios” (SCHÜNEMANN, 2013, p. 11).

10 Cf. GOMES, 2005; DIAS, 2003.

tenham obtido as reparações devidas e não evidenciavam interesse algum no processo.¹¹

Ou seja, se até este momento histórico o centro neural da política era o Estado, o Governo e o exercício do poder político, a partir da Idade Moderna aquele indivíduo ganha espaço de protagonista com universo significativo de direitos reconhecidos publicamente, entre eles o da **liberdade**. Como diz Bobbio:

E' con la nascita dello stato di diritto che avviene il passaggio finale dal punto di vista del principe a quello dei cittadini. Nello stato dispotico i singoli individui hanno solo doveri e non diritti. Nello stato assoluto gli individui vantano nei riguardi del sovrano diritti privati. Nello stato di diritto l'individuo ha verso lo stato non solo diritti privati ma anche diritti pubblici. Lo stato di diritto è lo stato dei cittadini. (BOBBIO, 1990, p. 48).

Na velha Europa este movimento do qual fala Bobbio (1990) ganhou corpo substancial e o Direito Penal foi assumindo, progressivamente, no pensamento do século XVII, o primado da legalidade estrita enquanto decorrência da mens legens legitimamente instituída pelo sufrágio e soberania popular, a que deve obediência tanto a Comunidade como o Estado e Governo, agora, este, desconectado da propriedade dos grupos sociais mais ricos e poderosos.

Neste período do Setecentos encontramos, por outro lado, registros do aumento da criminalização normativa por parte do Estado. O Direito Penal, monopolizado pelos agentes políticos da ocasião, buscava educar e disciplinar os súditos com a ameaça da sanção, operando com a lógica do medo. Aqui o criminoso se confunde com o pecador, não raro identificado, em algumas situações de fundamentalismos religiosos, como feiticeiros e bruxas (bastava contrariar as ordens de submissão da Igreja, senhores feudais e monarcas), e nesta condição eram queimados vivos. As penas se exacerbaram e quantidades enormes de dispositivos legais surgiram com o fim de reprimir condutas e

¹¹ Ver o excelente estudo de SBRICCOLI, 2009, em especial quando aborda o tema "La benda della giustizia. Iconografia, diritto e leggi penali dal medioevo all'età moderna".

comportamentos não desejados pelos segmentos hegemônicos de poder existentes.¹²

De qualquer sorte, a pena é sempre a arma mais forte à disposição do sistema normativo e do Estado; aquela que mais danos provoca em face dos Direitos Fundamentais das pessoas atingidas por ela (físicas e jurídicas), evidenciando medida extrema de controle social. Por tais razões se tem dito que o legislador penal somente pode dispor sobre penas segregatórias ou invasivas da pessoa para aqueles comportamentos cujas punições se afigurem extremamente necessárias para a manutenção do sistema normativo enquanto referência identitária da sociedade, para os fins de não permitir a ameaça ou lesão a bens jurídicos demarcados por este sistema e a interesses fundamentais individuais ou sociais.¹³

Já na reflexão dos anos 1800, ganha fôlego o tema da subsidiariedade penal, justamente porque o Direito Penal passa a ser visto como ferramenta que lida com problemas de natureza social graves e consequências duras em termos de sancionamento, fazendo com que se exprima de maneira mais ampliada o conflito entre a exigência da ordem e segurança sociais em face da liberdade.¹⁴ Por tais razões é que Romagnosi (1836) abre seu clássico *Gênese do Direito Penal* alertando para o fato de que:

Sè cosa importante, anzi un diritto de'popoli, che la Legislazione non oltrepassi gl'immutabili confini della giusta moderazione nel decretare le pene, egli deve altresì essere cura della società tutta, che i suoi individui sieno persuasi della loro giustizia. Quanto è desiderabile all'ordine sociale quell' accordo, in cui il reo, nell'atto di subire la pena, dice a sè stesso: lo me la sono meritata! E lo spettatore pronuncia ch'ella è giusta! Questa voce, sollevata dal sentimento indelebile di approvazione pel giusto e pel vero, pròrio

¹² Cf. ASCHERI, 2008. Lembra o autor que o sistema penal já serviu para identificar pecado e crime, operando como uma "sorta di 'braccio armato di dio', veniva considerato come mezzo (oltre che per creare una società armoniosa dai valori condivisi) per realizzare il disegno divino in terra" (ASCHERI, 2008, p. 29), o que evidencia sua função de controle social associado aos interesses religiosos hegemônicos.

¹³ Daí porque a assertiva de Beccaria (2007, p. 38): "Ogni atto di autorità di uomo a uomo che non derivi dall'assoluta necessità è tirannico". Ver o instigante texto de MOCCIA, 1992. Igualmente sob uma perspectiva filosófica ver BRICOLA, 1965.

¹⁴ Cf. PALIERO, 1985.

dell'Essere intelligente e morale, è l'oracolo della stessa natura. (ROMAGNOSI, 1836, p. 5).

Partindo da premissa de que as penas são necessárias para contrafaticamente ratificar o sistema jurídico regulador das relações sociais, prevenir e responsabilizar os seus defraudadores e proteger bens jurídicos, elas devem configurar os últimos meios eficazes para conter as causas que lhes fazem surgir. O problema é que, também historicamente, o Direito Penal tem operado – mesmo em sociedades e Estados ditos democráticos – como extrema ratio, sendo utilizado como elemento essencial à garantia da estabilidade, segurança e previsibilidade de determinados interesses e relações e com isto incorporando razões de Estado nem sempre claras, o que se mostra muito perigoso até hoje.

Por isto é que temos de lembrar as lições liberais de Carrara (1993), no sentido de que a ciência criminal deve se ocupar com a demarcação dos limites a partir dos quais o Estado pode tutelar direitos e garantias, individuais e sociais, espoliando eventualmente direitos daqueles que violaram criminalmente os interesses legítimos e legais de terceiros. E isto se dá porque há outras maneiras deste Estado proteger direitos que não pela via da sanção penal, emergindo aqui a crença de Carrara sobre o Direito Penal estar fundado também no princípio da subsidiariedade – ao qual em seguida retornaremos, junto com a fragmentariedade.

Seguro que Estados Autoritários – ao menos alguns, como na experiência do fascismo italiano¹⁵ e do nazismo alemão, e mesmo em muitos regimes militares na América Latina das décadas de 1960 e 1980 – abusaram e abusam do Direito Penal para os fins do controle social pela via de intimidação, medo e terror, além, é claro, de golpear com isto a resistência civil e política da Sociedade.¹⁶ Mesmo sociedades e Estados não autoritários utilizaram recentemente o Direito Penal como ferramenta de controle

15 Como nos diz STORTI (2016, p. 61): "Il fascismo – 'falsificatore della legalità' – ha fatto del diritto penale, innanzitutto, uno strumento a tutela di se stesso – ha 'adulterato la legalità' "[lasciando] in vigore in apparenza nel codice penale il principio nulla poena sine lege, ma coll'istituzione del tribunale speciale e delle commissioni per il confino si dà al governo e alla polizia mano libera per perseguir l'innocenza, e per trasformarla volta per volta, secondo le istruzioni che scendono dall'alto, in delitto capitale". Na mesma direção ver CALAMANDREI, 1968.

16 Ver os excelentes textos de URIBE, 2002; HUERTAS, 1985.

comportamental não belicoso (moral e sexual), basta vermos a reflexão de Roxin (2014) sobre o tema na experiência alemã:

E também eu já escrevi que os resultados que se deduzem da ideia de bem jurídico "na maior parte dos casos [...] são postulados político-criminais constitucionalmente fundados, que o legislador deve levar em conta, mas que não o vinculam." [...] A situação é, contudo, diversa se, num determinado dispositivo, é de todo impossível encontrar uma finalidade protetiva capaz de sobreviver a uma avaliação racional. E este é justamente o caso nos tipos já mencionados, com os quais o Tribunal Constitucional alemão – não por acaso – teve de ocupar-se em detalhe: a homossexualidade entre adultos, a posse de drogas para consumo próprio e o incesto entre irmãos. O naufrágio de todas as tentativas de fundamentação, comprovado pelos vários comentadores das decisões, demonstra que aqui há verdadeira inconstitucionalidade. [...] Em favor desta conclusão há ainda um segundo argumento. A proibição de uma penalização nesses casos pode ser fundamentada não apenas "consequencialisticamente", isto é, ela decorre não apenas de circunstâncias de que os comportamentos incriminados não apresentem consequências lesivas para bens jurídicos de terceiros. Nestes três casos a não punibilidade está também fundada em razões "deontológicas", isto é, em razões "absolutas", independente da questão das consequências, a saber: que uma punição nesses casos significaria uma intervenção do legislador no "espaço nuclear da esfera privada", que está em todos os casos fora do alcance do Estado. (ROXIN, 2014, p. 51).

O mesmo ocorre na experiência norte-americana na década de 1960, conforme lição de Kadish (1968), ao lembrar que o Direito Penal, nas chamadas situações de overcriminalization, pode assumir papel injustificado e perigoso, em especial quando: (1) to declare or enforce public standards of private morality, (2) as a means of providing social services in default of other public agency, and (3) as a disingenuous means of permitting police to do indirectly what the law forbids them to do directly (KADISH, 1968, p. 22).¹⁷ Argumento similar é o de Packer, ao sustentar que o Direito Penal deveria ser o último recurso para controlar os comportamentos sociais indesejados socialmente (last resort principle):

17 Do mesmo autor ver o livro KADISH, 1987. Ver também o texto de BEALE, 2005.

There is the question of alternatives: what other means of social control are available to achieve the same ends? The question of alternatives is particularly crucial. If there are readily available alternatives that avoid or minimize the formidable battery of objections and obstacles we have been considering, they must be carefully weighed. If there are not, we must face, rather than reject out of hand, the alternative of doing nothing. [...] the kinds of limiting criteria that our hypothetically rational or prudent lawmaker ought to take into account in determining what kinds of conduct should (or should not) be made criminal. (PACKER, 2002, p. 250).¹⁸

Ou seja, como premissa informativa do lugar que deve ocupar o Direito Penal em sociedades e Estados Democráticos contemporâneos, sem sombra de dúvidas que a lógica meridiana da ultima ratio é correta, pois é oposta aos históricos abusos cometidos pelo uso arbitrário deste campo jurídico sob o argumento de racionalidade estratégica da extrema ratio, em especial ocorridos até quase o início da década de 1990.¹⁹

Se há consenso significativo sobre isto, aqui deixando de enfrentar o problema do conceito de ultima ratio em Direito Penal nas chamadas Sociedades de Risco em que vivemos²⁰, cumpre indagar se este conceito deve ser observado na demarcação normativa de quais bens serão protegidos por este campo do Direito, tanto no âmbito constitucional como infraconstitucional, que é o que passamos a fazer.

Por certo que há indeterminações semânticas e pragmáticas imensas no âmbito do conceito de ultima ratio em Direito Penal, e não poderia ser de outra forma, tanto em face da sua morfologia principiológica, que admite múltiplas possibilidades

18 Alerta ainda o autor que: "In a sense, all limiting criteria reduce themselves to a simple prescription: first thing first. The criminal sanction is the law's ultimate threat. [...] The sanction is at once uniquely coercive and, in the broadest sense, uniquely expensive. It should be reserved for what really matters. The prudent legislator, faced with the question of whether to make a certain kind of conduct criminal or (as it more frequently presents itself today) the question of whether to continue applying the criminal sanction to a certain kind of conduct, will ask himself what other means of control are available" (PACKER, p. 250).

19 Já tivemos oportunidade de sustentar que se figura adequado associar à ideia de ultima ratio do Direito Penal com o princípio filosófico e jurídico da proporcionalidade, aqui entendido em estreitos termos como a relação de adequação ponderada entre a ação típica e a reação punitiva, ou seja, a reação estatal de punição de condutas criminosas só será legítima se proporcional à conduta ofensiva ao bem jurídico protegido. Cf. LEAL, 2017.

20 Remeto a leitura dos textos de: BIDASOLO, 2011; BONETTI, 2006; CURBET, 2011; RIPOLLÉS, 2010.

de atribuições de sentidos (óbvio que não infinitas, ou contrárias aos seus fundamentos matriciais) como por conta dos contextos hipercomplexos nos quais opera. Mas isto não significa ser impossível estabelecer marcos atributivos a ele; ao contrário, é necessário tal medida, seja pela segurança jurídica que se exige na espécie, seja para os fins de termos controles públicos aferíveis sobre sua operação e eventuais violações.

Acreditamos que são os princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade no Direito Penal que podem, para os efeitos deste trabalho, fornecer alguns elementos de dossimetria material ao conceito fundacional de ultima ratio de que estamos tratando. Como sabemos, a ideia central da expressão subsidiariedade no Direito Penal está fundida com a de redução da intervenção penal nas relações sociais naquilo que se apresenta imprescindível, necessário e oportuno à observância do sistema jurídico como um todo e à manutenção da paz social pela via da proteção de bens jurídicos previamente e normativamente identificados, entrecruzando-se também com a ideia de fragmentariedade, enquanto aceitação de que o Direito Penal não pode servir para proteger todos os bens, mas somente aqueles eleitos (constitucionalmente e infraconstitucionalmente) mais relevantes para os fins já referidos, e frente a ataques mais graves. Por sua vez, ambos esses grupos de questões estão sob a premissa da intervenção mínima e proporcional.²¹

Os princípios referidos sinalizam que não somente o sistema e determinados bens jurídicos devem ser protegidos pelo Direito Penal, mas também devem ser protegidos do Direito Penal, pois, se para o reestabelecimento da ordem normativa violada e responsabilização/reparação do bem defraudado são suficientes medidas civis ou administrativas, são estas as que devem ser empregadas e não as penais. Vai nesta direção a reflexão de Bianchini, Molina e Gomes:

De qualquer modo, considerando-se que a sanção penal é o instrumento de controle social mais contundente com que conta o Estado, por força do princípio da proporcionalidade-necessidade (ou proibição de excesso) somente resultará

21 Cf. PUIG, 2017; NINO, 2007.

justificada sua intervenção, dentro do Direito Penal do *ius libertatis*, quando – em virtude do princípio da fragmentariedade – (a) entrem em jogo bens muito relevantes para a convivência humana e (b) unicamente a partir do momento em que seja intolerável o ataque; de outro lado – em razão do princípio da subsidiariedade –, desde que não exista outra forma de tutela mais adequada ou mais idônea (Direito civil, administrativo, trabalhista, etc.). (BIANCHINI; MOLINA; GOMES, 2009, p. 230).²²

Partilhamos deste entendimento, o Direito Penal há de ser a *ultima ratio* em face do conjunto do sistema jurídico vigente, evidenciando o seu caráter secundário e subsidiário para solver problemas que ocorrem na sociedade, e isto porque, ante a presença de outros meios menos lesivos do que os do Direito Penal, o princípio reitor deve ser que não está justificado qualquer recurso mais grave para aquelas situações quando podemos ter os mesmos ou melhores resultados de outros mais suaves.²³

A partir dessas demarcações teóricas preliminares, queremos enfrentar as questões originariamente propostas para este trabalho e que estão na base da argumentação do ministro Celso de Mello em seu voto sobre a matéria: (1) a de que determinados mandatos constitucionais de criminalização estariam autorizando a criminalização da lgbtfobia; e (2) a de que a equiparação da lgbtfobia ao racismo não configuraria excesso do STF como legislador positivo, tampouco evidenciaria analogia em *malen parten*.

4 (In)certezas sobre os Mandados Constitucionais de Criminalização e a LGBTfobia

É preciso que se diga, desde já, que o ministro Celso de Mello em seu voto explicita sua posição no sentido de que:

Cabe indagar, neste ponto, se se revela viável, em sede de controle abstrato de constitucionalidade, colmatar, mediante decisão desta Corte Suprema, omissão denunciada pelo

22 Cf. CONDE, 1989.

23 Como quer MAURACH; ZIPF, Heinz, 1994. Ver também o texto primoroso de COSTA, 2005, em especial a partir da página 89.

autor da presente ação direta, procedendo-se à tipificação penal de condutas atentatórias aos direitos e liberdades fundamentais dos integrantes da comunidade LGBT, definindo-se, ainda, a respectiva cominação penal, superando-se, desse modo, tal como expressamente pretendido pelo PPS, o princípio segundo o qual “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*”. [...] Entendo que não. É que a pretensão em referência – por importar em inadmissível substituição do Congresso Nacional – veicula clara transgressão ao postulado constitucional da separação de poderes e, também, ofensa manifesta ao princípio da reserva absoluta de lei formal em matéria de índole penal.²⁴

Ou seja, está a dizer o Relator que:

Como se sabe, a definição típica das condutas delituosas está subordinada ao postulado constitucional da reserva absoluta de lei formal (CF, art. 5º, XXXIX), o que inviabiliza qualquer pleito cujo acolhimento implique desconsideração dessa garantia fundamental, segundo a qual não há crime nem pena sem lei anterior que os defina, excluída, portanto, a possibilidade de utilização de provimento jurisdicional como sucedâneo de norma legal. Ninguém pode ignorar que, em matéria penal, prevalece, sempre, o postulado da reserva constitucional de lei em sentido formal.²⁵

Em tese, os argumentos lançados pelo Relator vão ao encontro dos acima declinados, envolvendo em particular a natureza especial das normas penais e seu processo de criação legítima pelo legislador constitucional e ordinário enquanto *ultima ratio*.

Mas sigamos em frente e, no ponto, para avaliarmos a contradição que opera o Relator na atribuição de sentido que outorga ao argumento de que a Constituição Federal brasileira de 1988 estabeleceu alguns mandados de criminalização²⁶ para

24 Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão - ADO nº26, impetrada pelo Partido Popular Socialista, acesso pelo site do STF: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4515053>, em 28/02/2019, p.26, grifo nosso.

25 Idem, p.27, grifo nosso. Ainda complementa o Relator que: “Não cabe, pois, ao Poder Judiciário atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765 – RTJ 161/739-740 – RTJ 175/1137, v.g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, só podem ser validamente definidos pelo Parlamento (J. J. GOMES CANOTILHO, “Direito Constitucional e Teoria da Constituição”, p. 636, item n. 4, 1998, Almedina)”. (p. 29).

26 Este tema, em verdade, não é novo na pauta do STF, eis que no Recurso Extraordinário nº. 418.376/MS, oriundo do Mato Grosso do Sul, e da Relatoria do ministro Marco Aurélio Mello, tendo como Redator para o acórdão o ministro Joaquim Barbosa, julgado em 09/02/2006, DJ de 23/3/2007,

o legislador e para todo o sistema jurídico nacional, induzindo a formatação de normas jurídicas incriminadoras particulares – em especial diante das disposições do art. 5º, incisos XLI e XLII, da Carta Política –, o que autorizaria a equiparação da lgbtfobia aos crimes de racismo.²⁷

Este argumento, em nosso entender, não se sustenta! A uma, porque a Constituição Federal não elenca de forma explícita a lgbtfobia como bem jurídico a ser protegido penalmente, como o faz com as práticas de racismo, tortura, tráfico ilícito de entorpecentes e terrorismo, os definidos (pelo legislador ordinário) como crimes hediondos; assim como com a ação de grupos armados, civis ou militares contra a ordem constitucional e o Estado Democrático e o crime de retenção dolosa do salário do trabalhador. A duas, porque vale também para o legislador constituinte e ordinário – e muito mais para o Judiciário – todas as petições de princípios referidas, em especial a de que não somente o sistema e determinados bens jurídicos devem ser protegidos pelo Direito Penal, mas também devem ser protegidos do Direito Penal, sob pena de termos ambientes desenfreados e incontrolados de banalização da criminalização.²⁸

Vale aqui a seguinte lição de grandes nomes do constitucionalismo brasileiro, como Cléve, Sarlet, Coutinho, Streck e Pansieri:

(i) o art. 5º, XLI não menciona expressamente que a punição de discriminações atentatórias contra os direitos fundamentais se fará por meio de tutela penal, como faria, por exemplo, o art. 5º, XLII; (ii) óbice na legalidade estrita em matéria penal, conforme o art. 5º, XXIX da Constituição; (iii) não havendo mandado constitucional de criminalização da homofobia, o Judiciário estaria se substituindo ao juízo político do Legislativo; (iv) que a tese da proteção insuficiente jamais teria sido usada para fundamentar a criminalização judicial de condutas; (v) a ausência de um direito subjetivo inviabiliza-

a Corte já enfrentara esta discussão no âmbito da negativa de equiparação do instituto da união estável ao casamento, para fins da incidência da hipótese especial de extinção de punibilidade nos tipos penais atinentes aos crimes contra os costumes.

27 Página 43, do voto, e seguintes. Novamente refere o Relator, no ponto, que: “Tem-se, pois, que é unicamente atribuível ao Poder Legislativo da União a obrigação jurídica de formulação de diplomas legislativos indispensáveis à efetivação dos mandados de incriminação a que aludem os incisos XLI e XLII do art. 5º da Constituição”. (p. 46).

28 Ver neste sentido os trabalhos de: ZAPATERO, 1995, p. 57-68; RIEZU, 1991; DONINI, 2011.

do pela omissão; (vi) que os fins pretendidos, ainda que nobres, não legitimariam os meios pretendidos pela associação impetrante, devendo tal questão ser discutida pelos meios constitucionalmente adequados e sem o comprometimento de outros princípios relevantes (a exemplo do mencionado art. 5º, XXIX). (CLÉVE et al., 2014).²⁹

Se há os chamados mandados constitucionais explícitos de criminalização no Brasil, eles se dirigem, fundamentalmente, ao legislador, e qualquer inversão desta competência matriz implica periclitamento à lógica do sistema normativo como um todo, inclusive à funcionalidade democrática das instituições republicanas. Por tais razões, nem mesmo a sofisticada argumentação de Canaris poderia servir para justificar a existência de mandados constitucionais **implícitos** de criminalização para o caso que estamos tratando, pois ainda estar-se-ia desconsiderando o papel do legislador na regulação da matéria, além de banalizando a função do Direito Penal.³⁰

Temos que é possível que mandados explícitos de criminalização, em determinados casos densificadamente marcados pela gravosidade da defraudação de bens jurídicos vitais, **e em face da insuficiência e ineficácia de outros meios menos violentos que os penais**, para dar proteção (preventiva e curativa) adequada aos direitos/interesses sob comento, possam autorizar medidas normativas e de concreção incriminatórias absolutamente necessárias e proporcionais para garanti-los de modo minimamente suficiente (proibição de proteção insuficiente).

Baseando-se neste raciocínio de validade coerencial, poderíamos firmar o entendimento de que impõem-se, como imperativo empírico categórico (a priori e a posteriori), a toda

29 Ver também a crítica no texto de STRECK, 2005.

30 Canaris, em prestigiado trabalho, defende que é possível o reconhecimento de imperativo de tutela no sistema jurídico, ainda que implícito, pelos seguintes argumentos: “[...] é preciso analisar se, simplesmente pelo fato de se tratar de um direito fundamental, o dever de proteção merece aplicação incondicional. Ilícitude da ação interventiva, em face do qual o agente causador de um dano a terceiro não pode invocar em seu favor a titularidade de direitos fundamentais, tais como, a liberdade, isto é, a violação de bens jurídicos alheios configura uma barreira jusfundamental geral ao exercício do direito de liberdade. Necessidade de proteção normativa ditada pelas circunstâncias fáticas: determina que os direitos fundamentais mais elementares, como a vida, a dignidade humana, a incolumidade física e moral e a liberdade, dotados que são de inquestionável primazia constitucional, quando submetidos a ataques mais repulsivos, exigem, constitucionalmente, proteção penal” (CANARIS, 2003, p. 47, grifo nosso).

e qualquer criminalização de atos e fatos (1) a mínima aferição quantitativa e qualitativa dos nexos causais das condições e possibilidades de tais enquadramentos; (2) a identificação global e contextualizada das violações concretas do sistema normativo identitário da sociedade e dos bens jurídicos envolvidos; e (3) a ponderação sobre se o meio eleito (norma penal) pode promover o fim almejado (evitação do crime). Estes são juízos de admissibilidade prévios à constituição de qualquer norma penal na perspectiva da ultima ratio.

Salvo melhor juízo, os argumentos colacionados pelo Relator do caso não apresentam a sociedade estes elementos. Ao contrário, em seu arrazoado, ele apresenta dados brutos de violência contra cidadãos da comunidade LGBT, asseverando que:

Os dados estatísticos revelados pelaos amici curiae demonstram que a comunidade LGBT no Brasil é, reiteradamente, vítima das mais diversas formas de agressão motivadas, única e exclusivamente, pela orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos, sendo as agressões físicas – lesões corporais e homicídios – a concretização efetiva do comportamento racista dirigido contra essa minoria, dissonante do padrão hétero-normativo prevalecente na sociedade brasileira. (ADO nº. 26, p. 37, grifo nosso).³¹

Deveríamos perguntar ao Relator: (a) desses casos citados foram aferidos quantitativamente e qualitativamente as motivações e nexos causais (diretos, indiretos, preponderantes, subsidiários) das agressões referidas (toxicológica, violência doméstica, sexual, psíquicas, disputas patrimoniais, alcoolismo, entre outros?); (b) com base em que dados e informações – e atribuição de sentidos a eles – chegou-se à conclusão de que as motivações foram única e exclusivamente em face da orientação sexual e/ou identidade de gênero dos indivíduos atingidos?; e (c) qual metodologia de investigação, coleta e interpretação de dados foram usadas na quantificação e qualificação dos informes de violência decorrente da orientação sexual e/ou identidade de gênero de indivíduos reprisados pelo Relator em seu voto?

O Relator ainda informa que 445 homicídios contra o grupo LGBT ocorreram no ano de 2017, mas não esclarece quais as

31 ADO nº. 26, p. 37, grifo nosso.

circunstâncias destes casos que revelaram de forma indubitosa razões homofóbicas como causas culturalmente motivadas preponderantes para os comportamentos criminosos³² e se foram condenados ou seus autores pelo delito de homicídio, já existente no Código Penal. Ou será que isto não é importante para aferirmos a necessidade de uma ultima ratio ao seu enfrentamento?

O Relator afirma que

[...] a maioria dos casos de violência contra LGBT é praticada por pessoas conhecidas da vítima (61,9%), como familiares e vizinhos, e a maior parte das violências (42%) ocorre no ambiente doméstico (21,1% dos casos, dentro da casa da própria vítima, 7,5% na casa do suspeito) e as agressões ocorridas nas ruas somam 30,8%.³³

Assim, podemos questionar se (a) são conhecidas as causas reais das pessoas conhecidas da vítima que levaram a violência perpetrada?; (b) foram investigadas as razões da violência doméstica indicada?; (c) há informações sobre os detalhes de suas motivações efetivas quando as agressões **são** ocorridas nas ruas?; e (d) destes casos indicados, não houve a respectiva investigação e processo de responsabilização penal por lesões corporais, crimes contra a honra, homicídios, entre outros tipos penais existentes no sistema jurídico?

Faltou ao Relator – já que está propondo a criminalização da lgbtfobia – o que Streck (2008) chama de prognose, ou seja, “as medidas tomadas pelo legislador devem ser suficientes para uma proteção adequada e eficiente e, além disso, basear-se em cuidadosas averiguações de fatos e avaliações racionalmente sustentáveis” (STRECK, 2008, grifo nosso).

É óbvio que há atos de violência no Brasil contra cidadãos da comunidade LGBT! É inequívoco que tais situações são inadmissíveis e precisam de prevenção adequada e eficiente, além de responsabilização jurídica! O que temos de indagar é se a resposta que o Estado – e também a sociedade – tem de dar deva ser de natureza penal? E pela via do Judiciário, em sede

32 ADO nº. 26, p. 37. Na página 38 o Relator reconhece que os dados os quais apresenta sobre o tema podem ser imprecisos.

33 ADO nº. 26, p. 37.

de ADO, criminalizando algo que a Constituição não determina, tampouco elege como bem jurídico penal, considerando ainda que o Parlamento tem em sua pauta a matéria para avaliação ponderada.³⁴

Basta avaliarmos o excelente trabalho científico de Pereira (2017) para nos darmos conta da quantidade significativa de políticas públicas que tem se desenvolvido para a comunidade LGBT no Brasil nos últimos anos, o que tem aumentando os níveis de conscientização e sensibilidade para o respeito e convivência multicultural no país.

É democraticamente legítimo a sociedade brasileira, por intermédio de seus representantes parlamentares e mesmo pela via de políticas públicas, discutir o tema/problema da homofobia, porque efetivamente é uma realidade inafastável do cotidiano nacional; assim como não ter se consolidado parâmetros mais objetivos e universais (para a nossa realidade) de identificação e mensuração científica sobre ser a homofobia a causa exclusiva ou preponderante de discriminações, preconceitos e violências contra pessoas pertencentes àquela comunidade.

Por tais razões é que o Congresso Nacional tem em sua pauta esta matéria tramitando – vagarosamente, é verdade – e está fazendo pela via da criminalização de algumas condutas. Daí o argumento de Cunha (1995) no sentido de ser possível e legítima esta escolha normativa pela via do processo legislativo. No entanto, outra coisa é reconhecer hipótese de criminalização obrigatória decorrente de dever constitucional de proteção, pois aqui está em jogo sabermos se a proteção suficiente de determinado bem jurídico (mesmo de estatura constitucional) reclama norma de natureza penal como instrumento obrigatório para fazê-lo adequadamente. Vejamos o que diz a autora:

Mas sera esta uma posição de sufragar? Existirá, de facto, um núcleo próprio do Direito Penal, que por essência lhe pertença, podendo-se defender a existência de imposições constitucionais de criminalização em relação a ele? E como determina-lo de forma mais exhaustiva? E quais as indicações

34 Está tramitando no Senado Federal o PLS nº. 515/2017, que visa punir a discriminação ou preconceito de origem, condição de pessoa idosa ou com deficiência, gênero, sexo, orientação sexual ou identidade de gênero.

que a Constituição oferece (se é que oferece) nesse sentido? Por outro lado, qual o papel da evolução histórica – social, cultural e econômica na sua determinação? E quais os eventuais poderes – e sua legitimidade – dos órgãos de controle da constitucionalidade para a sua definição e imposição ao legislador? No fundo, as várias questões poderão reconduzir-se a esta: dever-se-a defender a existência de valores constitucionais mais essenciais, para cuja proteção se tera, necessariamente, de recorrer ao instrumento de defesa mais forte, sem que tal implique um afastamento das categorias constitucionais da criminalização, nem uma anulação prática do princípio da separação de poderes? (CUNHA, 1995, p. 300).

Quando o Constituinte pretendeu instituir determinados bens jurídicos penais constitucionais, o fez expressa e gramaticalmente, basta vermos as disposições já referidas anteriormente (art. 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV; art. 7º, inciso X; o antigo e revogado art. 192, parágrafo 3º). Em todos estes momentos as normas indicadas determinaram mandados de incriminação explícitos. Todavia, no art. 5º, inciso XLI, assim como no art. 227, parágrafo 4º, o legislador constitucional optou por punir qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais e por punir severamente o abuso, a violência e a exploração sexual da criança e do adolescente.

Qual a interpretação conforme vamos dar a este tratamento diferenciado de bens jurídicos? Ou não há diferença alguma nestas expressões? O ato de punir se dá exclusiva ou preponderantemente pela via da incriminação? Ou a incriminação seria a ultima ratio, já que há outras formas de punição possíveis no sistema normativo (cíveis, administrativas)?

Por certo que a melhor interpretação possível, em nome da coerência e integridade do sistema jurídico como um todo, é compreendermos que os mandados constitucionais de criminalização existem somente de forma explícita – sob pena de abrirmos um leque incontrolável de possibilidades interpretativas ilegítimas e incompetentes, o que fragilizaria a própria estrutura republicana das instituições democráticas e representativas, banalizando do Direito Penal com lógica instituinte de extrema ratio.

E na espécie não é possível infirmarmos que a Constituição brasileira está determinando que se criem normas penais para incriminar a lgbtfobia, repetimos: a uma, porque não se trata de bem jurídico penal até agora eleito pela norma magna, e sequer por regra complementar ou ordinária no sistema jurídico brasileiro; a duas, não podemos negar, já há legislação penal que é aplicada às situações fáticas declinadas pelo Relator no seu voto, como os crimes de lesão corporal, os de homicídio, e mesmo os crimes contra a honra; a três, inexistem razões suficientes no voto do Relator para demonstrar que inexistem outras legislações e políticas de proteção da comunidade LGBT menos agressivas que a incriminação, imperativo categórico de admissibilidade de novo dispositivo penal.

A partir deste raciocínio, sequer a ADO seria possível de conhecimento, pois, conforme o voto do Ministro Alexandre de Moraes nesta ação:

As normas constitucionais que permitem o ajuizamento da ação direta de inconstitucionalidade por omissão não decorrem de todas as espécies de omissões do Poder Público, mas tão so em relação às normas constitucionais de eficácia limitada de princípio institutivo e caráter impositivo e das normas programáticas vinculadas ao princípio da legalidade, por dependerem de atuação normativa ulterior para garantir sua aplicabilidade.³⁵

A partir do esclarecimento dessas questões teóricas e pragmáticas sobre fundamentos dos deveres de proteção do Estado, sob o ponto de vista do excesso e da insuficiência, outro tema relevante é a pretensão do Relator em operar transmutação ampliativa de norma penal em sede de racismo, sobre o qual passamos a tratar.

5 Morfologias sígnicas dissonantes do crime de racismo para albergar a LGBTfobia

O ministro Celso de Mello busca sustentar a tese de que a lgbtfobia é uma espécie de crime de racismo, e dispensa volume

³⁵ Voto do Ministro Alexandre de Moraes, p. 08.

significativo de argumentos para tanto, todavia, a nosso entender, equivocados no ponto.³⁶ O que se discute, ao fim e ao cabo, no ponto, é a possibilidade de se conferir interpretação conforme a Constituição ao conceito de raça, previsto na lei n.º. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a fim de que se reconheçam como crimes tipificados nesta lei comportamentos discriminatórios e preconceituosos contra a população LGBT (lésbicas, gays, bissexuais, travestis, transexuais e transgêneros).

Uma vez já plasmada nossa posição de que inexistem mandados constitucionais de incriminação explícitos (únicos eventualmente aceitáveis para os fins desta ação constitucional) que estejam a obrigar o Estado a criminalizar a homofobia em face da natureza, das funções e dos limites do Direito Penal – principalmente levando em conta a legitimidade democrática para legislar sobre a matéria –, cumpre verificar os níveis de coerencialidade sistêmica da pretensão do Relator em ampliar o conceito de racismo, haurido da lei n.º. 7.716/1989, ao ponto de albergar nesta a homofobia.

Tenhamos presente, antes de qualquer coisa, que a lei n.º. 7.716/1989 é norma penal e como tal passou por amplo processo de discussão legislativa competente, que cumpriu, aí sim, com mandado constitucional de incriminação explícito disposto no art. 5º, inciso XLI, da Constituição (BRASIL, 1988). Nesta lei o Congresso Nacional – tanto em 1989, como em 1997, com a lei n.º. 9.459 – delimitou categorialmente a densificação material das espécies de racismo que estariam recebendo tratamento incriminatório, a saber: os crimes resultantes de discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia, religião ou procedência nacional. Atribui, pois, esta lei penal, naquela quadra histórica, efetivação punitiva como forma de proteger bens jurídicos a uma parte do comando estabelecido no art. 3º, IV, da Carta Política, referente especificamente à origem, raça e cor, em nada tratando das questões sexuais, idade, ou quaisquer outras formas de discriminação.

Se os legisladores da lei sob comento desejassem penalizar outras condutas em nível de racismo – como questões atinentes à sexualidade, idade ou outras formas de discriminação – o teriam

³⁶ ADO n.º. 26, p. 69 e seguintes, item 12.2.

feito de maneira expressa, o que não ocorreu. E porque isto não ocorreu? Não sabemos, mas **talvez** porque: (a) inexistiam causas suficientes para mobilizar/sensibilizar a sociedade/opinião pública para os fins de aplicar a ultima ratio no âmbito de proteção daqueles direitos; e/ou (b) existiam outras políticas públicas e normas não penais que já desempenhavam as funções protetivas a contento em face dos problemas, riscos e perigos existentes aqueles direitos.

Tampouco os argumentos do ministro Alexandre de Moraes afastam as premissas defendidas aqui, quando ele fala que:

A existência de poucas e esparsas políticas públicas e, principalmente, legislações estaduais para combater as práticas homofóbicas e transfóbicas não afasta a omissão constitucional, em face da exigência de proteção legal satisfatória contra atentados discriminatórios aos direitos e liberdades fundamentais praticados em virtude de orientação sexual e identidade de gênero. (p. 21, grifo nosso).

Isto porque o ministro admite a existência de outros meios de enfrentamento dessa questão que não o Direito Penal, mas diz serem insuficientes, sem mostrar razões, dados, elementos fáticos e estatísticos referentes a tais insuficiências.

Podemos concordar, como quer o parecer do Ministério Público junto ao STF nesta ação, que “condutas contrárias à liberdade de orientação sexual possuem nítido caráter discriminatório e violador da dignidade do ser humano, em patente confronto com esse conjunto de normas constitucionais” (p. 70). Todavia, não temos como cientificamente provar – plano da prognose – que “**a homofobia decorre da mesma intolerância** que suscitou outros tipos de discriminação, como aqueles em razão de cor, procedência nacional, religião, etnia, classe e gênero”. Mas mesmo que assim fosse, a legislação de incriminação do racismo no Brasil **ainda** não contempla a homofobia como uma de suas espécies e não há malabarismo hermenêutico de natureza garantista-positiva que o faça.

A estratégia e o esforço hercúleo de hermenêutica-instrumental do culto Relator, em quase 40 laudas (e quase 30% de todo o voto), para sustentar a equiparação da homofobia como espécie de crime racial, a nosso sentir, não logrou êxito. Nesta esteira,

poderíamos perguntar: por que não atribuir legislativamente a certos preconceitos e discriminações fundadas em questões de idade como espécies de crime racial? Por várias razões: (a) porque a lei que trata de crime racial não o fez; (b) porque há outras políticas públicas e leis que se encarregam disto no país; e (c) porque talvez estes outros instrumentos não penais estejam dando conta de demandas desta natureza, dispensando o uso do meio mais violento do sistema jurídico para tanto – a ultima ratio.

É óbvio que a definição antropológica, filosófica, sociológica, cultural e de tantos outros campos do conhecimento sobre o racismo se alteram no tempo e no espaço de acordo com os parâmetros epistêmicos de cada qual, movidos por fenômenos por vezes incontroláveis e mais diversos. É certo também que tais cenários mutacionais – e suas razões fundantes – operam influências (positivas e negativas) no campo jurídico e seus sistemas constitutivos, o qual reage em tempos e espaços procedimentais próprios (processo legislativo, competências constitucionais e infraconstitucionais, formatação de políticas públicas), sendo que a violação de tais protagonismos pode causar instabilidades sistêmicas e estruturais nas relações de poder e sinergias necessárias à democracia contemporânea.

O Parlamento brasileiro tem em sua pauta de trabalho projetos de leis sobre a matéria que estamos debatendo aqui – o projeto de lei nº. 122/2006 e o PLS nº. 515/2017 –, evidenciando que está preocupado com o tema e que este será enfrentado com a devida cautela, justamente por tratar-se de pretensão incriminadora de ultima ratio. Até a deliberação final do processo legislativo competente, o sistema jurídico não pode recepcionar a pretensão da ADO 26 de ver criminalizada a homofobia como crime racial.

A simples substituição do Legislativo pelo Judiciário neste tema, para além de por em risco a separação dos poderes e mesmo a estabilidade da Democracia, em seu plano majoritário e contramajoritário, abre flancos ilegítimos de decisão política, impondo fissuras comprometedoras da própria identidade institucional de determinados atores, aliás advertência já destacada pelo próprio Relator do caso em 2006:

Não cabe, ao Poder Judiciário, em tema regido pelo postulado constitucional da reserva de lei, atuar na anômala condição de legislador positivo (RTJ 126/48 – RTJ 143/57 – RTJ 146/461-462 – RTJ 153/765, v. g.), para, em assim agindo, proceder à imposição de seus próprios critérios, afastando, desse modo, os fatores que, no âmbito de nosso sistema constitucional, so podem ser legitimamente definidos pelo Parlamento. É que, se tal fosse possível, o Poder Judiciário – que não dispõe de função legislativa – passaria a desempenhar atribuição que lhe é institucionalmente estranha (a de legislador positivo), usurpando, desse modo, no contexto de um sistema de poderes essencialmente limitados, competência que não lhe pertence, com evidente transgressão ao princípio constitucional da separação de poderes. (BRASIL, 2006, p. 36).³⁷

E o que fez o Relator em seu voto? Diz que a lgbtfobia é crime de racismo. Simples assim. E com isto subverteu toda a ordem lógica e sistêmica de criação de norma penal no Estado Democrático de Direito!

Mas que alternativa teria o Relator? Em um primeiro momento, colocar em mora o Parlamento em face até dos projetos de lei que se encontram nas suas comissões, talvez dando maior prazo para consultas populares, audiências públicas – para que se debata quais as especificidades da incriminação que a sociedade deseja para a lgbtfobia –, particularidades de tipificação material, níveis distintos de penas, alternativas a estas penas, regimes de cumprimento, etc. Agindo assim, o STF faria valer seu ofício de guardião da Constituição e da Democracia, fomentando espaços plurais de interlocução e criação de consensos frutos de entendimentos fundados racionalmente.

E as discriminações e preconceitos contra a lgbtfobia existentes hoje, como seriam tratados neste meio tempo? Por meio das políticas públicas existentes, melhorando-as também; por

³⁷ Este mantra é repetido pelo Ministro Alexandre de Moraes em seu voto, a despeito de votar com o Relator adotando fundamentalmente seus argumentos, ao assentir que: “Esses princípios, portanto, afastam a possibilidade de colmatação da omissão constitucional por meio de criação de novo tipo penal pelo Poder Judiciário, pois configuram garantia essencial de um Estado de Direito, assegurando que a regulamentação da amplitude do exercício do direito sancionador do Estado, e consequentemente da liberdade do indivíduo, depende, exclusivamente, da prévia manifestação de vontade dos representantes populares, detentores de mandatos eletivos, diretamente eleitos pelo povo, conforme o parágrafo único do art. 1º da Constituição Federal”. (p. 39, grifo nosso). Cf. LEAL; HENNIG, 2011.

meio de todo o sistema penal que opera a seu favor, com os tipos penais que já existem e que, mal ou bem, cumprem função importante.³⁸

E nem se diga, neste tema sob comento, que estamos diante das chamadas cláusulas abertas (open-ended provisions) da Constituição, que oportunizam, diante de cada caso concreto, valorações de razoabilidade, adequação, proporcionalidade, tolerabilidade e, ainda, ao contrapeso de bens na espécie. Nos encontramos, isto sim, no limite, não diante da hierarquia impositiva de normas jurídicas constitucionais, mas diante de caso que demanda a coordenação entre as funções do Estado.³⁹

Esta coordenação entre as funções e poderes estatais é cada vez mais urgente e permanente, eis que as demandas apresentadas hoje às instituições públicas são cada vez maiores e mais complexas, reclamando equilíbrios sempre instáveis de proceder de todos os protagonistas, sob pena de causarmos atrofias e sobreposições fragilizantes à legitimidade democrática de cada qual.

No caso do Poder Judiciário, temos que as ações deste devem corresponder ao asseguramento das regras do jogo estabelecidas pelo sistema jurídico como um todo, recompondo eventuais assimetrias e desequilíbrios provocados pelos demais atores sociais (Mercado, Política, Parlamento, Executivo) exclusivamente para os fins de reestabelecimento deles mesmos. Isto implica, por vezes, dar concretude a direitos e garantias violados, mas procurando adentrar sempre o mínimo possível em campos de atuações do Executivo e Legislativo, criando situações provocativas de mora e inadimplência destas instituições para que ainda tenham oportunidade de ajustar os equívocos cometidos.

³⁸ Lembremos de alguns casos de personalidades importantes, como: (a) ação civil pública movida pelo Ministério Público Federal de São Paulo contra o pastor Silas Malafaia por suas posturas homofóbicas, incentivando a violência contra a comunidade lgbt; (b) a denúncia administrativa da defensoria pública contra o apresentador Ratinho, após a publicação de um vídeo em que ele reclama do número de homossexuais em novelas da Globo; (c) A ação civil pública ajuizada pelo Grupo Diversidade Niterói, Grupo Cabo Free de Conscientização Homossexual e Combate à Homofobia, e Grupo Arco-Íris de Conscientização contra o então deputado Jair Bolsonaro em face de suas declarações homofóbicas em programa da TV bandeirantes. Ver ainda o excelente estudo e levantamento de políticas públicas no âmbito da comunidade lgbt evidenciado pelo trabalho de Mello et al. (2012). Em nenhum destes casos foi preciso lançar mão de normas penais.

³⁹ Como quer QUEIROZ, 2000, p. 134. Ver neste sentido o trabalho de CANAS, 1997, p. 323.

Referências

ASCHERI, Mario. **Introduzione storica al diritto moderno e contemporaneo**. Torino: Giappichelli, 2008.

BASTA, Danilo. La Justicia Penal en Kant. **Endoxa**, v. 1, n. 18, 2004. In http://e-spacio.uned.es/fez/justicia_penal.pdf, acesso em 09/02/2017.

BEALE, Sara Sun. The many faces of overcriminalization: from morals and mattress tags to overfederalization. **American University Law Review**, v. 54, n. 3, p. 747-780, 2005. Disponível em: <http://scholarship.law.duke.edu/>. Acesso em: 18 jul. 2017.

BECCARIA, Cesare. **Dei delitti e delle pene**. Milano: Giuffrè, 2007.

BIANCHINI, Alice; MOLINA, Antonio García-Pablos; GOMES, Luiz Flávio. **Direito Penal: Introdução e Princípios Fundamentais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIDASOLO, Mirentxu Corcoy. Legitimidad de la protección de bienes jurídico-penales supraindividuales. **Revista do CENIPEC**, Barcelona, v. 30, 2011.

BOBBIO, Norberto. **L'età dei Diritti**. Torino: Einaudi, 1990.

BONETTI, Paolo. **Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche**. Bologna: Feltrinelli, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Lei nº. 7.716, de 5 de janeiro de 1989. Define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 06 jan. 1989.

BRASIL. Lei nº. 9.459, de 13 de maio de 1997. Altera os arts. 1º e 20 da Lei nº 7.716, de 5 de janeiro de 1989, que define os crimes resultantes de preconceito de raça ou de cor, e acrescenta parágrafo ao art. 140 do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 mai. 1997.

BRASIL. Ministério Público Federal. **Ação Direta de Inconstitucionalidade por Omissão 26/DF**. Voto do ministro Alexandre de Moraes.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Pleno MS 22.690-1/CE. Relator: min. Celso de Mello. **Diário da Justiça**, Seção I, 7 dez. 2006.

BRICOLA, Franco. **La discrezionalità nel diritto penale**. v. 1. Roma: Giuffrè, 1965.

CALAMANDREI, Piero. La certezza del diritto e le responsabilità della dottrina. In: OÑATE, Francisco Lopez de. **La certezza del diritto**. Milano: Giuffrè, 1968.

CANARIS, Claus-Wilhelm. **Direitos Fundamentais e Direito Privado**. Tradução de Ingo Wolfgang Sarlet e Paulo Mota Pinto. Lisboa: Almedina, 2003.

CANAS, Vitalino. O princípio da proibição do excesso na Constituição: arqueologia e explicações. In: MIRANDA, Jorge (coord.). **Perspectivas Constitucionais II**. Nos 20 Anos da Constituição de 1976. Coimbra: Coimbra Editora, 1997.

CARRARA, Francesco. **Programma del Corso di Diritto Criminale**. Del delitto e della pena. Bologna: Il Mulino, 1993.

CLEVE, Clèmerson Merlin et al. Perigo da criminalização judicial e quebra do Estado Democrático de Direito. **Portal Consultor Jurídico**. 21 ago. 2014. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2014-ago-21/senso-incomum-criminalizacao-judicial-quebra-estado-democratico-direito>. Acesso em: 11 ago. 2014.

CONDE, Francisco Muñoz. **Introducción a la Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

COSTA, José Francisco de Faria. **Linhas de Direito Penal e de Filosofia**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. **Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização**. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

CURBET, Jaume. **Un Mundo Inseguro: la seguridad en la sociedad del riesgo**. Barcelona: UOC, 2011.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **O papel do direito penal na protecção das gerações futuras**. 2003. Disponível em: <http://www.defensesociale.org/02/9.pdf>. Acesso em: 04 set. 2017.

DONINI, Massimo; PAVARINI, Massimo (ed.). **Sicurezza e Diritto Penale**. Bologna: Bononia University Press, 2011.

GOMES, LUIZ Flávio Gomes. **As grandes transformações do direito penal tradicional**. Série as ciências criminais no século XXI. São Paulo. Revista dos Tribunais, 2005.

HUERTAS, Emiro Sandoval. **Sistema penal y criminología crítica**. Bogotá: Temis, 1985.

JAKOBS, Ghünter. **¿Qué protege el Derecho Penal: bienes jurídicos o la vigência de la norma?** Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004a.

JAKOBS, Ghünter. **Dogmática de derecho penal y la configuración normativa de la Sociedad**. Madrid: Thomson Civitas, 2004b.

JAKOBS, Ghünter. La autocomprensión de la ciência del derecho penal ante los desafíos del presente. In: HASSEMER, Winfried (org.). **La ciência del derecho penal ante el nuevo milênio**. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004c.

JAKOBS, Ghünter. **Sobre la normativización de la dogmática jurídico-penal**. Madrid: Civitas, 2003.

JAKOBS, Ghünter. **Sobre la teoria de la pena**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998a.

JAKOBS, Ghünter. **Sociedad, Norma, Persona en una teoria de un Derecho Penal funcional**. Colombia: Universidad Externado, 1998b

KADISH, Sanford H. **Blame and Punishment**. New York: Macmillan, 1987.

KADISH, Sanford H. The Crisis of Overcriminalization. **American Criminal Law**, n. 17, 1968. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2550&context=facpubs>. Acesso em: 18 jul. 2017.

KANT, Immanuel. **Fundamentación de la metafísica de las costumbres**. Madrid: Marcial Pons, 1985.

LEAL, Rogério Gesta. **Responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade**. Porto Alegre: FMP, 2017. Disponível em <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>. Acesso em: 02 jul. 2019.

LEAL, Rogério Gesta. **Teoria do Estado: cidadania e poder político na modernidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

LEAL, Rogério Gesta; HENNIG, Mônica Clarissa (org.). **Ativismo judicial e déficits democráticos**: algumas experiências latino-americanas e europeias. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

MAURACH, Reinhart; ZIPF, Heinz. **Derecho Penal**. Parte general I. Teoría General del Derecho Penal y estructura del hecho punible. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MELLO, Luiz et al. Para além de um kit anti-homofobia: políticas públicas de educação para a população LGBT no Brasil. **Bagoas – Estudos gays: gêneros e sexualidades**, v. 6, n. 07, 26 nov. 2012. Disponível em: http://www.cchla.ufrn.br/bagoas/v06n07art06_melloetal.pdf. Acesso em: 03 mar. 2019.

MOCCIA, Sergio. **Il Diritto Penale tra essere e valore**: funzione della pena e sistematica teleológica. Roma: Edizioni Scientifiche Italiane, 1992.

NINO, Carlos Santiago. **Fundamentos de Derecho Penal**. Buenos Aires: Gedisa, 2007.

PACKER, Herbert L. **The limits of the criminal sanction**.

PALIERO, Carlo Enrico. **Minima non curat praetor**. Iperrofia del diritto penale, decriminalizzazione dei reati bagatellari. Padova: CEDAM, 1985.

PEREIRA, Matheus Mazzilli. Movimento LGBT e políticas públicas nos governos federais do Partido dos Trabalhadores (2003-2014): trajetória e características. **Revista Estudos de Sociologia**, Recife, v. 2, n. 23, 2017.

PUIG, Santiago Mir. El principio de proporcionalidad como fundamento constitucional de límites materiales del Derecho Penal. In: PUIG, Santiago Mir (org.). **Constitución y Principios del Derecho Penal**. Buenos Aires: Valletta Ediciones, 2017.

QUEIROZ, Cristina. **Interpretação Constitucional e Poder Judicial**. Coimbra: Coimbra Editora Ltda, 2000.

RIEZU, Antonio Cuerda. **El legislador y el Derecho Penal (una orientación a los orígenes)**. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramon Areces, 1991.

RIPOLLÉS, José Luis Díez. De la Sociedad del Riesgo a la Seguridad Ciudadana: un debate desenfocado. **Doutrinas Essenciais de Direito Penal**, v. 2, p. 975-1021, out. 2010.

ROMAGNOSI, Giandomenico Domenico. **Genese del Diritto Penale**. Milano: Biblioteca Vittorio Emanuele, 1836.

ROUSSEAU, Jean Jacques. **O Contrato Social**. São Paulo: Martin Claret, 2003.

ROXIN, Claus. **Novos Estudos de Direito Penal**. São Paulo: Marcial Pons, 2014.

SBRICCOLI, Mario. **Storia del diritto penale e della giustizia**. Milano: Giuffrè, 2009.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Estudos de direito penal, direito processual penal e filosofia do direito**. São Paulo: Marcial Pons, 2013.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Direito Penal, Racionalidade e Dogmática**. Sobre os limites invioláveis do direito penal e o papel da ciência jurídica na construção de um sistema penal racional. São Paulo: Marcial Pons, 2018.

STORTI, Claudia (a cura de). **Le legalità e le crisi della legalità**. Torino: Giappichelli Editore, 2016.

STRECK, Lênio Luiz. A dupla face do princípio da proporcionalidade: da proibição de excesso (übermassverbot) à proibição de proteção deficiente (untermassverbot) ou de como não há blindagem contra normas penais inconstitucionais. **Revista da Ajuris**, Porto Alegre, v. 32, p. 171-202, 2005.

STRECK, Lenio Luiz. O dever de proteção do Estado (Schutzpflicht). O lado esquecido dos direitos fundamentais ou qual a semelhança entre os crimes de furto privilegiado e o tráfico de entorpecentes?. **Revista Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 1840, 15 jul. 2008. Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/11493/o-dever-de-protecao-do-estado-schutzpflicht>. Acesso em: 01 mar. 2019.

URIBE, María Teresa. **El Miedo**. Reflexiones sobre su dimensión social y cultural. Medellín: Corporación Región, 2002.

ZAPATERO, Luis Arroyo. Derecho y Riesgo. **Iniuria** – Revista de Responsabilidad Civil y Seguro, Centro de Estudios del Seguro, n. 8, p. 57-68, oct.-dic. 1995.

O ENFRENTAMENTO DA CORRUPÇÃO A PARTIR DA MATRIZ PRAGMÁTICO- SISTÊMICA E DA TEORIA DISCURSIVA DA ÉTICA NO PANORAMA DAS COMPETÊNCIAS CONSTITUCIONAIS BRASILEIRAS

Fábio Roque Sbardellotto¹

1 Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

Resumo

Este artigo tem como objetivo analisar a aplicação da matriz pragmático-sistêmica ao problema da competência para a realização do acordo de leniência como instrumento para a efetivação do direito fundamental ao bom governo, a partir da necessidade de uma política pública com vistas ao enfrentamento das práticas corruptivas no âmbito do setor privado, em sua relação com o poder público. O problema que está no cerne deste trabalho é: a partir da matriz teórica de modelo pragmático-sistêmico, é possível alijar o Ministério Público da elaboração do acordo de leniência, quando da apuração de práticas corruptivas do setor privado com o poder público? A hipótese que se pretende levantar é que a competência para a operacionalização de instituto com tamanha relevância no panorama legislativo nacional e na normatização internacional pode ser verificada pelo Direito a partir de diversas categorias de observação. Metodologicamente, a matriz pragmático-sistêmica é central, porquanto nos permitirá o desenvolvimento de observações acerca de conceitos-chave que levarão ao enfrentamento do problema e à confirmação da hipótese levantada, tais como decisão, comunicação, complexidade e competência.

Palavras-chave: Políticas públicas. Competência. Corrupção. Matriz pragmático-sistêmica.

1 Introdução

O presente artigo tem por objetivo analisar a aplicação da matriz pragmático-sistêmica ao problema da competência para a realização do acordo de leniência como instrumento para a efetivação do direito fundamental ao bom governo, baseando-se na necessidade de uma política pública com vistas ao enfrentamento das práticas corruptivas no âmbito do setor privado, em sua relação com o poder público. Significa, deste modo, aplicar a matriz pragmática, a fim de pôr em observação de que maneira a competência para a assinatura do acordo de leniência é inserida no contexto sistêmico, a partir de uma coordenação de ações dentro do ambiente jurídico.

O problema que está no cerne deste trabalho acadêmico é: a partir da matriz teórica de modelo pragmático-sistêmica, é possível alijar o Ministério Público da elaboração do acordo de leniência, quando da apuração de práticas corruptivas do setor privado com o poder público? O tema será delimitado no contexto de uma política pública necessária para a prevenção e o enfrentamento da corrupção no Brasil, uma vez que decisão e competência são temas fundamentais no sistema do Direito.

As inflexões necessárias ao enfrentamento do problema passarão pelo diálogo possível e não excludente da teoria dos sistemas e da pragmática da Ação Comunicativa, tendo como expoentes Niklas Luhmann e Jurgen Habermas. A produção teórica destes autores, a despeito de não coincidir na formulação de uma escola ou matriz, permite o desenvolvimento de uma abordagem científica aprofundada quando observados determinados elos e divergências conteudísticas, que, em muito, se aproximam no resultado desejado nos limites deste trabalho.

A hipótese que se pretende levantar é que a competência para a operacionalização de instituto com tamanha relevância no panorama legislativo nacional e na normatização internacional pode ser verificada pelo Direito a partir de diversas categorias de observação. Entretanto, considerando os níveis de consciência moral apregoados, por meio do agir comunicativo habermasiano, observar-se-á que as decisões deste jaez somente podem con-

tribuir para a função social do direito quando oriundas do titular para a ação penal envolvendo as infrações decorrentes das práticas corruptivas, não se legitimando se advierem exclusivamente de outros órgãos, mesmo que legítimos.

A justificativa social para a temática sob observação neste artigo é absoluta, sob dois aspectos. Cientificamente, a partir de um aprofundamento diante do frágil enfrentamento da temática com viés teórico, notadamente no contexto da matriz pragmático-sistêmica e da ação comunicativa. Além disso, juridicamente justifica-se o tema pela falta de precisão legislativa quanto à competência para a firmatura do acordo de leniência, em se tratando de práticas corruptivas, como instrumento para a efetivação de uma política pública voltada à prevenção e ao combate à corrupção.

Metodologicamente, a matriz pragmático-sistêmica é central, porquanto nos permitirá o desenvolvimento de observações acerca de conceitos-chave que levarão ao enfrentamento do problema e à confirmação da hipótese levantada, tais como: decisão, comunicação, complexidade e competência.

O caminho teórico deste artigo analisará, em um primeiro momento, a matriz pragmático-sistêmica, a partir de sua essencialidade, da comunicação e da decisão, como pressupostos destinados à formação da teoria sistêmica e do agir comunicativo. Com isso, poder-se-á aprofundar a reflexão acerca dos pressupostos morais para o estabelecimento da competência para determinadas decisões no enfrentamento da necessária redução das complexidades sociais.

Em um segundo passo, será desenvolvida uma reflexão acerca do pensamento de Habermas e Luhmann, relativamente à comunicação, aproveitando-se os pontos de intersecção possíveis para alcançar o significado das competências para o desenvolvimento de ações no contingente das políticas públicas, possibilitando, ao final, culminar com o enfrentamento da hipótese levantada.

A partir desta base teórica, passa-se a analisar o princípio do direito ao bom governo, situando as práticas corruptivas como fenômenos altamente lesivos à democracia representativa e à im-

plementação dos direitos sociais fundamentais. Passo seguinte, a reflexão se encaminha no sentido da premente e imprescindível existência de uma política pública voltada, acima de tudo, à prevenção e, secundariamente, ao sancionamento das práticas corruptivas com matriz internacional.

A partir de então, forma-se a base necessária para a constatação da precariedade legislativa em se tratando do estabelecimento da competência para a firmatura do instituto premial do acordo de leniência no Brasil, acentuado com a entrada em vigor da Lei Anticorrupção empresarial, n.º 12.846/13.

Por derradeiro, encerra-se preconizando um discurso de mediação, no sentido de que a competência para a elaboração de acordos de leniência, baseando-se no princípio da boa administração e no contexto da necessária existência de política pública, que se destine ao enfrentamento das práticas corruptivas na relação privada com o erário, voltando-se ao titular da ação penal, o Ministério Público, mediante ações colaborativas de outros órgãos que possam fomentar a ação independente e harmônica deste Órgão de Estado.

2 A virada linguística e os reflexos desta no campo jurídico a partir da matriz pragmático-sistêmica

A matriz pragmático-sistêmica que orienta estas reflexões está inserida no contexto da virada linguística, caracterizada por uma nova postura epistemológica, deslocando o conhecimento para a esfera real, pragmática da comunicação humana e afastando-o de fenômenos metafísicos ou coisificantes que o justificavam a partir da filosofia clássica. Em outras palavras, o conhecimento é produzido e aperfeiçoado por meio de cadeias comunicativas decorrentes das práticas sociais. Não há sentido na coisa em si mesma, este é alcançado pela comunicação. Deixa-se de reconhecer a existência do conhecimento por meio do próprio objeto. Sem interação humana, estabelecida pela linguagem comunicativa, não há sentido. A filosofia clássica, antes da virada linguística, admitia a existência de sentido no próprio

objeto, competindo ao homem tão somente descrevê-lo. Ao contrário, passa-se, com a virada filosófica, a centrar essencialidade na comunicação mediada pela linguagem humana, podendo somente ela atribuir sentido.

Com o giro linguístico, conformam-se novas possibilidades de constituição do sentido. Abrem-se horizontes que somente a comunicação pode oferecer – o que, também, proporciona maior complexidade na formação dos conceitos, sejam eles sociológicos, jurídicos ou de qualquer outra natureza –, isso porque a comunicação ocorre no mundo real, decorrente da fricção humana que estabelece ao sentido um caráter prático, intersubjetivo e histórico.

Prático, na medida em que não é metafísico, preestabelecido ou ínsito à coisa, que refoge ao confronto da linguagem. Intersubjetivo, na medida em que é produto das relações humanas, permitindo a troca, interação e comunicação real no mundo da vida. Histórico, porquanto também o sentido que se estabelece pressupõe experiências de vida, evolver das relações com base nas vivências acumuladas com o passado e percepções atuais com vistas ao futuro. Há, pois, no sentido, uma perspectiva dinâmica estabelecida pela linguagem e pela via comunicativa.

Sobre a viragem linguística, Reck (2013) apregoa que a teoria pragmática do significado tem início com Peirce e Saussure, solidificando-se a partir do segundo. Wittgenstein (apud RECK, 2013) sustenta que se deve entendê-la como “a assunção de uma perspectiva filosófica de abandono da posição da filosofia clássica de que poderia existir um conhecimento independente da linguagem. Os objetos e seu sentido seriam meramente carregados pela linguagem”. O conhecimento é uma atividade social carregada pelo conhecimento, que não está em algum “ser suprasensorial ou baseado em uma razão pura” (RECK, 2013).

Neste sentido, o exercício necessário para a construção do sentido, a partir da filosofia clássica, apresentava-se mais confortável, porquanto permitia a invocação de conceitos metafísicos alheios à comunicação. E é na comunicação que se estabelecem as maiores dificuldades, haja vista a diversidade e complexidade das relações humanas, notadamente na modernidade. Por isso, o panorama hermenêutico estabelecido pela filosofia com a virada

linguística, a partir do século passado, nos conduz a maiores desafios epistemológicos.

Reck (2013), neste sentido, valoriza o afastamento da matematização do conhecimento e saúda que o conhecimento “passa a ser aquilo que parece ser: uma comunicação socialmente produzida e partilhada somente entre quem é capaz de se comunicar (e não com as coisas mesmas)”.

Ocorre, entretanto, que esta alteração de rumos representada pela passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem necessita de compreensão científica e adaptação acadêmica aos vários ramos do conhecimento, notadamente aqueles de vertente humanista e sociológica, como o Direito. Streck (1993), neste sentido, é pessimista, afirmando que a filosofia jurídica e a hermenêutica ainda não estabeleceram a adequada recepção no cotidiano das práticas judiciárias e doutrinárias brasileiras. Citando Neves, afirma que:

Os juristas não se deram conta do fato de que o Direito é linguagem e terá de ser considerado em tudo e por tudo como uma linguagem. O que quer que seja e como quer que seja, o que quer que ele se proponha e como quer que nos toque, o Direito é-o numa linguagem e como linguagem – propõe-se sê-lo numa linguagem (nas significações linguísticas em que se constitui e exprime) e atinge-nos através dessa linguagem, que é. (NEVES, 1993 apud. STRECK, 1993, p. 89).

Desta forma, Reck (2013) preocupa-se, com razão, com o mesmo problema, porquanto vislumbra que o giro filosófico-linguístico “fecha a porta a uma grande variedade de fantasias” e também “abre muitos outros problemas”, chegando a afirmar que proporciona consequências drásticas em termos de comunicação na seara do Direito, que se mantém ainda “preocupado com essências jurídicas e assemelhados” e não chegou ao conhecimento da generalidade dos juristas.

É apenas pela comunicação que se adquire o conhecimento e se possibilita, por ele, a formação do sentido. E a comunicação é exterior ao homem, não está em seu interior. Equivale dizer que não há comunicação unilateral, sendo necessário o estabelecimento de relações intersubjetivas. Somente podemos ter acesso ao conhecimento pela via da linguagem e o homem é

o guardião desta linguagem. Fora da linguagem situa-se o jus-naturalismo, que sustentou as bases teóricas da filosofia clássica superada pela virada linguística.

A comunicação, portanto, é produto social e se imiscui absolutamente no “sistema” jurídico (subsistema para Luhmann, 2002) por meio da linguagem que conduz a inexoráveis decisões. O Direito é, essencialmente, comunicação e decisão, linguagem-decisão-ação, e a competência insere-se nesta conjuntura como um de seus elementos basilares.

Nesta senda, ainda com vistas ao alicerce teórico necessário para o problema apresentado e para a hipótese que se pretende desenvolver, afigura-se relevante observar as conexões existentes baseando-se nos pensamentos de Habermas e Luhmann, que, a despeito de não coincidirem absolutamente e apresentarem divergências, oferecem pontos de contato substanciais a partir de suas visões acerca das condições para a formação do conhecimento e o estabelecimento da competência para a concretização dos atos jurídicos.

3 Considerações sobre o pensamento de Habermas e Luhmann acerca do conhecimento, com reflexos no campo decisório

Nos limites deste ensaio científico não se pretenderá, em hipótese alguma, reduzir o pensamento filosófico *luhmaniano* e *habermasiano*. A despeito das profundidades e extensões destes, em boa parte, não há coincidência ou concordância entre ambos. Entretanto, lançar-se-á mão de algumas premissas centrais conectadas com o problema e com a hipótese desenvolvidos, até porque, no aspecto temporal e contéudístico, o pensamento de Luhmann tem sido dividido em dois momentos.

O primeiro momento é compreendido entre os anos de 1960 e o início da década de 1980, período no qual é encontrada uma teoria funcional-estrutural que tem por base a redução da complexidade por meio de mecanismos estabelecidos a partir

da diferença entre sistema e ambiente/entorno; sendo o sistema definido a partir de sua diferença em relação ao ambiente. Já o segundo, suggestionado pela influência dos biólogos chilenos Humberto Maturana e Francisco Varela, que tem em seu cerne o conceito de *autopoiesis*, centra seu objeto de análise na autorreferencialidade dos sistemas autopoieticos (FILHO, 2006, p. 31).

Nesta senda, se, no modelo de abordagem jurídico-positivista, concebe-se o Direito como um conjunto de normas autossuficiente, para Luhmann e Habermas, considerar uma determinada operação como sendo jurídica é tarefa complexa, na medida em que decore da comunicação e da linguagem. Desta forma, não se pode reduzir o Direito à sua normatividade, impen-de-se que sejam observadas as relações sociais e a comunicação intersubjetiva decorrente da linguagem, única forma de contato humano e, decorrente disso, produtora de sistemas comunicativos que compõem a sociedade.

Assim sendo, para a abordagem pragmático-sistêmica, se a partir da comunicação e da linguagem é possível alcançar os sentidos e o conhecimento, por meio dos processos comunicativos formam-se sistemas sociais encadeados. Neste sentido, há inúmeros sistemas a ser observados em sociedade, como o sistema econômico, o político e, para os fins deste trabalho, o do Direito. Além de a comunicação constituir sistemas, toda comunicação implica, necessariamente, a tomada de decisões que, por consequência, exigem o desempenho de competências. O exercício da linguagem está condicionado à tomada de decisões; desde as mais simples, às mais complexas.

Nesta realidade, observa-se ser comum aos pensamentos de Habermas e Luhmann o fato de as organizações políticas estarem vinculadas à matriz decisória, sempre conectadas à ideia de decisão. Isto porque é inerente a todos sistemas sociais e organizações a necessidade de decidir. Neste sentido, o próprio ato de comunicar é uma decisão, assim como o ato de recepcionar a comunicação também impõe uma vontade, o que representa, em essência, decidir. Aliás, a primeira decisão que se estabelece nas relações sociais é a comunicação, na medida em que esta representa o impulso humano de expressar-se ou não se expressar.

Nesta senda, pois, a linguagem pressupõe comunicação e decisão. Habermas (1977, 1991, 2003) direciona seu foco com maior ênfase nos processos de decisão e no telos deste processo, podendo ser caracterizado como procedimentalista; enquanto Luhmann (2005) centra atenção nos elementos funcionalistas das organizações.

Para ambos os autores, é comum a preocupação com a essencialidade da comunicação, porquanto o sistema psíquico individual é fechado na própria consciência, e necessita de contato com o mundo exterior para conferir sentido aos objetos. Luhmann, aliás, refere que:

Partimos además del hecho de que todas las operaciones psíquicas se realizan conscientemente. La conciencia es el modo de operación de los sistemas psíquicos. Sólo una pequeña parte de los logros de la conciencia puede ser controlada introspectivamente – y em esto le damos la razón a Freud. Normalmente la conciencia opera irreflexivamente cuando dispone de la atención. Esto es válido especialmente para todo aquello que se hace consciente bajo la forma de percepciones. También significa que la conciencia está disponible em forma muy limitada para responder a preguntas – es decir, sólo puede ser utilizada muy reducidamente para la comunicación social. (LUHMANN, 2005, p. 19).

Por isso, Reck acentua que, para Luhmann (2005 apud RECK, 2011), a comunicação representa um processo que envolve “a emissão, informação e compreensão”. Já em Habermas (2003 apud RECK, 2011), o fenômeno comunicativo pode ser verificado com maior complexidade, porquanto considera a “intencionalidade do falante, os jogos de linguagem que envolvem o signo informativo e a hermenêutica, tudo isto em um processo observável socialmente” (RECK, 2011, p. 64). Desta forma, coincidem as observações de Habermas e Luhmann no sentido de que os sistemas são uma produção criativa da sociedade pela via da comunicação e se destinam a revolver os problemas criados pela própria sociedade. Tem-se, deste modo, um elo indissociável entre os sistemas sociais e a necessidade de solução de seus problemas.

Em Luhmann (2002), a sociedade é formada por sistemas, e cada sistema define ou seleciona o que lhe pertence e o que

nele não está contido. Portanto, neste movimento de inclusão e exclusão, há um fundamental ato decisório. A comunicação seletiva de cada sistema é inclusiva e, ao mesmo tempo, exclusiva, mas sempre a partir do movimento centrífugo. Isto é, o sistema, de dentro para fora, seleciona seus conteúdos, incluindo-os e excluindo aqueles que não lhe pertencem.

No que concerne ao sistema do Direito, este é fruto de uma evolução no sentido de aglutinar comunicações em torno de uma função específica, que é manter e/ou reciclar expectativas normativas. Para Luhmann (2002), existe a expectativa cognitiva (de aprender) e a expectativa normativa (o direito mantém certas expectativas normativas mesmo sabendo que elas são frustradas).

O sistema do Direito preserva em seu espectro mesmo as normas que não são cumpridas, porquanto exatamente sua função é manter, em torno delas e das demais normas, uma expectativa dos cidadãos no sentido de que, ao lhe pertencer, exerce uma função jurídica e persiste distinguindo o que é lícito daquilo que não é. O fato de a norma proibir a ocorrência de corrupção e mesmo assim ser violada não faz com que referida norma deixe de ser jurídica. A sociedade tem, em torno da referida norma, a expectativa de que, a partir dela, a corrupção possa ser evitada.

Por essa razão, Luhmann (1985, p. 62) afirma que, em virtude da “crescente transformação do direito no sentido da constituição de uma estrutura de expectativas contingencial e dependente de decisões”, aquela nos conduziria à necessidade de re colocação do problema do efeito vinculativo do direito. E o problema da formação social de expectativas é baseado na necessidade e na possibilidade de se esperar expectativas contingentes dos outros, neles compreendidos aqueles com os quais se convive, mas também com toda a coletividade. “Os que participam da situação supõem (e esperam reciprocamente essa suposição) o que terceiros deles esperariam” (LUHMANN, 1985, p. 62).

Sobre a positivação do direito e a geração de expectativas normativas, Luhmann (1985, p. 63) afirma que, em uma estrutura normativa, todos se relacionam da mesma forma com a norma. Os participantes da sociedade têm que aprender a ajustar-se ao que “está decidido, comunicado, modificado”. Mesmo quando ocorrem modificações nas estruturas normativas, há a necessida-

de de aprendizado no Direito. Introduzem-se, neste momento, “expectativas cognitivas” ou, mais precisamente, “estruturas de expectativas cognitivamente normatizadas”. E, em termos sistêmicos, “uma complexão de expectativas que, em princípio, é normativa” (LUHMANN, 1985, p. 63).

Retorna-se, assim, à compreensão no sentido de que o Direito se auto-observa e se autoproduz, sendo, portanto, um sistema dinâmico. E, como sistema, sempre descreve seu conteúdo do interior para o exterior. De dentro, observa o externo e o transforma, ou não, em direito. Por isso a existência de uma chave que pode ser definida como um código binário, porquanto, neste processo de auto-observação, somente há duas possibilidades: determinada situação é jurídica ou não é. Este código (chave) faz uso de dois conceitos: o que é lícito e o que não é lícito.

O próprio Direito estabelece o seu conteúdo: o que pertence ao mundo jurídico e o que dele está alheio. Inegável, pois, que o Direito é uma distinção que inclui. Luhmann (2002, p. 359) afirma que todos “los esfuerzos del derecho por conocer y reconocer tienen lugar em la sociedad. Estos esfuerzos se encuentran y mantienen ligados a la comunicación y, em consecuencia, también, al lenguaje”. Desta forma, considerando que a comunicação e a linguagem possibilitam infinitos conceitos, ações e resultados, o sistema do Direito não pode limitar-se a determinadas regras, como pretendem os positivistas.

Luhmann (2002) sustenta a amplitude do conteúdo do sistema jurídico, afirmando que:

[...] por “sistema” no entendemos nosotros, como lo hacen muchos teóricos del derecho, un entramado congruente de reglas, sino um entramado de operaciones fácticas que, como operaciones sociales, deben ser comunicaciones, independientemente de lo que estas comunicaciones afirmen respecto al derecho. Esto significa entonces que el punto de partida no lo buscamos en la norma ni em una tipología de los valores, sino en la distinción entre sistema y entorno. El paso hacia una teoría de sistema/entorno exige la clarificación de una segunda distinción. (LUHMANN, 2002, p. 26).

Com isso, verifica-se que a impossibilidade de redução do sistema jurídico à mera normatividade e o afastamento da visão

positivista nos fazem observar que o direito é um sistema altamente complexo e o é cada vez mais em razão da aceleração das comunicações e da globalização das relações sociais e da linguagem.

Por ser um sistema complexo, o Direito é formado por muitos conceitos, que não se confundem com o sistema como um todo. O sistema e o conceito são seres distintos, pois podem ser conhecidos e produzidos pela via da comunicação e da linguagem. Em essência, são comunicações. Para Luhmann (2002), os seres que podem ser conhecidos são os sistemas e conceitos. Os primeiros são complexos, já os segundos, mais objetivos. As distinções, tanto nos conceitos, como nos sistemas, formam sentidos. O sentido é o resultado da distinção mais a observação. O sentido é uma distinção observada. O sentido, se for observado pelo Direito, será um sentido jurídico, mas se for observado pela política ou pela economia, terá outro referencial.

Assim, Luhmann assevera que:

Por consideraciones generales de teoria del conocimiento, partimos del hecho de que toda observación y toda descripción deben apoyarse em una diferencia. Para que algo pueda ser designado (tematizado), debe ser, em primer lugar, distinguido. Cuando la diferencia contrasta algo apartándolo de otras cosas, entonces se designan objetos. Si por el contrario, la distinción acontece mediante contra stación llevada a cabo por nociones contrarias, entonces se designan conceptos. A la formación de conceptos se llega, entonces, sólo lo cuando se pueden distinguir las distinciones. Un entendimiento teórico del derecho presupone la formación de conceptos, por lo menos em el sentido que aquí hemos esbozado so meramente. (LUHMANN, 2002, p. 16).

Dessa forma, se a sociedade é produtora e reprodutora de comunicação pela linguagem, formando sistemas, o sistema jurídico é composto por muitos conceitos. Há, entre o sistema e os conceitos, uma relação de continente (sistema) e conteúdo (conceitos). E um dos conceitos de absoluta relevância no sistema do Direito é a competência, porquanto também se constitui em um ato comunicativo produzido no seu interior. No dizer de Reck, a competência:

[...] é, como não poderia deixar de ser, uma comunicação da/na sociedade. É uma comunicação, contudo, do tipo jurídico, e que expressa uma decisão. Não é necessário muito mais para caracterizar o Direito: como visto, o Direito é uma decisão comunicada, que assume perfil jurídico dada a forma de sua linguagem. (RECK, 276 2013).

No sistema jurídico, a função da competência é reduzir a complexidade, diante das variadas opções disponíveis para uma decisão, por um órgão ou um agente, a partir do conteúdo jurídico. Há, em virtude da competência, uma delimitação da margem decisória, gerando, de certa forma, mais facilidades para o decisor e reduzindo a amplitude das suas possibilidades. Reck (2013) apregoa que a competência estabelece um elo entre o órgão e a decisão, atuando, desta forma, como um elemento de legitimação e justificação de decisões jurídicas.

Não se quer afirmar, com isso, que a decisão é corolário exclusivo da competência, esta é um dos elementos que legitimam a decisão. O ato decisório, entretanto, é composto por diversos outros elementos. E a tomada de decisões é inerente ao processo comunicativo, que exige constantemente a adoção de decisões no campo dos sistemas jurídico e social. No dizer de Reck (2013), a competência é uma decisão especializada em ligar decisões, servindo ainda para fazer a conexão e a justificação, assim como delimitando pelo menos o campo temático e algumas vezes o perfil da decisão a ser tomada. A competência legitima as decisões tomadas pelos órgãos e lhes dá visibilidade. Contudo, é de extrema relevância observar que, a partir da competência, os órgãos que compõem as instituições são compelidos a decidir.

Desta forma, a tomada de decisões é da essência das instituições e das organizações. Aliás, uma instituição ou organização passa a exercer sua legitimidade e explicitar que existe quando decide. E as decisões, sempre, são conectadas, formando um elo consequencial que vincula um ato decisório a outro, mesmo que, por vezes, de maneira perfunctória. E um dos fatores de ligação entre as decisões, no sistema jurídico, é decorrente do próprio Direito e da normatividade deste.

Entre os pressupostos para a tomada de decisões pelas organizações e instituições está a competência, somente a partir

dela podem decidir. É pressuposto, pois, para poder decidir, ter competência. Aliás, na teoria sistêmico-pragmática, quem decide são as organizações, não os membros delas, porquanto, mesmo que determinado agente pratique o ato decisório, o faz em nome da entidade. A decisão, quando emitida, é despersonalizada e assumida pela organização.

Neste contexto, se a função do Direito é gerar expectativas normativas, a competência, sendo uma comunicação do tipo jurídico, também está ligada à ideia de expectativa normativa. Assim, a competência reduz complexidades, uma vez que delimita o poder decisório – por exemplo: como eu tenho uma competência, não terei de decidir tudo; posso decidir sobre muita coisa, mas se trabalho em determinado setor, somente terei competência para aquela matéria.

Nestes termos, a competência reduz a matéria e indica o tipo de decisão a ser tomada. A competência é sempre um elemento de transição. Ela nunca traz o conteúdo da decisão, mas contribui para esta. Portanto, a competência insere-se entre o sujeito e o conteúdo de seu ato decisório, reduzindo a complexidade. Entretanto, como já dito, a competência serve para dar legitimidade ao ato decisório e ao órgão decisor e, a contrário senso, também deslegitima as decisões quando provierem de órgão incompetente. Ademais, por meio da competência, o órgão decisor adquire visibilidade, pois explicita sua existência por meio de suas decisões. É a competência que lhe permite sair da inação/passividade para a relevância jurídica, somente adquirida a partir do momento em que o ato decisório é exarado, decorrente, em essência, da comunicação.

Preocupado com a relegitimação da democracia, Habermas (1977) preconiza, em sua teoria do discurso, que o “sistema político” deve ser considerado “um sistema de ação ao lado de outros, não o centro, nem o ápice, muito menos o modelo estrutural da sociedade” (HABERMAS, 1977, p. 25). É constituído por interações comunicativas, por meio das quais os participantes buscam obter certo consenso sobre a validade dos juízos obtidos.

A norma moral é válida sempre que adquirir a aceitação das pessoas envolvidas. Todas as formas socioculturais de vida pressupõem a realização de ações comunicativas. A tarefa da ar-

gumentação moral não pode se desenvolver monologicamente, pois requer um esforço cooperativo. Suas posições são consideradas como construtivismo epistemológico. O discurso da ética discursiva estabelece que só podem adquirir validade as normas que alcançam a aprovação de todas as pessoas afetadas em sua qualidade de participantes do discurso prático e, para tanto, há necessidade de condições igualitárias de participação na prática discursiva.

Habermas (2003) entende não se prescindir de pressupostos formais, como o de imparcialidade, para outorgar validade aos princípios morais. Para o autor, tais pressupostos são regras de uma prática social do discurso intersubjetivo, partilhado entre cidadãos na busca de um consenso. Não se contentando com a satisfação do requisito de imparcialidade para a validade dos princípios morais, Habermas (2003) requer um consenso de fato para ser constituído por meio da regra da imparcialidade. O princípio moral não é válido a partir de uma reflexão individual, sustentando Habermas que a validade de um princípio moral deve ser obtida por meio da discussão coletiva, na busca cooperativa da verdade (EISENBERG, 2003).²

Quanto às perspectivas democráticas, Habermas (2003) desenvolve com muita pertinência sua teoria moral. Interessa-nos sua visão a partir do princípio da universalização (denominado de "U"), que consiste na valoração de práticas dirigidas a acordos argumentativos. Habermas (2003) assevera que somente a pretensão a uma validade universal pode atribuir a um interesse, a uma vontade ou mesmo a uma norma a dignidade de uma autoridade moral. Na ética do discurso, a qual pressupõe o agir comunicativo, partimos de problemas da vida na qual o indivíduo está inserido e rodeado de normas. O sentido das justificações moral-práticas das maneiras de agir não pode perder de vista a teia de sentimentos morais tecida no cotidiano prático da comunicação. Nessa ótica comunicativa, surge a indagação: o que devo, o que devemos fazer?

² Eisenberg (2003), inclusive, efetua um cotejo entre o posicionamento de John Rawls e Habermas, posicionando-se, aliás, mais favorável ao pensamento do primeiro.

O agir comunicativo, permeado pela ética do discurso e da moral filosófica, deve partir do pressuposto de que, na dialética dos interesses sobrepostos, deverá prevalecer a busca pelo consenso e bem comum. Quando se trata de resolver problemas de índole moral, não há como resolvê-los individualmente, mas somente por meio de um esforço de cooperação.

Habermas (2003) demonstra que a fenomenologia do fato moral chega aos seguintes resultados: a) que o mundo dos fenômenos morais só se descobre a partir da atitude performativa dos participantes em interações; b) que os ressentimentos e as reações afetivas em geral remetem a critérios suprapessoais para a avaliação de normas e mandamentos; e c) que a justificação prático-moral de um modo de agir visa outro aspecto, diferentemente da avaliação afetivamente neutra de relações meio-fim, mesmo que esta possa ser derivada de pontos de vista do bem-estar social.

Para que seja possível a imposição duradoura de uma norma, é necessária sua validade social, não bastando que a norma entre em vigor positivamente. Depende, também, da mobilização, ao ponto de se tornar tradicional, de motivos suficientes para fazer parecer legítima a pretensão de validade no conjunto das pessoas às quais se destina. Habermas assevera que, sem legitimidade, não há lealdade das massas. Os indivíduos são sociáveis e a base do mundo da vida são as relações interpessoais. Por ela, são transmitidos conteúdos simbólicos, assimilados individualmente por interferência da cultura. Neste contexto, são inerentes ao ser humano a cultura e a linguagem. Assim sendo, em consequência da vida em sociedade, permeada pela cultura e linguagem, o indivíduo é forjado por meio da convivência com diferenças. Daí, também, a necessidade de um agir comunicativo, para que se evitem os conflitos e a violência, sendo aquele somente desenvolvido por meio da teoria da universalização ("U"). A comunicação é o meio mais racional para o desenvolvimento e a interação entre os indivíduos. Para que haja o agir comunicativo, a Teoria da Universalização do Discurso preconiza a busca do consenso, embora nem sempre possível e nem sempre obtido, pressupondo que todos os participantes tenham condições de se manifestarem em pé de igualdade, respeitadas as características

individuais. Habermas (2003) apregoa que na elaboração do discurso não se pode seguir ou exigir regras imutáveis.

A busca do consenso pela via comunicativa não se confunde com a concordância de todos, com a uniformização do pensamento. Aquele significa a possibilidade de se encontrar pela via discursiva/comunicativa o reconhecimento da racionalidade das conclusões. O consenso também significa o convívio e o respeito com e pelas diferenças. A partir do princípio da universalização ("U"), é possível fundamentar normas, pressupondo a interação não coitada entre os participantes, que devem interagir livremente e em condições de igualdade na busca de sua validade. Esta pressupõe a construção de uma ética do discurso, a partir da necessária dialética de argumentos, sempre contingenciais e relativizados por diversos fatores intrínsecos e extrínsecos à própria norma (HABERMAS, 2003).

Quanto à ética do discurso, Habermas (2003) apresenta um procedimento com vistas ao resgate discursivo de pretensões de validade da norma. A ética do discurso pode ser caracterizada como formal, pois não apresenta uma plataforma de conteúdos preexistentes, mas apenas um processo, o discurso prático. Não é um processo para a produção de normas que se considerem justificadas pela ética do discurso, mas, sim, um processo orientado para vasculhar a validade da norma já apresentada. Os conteúdos devem ser oferecidos à ética do discurso, sendo a tarefa desta a regulação de uma matéria social controversa. Este sentido formal não significa uma alienação aos conteúdos, mas, contrariamente, que os conteúdos sejam debatidos no centro do diálogo, buscando o consenso.

Assim, as concepções isoladas, individuais, são postas de lado ante a aproximação da dialética com vistas ao consenso (Teoria da Universalização). O formalismo ético é imprescindível e decisivo para encontrar um interesse universal, por meio da Universalização do discurso, com ele, faz-se um corte entre o bom e o justo, entre enunciados valorativos e enunciados estritamente normativos. Os indivíduos participantes não devem se guiar por preferências de valores, mas, afirmativamente, por suas experiências de vida e ações concretas (HABERMAS, 1977, p. 25).

No campo da ética do discurso e da moral filosófica, a despeito da dialética inerente aos interesses sobrepostos, não se pode afastar do objetivo do bem comum e do consenso. Por isso, os interesses individuais devem ceder, pois, quando se trata de resolver problemas de ordem moral, não se podem solucioná-los individualmente, sendo tão somente por intermédio do esforço de cooperação.

Vê-se na comunicação o meio mais racional para desenvolver a interação e a dialética entre os indivíduos. O procedimento obtido a partir do agir comunicativo está absolutamente imbricado à teoria da universalização do discurso. Esta nos leva à busca do consenso, embora seja ele nem sempre possível nem sempre obtido. O consenso pode ser quanto ao resultado ou mesmo no sentido de que aqueles que dele discordam irão aceitá-lo, porquanto derivou do agir comunicativo não coitado. Necessita-se, unicamente, de que todos os participantes tenham condições de se manifestar em posição igualitária, devendo ser respeitadas as características individuais. Além disso, os resultados a serem alcançados por meio do agir comunicativo e da teoria da universalização não se coadunam com a existência de regras imutáveis.

O princípio da universalização ("U") permite-nos fundamentar normas pressupondo a interação não coitada entre os participantes, que devem interagir livremente e em condições de igualdade na busca da validade daquelas. Ainda, todo o processo comunicativo desenvolve-se por meio da ética do discurso, a qual fomenta uma necessária dialética de argumentos, sempre contingenciais e relativizados por diversos fatores intrínsecos e extrínsecos à própria norma. E as normas que têm o direito de reclamar validade "são aquelas que podem obter a anuência de todos os participantes envolvidos num discurso prático". (HABERMAS, 2003, p. 15) E princípio moral é a expressão de uma validade geral, não exprimindo apenas "as intuições de dada cultura ou de dada época". (HABERMAS, 1989, p. 16)

Por esse motivo, Habermas (1991, p. 16) assevera que a ética do discurso pressupõe que os participantes de uma argumentação admitam implicitamente os pressupostos pragmáticos gerais de teor normativo. Nesta conjuntura, se, para o autor, a condição para o conhecimento é o consenso obtido pela via co-

municativa, na teoria sistêmica de Luhmann (1989) a comunicação e a linguagem são a essência para o conhecimento: “conheço aquilo que comunico”. Vê-se, pois, que não se trata de visões díspares ou indissociáveis, porquanto contribuem, em conjunto, para verificarmos que toda comunicação necessita de linguagem e que a linguagem pressupõe uma necessária ética do discurso e uma consciência moral no agir comunicativo.

Assim sendo, é possível aprofundar a reflexão acerca dos pressupostos morais para o estabelecimento da competência para determinadas decisões no enfrentamento da necessária redução das complexidades sociais. E, nos limites deste trabalho, referentemente a um dos fenômenos de maior complexidade e perplexidade social, que é a existência de práticas corruptivas nas relações empresariais com entes políticos.

4 Pressupostos morais do agir comunicativo

A teoria discursiva da ética formulada por Habermas (1989) assenta-se em dois pilares. O primeiro é a existência do princípio da universalização (U), que funciona como regra de argumentação para discursos práticos. Neste caso, há uma reconstrução das intuições da vida quotidiana, as quais se situam na base da avaliação imparcial de conflitos de ação morais. O segundo é a fundamentação da regra em pressupostos pragmáticos da argumentação em geral, conectados com a explicitação do sentido de pretensões de validade normativas. Aqui, procura-se encontrar a validade universal do princípio de universalização, transcendendo os limites de uma determinada cultura. Esta validade universal é embasada na comprovação pragmático transcendental de pressupostos universais e necessários da argumentação (HABERMAS, 1989, p. 143).

Para que se possa cancelar tais postulados, neste exercício de Universalização e validade normativa, Habermas (1989) assevera que há necessidade de confirmação indireta por meio de outras teorias concordantes. Por isso, põe em relevo a teoria do desenvolvimento da consciência moral. Nela, o desenvolvimento da capacidade de julgar moral efetua-se da infância até a

idade adulta, passando pela adolescência. Nesta teoria, o ponto de referência normativo analisado empiricamente é formado por uma moral dirigida por princípios e a ética do Discurso pode se reconhecer em seus traços essenciais (HABERMAS, 1989, p. 144).

Ademais, é importante ter em mente que a ética do discurso oferece tão somente um procedimento farto de pressupostos, a fim de possibilitar a imparcialidade na formação do juízo, não fornecendo nenhuma orientação de conteúdo. Trata-se de um processo para o exame da validade de normas consideradas hipoteticamente, não sendo a ética do Discurso destinada à produção de normas justificadas. Este procedimento oferecido pela ética do Discurso, a qual é apresentada por Kohlberg e assimilada por Habermas, nos proporciona o fenômeno da reversibilidade dos pontos de vista, uma vez apresentados os argumentos pelos participantes. Oferta, também, a universalidade, porquanto admite a participação de todos os concernidos democraticamente sem coação e, por fim, proporciona a reciprocidade do reconhecimento igualitário das pretensões de cada participante por todos os demais (HABERMAS, 1989, p. 149).

Nesta senda, considerando que se desenvolverá reflexão acerca dos pressupostos para estabelecer a competência com vistas à formação de acordos de leniência no âmbito da Lei Anticorrupção, apresenta-se relevante o conjunto de seis estágios do juízo moral depreendidos das dimensões da reversibilidade, universalidade e reciprocidade, como formas de aproximação gradual das estruturas da avaliação imparcial e justa de conflitos de ação moralmente relevantes apresentados por Habermas (1989):

1) Nível A - Nível Pré-Convencional.

Estágio I: o estágio do Castigo e da Obediência. Nele, o Direito é respeitado pelas pessoas para evitar o castigo e o poder superior das autoridades. Por isso, o Direito significa evitar a violação das regras. Significa obedecer por obedecer, prevalecendo a necessidade de evitar a causação de danos físicos a pessoas e propriedades.

Estágio II: o estágio do Objetivo Instrumental Individual e da Troca. O Direito é seguir as regras quando houver interesse

imediatamente do cidadão. É agir para que as necessidades e os interesses próprios sejam satisfeitos, deixando que os demais façam o mesmo. O Direito também é a equidade, uma troca igualitária, uma transação, um acordo. Ser cumpridor do Direito significa saciar os interesses e as necessidades próprios em uma realidade na qual se reconhece que as demais pessoas também têm seus interesses.

2) Nível B - Nível Convencional.

Estágio III: o estágio das Expectativas Interpessoais Mútuas, dos Relacionamentos e da Conformidade. Neste, o Direito significa o desempenho de um papel de pessoa boa, amável, preocupando-se com as demais pessoas e os sentimentos destas. Denota inspirar lealdade e confiança perante os demais, estando o cidadão motivado a seguir normas e expectativas. Desta forma, é Direito corresponder às expectativas das outras pessoas, ou mesmo corresponder aos padrões elevados de comportamento, como um filho, irmão, amigo. Representa a preservação de relacionamentos saudáveis, expressando confiança, lealdade, respeito e gratidão pelo outro. São razões para fazer o que o direito preceitua: a necessidade de apresentar-se como um bom cidadão aos olhos dos demais, bem como aos próprios olhos. Além disso, ao colocar-se na pessoa do outro, o cidadão também quereria que houvesse um bom comportamento.

Estágio IV: o estágio da Preservação do Sistema Social e da Consciência. Neste estágio, o Direito é cumprir o seu dever na sociedade, apoiar a ordem social e contribuir para o bem estar da sociedade ou do grupo. É Direito ser cumpridor com as obrigações assumidas e com as quais se concordou. Há necessidade do apoio às leis, exceto quando conflitarem com outros deveres e direitos sociais estabelecidos. Também Direito consiste em contribuir com a sociedade, o grupo social e as instituições. São razões para fazer o que é direito a necessidade de as instituições serem mantidas em funcionamento, o autorrespeito. Isto é, valorar-se a partir do cumprimento das obrigações consigo próprio, haja vista as consequências deste comportamento. Em outras palavras, significa indagar: E se todos fizessem o mesmo?

Estágio V: o estágio dos Direitos Originários e do Contrato Social ou da Utilidade. Nele, o Direito é ser respeitoso e cumpri-

do dos direitos, dos valores e contratos legais básicos de uma sociedade, inclusive quando conflitarem com as regras e leis concretas do grupo. Ser direito significa estar ciente da variedade de valores e opiniões adotadas pelas pessoas e de que estes valores e opiniões são inerentes ao grupo. “Essas regras “relativas”, contudo, devem em geral ser apoiadas no interesse da imparcialidade e porque elas são o contrato social”. (HABERMAS, 1989). Há, também, determinados valores e direitos que são absolutos, não relativos, como a vida e a liberdade, que devem ser apoiados em qualquer sociedade, independentemente da opinião da maioria. Neste estágio, ainda, são razões para se fazer o que é Direito, sentir-se obrigado a obedecer à lei em virtude de termos aderidos a um contrato social que a tal nos condiciona, com vistas ao bem de todos e para proteger os direitos próprios e dos demais cidadãos. O respeito pelos direitos dos outros também pressupõe o cumprimento das obrigações de família, amizade, confiança e trabalho. Há, pois, em suma, um cálculo racional de utilidade geral: O maior bem para o maior número.

Estágio VI: o estágio de Princípios Ético Universais. Nele, o cidadão se orienta por princípios éticos universais, os quais todos devem seguir, independentemente de condição social. O Direito é aquilo que se guia por princípios éticos universais e as convenções particulares, bem como as leis, são válidas por se apoiarem nestes princípios. Se determinada legislação viola ditos princípios, devemos nos guiar pelos valores éticos universais de justiça, como a igualdade de direitos humanos e o respeito pela dignidade dos seres humanos enquanto indivíduos. Estes princípios devem ser utilizados para orientar as decisões particulares. Os cidadãos encontram razão para aceitarem o que é Direito devido ao fato de terem percebido a validade de tais princípios e terem com eles se comprometido (HABERMAS, 1989, p. 152-154).

A passagem de um estágio para o outro do desenvolvimento moral, referendado por Habermas (1989, p. 155), representa a capacidade da pessoa em crescimento de transformar e diferenciar de tal maneira as estruturas cognitivas já disponíveis e experimentadas, que aquela se torna capaz de resolver de modo cada vez melhor a mesma espécie de problemas. Este processo de aprendizagem construtivista conduz à possibilidade de

crescimento até a solução consensual de conflitos de ação moralmente relevantes. Por isso, a ética do Discurso vai ao encontro da concepção construtivista da aprendizagem moral, porquanto compreende a evolução formativa do discurso e da manifestação da vontade como uma forma de reflexão que o indivíduo adquire a partir do agir comunicativo. Além disso, para a passagem do agir para o Discurso, há necessidade de uma mudança de atitude que pressupõe o evoluir moral cuja prática comunicacional cotidiana não é do domínio nativo de uma criança (HABERMAS, 1989, p. 155).

Nesta perspectiva dos estágios do juízo moral, Habermas, chancelando Kohlberg, apresenta seis estágios a partir de perspectivas sócio-morais correspondentes:

Estágio I: O primeiro estágio denota “um ponto de vista egocêntrico” (HABERMAS, 1989, p. 159-160). A pessoa nele inserida confunde a perspectiva de autoridade com ela própria, não considerando os interesses das outras pessoas nem diferindo os interesses dos terceiros com relação aos seus. Suas ações são julgadas levando em consideração as consequências físicas em detrimento dos interesses psicológicos.

Estágio II: O segundo estágio adota uma “perspectiva individualista concreta” (HABERMAS, 1989, p. 159-160). A pessoa consegue separar seus pontos de vista dos pontos de vista e interesses dos outros e das autoridades. É consciente de que há interesses distintos a perseguir, os seus e aqueles dos demais. Por isso, o Direito é relativo, o que faz com que a pessoa integre e relacione os interesses conflitantes por meio da troca instrumental de serviços, contando com a necessidade e boa vontade do outro, ou por meio da equidade.

Estágio III: O terceiro estágio foca na relação da pessoa com os demais indivíduos, estando ela ciente de sentimentos, acordos e expectativas compartilhadas que são primordiais ante seus interesses particulares. Surge a chamada “Regra de Ouro concreta” (HABERMAS, 1989, p. 159-160), que significa a pessoa ser capaz de colocar-se na “pele do outro”.

Estágio IV: O quarto estágio “diferencia o ponto de vista societário do acordo ou motivos interpessoais” (HABERMAS,

1989, p. 159-160). A pessoa é capaz de adotar o ponto de vista do sistema, que estabelece os papéis e as regras. É capaz de considerar as relações individuais em termos do “lugar no sistema”.

Estágio V: O quinto estágio moral situa a prioridade naquilo que é relevante socialmente. O indivíduo é ciente dos valores e direitos prioritários em virtude de laços e contratos sociais. As perspectivas pessoais são regidas pelos instrumentos formais do “acordo social, do contrato, da imparcialidade objetiva e do devido processo” (HABERMAS, 1989, p. 159-160). A pessoa é capaz de discernir o “ponto de vista moral do ponto de vista legal”, reconhecendo que estão em conflito e considerando difícil integrá-los.

Estágio VI: Por fim, no sexto estágio, o indivíduo adota um ponto de vista moral derivado dos ajustes sociais. O indivíduo racional tem a perspectiva de reconhecer “a natureza da moralidade ou a premissa moral básica do respeito por outras pessoas como fins, não meios” (HABERMAS, 1989, p. 159-160).

Diante dos estágios do juízo moral apresentados, podemos efetuar um percuciente cotejo e localizar os pressupostos da argumentação necessários à ética do Discurso. Os argumentos representam uma forma refletida do agir comunicativo e materializam os juízos e valores morais inerentes ao comunicante. O entendimento mútuo, que é pressuposto para a ética do Discurso, pressupõe reciprocidades e relações de reconhecimento em torno das quais giram todas as ideias morais.

Desta forma, retomando que o conhecimento somente é possível pela linguagem e, por consequência, pela via da comunicação, impende verificar que os estágios morais 5 e 6 são condizentes com a boa prática comunicativa, que conduzem ao entendimento e à eticidade do Discurso, porquanto permitem ao cidadão valorar os interesses sociais coletivos e transindividuais em detrimento dos interesses individuais. Há condições, por eles, do discernimento entre os pontos de vista moral e legal, que nem sempre coincidem, mas, acima de tudo, uma premissa moral básica consistente no respeito pelas outras pessoas como fins, não meios.

Com essas perspectivas sócio-morais pode-se também efetuar uma abordagem acerca do direito fundamental ao bom governo, notadamente quando se verifica que, hodiernamente, o fenômeno da corrupção tem corroído, esfacelado e estigmatizado as relações entre o poder público e os cidadãos, pelos seus níveis e intensidade, atingindo o cerne do poder político nacional e demonstrando a fragilidade dos padrões morais ínsitos às relações republicanas.

5 O direito fundamental à boa administração pública como pressuposto para o desenvolvimento das políticas públicas

O direito à boa administração pública é um dos marcos do desenvolvimento político e social dos povos ocidentais. Veja-se que o primado do bom governo é um dos pilares da Carta de Nice sobre os Direitos Fundamentais da União Europeia, que contém, em seu preâmbulo, a justificativa de que tais enunciados fundantes decorrem da consciência do seu “patrimônio espiritual e moral”, baseando-se nos valores indivisíveis e universais da dignidade do ser humano, da liberdade, da igualdade e da solidariedade.

Resguardam-se, ainda, os princípios da democracia e do Estado de Direito, colocando o ser humano no cerne da sua ação. Na mesma normativa europeia, em seu artigo 41, há menção expressa no sentido de que todos têm direito a uma boa administração, compreendendo, sobremaneira, o direito de acesso às informações necessárias ao controle social das políticas públicas de transparência e publicidade, o direito dos cidadãos de serem ouvidos substancialmente naqueles temas de relevância social, além do dever de fundamentação dos atos administrativos.

Vê-se, pois, que a Constituição da Comunidade Europeia (2005) já se origina com uma preocupação fundamental, associada à democracia e ao Estado de Direito, que é a preservação do patrimônio espiritual e moral daqueles povos, sendo inerente ao seu desenvolvimento o *direito à “Boa Administração”*. Neste

sentido, a moralidade dos povos e de seus representantes, ao menos no continente europeu, é da essência na formação política voltada ao desenvolvimento do “ser humano” como cerne de sua ação.

No caso brasileiro, não há referência legal ou constitucional expressa ao direito à Boa Administração. Tal princípio, destarte, pode ser extraído de diversas passagens constitucionais. Inicialmente, a partir do Capítulo dos Direitos e Garantias Fundamentais dos cidadãos, quando o inciso LXXIII do artigo 5º estabelece o direito de qualquer cidadão a propor ação popular que vise anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à moralidade administrativa, dentre outros valores coletivos. Também está implícito quando o Capítulo dos Direitos Políticos estabelece, no parágrafo 9º do artigo 14, a necessidade da existência de lei complementar para proteger a probidade administrativa e a moralidade para o exercício de mandatos políticos. Mas, acima de tudo, no capítulo destinado à Administração Pública, nos artigos 37 e 38 da Constituição Federal (BRASIL, 1988).

De maneira explícita, o artigo 37 determina a necessidade de, em todas as esferas da administração pública direta e indireta, obediência aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência. Leal (2014), neste sentido, salienta que se tem na escola administrativa francesa:

[...] a base da construção da moralidade administrativa moderna, como princípio que se compõe da afirmação de que a legalidade dos atos jurídico-administrativos é fiscalizada pelo recurso baseado na violação da lei. Mas a conformidade desses atos aos princípios basilares da boa administração, determinante necessária de qualquer decisão administrativa, é fiscalizada por outro recurso, fundado no desvio de poder, cuja zona de policiamento é a zona da moralidade administrativa. (LEAL, 2014, p. 99).

Desta forma, não basta ao agir do administrador público a conformação de seus atos à estrita legalidade e motivação, sendo fundamental que atenda aos princípios constitucionais e infraconstitucionais inerentes ao bom governo, o que inclui, portanto, a necessária moralidade e probidade de seus atos. Estes, pois,

são vetores axiológicos e vinculantes sempre imbricados com o interesse público em detrimento do mero interesse particular, notadamente quando escuso. Leal (2014, p. 100) prossegue, asseverando que o elemento moral, a partir da Constituição de 1988, passa a figurar como diretriz indissociável do ato administrativo, o que ocorre em razão de preceito da mais elevada categoria, porquanto decorre da própria Carta Política.

Por essa razão, se a boa administração pública é regida fundamentalmente pelo princípio da moralidade, que passou a constituir paradigma constitucional elementar para a realização de atos administrativos, este alicerce irradia para todos os espaços da administração pública, iluminando permanentemente cada passo do administrador no sentido da implementação de todos os direitos dos cidadãos. Surge, portanto, o direito à boa administração, como paradigma constitucional vinculado, também, aos juízos de moralidade.

Neste panorama principiológico e constitucional apresenta-se indissociável a análise da necessária implementação dos direitos sociais como pressuposto para a materialização da dignidade da pessoa humana e para o tema das políticas públicas. Isso porque toda política pública é voltada à resolução de um problema público, reconhecido como tal na agenda governamental. Representa, pois, a resposta do sistema político-administrativo a uma situação da realidade social julgada politicamente como inaceitável e que exige uma postura proativa do poder público.

Entre os fins estatais, portanto, está precipuamente sua intervenção no sentido do atendimento aos cidadãos. Toda conduta estatal pressupõe, como fim último e único, a satisfação do bem-estar social. Este, por sua vez, pode ser materializado a partir das políticas públicas. A centralidade do bem-estar do cidadão, por meio de sua plena dignidade, condiciona a partilha da gestão das políticas públicas em um bom governo. Seus atos pressupõem uma perspectiva dialógica e visualizam a política e a moral como esferas interconectadas. O valor da democracia está na moralização das preferências das pessoas. Reside em sua natureza epistêmica, com respeito à moralidade pública e social. Aliás, a democracia é o procedimento mais confiável para poder alcançar o conhecimento dos princípios morais.

São duas as perspectivas que se podem esperar quanto à influência dos valores democráticos na formação moral dos cidadãos e da sociedade, segundo Niño (2000). Uma delas, posiciona as preferências das pessoas e os valores morais delas fora da esfera pública, isolando a política da moral. A outra vê os contornos subjetivo-morais dos cidadãos contidos no processo democrático que, mais que representar formalmente um processo, exerce função transformadora das preferências e juízos individuais. Este segundo viés compatibiliza a esfera política com os valores morais dos cidadãos, refletindo-se na sociedade.

Neste sentido, Niño (2000, p. 142-143) propõe que um processo legitimamente democrático pressupõe condições para superar a superficialidade moral do governo, já que os cidadãos não encontram nenhuma razão para acatar o resultado do processo democrático quando este resultado for contrário às prescrições morais da própria sociedade.

Ao tratar da governança e da capacidade governativa, Gaeani (1997, p. 15) assevera que *good governance* é requisito indispensável para assegurar um desenvolvimento sustentado, que incorpora ao crescimento econômico equidade social e direitos humanos. Ainda, em complemento, no dizer de Santos (1996, p. 8), o viés normativo implícito é o que associa esses pré-requisitos do bom governo à democracia.

Neste ambiente social/democrático – no qual conjuga-se o agir comunicativo dos cidadãos guiado por valores moralmente aceitos por meio do diálogo não coitado, em busca do consenso, e que vincula também o administrador público aos valores constitucionais direcionados à boa administração, entre eles a necessária moralidade em seus atos –, afigura-se paradoxal a existência de índices corruptivos extremamente elevados no Brasil e nos países em geral, prejudicando a necessária concretização de políticas públicas voltadas ao atendimento dos direitos sociais e à implementação da dignidade da pessoa humana.

Vislumbra-se a corrupção como uma das principais, se não a principal, chagas atuais que corroem a sociedade e os governos, prejudicando e tornando quase inviável a consolidação dos direitos sociais fundamentais e das condições de vida humana digna.

Ademais, a corrupção é um fenômeno que vai de encontro à necessária moralidade. Nas práticas corruptivas não se verificam os mínimos padrões e estágios sócio-morais preconizados por Habermas (1977, 1991, 2003). A corrupção é fenômeno que viola qualquer padrão de moralidade que se possa perquirir na ação humana, quer seja por parte dos cidadãos, quer seja por parte de governantes. No âmbito da administração pública e das conexões desta com a sociedade, a corrupção é fenômeno que corrói as relações fomenta a desconfiança, a deslealdade e o descrédito e, no caso brasileiro, entre outras mazelas, acentua a já existente miséria.

Por isso, há necessidade de serem implementadas medidas eficazes destinadas ao enfrentamento desta mazela que tem causado sérias consequências sociais, políticas e econômicas. Uma delas, que se pretende analisar sob o viés da competência e do fundo teórico apresentado, é o acordo de leniência, previsto na lei nº. 12.684/2013, denominada Lei Anticorrupção Empresarial.

6 A competência para a celebração do acordo de leniência

Considerando o fundamento teórico adotado, no sentido de que o conhecimento é alcançado pela linguagem e pela comunicação, é inegável que competência é uma espécie de comunicação que desempenha, no sistema jurídico, a função de reduzir a esfera de decisões ao alcance dos entes públicos. Reafirma-se a impossibilidade de cada órgão que compõe a esfera pública ter a capacidade de emitir decisão sobre todos os fenômenos que permeiam a relação público-privada.

Ao mesmo tempo, neste processo reducionista inerente ao fenômeno da competência, na medida em que ele limita as possibilidades decisórias, há uma condução natural à especialização dos órgãos públicos para concentrar neles o contingente de informações necessárias à adoção de suas decisões. Por estes predicados, tem-se que a competência legitima o ato e o órgão, justificando a decisão por ele adotada.

No sistema jurídico, a delimitação da competência dos entes públicos é essencialmente um fenômeno jurídico que decorre do Estado Democrático de Direito. Naquele, os processos comunicativos, orientados pelos juízos de moralidade e pela busca de uma universalidade voltada ao consenso, mostram-se ideais, porquanto centrados no entendimento não coitado, participativo e igualitário que conduz aos resultados sociais desejados e orientados pelos princípios constitucionais, sempre tendo como norte a dignidade da pessoa humana.

Com este desiderato, observa-se que os ditames constitucionais são basilares para a legitimidade da própria competência, sendo ela, também por isso, uma comunicação do tipo jurídico, guiada pelo próprio Direito. Em se tratando das organizações políticas, a competência é produto da comunicação estabelecida e permeada pelo sistema jurídico (RECK, 2011, p. 60-84).

No Brasil, as competências estão regradadas na Constituição e na legislação ordinária, que concentram o conteúdo jurídico sobremaneira. Há, pois, uma opção objetiva estratégica, consistente na reserva legal como regra, o que poderia sinalizar no sentido da existência de maior segurança jurídica e até estruturação pragmático-sistêmica bem definida. No entanto, se é da natureza do Direito e de sua normatividade a existência de vagueza e certa indeterminação, no que concerne à competência para a firmatura dos acordos de leniência, há acalorados debates. Tal realidade, apesar de ser legítima e natural no ambiente comunicativo do espaço jurídico, leva-nos a explorar a possibilidade de redução de seus efeitos negativos no que concerne à política pública de prevenção e combate às práticas corruptivas. Em outras palavras, não convém ao bom desenvolvimento de qualquer ação voltada a este fim a existência de vaguezas, lacunas ou contradições que permitam centrar o debate em questões circundantes, refugindo ao tema central – que consiste na potencialização da efetividade das ações, a eficácia destas e os resultados sociais desejados.

Veja-se que a corrupção é, historicamente, um fenômeno “tão antigo como a própria vida em sociedade, atravessando o tempo, os sistemas políticos e a cultura em si mesma” (SILVEIRA, 2014, p. 165). Porém, apenas mais recentemente verificaram-se preocupações e atitudes mais concretas por parte dos países oci-

dentais. Veem-se, nos Estados Unidos, os primeiros passos neste sentido após a renúncia de Richard Nixon, em agosto de 1974. Este foi anistiado e perdoado de todos os crimes que possa ter cometido no período de sua presidência em setembro do mesmo ano pelo vice-presidente Gerald Ford, então recém assumido, havendo o primeiro importante movimento preconizado pelo Presidente Jimmy Carter em 1977. Naquele ano, Carter sancionou o *Foreign Corrupt Practices Act* (FCPA), que assumiu papel precursor, motivando o surgimento de uma legislação baseada na prevenção de toda atividade corruptiva relacionada a funcionários públicos, candidatos a cargos políticos ou partidos políticos, contendo previsão de sanções acentuadas e multas elevadas. Neste programa, surgiu, então, o *Leniency*, ou *Amnesty Program*, que foi adotado pela Divisão Antitruste do Departamento de Justiça dos Estados Unidos, objetivando o deferimento de anistia ao primeiro membro da corporação privada que, espontaneamente, viesse a fornecer informações ou confessasse a existência de cartéis às autoridades antitruste americanas (MORAIS; BONACCORSI, 2016, p. 99-100).

Esta iniciativa americana foi precursora, mas não surtiu os efeitos desejados inicialmente. Em média, houve uma proposta por ano, sem que houvesse a investigação de qualquer caso de cartel internacional até 1993. Tal se deveu em virtude de três motivos: o primeiro, porquanto a redução das penas aplicadas às companhias que viessem a delatar era pouco significativa; o segundo motivo decorreu da impossibilidade de realização dos acordos quando as investigações já estivessem em curso; o terceiro, porque a concessão dos benefícios dependia da discricionariedade do Departamento de Justiça americano (DOJ). Assim, verificou-se acentuada insegurança jurídica aos possíveis colaboradores.

Em 1993, por isso tudo, o programa foi substancialmente modificado, ocorrendo a formulação da *Corporate Leniency Policy*, a qual tinha acentuada ampliação dos incentivos às companhias. As principais modificações foram: a extensão a todos os administradores, diretores e empregados que cooperassem com as investigações; e a concessão automática de imunidade, desde que, ao tempo da denúncia, ainda não houvesse investigação pe-

los órgãos competentes, ou desde que tais órgãos não tivessem ainda suficientes elementos para a acusação.

Em sequência à experiência do programa corporativo, nos Estados Unidos viu-se o surgimento do programa individual de leniência, denominado *Individual Leniency Program*. Por ele, pessoas físicas beneficiavam-se desde que oferecessem às autoridades cooperação, admitindo a prática do delito de cartel. Para tanto, deveriam não ter dado início ao cartel e nele não ter exercido papel de liderança, assim como não ter coagido outros a concorrerem, obtendo, com isso, a imunidade automaticamente, se o ilícito delatado não fosse conhecido das autoridades.

Tais inovações produziram acentuado impacto nos resultados do programa, visto que até 2002 havia aumentado por volta de dez vezes o número de adesões, ocorrendo cerca de uma por mês e, em 2003, três por mês. Entre 1998 e 2002, o valor das multas aplicadas chegou a US\$ 1,5 bilhão (MORAIS; BONACCORSI, 2016, p. 103).

No caso brasileiro, para se ter uma ideia da gravidade do fenômeno, somente o acordo de leniência firmado pelo Ministério Público Federal com a Construtora Odebrecht é no valor de US\$ 2,6 bilhões de dólares.³ No caso da corrupção envolvendo a Holding J&F, o acordo firmado pelo Ministério Público Federal é de R\$ 10,3 bilhões ao longo de 25 anos (J&F, 2017).

Veja-se que, nos dois casos citados, os mais emblemáticos até hoje na história brasileira, o Ministério Público firmou acordos de leniência com empresas privadas, porquanto foi por elas ofertada a colaboração para o esclarecimento de vultosos casos de corrupção envolvendo o mais alto escalão da política brasileira, fatos ainda sob investigação a partir das revelações apresentadas.

Ocorre, entretanto, que a grande celeuma existente é acerca da competência para firmar ditos acordos de leniência, a partir da legislação a ela pertinente. No dizer de Moraes e Bonaccorsi:

A crítica mais contundente que se deve fazer à leniência anticorrupção é a ausência de uma definição clara de qual órgão é o responsável para firmar o acordo e quais devem

³ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wpcontent/uploads/sites/41/2017/01/Leni%C3%A2ncia-Odebrecht.pdf>. Acesso em: 25 jun. 2017.

anuir e homologar o acordo. A MP 703 era um pouco mais clara, pois indicava a CGU como responsável por celebrar o acordo, prevendo a anuência da AGU e do MPF como condição para que os efeitos do acordo impactem o processo civil de responsabilização e permitindo a análise do TCU sobre a adequação do valor da reparação do dano ao erário público. A atual situação, após a perda da eficácia da MP, demonstra ainda mais a insegurança jurídica que a Lei anticorrupção, que não foi pensada para o cenário de alta complexidade do nível de corrupção verificados no Brasil, em especial, a partir da investigação da Operação Lava Jato. (MORAIS; BONACORSI, 2016, p. 104).

É procedente a preocupação, porquanto o instituto do acordo de leniência encontra-se previsto no direito pátrio, primeiramente, por meio da lei nº. 12.529/11, em seus artigos 86 e 87⁴, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência. Vê-se presente, também, na denominada Lei Anticorrupção Empresarial, lei nº. 12.846/13, em seus artigos 16 e 17.⁵

Observe-se que na lei nº. 12.529/11 quem está legitimado exclusivamente a firmar o acordo de leniência é o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica do Ministério da Fazenda), por meio da Superintendência-Geral. Esta benesse é devida aos crimes tipificados na lei nº. 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo), bem como nos

4 Art. 86: O CADE, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: [...] Art. 87: Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei no. 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos demais crimes diretamente relacionados à prática de cartel, tais como os tipificados na Lei no. 8.666, de 21 de junho de 1993, e os tipificados no art. 288 do Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia com relação ao agente beneficiário da leniência. Parágrafo único: Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o caput deste artigo.

5 Art. 16: A autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo, sendo que dessa colaboração resulte: [...] 2o A celebração do acordo de leniência isentará a pessoa jurídica das sanções previstas no inciso II do art. 6o e no inciso IV do art. 19 e reduzirá em até 2/3 (dois terços) o valor da multa aplicável. § 3o O acordo de leniência não exime a pessoa jurídica da obrigação de reparar integralmente o dano causado.

Art. 17. A administração pública poderá também celebrar acordo de leniência com a pessoa jurídica responsável pela prática de ilícitos previstos na Lei no 8.666, de 21 de junho de 1993, com vistas à isenção ou atenuação das sanções administrativas estabelecidas em seus arts. 86 a 88.

delitos capitulados na lei nº. 8.666/93 (crimes de licitações) e no crime de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal). No dizer do artigo 87 da lei nº. 12.529/11, a celebração do acordo de leniência determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia relativamente ao agente beneficiado pela leniência. No parágrafo único do mesmo artigo, cumprido o acordo, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes referidos em seu caput.

Neste particular, percuente crítica deve ser feita quando se constata que órgão do Poder Executivo, exclusivamente, tem competência para a firmatura de acordos de leniência. Esta ressalta deve-se ao fato de o acordo firmado ter reflexos na ação penal pela prática de crimes de ação pública incondicionada. Nos termos do inciso I, do artigo 129 da Constituição Federal, é função institucional do Ministério Público promover, privativamente, a ação penal pública. Se a Carta Magna confere ao órgão Ministerial a exclusividade da ação penal pública, não é concebível que um órgão do Poder Executivo, sem qualquer participação do Ministério Público, possa firmar termo de leniência que vá promover a extinção da punibilidade em crimes de mais alta lesividade social.

Há, nesta hipótese, absoluta violação ao disposto na Constituição Federal. Dito de outra forma, o agente político que detém a competência exclusiva sobre a promoção da ação penal pública não pode ficar alijado dos termos de eventual acordo que se imiscua diretamente no exercício da promoção da ação penal. O que se poderia admitir, indubitavelmente, é a firmatura de acordo de leniência por órgão do Poder Executivo sem efeitos penais, apenas no âmbito civil e/ou administrativo. No caso da esfera da ação penal, diante da competência constitucional inerente ao Ministério Público para decidir sobre o exercício da ação penal, exclusivamente, haveria a necessidade, ao menos, da concordância desta Instituição.

No sentido da inconstitucionalidade dos acordos quanto aos aspectos penais, Siqueira (2015) enfatiza que o aspecto de maior polêmica relativamente ao acordo de leniência, nos termos da lei nº. 12.529/13, são os reflexos penais previstos no artigo 87. Neste particular, o autor posiciona-se no sentido de que não

devem ser aplicados, por implicar “insanável vício de inconstitucionalidade ou de eficácia” (SIQUEIRA, 2015, p. 34). Isto porque viola atribuições típicas do Ministério Público, que, por força do inciso I, do artigo 129 da Constituição, é o titular da ação penal pública. Por consequência, a lei nº. 12.529/11 não poderia prever que “uma autarquia, livremente, viesse a dizer onde há ou não razão ou motivação político-criminal idônea para repelir a aplicação de pena no direito penal” (SIQUEIRA, 2015, p. 34). Segundo o autor, ainda, abre-se “perigoso precedente à inflição de elementos políticos afetando diretamente a atuação do Ministério Público” (SIQUEIRA, 2015, p. 34).

Efetivamente, considerando que o acordo de leniência preconizado na supracitada lei poderá ocorrer quando se tratar de crimes tipificados na lei nº. 8.137/1990 (crimes contra a ordem tributária, econômica e as relações de consumo), nos delitos capitulados na lei nº. 8.666/93 (crimes de licitações) e nos crimes de associação criminosa (artigo 288 do Código Penal), não se afigura minimamente coerente legitimar órgão do Poder Executivo a entabular negociação que venha a imunizar das sanções penais os agentes destas infrações. Não se pode descartar a possibilidade de envolvimento de agentes públicos oriundos do mesmo Poder, que tenham interesses na assinatura de tais acordos, a exemplo dos crimes de licitações. Siqueira (2015), neste particular, retoma para cancelar este raciocínio ao aduzir que

Há a clara verificação de transbordamento dos limites em que esse acordo poderia, ainda que inconstitucionalmente, ser realizado por beneficiar delitos que se encontram fora do objeto das infrações administrativas do CADE, por trazer como imputações passíveis de sofrerem com a extinção da punibilidade, como delitos contra as licitações (lei nº. 8.666/93) e associação criminosa. (SIQUEIRA, 2015, p. 35).

Outro aspecto que merece questionamento quanto à competência para firmar os acordos de leniência, à luz da lei nº. 12.529/11, é o fato de não haver sequer necessidade de homologação judicial. Portanto, trata-se de convenção firmada por uma autarquia vinculada ao Poder Executivo, irradiando efeitos nas esferas administrativa e penal, sem qualquer interferência do Poder Judiciário. Aliás, quem verifica o cumprimento das condições

do acordo e, portanto, dá a chancela para a efetivação da benesse é o próprio tribunal administrativo, consoante expressamente dispõe o parágrafo 4º, do artigo 86, por ocasião do julgamento do processo administrativo. Ou seja: o acordo de leniência é firmado exclusivamente e unilateralmente pelo CADE; o tribunal administrativo verifica o cumprimento do acordo e os efeitos são irradiados para além da esfera administrativa, extinguindo a punibilidade de crimes da maior gravidade para o qual o órgão do Poder Executivo não possui qualquer legitimidade ou ingerência.

Siqueira (2015) sugere, então, para mitigar toda esta problemática, que haja a participação do Ministério Público na elaboração dos acordos de leniência, o que permitiria a extensão destes aos efeitos penais e da improbidade administrativa. Neste caso, ainda remanesceria outra polêmica, que diz respeito a qual dos Ministérios Públicos seria devida a intervenção, se Federal ou Estadual. Nas hipóteses de crimes contra a ordem econômica que não sejam da competência federal tais delitos, via de regra, seriam da competência estadual. Neste caso, teríamos o CADE, uma autarquia federal, com competência para firmar o acordo de leniência em delitos da competência estadual, existindo a possibilidade de se questionar se a intervenção sugerida deveria ser do Ministério Público Federal (que, neste caso, não teria atribuições) ou do Ministério Público Estadual, o qual teria atribuições para a ação penal atinente a referidos crimes (SIQUEIRA, 2015, p. 36).

O acordo de leniência também é encontrado na lei nº. 12.846/13, identificada por Lei Anticorrupção Empresarial brasileira. Nela, a previsão contida relaciona-se a atos lesivos à administração pública, nacional ou estrangeira, que atentem contra o patrimônio público nacional ou estrangeiro, contra princípios da administração pública ou contra os compromissos internacionais assumidos. Seu artigo 5º apresenta um elenco de condutas que podem autorizar o enquadramento e, por consequência, a elaboração do acordo de leniência e demais consequências.

Esta novel legislação foi instituída no Brasil após grandes protestos ocorridos no ano de 2013, em todo o país. Naquele ano multidões saíram às ruas bradando por atitudes concretas que pudessem contribuir para os necessários avanços em diversos

problemas nacionais, incluindo o combate à acentuada corrupção. Ademais, a Lei Anticorrupção Empresarial também decorreu de uma política global de combate à corrupção, já existente, desde longa data, sem que o Brasil, até então, tivesse adotado providências concretas neste sentido.

Por meio de duas convenções da Organização das Nações Unidas, das quais o Brasil é signatário, notadamente, encontram-se diretrizes mundiais compelindo seus membros a adotarem medidas destinadas ao combate às práticas corruptivas. Veja-se que a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, ocorrida em Nova Iorque, em 15 de novembro de 2000, e internalizada pelo Brasil por meio do Decreto nº. 5.015, de 12 de março de 2004, já previa medidas para “intensificar a cooperação com as autoridades competentes para a aplicação da lei”, estabelecendo a possibilidade de os Estados parte adotarem “medidas adequadas para encorajar as pessoas que participem ou tenham participado em grupos criminosos organizados” a fornecerem informações úteis às autoridades, para efeitos de investigação e produção de prova, mediante a concessão de redução da pena ou mesmo a concessão de imunidade penal e processual.

Não é diverso o estímulo verificado na Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, realizada em Mérida, em 31 de outubro de 2003, internalizada pelo Brasil, por meio do Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Nela estabelece-se o estímulo à cooperação com as autoridades encarregadas de fazer cumprir a lei, por meio de pessoas que participem ou que tenham participado na prática dos delitos qualificados de acordo com esta Convenção, mediante a inserção por cada Estado-Parte em sua legislação de medidas que permitam prever a mitigação de pena ou mesmo de imunidade penal e processual.

Assim, adveio a lei nº. 12.846/13, que não possui natureza explicitamente penal, porquanto se direciona às responsabilizações civil e administrativa de pessoas jurídicas por atos de corrupção em sua relação com o poder público. Veja-se, portanto, que, diferentemente da lei nº. 12.529/11, que se destina a estruturar o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, com reflexos penais quando da prática de delitos previstos na lei nº. 8.137/90, na

lei nº. 8.666/93 e também no artigo 288 do Código Penal, a lei nº. 12.846/13 tem suas normativas voltadas às responsabilizações, administrativa e civil, de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeiras, sem reflexos penais.

Na Lei Anticorrupção Empresarial podem-se citar o incremento no sistema jurídico nacional de institutos precusores como a responsabilidade civil objetiva da pessoa jurídica por atos de corrupção; a existência de estímulo aos programas de *compliance* como atenuantes das sanções administrativas porventura aplicadas às empresas em razão de práticas corruptivas; e, para os limites deste trabalho, o surgimento do acordo de leniência, que poderá ser celebrado exclusivamente com a pessoa jurídica, com efeitos também exclusivos nas searas administrativa e civil.

Por isso, é relevante destacar que a lei nº. 12.846/13 introduziu várias inovações com relação à lei nº. 12.529/11. De maneira perfunctória, em razão dos limites deste texto, afirma-se que a lei nº. 12.529/11 estabelece a possibilidade do acordo de leniência com pessoa física ou jurídica. Também este acordo não necessita de homologação judicial. O único órgão expressamente competente para a assinatura do acordo é o CADE, vinculado ao Ministério da Fazenda. Os efeitos do acordo de leniência na Lei Antitruste são de naturezas administrativa e penal, conforme expressamente previsto.

Diversamente, na lei nº. 12.846/13, Lei Anticorrupção Empresarial, o acordo de leniência somente pode ser firmado com pessoas jurídicas, não havendo previsão legal acerca da necessidade de homologação judicial. Entretanto, o acordo estende seus efeitos tão somente na esfera administrativa, sem reflexos penais. A competência para firmar o acordo de leniência, neste caso, é aberta, porquanto o artigo 16 define que a autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrá-lo, sendo que no âmbito do Poder Executivo federal esta é a Controladoria-Geral da União (CGU).

Contribui negativamente para o cotejo do instituto do acordo de leniência previsto no âmbito da Lei Antitruste e da Lei Anticorrupção Empresarial a constatação no sentido de que, na última, apenas pessoas jurídicas podem firmá-lo, sem efeitos

penais. Isto porque, certamente, não terão interesse em acordar, na medida em que, a partir de suas revelações, os sócios e demais envolvidos, pessoas naturais, serão responsabilizados criminalmente. Em outras palavras, a empresa que colaborar, estará noticiando a prática de ilícitos penais por seus agentes, envolvendo servidores públicos em atos corruptivos, que serão responsabilizados a partir das revelações. Neste sentido, Heinen refere que

[...] poderia ser pouco útil aos gestores e aos administradores das empresas colaborarem efetivamente com os ilícitos praticados, sendo que estariam, no caso, contribuindo para fomentar a sua própria responsabilidade, que, no caso, não seria reduzida como assim se faria com a sociedade que apresentam. Da forma como posta, a lei fomenta o silêncio tanto das pessoas naturais, como dos agentes públicos corruptos, porque nenhum deles verá benefício em colaborar para identificar os demais envolvidos. Em sentido diverso, perceba que a lei Antitruste (lei nº. 12.529/2011), que tutela a livre concorrência, permitiu que o acordo fosse entabulado, tanto pela pessoa jurídica, como pela pessoa natural. Ao que nos parece, o legislador andou mal em restringir a possibilidade de negociação apenas com pessoas jurídicas, porque tal medida contraria a finalidade principal do acordo de leniência que é a obtenção de informações ou de dados necessários à persecução por atos corruptivos. Ora, se a punição será reduzida, caso se constitua em ajuste efetivo com a pessoa jurídica, não se mostra lógico proibir este mesmo ajuste para com os demais sujeitos ativos dos tipos definidos na Lei Anticorrupção que poderiam contribuir com as autoridades processantes. (HEINEN, 2015, p. 242).

Sob este aspecto, pode-se até extrair ilação no sentido de que a Lei Anticorrupção Empresarial é apenas um diploma simbólico, que se apresenta ao mundo jurídico e à sociedade como um grande instrumento destinado a fomentar o combate à corrupção quando, em essência, não tem utilidade prática e concreta. Cremos, efetivamente, ser uma lástima tal constatação, porquanto este diploma legal pode estar escondendo em seus meandros uma encenação teatral que, em realidade, tão somente aparenta existir, podendo se constituir, lamentavelmente, em mera ficção jurídica.

De qualquer sorte, problema de igual ou maior envergadura, em termos de competência para firmar o acordo de leniência, é encontrado na lei nº. 12.846/13, denominada Lei Anticorrupção Empresarial. Quanto à competência para firmar acordos de leniência, diferentemente da lei nº. 12.529/11, a Lei Anticorrupção Empresarial estabelece em seu artigo 16 que, mediante condições de eficácia do acordo, a

[...] autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública poderá celebrar acordo de leniência com as pessoas jurídicas responsáveis pela prática dos atos previstos nesta Lei que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo [...]. (BRASIL, 2011).

O parágrafo 10 do referido artigo estabelece que a CGU é o órgão competente para celebrar os acordos de leniência no âmbito do Poder Executivo federal, bem como no caso de atos lesivos praticados contra a administração pública estrangeira.

Veja-se que a vagueza deste dispositivo é absoluta. Afinal, exceto quanto à Controladoria-Geral da União, que é estabelecida como órgão federal expressamente incumbido para tanto, qual é a “autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública”? Poderá o Ministério Público celebrar acordos de leniência com supedâneo na lei nº. 12.846/13?

Esta celeuma havia sido minimizada com a edição da Medida Provisória n.º 703, editada em 18 de dezembro de 2015 e publicada no Diário Oficial em 21 de dezembro de 2015, que indicava a Controladoria-Geral da União como responsável por celebrar o acordo, porém, com a anuência da Advocacia-Geral da União e do Ministério Público Federal, como condição para os efeitos do acordo. Ocorre que dita Medida Provisória perdeu eficácia pelo decurso do tempo, retornando a lei à sua redação original.

Observe-se que é emblemático o acordo de leniência firmado pelo Ministério Público Federal com a construtora Odebrecht no transcurso da Operação Lava Jato. Naquele acordo, o maior até então na história brasileira, o Ministério Público Federal necessitou invocar inúmeros dispositivos legais, sempre analogicamente, porquanto a competência expressa para a assinatura do

acordo de leniência não existia. Assim, já no preâmbulo do texto, está descrita a base jurídica para a sua celebração:

I - Base Jurídica.

Cláusula 1ª. O presente Acordo funda-se no artigo 129, inciso I, da Constituição Federal; nos artigos 13 a 15 da Lei n.º 9.807/99; no art.1º, § 5º, da Lei n.º 9. 613/98; art. 5º, § 6º, da Lei n.º 7.347/85; no art. 26 da Convenção de Palermo; e no art. 37 da Convenção de Mérida; nos artigos 4º a 8º da Lei n.º 12.850/2013; nos artigos 3º, § 2º e § 3º, 485, VI e 487, III, "b" e "c", do Código de Processo Civil, nos artigos 840 e 932, III, do Código Civil, artigos 16 a 21 da Lei n.º 12.846/2013; nos artigos 86 e 87, da Lei n.º 12.529/2011 e nos princípios de composição consensual previstos no artigo 2º da Lei 13.140/2015.⁶

E a homologação do acordo ocorreu nos seguintes termos pelo magistrado da Justiça Federal de Curitiba:

Já que se pretende a concessão de efeitos jurídicos penais ao acordo, em processos do âmbito da competência deste Juízo, apropriado pronunciamento deste julgador. O acordo de leniência da Lei n.º 12.846/2013, que prevê a responsabilização administrativa e cível de pessoas jurídicas por crimes contra a Administração Pública, restringe-se às pessoas jurídicas, não abrangendo dirigentes, administradores ou prepostos. Entretanto, aplicável por analogia in bonam parte o disposto o art. 86, §2º e §6º, da Lei n.º 12.529/2011 quanto ao acordo de leniência praticado no âmbito de crimes contra a concorrência: "Art. 86. O Cade, por intermédio da Superintendência-Geral, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de 1 (um) a 2/3 (dois terços) da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte: I - a identificação dos demais envolvidos na infração; e II - a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação. (...)§ 2o Com relação às pessoas físicas, elas poderão celebrar acordos de leniência desde que cumpridos os requisitos II, III e IV do § 1o deste artigo. (...) § 6o Serão estendidos às empresas

⁶ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/01/Leni%C3%AAncia-Odebrecht.pdf>. Acesso em: 26 jun. 2017.

do mesmo grupo, de fato ou de direito, e aos seus dirigentes, administradores e empregados envolvidos na infração os efeitos do acordo de leniência, desde que o firmem em conjunto, respeitadas as condições impostas. (...)” Também autorizada a concessão de perdão judicial ou mesmo a não propositura de ação penal pelo art. 4º da Lei n.º 12.850/2013 em decorrência de colaboração, desta feita diretamente pelo agente, pessoa natural, do crime. Registre-se ainda que a adesão ao acordo é dirigido a prepostos no âmbito do Grupo Odebrecht, ou seja, a empregados ou mesmo dirigentes de menor escalão que teriam se envolvido em crimes no âmbito da política corporativa desviada então reinante. Os termos do acordo apresentado atendem ao interesse público de obter informações e provas sobre práticas criminosas e, especialmente, obter valores necessários à reparação dos crimes perpetrados pelo Grupo Odebrecht. O valor acertado, de R\$ 3.828.000.0000,00, é bastante expressivo, além do total projetado no tempo de R\$ 8.512.000.000,00, já que as parcelas sofrerão a incidência da taxa selic. São cerca de USD 2.600.000.000,00 pelo câmbio utilizado na celebração do acordo.⁷

Não bastasse, em 08 de junho de 2017, foi publicada no Diário Oficial da União a Medida Provisória n.º 784, que dá ao Banco Central competência para firmar acordos de leniência com pessoas físicas ou jurídicas do setor financeiro. Em seu artigo 30, prevê que o Banco Central do Brasil poderá celebrar acordo de leniência “com pessoas físicas ou jurídicas que confessarem a prática de infração às normas legais ou regulamentares cujo cumprimento lhe caiba fiscalizar” (BRASIL, 2017). O benefício consiste na “extinção de sua ação punitiva ou redução de um terço a dois terços da penalidade aplicável, mediante efetiva, plena e permanente colaboração para a apuração dos fatos, da qual resulte utilidade para o processo” (BRASIL, 2017).

A todo este cenário, ainda, deve-se acrescentar a existência do instituto da colaboração premiada, que constitui outra vertente das práticas colaborativas no caminho do enfrentamento da macrocriminalidade. Por não ser objeto deste trabalho, apenas efetuamos referência no sentido de que, em termos legislativos, a primeira lei brasileira a estabelecer a colaboração premiada foi

⁷ Disponível em: <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/05/homologacao-acordo-odebrecht.pdf> Acesso em: 26 jun. 2017.

a Lei dos Crimes Hediondos, lei n.º. 8072/90, em seu artigo 8º, parágrafo único, até hoje vigente. Posteriormente, sobreveio a Lei do Crime Organizado, n.º. 9.304/95, em seu artigo 6º (lei revogada pela lei n.º. 12.850/13). Segue-se a Lei de Lavagem de Capitais, lei n.º. 9.613/98, em seu artigo 1º, parágrafo 5º⁸; também a Lei de Proteção a Vítimas e Testemunhas, lei n.º. 9.807/99, nos artigos 13 e 14; a Lei de Drogas, lei n.º. 11.343/2006, em seu artigo 41; e a recente Lei de Combate ao Crime Organizado, lei n.º 12.850/13, em seus artigos 3º, 4º, 5º e 6º. O próprio Código Penal brasileiro, ao tratar do crime de extorsão mediante sequestro, em seu artigo 159, parágrafo 4º, também estabelece tal benesse.

A realidade apresentada, portanto, nos faz observar que há um conjunto de instrumentos disponíveis para o enfrentamento das práticas corruptivas no Brasil, destacando-se o acordo de leniência dentre eles. Ocorre que a análise desenvolvida também nos permite verificar que há sérios problemas no que concerne à competência para a assinatura deste instituto, tão relevante para os objetivos a que se propõem.

Se os padrões comunicativos encontrados na dialética jurídica nos conduzem a condições morais universais que compelem o enfrentamento da corrupção como política pública sugerida por padrões internacionais, no Brasil, tal enfrentamento é de extrema valia, haja vista o histórico e os fatos que se tem revelado. Ademais, estabelecer com maior precisão e legitimidade a competência para a assinatura de acordos de leniência é um dos problemas que ainda se apresentam e comportam, sobremaneira, permanente e renovada discussão sob os padrões do agir comunicativo democrático, com vistas a um melhor consenso (aliás, consenso não há quanto à competência para firmar acordos de leniência) em razão das divergências existentes em torno do tema emergido neste trabalho.

8 Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal. [...] § 5º A pena poderá ser reduzida de um a dois terços e ser cumprida em regime aberto ou semiaberto, facultando-se ao juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la, a qualquer tempo, por pena restritiva de direitos, se o autor, coautor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais, à identificação dos autores, coautores e partícipes, ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime (Redação dada pela Lei n.º. 12.683, de 2012).

A hipótese que se apresenta, portanto, é possibilitar uma relação transversal na formatação e assinatura dos acordos de leniência por órgãos do Poder Executivo que permita ao Ministério Público, ao menos, ser copartícipe, e quando tal benesse tiver reflexos penais, que seja este o protagonista na elaboração dos acordos, sob pena de não se estar respeitando diretriz constitucional que fomenta o Estado Democrático de Direito.

Se a comunicação e a linguagem são fenômenos que permitem atingir o conhecimento e se o agir comunicativo deve estar impregnado de um discurso ético e de uma moral universal, inequívoca é a pretensão constitucional de partilhar a responsabilidade pelas práticas voltadas ao desenvolvimento do bom governo, com vistas ao atingimento da dignidade da pessoa humana. Para tanto, não se concebe alijar o Ministério Público de acordos de leniência firmados por órgãos do Poder Executivo, quando o desiderato pelo enfrentamento das práticas corruptivas é missão do titular exclusivo da ação penal.

Toda a ação comunicativa, assim, no sistema jurídico, deve voltar-se à busca do consenso e a tomada de decisões na direção da competência para a realização deste ato jurídico relevante passa, absolutamente, pela via do consenso e da partilha de responsabilidades, minimamente.

7 Considerações finais

O problema que se propôs enfrentar, nos limites deste artigo, diz respeito à competência para assinatura de acordos de leniência, tendo, como base teórica, a matriz pragmático-sistêmica. Este modelo teórico, acredita-se, pode contribuir sobremaneira para observações aprofundadas e mais complexas, haja vista a existência do instituto do acordo de leniência como instrumento legal no panorama de uma política pública voltada para o enfrentamento da escalada crescente e desenfreada da corrupção. Isto significa, em outras palavras, aplicar esta matriz pragmática para pôr em observação como a competência para firmar acordos de leniência é inserida no contexto sistêmico a partir de uma coordenação de ações dentro do contexto jurídico.

O caminho teórico deste artigo analisou, inicialmente, a essencialidade da matriz pragmático-sistêmica, consistente na comunicação e na linguagem como pressupostos para que sejam obtidas decisões. Isso significou a necessidade de uma passagem da filosofia da consciência para a filosofia da linguagem, afastando-se do pensamento metafísico para ingressar no mundo da formação do conhecimento pela linguagem comunicativa. Do mesmo modo que significou a verificação da existência de sistemas sociais que se estabelecem pela comunicação, inserindo-se, neste contexto, o Direito.

Com essas premissas, os pensamentos de Habermas e Luhmann acerca do conhecimento, com reflexos no campo decisório, são fundamentais, porquanto é da essência do Direito a necessidade de decisões. Ademais, considerar determinada operação como sendo jurídica é exercício de muita complexidade, na medida em que pressupõe comunicação e linguagem no ambiente social.

Neste espaço, o Direito é mais que uma normatividade, porquanto a comunicação decorrente das relações sociais é vasta e conduz à ampliação do cenário jurídico. O sistema do Direito é resultante de uma evolução e aglutinação de comunicações em torno de uma função específica, que é a de manter e/ou reciclar expectativas normativas. Neste sentido, aliás, Luhmann (2002) bem traduz a função do Direito, a qual é manter expectativas normativas que o mantém válido, legítimo, necessário e aceito como porto seguro para os cidadãos que, mesmo diante do descumprimento da norma, sabem que ela se manterá vigente e, aparentemente, conferindo segurança e estabilidade à sociedade.

A competência, no sistema jurídico, exerce uma função relevante que consiste em reduzir a complexidade quando se apresentam variadas opções para uma decisão por um órgão ou por um agente público, sempre respeitadas as bases de seu conteúdo jurídico. Aliás, os órgãos e as instituições jurídicas somente existem quando decidem, exercendo sua competência.

Em um modelo de Estado Democrático de Direito, a tomada de decisões, chancelada pela competência, exige o respeito a padrões morais que, para Habermas (2003), podem ser extraídos do princípio da universalização (denominado de "U"), o qual

consiste na valoração de práticas dirigidas a acordos argumentativos. Habermas (2003) preconiza que a dignidade embasada em uma autoridade moral de qualquer norma, de um interesse ou de uma vontade pressupõe validade universal, extraída da ética do discurso. Esta pressupõe o agir comunicativo, que deve estar impregnado de justificações moral-práticas, extraídas da teia de sentimentos morais produzidos no cotidiano prático da comunicação.

Neste contexto, é fundamental ressaltar o pensamento de Habermas (2003) no sentido de que a condição para o conhecimento é o consenso, o qual é obtido pela via comunicativa. Para a teoria sistêmica de Luhmann (2002), entretanto, comunicação e linguagem são a essência para o conhecimento. Só posso conhecer aquilo com o qual me comuniquei. Estas visões, aparentemente incomunicáveis, nos permitem, quando analisadas conjuntamente, extrair duas visões complementares. Pela via comunicativa se possibilita o consenso e pela comunicação e linguagem se obtém o conhecimento.

Conhecimento e consenso não são excludentes, porquanto ambos nos permitem o aprimoramento das relações humanas, quer seja em um ambiente sistêmico, quer seja em um ambiente comunicativo. Daí, também, a relevância de padrões morais mínimos para o desenvolvimento da comunicação e da linguagem, o que se pode alcançar por meio dos estágios do juízo moral preconizados por Habermas (2003), chancelando Kohlberg.

As preocupações lançadas no sentido de alcançar uma base teórica que permita a aproximação do sistema jurídico de padrões comunicativos com alcance ético e moral adequados tem em vista aproximar a matriz teórica apresentada ao direito fundamental ao bom governo. O direito fundamental à boa administração pública, como pressuposto para o desenvolvimento das políticas públicas, é um dos marcos para o desenvolvimento político e social dos povos ocidentais. Neste encontra-se a necessária transparência, probidade e moralidade do agir administrativo, com vistas à dignidade do ser humano. Rechaça-se, neste panorama, qualquer atitude que vá de encontro aos interesses sociais preconizados constitucionalmente, o que inclui, portanto, inad-

mitir as práticas corruptivas e concebê-las como absolutamente perniciosas ao desiderato do bom governo.

Desta forma, propôs-se o enfrentamento do tema da competência para a assinatura de acordos de leniência, a partir das duas leis que os preveem: a lei nº. 12.529/11, em seus artigos 86 e 87, que estrutura o sistema brasileiro de defesa da concorrência e a Lei Anticorrupção Empresarial, lei nº. 12.846/13, em seus artigos 16 e 17. Nelas, verifica-se que são legitimados a firmar o acordo de leniência órgãos da administração pública, sem mencionar expressamente a participação do Ministério Público. Ocorre que, considerando os reflexos diretamente ou indiretamente penais que tal instituto pode acarretar (na lei nº. 12.529/11 há reflexos diretos; na lei nº. 12.846/13, podem ser observadas consequências indiretas), parece-nos de extrema relevância cogitar o envolvimento do Ministério Público em sua elaboração. Tal ilação decorre de ser ele o titular constitucionalmente previsto, com exclusividade, para a ação penal pública, e bem assim, por consequência do acordo de leniência dizer respeito à prática de atos que podem caracterizar inúmeras infrações penais com esta natureza de ação penal.

Não se está a cogitar de competência exclusiva, mas partilhada, não excludente. Afinal, não se consegue vislumbrar qualquer prejuízo, mínimo que seja, pela intervenção do Ministério Público em acordos de leniência firmados por órgãos dos poderes do Estado, quando se conseguir extrair consequências penais de tal benesse.

Ademais, pela via das presentes incursões foi possível constatar a falta de tecnicismo na redação das normas instituidoras do benefício do acordo de leniência quanto à competência para firmá-lo. Se na lei nº. 12.529/2011 a titularidade é exclusiva do CADE, na lei nº. 12.846/2013 tal legitimidade é aberta, porquanto conferida à autoridade máxima de cada órgão ou entidade pública.

É imperioso, portanto, lançar mão da pragmática da comunicação para alcançar melhores conceitos sobre a competência para a assinatura de acordos de leniência. Se as decisões que se conectam com a competência são regidas pela complexidade, é inegável que a competência seja, também, uma dessas conexões.

Dessa podem ser extraídas muitas informações essencialmente jurídicas. E o debate sobre a competência centrado na elaboração de acordos de leniência pressupõe um entrelaçamento de comunicações pela linguagem, impregnados pela ética do Discurso e pelo agir comunicativo saturado de valores morais universais. Em um Estado Democrático de Direito, qualquer comunicação que se estabeleça em torno da competência para a lavratura de acordos de leniência excluindo o Ministério Público pode representar o afastamento das premissas estabelecidas pela matriz pragmático-sistêmica apresentadas.

Por isso, não se vislumbra outro caminho diverso da busca do consenso inclusivo, que permita ao titular da ação penal pública a participação absolutamente necessária para legitimar os discursos e a comunicação decorrentes de qualquer acordo que envolva práticas corruptivas ou outras condutas atentatórias ao necessário direito ao Bom Governo.

A hipótese, assim, restou confirmada, sendo plausível concluir que a matriz pragmático-sistêmica nos permite construir observações mais complexas e integradoras sobre a competência para firmar acordos de leniência no contexto de uma política pública de prevenção e combate à corrupção.

Referências

- BÔAS FILHO, Orlando Vilolas. **O direito na teoria dos sistemas de Niklas Luhmann**. São Paulo: Editora Max Limonad, 2006.
- BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 5 out. 1988.
- BRASIL. Decreto nº. 5.015, de 12 de março de 2004. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 15 mar. 2004.
- BRASIL. Decreto nº. 5.687, de 31 de janeiro de 2006. Promulga a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 31 de outubro de 2003 e assinada pelo Brasil em 9 de dezembro de 2003. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 fev. 2006.

BRASIL. Decreto-Lei nº. 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei nº. 11.343, de 23 de agosto de 2006. Institui o Sistema Nacional de Políticas Públicas sobre Drogas - Sisnad; prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 24 ago. 2006.

BRASIL. Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº. 12.529, de 30 de novembro de 2011. Estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência; dispõe sobre a prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica; altera a Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, o Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal, e a Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985; revoga dispositivos da Lei nº 8.884, de 11 de junho de 1994, e a Lei nº 9.781, de 19 de janeiro de 1999; e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 01 dez. 2011.

BRASIL. Lei nº. 12.846, de 1º de agosto de 2013. Dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil de pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 02 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 12.850, de 2 de agosto de 2013. Define organização criminosa e dispõe sobre a investigação criminal, os meios de obtenção da prova, infrações penais correlatas e o procedimento criminal; altera o Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal); revoga a Lei nº 9.034, de 3 de maio de 1995; e dá

outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 05 ago. 2013.

BRASIL. Lei nº. 8.072, de 25 de julho de 1990. Dispõe sobre os crimes hediondos, nos termos do art. 5º, inciso XLIII, da Constituição Federal, e determina outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 26 jul. 1990.

BRASIL. Lei nº. 8.137, de 27 de dezembro de 1990. Define crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 28 dez. 1990.

BRASIL. Lei nº. 8.666, de 21 de junho de 1993. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993.

BRASIL. Lei nº. 9.034, de 3 de maio de 1995. Dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 mai. 1995.

BRASIL. Lei nº. 9.613, de 3 de março de 1998. Dispõe sobre os crimes de "lavagem" ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 04 mar. 1998.

BRASIL. Lei nº. 9.807, de 13 de julho de 1999. Estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 14 jul. 1999.

BRASIL. Medida Provisória nº 703, de 18 de dezembro de 2015. Altera a Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013, para dispor sobre acordos de leniência. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 21 dez. 2015.

BRASIL. Medida Provisória nº. 784, de 7 de junho de 2017. Dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários, altera a Lei nº 4.131, de 3 de setembro de 1962, a Lei nº 4.829, de 5 de novembro de 1965, a Lei nº 6.024, de 13 de março de 1974, a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, a Lei nº 9.069, de 29 de junho de 1995, a Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, a Lei nº 9.873, de 23 de novembro de 1999, a Lei nº 10.214, de 27 de março de 2001, a Lei nº 11.371, de 28 de novembro de 2006, a Lei nº 11.795, de 8 de outubro de 2008, a Lei nº 12.810, de 15 de maio de 2013, a Lei nº 12.865, de 9 de outubro de 2013, o Decreto nº 23.258, de 19 de outubro de 1933, o Decreto-Lei nº 9.025, de 27 de fevereiro de 1946 e a Medida Provisória nº 2.224, de 4 de setembro de 2001, e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 07 jun. 2017.

EISENBERG, José. **A democracia após o liberalismo: Ensaio sobre ética, direito e política**. Rio de Janeiro: Relçume Dumará, 2003.

GAEANI, Francisco. **Gestão e avaliação de políticas e programas sociais: subsídios para discussão**. Brasília: Revista do Serviço Público, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Comentários à ética do discurso**. Lisboa: Editora Instituto Piaget, 1991.

HABERMAS, Jürgen. **Consciência Moral e Agir Comunicativo**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003.

HABERMAS, Jürgen. **Direito e Democracia, entre facticidade e validade**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1977.

HEINEN, Juliano. **Comentários à Lei Anticorrupção**. Belo Horizonte: Editora Fórum, 2015.

J&F Fecha Acordo de Leniência por R\$ 10,3 bilhões, diz MPF. Portal G1. 31 mai. 2017. Disponível em: <http://g1.globo.com/economia/negocios/noticia/jf-fecha-acordo-de-leniencia-com-mpf-por-r-103-bilhoes-diz-mpf.ghtml>. Acesso em: 30 jun. 2017.

LEAL, Rogério Gesta. Imbricações necessárias entre moralidade administrativa e probidade administrativa. **Revista de Direito Administrativo & Constitucional**, Belo Horizonte, ano 14, n. 55, jan.-mar. 2014.

LUHMANN, Niklas. **El arte de la sociedad**. México: Editorial Herder, 2005.

LUHMANN, Niklas. **El derecho de la sociedad**. Universidad Iberoamericana: México, 2002.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do Direito II**. Rio de Janeiro: Editora Tempo Brasileiro, 1985.

MORAIS, Flaviane de Magalhães Barros Bolzan de; BONACCORSI, Daniela Villani. A colaboração por meio do acordo de Leniência e seus impactos junto ao Processo Penal Brasileiro – Um estudo a partir da “Operação Lava Jato”. **Revista Brasileira de Ciências Criminas**, 2016, ano 24, n. 122, 2016.

NINÑO, Carlos Santiago. **La constitución de la democracia deliberativa**. Madrid: Gedisa, 2000.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação Pragmático-Sistêmica da Competência enquanto Decisão Coordenadora de Ações. In: BRAVO, Álvaro Sánchez et al. (org.). **Derechos Sociales em Tiempos de Crisis**. Sevilla: Punto Rojo Libros, 2013. p. 251-282.

RECK, Janriê Rodrigues. Observação pragmático-sistêmica da personalização dos entes federativos e suas competências em políticas públicas. In: REIS, Jorge Renato dos; LEAL, Rogério Gesta (org.). **Direitos sociais e políticas públicas**. Santa Cruz do Sul: Edunisc, 2011.

SANTOS, Maria Helena de Castro. Governabilidade, governança e capacidade governativa. **Revista do Serviço Público**, Brasília, DF, dez. 1996.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. O acordo de Leniência na Lei Anticorrupção. São Paulo: **Revista dos Tribunais**, ano 103, v. 947, set. 2014.

SIQUEIRA, Flávio Augusto Maretti Sgrilli. Acordo de Leniência e seus Reflexos Penais. **Revista Magister de Direito Penal e Processual Penal**, Porto Alegre, v. 12, n. 68, out.-nov. 2015.

STRECK, Lênio Luiz. **Hermenêutica Jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito**. Coimbra: Coimbra Editores, 1993.

UNIÃO EUROPEIA. **Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa**. Luxemburgo: Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 2005.

REALIDAD MIGRATORIA Y DELINCUENCIA¹

“MIGRATORY REALITY AND CRIME”

Matías Bravo Farcuh²

-
- 1 El presente artículo ha sido elaborado utilizando la información relacionada disponible, y legislación vigente al mes de octubre del año 2018.
 - 2 Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Finis Terrae, Magister (C) en Derecho y Litigación Penal de la Universidad Finis Terrae, Profesor Ayudante para la cátedra de Derecho Procesal Penal de la Universidad de Finis Terrae; correo electrónico: mbravof@uft.edu

Resumen

El presente trabajo aborda desde una perspectiva analítica, diversas vinculaciones que pueden formularse respecto de las relaciones entre migración y delincuencia, sirviéndose para tales efectos de la utilización de datos duros, cifras y antecedentes oficiales actualizados que permiten develar la naturaleza y entidad de ellas. Por otra parte, mediante la selección y exposición de estas vinculaciones objetivamente relevantes, se pretende desmitificar algunas de las innumerables opiniones prejuiciosas que cotidianamente son proferidas, sin que ellas tengan un sustento en la realidad. Además, para poder tener una visión panorámica sobre el *fenómeno migratorio*, hemos expuesto una síntesis histórica de la migración en Chile y del marco jurídico aplicable.

Palabras clave: Migrantes. Extranjeros. Delitos. Arraigo. Prejuicio.

Abstract

This paper addresses from an analytical perspective, various links that can be formulated regarding the relationship between migration and crime, using hard data, updated official figures and records that reveal their nature and entity. On the other hand, through the selection and exposure of these objectively relevant links, the aim is to demystify some of the innumerable bias opinions that are uttered daily, without having sustenance with reality. Furthermore, in order to have a panoramic view of the migration phenomenon, we have presented a historical summary of migration in Chile and the applicable legal framework

Keywords: Migrants. Fireigners. Crime. Entrenchment. Bias.

Justificación temática

Es de público conocimiento que en los últimos años -particularmente en el último lustro-, una de las temáticas que más ha generado debate en la sociedad y al interior de las diversas ciencias sociales, ha sido el denominado *fenómeno migratorio*. El aumento sostenido en el número de personas extranjeras que buscan radicarse en el territorio patrio, evidentemente ha traído como consecuencia un aumento en las externalidades naturales - positivas y negativas- que de ello derivan, de entre las cuales, el debate suele concentrarse en aquellas que son negativamente valoradas por la sociedad. Probablemente las más sensibles de estas externalidades negativas, vistas desde la perspectiva del ciudadano común, son aquellas que tengan relación con la comisión de ilícitos de relevancia penal por parte de los ciudadanos extranjeros. Si a esta natural aprensión social, se le adiciona el elemento de la desinformación provocada por la falta de disposición de antecedentes específicos y oficiales por parte de los organismos llamados a ejercer los controles migratorios y de la persecución penal de los delitos; el sinnúmero de artículos de prensa especulativos -particularmente sensacionalistas-; y los discursos políticos populistas -peligrosamente punitivos-, todo ello redundan en la creación de un caldo de cultivo perfecto, en donde proliferan ideas, apreciaciones y opiniones que necesariamente han de ser corroboradas con antecedentes objetivos para abordar responsablemente esta temática. La investigación que motiva este trabajo se justifica precisamente en la ausencia de fuentes actuales de información interrelacionadas y condensadas sobre las vinculaciones entre migración y delincuencia.

Breve introducción histórica de Migración en Chile

Nuestro país, al igual que la mayoría de los países latinoamericanos fue descubierto y conquistado por el imperio español, conquistadores que tuvieron un rol fundamental en la creación de

nuestra Nación, quienes desplazaron el protagonismo que pudieron haber tenido aquellos habitantes que vivían en este territorio con anterioridad a su llegada. El análisis de datos y las investigaciones históricas coinciden en que Chile tradicionalmente no se ha caracterizado por ser un país de inmigración masiva, como sí lo han sido otros países latinoamericanos tales como Brasil, Argentina, Venezuela y Costa Rica³, sin embargo, muchos de estos migrantes durante toda la historia patria, han asumido los más altos cargos en las diversas cúpulas de poder de la sociedad chilena, teniendo una sustancial influencia en el desarrollo de nuestra sociedad hasta estos días.

Durante el siglo XIX los migrantes formaron parte del proceso de organización nacional de las elites; ellos generalmente se desempeñaban como artesanos y comerciantes en las principales ciudades del país, siendo en su mayoría inmigrantes de nacionalidad francesa, italiana y alemana, quienes se asentaron en las ciudades de Santiago y el puerto de Valparaíso. Hacia 1840, Valparaíso era símbolo mundial del refinamiento de la llamada "*burguesía comercial chilena*" la cual se extendió a su estilo de vida inglés e italiano posteriormente. Esta revelación social que vivía la sociedad oligárquica de aquel entonces, fue tomada a bien por la autoridad, razón por la cual en 1845, en un esfuerzo por *desbarbarizar* y colonizar las amplias zonas desocupadas en el sur del país, la inmigración fue vista por las elites políticas como un punto positivo, que traería una fuerza de trabajo honesta, moderna y responsable a colaborar en el proceso, dictándose al efecto, la "*ley de colonización*"⁴⁵. "Esta normativa constituyó la primera política estatal en torno al tema, que optó por un enfoque de recepción restrictiva acorde al ideario de la época, orientado a concretar los objetivos de ocupar territorios deshabitados en el sur del país y, a través del contacto y mestizaje con los colonos "*mejorar la raza*" de los chilenos. Para ello se estableció una prelación de nacionalidades consideradas como "*deseables*",

3 Centro de Derechos Humanos. 2016. Informe temático: Migración y Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago : [s.n.], 2016. p.5

4 Ley s/n de "Colonias de naturales i extranjeros" de fecha 18 de noviembre de 1845.

5 Debido Proceso en el Decreto: Ley que establece normas sobre Extranjeros en Chile. SAAVEDRA CARO, David Leandro. 2017. 1, 2017, Revista de Estudios lus Novum, Vol. 10, págs. 135 - 185. P.136 y 137

preferentemente europeas, y una serie de incentivos económicos para promover la llegada de estas personas, entre otros, la concesión de las tierras, y la entrega de elementos para el cultivo, el no pago de casi la totalidad de las contribuciones existentes en la época, y la concesión de la nacionalidad por el solo hecho de acercarse en las colonias"⁶.

Para ya a finales del siglo XIX, los inmigrantes europeos mantenían su tránsito hacia Chile, esto, a raíz de las guerras y conflictos internos a los que se vieron enfrentados las naciones del viejo mundo. Así también, sumado al conflicto bélico que desencadenó en la Guerra del Pacífico (1879-1883) en la cual Chile resultó vencedor, obteniendo por ello la incorporación de las provincias de Tarapacá y Antofagasta al territorio nacional, se incrementaron considerablemente los índices de inmigración andina -principalmente peruanos y bolivianos en aquel entonces-, a asiáticos y centroamericanos al país, ello a razón de las faenas de explotación del salitre. Esta mano de obra adicional que se integraba al país, era muy disímil a la añorada por el gobierno en la política migratoria llevada al efecto en años anteriores, por cuanto estos inmigrantes poseían poca o nula alfabetización y competencias, tanto a nivel personal como laboral. En 1882 se crea la Agencia General de Inmigración y Colonización, la cual se alinea con el periodo último de la ocupación en la Araucanía en el año 1883, siendo esto motivo suficiente para que entre este mismo año y 1905, se registrara la entrada de más de 8.000 inmigrantes al país, entre los que destacaban españoles, italianos y suizos⁷. "Existe información censitaria que da cuenta de que antes de 1885 el porcentaje de inmigrantes en relación a la población total no alcanzaba el 1,5%, y si bien la cifra se fue paulatinamente incrementando, aun en el periodo en que la inmigración alcanzó su mayor magnitud (entre las últimas décadas del siglo XIX y las primeras del siglo XX) ésta sólo llegó a representar un poco más del 4% de la población, teniendo como máximo 131.312 personas el año 1907"⁸.

⁶ (Centro de Derechos Humanos, 2016) p.7

⁷ (Debido Proceso en el Decreto: Ley que establece normas sobre Extranjeros en Chile, 2017) p.137

⁸ (Centro de Derechos Humanos, 2016) p.5

A mediados del siglo XX, Chile acogió una gran cantidad de migrantes europeos (españoles, alemanes, croatas etc) que buscaban refugio luego de que sus países quedaran destruidos a consecuencia de las guerras que tuvieron lugar en el viejo continente (1914- 1945), situación que no engendró mayor crisis política-social considerando el carácter humanitario de la migración y el origen de los migrantes. En 1951 tras el caos de la segunda guerra mundial y los constantes desplazamientos de ciudadanos de países de Europa occidental, por iniciativa de Bélgica y los Estados Unidos de América se convoca una Conferencia Internacional sobre Migraciones en Bruselas, que dio lugar a la creación de la actual "Organización Internacional para las Migraciones" (OIM)⁹, organismo en el cual Chile tiene presencia como Estado miembro¹⁰, el cual, durante los años cincuenta organizó el transporte de prácticamente un millón de migrantes¹¹. Durante la segunda mitad del siglo XX, la cantidad de inmigrantes disminuyó progresivamente, teniendo las cifras más bajas en la década de los 80, con 84.345 personas representativas del 0,7% de la población nacional, para volver a aumentar de forma progresiva tras el retorno de la democracia hasta el día de hoy¹². Con el quiebre de la democracia en 1973, se calcula que durante la dictadura de Pinochet salieron de Chile unas 200 mil personas exiliadas, es decir, cerca de 2% de la población de Chile en 1973¹³. "Con el retorno a la democracia, la tendencia migratoria del país se ha revertido, recibiendo Chile más personas de las que lo dejan. El desarrollo de la economía nacional y la estabilidad política han sido factores de atracción para los extranjeros, en particular para aquellos de países vecinos que aspiran a mejorar su calidad de vida, acceder a trabajos y a mayores ingresos. Esta tendencia, sumada a la tendencia continental sobre aumento de la migración intrarregional, ha convertido a Chile, paulatinamente, en uno de los destinos

⁹ Anteriormente llamado "Comité Intergubernamental Provisional para los Movimientos de Migrantes desde Europa" (PICMME), "Comité Intergubernamental para las Migraciones Europeas" (CIME), y "Comité Intergubernamental para las Migraciones" (CIM).

¹⁰ Ver Decreto N° 305 de 13 de septiembre de 1956, derogado por decreto N° 888 de fecha 3 de Agosto de 1993.

¹¹ Organización Internacional para las Migraciones. Historia de la OIM. [En línea] [Citado el: 21 de Septiembre de 2018.] <https://www.iom.int/es/historia>.

¹² (Centro de Derechos Humanos, 2016) p.6

¹³ DURAND, Jorge. 2010. Balance migratorio en América Latina. Perspectivas migratorias: Un análisis interdisciplinario de la migración internacional. D.F : CIDE, 2010, págs. 25-67.p.40

de esta inmigración, recibiendo a personas de nacionalidades fronterizas en cantidades cada vez más significativas y sumando a las ya conocidas nacionalidades de origen otras nuevas¹⁴. La realidad actual chilena evidencia -como se verá-, vista desde esta perspectiva receptora de migrantes, que este fenómeno migratorio no ha disminuido; muy por el contrario, ha ido en aumento.

Marco normativo migratorio

La legislación migratoria vigente no escapa a nuestra -muchas veces esquizofrénica- tradición normativa, por cuanto las normas que constituyen su marco, se encuentran contenidas de forma dispersa al interior de nuestro ordenamiento jurídico. Esta situación es comprobable mediante la simple constatación del gran número de normas vigentes en juego y de la variedad de ellas en cuanto a su naturaleza. Al efecto, cabe mencionar que el derecho migratorio en nuestro país, encuentra su fuente en diversas normas jurídicas -legales e infra legales- tales como Leyes, Decretos con Fuerza de Ley, Decretos Leyes, Decretos Supremos, instructivos presidenciales, instrucciones generales, oficios, circulares, resoluciones exentas, convenios, etc. La norma positiva que constituye el núcleo central de nuestro derecho migratorio, es el Decreto Ley N°1.094 de julio del año 1975 conocida como *la ley de extranjería*, norma jurídica preconstitucional, con rango de Ley, propia de los gobiernos de *facto*, que es complementada por Decreto Supremo N° 597 del año 1984 que establece su reglamento.

Desde una perspectiva histórica, no puede soslayarse el contexto en el cual encontró su génesis lo medular de la legislación migratoria vigente, en donde adicionalmente del combate al *enemigo político* interno, deben considerarse las amenazas y tensiones diplomáticas con nuestros vecinos que siempre mantuvieron un estado latente de conflicto armado, y en donde, las relaciones internacionales para el gobierno de la época, no formaron parte de sus prioridades, estableciendo abiertamente una política de puertas cerradas. Estas circunstancias -sumadas a la

tradicional regulación histórica- se vieron directamente reflejadas en nuestra suspicaz legislación, que marcadamente mira al inmigrante como un eventual o potencial *enemigo*, en donde su sola presencia o conductas, pueden constituir un peligro para la seguridad interior del Estado, el orden público o los intereses del país. Consecuente con todo lo anterior, para la protección de estos bienes jurídicos es que la legislación de la época les otorgó potestades amplísimas a los órganos encargados del control migratorio, facultándolos a impedir bajo supuestos ampliamente genéricos, el ingreso de personas extranjeras o su expulsión del territorio nacional, sin necesidad de observarse mayores formalidades de orden procesal, como tampoco, las garantías mínimas del debido proceso.

El Marco normativo migratorio interno¹⁵ está compuesto, entre otros, por las siguientes normas¹⁶:

- Decreto con Fuerza de Ley N°69 de 1953, que crea el Departamento de inmigración y establece normas sobre la materia.
- Decreto N°521 de 1953 que establece el reglamento para la aplicación del Decreto con Fuerza de Ley 69 de 1953.
- Decreto Ley N°1.094 de 1975 que crea la Ley de Extranjería.

15 Sin perjuicio que existen instrumentos internacionales de suma relevancia aplicables -directamente- en materia migratoria, tales como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención de Viena; Convención sobre el Estatuto del Refugiado y su Protocolo; Convención de los Derechos del Niño; Convención sobre la protección y la promoción de la diversidad de las expresiones culturales; Convenio de Libre Tránsito de Personas Arica Tacna; y Acuerdo sobre documentos de viaje de los Estados partes del Mercosur y Estados Asociados, entre otros.

16 Sin perjuicio que existen otras normas que integran el marco normativo interno en materia migratoria tales como Ley N° 20.050, del 26-08-2005, que Reforma la Constitución Política de 1980, entre otras materias regula materias de nacionalidad Artículo 10 y 11; Ley N°20.507 que tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal; Ley N°20.430 que establece disposiciones sobre protección de refugiados; Decreto N°837 que aprueba reglamento de la Ley 20.430; Decreto N° 1393 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del año 2014, que crea el Consejo de Política Migratoria; Decreto N° 108 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, del año 2015, que crea el Consejo Técnico de Política Migratoria; Decreto N°137 de 1966 que otorga franquicias a los extranjeros que ingresan al país con visa de inmigrante; Instructivo Presidencial N°9, del año 2008, que imparte instrucciones sobre la Política Nacional Migratoria; e Instructivo Presidencial N°5, del año 2015, que establece Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria, Artículo 34 de la ley 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, entre otros.

14 (Centro de Derechos Humanos, 2016) p.10

- Decreto Supremo N°597 de 1984 que establece el Reglamento de la Ley de Extranjería.
- Ley N°19.880, que establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la administración del Estado.
- Decreto Supremo N°5.142 de 1960 establece las disposiciones Sobre Nacionalización de Extranjeros.
- Decreto N°818 de 1983 que delega atribuciones a los Intendentes regionales relativas a la expulsión de extranjeros.
- Decreto Ley N°2460 de 1979 que constituye la Ley Orgánica de la Policía De Investigaciones De Chile.

Antecedentes estadísticos actuales respecto de la migración en Chile.

Previo a develar y analizar las posibles vinculaciones que puedan formularse entre la presencia de población migrante y a la comisión de ilícitos de relevancia penal, resulta indispensable conocer mediante fuentes oficiales, la cantidad de personas extranjeras vecindadas en Chile y sus principales características *-perfil del migrante-*.

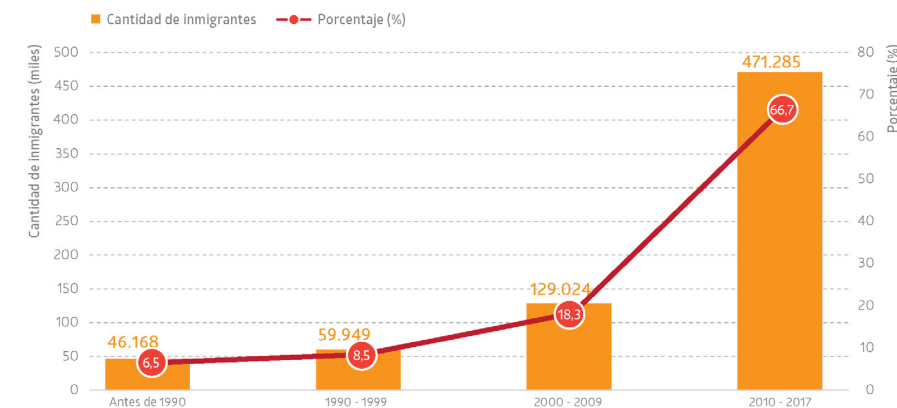
La primera de estas fuentes corresponde a la "síntesis de resultados censo 2017" realizada en Junio del año 2018 por Instituto Nacional de Estadísticas¹⁷.

Ella informa que la población censada el día 19 de Abril del 2017 fue 17.574.003 personas, dentro de las cuales se censaron 746.465¹⁸ inmigrantes, lo que representa 4,35% del total de la población residente en el país, aumentando un 3.08 en los últimos 15 años - CENSO de 2002-, en donde sólo representaban el 1,27% de la población residente en el país.

17 Instituto Nacional de Estadísticas. [En línea] [Citado el: 2018 de Septiembre de 21.] <http://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>.

18 El gobierno estimó sobre la información proporcionada por el DEM que a junio de 2017 habían 966.363 inmigrantes en Chile <https://goo.gl/BA3AbG>. Posteriormente, este número se actualizó a 1.119.267 a diciembre de 2017. <https://goo.gl/Czop1Z>

Cantidad y porcentaje de inmigrantes internacionales según periodo de llegada al país

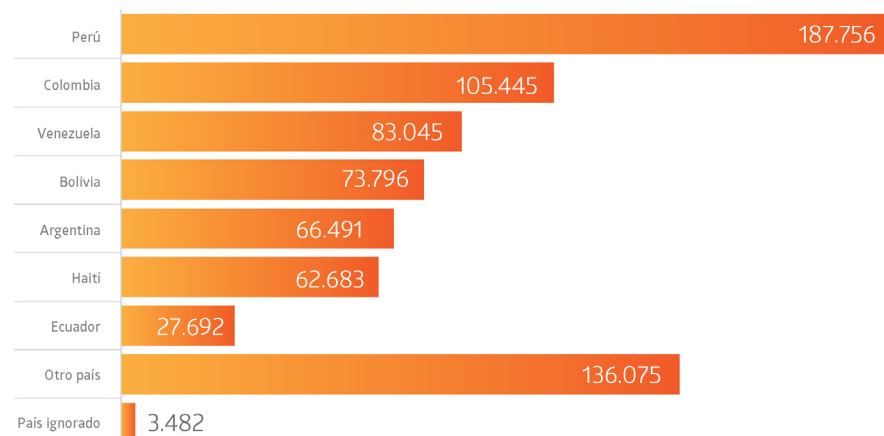


(1) Se excluye a las personas que no declararon lugar de nacimiento, lugar de residencia habitual o año de llegada al país.

Al observar el gráfico, se evidencia que 66,7% de los inmigrantes llegaron a Chile entre 2010 y 2017. La distribución en años de dicho período es desigual, puesto que 61% de los casos se concentraron en los últimos 3 años (2015-2017), a pesar de que 2017 solo contiene información hasta la fecha del CENSO.

En cuanto a los principales países de origen de la población migrante en Chile, el 81% de migrantes que declararon residir en Chile al momento del CENSO nacieron en los siguientes siete países: Perú (25,2%), Colombia (14,1%), Venezuela (11,1%), Bolivia (9,9%), Argentina (8,9%), Haití (8,4%) y Ecuador (3,7%). En la mayoría de ellos la proporción de hombres y mujeres es similar, con predominio de las mujeres¹⁹.

19 Sin embargo, la brecha se amplía en la población que proviene de Bolivia o Haití, ya que del total de personas que declararon haber nacido en Bolivia, 56,4% son mujeres, y del total que respondieron haber nacido en Haití, 65,8% son hombres.

Cantidad de inmigrantes internacionales'
según país de nacimiento

(1) Se excluye a las personas que no declararon lugar de nacimiento o lugar de residencia habitual.

Finalmente, el informe del INE que sintetiza los resultados estadísticos del CENSO del año 2017 también nos permite constatar la distribución geográfica de la población migrante. Tal como se puede apreciar en el gráfico, las mayores concentraciones de población migrante se radican en aquellas regiones que constituyen los principales centros económicos del país, de modo que, el 65,2% del total de población migrante en Chile reside habitualmente en la Región Metropolitana. En menor proporción le siguen Antofagasta (8,4%) y Tarapacá (5,9%). Al analizar la distribución de los inmigrantes de acuerdo con su peso relativo respecto de la población residente habitual de la región, se observa que las tres regiones con el porcentaje más alto son Tarapacá (13,7%), Antofagasta (11%) y Arica y Parinacota (8,2%)²⁰. El segundo instrumento de gran importancia estadística en materia migratoria está constituido por la encuesta CASEN²¹ del año 2015, encuesta que ha sido tomada como base por diversas organizaciones para hacer distintos análisis en materias migratorias. Ahora bien, sin perjuicio que sus resultados no necesariamente sean un fiel reflejo de la realidad migratoria actual -teniendo en consideración

20 Todos los gráficos y antecedentes estadísticos precedentemente citados pertenecen informe del Instituto Nacional de Estadísticas.

21 Gobierno de Chile, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social. Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional 2015 - Inmigrantes, Principales Resultados. [En línea] [Citado el: 21 de Septiembre de 2018.] http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multi-dimensional/casen/docs/CASEN_2015_INMIGRANTES_21122016_EXTENDIDA_publicada.pdf.

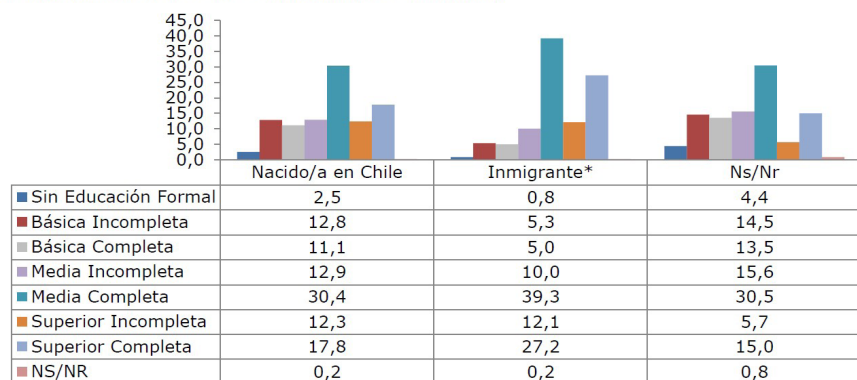
la información censal expuesta en donde se constata que el 61% de la población migrante que arribó a nuestro territorio entre los años 2010 y (abril) 2017 lo hizo entre el período comprendido entre los años 2015 y (abril) 2017- sin duda, esta encuesta nos entrega valiosos antecedentes que nos permiten vislumbrar el desenvolvimiento socioeconómico del proceso migratorio en los últimos años.

A continuación se expondrán, desde una perspectiva comparativa con la realidad de nuestros connacionales, algunos datos estadísticos entregados por la encuesta CASEN que resultan relevantes para formarnos una visión panorámica de nuestro fenómeno migratorio. En cuanto a la mayor distribución de población por tramo etario, los nacionales se concentran en el tramo que va desde los 0 a 29 años de edad con un 44,8% de la población, mientras que los migrantes se concentran en el tramo que comprende desde los 15 a 44 años de edad con un 67,3%. Respecto a la mayor representación poblacional por estado civil, el 50,1% de los nacidos en Chile declara ser soltero/a y sólo un 12% declara convivir con o sin acuerdo de unión civil; en el caso de los migrantes un 43,7% declara ser soltero/a y un 25,7% declara convivir con o sin acuerdo de unión civil. El promedio de años escolaridad de la población de 18 años o más, alcanzó los 11 años para los nacidos en Chile y 12,6 para los migrantes. Resultan a su vez significativas las diferencias consignadas en la siguiente gráfica²² sobre la distribución de la población de 19 años o más según nivel educacional²³ atendiendo a su lugar de nacimiento.

22 (Gobierno de Chile, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social) p.61

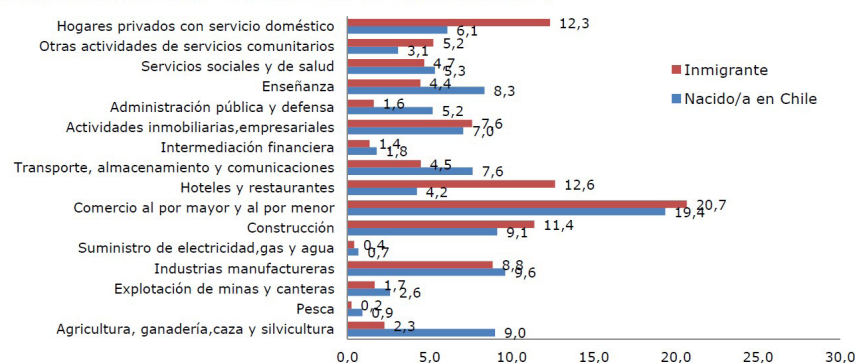
23 23 Corresponde al nivel educacional al cual se asiste o al último nivel alcanzado en el caso de quienes no asisten.

(Porcentaje, población de 19 años o más por lugar de nacimiento)



Respecto a la tasa de ocupación laboral, la encuesta revela que un 72,4% de los migrantes se encuentran trabajando o empleados, cifra que es ostensiblemente superior en comparación al 53,4% de los nacionales. En relación a la distribución de la población ocupada según rama de actividad económica, se puede apreciar en la siguiente gráfica²⁴, que existen áreas tales como hotelería y restaurantes, servicios domésticos, y actividades de servicios comunitarios en donde los migrantes llevan la delantera porcentualmente hablando, al contrario de lo que ocurre con las actividades de agricultura, ganadería, caza, silvicultura, pesca, administración pública y defensa, enseñanza, y transporte almacenamiento y comunicaciones entre otras.

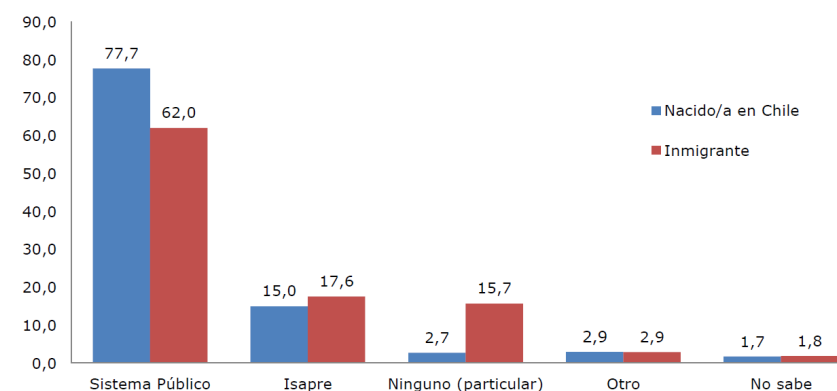
(Porcentaje, población ocupada de 15 años o más por lugar de nacimiento)



Con relación al ingreso promedio de ingreso mensual de la población ocupada, también se constatan importantes diferencias entre los nacionales y extranjeros, alcanzando los primeros

un promedio de 456.630 pesos chilenos²⁵ y los segundos de 584.920, sin embargo, en materia de cotizaciones previsionales -de población asalariada- no se presentan mayores diferencias, cotizando un 68,9% y 69,3% respectivamente. En lo que se refiere a la situación de afiliación a los sistemas previsionales de salud, se puede apreciar en el siguiente gráfico una amplia cotización en el sistema por parte de los migrantes, como también, resulta llamativo que estos coticen en una proporción mayor a los nacionales en el sistema de salud privado.

(Porcentaje, personas por lugar de nacimiento)



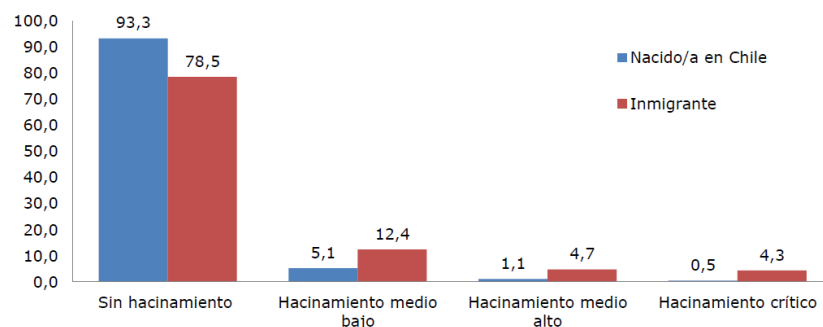
En materia de vivienda, las principales diferencias entre nacionales y migrantes - jefes/as de hogar- evidenciadas por la encuesta, se presentan en la situación jurídica que tienen para con ella, y respecto a los índices de hacinamiento. Así las cosas, un 64,9% de los nacidos en Chile declara que posee vivienda propia y sólo un 18,4% señala que la arrienda, realidad diametralmente distinta a la de los migrantes, por cuanto solo un 20,9% de ellos manifiesta ser propietario de la vivienda en que habitan y 72,1% informan que la arriendan. En cuanto hacinamiento se refiere, se puede apreciar en la siguiente gráfica²⁶ que, existiendo esta condición, en todos los casos los migrantes al menos doblan los porcentajes en relación con los nacidos en Chile.

24 24 (Gobierno de Chile, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social) p.76

25 Pesos chilenos de Noviembre de 2015.

26 (Gobierno de Chile, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social) p.109

(Porcentaje, hogares por lugar de nacimiento de jefe/a)



Datos estadísticos sobre las relaciones migrante y criminalidad:

Habiéndose señalado una breve introducción histórica de la migración en Chile, definido el marco jurídico aplicable y establecido el *perfil del migrante*, ahora, corresponde exponer los antecedentes estadísticos que nos permitirán establecer o desvirtuar, ciertas vinculaciones entre la migración y la comisión de delitos.

La primera fuente oficial que nos parece conveniente citar para efectos de comenzar a develar la verdadera realidad sobre la entidad de las vinculaciones entre migración y delito, es un boletín evacuado en septiembre del año 2016 por la Mesa Interinstitucional de Acceso a la Justicia de Migrantes y Extranjeros²⁷. Este boletín presenta dos características principales que deben resaltarse, por una parte, que en su confección han intervenido los principales organismos relacionados directamente con los fenómenos penales y migratorios, como lo son el Ministerio de Relaciones Exteriores, la Defensoría Penal Pública, el Ministerio Público de Chile, el Ministerio de Justicia, Carabineros de Chile, el Instituto Nacional de Derechos Humanos y la Policía de Investigaciones, y por otra, el boletín distingue entre dos categorías de personas; la de migrante y la de extranjero. Esta distinción se realiza sobre la base de la voluntad de permanencia -relacio-

27 Mesa Interinstitucional de Acceso a la Justicia de Migrantes y Extranjeros. 2016. Boletín estadístico N°2. Santiago : [s.n.], 2016.

nado directamente con la noción de arraigo²⁸- del extranjero en nuestro país, circunstancia que toma especial relevancia para el análisis criminológico de ciertos y determinados ilícitos que tienen una gran presencia estadística, pero que en la realidad, son cometidos preferentemente por extranjeros que se encuentran *en tránsito* por el territorio nacional -carecen de arraigo y no buscan radicarse -, como lo es el caso del tráfico ilícito de drogas, o como los casos de delitos cometidos en zonas de alto flujo de intercambio comercial internacional, como los delitos de contrabando y ciertos tipos especiales de la Ley de Tránsito. Sin embargo, es importante tener presente que las cifras que se expondrán a continuación abarcan y congregan conjuntamente ambas categorías, y que, a su vez, en el análisis que se harán de ellas, las denominaciones de "migrante" y "extranjero" se utilizarán indistintamente.

El primero de los antecedentes relevantes que informa el boletín²⁹, dice relación con el número de migrantes que han sido detenidos por Carabineros a partir de la imputación de algún crimen, simple delito o falta, independiente del desenlace final del proceso judicial, circunstancia significativa a considerar, habidas cuentas de la presunción de inocencia -que protege a toda persona hasta no mediar una sentencia firme condenatoria- y del alto porcentaje de causas que ingresan al sistema penal que no terminan en una sentencia definitiva de tales características. Dicho esto, el estudio revela que, de todas las personas detenidas durante el período del año 2015, 5.415 corresponden a personas migrantes, consignando luego que "ello equivale a un porcentaje muy menor del total de personas detenidas³⁰". Luego, revela que esto implica una variación negativa en un 6% respecto al mismo período del año anterior, en donde resultaron detenidas 5.740 personas extranjeras. Este antecedente no puede dejar de llamar la atención, ya que si se cruzan estas cifras con aquellas estudiadas

28 El arraigo puede concebirse como los lazos que posee el extranjero con las diversas esferas de vinculación a nuestro territorio. Para acabada comprensión sobre el tema, consúltese RIOS ALVAREZ, Rodrigo. 2018. La acción de amparo - Proceso penal y materia migratoria. I. Santiago : Legal Publishing Chile, 2018. p.245 y ss

29 De conformidad al boletín, ellos han sido obtenidos de las bases de datos de Carabineros de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y Ministerio Público correspondientes al período entre, enero del año 2015 y diciembre del año 2015.

30 Desafortunadamente no señala el total de detenido a nivel nacional en dicho período.

en el informe del CENSO 2017 y de la encuesta CASEN, revelan que durante estos períodos -2014 y 2015- no puede establecerse una directa proporcionalidad entre el número de migrantes -en aumento- y el número de migrantes detenidos -a la baja-.

Otro antecedente que nos aporta e invita a reflexionar este informe, se refiere al número total de migrantes que fueron víctimas durante el período 2015. Para la confección de esta información, se consideraron solo aquellos migrantes que formularon denuncia por crimen, simple delito o falta penal ante las policías, independiente del resultado final del proceso. En este caso se debe considerar especialmente la "cifra negra" en la falta de denuncia, elemento que en este caso toma una especial importancia teniendo en consideración que, un grupo importante de los migrantes presentes en nuestro país, se encuentran en una situación migratoria irregular, factor que ciertamente impide tener un conocimiento cuantitativo más representativo de la realidad victimológica de este grupo de personas. Pues bien, el boletín informa que durante el período 2015, 5.648 migrantes denunciaron haber sido víctimas de algún crimen simple delito o falta penal, lo que representa un aumento significativo del 14% en el número de migrantes víctimas en consideración al mismo período del año anterior (4.961).

Respecto al género de los migrantes detenidos en el período del año 2015, 1.434 mujeres resultaron detenidas (1.686 en 2014) y 3.981 hombres fueron detenidos (4.054 en 2014). Por tanto, se evidencia claramente una diferencia importante en cuanto al número de hombres y mujeres detenidas, doblando los primeros, el número de detenciones de las mujeres. Respecto a la otra cara de esta moneda, 3.006 mujeres extranjeras se relacionan como víctimas con el sistema (2.486 en 2014) y 2.641 hombres lo son respecto del mismo período (2.469 en 2014)

Referente a las principales nacionalidades de los migrantes que participaron en el sistema como víctima, podemos constatar en el siguiente gráfico³¹ que las nacionalidades que presentan una mayor participación en cuanto al número total de detenciones son: la boliviana (34%), seguida por la peruana (27%) y

finalmente la colombiana (20%). En cuanto al mayor porcentaje de participación como víctimas, la delantera es asumida por los peruanos (33%) seguida por los colombianos (19%) y finalmente por los argentinos (18%).

Principales países de origen
de las personas detenidas en 2015

NACIÓN	DETENIDO	% DEL TOTAL (5.415)
Argentina	328	6,1 %
Bolivia	1.844	34 %
Colombia	1.097	20 %
Ecuador	113	2,1 %
Perú	1.460	27 %
Rep. Dominicana	136	2,5 %
Total General	4.978	92 %

Principales países
de las víctimas en 2015

NACIÓN	VÍCTIMA	% DEL TOTAL (4.158)
Argentina	743	18%
Bolivia	708	17%
Colombia	789	19%
Perú	1.381	33%
Total General	3.621	87%

En cuanto a las ubicaciones territoriales donde se concentran los mayores números de participación migrante en el sistema, estos coinciden con aquellos que según los antecedentes del CENSO y de la encuesta CASEN anteriormente estudiada presentaban una mayor población migrante. En este sentido, el boletín informa que, en las regiones Metropolitana, Arica y Parinacota, Tarapacá, y Antofagasta, se registraron el 70% de los casos en que los extranjeros debieron enfrentar al sistema procesal penal chileno.

Finalmente, el boletín nos entrega información respecto a la participación general que tuvieron los migrantes en el sistema, como víctimas o detenidos, en el período 2015 en relación con la naturaleza de los delitos. Lamentablemente este instrumento no desglosa cuantitativamente el número de casos en que los migrantes fueron detenidos y aquellos en que denunciaron ser víctimas de un ilícito, de todas formas, el siguiente gráfico³² nos proporciona antecedentes relevantes para comprender las clases de delitos en los que se vio involucrada la población migrante, y a su vez, el número de casos en que se solicitó asistencia consular³³.

31 (Mesa Interinstitucional de Acceso a la Justicia de Migrantes y Extranjeros, 2016) p.25

32 Ibid. p.27

33 Este elemento es representado en la tabla bajo las denominaciones de "NO" y "SI".

FAMILIA DE DELITOS	NO	SÍ	SIN INF	TOTAL
Contra la Fe Pública	69	21		90
Contra la Libertad e Intimidad de las Personas	668	144	3	815
Contra la Propiedad	276	45	1	322
Cuasidelitos	148	4		152
Delitos Económicos	931	157	1	1.089
Delitos Funcionarios	18	4		22
Delitos Sexuales	267	151	1	419
Drogas	697	539		1.236
Faltas	186	19		205
Hechos de Relevancia Criminal	333	88		421
Homicidios	54	31	1	86
Hurtos	950	125	2	1.077
Justicia Militar	3	1		4
Lesiones	868	149	1	1.018
Ley de Tránsito	416	79		495
Leyes Especiales	1.218	634	1	1.853
Otros	171	45	50	266
Otros Delitos	89	8		97
Propiedad Intelectual	8	3		11
Robo	1.147	230	8	1.385
Total General	8.517	2.477	69	11.063

Las categorías de delitos en que se vieron involucrados en mayor medida extranjeros son: Leyes Especiales (16,75%); Robo (12,52%); Drogas (11,17%); Delitos Económicos (9,84%); Hurtos (9,74%), y finalmente Lesiones (9,20%), los cuales representan en su conjunto, el 69,22% del total de los casos. Las categorías de delitos en que estuvieron involucrados en menor medida extranjeros son: Justicia Militar (0,04%); Propiedad Intelectual (0,10%); Delitos Funcionarios (0,20%); y Homicidios (0,78%).

Respecto a la solicitud de asistencia consular, "el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 establece la obligación de las autoridades del Estado receptor de comunicar sin retraso alguno a sus autoridades consulares, si el interesado así lo solicita, el hecho de encontrarse arrestado, detenido o en prisión, con el objeto de que se le otorgue la debida asistencia consular a las personas extranjeras que se vinculen al sistema penal, lo que también se aplica a las víctimas de hechos delictivos. Esta norma está destinada a velar por la efectiva protección de los derechos del nacional del Estado que envía, y que constituye una importante herramienta de acceso a la justicia a los extranjeros o migrantes que desconocen el sistema jurídico penal de nuestro país y donde, además, muchos de ellos no

hablan el idioma español"³⁴. En base a la información proporcionada por el boletín, se puede apreciar que sólo en un 29% de los casos, se ejerció este derecho.

En una publicación prensa del medio *La Tercera*, sobre la base de información emanada de Gendarmería de Chile, se señala que el número de extranjeros privados de libertad en las cárceles de Chile, ha aumentado en un 12% entre diciembre del año 2016 y septiembre del año 2017³⁵. Así, el medio informa que a diciembre del año 2016 la población extranjera recluida era de 2.683, la cual se componía de 947 condenados (35%) y 1.735 imputados (64%), además de un detenido. En septiembre de 2017 la población extranjera recluida alcanzó las 3.010 personas (12%), de las cuales, 1.113 correspondían a condenados (37%) y 1.897 a imputados (63%). El 90% del total de los extranjeros privados de libertad a esa fecha los eran de las siguientes nacionalidades: bolivianos (1.325), seguidos por colombianos (720) y en tercer lugar se encontraban los ciudadanos peruanos (656). También el artículo señala que "hasta el 31 de octubre 42.097 personas estaban bajo un régimen de control cerrado en Chile, lo que significa que los 3.010 extranjeros presos representan un 7,1% de la población penal total del país, y menos del 1% de los residentes en Chile que, de acuerdo con Extranjería, bordean las 477 mil personas". Respecto a la población penitenciaria extranjera que se encontraba recluida en calidad de condenado al 30 de septiembre del año 2017, la mayoría de ellos lo había sido sobre la base de haber cometido los siguientes delitos: tráfico de drogas (797), robos (178) delitos sexuales (46)³⁶. Respecto a las regiones donde se concentran el mayor número de extranjeros privados de libertad, el medio informa que, lidera la lista la Región de Arica y Parinacota, con un total de 322 internos, siguiéndola la Metropolitana con un total de 266.

Debe hacerse un análisis responsable respecto del informado 7% que representaban los extranjeros en el total de la población penal privada de libertad, ya que ha considerarse la

34 (Mesa Interinstitucional de Acceso a la Justicia de Migrantes y Extranjeros, 2016) p. 26

35 a Tercera. 2017. Número de extranjeros presos en Chile sube 12% durante este año. 18 de noviembre de 2017.

36 No se proporciona la información para confirmar la efectiva calificación jurídica de estos.

calidad procesal que mantenían estas personas, en donde solo un 2,6% se encontraba condenado y el restante 4,4% se encontraba privado de libertad por la medida cautelar de la prisión preventiva, siendo sujetos estos últimos del amparo brindado por la presunción de inocencia. Además, en este 2,6% de extranjeros condenados debe considerarse que en el 72% de los casos, fueron condenados por delitos relacionados al tráfico ilícito de drogas, delitos que preferentemente son cometidos por extranjeros que no pretenden radicarse en nuestro país -no migrantes-. Seguidamente, debe comprenderse que este 2,6% de extranjeros condenados (1.113) representan, según los antecedentes expuestos por el informe del CENSO -746.465 extranjeros en Chile al 19 de abril del 2017-, solo un 0,1% del total de la población extranjera presente en el territorio nacional a esa fecha; Finalmente, y no menos importante, se puede constatar una situación que rompe la tendencia de la población interna dependiente de Gendarmería, por cuanto la proporción de población extranjera privada de libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva, representa casi 2/3 del total de los extranjeros privados de libertad, cuestión que se contrapone a la realidad del total nacional de personas privadas de libertad dependientes de Gendarmería. En este sentido, según la información oficial de la institución³⁷, al 31 de diciembre el año 2016, del total de la población nacional privada de libertad, el 69% de ella, se encontraban en calidad de condenados y solo el 31% restante, se encontraba en calidad de imputado, antecedentes estadísticos prácticamente inversamente proporcionales a la comentada realidad de las personas extranjeras privadas de libertad.

El último de los instrumentos que nos entrega antecedentes relevantes y actualizados en cuanto a la relación entre extranjeros y delitos, es la memoria anual de gestión de la Defensoría Penal Pública, servicio público que ha demostrado un gran compromiso con la problemática relacionada con la migración y delincuencia, quienes constantemente capacitan a sus dependientes en estas materias, y además, disponen de una unidad de atención especializada en materias migratorias. Lo relevante de esta me-

37 Gendarmería de Chile. Febrero 2017. Boletín Estadístico N°2. Dirección Nacional Gendarmería de Chile. Santiago : [s.n.], Febrero 2017. p.3

moria anual, es que nos brinda la información migratoria-penal oficial más actualizada, ya que comprende todo el período del año 2017. En ella se señala que, durante el pasado año se generaron 322.406 ingresos de causas-imputados, de las cuales el 97,5% (314.405) correspondieron a imputados chilenos, mientras que el restante 2,5% (8.001) correspondió a ingresos de imputados extranjeros³⁸. Si estos antecedentes se cruzan con las estimaciones que realizó el gobierno en cuanto al número de extranjeros en Chile -1.119.267 a diciembre de 2017³⁹-, dan como resultado que sólo un 0,7% de ellos en el período 2017, pasaron por nuestro sistema procesal penal. Por otra parte, nuevamente se vuelve a constatar en esta memoria que las principales nacionalidades de las personas que enfrentaron un proceso penal fueron: 29,7% boliviana, un 28,3% colombiana y un 23,6% peruana, porcentajes que se calcularon sobre la base del total de extranjeros atendidos⁴⁰. En este mismo sentido, se concluyó que las mayores imputaciones delictuales dentro de la población extranjera fueron aquellos delitos relacionados con la Ley de Drogas (24,7%) y Lesiones (20,1%)⁴¹.

Conclusiones

- En cuanto a la migración propiamente tal, pudimos constatar que ella no es un fenómeno nuevo en nuestra historia, ya desde nuestros inicios como país, contamos con una variada presencia de ciudadanos extranjeros que han influido sustancialmente en el desarrollo de las diversas esferas de nuestra sociedad.
- Existen marcadas diferencias entre los dos últimos grandes momentos migratorios - primera mitad del siglo XX e inicios del XXI-, la primera; radica en el origen del flujo migratorio, por cuanto en la actualidad el grueso de las personas que buscan radicarse en nuestro país está constituido por ciudadanos de países del centro y sur

38 Defensoría Penal Pública. 2018. Memoria Anual 2017. 2018. p.47

39 Vid. nota N°18.

40 Defensoría Penal Pública. 2018. Memoria Anual 2017. 2018. p.47

41 Ibid. p. 53

de nuestro continente, y la segunda; dice relación con el principal motivo de la migración, a saber, la búsqueda de mejores condiciones de trabajo y remuneración, y en general un mejor nivel de vida.

- Por más increíble que parezca a la luz de nuestra realidad internacional, constitucional y social, el *marco normativo migratorio* que data de hace casi medio siglo -cuya institucionalidad se han mantenido prácticamente sin modificaciones sustanciales por más de 65 años-, sigue plenamente vigente en estos días. Si bien es cierto que los Estados son soberanos para legislar y regular sus controles migratorios en función a sus propias políticas migratorias, estos deben enmarcarse en el pleno respeto de los derechos reconocidos, constituidos y asegurados por la constitución y los tratados internacionales vigentes, teniendo en especial consideración en esta materia como directriz normativa, la igualdad ante la Ley y el cumplimiento irrestricto de las garantías mínimas del debido proceso, derechos que se encuentran asegurados para todas las personas sin distinguir entre nacionales o extranjeros, en los artículos 19 N°2 y N°3 de la Constitución respectivamente. Sólo el pleno respeto a estos derechos fundamentales, permiten constatar un mínimo de legitimidad en las actuaciones de los órganos del Estado.
- A su vez, mediante antecedentes estadísticos actuales y oficiales comprobamos que durante la última década -principalmente en los últimos tres años-, se ha producido un aumento sustancial y sostenido en cuanto al número de extranjeros residentes en Chile, alcanzando según los resultados del CENSO del año 2017 los 746.465, cifra que luego, en virtud de estimaciones gubernamentales alcanzó 1.119.267, registrándose el índice máximo histórico en la relación entre nacionales y extranjeros en el territorio de la república. Se constató que la mayor cantidad de extranjeros con presencia en Chile, tienen como país de origen, Perú, Colombia, Venezuela, Bolivia, Argentina, Haití y Ecuador, esto

demuestra que el mayor flujo migratorio proviene de países del centro y sur de nuestro continente, población que geográficamente se ha concentrado en el norte grande y en la capital de nuestro país.

- Socioeconómicamente hablando, se expusieron antecedentes oficiales que contribuyeron a develar un *perfil* más específico del migrante, lo que permite desmitificar ciertas apreciaciones infundadas o prejuiciosas que puedan sostenerse respecto de las personas extranjeras que buscan radicarse en nuestra sociedad. Así las cosas, se constató que la mayor distribución de esta población en cuanto a su tramo etario, se concentró en aquel período vital que se relaciona con un mayor grado de productividad laboral y aporte social. También, se demostró que la población extranjera estadísticamente posee mayores niveles de escolaridad y de formación superior, en comparación con aquellas personas nacidas en Chile. A su vez, respecto a la ocupación laboral, los extranjeros mostraron una importante ventaja porcentual de más de un 20% con respecto a los connacionales, en donde puede destacarse que ellos, han logrado suplir la falta de ocupación en aquellas áreas de la actividad económica que para los chilenos no han resultado ser tradicionalmente atractivas, permitiéndoles alcanzar en las estadísticas, un ingreso promedio mensual superior en un 28% en comparación al de los nacidos en el territorio nacional. En materia de seguridad social, se pudo acreditar que no existen -comparativamente hablando- diferencias relevantes en cuanto al porcentaje de trabajadores que cotizan en el sistema previsional, y, en lo que a la situación de afiliación a los sistemas previsionales de salud respecta, se constató que los extranjeros tienen en ella, una participación superior al 80%, en donde incluso, cabe resaltar, que cotizan en una proporción mayor en comparación a los nacionales en el sistema de salud privado. Finalmente, respecto a sus viviendas, cabe hacer presente que el altísimo porcentaje de extranjeros que las arrienda, es indefectiblemente, una circunstancia

que fomenta el desarrollo del sector inmobiliario, que, como es de público conocimiento, tiene una directa relación con el desarrollo del sector económico y financiero del país. Todas estas circunstancias comprobadas estadísticamente, en su conjunto, dan cuenta de un *perfil de migrante* trabajador, que procura su subsistencia mediante su propio esfuerzo y cuya presencia no irroga una mayor carga de gasto social, sino, muy por el contrario, importa una contribución efectiva al desarrollo y crecimiento de nuestra economía y sociedad.

- Considerando la gran importancia que le ha asignado la sociedad en los últimos tiempos al debate sobre la materia tratada en este trabajo, llama profundamente la atención que los principales organismos estatales encargados del control migratorio - PDI⁴², Departamento de Extranjería y Migración, y Ministerio del Interior- y de la persecución penal de los delitos -Ministerio Público-, no contengan en sus respectivas cuentas públicas, informes anuales, páginas webs etc., información precisa, detallada y actualizada que permita estudiar eventuales vinculaciones entre el fenómeno migratorio y la criminalidad, estudios que podrían contribuir a formular políticas de persecución criminal y migratorias más efectivas y eficientes.
- Respecto al análisis que se realizó sobre la base de estadísticas actualizadas, correspondiente a las relaciones que existen entre migrantes y el delito, se pueden dar

por acreditadas, de forma objetiva y responsable, las siguientes situaciones de hecho:

- a. El número de extranjeros que ha sido víctima de un delito, es superior al número de extranjeros imputados por la comisión de un ilícito penal;
- b. Los extranjeros de sexo masculino, tienen una mayor participación general en el sistema procesal penal, en comparación con aquellos extranjeros de sexo femenino;
- c. Existe cierta proporcionalidad en cuanto a la relación entre, el número de ciudadanos con presencia en Chile de un determinado país, con la cantidad porcentual que representan ellos, en el total de ciudadanos extranjeros que han sido imputados por la comisión de un delito en Chile. Así las cosas, la mayoría de las causas penales se asocian a ciudadanos de nacionalidad boliviana, colombiana y peruana, siendo, precisamente, estas nacionalidades las que mantienen una mayor presencia de habitantes en Chile. Empero, esta proporcionalidad se rompe tratándose de los ciudadanos de nacionalidad venezolana;
- d. La mayor cantidad de causas penales asociadas a extranjeros, se concentraron en aquellas zonas geográficas donde ellos tienen una mayor presencia demográfica;
- e. Las fuentes consultadas, revelan que la mayor cantidad de imputaciones y condenas a extranjeros -no necesariamente migrantes⁴³- realizadas por parte del Ministerio Público y nuestros tribunales de justicia con competencia en materia penal, respectivamente, están asociadas a ilícitos comprendidos en la Ley que sanciona el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias sicotrópicas;

42 Los antecedentes estadísticos más relevante entregados por la PDI son los siguientes: Durante el año 2017 la PDI impidió el ingreso al país a 9.912 "extranjeros con antecedentes penales por crímenes, mantener entre sus especies elementos asociados a la clonación de tarjetas, órdenes de aprehensión pendientes, uso de pasaportes adulterados o de terceros, entre otros" (PDI. 2018. Cuenta Pública Policía de Investigaciones. Santiago : [s.n.], 2018. p.23). De las 70.007 detenciones practicadas por la PDI el año 2017, 65.092 lo fueron respecto de nacionales y 4.915, lo fueron respecto de extranjeros, lo que equivale a un 7% de las detenciones totales a nivel nacional practicadas por esta policía en dicho período. Además, se señala que, del total nacional de detenciones por infracciones a la Ley de drogas, que alcanzó las 8.592 -sin detallar los ilícito específicos-, 6.441 lo fueron respecto de nacionales y 2.147 lo fueron respecto de extranjeros, constituyendo un 24% del total nacional. (PDI - INE. 2017. Informe Anual Policía de Investigaciones. Santiago : [s.n.], 2017. p. 20 y 38). Antecedentes que, por su falta de especificación, por sí mismos, no son suficientes para establecer vinculaciones entre migrantes y delitos, salvo en cuanto de ellas se colige que un 44% de las detenciones practicadas a extranjeros por la PDI, se verificaron por ilícitos asociados a la Ley de drogas.

43 Vid. explicación en su diferenciación, contenida en el título "Datos estadísticos sobre las relaciones entre migrante y criminalidad"

- f. En el último tiempo, ha existido un aumento en cuanto al número de población extranjera privada de libertad;
- g. La proporción de población extranjera privada de libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva, es ampliamente superior de aquella que se encuentra privada de libertad por una condena penal;
- h. Existe una relación -casi- inversamente proporcional entre los porcentajes que representan el número de extranjeros privados de libertad bajo la medida cautelar de prisión preventiva y el restante correspondiente a condenados, con respecto al porcentaje que representan dichas situaciones en la totalidad de la población privada de libertad a nivel nacional. Si bien ello puede explicarse en parte por la naturaleza de los ilícitos en los que predominantemente se ven involucrados los extranjeros -delitos relacionados con la *Ley de drogas*, en donde frecuentemente procede la prisión preventiva-, ello también colisiona con los objetivos pretendidos por el legislador al establecer el nuevo sistema procesal penal⁴⁴, razones por las cuales urge que se realicen estudios pormenorizados sobre esta peculiar situación.
- i. La mayor cantidad de imputaciones, detenciones y condenas en nuestro sistema, las son, respecto de ciudadanos chilenos. Dependiendo de las fuentes precedentemente citadas⁴⁵, períodos muestrales y calidad en que los nacionales participan en el sistema, este porcentaje variaría aproximadamente entre un 97.5% y un 92.9%.

44 Así, el mensaje presidencial del Código Procesal Penal consigna que, en el antiguo sistema, "la mayor parte de quienes están reclusos en las prisiones del país son personas que se encuentran detenidas o procesadas y sólo la menor parte condenadas. A lo largo de la década del ochenta y en lo que va del noventa, la población condenada nunca supera el cuarenta y nueve por ciento de la población privada de libertad. Se trata, pues, de un sistema que posee formas deficitarias de división del trabajo, obsoleto y deficiente en su gestión. La reforma al proceso penal debe traducirse, entonces, en una mejora en la gestión jurisdiccional del Estado". Biblioteca del Congreso Nacional. Historia de la Ley N° 19.696. p.9

45 Aquellas que aludieron a las cifras informadas por Gendarmería de Chile, Policía de Investigaciones de Chile y la Defensoría Penal Pública.

- A *contrario sensu*, es definitivamente irrelevante la relación genérica que pueda realizarse entre migración y delito, por cuanto, atendiendo a las cifras citadas, sólo un porcentaje menor al 1% (-0,7%)⁴⁶ del total de la población extranjera presente en Chile, se ha visto relacionada con el sistema procesal penal en calidad de imputado. Por otra parte, inevitablemente a la misma conclusión ha de arribarse si se tiene a la vista el porcentaje que representa el número de extranjeros condenados y privados de libertad, con respecto al número total de extranjeros presentes en Chile, el cual alcanza una cifra cercana al 0,1%⁴⁷.
- No pudo establecerse en todos los casos, una relación de proporcionalidad entre, el aumento en el número de extranjeros presentes en Chile, con un aumento en el número de casos en que se imputa la comisión de un delito a un extranjero⁴⁸.

Bibliografía

Biblioteca del Congreso Nacional. *Historia de la Ley N° 19.696.*

Centro de Derechos Humanos. 2016. *Informe temático: Migración y Derechos Humanos.* Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Santiago : [s.n.], 2016.

Debido Proceso en el Decreto: Ley que establece normas sobre Extranjeros en Chile. **SAAVEDRA CARO, David Leandro.** 2017. 1, 2017, Revista de Estudios lus Novum, Vol. 10, págs. 135 - 185.

46 El porcentaje es el resultado arrojado el cruce de información entre las estimaciones gubernamentales de número total de extranjeros presentes en el país a diciembre del año 2017, y, la cantidad de ingresos de causas- imputados migrantes registradas por Defensoría Penal Pública en el período 2017, muestra válida para tal período.

47 El porcentaje es el resultado arrojado mediante el cruce de información entre el de número total de extranjeros presentes en el país arrojado por la síntesis del censo del año 2017, y, la cantidad de personas extranjeras privadas de libertad informada por Gendarmería a septiembre del año 2017, muestra válida para tal período.

48 Ello, sobre la base del resultado obtenido del cruce de información con respecto al aumento en la cantidad de migrantes presentes en Chile en la última década según lo informado -entre otros- por la síntesis del censo del año 2017, y, la variación negativa en un 6% en cuanto a las personas extranjeras detenidas entre los períodos 2015 y 2014, informada por el Boletín estadístico N°2 de la Mesa Interinstitucional de Acceso a la Justicia de Migrantes y Extranjeros.

Defensoría Penal Pública. 2018. Memoria Anual 2017. 2018.

DURAND, Jorge. 2010. Balance migratorio en América Latina. *Perspectivas migratorias: Un análisis interdisciplinario de la migración internacional*. D.F : CIDE, 2010, págs. 25-67.

Gendarmería de Chile. Febrero 2017. *Boletín Estadístico N°2*. Dirección Nacional Gendarmería de Chile. Santiago : [s.n.], Febrero 2017.

Gobierno de Chile, Ministerio de Desarrollo Social, Subsecretaría de Evaluación Social. Encuesta de Caracterización Socioeconómica Nacional 2015 - Inmigrantes, Principales Resultados. [En línea] [Citado el: 21 de Septiembre de 2018.] http://observatorio.ministeriodesarrollosocial.gob.cl/casen-multidimensional/casen/docs/CASEN_2015_INMIGRANTES_21122016_EXTEN_DIDA_publicada.pdf.

Instituto Nacional de Estadísticas. [En línea] [Citado el: 2018 de Septiembre de 21.] <http://www.censo2017.cl/descargas/home/sintesis-de-resultados-censo2017.pdf>.

La Tercera. 2017. *Número de extranjeros presos en Chile sube 12% durante este año*. 18 de noviembre de 2017.

Mesa Interinstitucional de Acceso a la Justicia de Migrantes y Extranjeros. 2016.

Boletín estadístico N°2. Santiago : [s.n.], 2016.

Organización Internacional para las Migraciones. Historia de la OIM. [En línea] [Citado el: 21 de Septiembre de 2018.] <https://www.iom.int/es/historia>.

PDI - INE. 2017. *Informe Anual Policía de Investigaciones*. Santiago : [s.n.], 2017.

PDI. 2018. *Cuenta Pública Policía de Investigaciones*. Santiago : [s.n.], 2018.

RIOS ALVAREZ, Rodrigo. 2018. *La acción de amparo - Proceso penal y materia migratoria*. I. Santiago : Legal Publishing Chile, 2018.

O TERRORISMO EM PERSPECTIVA HISTÓRIA: EM BUSCA DE UM CONCEITO JURIDICAMENTE OPERACIONALIZÁVEL

LUIS JIMÉNEZ
DE ASÚA
Bruno Heringer Júnior¹

DEFENSAS
PENALES



TOMO I

¹ Doutor e mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS/RS). Professor dos cursos de Graduação em Direito e do Programa de Pós-Graduação (Mestrado) em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público (FMP/RS). Promotor de Justiça.

Resumo

O terrorismo é um fenômeno complexo e proteico. Ao iniciar o século XXI, principalmente desde os atentados ocorridos em 11 de setembro de 2001, nos Estados Unidos, a violência terrorista assumiu uma feição cada vez mais transnacional, insuflada por ideologias de cunho religioso, o que levou os países do mundo ocidental a adotarem medidas políticas e legislativas cada vez mais severas para o combate daquela. Contudo, a carência até mesmo de uma definição suficientemente elaborada e manejável do crime vem obstaculizando a concepção e a implementação de medidas antiterrorismo nos mais diversos âmbitos. O presente artigo, assim, a partir da análise dos movimentos terroristas em uma perspectiva histórica, busca articular uma definição político-juridicamente adequada do fenômeno.

Palavras-Chave: Terrorismo. História. Definição.

1 Considerações iniciais

Após aquele trágico evento, o mundo nunca mais seria o mesmo. No dia 11 de setembro de 2001, durante a manhã, em pleno território da maior potência militar e econômica do planeta – os Estados Unidos –, atentados terroristas deixariam cerca de 3.000 mortos, prejuízos materiais incalculáveis e um rastro de pânico e desespero. Dezenove fundamentalistas islâmicos haviam sequestrado quatro aviões que realizavam voos comerciais da *United Airlines* e da *American Airlines*, lançando dois deles contra as torres gêmeas do World Trade Center, na cidade de Nova Iorque, e outro contra o Pentágono, o quarto somente não alcançou seu alvo porque passageiros e tripulação reagiram, o que provocou a queda da aeronave próximo a Shanksville, na Pensilvânia.

As imagens de prédios inteiros ruindo e de pessoas correndo apavoradas em meio à poeira e às chamas percorreram o mundo inteiro, gerando uma comoção sem precedentes. A reação era imperativa. Como consequência, os Estados Unidos decidiram promover o que se tornou conhecido como a Guerra contra o Terror, iniciada com a invasão do Afeganistão, para derrubar o regime *taliban* que havia acolhido em seu território a al-Qaeda, organização terrorista islâmica responsável pela concepção, pelo planejamento e pela execução do atentado.

Nos anos que se seguiram, ataques terroristas também impactantes ocorridos na França, Bélgica, Espanha, Inglaterra, Alemanha, Suécia, entre outros países, revelaram que, mesmo com a eliminação, em 2011, de Osama bin Laden, líder e fundador da al-Qaeda, a violência fundamentalista não desapareceria tão cedo. Ao contrário, células terroristas cada vez mais difíceis de detectar, a falência de muitos Estados, principalmente na África e no Oriente Médio, o uso intensivo de novas tecnologias de comunicação, como a internet, e a arregimentação massiva de simpatizantes residentes no Ocidente dispostos a levar a cabo assassinatos e destruições tinham inaugurado a época da emergência política permanente.

Os países ocidentais mais atingidos pelas ações terroristas, notadamente os europeus e os Estados Unidos, prontamente en-

dureceram suas legislações, conferindo contornos militares ao direito penal e processual penal, orientados e até induzidos por organismos internacionais, como a Organização das Nações Unidas e a Comunidade Europeia. Penas mais elevadas, descrições típicas mais amplas, técnicas mais invasivas de investigação, facilitação da detenção provisória, entre outras, foram as medidas mais comumente adotadas.

Não tardou para que a doutrina especializada alertasse sobre os riscos que decisões políticas irrefletidas e regulamentações legais apressadas poderiam trazer para a democracia e para os direitos humanos, apontando que nem mesmo uma definição do delito suficientemente elaborada e manejável existia para embasar os programas antiterrorismo. Diante desse quadro, o presente artigo, a partir da análise dos movimentos terroristas em uma perspectiva histórica, busca articular uma definição político-juridicamente adequada do fenômeno, capaz de servir de base para as construções normativas de direito nacional e internacional.

2 O terrorismo em perspectiva histórica: um fenômeno proteico

Nos dias que correm, um atentado terrorista típico é aquele executado em alguma grande cidade, buscando atingir, de forma indiscriminada, o maior de número de pessoas, sendo praticado por agentes que atuam motivados por ideias e crenças de cunho religioso, notadamente islâmicas², e tendo como objetivo atemorizar a população em geral. Apesar disso, nem sempre o fenômeno revelou tais características. Ao contrário, as manifestações terroristas têm apresentado uma feição distintamente proteica, assumindo formas diversas no curso da história.

O antecedente mais remoto do terrorismo é o homicídio de figuras políticas e religiosas, prática que caracterizou os *hashashins* islâmicos e os *zealots* judeus³. Já nas culturas grega e romana antigas, o tiranicídio era considerado legítimo, tendo

tanto a filosofia como a teologia, a partir de então, esgrimido argumentos em favor da luta contra o despotismo, orientação que ainda hoje mobiliza o imaginário revolucionário⁴.

Apesar disso, o termo somente ingressou no vocabulário político com a Revolução Francesa ao final do Século XVIII, o que equivale a dizer que o terrorismo e o Estado democrático moderno são “irmãos gêmeos”⁵. Com efeito, o domínio de Robespierre passou a ser denominado, após a queda deste, da época de *la grande terreur*⁶, exatamente devido aos processos sumários e às execuções públicas promovidos com o objetivo de acelerar, em nome do povo, as conquistas revolucionárias⁷.

A esse terror de Estado, contudo, paulatinamente se passou a contrapor o terrorismo considerado moderno, o qual se caracteriza pela prática de ações violentas diretas indiscriminadas ou voltadas contra autoridades públicas específicas, levadas a cabo por grupos políticos interessados em desestabilizar o governo pela atemorização da população.

Se até a primeira metade do Século XIX os ataques eram perpetrados principalmente com armas brancas, a partir da invenção da dinamite, por Alfred Nobel, em 1867, um novo meio, bastante mais eficaz, estaria à disposição desses rebeldes. Aliás, deve-se exatamente ao atentado com explosivos que provocou a morte do czar russo Alexandre II, há cerca de 140 anos atrás, a progressiva disseminação do termo “terrorismo” para designar esse tipo de ataques.⁸

É bastante conhecida a tese das quatro ondas do terror político contemporâneo elaborada por Rapoport (2013)⁹. Segundo o autor, o moderno terrorismo, de caráter internacionalista, tem início por volta de 1880, na Rússia, de onde se espraia para a

2 REINARES, Fernando. “Sobre el terrorismo global como fenómeno polimorfo”. In: *Terrorismo sin fronteras: Actores, escenarios y respuestas en un mundo global*. Coordenadores: Javier Jordán, Pilar Pozo e Miguel G. Guindo. Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters, 2010, p. 41-53.

3 CHALIAN, Gerard; BLIN, Arnaud (Eds.). *The history of terrorism: From antiquity to Al Qaeda*. Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 2007, p. 55/78.

4 *Idem*, p. 79/84.

5 EAGLETON, Terry. *Terror santo*. Barcelona: Debate, 2008, p. 13.

6 LAURENS, Henry. “Le terrorisme comme personnage historique”. In: *Terrorismes: Histoire et droit*. Diretores: Henry Laurens e Mireille Delmas-Marty. Paris: CNRS Éditions, 2010, p. 10.

7 Aliás, a condenação de Robespierre e sua ulterior execução decorreram exatamente da acusação de terrorismo (PELLET, Sarah. *A ambiguidade da noção de terrorismo*. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/03/1-1-A-Ambiguidade-da-No%C3%A7%C3%A3o-de-Terrorismo.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018).

8 LAURENS, Henry. *Op. cit.*, p. 18/20.

9 RAPOPORT, David C. *The four waves of modern terrorism*. Disponível em: <http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

Europa ocidental e Ásia. De inspiração anarquista, perdura cerca de quatro décadas, até arrefecer seu ímpeto ao final da Primeira Guerra Mundial. Em seguida, em 1920, surge a onda anticolonialista, que é sucedida pelo terrorismo da nova esquerda na década de 1960. Por fim, emergem, desde 1979, as ações violentas de grupos religiosos, principalmente islâmicos, que ainda dominam o cenário mundial¹⁰.

A onda anarquista constitui a primeira experiência terrorista global da história. Os criadores do terrorismo moderno, considerando obsoletas as ações revolucionárias apoiadas na distribuição de panfletos e folhetins, entenderam que era necessária uma nova forma de comunicação, denominada “propaganda pelo ato” por Peter Kropotkin, consistente em ataques arriscados que revelavam o profundo comprometimento do agente com a causa. Na visão dos anarquistas, ações dramáticas repetidas promoveriam retaliações violentas do governo, desse modo polarizando a sociedade e conduzindo às transformações políticas almejadas. A dinamite seria a arma escolhida, principalmente porque, com o atentado, o rebelde também acabaria morrendo, com isso reforçando a mensagem revolucionária dirigida à população em geral.

10 Alguns autores acentuam mudanças que vêm ocorrendo atualmente. Kaplan aponta a existência de uma quinta onda do terrorismo moderno – tribalista -, integrada por grupos que iniciam suas atividades como pertencentes a alguma orientação internacional, mas que, por alguma razão, se voltam para o interior da nação, cortam os laços com a ideologia ou os apoiadores de fora e buscam realizar a visão utópica de uma sociedade perfeita no âmbito local, geralmente reconstruindo uma perdida Idade de Ouro que forjaria um novo povo baseado em traços étnicos ou tribais singulares, como revela a emergência do *Lord's Resistance Army* no norte de Uganda (KAPLAN, Jeffrey. *Terrorism's fifth wave: A theory, a conundrum and a dilemma*. Disponível em: <http://www.terrorism-analysts.com/pt/index.php/pot/article/view/26/53>. Acesso em: 24 mar. 2018). A sua vez, Simon sustenta que a próxima vaga do terrorismo – tecnológica – se caracterizará, não por qualquer orientação ideológica específica, mas pelo emprego de armas de destruição em massa, inclusive químicas, biológicas, radiológicas ou nucleares, e pelo recurso aos modernos meios de comunicação, como a internet, para a busca de informação acerca de alvos e armamentos, além de ser conduzido principalmente por agentes individuais, os lobos solitários (SIMON, Jeffrey D. “Technological and lone operator terrorism: Prospects for a fifth wave of global terrorism”. In: *Terrorism, identity and legitimacy: The four waves theory and political violence*. Editor: Jean Rosenfeld. New York: Routledge, 2010, p. 44/65). Já Celso defende que a onda terrorista subsequente ainda será islâmica – jihadista *takfir* – e se notabilizará por uma degeneração ainda maior, apresentando os seguintes traços: completa rejeição da ordem político-social existente, idealização de um passado místico, busca de justiça milenarista, cultura jovem, brutalização de mulheres e crianças, sequestro e escravização de pessoas, limpeza étnica e sectária, violência irrestrita, liderança carismática e desenvolvimento de uma nova sociedade livre de infiéis (CELSON, Anthony N. *The Islamic State and Boko Haram: Fifth wave jihadist terror groups*. Disponível em: <https://blackboard.angelo.edu/bbcswbdav/institution/LFA/CSS/Course%20Material/SEC6314/Readings/Celso2015.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018).

Os atentados voltavam-se principalmente contra figuras políticas proeminentes, exatamente para não passarem despercebidos pelo público. O terrorismo, assim, se trataria de uma estratégia, não de um fim em si mesmo: a violência utilizada com finalidades políticas. Esses revolucionários russos acabariam encorajando e treinando grupos de outros lugares, como da Armênia e de países balcânicos na sua luta contra o Império Otomano, o que viria a caracterizar os anos 1890 como a Era Dourada dos Assassinatos.

A segunda vaga terrorista decorreu do Tratado de Versalhes, que encerrou a Primeira Grande Guerra. Nesse acordo, contemplou-se o princípio da autodeterminação nacional, com o objetivo de dismantelar os impérios dos países derrotados, norma que acabou comprometendo a legitimidade do domínio dos Estados vencedores também, levando a uma crescente luta por emancipação dos povos colonizados. Porém, a maioria dos sucessos terroristas ocorreria apenas 25 anos após, reforçados pelos eventos que conduziram à Segunda Guerra Mundial.

Argélia, Chipre, Israel e Irlanda constituem exemplos de nações formadas após a promoção de ações violentas contra as forças das metrópoles invasoras. Cientes da carga negativa associada ao termo – terroristas –, esses novos rebeldes identificavam-se como *freedom fighters* – libertadores. As organizações envolvidas nesta segunda onda puderam ser financiadas por membros das diásporas de seus próprios países que viviam no exterior, com isso dispensando o recurso a assaltos a bancos que caracterizara a fase anterior. Além disso, abandonou-se a estratégia de assassinar autoridades públicas para canalizar os ataques contra a polícia e o exército, que constituíam “os olhos e os ouvidos do governo”. Com a instituição da Organização das Nações Unidas, muitos desses Estados recém-criados foram admitidos como membros, dificultando as tratativas para a elaboração de uma convenção internacional para o combate ao terrorismo, devido principalmente às discordâncias quanto à definição do delito.

A Guerra do Vietnã foi o evento político mais importante para a configuração da terceira onda do terrorismo moderno – a *New Left*. A resistência heroica dos vietcongues inspirou movimentos esquerdistas em todo o Ocidente desenvolvido e no chamado Terceiro Mundo, levando à formação de organizações

voltadas à luta pela transformação revolucionária das sociedades capitalistas, como a *Rote Armee Fraktion* alemã, a *Action Directe* francesa, as *Brigate Rosse* italianas e o *Red Army* japonês. Estas passariam a ser apoiadas, treinadas e armadas pela União Soviética e pelos demais países do bloco comunista, acentuando ainda mais a internacionalização do fenômeno.

Nesta fase, as mulheres tornam-se mais ativas, exercendo papéis de líderes e combatentes, diferentemente do que ocorrera nos períodos anteriores. Os “alvos teatrais” voltam a ser os preferidos, como demonstra o assassinato do primeiro-ministro italiano, Aldo Moro; porém, são as figuras públicas dos Estados Unidos que se tornam o foco principal dos atentados, a revelar a importância política alcançada por esse país. Além disso, uma nova forma de ataque – o sequestro de aeronaves – passa a ser comum, estimando-se em 409 os incidentes internacionais ocorridos de 1968 a 1982. Essa vaga, porém, começa a refluir rapidamente ainda na década de 1980, o que conduziu a uma mudança radical do papel da própria ONU, a qual, agora contando com o apoio das novas nações – que também se sentiam ameaçadas pelos novos rebeldes –, conseguiu fazer aprovar inúmeras convenções para enfrentar aspectos pontuais da violência terrorista, como a criminalização da tomada de reféns, do sequestro de aeronaves, do financiamento internacional de atividades criminosas, entre outros. Paulatinamente, muitos dos entraves que obstaculizavam o alcance de algum consenso sobre o tema foram, assim, sendo removidos.

À medida que a onda esquerdista esvanecia, tomava vulto a religiosa. Apesar de não exclusivamente¹¹, têm sido os grupos islâmicos os principais responsáveis pelos mais significativos ataques terroristas das últimas décadas. Ao menos dois eventos contribuíram decisivamente para a eclosão do fundamentalismo muçulmano violento: a Revolução Iraniana e a invasão do Afeganistão pela União Soviética, ambas em 1979. Com a tomada do poder no Irã pelos xiitas, coletivos terroristas vinculados a esta vertente islâmica organizaram-se em inúmeros países, como o Líbano, o Iraque e a Arábia Saudita, o que promoveu idêntica mo-

11 HOFFMAN, Bruce. *Inside terrorism*. New York: Columbia University Press, 2006, *kindle edition*, p. 81/128.

bilização de grupos sunitas que passaram a agir no Egito, na Síria, na Tunísia, no Marrocos, na Argélia, nas Filipinas e na Indonésia.

Coincidentemente, aquele mesmo ano também representou o começo de um novo século no calendário islâmico, o que foi interpretado como um sinal de tempos auspiciosos. Por sua vez, a campanha soviética no Afeganistão acabou por unir o mundo sunita em apoio a esse país asiático, cujo exército de *mujahidins*, financiado inclusive pelos Estados Unidos, conseguiu expulsar os russos em 1989. A derrota da União Soviética escancarou as fragilidades da potência comunista, a qual acabou desmantelando-se logo em seguida, deixando extensas áreas de seu antigo território sujeitas à influência muçulmana.

Os atentados suicidas com bomba constituíram a grande novidade nas táticas terroristas da nova vaga. Por outro lado, o número de grupos terroristas existentes declinou consideravelmente, devido ao fato de as afiliações religiosas serem muito mais amplas que as nacionais. Paralelamente, a quantidade de integrantes de cada organização cresceu de maneira vertiginosa. Além de disputas regionais entre os ramos sunita e xiita e da histórica rivalidade com Israel (o pequeno Satã), as ações terroristas passaram a ter por alvo os países ocidentais, notadamente os Estados Unidos (o grande Satã)¹², os quais viram suas instalações civis e militares no Oriente Médio serem objeto de constantes ataques. Contudo, o acesso às modernas tecnologias de comunicação e transportes e a formação de redes fluidas de seguidores viriam a facilitar a realização de atentados no próprio solo das nações visadas, o que culminou no inacreditável 11 de setembro, marco de uma nova era do terrorismo internacional.

É preciso recalcar que cada onda reflete apenas a sua característica dominante, que pode mesclar-se com outras ou sofrer a influência de particularidades nacionalistas, sem contar a existência de movimentos idiossincráticos que não se enquadram na tendência da época. Além disso, os ritmos das ondas e das organizações são diversos. Com o esgotamento do potencial mobilizador de cada ideologia, é comum que os grupos passem a adotar, para

12 DEGAUT, Marcos. *O desafio global do terrorismo: Política e segurança internacional em tempos de instabilidade*. Brasília: Marcos Degaut, 2014, *kindle edition*.

sobreviver, traços da nova onda em desenvolvimento. Mudanças tecnológicas e culturais favorecem o surgimento de novos movimentos terroristas. E cada onda produz a própria *science of terror*, principalmente por meio de obras de destacados líderes ou intelectuais, como Sergei Nechaev, Georges Grivas, Che Guevara ou Osama Bin Laden, nas quais se especifica a doutrina que inspira o grupo e os meios técnicos para levar a cabo as ações violentas esperadas. A revolução, apesar de entendida de modos diferentes, seria o objetivo último de cada vaga terrorista, o que confere, na percepção dos membros da organização e simpatizantes, legitimidade política aos ataques perpetrados.

Computando o prazo de 40 anos como o tempo médio de duração de cada onda, o terrorismo de cunho religioso estaria em seus estertores, estimando Rapoport em 2025 o ano do seu possível desaparecimento. Sem embargo disso, a vitalidade ainda demonstrada pelas organizações terroristas islâmicas não permite considerar favoravelmente essa previsão.

A profusão de atentados ocorridos em países ocidentais nos últimos anos, quase todos com um número significativo de mortes¹³, tem levado a comunidade internacional e os Estados mais diretamente afetados a envidar esforços para combater esse tipo de violência política. Assim, as resistências que existiam para uma atuação concertada de todos os interessados estão se reduzindo, apesar de ainda persistirem algumas dificuldades técnico-jurídicas para a elaboração de um ato normativo com alcance global e para o estabelecimento de alguma uniformidade nas legislações nacionais.

3 Terrorismo: uma definição complexa e controversa

O mesmo consenso que existe, doutrinariamente e politicamente, acerca da necessidade de se prevenir e reprimir o terrorismo de modo eficaz e até severo não se encontra quanto à definição dos contornos exatos que o delito deveria legalmente apresen-

tar. Ou seja, observa-se um amplo acordo quanto à gravidade dos atos terroristas e dos riscos que apresentam para as democracias liberais, mas não se consegue elaborar um conceito adequado que satisfaça todas as partes relevantes no debate público.

As dificuldades, como se percebe, simplesmente decorrem da complexidade do fenômeno terrorista, bem como de sua natureza cambiante no curso da história, sem olvidar ainda do desacerto acerca de aspectos pontuais devido a interesses específicos próprios às entidades políticas envolvidas. Potências ocidentais ou asiáticas, nações islâmicas e países subdesenvolvidos ou em desenvolvimento eventualmente apresentam visões distintas no que concerne aos traços adequados à sua definição. Como o termo apresenta uma carga pejorativa, nenhum grupo político aceita ter alguma de suas atividades etiquetadas como tal.

No âmbito da Organização das Nações Unidas, mesmo com os avanços detectados em decorrência da superação das divergências iniciais mais acentuadas, ainda persiste insuperável desacerto quanto à inclusão dos movimentos de libertação e da violência estatal no conceito de terrorismo.¹⁴

É tamanho o tempo despendido em discussões desse tipo que alguns até defendem a prescindibilidade de um conceito unitário para o fenômeno¹⁵. Entretanto, ao menos na esfera jurídico-penal, a definição de terrorismo afigura-se indispensável por exigência do princípio de legalidade. Somente um conceito suficientemente acurado atenderia a essa diretriz constitucional e garantiria segurança aos destinatários da norma.

Talvez a imprecisão e a ambiguidade do que seja terrorismo decorram exatamente da falta de uma definição, e não o contrário¹⁶. Talvez a indicação de características mínimas permita circunscrever adequadamente o fenômeno e torná-lo operacional juridicamente.

O terrorismo propriamente dito, porém, é um delito relativamente recente¹⁷ – fato revelado até mesmo pela uniformidade da

13 Apesar de que os países onde os ataques jihadistas mais recrudesceram foram Iraque, Afeganistão, Paquistão e Nigéria (MONIZ BANDEIRA, Luiz Alberto. *A desordem mundial: O espectro da total dominação: Guerras por procuração, terror, caos e catástrofes humanitárias*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018, p. 480).

14 VACAS FERNÁNDEZ, Felix. *El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 167/200.

15 *Idem*, p. 107.

16 *Idem*, p. 110.

17 A primeira vez que a palavra "terrorismo" apareceu em um dicionário foi em 1798 por obra da

nomenclatura utilizada para indicá-lo –, razão pela qual nenhuma tradição jurídica pode vir em socorro da doutrina especializada apontando traços essenciais a sua identificação¹⁸. Desse modo, somente a reflexão de caráter interdisciplinar, considerando a natureza polimorfa do crime, pode oferecer os pontos de apoio seguros para a elaboração adequada do conceito daquele. Aspectos históricos e políticos, principalmente, competem para a compreensão do fenômeno, tornando ainda mais delicada a tarefa de defini-lo para fins legais.

Schmid e Jongman (1988) propuseram-se a tarefa de identificar os traços mais recorrentes nos conceitos sugeridos para o terrorismo. Segundo eles, uma definição é uma equação: um termo novo, desconhecido ou mal compreendido (*definiendum*) é descrito (definido) pela combinação de ao menos dois termos antigos, conhecidos ou já bem compreendidos (*definiens*). Quanto mais termos se agregam à definição mais precisa ela se torna, apesar de restringi-la. Na pesquisa dos autores, os aspectos mais destacadas relativamente ao conceito de terrorismo foram: violência ou força (83,5%); caráter político (65%); ênfase em medo ou terror (51%); ameaça (47%); efeitos psicológicos e reações antecipadas (41,5%); diferenciação entre vítima e alvo (37,5%); ação organizada, planejada ou sistemática (32%); método de combate, estratégia ou tática (30,5%); anormalidade ou desumanidade (30%); coerção ou extorsão (28%); aspecto publicitário (21,5%); arbitrariedade e caráter aleatório (21%); vítimas civis, neutras ou não combatentes (17,5%); intimidação (17%); ênfase na inocência das vítimas (15,5%); grupo, movimento ou organização como perpetrador (14%); aspecto simbólico ou demonstração para os outros (13,5%); incalculabilidade ou imprevisibilidade de ocorrência da violência (9%); natureza clandestina ou oculta (9%); violência repetida ou serial (7%); caráter criminal (6%); e demandas dirigidas a terceiras partes (4%).¹⁹

Academia Francesa (TOWNSHEND, Charles. *Terrorismo: Una breve introducción*. Madrid: Alianza Editorial, 2008, p. 65/66).

18 FLETCHER, Geroge P. *El indefinible concepto de terrorismo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016, p. p. 8/9.

19 SCHMID, Alex. P.; JONGMAN, Albert J. *Political terrorism: A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories, & literature*. New Brunswick/London: Transaction Publishers, 1988, p. 5/6.

Em uma primeira abordagem, assim, valendo-se dos aspectos mais lembrados para a identificação do delito, o terrorismo pode ser entendido como ataques violentos planejados, repetidos, simbólicos e imprevisíveis praticados estrategicamente por organizações clandestinas contra vítimas civis aleatórias, voltados a intimidar a população em geral, com a finalidade última de, pela publicidade, encaminhar demandas de caráter político.

Tal conceito absorve muitas das características elencadas pela doutrina, fundindo as mais próximas e, assim, tornando-o manejável juridicamente. Mesmo assim, alguns dos aspectos apontados podem ser dispensados, com o escopo de flexibilizar a definição, ampliando o seu espectro, evitando, com isso, que alguns atos criminais não sejam colhidos pelo termo. De qualquer forma, há limites para essa atividade de configuração normativa do delito: a inclusão de elementos estranhos desnatura-o; enquanto a exclusão de características essenciais pode levá-lo a ser confundido com outros próximos.

Uma maneira diferente de aproximar-se do fenômeno é distingui-lo de outros aparentados, conferindo-lhe uma identidade própria. Comumente se confunde guerrilha e insurgência com terrorismo, apontados como formas de guerra irregular²⁰, já que todas as três atividades compartilham táticas (assassinatos, sequestros) e propósitos (intimidação da população). Contudo, diferentemente das atividades terroristas, guerrilha e insurgência referem-se a grupos mais numerosos de indivíduos armados que operam como unidades militares, atacam exércitos inimigos e buscam controlar territórios, utilizando, ainda, ao menos quanto à última, ações coordenadas para influenciar psicologicamente a população na luta contra algum governo nacional estabelecido, alguma potência imperialista ou alguma força de ocupação estrangeira.²¹ Também se apontam semelhanças entre o terrorista e o assassino lunático. Entretanto, enquanto o primeiro executa os atentados por razões políticas, o segundo age por motivos idiossincráticos ou egoísticos.²² Eventualmente, ainda se identi-

20 VISACRO, Alessandro. *Guerra irregular: Terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história*. São Paulo: Contexto, 2018, p. 221/225.

21 HOFFMAN, Bruce. *Op. cit.*, p. 35.

22 *Idem*, p. 36.

fica terrorismo com crime de ódio (*hate crime*). Porém, os *haters* não escolhem suas vítimas aleatoriamente, como os terroristas; ao contrário, se voltam contra pessoas pertencentes a algum grupo social específico (negros, homossexuais, judeus, deficientes, mendigos, entre outros), atacando-as exatamente por essa condição.²³

Apesar de muito assemelhado, o terrorismo igualmente difere do crime político. Coube à Revolução Francesa dar início à regulamentação mais benigna desse tipo de delito, exatamente por causa da baixa periculosidade do agente e do caráter circunstancial do evento. Na atualidade, a maioria das leis estatais e dos tratados supraestatais confere ao crime político tratamento diferenciado, vedando a extradição de seus autores e garantindo o asilo a refugiados perseguidos. O terrorismo, apesar de geralmente estar acompanhado de um móvel político, não é caracterizado como tal, por atingir bens jurídicos fundamentais protegidos constitucionalmente, como a vida e a integridade corporal das pessoas, e por apresentar uma natureza instrumental, voltada a provocar temor generalizado na população, com vistas ao alcance de fins específicos, revelando tanta crueldade que demanda a reação concertada de toda a comunidade internacional.²⁴ Por isso, o terrorista não é considerado merecedor dos benefícios reservados aos delinquentes políticos.

A partir de todas essas indicações, Hoffman (2006) elenca os elementos caracterizadores do terrorismo. Este é político, inelutavelmente, quanto aos objetivos e motivos; utiliza ou ameaça utilização de violência; busca repercussões psicológicas de longo alcance, para além das vítimas ou alvos imediatos; atua em organizações com uma cadeia de comando identificável ou de estruturas celulares conspiratórias (cujos membros não utilizam uniformes ou insígnias de identificação), bem como de indivíduos ou pequenos grupos de indivíduos diretamente influenciados, motivados ou inspirados pelos objetivos ideológicos ou pelo

23 GERSTENFELD, Phyllis B. *Hate crimes: Causes, controls, and controversies*. 3ª ed. Los Angeles: Sage Publications, 2013, p. 11/12.

24 PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. "Delito político e terrorismo: Uma aproximação conceitual". In: *Revista dos Tribunais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, nº 771, p. 421/447.

exemplo de algum movimento terrorista existente ou de seus líderes; perpetra por grupo subnacional ou entidade não estatal.²⁵

Ainda assim, o delito de terrorismo, quando convertido em crime pela legislação de algum país ou por documento de caráter regional ou internacional, não necessita contar com todas essas características. Tal circunstância coloca o problema de saber quais traços do fenômeno são verdadeiramente essenciais à conceptualização deste. A tarefa mais delicada, assim, parece ser elencar os requisitos indispensáveis – o *minimum minimorum* – para que um ato seja considerado terrorista.

A definição do delito, sugerida por Hoffman (2006), por seu detalhamento, afigura-se muito restritiva: por exemplo, aquela não abarca todos os casos de ações individuais, ao exigir que o ataque tenha sido praticado por ou influenciado por organizações ou movimentos terroristas, e não abarca o terrorismo de Estado, ao exigir que a perpetração desse seja por entidades não estatais. Tais limitações, assim, desconsideram algumas manifestações do fenômeno historicamente reconhecíveis, como as do terrorista estadunidense conhecido como *Unabomber* e dos chamados *state sponsors*.

Entretanto, uma coisa é afirmar a possibilidade de ocorrência de tais modalidades de terrorismo, outra diversa é sustentar a necessidade ou a conveniência de sua incriminação. Com efeito, em sendo a periculosidade do *lone wolf* muito menor que a das organizações terroristas, pode entender-se como político-criminalmente dispensável é a tipificação desse como terrorismo; por outro lado, as atividades de Estados terroristas interessam mais ao direito internacional.

A finalidade política também tem sido apontada como um traço indissociável do delito de terrorismo. Geralmente, exige-se para a configuração do delito que sua prática tenha por escopo a subversão da ordem constitucional, a destruição do regime democrático ou simplesmente a alteração grave da paz pública. Nada impede, evidentemente, que esse escopo delitivo se encontre matizado por tendências religiosas, nacionais, étnicas ou até classistas, já que se parte de uma concepção ampla do fenô-

25 HOFFMAN, Bruce. *Op. cit.*, p. 39.

meno político. Ainda assim, alguns países têm optado por não indicar objetivo específico algum para a caracterização desse, optando por definir o terrorismo primacialmente a partir dos meios empregados, como fez a Alemanha²⁶.

Restariam, assim, apenas dois elementos que parecem indissociáveis do conceito de terrorismo: uso ou ameaça de uso de violência e intenção de provocar pavor generalizado. Tal definição aponta para as características essenciais, sem as quais o delito não seria identificável, confundindo-se com outras modalidades legalmente instituídas ou doutrinariamente sugeridas.

Em primeiro lugar, assoma em importância a violência. O ato terrorista é tipicamente violento, geralmente voltado a causar mortes ou lesões corporais graves, apesar de também poder se dirigir contra estruturas materiais importantes, como ferrovias, redes de transmissão de energia, prédios públicos, etc. Não obstante ser comum a utilização de armas ou explosivos, a presença desses artefatos não é necessária para a configuração do delito; com efeito, as modernas tecnologias, principalmente a informática, tornam possíveis assassinatos e destruições em massa por meio da simples manipulação de sistemas de controle, como ocorre no chamado *cyberterrorism*. Por outro lado, ainda que se admita a ocorrência de atentados direcionados a segmentos populacionais específicos, o mais comum é que a violência terrorista seja indiscriminada, atingindo pessoas independentemente de uma afiliação grupal. Como se viu anteriormente, a agressão seletiva é mais apropriada aos crimes de ódio. Segundo Walzer (2008), aliás, a aleatoriedade e a inocência das vítimas constituiriam traços cruciais da definição de terrorismo²⁷.

Em segundo lugar, o ato terrorista, como o próprio termo indica, visa provocar pavor generalizado na população. Como refere Anglí (2010), no crime de terrorismo o recado enviado com a comissão do delito se dirige a toda a população; os bens jurídicos individuais atingidos não são o alvo principal da ação terrorista; as vítimas diretas são, em verdade, instrumentalizadas, vez que a intenção subjacente dos agentes é atemorizar um número

indeterminado de pessoas. A mensagem enviada é que outros atentados poderão ser realizados, provocando intenso impacto psicológico nas potenciais vítimas, as quais passam a conviver com uma situação de insegurança constante.

Apesar de a finalidade política ser dispensável para a tipificação do delito de terrorismo, geralmente a atemorização da população visa compelir o governo a reagir de alguma forma, atendendo às reivindicações dos agentes ou adotando medidas precipitadas que venham a debilitar a própria legitimidade. Verifica-se em tais delitos, assim, uma dupla instrumentalização (de primeiro e segundo níveis): as vítimas individuais são instrumentalizadas para atemorizar a população em geral, a qual, por sua vez, é instrumentalizada para levar as autoridades estatais a agir.²⁸

A definição mínima sugerida para o delito de terrorismo é justificada principalmente pela configuração histórica do fenômeno, sempre cambiante, o que não significa que a sua tipificação legal tenha que, obrigatoriamente, respeitar essa moldura. Considerações de ordem político-criminal e mesmo constitucional podem desaconselhar ou até deslegitimar incriminações tão abertas. A prática de infrações leves, por exemplo, mesmo com a finalidade de causar pavor generalizado, não parece necessitada de repressão diferenciada, além de talvez sucumbir a uma avaliação por meio de critérios de proporcionalidade.

De qualquer forma, conceber o terrorismo como o uso ou a ameaça de uso de violência com o objetivo de atemorizar a população parece ser um referencial importante para a elaboração normativa de eventual delito, seja no âmbito nacional, seja na esfera internacional. Limitar o conceito à atuação de organizações criminosas infraestatais, aos ataques contra grupos de vítimas determinados, ao emprego de armas de destruição em massa, a finalidades estritamente políticas, entre outras sugestões que se colhem da doutrina, restringem demasiadamente o espectro do fenômeno, deixando de acolher em sua definição formas historicamente verificadas de sua ocorrência.

26 CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto*. Madrid: Reus, 2010, p. 177.

27 WALZER, Michael. *Terrorismo y guerra justa*. Madrid: Katz, 2008, p. 10.

28 LLOBET ANGLÍ, Mariona. *Derecho penal del terrorismo: Límites de sua punición en un Estado democrático*. Madrid: La Ley, 2010, p. 67/71.

Trata-se, como se percebe, meramente de um ponto de partida, pretendidamente sólido, que a deliberação política e as restrições jurídicas podem matizar em um ou outro sentido.

Laurens e Delmas-Marty (2010) atribuem ao terrorismo o papel de *un concept juridique de transition*, como tal destinado a desaparecer a partir do momento em que a comunidade internacional estiver suficientemente organizada para dar aos atos de violência uma resposta global em nome de valores compartilhados por todos. Então, ainda segundo os autores, os atos terroristas haveriam de ser enquadrados, dependendo de sua configuração, como crimes de direito comum, como crimes de guerra ou como crimes contra a humanidade. Laurens e Delmas-Marty (2010) reconhecem que tal previsão pode parecer irrealizável no contexto político-jurídico atual, mas alertam que o enfrentamento a esse tipo de delito, se realizado de modo equivocado, ao invés de reduzir pode até mesmo aumentar o medo da população, exatamente o que parece mover os terroristas, contribuindo ainda mais para a desestabilização dos Estados e para a supressão das liberdades.²⁹

Por ora, porém, dificilmente as ações terroristas deixarão de implicar a reação – até mesmo exasperada – das comunidades nacionais e internacional, razão pela qual as contribuições para circunscrever juridicamente o fenômeno ainda se afiguram imprescindíveis.

4 Considerações finais

O 11 de Setembro marcou o início do novo milênio, colocando para o mundo o desafio de enfrentar um inusitado risco de alcance global e potencial devastador: o terrorismo. Assumindo um caráter marcadamente religioso-islâmico e antiocidental, os grupos terroristas mais proeminentes da atualidade assediam as democracias liberais e as obrigam a reagir de forma urgente e implacável devido a insuperáveis pressões populares e midiáticas, gerando o perigo de corrosão dos Estados de Direito por dentro, diante da instauração de situação de emergência permanente

e da flexibilização cada vez mais intensa de direitos e garantias constitucionais.

O risco terrorista é real e grave, nenhum país encontrando-se completamente imune às investidas daquele. Por isso, a adoção de medidas preventivas e repressivas especiais é indispensável, considerando que se está diante de um delito de natureza singular, cujo enfrentamento também deve ser diferenciado. Parece que tão equivocado quanto hiperdimensionar o problema é desconsiderá-lo. Toda a dificuldade política, porém, reside em encontrar o adequado equilíbrio entre a promoção da segurança pública e o comprometimento tolerável de conquistas liberais históricas.

Pressuposto de qualquer atividade normativa voltada para a regulamentação da matéria é a adequada delimitação significativa desta, afigurando-se, nessa tarefa, a compreensão da atividade terrorista em sua dimensão histórica indispensável para a construção de um conceito juridicamente operacionalizável.

Definir o terrorismo, portanto, como uso ou ameaça de uso de violência com a intenção de provocar pavor generalizado permite circunscrever minimamente o fenômeno, à luz das manifestações históricas deste, principalmente na modernidade, bem como fornece uma orientação político-jurídica segura para a elaboração de normas legais, delimitada o suficiente para diferenciá-lo de outros eventos similares, sem manietar excessivamente o legislador.

A finalidade política constituiria outro traço característico do terrorismo, mas tal aspecto não se apresenta indispensável à definição jurídica desse, como demonstra a opção normativa alemã. Ainda assim, a inclusão daquela na regulamentação legal pode ser útil para mais bem distingui-lo de outros delitos aparentados, notadamente os crimes de ódio, os quais, não obstante também mereçam incisiva repulsa da ordem jurídica, com aquele não se confundem.

Se o terrorismo apresenta-se meramente como um conceito jurídico de transição, destinado a desaparecer à medida que a comunidade internacional estiver suficientemente organizada, é algo que não se tem como assegurar. O certo é que, na atua-

²⁹ LAURENS, Henry; DELMAS-MARTY, Mireille. "Conclusions". In: *Terrorismes: Histoire et droit*. Diretores: Henry Laurens e Mireille Delmas-Marty. Paris: CNRS Éditions, 2010, p. 324/325.

lidade, a relevância deste delito como infração jurídico-penal é inquestionável, razão pela qual a tarefa de circunscrever o fenômeno ainda se apresenta necessária.

Referências

ANGLÍ, Mariona Llobet. **Derecho penal del terrorismo: Límites de sua punición en un Estado democrático.** Madrid: La Ley, 2010.

BANDEIRA, Luiz Alberto Moniz. **A desordem mundial: O espectro da total dominação: Guerras por procuração, terror, caos e catástrofes humanitárias.** Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2018.

CELSO, Anthony N. The Islamic State and Boko Haram: Fifth wave jihadist terror groups. **Orbis**, v. 59, n. 2, p. 249-268, 2015. Disponível em: <https://blackboard.angelo.edu/bbcswebdav/institution/LFA/CSS/Course%20Material/SEC6314/Readings/Celso2015.pdf>. Acesso em: 24 mar. 2018.

CHALIAN, Gerard; BLIN, Arnaud (ed.). **The history of terrorism: From antiquity to Al Qaeda.** Berkeley/Los Angeles/London: University of California Press, 2007.

DEGAUT, Marcos. **O desafio global do terrorismo: Política e segurança internacional em tempos de instabilidade.** Brasília: Marcos Degaut, 2014.

EAGLETON, Terry. **Terror santo.** Barcelona: Debate, 2008.

FERNÁNDEZ, Felix Vacas. **El terrorismo como crimen internacional: Definición, naturaleza y consecuencias jurídicas internacionales para las personas.** Valencia: Tirant lo Blanch, 2011.

FLETCHER, George P. **El indefinible concepto de terrorismo.** Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016.

GERSTENFELD, Phyllis B. **Hate crimes: Causes, controls, and controversies.** 3. ed. Los Angeles: Sage Publications, 2013.

HOFFMAN, Bruce. **Inside terrorism.** New York: Columbia University Press, 2006.

KAPLAN, Jeffrey. Terrorism's fifth wave: A theory, a conundrum and a dilemma. **Perspectives on Terrorism**, v. 2, n. 2, p. 12-24, 2008. Disponível em: <http://www.terrorismanalysts.com/pt/index.php/pot/article/view/26/53>. Acesso em: 24 mar. 2018.

LAURENS, Henry. Le terrorisme comme personnage historique. In: LAURENS, Henry; DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). **Terrorismes: Histoire et droit.** Paris: CNRS Éditions, 2010. p. 9-66.

LAURENS, Henry; DELMAS-MARTY, Mireille. Conclusions. In: LAURENS, Henry; DELMAS-MARTY, Mireille (dir.). **Terrorismes: Histoire et droit.** Paris: CNRS Éditions, 2010. p. 323-333.

MELIÁ, Manuel CANCIO. **Los delitos de terrorismo: Estructura típica e injusto.** Madrid: Reus, 2010.

PELLET, Sarah. A ambiguidade da noção de terrorismo. In: BRANT, Leonardo Nemer Caldeira (coord.). **Terrorismo e Direito: os impactos do terrorismo na comunidade internacional e no Brasil: Perspectivas político-jurídicas.** Porto Alegre: Forense, 2003. p. 9-20. Disponível em: <http://iusgentium.ufsc.br/wp-content/uploads/2017/03/1-1-A-Ambiguidade-da-No%C3%A7%C3%A3o-de-Terrorismo.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

PRADO, Luiz Régis; CARVALHO, Érika Mendes de. Delito político e terrorismo: Uma aproximação conceitual. **Revista dos Tribunais**, São Paulo, v. 89, n. 771, p. 421-447, jan. 2000.

RAPOPORT, David C. The four waves of modern terrorism. In: HANHIMÄKI, Jussi M.; BLUMENAU, Bernhard (ed.). **An International History of Terrorism: Western and Non-Western Experiences.** Abingdon-on-Thames: Routledge, 2013. p. 46-73. Disponível em: <http://international.ucla.edu/media/files/Rapoport-Four-Waves-of-Modern-Terrorism.pdf>. Acesso em: 29 out. 2018.

REINARES, Fernando. Sobre el terrorismo global como fenómeno polimorfo. In: JÓRDAN, Javier; POZO, Pilar; GUINDO, Miguel G. (coord.). **Terrorismo sin fronteras: Actores, escenarios y respuestas en un mundo global.** Cizur Menor: Aranzadi/Thomson Reuters, 2010. p. 41-53.

SCHMID, Alex Peter; JONGMAN, Albert J. **Political terrorism: A new guide to actors, authors, concepts, data bases, theories, & literature.** New Brunswick/London: Transaction Publishers, 1988.

SIMON, Jeffrey David. Technological and lone operator terrorism: Prospects for a fifth wave of global terrorism. In: ROSENFELD, Jean (ed.). **Terrorism, identity and legitimacy: The four waves theory and political violence.** New York: Routledge, 2010. p. 44-65.

TOWNSHEND, Charles. **Terrorismo:** Una breve introducción. Madrid: Alianza Editorial, 2008.

VISACRO, Alessandro. **Guerra irregular:** Terrorismo, guerrilha e movimentos de resistência ao longo da história. São Paulo: Contexto, 2018.

WALZER, Michael. **Terrorismo y guerra justa.** Madrid: Katz, 2008.

LOS DELITOS EN RELACIÓN AL MOMENTO DE SU CONSUMACIÓN: PRECISIONES JURÍDICAS SOBRE EL DELITO CONTINUADO

LUIS JIMÉNEZ
DE ASÚA
Oscar A. San Martín A.

DEFENSAS
PENALES

TOMO I

Resumen

En este trabajo se analiza el momento de la consumación de los delitos y la clasificación que de él surge, estableciendo criterios precisos para su acertada diferenciación, haciendo énfasis en las implicaciones que en el ámbito penal genera dicha distinción respecto de la prescripción de la acción penal, respecto de la participación criminal y respecto de la ley aplicable temporalmente. También se aborda la compleja estructura de la teoría del delito continuado, estableciendo precisiones jurídicas en sus diversos elementos, tanto objetivos como subjetivos, y abordando de manera crítica las consecuencias ventajosas y desfavorables de la aceptación de esta teoría en la dogmática penal nacional con una mirada a las posturas modernas comparadas.

Palabras clave: Consumación. Delito Continuado. Delito Permanente. Delito Habitual. Delito Instantáneo de Efectos Permanentes.

Abstract

This paper analyzes the moment of the consummation of the crimes and the classification that arises from it, establishing precise criteria for their correct differentiation, emphasizing the implications that this distinction generates in the criminal sphere with respect to the statute of limitations of the criminal action, with respect to criminal participation and with respect to the temporarily applicable law. It also addresses the complex structure of the theory of continuing offense, establishing juridical precisions in its various elements, both objective and subjective, and critically addressing the advantageous and unfavorable consequences of the acceptance of this theory in national criminal dogma with a view to modern postures compared.

Keywords: Consummation. Continuing Offense. Permanent Offense. Habitual Offense. Instant Offense of Permanent Effects.

Introducción: consumación de los delitos

El estudio del momento de la consumación de los delitos se circunscribe dogmáticamente dentro del *iter criminis* o etapas de desarrollo del delito que, según Fernández Carrasquilla, constituye el esquema abstracto del camino práctico que el sujeto debe recorrer para la comisión del delito (realización del injusto culpable), camino que va del interior al exterior y cuyas etapas se denominan fases, momentos o hitos.¹

Sin adentrarnos al estudio exhaustivo del *iter criminis*, se debe señalar que está constituido básicamente de dos grandes etapas, una interna y una externa. En la etapa externa encontramos a su vez dos momentos, los actos preparatorios y los actos de ejecución. Son los actos de ejecución aquellos propiamente punibles, regulados en el art. 7° del Código Penal contemplándose en ellos la tentativa (tentativa inacabada), la frustración (tentativa acabada), y la etapa de ejecución perfecta a la que se denomina consumación que solo aparece mencionada en el citado artículo, pero no definida expresamente.

La consumación es la figura más relevante dentro del proceso de formación del delito en la dogmática moderna, momento culmine de la ejecución de un delito que involucra el cumplimiento de todas las condiciones subjetivas y objetivas enumeradas por la figura penal, en que se da, en su integridad, el proceso conductual y material descrito por el tipo respectivo, es decir, es la etapa de ejecución perfecta del delito. Nuestra Excelentísima Corte Suprema ha señalado que la consumación es la etapa superior del *iter criminis*, en atención a que se produce cuando la acción típica corresponde al resultado esperado.² Así, la doctrina mayoritaria señala que la gran diferencia entre el tipo consumado y el intentado o frustrado reside en la efectiva producción del resultado típico, lo que únicamente se da en la consumación del delito, y nunca puede suceder en las etapas anteriores. A su vez,

¹ Citado en BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2014) Manual de Derecho Penal: Parte General, Santiago: Librotecnia, p. 245.

² CORTE SUPREMA. 20 de diciembre de 2005. Rol N° 5125-2005.

la diferencia entre tentativa y frustración radica en el desarrollo de la actividad del agente pues se debe distinguir el desvalor de la acción en aquellos casos en que existe una actividad humana terminada, de aquellos casos en que existe una actividad inconclusa, encontrándose en este punto la principal diferencia entre la etapa de tentativa y la etapa de frustración.³

La determinación del momento en que un delito ha llegado a la etapa de su consumación es de la mayor relevancia jurídico penal, pues de acuerdo al art. 50, inciso segundo, del Código Penal: “[s]iempre que la ley designe la pena de un delito, se entiende que la impone al delito consumado”.

1 Los delitos en relación al momento de su consumación

Siendo la consumación del delito un punto tan trascendental, no es un tema amistoso en todas las situaciones, pues dependiente de la clase de delito frente a la que nos encontremos, habrá que determinar el momento de la consumación en base a tal o cual criterio, situaciones que se analizarán en este trabajo.

1.1. Clasificación

Entre las numerosas clasificaciones doctrinarias de delitos existentes en la actualidad, una los agrupa en relación al tiempo o momento en que se produce su consumación dentro de la cuál encontramos diversas figuras:

- Delitos instantáneos
- Delitos permanentes
- Delitos de estado
- Delitos continuados
- Delitos habituales

³ BALMACEDA (2014) 251.

1.1.1 Delitos instantáneos

Los delitos instantáneos son aquellos que “describen acciones que, dada su naturaleza, su ejecución puede ser breve o prolongada en el tiempo, pero cuya consumación se produce en un único instante, y junto con ello esa ejecución termina”.⁴ Constituyen la regla general en materia de delitos en los cuales a pesar de que la acción pueda tener una mayor o menor duración, la consumación se produce en un momento determinado y con ello se agota esa acción, por ejemplo en el hurto la consumación se produce con la apropiación de la cosa mueble ajena, en el homicidio con la muerte del sujeto pasivo, el falso testimonio que se consume con la declaración mendaz, o algunas hipótesis del tráfico ilícito de drogas (como las señaladas en el art. 4º, inciso segundo, Ley N° 20.000 sobre Drogas).

Para su calificación se atiende a la unidad de la acción, a si con ella se consume el delito, no importando que a su vez esa acción se descomponga en actividades múltiples; el momento consumativo expresado por el tipo penal da la categoría al delito instantáneo y no necesariamente los efectos que él causa. Existe una acción y una lesión jurídica, así, el evento consumativo típico se produce en un único instante. En definitiva, en ellos no se produce la creación de una situación antijurídica.⁵

Aparece indiferente la circunstancia de que el resultado típico devenga tiempo después de que el agente ha desarrollado toda su actividad, al menos para efectos de enmarcarlo en esta clasificación, pues no debemos olvidar que la consumación se identifica con la producción del resultado, y las etapas imperfectas con la actividad terminada o inconclusa del agente; así las cosas, de producirse el resultado típico en un momento único y terminándose con ello la ejecución del delito, llegando a su consumación, el delito será instantáneo, aunque la consumación se perfeccione en un momento distinto de la actividad del sujeto activo, lo que podrá apreciarse con mayor claridad cuando nos encontramos frente a delitos materiales o de resultado, pues

4 GARRIDO MONTT, Mario (2003) *Derecho Penal*, 3ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. II, p. 259.

5 MIR PUIG, Santiago (2005) *Derecho penal: parte general*, 7ª Ed., Buenos Aires: Editorial B de F, p. 227.

tratándose de delitos de mera actividad el resultado típico se identificará con la acción desplegada por el agente, entendiéndose igualmente que todo ocurrirá en un único momento.

1.1.2 Delitos permanentes o de consumación continuada

Son delitos permanentes aquellos cuya acción puede consumarse en cualquier momento, pero que por voluntad del sujeto activo es posible mantener su ejecución en el tiempo, de modo que continúe en constante estado de consumación.⁶ En él, en vez de un momento consumativo, como en el delito instantáneo, en doctrina se habla de un período consumativo.⁷ Es importante entender que el período consumativo se extiende por voluntad del agente, y su cesación ha de estar en su mano, en general y en abstracto, siendo irrelevante al respecto que en el caso singular y concreto se vea de hecho impedido de ella;⁸ en palabras del profesor Garrido Montt: “[q]ueda sujeto a la voluntad del autor el poner término al estado de consumación”.⁹ Así las cosas, y entendiendo que el delito permanente puede iniciar tanto por una acción como por una omisión, el período consumativo se prolonga únicamente por una omisión cual es la de “dar término a la situación antijurídica”.¹⁰ Los profesores Bullemore y Mackinnon señalan que: “[e]l hecho típico incluye una acción y una omisión; con su actividad, el sujeto crea la situación fáctica jurídicamente desaprobada; omitiendo hacerla cesar, provoca la perdurabilidad del efecto desvalorado por el ordenamiento.”¹¹

Es evidente que no todo delito puede calificarse de permanente y esto será determinado dependiendo de la corriente a la que adscribamos, hay quienes consideran particularmente

6 GARRIDO (2003) 259.

7 DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel (1984) *Gaceta Jurídica*, N° 48, Volumen 48, p. 175, nota (3), referenciando al jurista italiano Giuseppe Bettiol.

8 DE RIVACOBBA (1984) 175, nota (1).

9 GARRIDO (2003) 259.

10 En el mismo sentido JIMÉNEZ HUERTA (1960) *Panorama del delito*, México, D.F., pp. 63, 67 y 70. Así se ha sostenido por Gómez Tomillo respecto al abandono de personas desvalidas en GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2010) “Protección jurídico penal de las personas mayores frente al abandono, especial consideración de los delitos de los Arts. 226, 229, 230, de la falta del artículo 619 CP y de sus relaciones concursales”, en *Revista de Derecho penal y Criminología* 3ª época, 4, pp. 175-198.

11 BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John (2007) *Curso de Derecho Penal*, 2ª Ed., Santiago: Legal-Publishing, t. II, p. 156.

la naturaleza del bien jurídico que proteja la norma penal, y hay quienes hacen énfasis en la descripción típica de la conducta, los primeros le dan al delito permanente una concepción material, mientras que los segundos una concepción formal.

Para Vannini el calificar un delito de instantáneo o de permanente proviene estrictamente de la formulación hecha por el tipo penal respectivo, siendo irrelevante la naturaleza del bien jurídico protegido por el ilícito.¹² Esta concepción formal del delito permanente se funda en la falsa creencia de que el legislador es todopoderoso, más propia de otra época, pues hoy no cabe duda que “dicha omnipotencia no es tal, sino que tiene límites muy concretos; y... no repara en que la expresión de la tipicidad posee un carácter meramente instrumental, al servicio y para la protección del contenido de la norma, o sea, del bien jurídico, del que en definitiva, por consiguiente, depende.”¹³

Por lo tanto, es necesario poner nuestra atención en el bien jurídico protegido por la norma penal, pues así podremos determinar la susceptibilidad de ser calificado el delito respectivo de permanente o no, primordialmente enfocados en si dicho valor preponderante y socialmente relevante puede ser lesionado de forma permanente. Ya en el año 1902 el profesor Campus había observado que en la raíz de todo delito permanente existía un bien jurídico no susceptible de ser destruido o disminuido en todo o en parte, sino sólo obstaculizado en su libre ejercicio o goce.¹⁴

Tradicionalmente se han considerado delitos permanentes el secuestro (art. 141 del Código Penal), la sustracción de menores (art. 142 del Código Penal), las detenciones ilegales (art. 148 del Código Penal), la usurpación de atribuciones (art. 327 del Código de Justicia Militar), el abandono de personas desvalidas¹⁵ (art. 352 del Código Penal), la posesión o tenencia ilegal de arma

de fuego¹⁶ (art. 9° Ley N° 17.798 sobre Control de Armas), el almacenamiento de material pornográfico infantil (art. 374 bis del Código Penal), la usurpación de inmuebles¹⁷ (art. 457 del Código Penal), la usurpación de estado civil (art. 354 del Código Penal), algunas conductas del tráfico y microtráfico¹⁸ (art. 3° y 4° Ley N° 20.000 de Drogas), entre otros.

1.1.3 Delitos de estado o instantáneo de efectos permanentes

Son delitos instantáneos de efectos permanentes aquellos que se consuman en un momento determinado (tal como los delitos instantáneos), pero crean una nueva situación o estado que permanece en el tiempo sin la posterior intervención de la voluntad del agente.¹⁹

Tradicionalmente se ha entendido que son delitos de estado la bigamia²⁰ (art. 382 del Código Penal), deserción (art. 314 del Código de Justicia Militar²¹), reconocimiento malicioso de

12 Citado en DE RIVACOBIA (1984) 175.

13 DE RIVACOBIA (1984) 175.

14 Citado en DE RIVACOBIA (1984) 175.

15 TORRES SANDOVAL, Javiera (2014) “Delito de abandono de personas desvalidas” en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII (Valparaíso, Chile, 2° semestre), pp. 261-294. Gómez Tomillo señala que “es un delito permanente de omisión que se perpetra de manera ininterrumpida mientras el culpable persista en el abandono familiar, de manera que sus efectos duran mientras persista la situación de incumplimiento”, GÓMEZ (2010) 175-198.

16 Si bien la doctrina y la jurisprudencia nacional parecieran tener una uniformidad de criterios respecto a que los delitos de tenencia de objetos de tráfico prohibido son permanentes, existe alguna doctrina aislada que los califica de instantáneo de efectos permanentes, considerando tales la tenencia ilegal de armas de fuego, de drogas, de artefactos explosivos y similares, criterio que me parece incorrecto pues la conducta de tenencia se realiza en un momento y no se detiene sino por la voluntad del agente, lo que se identifica plenamente con la noción de delito permanente.

17 En el mismo sentido NOVOA MONREAL, Eduardo (1960) *Curso de Derecho penal chileno*, Santiago, t. I, p. 260. Se sostiene que el delito de usurpación es permanente desde una concepción material y formalista en DE RIVACOBIA (1984) 175.

18 JOSHI JUBERT, Ujala (1999) *Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal*, Barcelona: Bosch, pp. 46 y 47. En este sentido, el TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia de 28 de febrero de 1996, declaró que “la posesión de sustancias estupefacientes para el tráfico, se consume desde el momento en que la posesión se inicia, pero continúa el período de consumación mientras se mantiene dicha posesión”.

19 GARRIDO (2003) 259. No obstante, hay alguna escasa doctrina que da una definición y sentido distintos al delito instantáneo de efectos permanentes, el cual lo califican en base al resultado permanente que provoca, así se da como ejemplo tradicional el homicidio que se consume en un momento determinado pero sus efectos se mantienen en el tiempo. Claramente esta concepción de delitos instantáneos de efectos permanentes no se condice necesariamente con los delitos de estado ni con el sentido con el cuál en esta clasificación se agrupan, por lo cual se prescindirá de ese criterio.

20 En este sentido: GARRIDO (2003) 259; BULLEMORE/MACKINNON (2007) 157; DE RIVACOBIA (1984) 175, nota (11). Sin embargo, la CORTE SUPREMA. 15 de abril de 1974. Fallos del Mes, Santiago de Chile, año XV, N°s. 184-185, marzo-abril de 1974, pp. 25-58 y en CORTE SUPREMA. 1977. Rol N° 156.768, sostiene que el delito de bigamia en realidad es un delito permanente que se comete desde el día en que se celebra o contrae el matrimonio ilegal, y que su ilicitud se mantiene y se renueva día a día hasta que sea finiquitada con la declaración judicial de nulidad del segundo matrimonio, recibiendo los contrayentes ilícitos la correspondiente sanción penal por haber incurrido y cometido la figura delictiva del art. 382 del Código Penal.

21 Entendiendo que sólo los números 3° y 4° del citado artículo corresponderían a delitos instantáneos

posesión regular (art. 9° Decreto Ley N° 2.695, de 1979, sobre saneamiento de la posesión de la pequeña propiedad raíz), entre otros.

1.1.4 Delitos continuados

Para un primer acercamiento a este instituto jurídico y de forma sencilla, el profesor Garrido Montt ha dicho que se trata de “una pluralidad de acciones realizadas por un sujeto único, cada una de las cuales considerada independientemente cumple con las condiciones necesarias para tipificar un delito, pero que en conjunto constituyen uno solo porque se encuentran ideológicamente conectadas”.²²

Cabe también hacer mención que dicha figura no tiene un reconocimiento legal expreso en nuestro ordenamiento jurídico y que su construcción ha sido más bien consuetudinaria,²³ y que tanto su aplicación como su naturaleza han sido objeto de acuciosos debates desde hace décadas, a nivel nacional como comparado.

1.1.5 Delitos habituales

El delito habitual es aquel en que “su injusto no consiste en un acto aislado, sino en la repetición de esos actos que individualmente no conforman un ilícito típico, pero sí su reiteración, que viene a demostrar una tendencia o inclinación del sujeto en tal sentido, de una costumbre en su actuar, que es lo desvalorado por el legislador”.²⁴ La habitualidad sucede tanto si hay unidad como si hay pluralidad de víctimas,²⁵ pues no se califica en relación a ellas, sino al sujeto activo.

Para que el delito se consume requiere que se haya ejecutado la conducta al menos una vez con anterioridad a la nueva

comisión, lo que establece su habitualidad.²⁶ Cury establece como requisito adicional un elemento subjetivo en la habitualidad cual es una actitud interna o tendencia del agente que deberá revisarse caso a caso.²⁷ Al parecer el profesor Cury se acerca mucho más a la aprehensión del concepto de habitualidad, pues en definitiva debe prescindirse del formulismo numérico anterior, entendiendo que lo relevante para apreciar la habitualidad, más que la pluralidad en sí misma, es la repetición o frecuencia que suponga una permanencia en la conducta del agente, siendo lo importante, por ejemplo en el delito de maltrato habitual, que el tribunal llegue a la convicción de que la víctima vive en un estado de agresión permanente, no siendo estrictamente la pluralidad la que convierte a la conducta en delito, sino la relación entre sujeto activo y pasivo, más la frecuencia con que ello ocurre, frecuencia que debe vincularse a la permanencia del trato violento, de lo que se deduce la necesidad de considerarlo como delito habitual, esto porque no puede especularse que dos o tres acciones indeterminadas temporalmente sean las que efectivamente generen una conducta habitual, en esta dirección la habitualidad debe entenderse como concepto criminológico-social, no como concepto jurídico-formal. En un sentido coloquial, a cualquiera le parecería desproporcionado considerar a una persona como bebedor habitual por consumir una copa en su cumpleaños y otra en año nuevo, considerando exclusivamente la repetición de la acción como factor único y suficiente para construir dicho concepto. Por todo lo expuesto, no se puede sino estar en desacuerdo con el criterio planteado por la Instrucción General de la Fiscalía Nacional en Oficio FN N° 111/2010 respecto al delito de maltrato habitual, en que se señala respecto de la restricción temporal que los hechos cuya repetición se estima habitual deben realizarse dentro de un periodo de cinco años, que es el período de prescripción propio de esos delitos,²⁸ porque vuelve a centrarse

de efectos permanentes; los primeros dos numerales serían, más bien, hipótesis de delitos habituales en el sentido que este trabajo señala.

22 GARRIDO (2003) 259.

23 CURY URZÚA, Enrique (2011) *Derecho penal: parte general*, 10ª Ed., Santiago: Ediciones UC, p. 653.

24 GARRIDO (2003) 259.

25 POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2005) *Lecciones de derecho penal chileno: parte especial*, 2ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 284.

26 En el mismo sentido, refiriéndose al tráfico ilícito por omisión: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2004) *Lecciones de derecho penal chileno: parte especial*, 1ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 561. Sin embargo, el profesor Rodríguez Collao postula que “habitual es sinónimo de reiterado y, según el sentido etimológico de esa última expresión, una conducta alcanza esa condición cuando es ejecutada al menos en tres oportunidades distintas”: RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2004) *Delitos sexuales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 231.

27 CURY (2011) 638.

28 Citado en MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, Mª Cecilia (2014) *Lecciones de derecho penal chileno:*

en un criterio matemático para determinar la habitualidad, desligándose de su sentido eminentemente criminológico, estirando el sentido de la voz "habitual" a márgenes ni siquiera aceptables desde el punto de vista etimológico.

Los profesores Bullemore y Mackinnon presentan los delitos habituales como un caso de unidad jurídica de acción en que el tipo penal requiere la ejecución reiterativa de acciones determinadas para perfeccionarse.²⁹

La habitualidad viene a constituirse en el elemento definidor del tipo y aparece por la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos comentados que deben ser tenidos en cuenta por el juez para alcanzar el juicio de certeza en cada caso sobre su concurrencia o no, por ello es concepto necesitado, como casi todos los jurídicos, de la apreciación judicial en el caso a caso, no resumible en un mero ejercicio aritmético.

Sin embargo, como afirman los profesores Matus y Ramírez, no importando qué postura se tome respecto del concepto de habitualidad, lo cierto es que no admite sancionar actos preparatorios, ni etapas imperfectas de desarrollo del delito, además su reiteración no está sujeta en principio a las reglas de los arts. 74 del Código Penal y 351 del Código Procesal Penal, las cuales no le son aplicables.³⁰

Se ha entendido que son delitos habituales en nuestro ordenamiento jurídico el favorecimiento habitual de la prostitución (art. 367, inciso segundo, del Código Penal), el maltrato habitual (art. 14 Ley N° 20.066 sobre Violencia Intrafamiliar), el encubrimiento por favorecimiento habitual (art. 17 N° 4° en relación al art. 52, inciso tercero, ambos del Código Penal). También formaba parte de este grupo el actualmente derogado delito de mendicidad del art. 309, inciso primero, del Código Penal.³¹

parte especial, 3. Ed., Santiago: Legal Publishing, t. I, p. 158.

29 BULLEMORE/MACKINNON (2007) 157.

30 MATUS/RAMÍREZ (2014) 158.

31 El texto original del código en dicho inciso señalaba que "[e]l que sin la debida licencia pidiere habitualmente limosna en lugares públicos, será castigado con reclusión menor en su grado mínimo i sujeción a la vigilancia de la autoridad." Norma que vino a ser derogada recién el 1 de julio de 1998.

Otra figura delictiva que exigía habitualidad para su consumación era el tráfico ilícito por omisión de la anterior ley de drogas que señalaba:

Las mismas penas [presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales] se aplicarán al propietario, arrendatario, administrador o tenedor, a cualquier título, de un establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile y música, recinto deportivo, establecimiento educacional de cualquier nivel, u otro de similar naturaleza abierto al público, que permita o tolere habitualmente el tráfico o consumo de alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 1°, no pudiendo menos que conocer la ocurrencia de tales hechos. El tribunal podrá, además, imponer las medidas de clausura establecidas en el artículo 7°.³²

Esta ley de drogas, Ley N° 19.366, fue derogada el 16 de febrero de 2005 por el art. 64 de la Ley N° 20.000, sin embargo el tráfico ilícito por omisión se mantiene vigente en la actual ley de drogas como figura típica, no obstante se ha prescindido del requisito de la habitualidad para su sanción, tal cual se dispone en su actual redacción manteniéndose las mismas penas:

Quien se encuentre, a cualquier título, a cargo de un establecimiento de comercio, cine, hotel, restaurante, bar, centro de baile o música, recinto deportivo, establecimiento educacional de cualquier nivel, u otros abiertos al público, y tolere o permita el tráfico o consumo de alguna de las sustancias mencionadas en el artículo 1°, será castigado con presidio menor en sus grados medio a máximo y multa de cuarenta a doscientas unidades tributarias mensuales, a menos que le corresponda una sanción mayor por su participación en el hecho.

El tribunal podrá, además, imponer las medidas de clausura a que hace referencia el artículo 7°.³³

Respecto al encubrimiento por favorecimiento habitual, no es bajo ningún concepto una participación en hecho ajeno (aunque el Código lo trate como una forma de encubrimiento), sino que es un hecho propio, tanto es así que se le impone una pena independiente de la asignada a los delitos cometidos por los fa-

32 Art. 9°, inciso segundo, Ley N° 19.366.

33 Art. 12 Ley N° 20.000

vorecidos, no importando si los delitos que se encubren tenga una pena más baja inclusive³⁴ (art. 52, inciso tercero, del Código Penal). Se refuerza este criterio en cuanto la ley ni siquiera exige al encubridor que conozca los delitos ejecutados por los encubiertos, sino el mero conocimiento de la calidad de malhechores de los mismos,³⁵ y es más, el profesor Cury sostiene que “sería preferible consagrar[lo] como atentado contra la administración de justicia y podría incluso trasladarse a la Parte Especial del C.P. sin modificaciones sustanciales... Sólo la voluntad expresa del legislador nos obliga a contemplarlo como una forma anómala de participación criminal.”³⁶ Respecto a esta figura puede darse una situación bien particular, pues siendo un delito habitual, podría también ser, al mismo tiempo, permanente; así, por ejemplo, el que alberga a un malhechor conociendo que lo es, será sancionado por este encubrimiento si persiste en el favorecimiento y concurre además la habitualidad.³⁷

1.2 Criterios de distinción

1.2.1 Delitos permanentes y de estado

Garrido lo plantea de la siguiente manera:

El delito de “estado” no debe confundirse con el “permanente”, porque en éste el estado de consumación, una vez producido, continúa en el tiempo siempre que la acción que lo ha provocado se mantenga en constante ejecución, todo ello a voluntad del sujeto activo, lo que no sucede en el delito de estado, que si bien crea una nueva situación, ésta no depende de la voluntad del autor.³⁸

Así, la diferencia fundamental entre el delito de estado y el permanente radica en el rol de la voluntad del sujeto activo. En el delito permanente el periodo consumativo depende de la volun-

tad del agente, mientras que en el delito de estado la situación que se crea no es dependiente de dicha voluntad.³⁹

1.2.2 Delitos de estado y habituales

Mientras que en el delito de estado la consumación se produce por una acción única, en un delito habitual se exige como requisito la repetición de la conducta para la construcción de la figura, por lo cual en el primer caso estamos frente a una acción singular y en el segundo frente a una pluralidad de acciones naturales que conforman una unidad jurídica de acción. Sin embargo puede producirse que determinados tipos penales compartan ambas características, de forma compatible, como sería el caso del maltrato habitual, el cual al consumarse con la reiteración de la acción de violencia intrafamiliar, crea una situación antijurídica que consiste en la situación permanente de terror al interior de la familia, idea que subyace en su consagración legal. Otro tanto sucede con el favorecimiento habitual, como ya se señaló.

1.2.3 Delitos permanentes y delito continuado

La diferencia básica y fundamental entre ambas figuras radica en el número de acciones que despliega el sujeto activo, puesto que en el delito permanente la acción desplegada es una sola, la cual se mantiene en el tiempo por una omisión, mientras que el delito continuado tiene como presupuesto fáctico la realización de varias acciones que se conectan entre sí de forma particular para considerarlas como un solo delito.

1.2.4 Delitos continuados y habituales

En ambas clases de delitos es necesaria la existencia de una pluralidad de acciones por parte del agente, así, la diferencia fundamental radica en la tipicidad aislada de dichas acciones. En el delito continuado cada acción es típica en sí misma, y se sancionan como un solo delito por ser todas esas acciones parte de una

34 En este sentido: POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2004) *Lecciones de derecho penal chileno: parte general*, 2ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 440.

35 CURY (2011) 637. Añade Cury a continuación que: “[p]arece evidente la imposibilidad de atribuir la calidad de partícipe en un hecho a quien no sabe cuál es éste en concreto!”.

36 CURY (2011) 637.

37 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2004) 441, nota 221.

38 GARRIDO (2003) 259.

39 En el mismo sentido BULLEMORE/MACKINNON (2007) 156-157.

unidad jurídica, en cambio en el delito habitual sólo la reiteración de la conducta es punible, no la acción aislada.⁴⁰

1.3 Trascendencia de la clasificación

1.3.1 Respeto de la prescripción de la acción penal

Entender cabalmente esta clasificación nos permitirá un análisis apropiado respecto a la institución de la prescripción de la acción penal, y más específicamente, nos permitirá apreciar con exactitud el momento en que ésta comenzará a correr en cada caso.

Hablando de delitos instantáneos no hay más que seguir el uso de las reglas generales consagradas sobre la materia. Exactamente las mismas reglas deben seguirse respecto de los delitos de estado, donde la prescripción de la acción penal se contará desde el momento consumativo del delito, sin atención a la situación antijurídica provocada que subsiste de forma independiente a la voluntad del agente.⁴¹

Si analizamos un delito permanente, forzoso será concluir que la prescripción de la acción penal comenzará a contarse desde que la situación antijurídica hubiese cesado, es decir, una vez que culmine el periodo consumativo mediante la interrupción que realiza el agente del mismo. Garrido ha señalado que en estos casos la prescripción se cuenta desde que se pone fin a la actividad en que consista el delito permanente.⁴² El art. 95 del Código Penal, que regula la prescripción en esta materia, señala que “el término de la prescripción empieza a correr desde el día en que se hubiere cometido el delito”, y como bien razona la doctrina, en tanto que no haya finalizado el periodo consumativo tampoco ha transcurrido ni siquiera un día del tiempo necesario para declarar la prescripción.⁴³ A mayor abundamiento, nuestra

40 En un sentido similar, pero exigiendo antijuridicidad en el delito continuado: ETCHEBERRY, Alfredo (1999) *Derecho Penal*, 3ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. II, p. 111.

41 En el mismo sentido RETTIG ESPINOZA, Mauricio (2013) “Naturaleza jurídica del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas” en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 3, N° 13, pp. 53 y ss.

42 GARRIDO (2003) 260.

43 DE RIVACOBRA (1984) 175.

Excelentísima Corte Suprema, conociendo respecto del delito de bigamia (al que consideraban como delito permanente erradamente), ha sostenido que su ilicitud se mantiene y renueva día a día hasta que sea finiquitada con la declaración judicial de nulidad del segundo matrimonio, por lo que sería ilógico pretender que prescribiera la acción penal por el transcurso de cinco años desde la fecha de las segundas nupcias.⁴⁴ Más claro aún resulta el criterio del Tribunal Supremo español al declarar que “en los delitos permanentes, la prescripción comienza desde que cesa la actuación reprobable”.⁴⁵

Respecto al delito continuado, la prescripción de la acción penal comenzará a contarse desde la realización de la última acción típica desarrollada por el agente,⁴⁶ consumación de la última conducta de la serie o último acto ejecutivo de la misma, en su caso.⁴⁷ Considerándolo así, y tal como afirma Roxin, se produce un grave perjuicio para el acusado por un delito continuado, pues hechos antiguos no podrían prescribir si se circunscriben en el marco de un delito continuado, pues dichas reglas legales se ven de facto derogadas.⁴⁸

En el delito habitual la prescripción de la acción penal comenzará a contarse, como se puede deducir lógicamente, desde la reiteración de la conducta que provoca la consumación del delito.

1.3.2 Respeto de la participación criminal

Se produce una peculiar situación en este punto al razonar sobre los delitos permanentes y los delitos continuados, y especialmente considerados los autores y cómplices de dichos ilícitos.

44 CORTE SUPREMA. 15 de abril de 1974, pp. 25-58. En idéntico sentido se pronunció la Corte Suprema fallando un recurso de queja interpuesto el 28 de septiembre de 1977 contra la resolución dictada por Corte Suprema fallando un recurso de queja interpuesto contra la resolución dictada por CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. 1977. Rol N° 156.768-1977.

45 TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia de 16 de mayo de 1958.

46 GARRIDO (2003) 260.

47 CURY (2011) 659.

48 ROXIN, Claus (2014) *Derecho Penal, Parte General: Especiales formas de aparición del delito*, Traducción de la 1ª Ed. Alemana, Trad.: LUZÓN, Diego-Manuel; PAREDES, José Manuel; DÍAZ, Miguel; REMESAL, Javier, España: Editorial Thomson Reuters-Civitas, t. II, pp. 1028-1029.

La doctrina ha sostenido respecto de los cómplices que éstos pueden intervenir antes o durante la ejecución del hecho. En los delitos permanentes donde en lugar de un único momento consumativo, nos encontramos ante un periodo consumativo, y en los delitos continuados donde una serie de acciones típicas llegan a configurar un único delito, obligatorio es sostener que coautores y cómplices pueden intervenir en cualquier momento mientras no se ponga fin a la fase de ejecución del delito es decir, mientras no se termine el último acto que concluya la etapa de consumación del delito.

Así, Cury ha dicho, hablando de la conexión de continuidad en los delitos continuados, que “la participación en una cualquiera de las acciones vinculadas por ella lo es en todo el delito, siempre, naturalmente, que el concurrente conozca el hecho en su conjunto.”⁴⁹

1.3.3 Respeto de la ley aplicable temporalmente

El profesor Juan Fernández Carrasquilla sostiene que lo normal es que la ley penal rija desde su promulgación hasta su derogación, y deberá aplicarse a todos los casos que ocurran durante su vigencia,⁵⁰ y en virtud del principio de legalidad todo delito debe juzgarse con la ley que estaba vigente al tiempo de su ejecución, porque la ley penal no tiene efecto retroactivo, principio conocido como irretroactividad de la ley penal consagrado tanto a nivel constitucional como legal,⁵¹ por lo tanto obliga a los jueces en sus labores y aún al propio legislador a no dictar leyes penales con efecto retroactivo.⁵² Claro que estas reglas se aplican, *prima facie* al menos, a la ley penal sustantiva,⁵³ respecto de

49 CURY (2011) 659.

50 Citado en GARRIDO MONTT, Mario (2001) *Derecho Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. I, p. 105.

51 Art. 19 N° 3°, inciso octavo, de la Constitución Política de la República y art. 18, inciso primero, del Código Penal. El principio de la irretroactividad de la ley penal constituye un derecho humano fundamental consagrado también en diversas normativas internacionales como la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 11.2), en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (art. XXV), en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas (art. 15.1), y en la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 9).

52 GARRIDO (2001) 105-106.

53 Como lo señalan los profesores POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2004) 126: “El principio de la irretroactividad se aplica respecto del *derecho penal material*, incluyendo las *medidas de seguridad* y las *medidas alternativas a las penas privativas de libertad* [penas sustitutivas en la actualidad]”.

la ley penal procesal se siguen los principios que rigen a toda norma procesal, es decir, la ley que se aplica a cada acto procesal es aquella que está vigente en ese momento (*tempus regit actum*).⁵⁴

El art. 18 del Código Penal, que regula este tema, utiliza como parámetro para determinar la ley aplicable el momento de la “perpetración” (inciso primero) o comisión (inciso segundo) del delito. El problema será determinar cuál es ese momento, si al realizar la acción o al producirse el resultado típico. La doctrina nacional se divide en este punto, asegurando algunos que debe considerarse el último acto de ejecución,⁵⁵ y otros el momento de la consumación;⁵⁶ sin embargo parece más acertada la opinión del profesor Garrido Montt quien sostiene que “cuando se hace referencia [en el art. 18 del Código Penal] a la ley vigente al tiempo de la perpetración del delito, se entiende que es aquella que rige en el momento en que se *inició* la ejecución de la acción ilícita del autor”,⁵⁷ situándose por ende en un momento anterior al planteado por Cury, por lo tanto la ley penal vigente es la que se ha promulgado con anterioridad el principio de ejecución de un delito, es decir, antes que haya tentativa punible.

No podemos dejar de lado el art. 11 del Código Procesal Penal respecto a la aplicación temporal de las leyes procesales penales señalando que “serán aplicables a los procedimientos ya iniciados, salvo cuando, a juicio del tribunal, la ley anterior contuviere disposiciones más favorables al imputado”.

Siguiendo al profesor Garrido Montt, entonces, la ley penal vigente se relaciona estrechamente con el principio de ejecución del delito. El principio de ejecución deberá determinarse de acuerdo a la clase de delito frente a la cual nos encontremos, no presentando complejidades respecto del delito instantáneo y del instantáneo de efectos permanentes. Sin embargo, en un delito continuado, la ley aplicable será la que corresponda al principio

54 GARRIDO (2001) 106.

55 CURY (2011) 235. A pesar que Cury sostenga, en la nota 285 de la cita precedente, que plantea la misma opinión suya, lo cierto es que no resulta del todo clara la posición del profesor Etcheberry, ya que al entrar en este debate concluye, fundado en variados argumentos, que el delito se entiende cometido al “momento de la acción o actividad del sujeto” sin especificar si se refiere al inicio de dicha acción o a otro momento: ETCHEBERRY (1999) 70 y 71.

56 NOVOA (1960) 200 y 201.

57 GARRIDO (2001) 114.

de ejecución de la primera acción típica desarrollada dentro del nexo de continuidad, y en el delito permanente será necesario no sólo acreditar el momento en que el delito se ha descubierto o en que la situación antijurídica haya cesado, sino que también el momento en que por actos directos e inequívocos comenzó la ejecución del delito, determinando con eso la legislación aplicable. En el delito habitual no tiene relevancia la primera acción desarrollada por el sujeto, sino su reiteración, la que deviene en una acción típica, por lo tanto es el principio de ejecución de la acción que constituya la habitualidad la que será determinante respecto de la ley aplicable.

2 Precisiones jurídicas sobre el delito continuado

2.1 Concepto

Tal como lo señala Rodríguez Devesa “[e]l delito continuado se caracteriza porque está formado por varios actos cada uno de los cuales, estimado aisladamente, reúne todas las características de un delito consumado o intentado, pero que se califican globalmente como si constituyeran un solo delito.”⁵⁸

Cury da una definición que señala que el delito continuado “consiste en una pluralidad de acciones, cada una de las cuales satisface todas las características de un tipo legal, pero que han de ser valoradas conjuntamente, porque constituyen la violación, necesariamente fraccionada, de una misma norma de deber.”⁵⁹ A pesar de ser una definición muy bien estructurada hermenéuticamente, no puedo sino estar en desacuerdo en la exigencia del necesario fraccionamiento de la conducta,⁶⁰ reduciendo la figura del delito continuado considerablemente en su ámbito de aplicación a unos pocos casos muy puntuales, a modo ejemplar, de hecho, el autor señala, siguiendo este criterio, que:

58 Citado en CASTIÑEIRA, María T. (1977) *El delito continuado*, Barcelona: Bosch, p. 15.

59 CURY (2011) 656.

60 Me adhiero en este sentido a la argumentación del profesor Garrido Montt al respecto: infra nota n° 117.

“[C]omete hurto continuado el sujeto que desea apoderarse de todo el mobiliario de una casa deshabitada, pero sólo dispone para transportarlo de un vehículo que, conforme a su representación, no basta para cargarlo en un solo viaje y, por esto, se ve obligado a ejecutar varios, cada uno de ellos en una noche distinta. En cambio, los hurtos son múltiples si el sujeto obró en esa forma porque, deliberadamente, deseaba disminuir el riesgo de ser descubierto, haciendo más imperceptible su conducta.”⁶¹

Por otro lado, Sáins Cantero sorprendente por su claridad y sencillez, señala que hay delito continuado “cuando un sujeto, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realiza una pluralidad de acciones u omisiones homogéneas, en distintos tiempos pero en análogas condiciones, con las que infringe el mismo o semejante precepto penal”,⁶² concepto que abarca satisfactoriamente los elementos básicos que conforman el delito continuado.

2.1.1 Breve reseña de sus orígenes

Se cree que la teoría del delito continuado se remonta a la tardía edad media de mano de los prácticos italianos (Baldo, Bartolo, Farinaccio)⁶³ como una reivindicación hermenéutica del movimiento renacentista, frente a los Derechos estatutarios italianos provinciales, caracterizados por su drasticidad punitiva,⁶⁴ en particular por la aplicación del principio *ter furatus* que amenazaba con pena de muerte al que incurría en tres o más hurtos; así, con el objeto de evitar esta situación, los prácticos formularon la regla de que no existen tres hurtos, sino uno, cuando las sustracciones han sido realizadas con un propósito unitario aunque no ejecutadas en el mismo momento.⁶⁵ Por lo que su origen tiene una finalidad benéfica para el imputado.

61 CURY (2011) 657.

62 Citado en GARRIDO (2003) 339.

63 CURY (2011) 654.

64 POSADA MAYA, Ricardo (2011) “El delito continuado” en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, N° 3, pp. 71-126, p. 80.

65 CURY (2011) 654.

La ley italiana recogerá más tarde esta teoría ya desarrollada en la doctrina y se exportará al extranjero donde lentamente y por largo tiempo se seguirá elaborando en una base consuetudinaria.⁶⁶

Una acreditación específica de su aplicación en Chile data, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde 1935.⁶⁷ Dentro de sus mayores exponentes nacionales encontramos a Alfredo Etcheberry, Mario Garrido y Enrique Cury y su mayor detractor ha sido el profesor Novoa quien lo ha calificado como un “fetiche jurídico”.⁶⁸

En España actualmente la figura goza de reconocimiento legal en el art. 74 de su Código Penal de 1995,⁶⁹ sin perjuicio de haber sido largamente implementada por la doctrina y la jurisprudencia española con anterioridad a su consagración.

Cabe también señalar que en Alemania (cuya situación legal respecto a la materia es análoga a la de Chile, pues tampoco contaba con regulación legal expresa, sin embargo se había aplicado de forma extendida), la Gran Sala de Causas Penales del BGH renunció ampliamente a esta figura jurídica por una serie de razones detalladas en una sentencia, que causó sensación, del 3 de mayo de 1994, siguiendo como modelo el ejemplo del Tribunal Federal Suizo.⁷⁰ Hasta la fecha “se puede decir que la “sentencia del siglo” de la Gran Sala, que ha llevado al abandono de la acción continuada, ha sido aceptada por la praxis judicial”,⁷¹ tanto en la jurisprudencia como por una buena parte de la doctrina alemana.

66 CURY (2011) 654.

67 BASCUR RETAMAL, Gonzalo Javier (2012) “Reflexiones acerca de la teoría del delito continuado y aproximación crítica acerca de su pertenencia al derecho penal chileno vigente” en *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, N° 1, pp. 33-73, p. 35, nota 7. Sin embargo Rodríguez Collao hablando de la figura del delito continuado asegura que “[l]a Corte Suprema la acepta por primera vez en el año 1966, cfr. ETCHEBERRY (1987), II, pp. 78, 80-82 y 84-85.” en RODRÍGUEZ (2004) 267.

68 NOVOA MONREAL, Eduardo (1964) “El Delito Continuado en Chile: Un Fetiche Jurídico” en *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, Tomo XXIII, pp. 139-153.

69 “[E]n España el art. 164, 2° CP 1928 acogía la figura del delito continuado equiparado al concurso ideal y el medial, y sobre todo, siguiendo la construcción defendida por la jurisprudencia y doctrina mayoritaria, la reforma de [25 de junio de 1983] introdujo en el anterior CP [español de 1944/1973] un art. 69 bis regulando autónoma y detalladamente, como excepción al concurso real, el delito continuado, con una agravación en caso de delito masa, regulación sustancialmente mantenida en el art. 74 del actual CP 1995. Similar es p.ej. la regulación del art. 83 CP nicaragüense de 2008.”: ROXIN (2014) 1027, nota del traductor.

70 ROXIN (2014) 1027.

71 ROXIN (2014) 1033 (originalmente en negrita).

2.2 Naturaleza jurídica

No queda del todo claro cuál es la naturaleza jurídica del delito continuado, si debe considerarse una realidad natural o si debe considerarse una ficción jurídica. Parte de la doctrina nacional lo considera un caso límite de unidad jurídica de acción,⁷² mientras que las teorías de la realidad natural hoy en día son minoritarias y sus principales exponentes en una variante finalista son Zaffaroni, Aliaga y Slokar⁷³ en Argentina.

Según la concepción del delito continuado como una ficción jurídica, no existe una realidad que pueda calificarse de delito continuado, sino que “ante una realidad delictiva plural el derecho actúa como si se hallara ante un delito único”.⁷⁴

Si por el contrario se atiende a la teoría de la realidad natural, se acude al elemento subjetivo como medio de unificación, así, las diversas acciones son recogidas por el derecho ya como un todo unitario,⁷⁵ por lo que el delito continuado sería una situación prejurídica recogida por el derecho, no construida por él.

2.3 Elementos para su construcción: fundamentales

La doctrina y la jurisprudencia han establecido desde hace años una serie de requisitos que permiten dilucidar si en el caso concreto nos podemos encontrar frente a un delito continuado. Estos requisitos han sido clasificados de diversas formas, entre las cuales hay dos clasificaciones que han llamado la atención de la profesora Castiñeira: la que divide los elementos del delito continuado en objetivos y subjetivos, y la que los divide en fundamentales y secundarios.⁷⁶

Los elementos fundamentales del delito continuado son aquellos sin los cuales no puede apreciarse una continuidad delictiva,⁷⁷ por lo tanto son la base de apreciación de un delito continuado.

72 CURY (2011) 653.

73 ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2002) *Derecho Penal: Parte General*, 2° Ed., Buenos Aires: Ediar, p. 862.

74 CASTIÑEIRA (1977) 17.

75 CASTIÑEIRA (1977) 17.

76 CASTIÑEIRA (1977) 29.

77 CASTIÑEIRA (1977) 29.

Los elementos fundamentales a su vez se dividen en elementos objetivos y un elemento subjetivo. Dentro de los primeros tenemos la pluralidad de acciones, unidad de lesión jurídica, y unidad de sujeto pasivo. El elemento subjetivo consistiría en lo que la doctrina alemana denomina dolo continuado.

2.3.1 Pluralidad de acciones

La pluralidad de acciones constituye el elemento básico o principal del delito continuado, es su presupuesto fáctico esencial, sin el cual no existe. Este requisito es aceptado por la totalidad de la jurisprudencia y la doctrina.⁷⁸

El sentido del término acciones no está tomado desde un punto de vista naturalístico, como si habláramos de un mero movimiento corporal que provoca un cambio en el mundo material, sino más bien se refiere a acción enmarcada dentro de una norma penal, es decir, una acción típica.⁷⁹

A este último respecto, no hay que desatender la unidad natural de acción con pluralidad de actos, en los cuales a pesar de desarrollarse una pluralidad de actos por el agente, naturalmente corresponden a una misma acción, en ejemplos de Cury, la de quien saca una tras otra las manzanas de un árbol ajeno para ponerlas en la canasta y llevarlas o quien saca uno a uno los muebles de una casa que roba para subirlos al vehículo en que las transportará, o quien realiza diversas operaciones conducentes a la falsificación de un billete de banco, etc.,⁸⁰ en todos esos casos se sancionará por un delito pero no por unificarlos como delito continuado, sino porque en un sentido natural sólo constituye una acción que se ha desarrollado con una pluralidad de actos.

2.3.2 Unidad de lesión jurídica

Sobre este requisito extensamente se ha debatido, hay quienes sostienen que debe existir una identidad máxima entre las

78 Tal como puede inferirse de la nota siguiente.

79 En el mismo sentido CURY (2011) 657; CASTIÑEIRA (1977) 37. Etcheberry exige por su parte que las acciones sean antijurídicas: ETCHEBERRY (1999) 111. Garrido Montt, a su vez, exige que cada acción conforme un delito: GARRIDO (2003) 340.

80 CURY (2011) 658.

diversas acciones conformando el mismo tipo penal y forma de aparición, hay quienes sólo requieren que se trate de delitos de la misma especie, es decir, que se vea afectado el mismo bien jurídico mediante un modo de comisión semejante,⁸¹ así no habría relación de continuidad entre un hurto y un incendio,⁸² pero sí podría existir entre un giro doloso de cheque y una estafa,⁸³ por ejemplo. La segunda postura parece ser la aceptada por la doctrina mayoritaria.

2.3.3 Unidad de sujeto pasivo

Este requisito la doctrina lo ha vinculado estrechamente con la naturaleza del bien jurídico que se ve afectado. A nivel nacional hay quienes no establecen exclusiones respecto de la naturaleza del bien jurídico que puede ser lesionado, más que para determinar si se requiere o no unidad de sujeto pasivo,⁸⁴ mientras otros son más enfáticos al señalar que los bienes jurídicos afectados no deben ser personalísimos para que haya delito continuado, esto porque el ataque a uno de estos bienes jurídicos no solo satisface el tipo, sino también lo "colma", no pudiendo apreciarse la relación de continuidad, por ejemplo, en un homicidio por no ser concebible,⁸⁵ sin embargo se acepta que pueda existir continuidad en atentados contra "bienes personales", cuando su titular es un mismo sujeto pasivo.⁸⁶

Respecto a lo anterior, hay algo en lo que la doctrina mayoritaria coincide, la unidad de sujeto pasivo se exige sólo cuando el bien jurídico afectado es eminentemente personal,⁸⁷ no así en los patrimoniales donde no se requiere que haya dicha unidad.⁸⁸ En Alemania el problema se circunscribe a los casos de pluralidad de sujetos pasivos:

81 CURY (2011) 658.

82 ETCHEBERRY (1999) 111.

83 GARRIDO (2003) 340.

84 Se infiere en CURY (2011) 658.

85 GARRIDO (2003) 340.

86 GARRIDO (2003) 341.

87 BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2004) *Obras Completas: Derecho Penal*, Lima: ARA Editores, t. I, p. 716: "El criterio básico para determinar si se está frente a un bien eminentemente personal será siempre si hay una afección directa al mantenimiento y desarrollo de la personalidad de otro. Si a partir de este criterio se llega a la conclusión de que es un bien personalísimo, no podrá aplicarse la continuidad delictiva".

88 ETCHEBERRY (1999) 113; GARRIDO (2003) 341; CURY (2011) 658.

Si se trata de bienes jurídicos personalísimos entonces está excluido el delito continuado si las diferentes acciones particulares se dirigen contra distintos titulares del bien jurídico (RG, 70, 243 [245]; BGH NStZ 1984, pág. 311: homicidio de varias personas [...] RG 53, 274: abuso sexual sobre distintos niños; BGH 18, 26 [28]: violación de varias mujeres; BGH 26, 24 [26]: coacción a distintas personas).⁸⁹

Garrido Montt explicita la posibilidad de incluir dentro de los supuestos de delito continuado los atentados contra la libertad sexual:

Se presenta cierta ambigüedad, quizá, para determinar cuando proceda calificar un bien jurídico como personal; ello será materia de análisis en la situación concreta considerando la naturaleza del mismo y, sobre todo, que afecte a la persona en cuanto a su calidad de humano [...]. Se acepta, sin embargo, que puede existir continuidad en atentados en contra de bienes personales, cuando su titular es un mismo sujeto pasivo, lo que podría tener particular importancia en delitos de índole sexual repetidos en contra de la misma víctima.⁹⁰

Por su parte, Etcheberry parece aceptar también la aplicación del delito continuado en los atentados contra la libertad sexual:

En cuanto a la unidad del sujeto pasivo, la creemos indispensable en los delitos contra las personas, y no necesaria en los delitos contra la propiedad. En los demás delitos, (contra el honor, contra la libertad, contra la honestidad), generalmente (aunque no siempre y necesariamente por regla absoluta) la diversidad de sujetos pasivos impedirá la existencia de un delito continuado (...). Las sentencias se refieren en su gran mayoría a delitos contra la propiedad cometidos sin violencia (hurto, malversación, apropiación indebida), pero también se encuentran casos que sancionan en esta forma tratándose de delitos de sodomía y de abusos deshonestos, dada la imposibilidad de acreditar el número y circunstancias de cada acto cometido, aunque consta que se prolongaron durante cierto lapso, esto es, hubo más de uno.⁹¹

89 JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas (2002) *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Trad.: OLMEDO CARDENETE, Miguel, España: Comares, p. 617.

90 GARRIDO (2003) 341.

91 ETCHEBERRY (1999) 113-114.

En España, Mir Puig, refiriéndose a los términos del art. 74 del Código Penal español, cita jurisprudencia del Tribunal Supremo que acoge en ciertos casos el delito continuado para agresiones sexuales homologables a nuestra violación:

No exige el artículo 74 CP ni la indeterminación procesal de las diversas acciones ni la unidad del sujeto pasivo. No obstante, el número 3 del mismo artículo viene a requerir que no se trate de «ofensas a bienes eminentemente personales, salvo las constitutivas de infracciones contra el honor y la libertad sexual; en tales casos se atenderá a la naturaleza del hecho y del precepto infringido para aplicar o no la continuidad delictiva. La jurisprudencia suele admitir la posibilidad del delito continuado en lo que antes se denominaba «estupro» y ahora «abusos sexuales»: STS 21. en. 94. La STS 16 jul. 93 también considera aplicable el delito continuado en materia de «agresiones sexuales» en determinados casos, en los que ya antes de 1995 se admitía para la violación.⁹²

En contra Muñoz Conde, que excluye absolutamente el delito continuado para la violación por tratarse de un bien jurídico personalísimo:

No cabe el delito continuado, aunque en el caso en que el acceso carnal o la introducción de objetos se dé en un contexto en el que los diversos actos se realicen sin solución de continuidad con la misma persona y formen parte de un mismo hecho con significado sexual (besos, tocamientos, introducción de dedos, etc., previos e inmediatamente conectados con el acceso carnal) se podrá estimar sólo delito de violación.⁹³

En Chile, Rodríguez Collao acepta expresamente el delito continuado en todo tipo de atentados contra la libertad sexual, incluso la violación:

Por delito continuado suele entenderse una pluralidad de conductas ejecutadas en tiempos distintos, cada una de las cuales reúne los requisitos necesarios para ser considerada como delito independiente, pero que presentan ciertos rasgos comunes, tanto en el plano objetivo (unidad de sujeto y de bien jurídico lesionado), como desde un punto de vista

92 MIR PUIG, Santiago (2002) *Derecho Penal: Parte General*, Barcelona: Reppertor, p. 630.

93 MUÑOZ CONDE, Francisco (2004) *Derecho Penal, Parte Especial*, 15ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch, p. 219.

subjetivo (unidad de resolución delictiva). Bajo estas condiciones, y al menos desde un punto de vista conceptual, no vemos inconveniente para admitir la aplicabilidad de esta figura respecto de la generalidad de los delitos sexuales; si bien reconocemos que las situaciones en que ello puede ocurrir son francamente excepcionales. Tal vez la única situación imaginable sea la del sujeto que atenta en varias oportunidades en contra de una misma persona (sea a título de violación, estupro o abuso sexual), aprovechando, durante toda la secuencia delictual, la persistencia de una misma situación de desvalimiento de la víctima.⁹⁴

En Chile el tema se encuentra claramente zanjado en los delitos patrimoniales así como también en los que atacan intereses de la colectividad, donde es aceptada la doctrina de los delitos continuados sin respecto de una unidad de sujeto pasivo, claro está, entre los que de principio admiten la figura del delito continuado como viable. Sin embargo, en cuanto a bienes jurídicos personalísimos (vida, libertades personales, etc.) se exige siempre unidad de sujeto pasivo, aunque sobre su procedencia existen decisiones en uno y otro sentido. La Corte Suprema parece inclinarse por aceptar los delitos continuados en delitos sexuales, ya que ha declarado inadmisibles recursos de queja contra resoluciones que dan lugar a la continuidad en esta clase de delitos.⁹⁵

2.3.4 El elemento subjetivo

Roxin señala que para la existencia del delito continuado se exigía en un primer momento en Alemania lo que se denomina "dolo global", es decir, los diferentes actos individuales tenían que, por lo menos en sus rasgos esenciales, haber sido planeados previamente por el autor. Más tarde la doctrina daba por configurado el delito continuado con la existencia del denominado "dolo continuado", es decir, con la representación del autor de continuar con sus actos aprovechando en su caso la oportunidad.⁹⁶ Bien ha señalado la profesora Castiñeira que a este respecto más

94 RODRÍGUEZ (2004) 268.

95 CORTE SUPREMA. Rol N° 3385-2005; CORTE SUPREMA. Rol N° 4245-2005.

96 ROXIN (2014) 1027.

correcto resulta hablar de intención o voluntad continuada, ya que el término "dolo" no aparece tomado en su sentido estricto.⁹⁷

Como muchos de los aspectos del delito continuado, éste tampoco resulta pacífico en doctrina, y no existe un acuerdo global respecto a cómo se debe concebir el elemento subjetivo en el delito continuado, hay quienes hablan de unidad de designio, unidad de propósito, unidad de finalidad, dolo común, culpabilidad homogénea, entre otras interpretaciones. Tal como afirma Cury: "[e]l problema fundamental consiste en determinar cuál es y qué naturaleza tiene el vínculo al que se atribuye la eficiencia de unificar las distintas acciones. Sobre este punto las opiniones se hallan divididas y las soluciones distan de ser satisfactorias."⁹⁸

Nuestra Excelentísima Corte Suprema ha dicho lo siguiente respecto a este requisito:

Que, a consecuencia de todo lo expuesto, en la doctrina contemporánea tiende progresivamente a imponerse la llamada teoría de la alternación. Con arreglo a ella, "la reunión de los diversos actos -aisladamente considerados- delitos objetivamente autónomos" en una unidad de acción presupone subjetivamente que el autor renueve la misma resolución delictiva o una similar, bajo el efecto motivador de circunstancias equivalentes o esencialmente equivalentes. No se opone a esta renovación de la voluntad que el autor haya incorporado ya anticipadamente, previo al comienzo del primer acto y en forma genérica en su representación la pluralidad de actos que luego realiza uno tras otro" Sólo es esencial que el acto particular se presente como la expresión de una sumisión renovada, una y otra vez, en la contradicción de motivaciones, no así como reproducción de un dolo conjunto.⁹⁹

A su vez, el 2° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago ha sostenido al respecto que:

Por otra parte, y en este mismo orden de ideas, cabría observar que la mera homogeneidad entre las diversas resoluciones o dolos, por sí sola no es suficiente para justificar el tratamiento más benigno del delito continuado. La circunstancia de que dos o más resoluciones delictivas, adoptadas sucesivamente, sean iguales e incluso idénticas, no es funda-

97 CASTIÑEIRA (1977) 132.

98 CURY (2011) 654.

99 CORTE SUPREMA. Rol N° 2863-2003.

mento suficiente para reclamar su tratamiento unitario. Parece razonable, para ese propósito, complementar aquella homogeneidad del dolo del agente, con la circunstancia de que ella vendría configurada por obedecer todas las resoluciones delictivas a circunstancias externas semejantes. Así, podrá afirmarse la existencia de un delito continuado cuando el individuo haya actuado sucumbiendo en múltiples ocasiones, a la tentación provocada por las mismas o semejantes circunstancias motivantes a la comisión delictiva. Sólo así resultaría posible afirmar que su reprochabilidad es menor, en la medida en que sus actos revelan una voluntad más débil, con lo que el tratamiento unitario y favorable de las diversas acciones adquiere justificación, y guarda consistencia con el resto del ordenamiento jurídico penal.¹⁰⁰

Resulta útil señalar y tener presente respecto a este elemento subjetivo que mayoritariamente se niega la posibilidad de unificación de acciones por continuidad en delitos culposos, sin embargo no habría ninguna objeción respecto de los delitos omisivos.

Sobre este elemento seguramente falta mucho que analizar y reanalizar, sin embargo, no por eso debe desconocerse la necesidad de la teoría del delito continuado, pues tal como señala Maurach “la pretensión de una formación consuetudinaria, compendiadora de tipos, de unidades de acción, por aplicación de las reglas de la relación de continuidad, es imperiosa”,¹⁰¹ y la praxis judicial puede dar fe de aquello.

2.4 Elementos auxiliares o secundarios

Los elementos secundarios del delito continuado son aquellos que sin ser propiamente un elemento de ellos, aparecen con frecuencia estrechamente ligados a alguno de los elementos fundamentales del delito continuado y actúan como prueba o indicio de su concurrencia.¹⁰² Tales elementos no son decisivos para la estimación del delito como continuado.¹⁰³

La doctrina y jurisprudencia española, antes de la consagración legal del delito continuado en el actual art. 74 del Código Penal español, consideraba en esta categoría indiciaria a la unidad o identidad de ocasión, la conexión espacial y temporal, y el empleo de medios semejantes.

De estos elementos secundarios quizá el que más se debate es la existencia de una conexión espacial y temporal. Así, la Corte Suprema ya ha señalado que para la construcción del delito continuado se acostumbra exigir, entre otros, que las “conductas tengan lugar en un lapso prolongado de tiempo”,¹⁰⁴ a su vez, la Corte de Apelaciones de Temuco ha señalado que debe entenderse por delito continuado aquel en que “se han ejecutado varias acciones en tiempo diverso (...)”.¹⁰⁵ Cury, por su parte, sostiene que no es posible establecer un término rígido de separación de las diversas acciones, y el criterio sostenido es aquel en que un observador imparcial pueda apreciar la independencia fáctica entre las acciones que componen la unidad de continuidad,¹⁰⁶ señala también que en el caso en que las diversas acciones se desarrollan en un mismo contexto temporal podría construirse más precisamente un concurso ideal de delitos o uno aparente de leyes penales, pero no un delito continuado.¹⁰⁷

A este respecto, la profesora Castiñeira ha señalado que la *conexión espacial* debe considerarse innecesaria y que los problemas derivados del lugar en que se han cometido las diversas acciones son en realidad procesales y, en consecuencia, ajenas a la figura del delito continuado.¹⁰⁸ Sobre la *conexión temporal* señala que el criterio adecuado es que respecto a la separación en el tiempo de las diversas acciones debe exigirse simplemente aquella que permita la subsistencia del elemento subjetivo.¹⁰⁹ Así, en general, sostiene que en tanto la falta de tal conexión no haga desaparecer alguno de los elementos fundamentales del delito

100 2° TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO. RIT N° 103-2009.

101 Citado en CURY (2011) 656, nota 29.

102 CASTIÑEIRA (1977) 29.

103 CASTIÑEIRA (1977) 165.

104 CORTE SUPREMA. 20 de noviembre de 2007. Rol N° 1.494-2007.

105 CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 16 de junio de 2006. Rol N° 538-2006.

106 CURY (2011) 658.

107 CURY (2011) 657.

108 CASTIÑEIRA (1977) 171.

109 CASTIÑEIRA (1977) 171.

continuado, debe considerarse indiferente el tiempo y el lugar en que se han realizado las diversas acciones.¹¹⁰

2.5 El requisito jurisprudencial: indeterminación procesal de las diversas acciones

Etcheberry hace la diferencia entre lo que considera el delito continuado “clásico” y otra figura a la que la jurisprudencia ha llamado delito continuado y sancionado con esta calificación a la que él le llama “indeterminación procesal”, situación que surge cuando en el marco de un proceso penal se ha corroborado que existe una repetición de actos separados en el tiempo, pero no resulta posible precisar el número de tales actos, ni sus fechas exactas de comisión, ni las particulares circunstancias de cada uno.¹¹¹

Cury, hablando de la situación en la jurisprudencia sobre el delito continuado, señala que: “suelen agregarse consideraciones sobre la dificultad de probar el número de delitos por los que se debería castigar si se aplicaran las reglas del concurso real. Este argumento, naturalmente, es frágil si lo que se quiere establecer es la unidad de las distintas acciones”.¹¹²

No cabe más que concluir que dicha exigencia es arbitraria, que no se condice con la benignidad de la institución penal del delito continuado, y que a mayor abundamiento, podría devenir en situaciones contrarias a un Estado de Derecho, tal como ha intuido la jurisprudencia del máximo tribunal en Alemania, y que se verá en un punto posterior de este trabajo.

110 CASTIÑEIRA (1977) 169.

111 ETCHEBERRY (1999) 114.

112 CURY (2011) 659. El criterio de Cury sobre el punto ha variado a través de los años, pues la redacción en las primeras ediciones del texto señalaba que “suelen agregarse consideraciones **no muy afortunadas** sobre la dificultad de probar el número de delitos por los que se debería castigar si se aplicaran las reglas del concurso real”, y como se puede apreciar, las ediciones más modernas de la obra han excluido la expresión “no muy afortunadas” y han agregado al final del párrafo un argumento de autoridad que parece validar la exigencia jurisprudencial señalando que “[e]ste argumento, naturalmente, es frágil si lo que se quiere establecer es la unidad de las distintas acciones, **pero se lo encuentra también en la doctrina comparada más autorizada**”, referenciando a los juristas alemanes Jescheck y a Maurach, Gössel y Zipff. (Todos los énfasis han sido añadidos).

2.6 Tratamiento penológico

La doctrina y jurisprudencia mayoritaria¹¹³ ha sido más bien práctica respecto de este tema y se ha sostenido que al tratarse de un solo delito, debe ser sancionado con la pena asignada a ese delito por la ley. En palabras de Garrido Montt: “[e]l tratamiento del delito continuado no debe ofrecer diferencias con el de las restantes figuras penales siempre que se acepte el criterio de la unidad jurídica, conforme al cual habría uno solo, y no una pluralidad. De modo que siendo un hecho se castigará como tal.”¹¹⁴

Aun así, hay tribunales que utilizan la calificación de un delito continuado para recorrer la extensión de la pena aplicando el art. 69 del Código Penal. El 6° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago falló que “[p]ara la determinación del *quantum* de la sanción a imponer al sentenciado dentro de los grados correspondientes que se han determinado precedentemente, el tribunal tendrá presente lo dispuesto en el artículo 69 del Código Penal y principalmente considerando que se trata de un delito continuado cometido en más de una ocasión”.¹¹⁵

Sin embargo, Cury sostiene aplicable la regla del art. 75 del Código Penal a los delitos continuados, esto porque el fraccionamiento necesario de la acción continuada las sitúa en una relación de “medio a fin” y, así, ellas satisfacen todas las características de la situación descrita por dicha norma en su inciso segundo,¹¹⁶ lo que claramente pone en una situación más gravosa al acusado respecto del tratamiento anterior, puesto que debería aplicársele la pena mayor asignada al delito más grave;¹¹⁷ así las cosas, parece una apreciación errada y poco coherente con la noción de delito continuado la sostenida por el profesor Cury, pues si el delito continuado es un caso de unidad jurídica de acción, siempre hablamos entonces de un único delito y malamente podríamos

113 POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2004) 453.

114 GARRIDO (2003) 342. Del mismo tenor ETCHEBERRY (1999) 113 y POLITOFF/MATUS/RAMÍREZ (2004) 453.

115 6° TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO. RIT N° 222-2011.

116 CURY (2011) 658.

117 La tesis de Cury ha sido acogida por alguna jurisprudencia, por ejemplo, 15° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. 17 de abril 2007. RIT N° 5106-2006. También han sostenido lo mismo los profesores Bullemore y Mackinnon, siguiendo expresamente el criterio de Cury en: BULLEMORE/MACKINNON (2007) 161.

aplicar normas concursales cuando el concurso de delitos, considerado como pluralidad de delitos, es inexistente.¹¹⁸

2.6.1 El delito continuado y la regla del art. 351 del Código Procesal Penal

Importante es tratar de diferenciar esta figura de la reiteración de delitos prevista en el art. 351 del Código Procesal Penal, puesto que si son figuras semejantes y regulan los mismos casos, habrá que dilucidar primero por qué la figura del delito continuado debe aplicarse prioritariamente.

Se puede afirmar que el art. 351 del Código Procesal Penal y el delito continuado tratan presupuestos fácticos diversos. La reiteración del art. 351 del Código Procesal Penal sólo se refiere a aquellos casos en que no hay unidad de acción, existiendo dicha unidad de acción podríamos estar en realidad frente a un delito continuado.

2.7 Ventajas y desventajas de la teoría del delito continuado

Como ya hemos señalado, el delito continuado surge con un propósito de sancionar de manera menos drástica a quien ha desarrollado varias acciones que podrías considerarse aisladamente como delitos, pero que por estar en una relación de continuidad, constituyen una única acción. A simple vista las ventajas resultan evidentes, pero sin embargo esta figura ha resultado ser un arma de dos filos en la práctica judicial, sobre todo considerando el requisito extra que los tribunales suelen exigir para su configuración, es decir, la indeterminación procesal.

Tan relevante es este punto que hace algunos años el máximo tribunal penal germano decidió frenar la institución del delito

118 También en contra de la interpretación de Cury, esgrimiendo diversos argumentos: GARRIDO (2003) 342, quien sostiene en la nota 682 que: “[h]ay autores como Cury..., que creen que la sanción debe regularse conforme al art. 75, al homologar el delito continuado con el concurso ideal, porque el primero importaría un “fraccionamiento necesario” de la ejecución del hecho, concepción que no se puede compartir tanto porque el delito continuado no tiene fundamento en una “necesidad” de realización fraccionada del tipo, como porque sería realizar una interpretación analógica *malam parte* del referido art. 75, lo que se contrapone al principio de la reserva consagrado en el art. 19 N° 3° de la Constitución, toda vez que el citado art. 75 obligaría al tribunal a sancionar el delito con la pena mayor correspondiente al hecho más grave, cuando al calificarlo como un solo delito no existe inconveniente para que se recorra la pena en toda su extensión.”

continuado y sostuvo enérgica y fundadamente sus razones para abandonar esta figura:

A.- Se generaba un trato privilegiado a los autores de la acción continuada. Quien cometiera 20 o incluso 200 hechos conectados de forma continuada era castigado con la pena correspondiente al marco legal de dicho delito, mientras que quien comete las mismas acciones en un concurso material era sancionado con la acumulación de penas¹¹⁹ o con reglas de reiteración menos favorables.

B.- Se proporcionaban injustificadas ventajas debido al efecto de cosa juzgada. Quien hubiera sido condenado por sentencia firme con una pena proporcionalmente pequeña por una estafa continuada correspondiente a tres actos individuales, no podía ser imputado nuevamente, aun cuando más tarde se descubriera que todavía otras trescientas estafas y fraudes más se incluían en el mismo nexo de continuidad, ya que se trataba de actos realizados en el marco de un mismo hecho y nadie puede ser castigado más de una vez por el mismo hecho.¹²⁰

C.- Se perjudicaba al inculpado por delito continuado en relación a la indeterminación procesal de las conductas, cosa insostenible en un Estado de Derecho. Al ser utilizada la figura por los tribunales para facilitar el trabajo, se hacían comprobaciones globales y poco rigurosas de las circunstancias concretas de cada hecho, suscitando la preocupación de que el juez se hubiera dejado llevar por una impresión de conjunto, confusa en sus límites, y no por la convicción de la realización del tipo en cada caso concreto.¹²¹

D.- Perjuicios al imputado en materia de prescripción de la acción penal. Tal y como se señaló en la primera parte de este trabajo.

119 ROXIN (2014) 1028.

120 ROXIN (2014) 1028.

121 ROXIN (2014) 1028.

Conclusiones

El momento de la consumación de un delito tiene una trascendencia penal de la mayor relevancia, pues no se puede desatender que la pena asignada por la ley al delito es la que corresponde al autor de un delito en etapa de consumación, tal como lo sostiene el art. 50 de nuestro Código Penal. Así, la consumación en primer momento será un factor de determinación de la pena en abstracto que corresponde a cada delito.

La determinación del momento de dicha consumación puede resultar, en un primer momento, algo relativamente simple teniendo claro los elementos del tipo penal. Sin embargo, dependiendo de la clase de delito frente a la que nos encontremos, deberemos estar a consideraciones especiales relativas a tales circunstancias. El momento de la consumación, por ende, debe determinarse necesariamente en relación a la consideración de si un delito es instantáneo, permanente, de estado, continuado o habitual, de otro modo se fracasará en la labor llevándonos a soluciones desafortunadas.

Las consecuencias prácticas son diversas, entre las cuales no solo se encuentra como factor de la determinación de la pena en abstracto, sino también, implicancias respecto a la prescripción de la acción penal y su cómputo en cada caso, también respecto al momento en que pueden intervenir coautores y cómplices, finalmente, en algunos casos podríamos llegar a precisar la ley aplicable temporalmente en estos delitos dependiendo de las circunstancias de cada caso.

Sin duda, entre estas figuras la que ha sido tratada en mayor profundidad tanto por nuestra doctrina nacional como por el derecho comparado es la teoría del delito continuado o acción continuada.

En nuestro ordenamiento jurídico no está regulado expresamente, situación análoga a la legislación alemana, sin embargo, en España y otros países tiene expresa consagración legal. Luego de analizar pormenorizadamente las discusiones en torno a esta figura, sus requisitos o elementos fundamentales y secundarios, y las apreciaciones que ha realizado la jurisprudencia alemana al

respecto, forzoso es concluir que el delito continuado no se puede tomar a la ligera. Un análisis comparado de sus ventajas y desventajas nos permite apreciarlo de manera integral, tal como se ha hecho en este trabajo.

Finalmente, se puede considerar que el delito continuado, nacido con un propósito de benignidad al imputado, al alero de las consideraciones de la jurisprudencia puede derivar en situaciones poco amistosas e incluso desproporcionadas, por lo que debe tratarse con cuidado. Desconociendo el requisito jurisprudencial de la indeterminación procesal (el cual simplemente no debiera ser exigido), la figura goza de buena reputación y su aplicación debe ser deseada por todos los intervinientes dentro del proceso penal, especialmente por la defensa del imputado, por el Ministerio Público en consideración del principio de objetividad que les rige, y el tribunal deberá estimarla sobre todo por consideraciones de justicia material, entendiendo que el principio de legalidad se ha establecido en favor del imputado, y que la aplicación analógica de diversas materias no vulnera sus garantías siempre que sea realizada *in bonam partem*.

Referencias

- BALMACEDA HOYOS, Gustavo (2014) Manual de Derecho Penal: Parte General, Santiago: Librotecnia.
- BASCUR RETAMAL, Gonzalo Javier (2012) "Reflexiones acerca de la teoría del delito continuado y aproximación crítica acerca de su pertenencia al derecho penal chileno vigente" en Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia, N° 1, pp. 33-73.
- BULLEMORE, Vivian; MACKINNON, John (2005) Curso de Derecho Penal, t. II, Santiago: LexisNexis.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan (2004) Obras Completas: Derecho Penal, t. I, Lima: ARA Editores.
- CASTIÑEIRA, María T. (1977) El delito continuado, Barcelona: Bosch.
- CURY URZÚA, Enrique (2011) Derecho penal: parte general, 10ª Ed., Santiago: Ediciones UC.

- DE RIVACOBBA Y RIVACOBBA, Manuel (1984) *Gaceta Jurídica*, N° 48, Volumen 48.
- ETCHEBERRY, Alfredo (1999) *Derecho Penal*, 3ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. II.
- GARRIDO MONTT, Mario (2001) *Derecho Penal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. I.
- GARRIDO MONTT, Mario (2003) *Derecho Penal*, 3ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile, t. II.
- GÓMEZ TOMILLO, Manuel (2010) "Protección jurídico penal de las personas mayores frente al abandono, especial consideración de los delitos de los Arts. 226, 229, 230, de la falta del artículo 619 CP y de sus relaciones concursales", en *Revista de Derecho penal y Criminología* 3ª época, 4, pp. 175-198.
- JESCHECK, Hans-Heinrich; WEIGEND, Thomas (2002) *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Trad.: OLMEDO CARDENETE, Miguel, España: Comares.
- JIMÉNEZ HUERTA (1960), *Panorama del delito*, México, D.F.
- JOSHI JUBERT, Ujala (1999) *Los delitos de tráfico de drogas I, un estudio analítico del artículo 368 del Código Penal*, Barcelona: Bosch.
- MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, M^a Cecilia (2014) *Lecciones de derecho penal chileno: parte especial*, t. I, 3ª Ed., Santiago: Legal Publishing.
- MIR PUIG, Santiago (2005) *Derecho penal: parte general*, 7ª Ed., Buenos Aires: Editorial B de F.
- MIR PUIG, Santiago (2002) *Derecho Penal: Parte General*, Barcelona: Reppertor.
- MUÑOZ CONDE, Francisco (2004) *Derecho Penal: Parte Especial*, 15ª Ed., Valencia: Tirant lo Blanch.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1960) *Curso de Derecho penal chileno*, Santiago, t. I.
- NOVOA MONREAL, Eduardo (1964) "El Delito Continuado en Chile: Un Fetichismo Jurídico" en *Revista de Ciencias Penales*, N° 2, Tomo XXIII, pp. 139-153.

- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2004) *Lecciones de derecho penal chileno: parte especial*, 1ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2005) *Lecciones de derecho penal chileno: parte especial*, 2ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre; RAMÍREZ, María Cecilia (2004) *Lecciones de derecho penal chileno: parte general*, 2ª Ed., Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POSADA MAYA, Ricardo (2011) "El delito continuado" en *Revista Digital de la Maestría en Ciencias Penales de la Universidad de Costa Rica*, N° 3, pp. 71-126.
- RETTIG ESPINOZA, Mauricio (2013) "Naturaleza jurídica del delito de tráfico ilícito de pequeñas cantidades de sustancias o drogas estupefacientes o psicotrópicas" en *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Año 3, N° 13, pp. 53 y ss.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis (2004) *Delitos sexuales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROXIN, Claus (2014) *Derecho Penal, Parte General: Especiales formas de aparición del delito*, Traducción de la 1ª Ed. Alemana, Trad.: LUZÓN, Diego-Manuel; PAREDES, José Manuel; DÍAZ, Miguel; REMESAL, Javier, España: Editorial Thomson Reuters-Civitas, t. II.
- TORRES SANDOVAL, Javiera (2014) "Delito de abandono de personas desvalidas" en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII (Valparaíso, Chile, 2º semestre), pp. 261-294.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALIAGA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro (2002) *Derecho Penal: Parte General*, 2ª Ed., Buenos Aires: Ediar.

Jurisprudencia citada

- CORTE SUPREMA. 20 de diciembre de 2005. Rol N° 5125-2005.
- CORTE SUPREMA. 15 de abril de 1974. Fallos del Mes, Santiago de Chile, año XV, N°s. 184-185, marzo-abril de 1974, pp. 25-58.
- CORTE SUPREMA. 20 de noviembre de 2007. Rol N° 1.494-2007.

CORTE SUPREMA. 1977. Rol N° 156.768.

CORTE SUPREMA. Rol N° 2863-2003.

CORTE SUPREMA. Rol N° 3385-2005.

CORTE SUPREMA. Rol N° 4245-2005.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO. 1977. Rol N° 156.768-1977.

CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO. 16 de junio de 2006. Rol N° 538-2006.

2° TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO. RIT N° 103-2009.

6° TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE SANTIAGO. RIT N° 222-2011.

15° JUZGADO DE GARANTÍA DE SANTIAGO. 17 de abril 2007. RIT N° 5106-2006.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia de 16 de mayo de 1958.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL. Sentencia de 28 de febrero de 1996.

DIREITO (FUNDAMENTAL) À SEGURANÇA? UMA APROXIMAÇÃO A PARTIR DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL CONSTITUCIONAL BRASILEIRO E DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

André Machado Maya¹
Pietro Cardia Lorenzoni²

- 1 Advogado. Doutor e mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS). Especialista em Direito do Estado pela UniRitter e em Ciências Penais pela PUCRS. Professor de Direito Penal e Processo Penal dos cursos de graduação e mestrado em Direito da Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMP). Membro fundador do Instituto Brasileiro de Direito Processual Penal (IBRASPP). E-mail: andre@andremaya.com.
- 2 Advogado. Graduado em Direito pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS), Especialista em justiça constitucional e direitos fundamentais pela Universidade de Pisa, Itália (UNIP). Especialista em gestão e docência no ensino superior pela Universidade Luterana do Brasil (ULBRA). Mestre em Direito pela Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul (FMPRS). E-mail: pclorenzoni@gmail.com.

Resumo

O presente ensaio tem por objetivo o estudo do direito à segurança, cuja natureza fundamental, embora controversa na doutrina, tem embasado decisões jurisdicionais e convencionais que impõem ao Estado um dever de efetivação de tutela penal. Assim delimitado o objetivo, pretende-se com a pesquisa responder se o direito à segurança possui natureza fundamental e, além disso, determinar qual seria o conteúdo daquele. Destarte, inicia-se o ensaio com uma breve análise do papel dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático de Direito. Logo após, investiga-se especificamente o direito à segurança a partir de uma perspectiva histórico-constitucional e propõe-se a compreensão do conteúdo normativo desse em três dimensões. Ainda nessa segunda parte, examinam-se os precedentes das Cortes Internacionais de Direitos humanos e do Supremo Tribunal Federal. Ao final, propõe-se a compreensão da sua natureza formal e materialmente fundamental, destacando que a adequada compreensão do conteúdo normativo e das relações de prevalência entre as suas dimensões pode ser um mecanismo de limitação dos deveres advindos dos imperativos de tutela penal e processual penal. Contudo, um maior estudo do tema e dos limites impostos aos deveres é necessário. O método de pesquisa utilizado foi a revisão bibliográfica e jurisprudencial.

Palavras-chave: Direitos fundamentais. Dignidade da pessoa humana. Direito fundamental à segurança.

Abstract

The purpose of this essay is to study the right to security of person, whose fundamental nature, although controversial in doctrine, is based on jurisdictional and conventional decisions that impose on the State a duty to enforce criminal sanctions. Thus delimited the objective, it is intended with the research to answer if the right to security has a fundamental nature and, in addition, to determine what would be its content. Thus, the essay begins with a brief analysis of the role of fundamental rights and the dignity of the human person in the Democratic State of Law. Subsequently, the right to security of person is investigated from a historical-constitutional perspective, and it is proposed to understand its normative content in three dimensions. Also in this second part, we examine the precedents of the International Courts of Human Rights and the Federal Supreme Court. In the end, it is proposed the understanding of its formal and materially fundamental nature, emphasizing that the adequate understanding of the normative content and prevalence relations between its dimensions can be a mechanism of limitation of the duties arising from the imperatives of criminal and criminal procedural protection. However, further study of the subject and limits imposed on duties is necessary. The research method used was the bibliographical and jurisprudential review.

Keywords: Fundamental rights. Human dignity. Fundamental right to security of person.

1 Considerações iniciais

Vive-se um tempo de incerteza, insegurança e risco na sociedade contemporânea³. No campo do Direito Penal *lato sensu*, a instabilidade dessa dinâmica social gera como consequências o incremento das demandas por segurança, o uso do sistema penal como instrumento político e o surgimento de um suposto conflito entre o direito à segurança e às liberdades individuais.

Na visão de alguns autores⁴, essa colisão (efetiva ou suposta) de direitos fundamentais é resultado das transformações e mudanças – muitas vezes demandadas pela própria sociedade – pelas quais passam o papel do Direito Penal e Processual Penal, para manter-se atualizado e efetivo às exigências sociais e políticas. Na perspectiva da *law in action*, os recentes casos Favela Nova Brasília e Herzog, julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, em 2017 e 2018, colocam em evidência a existência de um direito à segurança, fundamento sobre o qual se desenvolve o debate acerca da expansão do controle penal e da existência dos mandados de criminalização e de tutela penal. De outro lado, o Direito Penal de matriz liberal iluminista foi concebido como instrumento de *ultima ratio* e estruturado a partir de uma base principiológica orientada à limitação do poder do Estado e à prevalência das liberdades individuais. Como consequência, em um ambiente democrático, o processo penal assume a função de garantia dessas liberdades em face do poder estatal.

Nesse cenário, impõe-se a necessidade de reflexão sobre e compreensão do papel que o direito à segurança ocupa no ordenamento jurídico brasileiro, tema sobre o qual os estudos são ainda incipientes no meio acadêmico brasileiro. Assim, a proposta deste ensaio é a de investigar a natureza do direito à segurança. Trata-se de um direito fundamental? Além disso, quais as consequências que decorrem de eventual resposta positiva a esta pergunta? Para tanto, o artigo está dividido em três partes. A primeira é reservada a uma análise sobre o papel dos direitos fun-

damentais e a relação destes com a dignidade da pessoa humana. Cumpre firmar que a exposição é feita sem qualquer pretensão de esgotar o tema, mas limitada a elencar bases úteis para o desenvolvimento do objetivo ao qual se propõe o presente estudo. A segunda parte é destinada à investigação da natureza do direito à segurança. Ao final, após análise de julgados do Supremo Tribunal Federal e da Corte Interamericana de Direito Humanos, propõe-se o reconhecimento da natureza fundamental do direito à segurança, como previsto na Constituição Federal brasileira de 1988, embora com a ressalva da necessidade de aprofundamento da investigação sobre o conteúdo e os limites desse direito, o que exige um estudo específico.

2 Aproximação aos direitos fundamentais e à dignidade da pessoa humana

A concepção moderna de Estado e de indivíduo está intimamente vinculada à hegemonia dos regimes democráticos contemporâneos na cultura ocidental. A sociedade política é compreendida como produto artificial da vontade dos indivíduos e, a partir dessa compreensão, extrai-se uma visão individualista de sociedade e Estado. Essa visão solidifica a ideia que o indivíduo é um singular soberano que entra em acordo com outros indivíduos igualmente soberanos para criar uma sociedade política (BOBBIO, 1997, p. 23). Trata-se da concepção de que o Estado é criado para o indivíduo, devendo garantir o livre desenvolvimento e exercício da dignidade deste.

Entende-se que essa soberania do indivíduo está relacionada aos fundamentos da dignidade desse. Assim, a consagrada ideia da dignidade da pessoa humana parte do pressuposto de que o homem, em virtude tão somente de sua condição humana e independentemente de qualquer outra circunstância, é titular de direitos que devem ser reconhecidos e respeitados por seus semelhantes e pelo Estado (SARLET, 2015, p. 47). Nesse sentido, sendo o indivíduo formador do Estado detentor de dignidade, ele não pode ser considerado como servo ou instrumento do Es-

3 Entre outros: SÁNCHEZ, 2001; RIPOLLÉS, 2005; LEAL, 2017; GIDDENS, 1991; MAYA, 2017.

4 GLOECKNER, 2012; BALTAZAR JUNIOR, 2010; LEAL, 2018.

tado, mas sim como um fim em si mesmo. O indivíduo é o próprio fim do Estado e sujeito legitimador da existência deste.

Compreendido isso, o problema que se apresenta guarda relação com a tomada de decisões e com o exercício do poder pelo Estado. Em outros termos, aquele está relacionada às formas de governo. Nos Estados ocidentais contemporâneos está consolidado o regime democrático. A democracia é compreendida como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas com a mais ampla participação possível dos interessados dotados de direitos (BOBBIO, 1997, p. 4). O Estado Democrático moderno, então, legitima o exercício do poder pelo respeito aos indivíduos que o formam.

Esses indivíduos possuem o poder de diretamente ou indiretamente escolher as normas que pautarão a sua convivência social e, como consequência, o direito de participar do processo decisório das normas. Contudo, como indivíduos soberanos que são, o espectro normativo de criação das normas e da atuação do Estado é limitado pelos direitos fundamentais dos seus formadores (CANOTILHO, 2003, p. 291). Esse espectro será definido pela Constituição, que protegerá os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana como fundamentos legitimadores da democracia. Em sentido semelhante, Sarlet afirma que

[...] a Constituição, a despeito de seu caráter compromissário, confere unidade de sentido, de valor e de concordância prática ao sistema de direitos fundamentais, que, por sua vez, repousa na dignidade da pessoa humana, isto é, na concepção que faz da pessoa fundamento e fim da sociedade e do Estado, razão pela qual se chegou a afirmar que o princípio da dignidade humana atua como o “alfa e ômega” do sistema das liberdades constitucionais e, portanto, dos direitos fundamentais. (SARLET, 2015, p. 95).

Nessa senda, Bobbio (1997, p. 20) entende que a atribuição de direitos de participação nas decisões coletivas a um elevado número de cidadãos e o respeito à regra da maioria não são suficientes para concretizar o conceito de democracia, pois é ainda necessário o respeito pela preservação do catálogo homogêneo de direitos e deveres fundamentais mais amplo que a mera participação nas decisões (RAWLS, 1997, p. 388). Esses direitos são

a proteção do indivíduo contra as majorias e/ou os desvios de poder do Estado (SARLET, 2007, p. 71).

Os direitos fundamentais, de forma mais precisa, em boa medida são resultado da positivação de direitos humanos. Tais direitos são entendidos como universais, já que são direitos que competem a todos os homens; *morais*, visto que extraem sua validade moral perante cada um dos seus titulares por meio de uma fundamentação racional que é anterior e prescindente à positivação desses direitos; *preferenciais*, devido à preferência e ao direito dos seus titulares a sua positivação preferencial pelo Estado; *fundamentais*, uma vez que eles tratam de interesses e carências que podem e devem ser protegidos e fomentados pelo direito e que a necessidade de seu respeito deixe-se fundamentar pelo direito; e *abstratos*, porque a limitação e restrição destes por outros direitos é característica intrínseca a eles (ALEXY, 2015, p. 45-49). Os direitos fundamentais são resultado da codificação dos direitos humanos por uma Constituição, solucionando o problema da institucionalização (ALEXY, 2015, p. 49).

Destarte, a legitimidade das decisões coletivas vinculantes decorre do respeito e da irrestrita observância dos direitos fundamentais e da dignidade da pessoa humana. Os direitos fundamentais, conforme lição de Sarlet (2007, p. 70), são concomitantemente pressuposto, garantia e instrumento da própria democracia. Ademais, acrescenta-se a essa noção a proteção e o reconhecimento jurídico da dignidade da pessoa humana como fundamento do Estado democrático de Direito brasileiro (CF, artigo 1º, III).

Efetivamente, ao incluir a dignidade da proteção humana como fundamento do Estado (CF, artigo 1º, III) e ao elevar a prevalência dos direitos humanos como princípio reitor da República Federativa brasileira (CF, artigo 4º, II), o legislador constituinte impôs ao Estado brasileiro o dever do Estado em tratar os indivíduos como o verdadeiro fim da sociedade. A dignidade humana é precisamente a base e o critério norteador do Estado Democrático de Direito. É justamente nesse sentido que assume particular relevância a constatação de que a dignidade da pessoa humana é simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (SARLET, 2015, p. 56).

Para uma melhor compreensão deste conceito, vale-se das propostas de Kant e Sarlet. Consoante Kant, a autonomia ética do ser humano é o próprio fundamento da dignidade do homem. Então, o homem deve existir sempre como um fim em si mesmo. Conforme Streck e Motta (2016, p. 114), a compreensão da dignidade da pessoa humana como imperativo categórico é facilitada com a contraposição entre preço e dignidade. Assim, no reino dos fins, tudo tem um preço ou uma dignidade. Quando algo tem preço, pode ser substituído por outra coisa de mesmo preço; por outro lado, o que se acha acima de todo preço, e por isso não admite qualquer equivalência, compreende uma dignidade (KANT, 2002, p. 434).

No mesmo giro, quando Sandel (2013, p. 154, 155) analisa a proposta do imperativo categórico de Kant, ele afirma que a humanidade tem um valor absoluto como fim em si mesmo. E tal afirmação tem especial valor na compreensão do Estado democrático de Direito, visto que, conforme afirma Kant,

[...] ser humano, e em geral todo ser racional, existe como um fim em si mesmo, e não meramente como meio que possa ser usado de forma arbitrária por essa ou aquela vontade, mas em todas as suas ações, seja aquela direcionada a si ou a outrem, deve sempre ser considerado como um fim. (KANT, 2002, p. 420, tradução nossa)⁵.

O indivíduo soberano que compõe o Estado deve ser o fim deste por possuir um valor intrínseco de dignidade. Acompanhando as bases do pensamento Kantiano, Sarlet entende que:

Dignidade da pessoa humana é a qualidade intrínseca e distintiva reconhecida em cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, implicando, neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, como venham a lhe garantir as condições exis-

5 Do original: Now I say that the human being, and in general every rational being, exists as end in itself, not merely as means to the discretionary use of this or that will, but in all its actions, those directed toward itself as well as those directed toward other rational beings, it must always at the same time be considered as an end. All objects of inclinations have only a conditioned worth; for if the inclinations and the needs grounded on them did not exist, then their object would be without worth.

tenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e corresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos, mediante o devido respeito aos demais seres que integram a rede da vida. (SARLET, 2015, p. 71).

Assim, a dignidade da pessoa humana se relaciona intrinsecamente à aplicação da teoria dos direitos fundamentais. Nessa senda, ela serve como critério hermenêutico integrador da concretização dos direitos fundamentais. Tal função é definida com maestria por Sarlet, para quem:

Do ponto de vista da sua dimensão objetiva impõe-se seja ressaltada a assim chamada função instrumental integradora e hermenêutica do princípio da dignidade da pessoa humana, na medida em que o mesmo serve de parâmetro par aplicação, interpretação e integração não apenas dos direitos fundamentais e das demais normas constitucionais, mas de todo o ordenamento jurídico. De modo todo especial, o princípio da dignidade da pessoa humana – como, de resto, os demais princípios fundamentais insculpidos em nossa Carta Magna - acaba por operar como critério material no âmbito especialmente de hierarquização que costuma ser levada a efeito na esfera do processo hermenêutico, notadamente quando se trata de uma interpretação sistemática. (SARLET, 2015, p. 103).

O pensamento do autor sintetiza a função da dignidade da pessoa humana como instrumentalizadora e norteadora da solução de colisões de princípios e de aplicação do ordenamento jurídico. Essa é a compreensão da qual se parte para, no próximo ponto, iniciar a análise do direito à segurança no ordenamento jurídico brasileiro. Ao final, então, as propostas de base descritas serão relacionadas com a compreensão da fundamentalidade do direito à segurança.

3 Direito (fundamental) à segurança?

Os direitos fundamentais nascem com a constituição, conforme assinalado anteriormente (ALEXY, 2015, p. 49), sendo esta a Lei superior de uma sociedade, que servirá de fundamentação formal e material para toda legislação posterior. A Constituição

tem por objetivo definir as regras formais e materiais do Estado e da estrutura política da sociedade, os direitos e garantias fundamentais dos indivíduos e da sociedade, que serão regras e princípios de harmonização para o convívio social (FELDENS, 2012, p. 37). Os direitos fundamentais têm uma função contra-majoritária de proteção do indivíduo contra a atuação estatal e social autoritária, ou seja, são a garantia, em um Estado Democrático, de que as decisões da maioria (não importa o quão maioria sejam) não violarão direitos básicos dos cidadãos, como vida, propriedade, liberdade, segurança e outros.

Esses direitos, por serem originados da Constituição, são imediatamente exigíveis tanto de forma positiva quanto negativa, visto que os deveres do Estado para com os cidadãos não se exaurem em omissões (resultantes dos direitos de defesa), mas também compreendem prestações para que os cidadãos alcancem os direitos previstos na Carta Fundamental e desenvolvam de forma ampla a dignidade da pessoa humana. Logicamente, esses direitos não são absolutos, uma vez que eles admitem restrições, tendo em vista que o próprio caráter de harmonização social faz com que os diversos direitos fundamentais entrem em choque uns com os outros, razão pela qual são passíveis de limitação e restrição (ALEXY, 2017, p. 94). Contudo, a relativização de direitos fundamentais possui um limite, qual seja: o núcleo essencial do direito fundamental em questão, identificado pela sua parte elementar que, se ignorada, acaba com a própria existência do direito (FELDENS, 2012, p. 43).

Além disso, deve-se compreender a perspectiva histórica dos direitos fundamentais, uma vez que a Constituição Federal de 1988 baseia-se em uma tradição que foi evoluindo com o passar do tempo, notadamente, desde a primeira carta política brasileira – a Constituição Política do Império do Brasil (1824). É perceptível que o atual *Título dos Direitos e Garantias Fundamentais* disposto na Constituição Federal de 1988 possui raízes no catálogo de Direitos Políticos, Cíveis e Individuais dos Cidadãos, previsto nos artigos 178 e 179 da Constituição de 1824 e, posteriormente, desenvolvido pelas Constituições de 1891, 1934 e assim por diante.

Na análise do direito constitucional à segurança, percebe-se que o texto da Carta de 1824 referia-se à segurança em uma perspectiva individual, consoante *caput* do art. 179. A segurança individual, por sua vez, estava relacionada a diversos desdobramentos em garantias constitucionais de limitação do poder de punir do Estado, o que marcava uma clara perspectiva liberal, ou seja, de abstenção da ingerência do Estado nas liberdades individuais. Alguns incisos do mencionado artigo 179 evidenciam essa conclusão⁶.

Essas características relacionam-se à influência inglesa na feitura da Carta política imperial, tendo a primeira, por sua vez, buscado inspirações na Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão da Revolução Francesa (1789). Ainda, os incisos VII, VIII,

⁶ Art. 179. A inviolabilidade dos Direitos Cíveis, e Políticos dos Cidadãos Brasileiros, que tem por base a liberdade, a segurança individual, e a propriedade, é garantida pela Constituição do Imperio, pela maneira seguinte: VII. Todo o Cidadão tem em sua casa um asylo inviolavel. De noite não se poderá entrar nella, senão por seu consentimento, ou para o defender de incendio, ou inundação; e de dia só será franqueada a sua entrada nos casos, e pela maneira, que a Lei determinar. VIII. Ninguem poderá ser preso sem culpa formada, excepto nos casos declarados na Lei; e nestes dentro de vinte e quatro horas contadas da entrada na prisão, sendo em Cidades, Villas, ou outras Povoações proximas aos logares da residencia do Juiz; e nos logares remotos dentro de um prazo razoavel, que a Lei marcará, atenta a extensão do territorio, o Juiz por uma Nota, por elle assignada, fará constar ao Réo o motivo da prisão, os nomes do seu accusador, e os das testemunhas, havendo-as. IX. Ainda com culpa formada, ninguem será conduzido á prisão, ou nella conservado estando já preso, se prestar fiança idonea, nos casos, que a Lei a admite: e em geral nos crimes, que não tiverem maior pena, do que a de seis mezes de prisão, ou desterro para fóra da Comarca, poderá o Réo livrar-se solto. X. A' excepção de flagrante delicto, a prisão não pôde ser executada, senão por ordem escripta da Autoridade legitima. Se esta fôr arbitraria, o Juiz, que a deu, e quem a tiver requerido serão punidos com as penas, que a Lei determinar. O que fica disposto acerca da prisão antes de culpa formada, não compreende as Ordenanças Militares, estabelecidas como necessarias á disciplina, e recrutamento do Exercito; nem os casos, que não são puramente criminaes, e em que a Lei determina todavia a prisão de alguma pessoa, por desobedecer aos mandados da Justiça, ou não cumprir alguma obrigação dentro de determinado prazo. XI. Ninguem será sentenciado, senão pela Autoridade competente, por virtude de Lei anterior, e na fórma por ella prescripta. XVIII. Organizar-se-ha quanto antes um Codice Civil, e Criminal, fundado nas solidas bases da Justiça, e Equidade. XIX. Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas crueis. XX. Nenhuma pena passará da pessoa do delinquente. Por tanto não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infamia do Réo se transmittirá aos parentes em qualquer gráo, que seja. XXI. As Cadêas serão seguras, limpas, e bem arejadas, havendo diversas casas para separação dos Réos, conforme suas circumstancias, e natureza dos seus crimes. XXXV. Nos casos de rebellião, ou invasão de inimigos, pedindo a segurança do Estado, que se dispensem por tempo determinado algumas das formalidades, que garantem a liberdade individual, poder-se-ha fazer por acto especial do Poder Legislativo. Não se achando porém a esse tempo reunida a Assembléa, e correndo a Patria perigo imminente, poderá o Governo exercer esta mesma providencia, como medida provisoria, e indispensavel, suspendendo-a immediatamente que cesse a necessidade urgente, que a motivou; devendo num, e outro caso remetter á Assembléa, logo que reunida fôr, uma relação motivada das prisões, e d'outras medidas de prevenção tomadas; e quaesquer Autoridades, que tiverem mandado proceder a ellas, serão responsaveis pelos abusos, que tiverem praticado a esse respeito.

IX, X e XXVII⁷ apresentam marcante semelhança com a 4ª Emenda à Constituição norte-americana⁸, submetida em 25 de setembro de 1789 e inserida no âmbito jurídico em 15 de dezembro de 1791.

Segundo Souza Neto (2013), a origem da norma constitucional relacionada à segurança, na Constituição de 1824, vem da mencionada Declaração francesa. Vale lembrar, que a Declaração prevê no seu art. 2º que “A finalidade de toda associação política é a conservação dos direitos naturais e imprescritíveis do homem. Esses direitos são a liberdade, a propriedade a segurança e a resistência à opressão” (REPUBLIQUE FRANÇAISE, 1789, tradução nossa).⁹ Efetivamente, um dos princípios orientadores da Declaração de 1789 era o de limitação e de controle das instituições políticas mediante a previsão de direitos dos cidadãos, o que fundamentou a previsão textual da fiscalização

[...] dos atos do Poder Legislativo e Executivo, podendo ser a qualquer momento comparado com a finalidade de toda a instituição política, (os direitos naturais do homem) sejam por isso mais respeitados; a fim de que as reivindicações dos cidadãos, doravante fundadas em princípios simples e incontestáveis, se dirijam sempre à conservação da Constituição e à felicidade geral. (REPUBLIQUE FRANÇAISE, 1789, tradução nossa).¹⁰

A Constituição de 1891 manteve, no art. 72¹¹, as bases da Declaração de direitos políticos, civis e individuais da Carta polí-

7 XXVII. O Segredo das Cartas é inviolável. A Administração do Correio fica rigorosamente responsável por qualquer infracção deste Artigo.

8 Amendment 4 - Search and Seizure. Ratified 12/15/1791. The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated, and no Warrants shall issue, but upon probable cause, supported by Oath or affirmation, and particularly describing the place to be searched, and the persons or things to be seized. Em vernáculo: O direito do povo a estar seguro em suas pessoas, casas, papéis e haveres contra busca e apreensão desarrazoada não poderá ser infringido; e nenhum mandado será expedido a não ser mediante causa provável fundamentada por juramento ou declaração, e com a descrição do local da busca e a indicação das pessoas ou coisas a serem apreendidas. (tradução nossa)

9 Do original: Le but de toute association politique est la conservation des droits naturels et imprescriptibles de l'homme. Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté, et la résistance à l'oppression.

10 Do original: les actes du pouvoir législatif, et ceux du pouvoir exécutif, pouvant être à chaque instant comparés avec le but de toute institution politique, en soient plus respectés; afin que les réclamations des citoyens, fondées désormais sur des principes simples et incontestables, tournent toujours au maintien de la Constitution et au bonheur de tous.

11 A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à segurança individual e à propriedade nos termos seguintes:

tica de 1824. Contudo, o artigo 178 foi transformado na Seção II do Título IV, com a denominação de *declaração de direitos*. Inovação textual marcante é o §1º¹² do art. 72, que dispôs sobre o princípio da legalidade – redação mantida até os dias atuais. A referência à segurança individual seguiu as bases da Carta imperial, dando notável prevalência para a perspectiva liberal do direito constitucional à segurança, promovendo uma continuidade com a preocupação francesa de controle do poder político.

A constituição de 1934 transformou a declaração de direitos no Título III, prevendo dois capítulos referentes aos direitos políticos e aos direitos e às garantias individuais. O art. 113¹³ da Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil (1934) manteve a previsão da segurança individual e a marcante perspectiva liberal da segurança, assentando a noção de segurança individual como segurança jurídica do indivíduo apta a proteger os cidadãos contra abusos e arbitrariedades do Estado.

A Constituição de 1937, por sua vez, oriunda de um contexto histórico autoritário, promoveu um processo de descontinuidade em relação aos textos constitucionais anteriores. As características marcantes desta foram a concentração de poderes no chefe do Executivo e a ausência de respeito institucional pelos limites ao poder previstos na Carta fundamental. Segundo Campos (1945), trata-se de um documento que nunca foi efetivamente posto à prova, uma vez que permaneceu suspenso desde o dia de sua outorga.

A Constituição de 1946, marcada pela semelhança com a Cde 1934, partia do princípio filosófico kantiano de que o Estado não é um fim em si mesmo, mas meio para o fim, que é o livre desenvolvimento do ser humano. Destarte, o Estado é o responsável por “fazer convergir seus esforços precipuamente para elevar material, física, moral e intelectualmente o homem” (BALEEIRO, 2012, p. 13).

A declaração de direitos, prevista na Carta Política de 1946, manteve a previsão do direito fundamental à segurança

12 1º Ninguém pôde ser obrigado a fazer, ou deixar de fazer alguma coisa, sinão em virtude de lei.

13 Art. 113. A Constituição assegura a brasileiros e a estrangeiros residentes no país a inviolabilidade dos direitos concernentes à liberdade, à subsistência, à segurança individual e à propriedade, nos termos seguintes:

individual, honrando a tradição já assentada nas Constituições brasileiras. Contudo, o documento previu um amplo rol de direitos sociais, dispondo sobre diversas ações positivas do Estado como forma de proteção dos direitos humanos em clara perspectiva social dos direitos fundamentais – notadamente no art. 157¹⁴, uma das bases para a atual disposição do art. 6º da Constituição Federal de 1988.

Calha ressaltar que a Carta de 1946 estava inserida em um contexto pós-guerra. Após a segunda Guerra Mundial, marcada pela tentativa de subjugação de povos considerados inferiores e pelo flagrante desrespeito aos direitos humanos, “as consciências se abriram, enfim, para o fato de que a sobrevivência da humanidade exigia a colaboração de todos os povos, na reorganização das relações internacionais com base no respeito incondicional à dignidade humana” (COMPARATO, 2003, p. 128). Esse foi o pensamento norteador da Organização das Nações Unidas e de sua Declaração Universal de Direitos do Homem (1948), que se relaciona com a função instrumentalizadora da dignidade da pessoa humana já apresentada e com o norte da Carta política de 1946.

A valorização dos direitos sociais presente na Constituição de 1946 seguiu caminho semelhante aos propósitos da própria ONU também na valorização da perspectiva social dos direitos

14 Art. 157. A legislação do trabalho e a da previdência social obedecerão aos seguintes preceitos, além de outros que visem à melhoria da condição dos trabalhadores: I – salário mínimo capaz de satisfazer, conforme as condições de cada região, as necessidades normais do trabalhador e de sua família; II – proibição de diferença de salário para um mesmo trabalho por motivo de idade, sexo, nacionalidade ou estado civil; III – salário do trabalho noturno superior ao do diurno; IV – participação obrigatória e direta do trabalhador nos lucros da empresa, nos termos e pela forma que a lei determinar; V – duração diária do trabalho não excedente a oito horas, exceto nos casos e condições previstos em lei; VI – repouso semanal remunerado, preferentemente aos domingos e, no limite das exigências técnicas das empresas, nos feriados civis e religiosos, de acordo com a tradição local; VII – férias anuais remuneradas; VIII – higiene e segurança do trabalho; IX – proibição de trabalho a menores de quatorze anos; em indústrias insalubres, a mulheres e a menores de dezoito anos; e de trabalho noturno a menores de dezoito anos, respeitadas, em qualquer caso, as condições estabelecidas em lei e as exceções admitidas pelo juiz competente; X – direito da gestante a descanso antes e depois do parto, sem prejuízo do emprego nem do salário; XI – fixação das percentagens de empregados brasileiros nos serviços públicos dados em concessão e nos estabelecimentos de determinados ramos do comércio e da indústria; XII – estabilidade, na empresa ou na exploração rural, e indenização ao trabalhador despedido, nos casos e nas condições que a lei estatuir; XIII – reconhecimento das convenções coletivas de trabalho; XIV – assistência sanitária, inclusive hospitalar e médica preventiva, ao trabalhador e à gestante; XV – assistência aos desempregados; XVI – previdência, mediante contribuição da União, do empregador e do empregado, em favor da maternidade e contra as consequências da doença, da velhice, da invalidez e da morte; XVII – obrigatoriedade da instituição do seguro pelo empregador contra os acidentes do trabalho.

humanos. Ponto ilustrativo é o fato de um dos objetivos da Organização das Nações Unidas corresponder ao emprego de “um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos” (COMPARATO, 2003, p. 128), favorecendo níveis mais altos de vida, trabalho efetivo e condições de progresso e desenvolvimento. Outras Constituições ao redor do mundo, como a alemã e a italiana, também passaram por essa valorização dos direitos sociais, marcando importante ponto de transição da história constitucional.

A Constituição brasileira de 1967 foi a responsável por transformar a referência textual tradicional do *caput* da declaração dos direitos e das garantias individuais. Destarte, a previsão do direito à segurança individual passou para a disposição do direito à segurança, consoante art. 153¹⁵. Além disso, manteve o rol de direitos protegidos dos trabalhadores ainda como parte integrante do capítulo sobre a ordem econômica e social.

A Constituição de 1988, finalmente, prevê o direito fundamental à segurança, conforme estabelecido na carta de 1967, no catálogo dos direitos e deveres individuais e coletivos (artigo 5º) assim como no rol dos direitos sociais (artigo 6º), os quais integram o Título II da Carta Magna, que dispõe sobre os direitos e as garantias fundamentais. Sendo assim, formalmente, o direito à segurança é caracterizado como um direito fundamental.

Tal assertiva, pelo menos no ordenamento jurídico brasileiro, é justificada pela previsão do *caput* tanto do art. 5º quanto do art. 6º da Constituição Federal de 1988. Ademais, a partir da compreensão de que os direitos fundamentais são os direitos promulgados pela Constituição que atendam as características de moralidade, fundamentalidade, preferencialidade e abstratividade,¹⁶ como elencado por Alexy, afigura-se possível compreender o direito à segurança como um direito fundamental também em uma perspectiva material. O que assume relevância é a definição

15 Art. 153. A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes.

16 Cumpre afirmar que nem todos os direitos fundamentais são direitos humanos, apesar de todo direito humano (poder) ser direito fundamental. Exemplo disso está no art. 7º da Constituição Federal, que prevê diversos direitos sociais dos trabalhadores como fundamentais que não caracterizam direitos humanos como o fundo de garantia do tempo de serviço e o décimo terceiro salário.

do conteúdo e do núcleo desse, a fim de que se possa definir limites nas eventuais colisões com outros direitos fundamentais, notadamente aqueles que enunciam uma garantia de liberdades individuais. Trata-se de tarefa árdua e incompatível com os limites do presente ensaio. No entanto, dadas as controvérsias referentes ao espectro normativo abarcado pelo texto fundamental quando se refere à segurança, impõem-se algumas linhas introdutórias.

O conteúdo do direito fundamental à segurança geralmente é identificado como de natureza dúplice, pois a previsão do artigo 5º refere-se à ideia de garantia individual e a disposição do artigo 6º relaciona-se com a *questão social* – notadamente, nos termos do artigo 144, com a segurança pública –, compreendida essa questão social como direito e responsabilidade de todos com a finalidade de preservar a ordem pública e a incolumidade de pessoas e patrimônio. Entretanto, um refinamento dessa conceituação é possível, na senda do feito por Canotilho, Sarletm Streck e Mendes (2013).

Consoante lição de Souza Neto (2013, p. 486), o direito fundamental à segurança é multidimensional, especializando-se em diversas normas previstas explicitamente e implicitamente na Constituição Federal. Segundo o autor, as normas originadas do direito à segurança podem ser enquadradas em três dimensões: as de estabilidade, de previsibilidade e de ausência de perigos.

A primeira dimensão é relacionada à estabilidade das relações jurídicas, sendo as principais garantias destas o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada. Tratam-se de normas de proteção e produção de estabilidade jurídica, o que otimiza o direito à segurança. Tal efeito é perceptível na proteção do ato jurídico perfeito, do que decorre a impossibilidade de lei nova desconstituir os efeitos os quais é apto a produzir, assim a guarda da coisa julgada, impossibilitando a desconstituição de decisão já transitada em julgada. Isso faz com que as soluções adotadas pelo Estado não possam ser modificadas, salvo em situações excepcionais (SOUZA NETO, 2013, p. 487). Esta dimensão, ainda, está relacionada com a segurança individual, a confiança do indivíduo no Estado e a proteção do cidadão contra abusos e arbitrariedades dos detentores de poder. A primeira

previsão constitucional a proteger o direito adquirido, o ato jurídico perfeito e a coisa julgada está no art. 113¹⁷ da Constituição Federal de 1934.

Essa dimensão trabalha na jurisprudência constitucional prática em diversos julgados.¹⁸ Exemplo ilustrativo é o entendimento do Supremo Tribunal Federal pela impossibilidade de alterar a definição de início de cumprimento de pena privativa de liberdade após o trânsito em julgado do decreto condenatório, em prejuízo ao réu, quando o único a recorrer da sentença condenatória foi o próprio réu, sob o risco de ofender a imutabilidade da coisa julgada.¹⁹ Outro caso que ilustra as garantias de proteção à estabilidade das relações jurídicas é a impossibilidade do Tribunal de Contas da União anular aposentadoria julgada legal pelo mesmo tribunal cinco anos antes, também sob o risco de lesionar o direito líquido e certo protegido pelo direito fundamental à estabilidade das relações jurídicas como dimensão da própria segurança.²⁰

A segunda dimensão da segurança está consubstanciada na previsibilidade da atuação estatal. Nessa dimensão, imperam a proteção e a observância das regras do jogo democrático. Assim, a previsibilidade é garantida principalmente pela lei (art. 5º, II, XXXIX, XXXVII, LIII, CF/1988). As garantias penais, limites ao poder máximo do Estado, acompanham o princípio da legalidade como barreiras a ações arbitrárias do Estado, promovendo a previsibilidade da atuação estatal. Cumpre firmar, uma ação não apenas previsível como limitada e comprometida com os valores democráticos da sociedade brasileira. Conforme mencionado por Souza Neto (2013, p. 488), “a previsibilidade da atuação estatal permite que os particulares estabeleçam responsabilmente seus planos de ação e saibam com antecedência quais serão as consequências de seus atos”. Trata-se de dimensão amplamente protegida desde a primeira carta política brasileira.

17 Art. 113. 3) A lei não prejudicará o direito adquirido, o acto jurídico perfeito e a coisa julgada.

18 HC 95.295, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 18-11-2008, Segunda Turma, DJE de 5-12-2008; RE 594.350, Rel. Min. Celso de Mello, decisão monocrática, julgamento em 25-5-2010, DJE de 11-6-2010.

19 HC 90.627, voto do Rel. Min. Joaquim Barbosa, julgamento em 3-6-2008, Segunda Turma, DJE de 6-3-2009.

20 MS 25.963, Rel. Min. Cezar Peluso, julgamento em 23-10-2008, Plenário, DJE de 21-11-2008.

A dimensão da previsibilidade também aparece em diversos precedentes jurisprudenciais.²¹ Apenas como exemplo, citam-se dois casos: o primeiro é relacionado com a necessidade de lei formal que preveja o exame psicotécnico como requisito para o ingresso no serviço público a depender, também, de objetividade e publicidade dos atos em que o exame se desdobra como forma de proteção da previsibilidade da atuação estatal apta a otimizar a segurança dos cidadãos²²; o segundo exemplo refere-se à impossibilidade de fundamentação da segregação cautelar exclusivamente em entrevista concedida à emissora de televisão sobre fatos delituosos, visto que o exercício de garantias penais de defesa não pode justificar represálias arbitrárias do Estado, mais uma vez, sob o risco de lesionar a previsibilidade da atuação do Estado para com os indivíduos.²³

A terceira dimensão da segurança está vinculada à perspectiva social do artigo 6º da CF/1988. O critério definidor dessa dimensão é a finalidade de redução de riscos aos quais a sociedade e os cidadãos estão sujeitos. Nessa perspectiva, a redução de riscos está ligada com, pelo menos, três esferas, quais sejam: 1) a segurança pública, prevista no artigo 144, que tem por finalidade a proteção (ou redução de riscos) da incolumidade da ordem pública, das pessoas e do patrimônio; 2) o meio ambiente, previsto no artigo 225, relacionado com a proteção e minimização dos riscos que o desenvolvimento econômico traz para o meio ambiente e a qualidade de vida das pessoas; 3) a seguridade social, prevista nos artigos 194 a 203, com o foco em restringir os riscos que os cidadãos correm no convívio social de um sistema capitalista, promovendo saúde, assistência, previdência social e direitos trabalhistas.

A primeira esfera da terceira dimensão apresenta diversos exemplos na jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos, o que demonstra um aumento da preocupação para com a

21 AI 711.570-AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 13-3-2009; AI 634.306-AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 26-2-2008, Segunda Turma, DJE de 18-4-2008. Inq 1.145, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julgamento em 19-12-2006, Plenário, DJE de 4-4-2008.

22 RE 417.019-AgR, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 14-8-2007, Primeira Turma, DJ de 14-9-2007.

23 HC 95.116, voto do Rel. Min. Ayres Britto, julgamento em 3-2-2009, Primeira Turma, DJE de 6-3-2009.

efetivação do direito fundamental à segurança numa perspectiva prestacional. Casos ilustrativos são *Ximenes Lopes versus Brasil*, *Kawas Fernández versus Honduras*, *Castillo Páez versus Peru* e o recente caso *Favela Nova Brasília versus Brasil*, todos julgados pela Corte Interamericana de Direitos Humanos. De outro giro, também há exemplos na Corte Europeia de Direitos Humanos, como os casos *Talpis versus Itália*, *Cirino e Renne versus Itália* e *Denis Vasilyev versus Rússia*.

No caso *Castillo Paéz*, a Corte determinou que “se levem a cabo as investigações necessárias para identificar, julgar e sancionar os culpados²⁴”. No caso *Favela Nova Brasília*, decidiu-se que os Estados Partes são obrigados a oferecer recursos judiciais efetivos às vítimas de violações de direitos humanos e a conduzir investigações policiais e processos judiciais de forma imparcial, eficiente e eficaz. Essa obrigação positiva do Estado, conforme o julgado pela CIDH, está dentro do dever estatal de garantir o livre e pleno exercício dos direitos convencionais reconhecidos a toda pessoa que se encontre sob a jurisdição da Corte. Com efeito, o Brasil foi condenado no caso em comento, entre outras coisas, por não cumprir com seus deveres de eficiência e efetividade na persecução policial e no processo judicial, agravando os atos de violação a direitos humanos dos seus cidadãos.

Também a jurisprudência constitucional brasileira apresenta casos que compreendem a vinculação do direito fundamental à segurança do artigo 6º com a questão da segurança pública. No Ag.Rg. no RExt nº 559.646/PR e no Ag.Rg. no RExt nº 654.823/RS, o Supremo Tribunal Federal assinalou que o direito à segurança mencionado no artigo 6º relaciona-se com o direito à segurança pública do artigo 144 e que o Poder Judiciário pode determinar a implementação de políticas públicas relacionadas à segurança pública sem caracterizar violação do princípio da separação dos poderes, visto que o Tribunal Constitucional tem competência para obrigar a Administração a adotar medidas assecuratórias de direitos fundamentais. O caso gaúcho, em específico, versa sobre a determinação judicial, por intermédio de ação civil pública, de

24 Caso *Castillo Páez versus Peru*. Sentença de 03 de novembro de 1997, p. 2.

implantação de atendimento de plantão ininterrupto pela Brigada Militar do Estado com base no direito fundamental à segurança.

Sobre a aplicação desse direito fundamental, a presença do direito à segurança tanto entre os direitos clássicos de primeira geração quanto entre os direitos sociais de segunda geração demonstra o espectro normativo de dupla perspectiva desta norma. Em outras palavras, pela própria posição no capítulo I e no capítulo II do Título referente aos direitos fundamentais previstos na nossa Magna Carta, extrai-se o âmbito negativo de abstenção de ingerências estatais como segurança do indivíduo, em uma perspectiva liberal forte nas duas primeiras dimensões, e o âmbito positivo de dever estatal de proteger o indivíduo de violações nos seus direitos, numa perspectiva prestacional do Estado forte na terceira dimensão apresentada. Na perspectiva negativa, o direito fundamental à segurança, enquanto instrumento de estabilidade e previsibilidade, possui aplicabilidade imediata como contenção ao poder estatal; diferentemente, na perspectiva prestacional, enquanto instrumento de segurança social, sua aplicabilidade depende de regulamentação do Estado pela via legislativa e executiva.

Em uma perspectiva crítica a esse entendimento, Baratta (2004, p. 200) afirma que o direito à segurança não funciona da mesma maneira que os direitos fundamentais, visto que seria um direito e uma necessidade secundária. Conforme o criminólogo italiano, a segurança não possui existência autônoma, a função desta seria a de proteger e garantir os outros direitos ditos primários, como vida, liberdade, educação e propriedade. Destarte, o direito à segurança funcionaria como um direito a ter direitos, quase como uma forma de certeza de que aqueles direitos primários dos indivíduos serão tutelados.

Assim, ainda conforme o autor, o direito à segurança deve ser construído de forma normativa e não fática, visto que a função daquele seria meramente assecuratória de outros direitos, não existindo um âmbito prestacional do Estado à concretização positiva do direito à segurança. Com base nisso, o autor defende que o direito fundamental à segurança é uma construção constitucional falsa, já que supérflua se significa o direito de todos os direitos para todos os indivíduos, ou ideológica se implica a sele-

ção de alguns direitos de um grupo privilegiado em detrimento de outros direitos de um grupo excluído (BARATTA, 2004, p. 202).

No ordenamento jurídico brasileiro, porém, a fundamentalidade do direito à segurança está amparada materialmente e formalmente na Constituição Federal, da qual decorre um viés prestacional e fático desse direito, na linha dos mencionados julgados da Corte Interamericana de Direitos Humanos e do Supremo Tribunal Federal. Assim, as críticas de Baratta (2004) não podem ser importadas ao ordenamento jurídico brasileiro sem a necessária contextualização. Efetivamente, como destacado pelo autor italiano, há de se entender que o direito fundamental à segurança indubitavelmente incorpora a função de proteger e garantir os outros direitos, além de abranger o direito à segurança jurídica. Quanto a isso, não parece haver dissenso entre a doutrina. No entanto, retornando à análise da terceira dimensão do direito à segurança, segundo a compreensão jurisprudencial já posta no ordenamento jurídico, é papel do Estado a diminuição de riscos inerentes à segurança externa, relativa a ameaças vindas do estrangeiro, e também à segurança interna, em relação a ameaças que estão dentro do território nacional (BALTAZAR, 2010, p. 187). Trata-se de proteção no sentido objetivo, ou seja, de riscos e perigos efetivos, e não em face de sentimento de insegurança. Contudo, não deve o Estado se abster de demonstrar de forma transparente o esclarecimento do medo, como afirma Baltazar (2010, p. 188): “é papel do Estado debelar ou esclarecer a população, a fim de afastar o perigo real ou esclarecer as suas dimensões verdadeiras”.

Dessa forma, compreende-se o direito fundamental à segurança como ínsito e imanente a um Estado Democrático de Direito (FISCHER; PEREIRA, 2018, p. 32), pautado na dignidade da pessoa humana como simultaneamente limite e tarefa dos poderes estatais e da comunidade em geral (SARLET, 2015, p. 56). Então, o “direito fundamental à segurança não trata exclusivamente de segurança jurídica, mas de segurança de bens jurídicos, ou seja, de uma proteção que se dá não apenas no nível normativo, mas efetivo, de realidade contra agressões de terceiros” (BALTAZAR, 2010, p. 188), limitado no devido respeito à dimensão negativa deste e na dignidade da pessoa humana.

No plano convencional, referente à Convenção interamericana de Direitos Humanos, o direito à segurança também possui importância destacada, abrangendo os mesmos âmbitos de aplicação do direito fundamental à segurança como positivado na CF/1988, sendo assim porque a Convenção prevê a segurança tanto como dever quanto como direito da pessoa humana, conforme seus artigos 7²⁵ e 32²⁶. Ademais, toda pessoa tem direito à segurança não apenas jurídica, mas também pessoal, devendo essa ser garantida de forma positiva pelo Estado, consoante artigos 22²⁷ e 27²⁸ também da Carta Interamericana.

4 Considerações finais

Observado o desenvolvimento do presente ensaio, e sem qualquer pretensão de, nessas poucas linhas, esgotar o debate sobre a natureza e o conteúdo do direito à segurança, tampouco adentrar no exame necessário dos seus limites, é possível, diante das previsões da Constituição Federal brasileira e da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, assentar a natureza fundamental do direito à segurança.

25 1. Toda pessoa tem direito à liberdade e à segurança pessoais.

26 2. Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, numa sociedade democrática.

27 3. O exercício dos direitos acima mencionados não pode ser restringido senão em virtude de lei, na medida indispensável, numa sociedade democrática, para prevenir infrações penais ou para proteger a segurança nacional, a segurança ou a ordem públicas, a moral ou a saúde públicas, ou os direitos e liberdades das demais pessoas.

28 Artigo 27. Suspensão de garantias: 1. Em caso de guerra, de perigo público, ou de outra emergência que ameace a independência ou segurança do Estado Parte, este poderá adotar disposições que, na medida e pelo tempo estritamente limitados às exigências da situação, suspendam as obrigações contraídas em virtude desta Convenção, desde que tais disposições não sejam incompatíveis com as demais obrigações que lhe impõe o Direito Internacional e não encerrem discriminação alguma fundada em motivos de raça, cor, sexo, idioma, religião ou origem social. 2. A disposição precedente não autoriza a suspensão dos direitos determinados seguintes artigos: 3 (Direito ao reconhecimento da personalidade jurídica); 4 (Direito à vida); 5 (Direito à integridade pessoal); 6 (Proibição da escravidão e servidão); 9 (Princípio da legalidade e da retroatividade); 12 (Liberdade de consciência e de religião); 17 (Proteção da família); 18 (Direito ao nome); 19 (Direitos da criança); 20 (Direito à nacionalidade) e 23 (Direitos políticos), nem das garantias indispensáveis para a proteção de tais direitos. 3. Todo Estado Parte que fizer uso do direito de suspensão deverá informar imediatamente os outros Estados Partes na presente Convenção, por intermédio do Secretário-Geral da Organização dos Estados Americanos, das disposições cuja aplicação haja suspenso, dos motivos determinantes da suspensão e da data em que haja dado por terminada tal suspensão.

No presente estudo, tendo como premissa a íntima relação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, no atual contexto social democrático, a natureza fundamental do direito à segurança decorre do texto positivado, reforçada pela perspectiva constitucional histórica da positivação de direitos individuais e sociais e da análise da jurisprudência constitucional e convencional recente.

Esse direito, no entanto, possui âmbitos de aplicação diversos, compreendendo tanto uma perspectiva liberal de não atuação do Estado quanto uma perspectiva social de prestação positiva do Estado. O seu conteúdo normativo abarca, pelo menos, três dimensões relacionadas com a estabilidade das relações jurídicas, a previsibilidade da atuação do Estado e a redução de riscos que os cidadãos correm no convívio social. Dentro da terceira dimensão está a segurança pública, conforme artigo 144 da Constituição Federal. Extrai-se, do direito fundamental e convencional à segurança, na terceira dimensão, deveres de efetivação de tutela penal e processual penal, os quais devem coexistir com as liberdades individuais enunciadas no artigo 5º da CF/1988, denominadas normas de primeira dimensão.

No âmbito penal, os deveres de tutela (material e processual) impõem ao Estado condutas ativas como forma de efetivar o direito fundamental à segurança. Seu fundamento está no dever de o Estado assegurar o livre desenvolvimento da personalidade e da dignidade da pessoa humana no convívio social. Para tanto, a sociedade política prevê e efetiva mecanismos de coibição de violações aos direitos fundamentais – independentemente de quem os faça, isto é, seja outro particular, seja o próprio Estado. E isso não significa qualquer sobreposição de interesses sociais em face de interesses individuais, mas unicamente o reconhecimento de que, em razão do dever de promover a dignidade da pessoa humana, o Estado deve implementar ações que assegurem os direitos e as garantias individuais, inclusive pela via penal, quando necessário. É, porém, nos específicos casos concretos que eventuais colisões devem ser solucionadas, sempre tendo como premissa interpretativa a prevalência dos direitos humanos e a compreensão do sistema penal como limite ao poder do Estado.

Essa natureza fundamental do direito à segurança já é reconhecida pela jurisprudência constitucional e convencional. O relevante, uma vez assentado isso, é o aprofundamento do estudo do conteúdo e das limitações deste, o que, no entanto, demanda um estudo específico.

Referências

ALEXY, Robert. **Constitucionalismo Discursivo**. 4. ed. Tradução Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015.

ALEXY, Robert. **Teoria dos Direitos Fundamentais**. 2. ed. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2017.

BALEEIRO, Aliomar. **1946**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crime organizado e proibição de insuficiência**. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

BARATTA, Alessandro. Seguridad. In: FAIRA, Julio César (ed.). **Criminología y sistema penal (compilación in memoriam)**. Buenos Aires: Editorial BdeF, 2004. p. 199-220.

BOBBIO, Norberto. **O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo**. Tradução: Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e terra, 1997.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. **Diário**

Oficial da União, Brasília, DF, 5 out. 1988.

BRASIL. Decreto nº. 678, de 6 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 24 fev. 1891. Nós, os representantes do povo brasileiro, reunidos em Congresso Constituinte, para organizar um regime livre e democrático, estabelecemos, decretamos e promulgamos a seguinte. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao91.htm.

BRASIL. **Constituição da República dos Estados Unidos do Brasil**. Nós, os representantes do povo brasileiro, pondo a nossa confiança em Deus, reunidos em Assembléia Nacional Constituinte para organizar um regime democrático, que assegure à Nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social e econômico, decretamos e promulgamos a seguinte. Diário Oficial, Rio de Janeiro, 16 jul. 1934. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao34.htm.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1967**. Diário Oficial, Brasília, DF, 24 jan. 1967. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao67.htm.

BRASIL. **Constituição dos Estados Unidos do Brasil**. A Mesa da Assembléia Constituinte promulga a Constituição dos Estados Unidos do Brasil e o Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, nos termos dos seus arts. 218 e 36, respectivamente, e manda a todas as autoridades, às quais couber o conhecimento e a execução desses atos, que os executem e façam executar e observar fiel e inteiramente como neles se contêm. Rio de Janeiro, 18 set. 1946. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao46.htm.

BRASIL. **Constituição Política do Imperio do Brazil**. Rio de Janeiro, 25 mar. 1824. Manda observar a Constituição Política do Imperio, oferecida e jurada por Sua Magestade o Imperador. Coleção das Leis do Império do Brasil de 1824, p. 7. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao24.htm.

CAMPOS, Francisco. A Constituição de 1937 e sua vigência. Rio de Janeiro. 3 de março de 1945. Correio da Manhã In: PORTO, Walter Costa. **1937**. 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Comentários à Constituição do Brasil**. São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

COMPARATO. Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal:** a constituição penal. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2012.

FISCHER, Douglas; PEREIRA, Frederico Valdez. **As obrigações penais positivas:** segundo as Cortes Europeia e Interamericana de Direitos Humanos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2018.

KANT, Immanuel. **Groundwork for the metaphysics of morals.** Tradução: Allen W. Wood. New Haven: Yale University Press, 2002.

LEAL, Rogério Gesta. **A responsabilidade penal do patrimônio ilícito como ferramenta de enfrentamento da criminalidade.** Porto Alegre: FMP, 2017. Disponível em: <http://www.fmp.edu.br/servicos/285/publicacoes/>.

LEAL, Rogério Gesta. **Segurança Pública e direito penal como ultima ratio na sociedade de riscos.** Porto Alegre: FMP, 2017.

MAYA, André Machado. O processo penal na sociedade de risco: perseguição entre os ideais de liberdade e segurança. **Revista de Direito Penal, Processo Penal e Constituição**, Brasília, v. 3, n. 1, p. 97-117, jan.-jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Declaração Universal dos Direitos Humanos.** 10 dez. 1948. Disponível em: https://www.ohchr.org/EN/UDHR/Documents/UDHR_Translations/por.pdf.

PORTO, Walter Costa. **1937.** 3. ed. Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, 2012.

RAWLS, John. **Uma teoria da justiça.** Tradução Almiro Pisetta e Lenita M. R. Esteves. São Paulo: Martins Fontes, 1997.

REPUBLIQUE FRANÇAISE. **Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen de 1789.** Paris: Imprimeur de L'Assemblée Nationale, 1789. Disponível em: <https://www.legifrance.gouv.fr/Droit-francais/Constitution/Declaration-des-Droits-de-l-Homme-et-du-Citoyen-de-1789>.

SÁNCHEZ, Jesús-Maria Silva. **La expansion del derecho penal.** 2. ed. Madrid: Civitas, 2001.

SANDEL, Michael. **Justiça: o que é fazer a coisa certa.** Tradução: Heloísa Matias e Maria Alice Máximo. 10. ed. Rio de Janeiro: Civilização brasileira, 2013.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos direitos fundamentais.** 9. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. **Dignidade (da pessoa) humana e direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988.** 10. ed. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2015.

SOUZA NETO, Cláudio Pereira de. Direito à segurança. In: CANOTILHO, José Joaquim Gomes; SARLET, Ingo Wolfgang; STRECK, Lenio Luiz; MENDES, Gilmar Ferreira (org.). **Comentários à Constituição do Brasil.** São Paulo: Saraiva/Almedina, 2013.

STRECK, Lenio Luiz; MOTTA, Francisco Borges. Para entender o novo código de processo civil: da dignidade da pessoa humana ao devido processo legal. **Revista Opinião Jurídica**, Fortaleza, ano 14, n. 19, p. 112-128, jul.-dez. 2016.

THE UNITED STATES OF AMERICA. United States Senate. **Constitution of the United States.** 4 mar. 1789. Disponível em: https://www.senate.gov/civics/constitution_item/constitution.htm.

ALGUNAS CONSIDERACIONES PRÁCTICAS SOBRE LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO *AUT DEDERE AUT IUDICARE* EN CHILE

Eduardo Picand¹

¹ Profesor de Derecho Internacional Privado Universidad de Chile - Profesor de Postgrado Universidad Finis Terrae - Miembro del IHLADI

A propósito de la extradición pasiva solicitada por Argentina por delito de robo en lugar no habitado frustrado respecto del ciudadano chileno Juan Carlos Aguilar León, quisiéramos comentar brevemente la sentencia definitiva que rechazó su extradición a dicho país, ordenando su juzgamiento en Chile (Rol 6595-2014).

La discusión sobre la facultad que tienen los Estados de extraditar a sus propios nacionales, y la obligación de someterlos a juzgamiento ante sus tribunales en caso de no hacerlo, es tan antigua como la extradición. En Chile, no existe impedimento legal alguno para extraditar chilenos al extranjero cuando se han acreditado antecedentes serios y graves de su participación en un delito. La no entrega de nacionales es, en nuestro país, una "facultad" exclusiva de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha utilizado en muy pocas oportunidades, y cuando así ha sido, no ha dejado jamás de cumplir el principio *aut dedere aut iudicare*, ordenando su inmediato juzgamiento ante los tribunales chilenos.

El 08 de abril de 2014, la Sala Penal de la Excm. Corte Suprema, conociendo el recurso de apelación autos Rol 6595-2014, dispuso que el requerido chileno de una extradición solicitada por la Republica de Argentina, fuera juzgado en Chile, no obstante haber cometido un delito en dicho territorio.

Razones: "...Que tal como lo señala la defensa en su recurso, la extradición de nacionales del país requerido no es obligatoria, conforme se expresa en el artículo 2° de la Convención de Montevideo de 1933, que ambas Repúblicas han ratificado debidamente, el que dispone que: "Cuando el individuo fuere nacional del Estado requerido, por lo que respecta a su entrega, esta podrá o no ser acordada según lo determine la legislación o las circunstancias del caso, a juicio del Estado requerido. Si no entregare al individuo, el Estado requerido queda obligado a juzgarlo por el hecho que se le imputa, si en él concurren las condiciones establecidas en el inciso b del artículo 1, y a comunicar al Estado requirente, la sentencia que recaiga". 3° Que como se aprecia, la disposición transcrita contempla una facultad que se encuentra vigente y que fue libremente convenida por los Estados que suscribieron la Convención, de cuyo ejercicio no es posible aducir que se siga algún perjuicio concreto, salvo

que se falte a los requisitos legales establecidos para su procedencia, cuyo no es el caso, puesto que basta con que se trate de un nacional del Estado requerido, lo que se encuentra fuera de discusión. 4° Que en estas condiciones, y dado que el Ministerio Público solo esgrime consideraciones de orden práctico para refutar el ejercicio de la facultad de que se trata que pueden ser superadas por las convenciones existentes en materia probatoria y asistencia mutua en materia penal y por las propias normas del Código Procesal Penal, y sin perjuicio de la procedencia de la extradición por concurrir todos los requisitos que la hacen admisible, no procederá a la entrega de Juan Carlos Aguilar León, en razón de su nacionalidad, el que de conformidad a lo expresado en los razonamientos precedentes, deberá ser juzgado por el delito materia de la solicitud de fojas 8 por el tribunal chileno con competencia en lo penal que corresponda".

El 10 de abril de 2014, la Excm. Corte Suprema de Justicia, remitió al Sr. Fiscal Nacional, el expediente de extradición pasiva.

El imputado permaneció sujeto a la medida cautelar de prisión preventiva, decretada en los autos de extradición por la Ministra Instructora Sra. Gloria Ana Chevesich.

El día 21 de abril de 2014, el Sr. Fiscal Nacional derivó los antecedentes al Sr. Fiscal Regional de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, ordenándole dar inicio a una investigación penal en Chile en contra del imputado Juan Carlos Aguilar León, por el delito de robo cometido en el extranjero y en cumplimiento a lo ordenado por la Sala Penal de la Excm. Corte Suprema.

El martes 29 de abril de 2014, se dio inicio a la investigación penal RUC 1400420509-0, designándose a la Fiscal Adjunta de la Fiscalía de Alta Complejidad, Sra. Macarena Cañas Aranda, a cargo de la investigación..

El 22 de mayo de 2014, la Fiscal Adjunto antes aludida, formalizó la investigación ante el 5° Juzgado de Garantía de Santiago, por delito de robo en lugar no habitado en grado de ejecución consumado, fijándose un plazo de investigación de 90 días, manteniendo la prisión preventiva decretada en su oportunidad por la Ministra Instructora de la causa.

Cabe destacar que durante el procedimiento, el imputado realizó un depósito de \$150.000 pesos a favor de la víctima del delito ocurrido en Argentina, configurando de esa manera la atenuante de responsabilidad penal contemplada en el artículo 11 N° 7 del Código Penal.

El 07 de agosto de 2014, el imputado fue condenado por el Juez del 5° Juzgado de Garantía de Santiago, Sr. Carlos Gutiérrez Moya, en procedimiento abreviado, como autor de un delito de robo en lugar no habitado, en grado de ejecución consumado, a la pena efectiva de 225 días de presidio menor en su grado mínimo. El requerido obtuvo su libertad ese mismo día al dársele la pena por cumplida atendido el tiempo que permaneció privado de libertad en la causa de extradición pasiva. La pena impuesta fue posible considerando la concurrencia de las atenuantes previstas en los numerales 7° y 9° del artículo 11 del Código Penal.

b) ¿Qué Fiscalía Regional debe investigar el delito en Chile?

En todos aquellos casos en que se aplica la facultad de no entrega por razones de nacionalidad, el Ministerio Público ejercerá sus funciones a través de la Fiscalía Regional Metropolitana Centro Norte, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 6° N° 8² y 167³ del Código Orgánico de Tribunales, en relación con lo prevenido en el artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 19.640⁴, Orgánica Constitucional del Ministerio Público de Chile.

2 El artículo 6° N° 8° del Código Orgánico de Tribunales dispone que "Quedan sometidos a la jurisdicción chilena los crímenes y simples delitos perpetrados fuera del territorio de la República que a continuación se indican: 8°. Los comprendidos en los tratados celebrados con otras potencias...".

3 El artículo 167 del Código Orgánico de Tribunales dispone que "Las competencias propias de los Jueces de Garantía y de los Tribunales Orales en lo Penal respecto de los delitos perpetrados fuera del territorio nacional que fueren de conocimiento de los tribunales chilenos serán ejercidas, respectivamente, por los Tribunales de Garantía y Orales en lo Penal de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme al turno que dicho tribunal fije a través de un auto acordado."

4 El artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que "Tratándose de delitos cometidos en el extranjero que fueren de competencia de los tribunales chilenos, las facultades del Ministerio Público serán ejercidas por el fiscal adjunto de la Región Metropolitana que sea designado por el Fiscal Regional Metropolitano con competencia sobre la comuna de Santiago, sin perjuicio de las potestades que son propias del Fiscal Nacional conforme a esta ley orgánica constitucional".

c) La investigación fiscal por un hecho ocurrido en el extranjero. Dificultades a las que debe enfrentarse el fiscal para indagar y probar los hechos en juicio.

El artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 19.640, Orgánica Constitucional del Ministerio Público, dispone que "Tratándose de delitos cometidos en el extranjero que fueren de competencia de los tribunales chilenos, las facultades del Ministerio Público serán ejercidas por el fiscal adjunto de la Región Metropolitana que sea designado por el Fiscal Regional Metropolitano con competencia sobre la comuna de Santiago, sin perjuicio de las potestades que son propias del Fiscal Nacional conforme a esta ley orgánica constitucional".

Hemos visto que en todos aquellos casos en que se ha dispuesto el juzgamiento en Chile de un imputado de nacionalidad chilena que ha sido requerido en extradición por un Estado extranjero, se ha dado inicio a una investigación fiscal fijándose plazos judiciales muy variables (60 o 90 días). Pues bien, dentro de dicha investigación, el fiscal a cargo podrá ejercer todas y cada una de las facultades que la Constitución Política de la República y la ley le confieren, dentro de las cuales está la de ejercer la acción penal pública, en su caso; dirigir de manera exclusiva la investigación –con estricto apego a los principios de legalidad y objetividad-, así como también dar protección a las víctimas y a los testigos del delito.

Pues bien, cabe preguntarse entonces ¿de qué manera el fiscal a cargo de la indagatoria podrá dirigir la investigación de un delito que se ha cometido en el extranjero considerando que no puede actuar ni instruir diligencias más allá de su territorio?; ¿de qué forma el fiscal cumplirá la obligación de dar protección a víctimas y testigos en caso que las víctimas y los testigos se encuentren radicados en el extranjero?. En estos casos, las "facultades" a las que alude el artículo 27 inciso 2° de la Ley N° 19.640, podrán ejercerse sin inconvenientes respecto de las diligencias investigativas que deben ejecutarse en Chile, sin embargo, las diligencias investigativas que deba realizar el fiscal en territorio extranjero –no debe olvidarse que el delito se cometió fuera de Chile-, como por ejemplo instruir la práctica de una declaración

testimonial o un peritaje, deberá ejecutarlas siempre a través de interpósita persona, esto es, por medio de las autoridades del Estado que precisamente solicitó la extradición del ciudadano chileno que no ha sido entregado, y para ello deberá acudir a los mecanismos de cooperación jurídica internacional que prevean la ley y los tratados internacionales aplicables. De esta forma, si el fiscal requiere tomar declaraciones testimoniales dentro de la investigación o practicar exámenes corporales o periciales, o realizar cualquier otra diligencia en el extranjero, deberá solicitar la asistencia legal mutua de las autoridades del Estado al que precisamente se le ha negado el derecho a juzgar al imputado chileno, formulando tantos cuantos requerimientos de asistencia internacional en materia penal sean necesarios.

Un problema práctico que puede avizorarse en esta punto es la demora con la cual se ejecutan en el extranjero las solicitudes de asistencia internacional, en donde es posible constatar que el plazo promedio de ejecución no es inferior a seis meses, lo que muchas veces implicará que la documentación no llegue a Chile dentro del plazo judicial de investigación que se ha fijado al formalizar la investigación en nuestro país, motivo por el cual resulta conveniente que el fiscal del caso, antes de formalizar la investigación, formule los exhortos internacionales que sean necesarios para la práctica de las diligencias que ha instruido en Chile y que deban realizarse en el extranjero.

Sin perjuicio de lo señalado precedentemente, no debe olvidarse que la Excm. Corte Suprema de Justicia, al rechazar la entrega del imputado por razones de nacionalidad, ha debido conceder previamente la extradición, entendiendo que se ha cumplido entonces la exigencia prevista en el artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal, esto es, que de los antecedentes fundantes enviados por el Estado requirente en respaldo al pedido de extradición, pudiere presumirse que en Chile se deduciría acusación fiscal por esos mismos hechos, lo que supone que la investigación penal desarrollada en el extranjero se encuentre lo suficientemente avanzada y respaldada en pruebas de cargo contundentes que, desde luego, simplificarán la tarea investigativa que deba llevar a cabo el fiscal chileno.

d) ¿Qué tribunal tiene competencia para conocer de los hechos?. Aplicación del Auto Acordado de la I. Corte de Apelaciones de Santiago, de 2007.

El artículo 167 del Código Orgánico de Tribunales dispone que "Las competencias propias de los Jueces de Garantía y de los Tribunales Orales en lo Penal respecto de los delitos perpetrados fuera del territorio nacional que fueren de conocimiento de los tribunales chilenos serán ejercidas, respectivamente, por los Tribunales de Garantía y Orales en lo Penal de la jurisdicción de la Corte de Apelaciones de Santiago, conforme al turno que dicho tribunal fije a través de un auto acordado.

En cumplimiento de esta disposición, la I. Corte de Apelaciones de Santiago dictó el 22 de mayo de 2007, un Auto Acordado con el objeto de fijar turnos de los Tribunales Orales en lo Penal y de los Juzgados de Garantía de esa jurisdicción⁵. El documento fue publicado en el Diario Oficial el martes 19 de junio de 2007.

e) ¿Es posible acordar salidas alternativas al proceso penal?

En nuestra opinión, el hecho que la Corte Suprema haya entendido concurrente la exigencia del artículo 449 letra c) del Código Procesal Penal, entendiendo que los antecedentes del procedimiento permiten presumir que en Chile se deduciría acusación fiscal por los hechos ocurridos en el extranjero, no obsta de modo alguno a que el Ministerio Público pueda explorar salidas alternativas. De hecho, quien fue víctima del delito en el extranjero, podría entablar querrela criminal en Chile, conforme las reglas generales, debiendo ser escuchada en todo caso.

Así, pues, en el caso de la suspensión condicional del procedimiento, el fiscal debiera requerir, previo a la propuesta judicial de esta salida alternativa, la manifestación de voluntad de la víctima del delito⁶ (probablemente se encontrará en el extranjero), ya sea a través de una declaración que se obtenga por medio de un

5 El Auto Acordado no es aplicable a los Juzgados de Garantía 10°, 11°, 12° y 15° y el 6° Juzgado Oral en lo Penal, pues ellos corresponden a la jurisdicción de la Ilma. Corte de Apelaciones de San Miguel.

6 Tanto aquél que ha sido directamente ofendido en el delito como aquellos considerados como víctimas conforme lo dispuesto en el artículo 108 del Código Procesal Penal.

exhorto internacional o por cualquier otro medio. Otro aspecto importante de determinar en el caso de la suspensión condicional del procedimiento, es el hecho que el requerido puedan no registrar anotaciones penales pretéritas en Chile, pero sí en el Estado requirente de la extradición, caso en el cual, a nuestro juicio, no debe accederse a esta salida alternativa, aún cuando no registre condenas previas en nuestro país. De esta forma entonces, nos parece que en estos casos el fiscal chileno a cargo de la indagatoria debe requerir al Estado requirente de la extradición, previo a plantear esta salida alternativa, un certificado de antecedentes penales del ciudadano chileno en ese país, vía requerimiento de asistencia internacional, y sólo una vez que constate que no registra condenas en el Estado extranjero y en Chile, podrá evaluar la procedencia de la suspensión condicional del procedimiento.

En el caso de los acuerdos reparatorios, la necesidad de escuchar y contar con la voluntad de la víctima que se encuentre en el extranjero será aún mayor, pues únicamente podrá aprobarse este acto jurídico en la medida que se constate el cumplimiento de todos los requisitos previstos en la ley chilena.

Tampoco existiría impedimento alguno a nuestro juicio para que el proceso penal que se ha iniciado en Chile en contra del requerido de nacionalidad chilena, pueda sujetarse a las normas de procedimiento simplificado o abreviado, puesto que el juzgamiento en Chile no importa necesariamente la realización de un juicio oral.

f) Las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal. El sobreseimiento definitivo.

El enjuiciamiento del imputado en Chile permite que puedan hacerse valer a su respecto cualquiera de las circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal previstas en el Derecho chileno, puesto que su juzgamiento se llevará a cabo utilizando la ley penal chilena. En consecuencia, se podrán invocar y probar en Chile las circunstancias atenuantes, agravantes o eximentes de responsabilidad penal que reconoce la ley chilena, aun cuando ellas no estén previstas en la ley del Estado requirente de la extradición, y, de igual forma, no podrán invocarse aquéllas

contempladas en dicha legislación foránea, si no se encuentran previstas en nuestra ley.

El tema en discusión tiene particular relevancia tratándose de la atenuante de irreprochable conducta anterior que contemplan los diversos ordenamientos jurídicos, pues podría darse el caso que el requerido de nacionalidad chilena tenga un nutrido extracto de filiación y antecedentes penales pretéritos en el Estado que solicitó su extradición, sin que, paradójicamente, registre condena alguna en Chile, lo que conllevaría que en caso de ser condenado se le aplicara una pena penal muy inferior a la que podría haber recibido en caso de ser extraditado. En estos casos, parece oportuno que el fiscal adjunto solicite a las autoridades del Estado requirente de la extradición, a través de un requerimiento de asistencia internacional, el envío del certificado de antecedentes penales del imputado, lo que permitirá verificar al tribunal si concurre eventualmente la atenuante de irreprochable conducta anterior o eventualmente se configura una agravante de reincidencia, según la naturaleza del delito investigado.

Por consiguiente, no vemos inconveniente que el fiscal pueda cerrar la investigación y solicitar el sobreseimiento definitivo de la causa: a) Cuando el imputado estuviere exento de responsabilidad criminal en conformidad al artículo 10 del Código Penal o en virtud de otra disposición legal; b) Cuando se hubiere extinguido la responsabilidad penal del imputado por algunos de los motivos establecidos en la ley; c) Cuando sobreviniere un hecho que, con arreglo a la ley, pusiere fin a dicha responsabilidad, y d) Cuando el hecho de que se tratase hubiere sido materia de un procedimiento penal en el que hubiere recaído sentencia firme respecto del imputado.

Descartamos en principio la posibilidad de decretar el sobreseimiento definitivo por las causales previstas en las letras a) y b) del artículo 250 del Código Procesal Penal⁷, considerando que ellas son incompatibles a nuestro juicio con la concurrencia del requisito previsto en la letra c) del artículo 449 del Código Procesal Penal, el que previamente ha constatado la Excm. Cor-

⁷ El artículo 250 del Código Procesal Penal dispone que: "El juez de garantía decretará el sobreseimiento definitivo: a) cuando el hecho investigado no fuere constitutivo de delito; b) Cuando apareciere claramente establecida la inocencia del imputado...".

te Suprema, por medio de sentencia firme, entendiendo que de los antecedentes es posible presumir que en Chile se deduciría acusación fiscal en contra del imputado.

g) ¿Es posible excluir por ilegalidad o ilicitud la prueba obtenida en el extranjero en la audiencia de preparación de juicio oral que se realizará en Chile?. Nuestra opinión.

La Sala Penal de la Corte Suprema ha dicho reiteradamente que la extradición pasiva es un “ante-juicio de mérito”⁸ que no tiene por objeto determinar la inocencia o culpabilidad del requerido, sino que únicamente la concurrencia de las circunstancias que la hacen procedente. En este sentido, ha descartado de manera muy enfática que la audiencia del artículo 448 del Código Procesal Penal sea un “juicio oral” o una “audiencia de preparación de juicio oral”, en donde pueda discutirse la legalidad o ilegalidad de las pruebas obtenidas en el extranjero y que sirven de fundamento al pedido de extradición⁹.

8 Sobre la calificación jurídica de “ante-juicio” de mérito de la extradición, véase: Rol 7477-2014; Rol 6865-2014; Rol 13.582-2013; Rol 1937-2013; entre otros. La sentencia definitiva dictada en los autos de extradición pasiva Rol 1858-2010, resulta particularmente elocuente: “SÉPTIMO: Que, antes que todo, y acorde con lo que se viene narrando, es útil dejar consignado que la gestión de solicitud de extradición pasiva no constituye propiamente un juicio, pues no persigue acreditar la existencia del delito y determinar la persona del delincuente para imponerle una pena o absolverlo, sino que consiste en un mero procedimiento destinado a establecer la concurrencia de los requisitos que la hacen procedente, cuales son los expresados anteriormente en lo relativo al sujeto extraditable, al delito y a la naturaleza y extensión de la sanción aplicable. Esto, sin perjuicio de que los artículos 444 y 448 del Código Procesal Penal facultan al Estado requirente y al imputado para producir prueba para acreditar tales supuestos (se emplea la voz “quisieren”).” “Acerca de lo que se acota la Comisión de la Cámara dijo: “No es función de la Corte, ni del ministerio público, hacer un juicio de culpabilidad completo de la persona antes de conceder extradición. La extradición es una especie de juicio de mérito: determina si tiene o no tiene fundamento la petición de extradición para que el otro tribunal lo juzgue. No tiene sentido acreditar si es culpable o inocente”. La Comisión del Senado indicó “que la investigación que puede realizarse en Chile respecto de un delito cometido en el extranjero es mínima, ya que los antecedentes deben ser proporcionados por el Estado requirente” (Tratado del Proceso Penal y el Juicio Oral, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, páginas 505 y 506). Es por lo acotado, que la ley otorga al Estado requirente y al imputado la posibilidad, facultativa solamente, de rendir prueba si lo desean, con la limitación que expone el mismo artículo 444”. Igual criterio es el recogido en los fallos de la Excm. Corte Suprema de Justicia dictados en los procesos de extradición pasiva: Rol 476-2008; Rol 5570-2008; entre otros.

9 En sentencia de 1° instancia: [Rol N° 6.977-2010], la Ministra Instructora Sra. Margarita Herreros, resolvió, con fecha 07 de marzo de 2011, que “Undécimo: Que como se tiene dicho, la defensa impugnó el valor de la prueba presentada por el Estado requirente, aduciendo que carece de respaldo jurídico y además, es ilícita. Se funda en que las declaraciones de testigos en su contra, fueron obtenidas por el agente persecutor mediante preguntas formuladas de forma asertiva, que sugerían al deponente la respuesta deseada, y a las que éstos se limitaron a contestar afirmativamente, sin dar razón circunstanciada sobre los hechos acerca de los cuales declaraban, como exigen los

Sin embargo, la situación cambia radicalmente cuando se ha dispuesto por sentencia firme que el requerido chileno sea juzgado en nuestro país y por tribunales chilenos, pues para ello se iniciará un proceso penal que sí tiene por objeto determinar la inocencia o culpabilidad del imputado en los hechos ocurridos en el extranjero y que motivaron la solicitud de extradición. En este nuevo escenario y luego que se formalicen cargos en contra del requerido, se dará inicio a una investigación formal a cargo del Ministerio Público, en donde el fiscal podrá decretar diligencias investigativas con el objeto de recabar prueba en Chile o en el extranjero. Esa prueba, a nuestro entender, debe obtenerse con estricto apego a los criterios y estándares de la ley chilena, siendo absolutamente procedente la exclusión de la misma en

artículos 309 y 330 del Código Procesal chileno...”. “...Duodécimo: Que sobre estas alegaciones cabe reflexionar que este tribunal, en la presente sentencia, no está juzgando a MARCELA ELENA OLIVARES por los hechos en que se funda la solicitud de extradición, sino solamente verificando si existen antecedentes serios que permitan presumir que tuvo alguna participación en ellos, para los efectos —en caso afirmativo— de ponerla a disposición del Estado requirente, para que sea éste quien la juzgue por su posible participación en los mismos; juicio este último, en que la imputada estará facultada para formular las observaciones tendientes a destruir el valor de la prueba incriminatoria. Ahora bien, en el análisis que hace esta sentenciadora de los antecedentes aportados para discernir la seriedad del cargo que se formula en contra de MARCELA ELENA OLIVARES, no le está permitido exigir pormenorizadamente el cumplimiento de todos los requisitos establecidos en nuestro propio sistema procesal para cada medio de prueba. En síntesis, no le corresponde poner en tela de juicio el sistema procesal penal del Estado requirente, por diferente que sea del nuestro...”. “...De manera que los medios de prueba aportados por el Estado requirente, en apoyo de su solicitud de extradición y para los efectos que esta sea acogida, al revés de lo sostenido por la defensa, no puede ser excluida de partida en este procedimiento por “carecer de respaldo jurídico, ser ilícita o no ser fidedigna”, sino que, por el contrario, requiere ser analizada por esta sentenciadora en cuanto al fondo, para determinar su valor probatorio, pero —como se ha dicho al comienzo de este considerando— sólo para convencerse si existe o no mérito para someter a juicio... por los hechos que se le imputan, y en caso afirmativo, entregarla al Estado requirente, que será el que la juzgue; procedimiento este último, en que ella podrá nuevamente impugnar y discutir la prueba en cuestión, para intentar destruirla a la luz de la legislación de los Estados Unidos de América y los principios fundamentales de Derecho Procesal internacionalmente reconocidos, pudiendo obtener así una sentencia absolutoria.”. Luego, el 04 de mayo de 2011, y con más fuerza aún, la Sala Penal de la Excm. Corte Suprema de Justicia, conociendo del tercer recurso de nulidad interpuesto en un procedimiento de extradición pasiva en Chile, [autos Rol N° 2.218-2011], reitero la imposibilidad de pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los antecedentes obtenidos en el extranjero y que sustentan el pedido de extradición, al resolver que “UNDÉCIMO: Que, por último, en lo que atañe a las otras dos argumentaciones de la defensa vertidas en su apelación, sobre las exigencias procesales y de garantías constitucionales de las escuchas telefónicas y de las declaraciones de testigos, esas protestas han sido suficiente y apropiadamente zanjadas por la Sra. Ministra Instructora en el razonamiento duodécimo de la sentencia en estudio, desde que la calidad, precisión y forma en que se realizaron las escuchas telefónicas o la calidad o forma de las preguntas que se hicieron a los testigos de cargo, es una cuestión procedimental que no corresponde impugnar ante este Tribunal ni en este procedimiento, sino que ante los jueces y en el proceso para el cual está siendo requerida la inculpada Olivares”.

la audiencia de preparación juicio oral en caso que adolezca de vicios de ilegalidad o ilicitud.

En cambio, no debiera utilizarse este criterio respecto de la prueba ya obtenida por las autoridades extranjeras del Estado que requirió la extradición (ley del lugar donde se cometió el delito), pues en tal caso no debe olvidarse que su obtención quedó sometida a la ley de ese país y no a los parámetros de la ley chilena, motivo por el cual no parece razonable que con posterioridad sea eventualmente excluida del juicio oral por no haber satisfecho exigencias adicionales contempladas en la ley chilena. Esto no quiere decir, en caso alguno, que la prueba obtenida en el extranjero no pueda ser excluida en la audiencia de preparación de juicio oral, pues ciertamente podrá serlo, pero para ello entendemos que el juez de garantía respectivo tendrá que considerar la normativa utilizada por la autoridad extranjera al momento de su obtención, de modo tal que si adolece de algún vicio de ilegalidad o ilicitud conforme dicha ley, deba prescindirse de ella en el juicio oral que se realizará en Chile, aún en aquellos casos en que cumpla los estándares previstos en la ley chilena. Y, por el contrario, la prueba obtenida en el extranjero no debiera ser excluida en Chile si se acredita que al obtenerse cumplió los estándares de legalidad y licitud previstos en la ley del Estado requirente de la extradición, aún no cumpla las exigencias previstas en la ley chilena.

