

BOLETÍN SEMESTRAL GLIPGö

GRUPO LATINOAMERICANO DE INVESTIGACIÓN PENAL GÖTTINGEN



DIRECTOR

PROF. DR. KAI AMBOS

JUEZ DEL TRIBUNAL PROVINCIAL DE GÖTTINGEN

COORDINADORA

DRA. MARIA LAURA BÖHM

GLIPGö

DRA. MARÍA LAURA BÖHM (ARG)

GUSTAVO EMILIO COTE BARCO (COL)

MARÍA CECILIA DÓMINE (URU)

RODRIGO GONZÁLEZ-FUENTE RUBILAR,

LL.M. (CHI)

LUIS A. GUIJARRO SANTOS (ECU)

FLORIAN HUBER, LL.M. (ALE)

NOELIA NUÑEZ (ARG)

ROBERTO RAÚL PÉREZ GONZÁLEZ (MEX)

ENEAS ROMERO DE VASCONCELOS (BRA)

DIEGO F. TARAPUÉS SANDINO (COL)

JOHN E. ZULUAGA TABORDA LL.M. (COL)

CONTACTO

Tel.: 0049-551 - 39 - 7834

Fax: 0049-551- 39 - 22155

Mail: GLIPGoe@gmx.de

DISEÑO

Luis A. Guijarro Santos



ISSN

2193-9675

ÍNDICE

EDITORIAL

2

ARTÍCULOS

JOSÉ RAIMUNDO LEITE FILHO

3

A DEFORMALIZAÇÃO DO PROCESSO PENAL (PRINCIPIO DA OPORTUNIDADE: §153 A StPO E ARTS. 76 E 89 DA LEI N° 9.099/95).

COMPARAÇÃO ALEMANHA E BRASIL.

JORGE VICENTE PALADINES

13

LA DOGMÁTICA PENAL ANTIDROGAS EN LA SOCIEDAD DEL RIESGO

ESCUELA DE VERANO 2011 - ENTREVISTAS

KLAUS BODEMER

19

ALBIN ESER

22

KARL-HEINZ GÖSSEL

25

GÜNTHER JAKOBS

27

CORNELIUS PRITWITZ

32

CLAUS ROXIN

34

NOVEDADES GLIPGö

37

SEMINÁRIO "A JUSTIÇA TRANSICIONAL NO BRASIL"

18 Y 19 DE MAYO 2012

INTERCAMBIO

40

CICLO DE SEMINARIOS

3 Y 13 DE ABRIL DE 2012

Queridas y queridos lectores,

el tercer número del Boletín Semestral GLIPGö está enteramente dedicado a la Escuela de Verano en Ciencias Criminales y Dogmática penal alemana que tuvo lugar en nuestra Georg-August-Universität Göttingen entre los días 5 y 16 de septiembre de 2011, sobre la que hemos informado en el Boletín anterior. En esta oportunidad hemos querido dar voz y difusión no sólo a las ideas y experiencias de los profesores alemanes que nos han acompañado, sino también a los participantes del curso.

Estos últimos encuentran su espacio en la primera parte de este Boletín, donde se publican trabajos que se destacaron entre aquellos positivamente evaluados por docentes de la Escuela de Verano. Así ofrecemos el texto de José Raimundo Leite Filho (Brasil), quien realiza una precisa comparación entre la regulación e implementación del principio de oportunidad en los sistemas procesal-penales brasilero y alemán. También presentamos el ensayo de Jorge Vicente Paladines (Ecuador), quien reflexiona desde una perspectiva sociológica sobre la persecución de delitos en el ámbito de las drogas utilizando para ello a la sociedad del riesgo como marco conceptual de su análisis.

En la segunda parte del Boletín se da espacio a los profesores que fueron entrevistados por el GLIPGö durante la Escuela de Verano, quienes reflexionan sobre su vinculación personal con el derecho penal, sus experiencias académicas en Alemania y el extranjero, y dan su visión sobre el estado actual de las ciencias criminales en el ámbito latinoamericano. Tenemos entonces el honor de difundir en castellano entrevistas exclusivas de los Profs. Günther Jakobs, Cornelius Prittwitz, Karl-Heinz Gössel, Albin Eser, Klaus Bodemer y Claus Roxin.

En una tercera y última parte presentamos información sobre las actividades del GLIPGö en los últimos seis meses, tratándose en esta oportunidad de las charlas que han tenido lugar en nuestro Ciclo de Seminarios y muy especialmente del seminario en portugués "A Justiça Transicional no Brasil", co-organizado por el miembro brasilero del GLIPGö, Eneas Romero de Vasconcelos.

¡Esperamos que disfruten de una instructiva y enriquecedora lectura!

Afectuosamente en nombre del GLIPGö y propio

Dra. María Laura Böhm



PROF.DR. KAI AMBOS



MARÍA LAURA BÖHM



GUSTAVO EMILIO COTE BARCO



MARÍA CECILIA DÓMINE



RODRIGO GONZÁLEZ-FUENTE



LUIS GUIJARRO



FLORIAN HUBER



NOELIA NUÑEZ



ROBERTO PÉREZ GONZÁLEZ



ENEAS ROMERO



DIEGO TARAPUÉS SANDINO



JOHN ZULUAGA TABORDA

**A deformalização do processo penal
(princípio da oportunidade: §153 a StPO e
arts. 76 e 89 da Lei nº 9.099/95).
Comparação Alemanha e Brasil.**

José Raimundo Leite Filho*



1. Breves considerações

O princípio (p.) da oportunidade, compreendido como exceção ao dever de acusar, constitui hoje mecanismo essencial à Administração da Justiça de importantes países do ocidente,[1] pela alegada eficiência que imprime à persecução penal da criminalidade de bagatela.[2] [3] Funda-se ele no princípio da proporcionalidade, evitando a pena quando ela não se justifique por razões de prevenção.[4]

Segundo ROXIN, o processo penal alemão prevê quatro grandes grupos de sobrestamento da persecução penal, mesmo existente suspeita do evento, grupos estes centrados na avaliação de dois critérios preponderantes: a reprovabilidade do fato e a existência de interesse na persecução.[5] O arquivamento provisório fundamentado no §153 a do Código de Processo Penal alemão (StPO), por exemplo, prevê a sujeição do investigado a condições que, do ponto de vista político-criminal, substituem o interesse pela persecução, assemelhando-se, pela sua estrutura, a um só tempo, com a transação penal e com a suspensão condicional do processo, reguladas respectivamente pelos arts. 76 e 89 da Lei 9.099/95.

Não bastasse isso, o §153 a StPO prevê o encerramento da persecução a partir de critérios de oportunidade vazados em conceitos fluidos, algo imprecisos, havendo quem autorizadamente afirme viger, como regra, por conta dessa indeterminação legal, para a criminalidade leve e média, o p. da oportunidade.[6]

O presente texto resenha brevemente as linhas gerais do p. da oportunidade no direito

processual brasileiro e alemão, como pressuposto necessário para a posterior comparação, sob variados aspectos, da especial hipótese de arquivamento prevista no §153 a StPO com as figuras da transação penal e do sursis processual.[7]

Objecções dogmáticas a considerações de oportunidade no âmbito do p. da legalidade decorrem não da abertura do sistema àquele mecanismo, mas da sua demasiada ampliação. Compreende a doutrina alemã que esse avanço pode anular o p. da legalidade,[8] atritar com o p. da separação de poderes,[9] e, ainda em perspectiva constitucional, violar o mandato de determinação (art. 103 II Lei Fundamental da República Federal da Alemanha [GG]).[10] Esses argumentos merecerão análise se e quando necessários à compreensão das semelhanças entre os sistemas. A abordagem comparada é apropriada ao sempre crescente processo de internacionalização das relações jurídicas e sociais, e útil ao aperfeiçoamento dos diversos regimes jurídicos.[11]

2. O sistema brasileiro

2.1. A regra

O Código de Processo Penal brasileiro (CPP) adotou como regra o p. da legalidade, ou obrigatoriedade da ação penal pública, como a doutrina nacional prefere designá-lo.[12] Havendo suspeita suficiente, deve o procurador oferecer a denúncia (art. 24, CPP). A obrigatoriedade está assegurada pelos seguintes instrumentos: i) a promoção de arquivamento, sob qualquer fundamento, submete-se a controle jurisdicional (art. 28, CPP); ii) o procurador não pode desistir da ação penal ajuizada (art. 42, CPP), muito menos do recurso interposto (art. 576, CPP); iii) e, por fim, a omissão do Ministério Público em formular a acusação está penalmente tipificada (art. 319, CP[13]; art. 342, Lei nº 4.737/65, nos crimes eleitorais), e permite ao ofendido, em substituição, ofertar a ação penal (art. 29, CPP; art. 5º, LIX, CF[14]). O p. da obrigatoriedade vigorou sem exceções no Brasil desde o Código Criminal do Império até a Constituição Federal da 1988,[15] que determinou à União e aos Estados a criação

de juizados especiais competentes para a conciliação, o julgamento e a execução de infrações penais de menor potencial ofensivo, permitindo, nas hipóteses legais, a transação. Apenas em 1995, com a Lei 9.099, o legislador conferiu concreção à norma constitucional, prevendo, nos arts. 76 e 89, respectivamente, a transação penal e a suspensão condicional do processo,[16] aplicáveis a todo o sistema, embora regulamentadas em legislação extravagante.[17]

A longa intangibilidade do p. da obrigatoriedade da ação penal pública no Brasil esteve fundada primordialmente na visão retributiva de pena, própria das teorias absolutas,[18] muito perceptível na lição de MENDES DE ALMEIDA: "(...) Ou a pena é necessariamente reclamada pelo crime, para satisfação do interesse social – e deve ser inflexivelmente aplicada pela ação obrigatória do poder público – ou pode ser discricionariamente evitada pela transação dos particulares ou funcionários do Estado, e, então, não se justifica a cominação legislativa. O princípio dispositivo seria, no processo criminal, a negação do direito criminal." [19]

2.2. As exceções

A transação penal (art. 76, Lei 9.099/95) e a suspensão condicional do processo (art. 89, Lei 9.099/95) constituem verdadeiras exceções ao p. da obrigatoriedade da ação penal pública no processo penal brasileiro.[20] Essa afirmação pede, todavia, uma justificativa inicialmente sistemática. A Lei 9.099/95 criou três novos institutos havidos como despenalizadores, aparentemente excepcionantes ao p. da obrigatoriedade: a) a conciliação civil; b) a transação penal; e c) a suspensão condicional do processo.[21]

A conciliação civil, regulada nos arts. 71 a 74 da Lei 9.099/95, constitui acordo em geral monetário entre investigado e vítima, destinado a compor os danos decorrentes da infração penal. O acordo entre as partes e homologado pelo Juiz acarreta ope legis a renúncia ao direito de queixa ou representação, inviabilizando a persecução penal pelo ofendido, nos casos em que a lei a

preveja, ou pelo Ministério Público, quando a ação penal dependa daquela representação. Essa apropriação pelo processo penal da solução cível engendrada por vítima e autor do fato possui muito tênue fundamento em critério de oportunidade, pela alternativa apresentada ao ofendido de ou propor ação penal privada/oferecer representação ou realizar acordo, renunciando à persecução. A veia de oportunidade, porém, é insuficiente a excepcionar o p. da obrigatoriedade: i) porque a disponibilidade da parte sobre a ação penal privada é antiga, e calcada desde então, de modo preponderante, no perfil do bem jurídico protegido,[22] não se cuidando de solução idealizada sob a luz mais recente do p. da proporcionalidade e do p. da oportunidade; ii) e porque, nos crimes cuja persecução dependa de representação, o seu oferecimento não obriga o Ministério Público a denunciar, não podendo a vítima, neste caso, decidir pela existência do processo.

O sistema interno, influenciado por demandas internacionais, prevê ainda uma série de acordos no processo penal que, entretanto, não produzem impacto no p. da obrigatoriedade. O imputado que confessar o ilícito e colaborar efetivamente com a investigação pode beneficiar-se, dependendo do enquadramento típico, com o perdão judicial ou redução de pena (art. 25, §2º, Lei 7.492/86 – Sistema Financeiro; art. 16, parágrafo único, Lei 8.137/90 – Ordem Tributária; art. 6º, Lei 9.034/95 – Organização Criminosa; art. 1º, §5º, Lei 9.613/98 – Lavagem de Dinheiro; art. 13, Lei 9.807/99 – Proteção a Réus Colaboradores; e art. 41, Lei 11.343/06 – Tráfico de Entorpecentes).[23] Esses acordos não afetam o p. da obrigatoriedade porque o perdão judicial e a redução de pena somente se concedem uma vez exercida e esgotada a ação penal.

Nessa mesma linha, porém com reflexo acentuado sobre a persecução, sobrevive no sistema o acordo de leniência, previsto no art. 35-B da Lei 8.884/94 (Ordem Econômica), instrumento de duvidosa constitucionalidade, porque celebrado pela Secretaria de Direito Econômico (SDE), órgão do Ministério da Justiça, e não pelo Ministério Público, titular

da ação penal pública (art. 129, I, CF). Inobstante, uma vez realizado entre a SDE e o infrator, esse acordo impede o oferecimento de denúncia pelo Ministério Público, ou suspende sua tramitação, acaso ajuizada. Cumprido o pacto, extingue-se a punibilidade (art. 35-C, Lei 8.884/94).[24]

No que interessa, fácil é ver-se que esse acordo, feito por terceiro que não o titular da ação penal pública, não ostenta critério de oportunidade: o seu reflexo na persecução penal é imediato e compulsório, independente do juízo que sobre ele fizer o Ministério Público.

A transação penal e a suspensão condicional do processo, diversamente, permitem ao Ministério Público evitar a ação penal mesmo diante de indícios suficientes do crime, no primeiro caso, ou sobrestar seu andamento, no segundo. A ação penal, na transação, é substituída pela oferta ao imputado de uma pena restritiva de direitos (art. 43, CP), ou multa. O sursis processual permite a suspensão da persecução penal desde que o réu se submeta a certas condições.[25] Ambos os institutos procuram instaurar, no Brasil, válvula de escape que atenua o colapso da Administração da Justiça, muito ocasionado, em todas as partes, pelo “crescimiento de la pequeña y mediana criminalidad”. [26]

Há, porém, na bibliografia interna, uma objeção seminal à transação penal como exceção ao p. da obrigatoriedade, assim desdobrada: i) o legislador não conferiu ao Ministério Público o poder discricionário de, por razões de política criminal, requerer o arquivamento da investigação presentes indícios do crime; ii) isso porque, quando o Ministério Público apresenta em juízo a proposta de transação penal, está a exercer a ação penal, visto que faz imputação (descreve sucintamente o evento, e qualifica-o juridicamente) e pede aplicação de pena.[27] Segundo JARDIM, referindo-se à transação penal, “(...) o sistema que se depreende da referida lei nº 9.099/95 não rompe com o tradicional princípio da obrigatoriedade do exercício da ação penal pública condenatória, mas apenas outorga ao Ministério Público a faculdade jurídica de exercer uma espécie de

ação.”[28] Mais moderada, outra corrente disseminou a compreensão da transação penal e do sursis processual como obedientes ao p. da discricionariedade regrada: ocorridos os pressupostos dos respectivos institutos, deve o Ministério Público propor acordo. Haveria somente uma mitigação do p. da obrigatoriedade, sem adoção da sua antítese teórica (p. da oportunidade).[29]

Essa argumentação, todavia, não convence. O Ministério Público, para propor a transação penal, deve avaliar a presença de indícios do crime e da autoria. Nesse sentido, a proposta requer a mesma causa madura necessária à imputação criminal.[30] A exigência garante o investigado contra acordos fundados apenas na probabilidade de se alcançar a suspeita suficiente. A cautela, todavia, não transforma o instituto em ação penal, por pelo menos duas razões: não há tecnicamente imputação criminal porque não se deduz em juízo causa de pedir; donde decorre que não há espaço cognitivo e muito menos decisório do juízo sobre o tipo de injusto e a culpabilidade. O § 4º do art. 76 fixa o âmbito de conhecimento do Juiz na transação, permitindo-o somente aplicar a pena proposta pelo Ministério Público e aceita pelo investigado, que não importará em reincidência, registrada apenas para impedir o mesmo benefício por cinco anos. O § 6º do mesmo artigo reafirma que essa sanção não constará de certidão de antecedentes criminais, e não terá efeitos civis. O equívoco do argumento está em relacionar a persecução mediante formal acusação criminal como conseqüente necessário da obrigação de agir, mantida essa no sistema, todavia por modo diverso do ortodoxo.

Por outro lado, sem entrar na complexa dogmática do conceito de discricionariedade, uma aproximação é possível apenas para o efeito de oferecer uma segunda justificativa à afirmação feita no princípio, de que a transação penal e o sursis processual constituem exceção ao p. da obrigatoriedade da ação penal pública no processo penal interno. A alegação de que não há discricionariedade na transação e no sursis, ou de que ela seria regrada, toma em conta apenas uma das formas pelas quais a

discricionariedade pode se apresentar, e ainda assim superficialmente: aquela veiculada no comando da norma, que abre ao agente público alternativas de conduta. Olvida, porém, que discricionariedade também há, ou pode haver, na hipótese da norma, pelo “modo impreciso com que a lei haja descrito a situação fática”, e/ou na sua finalidade, quando essa aponta para valores designados por “conceitos plurissignificativos”. [31]

Na transação penal e no sursis processual, tanto a hipótese como o comando da norma permitem ao Ministério Público um juízo discricionário. Na hipótese, porque o inciso III do §2º do art. 76, em referência à transação, e o art. 89, que remete ao art. 77 do Código Penal, na suspensão, contêm signos polissêmicos que atribuem ao procurador o poder de recusar-se a oferecer acordo quando antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime, não indiquem ser necessária e suficiente a adoção da medida. [32] E no comando porque, como ficou dito no princípio, o controle da obrigatoriedade da ação penal pública, posto jurisdicional (art. 28, CPP), só o é formalmente, no sentido de que o Juiz, se discordar da promoção de arquivamento, pode apenas provocar o Procurador-Geral, encaminhando-lhe os autos. Se este insiste com o arquivamento, deve o Poder Judiciário acatá-lo (Supremo Tribunal Federal [STF], Inq. 1604 QO/AL e HC 70029/CE). Idêntica solução a jurisprudência encontrou para a divergência sobre o não oferecimento da proposta de transação (Superior Tribunal de Justiça [STJ], Resp. 261.570/SP) e do sursis processual (STJ, REsp. 255272/GO). [33] Esse sistema interno de resolução da controvérsia, no âmbito do Ministério Público, reforça a alternativa discricionária entre o oferecimento ou não da transação penal e do sursis processual. Como relata MAIER “(...) al permitir que a la clausura de la persecución se arrije por la vía del control interno jerárquico del ministerio público, no existe control de legalidad externo y concede, prácticamente, un amplio campo para el funcionamiento práctico del principio de oportunidad.” [34]

3. O sistema alemão

3.1. A regra

O p. da legalidade constitui a regra no processo penal alemão: todo fato com aparência criminosa deve ser investigado, e, reunida suspeita suficiente que justifique a ação penal, essa deve ser promovida pelo Ministério Público (§§152 2. e 160 StPO). [35] À semelhança do que ocorre no Brasil, a observância dessa obrigação funcional está formalmente assegurada: a) do ponto de vista processual, pelo procedimento para compelir a promoção da ação penal pública (§§172-177 StPO); b) e jurídico-materialmente, pela ameaça de pena criminal (§258 a StGB). [36]

3.2. As exceções

Viu-se no início que essa compulsória atuação cede espaço, excepcionalmente, a critérios de oportunidade desenhados em quatro hipóteses gerais: [37] a) quando a reprovabilidade do fato é insignificante e não existe interesse na persecução; [38] b) quando o interesse na persecução pode ser satisfeito de outro modo; [39] c) quando a este interesse na persecução são opostos interesses estatais outros, havidos como prioritários; [40] e d) quando a persecução estiver a cargo do ofendido. [41] Essa relação de regra e exceção inverte-se abertamente na Lei de Infrações contra a Ordem Administrativa (§47 OWiG) e na Legislação de Menores (§§45-47 JGG), em que preponderam o p. da oportunidade, e, de modo contraditório, na resposta processual à criminalidade de pequena e média reprovabilidade, que obedecem formalmente, como regra, ao p. da legalidade, conquanto a prática judicial demonstre a predominância de soluções de oportunidade. [42] Desse amplo quadro interessa-nos, razões já referidas, a hipótese prevista no §153 a StPO. [43]

3.3 Uma inicial comparação

O arquivamento fundado no §153 a StPO permite evitar a ação penal pública (§153 a 1. StPO), ou sobrestá-la, acaso ajuizada (§153 a 2. StPO), ambos os efeitos obtidos a partir dos mesmos pressupostos e condições. É dizer: nos delitos menos graves (“Vergehen”), assim considerados os fatos antijurídicos ameaçados

com pena privativa de liberdade inferior a um ano ou com multa (§12 2. StGB),[44] o procurador pode fixar ao investigado qualquer das obrigações e instruções listadas no §153 a 1. (números 1 a 6) StPO, desde que adequada a substituir o interesse público na persecução, e que a gravidade da culpa não a recomende (§153 a 1. StPO). Iniciada a ação penal, o Tribunal é competente para suspendê-la, com o consentimento do procurador e do réu, naqueles mesmos casos (§153 a 2. StPO). A transação penal e o sursis processual pretendem alcançar essa mesma dupla finalidade (a evitação ou o sobrestamento da ação), todavia a partir de pressupostos e condições distintos entre si: a transação só tem cabimento nas infrações de menor potencial ofensivo, assim consideradas as contravenções e os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos, cumulada ou não com multa (art. 61, Lei 9.099/95); o sursis processual é permitido nos crimes em que a pena mínima cominada for igual ou inferior a um ano (art. 89, Lei 9.099/95).

Feito o registro dos pressupostos, pode-se abrir a comparação referindo que as condições impostas ao investigado ou réu, no arquivamento do §153 a 1. e 2. StPO,[45] assemelham-se àquelas previstas para a transação penal,[46] e para o sursis processual,[47] de rol taxativo apenas nos dois primeiros casos (§153 a StPO e transação).[48] Isso porque as obrigações suscetíveis de serem fixadas no sursis processual brasileiro, posto inicialmente determinadas (art. 89, §1º, incs. I a IV), podem ser complementadas por outra legalmente não especificada, a critério do Juiz, desde que adequada ao fato e à situação do acusado (art. 89, §2º), autorizando-se inclusive prestação de serviços à comunidade (STF, HC 106.115/RS).

Essa comparação inicial permite um primeiro juízo valorativo: serve a demonstrar que, na regulação dos pressupostos, aquilo a que a bibliografia nacional designa equivocadamente por discricionariedade regrada constitui em verdade mérito da legislação brasileira: a transação e o sursis

processual submetem-se a requisitos em tese mais objetivos que o §153 a StPO, que permite ao procurador avaliar a adequação da medida para substituir o interesse público na persecução e a gravidade da culpa, critérios de absoluta conveniência.[49] A abertura presente na possibilidade de avaliar-se, no Brasil, os antecedentes, a conduta social, a personalidade do agente, bem como os motivos e as circunstâncias do crime, para propor ou negar acordo, traduz discricionariedade, todavia em menor grau que a observável em Alemanha: esses elementos são de tradicional intelecção na dosimetria da pena, e densificados, portanto, após anos de aplicação prática.[50]

Uma outra perspectiva é possível, menos formal ou material e mais de efeito: a despeito da nomenclatura, a transação penal constitui hipótese de arquivamento provisório da investigação, até que se cumpram as condições fixadas, à semelhança do que ocorre com o arquivamento baseado no §153 a 1. StPO. De igual modo, o sursis processual identifica-se nos efeitos com parágrafo 2 do §153 a, embora se designe, este, por arquivamento. Em todos os casos, a provisoriedade encerra-se com o cumprimento regular das condições, extinguindo-se a punibilidade daquele específico fato histórico (arts. 76, §§4º e 6º, e 89, §5º, Lei 9.099/95; e §153 a 1. e 2. StPO). Em desdobramento, na Alemanha a resolução judicial ditada segundo o §153 a StPO, e a declaração de aceitação do imputado, não constituem prova da prática do fato submetido a arquivamento (BVerfG MDR 91, 891).[51] Essa solução de compromisso também ocorre no Brasil, não produzindo qualquer efeito penal o arquivamento por transação ou sursis processual, exceto para proibir novo benefício de transação no quinquênio.[52]

A transação penal e o arquivamento provisório do §153 a 1. StPO ocorrem somente na presença de causa madura para a imputação.[53] Oferecida a acusação, no Brasil, fica preclusa a possibilidade de transação (STF, HC 77.216). Nesse caso, a persecução penal, instaurada a lide, somente pode ser sobrestada por acordo desde que atendidos aos pressupostos específicos do sursis processual. Na Alemanha, como visto, a possibilidade de

arquivamento provisório sob condições alcança 9.099/95).

também o processo penal (§153 a 2. StPO). Esse detalhe é relevante: enquanto o §153 a StPO perpassa linearmente todo o procedimento, aplicado desde a fase pré-processual até a segunda instância (não em instância de cassação),[54] a transação penal e o sursis processual têm espaços exclusivos remarcados pela formulação da ação penal: a transação até a denúncia; a suspensão até a sentença, inclusive para os casos em que, conquanto possível, não houve transação, vedada porém em segundo grau.[55]

Em todas as hipóteses (na transação e no sursis processual; e no §153 a 1. e 2. StPO), há necessidade de controle jurisdicional e de consentimento do investigado ou réu. Na Alemanha, porém, não há recurso da resolução que homologa o arquivamento (§153 a 2. StPO). No Brasil, apenas a decisão que homologa a transação penal desafia recurso do investigado (art. 76, §5º).[56] Nesse ponto outra valoração é possível. Em detrimento do p. da presunção de inocência e do p. da separação de poderes,[57] o §153 a 1. StPO, pela remissão que faz ao §153 1. 2. StPO, permite ao procurador prescindir excepcionalmente da anuência judicial no caso de delito ameaçado com pena não elevada ao mínimo,[58] desde que a consequência do fato não seja grave (na prática, delitos cujas penas patrimoniais previstas sejam inferiores a 30 dias).[59] A transação penal e o sursis processual não excepcionam o exercício da jurisdição.

Em ambos os sistemas o imputado pode, na prática, capitular do consentimento, bastando a tanto descumprir a condição fixada. A solução, em isso ocorrendo, também se assemelha nos dois países, retomando-se o caso: i) para oferecer ação penal ou arquivar-se a investigação (art. 76, Lei 9.099/95; §153 a 1. StPO);[60] ii) para prosseguir-se com o processo-crime instaurado (art. 89, Lei 9.099/95; §153 a 2. StPO). A prescrição se suspende durante o transcurso do prazo necessário ao cumprimento das condições no arquivamento provisório alemão (§153 a 3. StPO). No Brasil, a prescrição não corre apenas durante o sursis processual (art. 89, §6º, Lei

9.099/95). Uma questão processual deve ainda ser mencionada: o arquivamento provisório do §153 a StPO não permite controle externo por parte do ofendido, que não dispõe de mecanismo capaz de impugná-lo (§172 2. StPO). O mesmo ocorre com a transação penal: como não se pode falar ainda em assistência (art. 268, CPP), porque não há ação penal, “não pode a vítima apelar da decisão homologatória”.[61] A suspensão condicional do processo, porém, pressupõe ação penal. Nesse caso, havendo assistente habilitado, poder-se-ia cogitar de recurso deste, especialmente voltado a obter, com a impugnação do acordo, o efeito civil decorrente da sentença penal condenatória.[62]

4. Observação final

Embora muito se aproximem no regramento do p. da legalidade, especialmente pela similitude dos mecanismos de controle,[63] os sistemas se dissociam abertamente nas soluções de oportunidade. Não há no Brasil tantas exceções quanto as existentes em Alemanha, nem se acham reguladas, aquelas que o texto deu por existentes no direito interno, a despeito dos inúmeros pontos de contato, de modo tão aberto ou fluido como se observa no direito alemão, seja em relação aos pressupostos e condições do §153 a StPO, seja em função de elementos outros não analisados, porque desbordantes do objeto, mas necessariamente observáveis, como, por exemplo, arquivamentos amparados em critérios de oportunidade sem apropriada investigação da responsabilidade penal.[64]

O perfil do p. da oportunidade no direito brasileiro sugere aparente eficácia, de lege lata, para o desencargo das funcionalidades político-criminais a ele atribuídas.[65] Uma maior amplitude nos pressupostos certamente replicaria, no Brasil, o sério debate constitucional observado na Alemanha.[66] Eventual deficit no reflexo dessa instrumentalidade na prática forense não decorre da lei. Os benefícios que o p. da oportunidade, tal como regulado, pode trazer não somente à Administração da Justiça, mas

também à Administração Penitenciária, estão ainda no aguardo de uma melhor compreensão dos pressupostos da transação penal e do sursis processual, inteligência que deve pôr em relevo, ainda que como ponto de partida, a válvula de escape político-criminal conferida na lei ao Ministério Público para avaliar a necessidade e suficiência do arquivamento para a solução do caso concreto, e de controlar esse juízo no âmbito da própria instituição.

 *Especialista em Ciências Criminais pela Universidade Federal de Santa Catarina. Pós-Graduado em Direito Penal Econômico e Europeu pela Universidade de Coimbra. Procurador-Chefe da Procuradoria da República no Estado do Maranhão. Agradeço a Ana Carolina Cordeiro de Mendonça Leite e a Eneas Romero de Vasconcelos a revisão do texto, bem como as críticas e sugestões formuladas.

[1]Qualificando-o como discricionariedade, Díez-Picazo apresenta breve panorama do p. da oportunidade nos E.U.A, Inglaterra, França, e Alemanha (Cf. Díez-Picazo, Luiz María, El Poder de Acusar: Ministerio Fiscal y Constitucionalismo, Barcelona: Ariel, 2000.). Na Espanha, cf. DEU, Teresa Armenta, Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad: Alemania y España, Barcelona: PPU, 1991. Na Alemanha, para uma visão geral e detalhamento das hipóteses, cf. ROXIN, Claus, Derecho Procesal Penal, Buenos Aires: Editores del Puerto, 2000. E, por fim, para uma comparação mais densa dos modelos de diversificação processual italiano, alemão, português e brasileiro, cf. FERNANDES, Fernando, O Processo Penal como Instrumento de Política Criminal, Coimbra: Almedina, 2001.

[2]A sua expansão é também consequência direta de uma maior influência dos sistemas processuais da common law (Cf. PALERMO, Pablo Galain, Suspensión Condicional del Proceso a Cambio de Reparación: una forma anómala de decretar el sobreseimiento? In Revista de la Facultad de Derecho nº 62-63, Caracas, 2010, pp. 255/278). Para uma crítica sobre esse avanço, cf. SCHÜNEMANN, Bernd, Crisis del Procedimiento Penal? (Marcha Triunfal del Procedimiento Penal Americano en el Mundo?) In Temas Actuales y Permanentes del Derecho Penal Después del Milenio. Madrid: Tecnos, 2002, pp. 288/302.

[3]O p. da oportunidade na Alemanha não está limitado a esses delitos, como se verá mais adiante. Fora de dúvida, porém, que são eles o maior responsável pelo congestionamento do Poder Judiciário, na seara penal. Por outro lado, se um consenso é possível, costuma-se designar por delitos de bagatela aqueles de pouca reprovabilidade, cujo bem jurídico tutelado possui menor relevância (Cf. JESCHECK, Hans-Heinrich/WEIGEND, Thomas, Tratado de Derecho Penal: Parte General, Granada: Comares, 2002, p. 63).

[4]Cf. HASSEMER, Winfried, Direito Penal Libertário, Belo Horizonte: Del Rey, 2007, pp. 49/64.

[5]Cf. ROXIN, Derecho, p. 90.

[6]Cf. ROXIN, Derecho, p. 90. Uma crítica à relação de regra e exceção entre o p. da legalidade e o p. da oportunidade, pela ampliação das hipóteses de acordo e pela predominância, na prática, das soluções de oportunidade, cf. POTT, Christine, La Pérdida de Contenido del Principio de Legalidad y su Manifestación en el relación entre el Delito de Encubrimiento por Funcionario (§258.a StGB) y el Sobreseimiento (§153 sigs. StPO), In La Insostenible Situación del Derecho Penal, Granada: Comares, 2000, pp. 79/100.

[7]A doutrina e os tribunais costumam designar a suspensão condicional do processo, prevista no art. 89 da Lei nº 9.099/95, de sursis processual, em contraponto à suspensão condicional da pena, prevista no art. 77 do Código Penal, denominada simplesmente sursis, que "significa a suspensão parcial da execução de certas penas privativas de liberdade, durante um período de tempo e mediante certas condições" (cf. DELMANTO, Celso/DELMANTO, Roberto/DELMANTO JÚNIOR, Roberto e DELMANTO, Fábio M. de Almeida, Código Penal Comentado, 7ed., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 241).

[8]Cf. POTT, La Pérdida, p. 96/97.

[9]Pelo cometimento de funções tipicamente jurisdicionais a outras autoridades, cf. ROXIN, Derecho, p. 93.

[10]Ante a presença de cláusulas gerais e indeterminadas nos pressupostos e nas condições do arquivamento: cf. ROXIN, Derecho, p. 92; HASSEMER, Direito, p. 63; e ainda NEUMANN, Ulfried, Aspectos Jurídico-Políticos de la Vinculación del Ministerio Fiscal por Instrucciones, In La Insostenible Situación del Derecho Penal. Editorial Comares, Granada, 2000, p. 221.

[11]Cf. DAVID, René, Os Grandes Sistemas de Direito Contemporâneo, 3.ed., São Paulo: Martins Fontes, 1998, p. 3.

[12]O texto mencionará indistintamente legalidade ou obrigatoriedade.

[13]Código Penal.

[14]Constituição Federal.

[15]Sem exceções desde que desconsiderada como tal a ação penal privada (art. 30, CPP) e, ainda, pela compreensão de que hoje exceções existem, malgrado posições em contrário, como se esclarece mais adiante.

[16]Art. 98, I, CF. Como este dispositivo não mencionou expressamente o sursis processual, houve breve discussão sobre sua constitucionalidade, resolvida positivamente pelo plenário do STF (RHC 79.460, rel. Min. Nelson Jobim, DJ 18.5.01).

[17]No início da vigência da Lei 9.099/95 questionou-se a aplicação dos institutos penais nela previstos à Justiça Militar e à Justiça Federal. Essa questão restou superada, na Justiça Castrense, por sucessivos julgados do STF autorizando a transação e o sursis processual (p. ex. HC 80173/AM e HC 79988/PR), mas vedando a composição civil (HC 74581/CE), até a superveniência da Lei nº 9.839/99, que proibiu a aplicação dos referidos institutos naquela jurisdição; e, na Justiça Federal, pela Emenda Constitucional nº 22, que acrescentou o parágrafo único ao art. 98 da CF para determinar ao legislador que também criasse juizados especiais no âmbito central (Cf. FERNANDES, Antonio Scarance, Processo Penal Constitucional, 3.ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002, pp. 207/208).

[18]Fundamento aliás comum a outros sistemas (cf. HASSEMER, Direito,

p. 60).

[19]Cf. MENDES DE ALMEIDA, Joaquim Canuto, Princípios Fundamentais do Processo Penal, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 86.

[20]A bibliografia nacional oscila muito relativamente à adoção do p. da oportunidade pela Lei 9.099/95. A favor: DEMERCIAN, Pedro Henrique/MALULY, Jorge Assaf, Juizados Especiais Criminais – Comentários, Aide Editora, 1996; OLIVEIRA, Lucas Pimentel, Juizados Especiais Criminais, Bauru: Edipro, 1995; GAZOTO, Luis Wanderley, O Princípio da Não-Obrigatoriedade da Ação Penal Pública, Barueri: Manole, 2003; GARCIA, Ismar Estulano, Juizados Especiais Criminais – Comentários à Lei nº 9.099/95, Goiânia, A B Editora, 1996; KUEHNE, Maurício et. alii., Lei dos Juizados Especiais Criminais, Curitiba: Juruá, 1996; ARAÚJO, Karla Rodrigues de, Juizados Especiais Criminais, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1996. Contra: JARDIM, Afrânio Silva, Ação Penal Pública: Princípio da Obrigatoriedade, 3.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, pp. 100/101; GOMES, Luiz Flávio, Natureza Jurídica da Suspensão Condicional do Processo, In Revista Portuguesa de Ciência Criminal. Ano 6, Fasc. 2º, Coimbra: Coimbra Editora, pp. 233/270; OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de, Curso de Processo Penal, 11.ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2009, p. 120; Falando apenas em discricionariedade regrada, ou mitigação do p. da obrigatoriedade: FERNANDES, S., Processo, p. 215; FERNANDES, F., O Processo Penal, p. 599; GRINOVER, Ada Pellegrini/FERNANDES, Antonio Scarance/GOMES FILHO, Antonio Magalhães, Juizados Especiais Criminais, 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002; LOPES Jr., Aury, Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional, 7.ed. v. I, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 366/367; RANGEL, Paulo, Direito Processual Penal, 6.ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002; Cf. MIRABETE, Julio Fabbrini, Juizados Especiais Criminais, 2.ed. São Paulo: Atlas, 1997, p. 80. A jurisprudência não discute abertamente essa questão, limitando-se a negar a existência de direito subjetivo do imputado às propostas de transação ou de sursis processual, encaminhando a solução de divergência para o art. 28 do CPP (STF, HC 83250 e 83458).

[21]Cf. FERNANDES (Processo, p. 209), que menciona ainda, como medida despenalizadora da nova lei, o aumento dos casos de representação do ofendido, enquanto condição para o oferecimento de acusação pelo Ministério Público, instituto entretanto já existente no sistema.

[22]Cf. CARVALHO FILHO, Aloysio, Comentários ao Código Penal, Vol. IV, 4.ed., Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 23.

[23]Essa Lei nº 11.343/06, no art. 75, revogou expressamente a anterior lei de repressão ao tráfico de entorpecentes (Lei nº 10.409/02), que previu, no art. 32, §2º e no art. 37, IV, como efeito da confissão e colaboração espontânea e efetiva do investigado, a possibilidade de o Ministério Público promover o arquivamento do inquérito, mesmo diante de indícios do crime e da autoria, dispositivo que vigeu por pouco tempo. A nova lei não o reproduziu, autorizando apenas o perdão judicial ou a redução de pena (arts. 41 e 49).

[24]Cf. FELDEN, Luciano/SCHMIDT, Andrei Zenkner, Investigação Criminal e Ação Penal, 2.ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 100. Foi publicada no Diário Oficial da União de 01/11/2011 a Lei 12.529/2011, em período de *vacatio legis* de 180 dias, que traz nova

disciplina ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, regulando o acordo de leniência, com as mesmas características da Lei 8.884/94.

[25]A obrigatoriedade significa tanto o dever de iniciar a ação penal, como o de prosseguir-se com seus termos, uma vez iniciada (Cf. LEONE, Giovanni, Tratado de Derecho Procesal Penal, Vol. I. Buenos Aires: E.J.E.A. 1989, pp. 141/142).

[26]Cf. DEU, Criminalidad, p. 24.

[27]Cf. JARDIM, Ação Penal Pública, pp. 101/102.

[28]Cf. Ação Penal Pública, p. 101.

[29]Para uma resenha bibliográfica v. nota 18. Conquanto defenda que não houve exceção ao p. da obrigatoriedade, OLIVEIRA (Cf. Curso, p. 120) bem observa a contradição entre os termos “discricionariedade” e “regrada”. A designação antítese teórica é de ROXIN (Cf. Derecho, p. 89).

[30]Cf. MIRABETE, Juizados, p. 80.

[31]O sistema apresentado e as respectivas citações foram extraídas de BANDEIRA DE MELLO (Cf. Discricionariedade e Controle Jurisdicional, 2.ed. São Paulo: Malheiros, 2001, pp. 18/19).

[32]FERNANDES (Scarance, Processo, p. 217) e FERNANDES (Fernando, O Processo Penal, p. 599) notaram essa dose de discricionariedade do dispositivo, embora tenham insistido na discricionariedade regrada.

[33]Trecho da ementa: “Em eventual divergência sobre o não oferecimento da proposta de transação penal, resolve-se à luz do mecanismo estabelecido pelo art. 28, c/c art. 3º do CPP (encaminhar os autos ao Procurador Geral).”

[34]MAIER, Julio B. J., Derecho Procesal Penal, I. Fundamentos. 2.ed. Buenos Aires: Editores del Puerto. 2002, p. 826.

[35]Cf. ROXIN, Derecho, pp. 89/90; POTT, La Pérdida, pp. 79/80; GÖSSEL, Karl-Heinz, El Proceso Penal Ante el Estado de Derecho: Estudios sobre el Ministerio Público y la Prueba Penal, Lima: Grijley, 2004, p. 47. PERRON, Walter/BARAJAS, Inmaculada Lopez, El Ministerio Fiscal Director da la Investigación em el Proceso Penal Alemán, Göttingen: Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, pp. 97/120; ASMUS, Torben, La Justicia Penal y la Investigación Penal en Alemania: Visión General, Göttingen: Departamento de Derecho Penal Extranjero e Internacional, 2011, pp. 121/132.

[36]O procedimento para compelir o Ministério Público a acusar, todavia, não se aplica aos arquivamentos baseados em critérios de oportunidade, limitando-se àqueles fundados no §170 2. StPO (Cf. §172 2. StPO).

[37]Classificação, repita-se, formulada por ROXIN (cf. Derecho, p. 90/97), que detalha e analisa cada uma das possibilidades de arquivamento amparadas em solução de oportunidade, e que, pela qualidade sistemática, foi também aproveitada por DEU (Cf. Criminalidad, p. 89).

[38]Casos de insignificância absoluta, ou reprovabilidade mínima (§§153 e §153 b StPO); de insignificância relativa (§§154 e 154 a StPO); de contato com o estrangeiro, que eliminam o interesse na persecução (§153 c I nº 1. e 2. §153 c I nº 3. ambos da StPO); e de posse de entorpecentes para consumo (§31 a BtMG).

[39]Hipótese do §153 a StPO.

[40]Cf. §§153 d; 153 e I; 154 c; 154 d; e 154 e, todos da StPO.

[41]Cf. §§374, 376 e 377 StPO.

[42]Cf. POTT, La Pérdida, p. 80; e ROXIN, Derecho, p. 90. É pertinente a observação de ASMUS (Cf. La Justicia Penal, p. 129): “Sólo una mínima parte de todos los procedimientos de instrucción abiertos acaba con la formulación de una acusación. El 75% de todos los procedimientos acaba con sobreseimiento. De éstos, la mitad son sobreseimientos por falta de sospecha suficiente y el resto sobreseimientos bajo el principio de oportunidad.”

[43] § 152 (1) O Ministério Público é competente para a propositura da ação penal pública; (2) É dever do MP propor a ação penal em todos os casos em que existam indícios suficientes do fato, exceto quando haja previsão específica em sentido contrário. § 153 (1) Quando o objeto do processo for uma crime nos termos do art. 12, II do STGB (com pena de prisão inferior a um ano ou de multa), o Ministério Público pode, com a aprovação do respectivo Tribunal competente para a apreciação do processo criminal em seu mérito, suspender o procedimento criminal caso a culpabilidade do autor seja reduzida ou caso não haja interesse público na persecução penal. A aprovação do Tribunal não será necessária em crimes de menor gravidade (nos termos do art. 12, II do STGB) em que não seja prevista uma pena mínima ou em que as consequências do delito sejam reduzidas. § 153 a 1. StPO «Com a aprovação do Tribunal competente para a abertura do procedimento principal e do imputado, poderá o Ministério Público prescindir provisoriamente do exercício da ação pública no caso de um delito, fixando ao imputado condições e instruções desde que estas sejam adequadas para eliminar o interesse público na persecução penal, e não se oponha a gravidade da culpa. As condições e instruções são, em particular: 1. proporcionar determinação prestação para a reparação dos danos causados pelo fato; 2. pagar uma quantia em favor de uma instituição de caridade ou do Estado; 3. proporcionar outras prestações de utilidade pública; 4. cumprir obrigações alimentícias num determinado valor; 5. fazer uma séria tentativa de chegar a um acordo com o lesado e assim tentar reparar o seu delito; ou 6. participar de um curso nos termos da secção 2b subsecção 2, segunda frase, ou seção 4 subsecção 8, quarto período, do Código de Trânsito Rodoviário. O Ministério Público deve fixar um prazo dentro do qual o acusado é cumprir com as condições e instruções, e que, nos casos referidos nos incisos 1 a 3, 5 e 6, deve ser no máximo de seis meses e, nos casos referidos no inciso 4, no máximo de um ano. O Ministério Público pode revogar posteriormente as condições e instruções, e prorrogar o prazo uma vez por um período de três meses; com o consentimento do imputado, também pode posteriormente impor ou alterar as condições e instruções. Se o imputado cumpre com as condições e instruções, o fato não pode mais ser processado como um delito. Se o imputado não cumprir as condições e instruções, nenhuma compensação será dada para qualquer contribuição que tenha feito. O artigo 153 1. segunda frase aplica-se mutatis mutandis aos casos previstos nos incisos 1 a 5 do segundo período.»

§ 153 a 2. StPO «Caso já tenha sido ajuizada a acusação, o Tribunal, com a aprovação do Ministério Público e do acusado, pode suspender provisoriamente o processo até o final da audiência principal, na qual as alegações de fato podem ser examinadas pela última vez, e ao mesmo tempo impor as condições e instruções referidas no parágrafo 1,

primeiro e segundo incisos. Aplica-se analogamente o parágrafo 1, incisos 3º a 6º. A decisão em conformidade com o inciso 1º deve ser dada por Resolução. A Resolução não é apelável. O inciso 4º também é válido para a constatação que, segundo o inciso 1º, as condições e instruções hajam sido cumpridas.»

§ 153 a 3. StPO «Fica suspensa a prescrição durante o transcurso do prazo estabelecido para o cumprimento das condições e instruções»

[44]Excluídos os Verbrechen: “fatos antijurídicos que estão ameaçados com pena privativa de liberdade cujo mínimo é de um ano ou mais” (§12.1. STGB). Cf. PALERMO, Pablo Galain, Suspensión, p. 262; ASMUS, La Justicia, p. 127; e PERRÓN, El Ministerio Fiscal, p.110.

[45]Reparação dos danos; pagar quantia de dinheiro para instituição de caridade ou para o Tesouro; prestar serviços à comunidade; prestar alimentos até certo valor; empreender tentativa de acordo reparatório com o lesado; ou participar de curso de formação, segundo o Código de Trânsito.

[46]Pena restritiva de direito (art. 43, CP), ou multa (art. 49, CP).

[47]Reparação do dano, proibição de frequentar determinados lugares, proibição de ausentar-se da comarca onde reside sem autorização do Juiz (limitações, estas últimas, ao direito de locomoção), e comparecimento pessoal e obrigatório a juízo, mensalmente, para informar e justificar suas atividades (obrigação de cunho processual).

[48]Cf. ROXIN, Derecho, p. 92. No caso brasileiro, pela literalidade do art. 43 do Código Penal.

[49]Cf. crítica em ROXIN (Derecho, p. 93), que propõe substituir-se a cláusula “interesse público” por critérios mais objetivos como “medida do dano”, “primariedade” e “situação social do autor”, albergadas na lei brasileira.

[50]O STF, p. ex., exige específica análise desses requisitos, na fase de dosimetria, a partir de dados objetivos (HC 101.118/MS, 8.6.2010). É certo que a solução interna do conflito entre acusar (ou prosseguir com a ação) e propor acordo, entre nós, transforma o Ministério Público em juiz único desses termos (relembre-se a advertência de MAIER, Derecho, p. 826). Está fora do âmbito desse trabalho, porém, avaliar os consideráveis riscos de legitimidade constitucional de uma construção dogmática, pelo Ministério Público, do que venha a ser antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos e circunstâncias do crime completamente desamparada daquela significação emprestada aos mesmos termos pelo Poder Judiciário. Serve de consolo apenas o fato de que, no Brasil, o procurador possui independência funcional (art. 127, §1º, Constituição Federal), diversamente do que ocorre na Alemanha, cuja vinculação do Ministério Público a instruções do Executivo abre a porta, em tese, a injunções capazes de desfigurar a neutralidade e a objetividade requerida do procurador, com possíveis reflexos na avaliação dos requisitos da oportunidade (Cf. NEUMANN, Aspectos Jurídico-Políticos, pp. 211/222).

[51]Cf. ROXIN, Derecho, p. 92.

[52]Não há reincidência, muito menos registro de antecedentes criminais, conservando o autor do fato ou réu a sua primariedade. Esses acordos não implicam, enfim, qualquer reconhecimento de culpa (art. 76, §§4º e 6º, Lei nº 9.099/95; STF HC 87454/RJ, j. 06/02/2007).

[53]Para a transação penal, Cf. MIRABETE, Juizados, p. 80. Embora os

arquivamentos baseados nos §§153, 154 e 154 a StPO não exijam uma “detallada instrucción, que no culmine hasta que el caso esté maduro para la acusación” (LÖWE/ROSENBERG-Rieß, StPO, citados por POTT, La Pérdida, p. 91), senão uma determinação sumária de culpabilidade, o arquivamento provisório do §153 a, pela imposição de condições ao arguido, requer o mesmo conjunto de indícios necessários à imputação (§203 StPO).

[54]Cf. DEU, Criminalidad, p. 133.

[55]STF, HC 86.007, DJ 01/09/2006, p. 21. Excepcionam-se os casos de ação penal originária, que tramitam nos respectivos tribunais porque ajuizadas contra autoridades que possuem prerrogativa de foro criminal.

[56]Para alegar-se que a homologação, pelo juízo, está desconforme o acordado pelas partes; ou que não houve consentimento; ou nulidade do feito et. alii. (Cf. MIRABETE, Juizados, p. 92). Inexiste previsão de recurso, para o réu, da decisão que homologa o sursis processual. O ofendido qualificado como assistente, em tese, poderia recorrer, conforme se explicita mais adiante.

[57]Cf. ROXIN, Derecho, p. 93; e PALERMO, Suspensión, p. 262.

[58]Cf. ASMUS, La Justicia, p. 127.

[59]Cf. DEU, Criminalidad, p. 132.

[60]O procurador não está vinculado ao juízo positivo feito anteriormente, podendo arquivar o inquérito por razões processuais, segundo o §170 II StPO (Cf. DEU, Criminalidad, p. 128). No Brasil, recente decisão do STF no RE 602.072/RS (trecho da ementa): “(...) Não fere os preceitos constitucionais a propositura de ação penal em decorrência do não cumprimento das condições estabelecidas em transação penal.”

[61]Cf. MIRABETE, Juizados, p. 92.

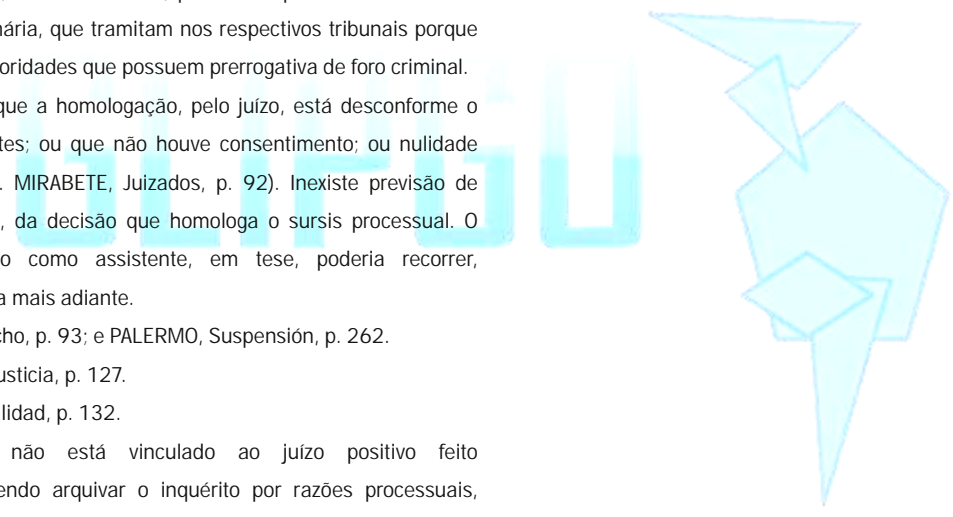
[62]A jurisprudência tem oscilado (pela negativa, STJ AGA 200700945762; permitindo, Tribunal Regional Federal da 3ª Região [TRF3], RCCR 199961050030872).

[63]A exceção daquele destinado a sindicat a omissão em formular a acusação, visto que o procedimento para compelir a ação penal (§§172/177, StPO), que permanece pública na Alemanha (§175 StPO), não existe no Brasil, podendo a vítima ajuizar diretamente a ação penal (art. 29, CPP).

[64]Cf. POTT, La Pérdida, p. 91.

[65]Otimizar, p. ex., soluções jurisdicionais para a pequena e média criminalidade; permitir, a partir da cooperação do imputado, uma sanção mais individualizada, de melhor efeito ressocializante; eliminar o efeito estigmatizante do processo (Cf. DEU, Criminalidad, p. 29).

[66]Cf. KAUSH, Der Staatsanwalt – ein Richter vor dem Richter?; LÖWE/ROSENBERG-Rieß, StPO, §153 a, citados por POTT, La Pérdida, p. 79.



La dogmática penal antidrogas en la sociedad del riesgo

Jorge Vicente Paladines*



El miedo tiene un efecto indirecto especialmente fatal: las personas o grupos que resultan (o son consideradas) "personas de riesgo" o "grupos de riesgo" pasan por no-personas y sus derechos fundamentales son amenazados: el riesgo divide, segrega, estigmatiza

Ulrich Beck

I. Introducción

En el 2002 se proyecta mundialmente la película *Minority Report*[1], obra de ciencia ficción en donde la policía sabe con anticipación los crímenes que se van a cometer[2]. No obstante, esta ficción no es sólo parte del drama de un largometraje de Hollywood, sino del constructo de la dogmática penal, cuando en su función de evitar los supuestos daños de las drogas cae en las trampas de la sociedad del riesgo.

Se presenta por su parte a la sociedad del riesgo (*Risikogesellschaft*) como un nuevo fenómeno de la modernidad y que se inscribe posiblemente como: a) Una fuerza que libera contra la sociedad una reflexividad de sí misma, no como la auto-conciencia de saber qué es y qué no es el riesgo, sino como el registro de una nueva forma de vida social que fluye imperceptiblemente[3]; b) Una problematización del futuro, de la incertidumbre o la complejidad[4]; o, c) Una nueva forma de amenazas o alarmas que presenta la sociedad industrial en la modernidad[5].

Cada posición epistemológica sobre la sociedad del riesgo nos conduce a abordajes distintos en su problematización. No obstante, preferimos el prolegómeno bajo el cual se pueden distinguir al menos tres características: a) La reconfiguración del poder mundial, b) La construcción de un imaginario basado en abstracciones cuantitativas del daño; y, c) La

no identificabilidad de su producción.

De esta manera, el presente trabajo propone con breves ideas analizar desde la sociología jurídico-penal el fenómeno dogmático de los delitos relacionados con las drogas desde la perspectiva de la sociedad del riesgo, quizá como una simple descripción teórica o como un alerta a una inminente crisis civilizatoria en el seno de su pensamiento.

II. El riesgo como re-configurador del poder penal

La historia del poder punitivo es esencialmente la "evolución" del poder. Para analizarlo podemos partir de las teorías premodernas con simplemente aludir a Maquiavelo o Hobbes; o, allanarnos a la filosofía de la ilustración hasta llegar a las puertas de la Revolución Francesa. En lo que podría llamarse la modernidad[6], aparecen diversas concepciones filosóficas, uno de cuyos encuentros más importantes es Karl Marx, quien ubica el problema del poder bajo la histórica relación de la lucha de clases[7]. Este es el punto de partida para ulteriores concepciones, las mismas que se alejan de un análisis economicista para alojarse en enfoques súperestructurales, entre ellas el Derecho.

Las relaciones (tensiones) de poder tienen un parámetro de certidumbre que hace que no degeneren en una lucha eterna. Existe una aparente solución en la búsqueda de un destino cierto, desde el reconocimiento de derechos hasta la repartición de las riquezas[8]. Aquello permite mensurar la dimensión política y normativa del conflicto no sólo en el plano teórico sino también en el nivel fáctico, como por ejemplo mediante la construcción y aplicación de políticas públicas o el surgimiento de una nueva legislación.

El riesgo, por su parte, se presenta como una amenaza mundial que hace necesaria la construcción de alianzas, acuerdos o tratados internacionales. La modernidad de la sociedad del riesgo asume entonces una condición aparentemente más civilizatoria, pues es capaz de agregar y solidarizar Estados y gobiernos con mayor facilidad. La universalidad del riesgo deviene de la investidura ética de su discurso[9]. A nadie se le ocurre aceptar una sociedad donde todos sus habitantes mueran por obra de las armas químicas o de los

enfisemas pulmonares como consecuencia del uso o consumo del tabaco – por ello el riesgo se cosifica también en concreciones objetivas de la vida –. Así, en breve revisión histórica, puede mencionarse que en la primera mitad de Siglo XX las bebidas alcohólicas eran presentadas como un “mal” para la sociedad y fueron por lo tanto prohibidas en los Estados Unidos, lo cual fomentó el contrabando de whisky desde Europa a las principales ciudades de aquel país. No obstante, en 1908 el presidente de los Estados Unidos, Theodore Roosevelt, convocó a más de trece naciones para construir una alianza mundial contra el consumo de opio, como consecuencia de su uso por parte de las tropas norteamericanas en Filipinas y otras islas del Pacífico Sur. Siguiendo esta línea, es en 1961 cuando el problema de las drogas asume niveles mundiales “de riesgo”. La Convención Única sobre Estupefacientes congregó la atención de las Naciones Unidas incorporando a su lista a la hoja de coca y a la marihuana como vegetales peligrosos[10]. El discurso partió de la prioritaria atención y protección a la salud pública bajo la percepción cuantitativa de un inminente daño global a consecuencia de las drogodependencias, lo cual fue incluso descrito en su preámbulo al decir: “[Las Partes] Reconociendo que la toxicomanía constituye un mal grave para el individuo y entraña un peligro social y económico para la humanidad”.

Esta reconfiguración del poder alrededor de la alianza mundial contra el riesgo de las drogas interceptó también el curso tradicional del derecho penal (Strafrecht und Risiko). Si bien el derecho penal tiene como función el dar respuestas a acontecimientos – delitos – ocurridos en el pasado[11], se exige ahora también que se anticipe a punir acontecimientos que aún no han ocurrido pero que se presume que van a suceder. Comienza a estructurarse una dogmática que responde a situaciones de riesgo, tutelando así intereses difundidos o difusos como el medio ambiente o la salud pública para asegurarse de los probables y remotos daños del futuro[12].

La salud pública – bien jurídico que se tutela o protege en la penalización de las drogas – no

sólo brinda un carácter complementario de los bienes jurídicos individuales como la vida, la libertad personal o la propiedad, sino también central o determinante. Esto se debe a que si bien no se concretiza directamente una lesión contra una persona de carne y hueso – lo que impide verificar una relación de causalidad o finalidad –, tiene un contenido dogmático que termina desplazando a los bienes jurídicos individuales[13].

No obstante, aún es ambiguo el definir un bien jurídico penal. Hasta el día de hoy no existe una definición clara y precisa que evite a la política invadir un concepto que creemos debe ser jurídico. Así, Roxin sostiene que “los bienes jurídicos son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo en el marco de un sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del propio sistema”[14]. La definición mencionada circunscribe al bien jurídico dentro del funcionamiento del sistema. Es la norma y su expectativa lo que en definitiva agrega el disvalor jurídico para ser considerado como delito. El legislador – que crea la norma – se convierte entonces en un lector de los comportamientos de riesgo, los cuales están llenos de incertidumbre. Emerge un código binario que conduce su decisión, por una parte, a la diferenciación de reprimir o no reprimir; y, por otra, a la designación de la diferenciación, es decir, a elegir qué va a penalizar[15]. A través de la designación se re-significa un hecho o problema asegurando la evitabilidad de un visible daño, toda vez que “las normas jurídicas constituyen un entramado de expectativas simbólicamente generalizadas. Con ello no sólo producen indicaciones generales que son independientes de las circunstancias, sino que los símbolos están referidos a lo que no es visible y que no puede ser translúcido: el futuro”[16]. La complejidad (riesgo) puede significar a la vez un recurso, siempre y cuando se dependa de la contingencia para asegurar el sistema. En este sentido, García Amado señala que: “El Derecho penal protege siempre la identidad básica de la sociedad, pero cómo se configure en concreto esa sociedad no

depende del Derecho penal, por lo que podríamos añadir que la lucha para cambiar esa configuración tiene que ser conscientemente una lucha en otra clave"[17]. La previsión penal del riesgo se verifica sistémicamente a través de la confianza depositada en favor de la vigencia de la norma. La norma engendra ex ante una definición de bien jurídico; por ende, éste no existiría sin que sea consagrado positivamente. Su eficacia depende de cuán capaz sea el sistema para generar confianza bajo la forma de una disciplinante división y asignación de roles que demanda la sociedad moderna (Gesellschaft) con base en el riesgo permitido, es decir lo que aún no entra en los umbrales de catástrofe[18].

De esta forma, Jakobs justifica la punición del tráfico de estupefacientes puesto que el agente estaría fuera del rol permitido por la sociedad[19]. Con ello, no sólo el bien jurídico "salud pública" legitima la antijuridicidad en este tipo de delitos de drogas, sino también que cierra cualquier posibilidad de permitir o tolerar los auto-conscientes e individuales probables daños por su uso o consumo.

Bajo esta premisa, la posesión de drogas para el uso o consumo sería un riesgo permitido, y sólo la distribución de éstas para el consumo masivo excedería ese riesgo. El derecho penal funciona para afianzar la expectativa social en la norma; por ende, su anticipación permite diferenciar el riesgo permitido del riesgo reprochado típicamente, reconfigurando así su función de sancionar el pasado (Vergangenheit) para adelantarse a reprimir el futuro (Zukunft).

III. De la afirmación de probabilidades al peligro abstracto

Las fronteras entre una información científica y una impregnada de retórica son delgadas e indefinibles. La catástrofe mundial a consecuencia del deshielo de los polos, así como las predicciones mayas que ubican el fin del mundo en diciembre del 2012, pueden encontrar su acogida en la percepción humana bajo la forma de riesgos. Al final, la información que provenga del esoterismo o de la ciencia tiene un relativo influjo en el comportamiento de los individuos,

dependiendo de la sociedad que la acoja con mayor o menor credibilidad.

La sociedad del riesgo, por su parte, alude un aparente soporte científico. La ética sobre la cual se fundan los programas para prevenir los riesgos están alimentados por informaciones devenidas de argumentos probabilísticos[20]. El riesgo debe ser presentado en cifras, sin importar la cualificación real del daño o lesión sobre las personas, pues no se trata de una discusión con el ser humano, sino con la naturaleza y la generalidad numérica[21], es decir, el colectivo en abstracto.

La sociedad del riesgo presenta como natural datos construidos bajo la forma de un coherente sistema de representaciones objetivas. Con ello, lo insignificante se convierte o transforma en objeto científico, presentándose como una estructura – objetividad de primer grado – que se afianza en la psicología social del daño – objetividad de segundo grado –. Así, las ciencias abandonan su lógica experimental y reflexividad para compenetrarse con la política, la economía o la ética, pues se ha mencionado que: "Es especialmente significativo que la estadística, ciencia del error y del conocimiento aproximativo, que en procedimientos tan comunes como el cálculo del error o de límite de confiabilidad opera como una filosofía de la vigilancia crítica, pueda ser frecuentemente utilizada como coartada científica de la sujeción ciega al instrumento"[22].

La información cuantitativa sobre el riesgo no es exacta; sin embargo, se presenta como incuestionable: a mayor número de probabilidades de daño, menor es el espacio para la duda. No obstante, la cifra o estadística puede no develar su compleja realidad, pues como sostiene Eco:

"¿Sabes qué es la estadística? Una cosa con que se hace la cuenta universal de los que nacen, crecen, van a la curia, a la cárcel o a la fosa. Más para mí la parte más curiosa es la que da el promedio general, en donde todo se parte por igual aún entre la población menesterosa. Has de saber, pues resulta sin engaño, que según la estadística del año te comes un pollo y medio al mes, y aunque el

pollo en tu mesa se halla ausente, entras en la estadística igualmente porque hay alguno que se come tres”.[23]

Se presenta un desorden epistemológico, es decir una ambivalencia sobre la construcción de la realidad[24]. Lo que se construye como probable se determina como real, mientras que lo que se muestra como real se degenera al plano de lo esotérico. El riesgo supone una pérdida del pensamiento social bajo la inferencia errónea en el cambio de la percepción de daños biológicos a daños sociales. Aparece como potencialmente dañino algo que individualmente no lo es, pues sólo la acumulación de factores de riesgo lo hace ver como tal. Bajo la probabilidad se asume una pretensión de totalidad. Todo lo que sucede alrededor del individuo es efecto del riesgo.

La sociedad del riesgo afirma un espacio donde el potencial daño es más importante que los reales problemas o situaciones conflictivas sociales. El ser humano sencillamente es prescindido frente al debate de la contaminación ambiental, las armas químicas o sustancias nocivas como las drogas. En ello, la dogmática penal adecua su discurso en excepción a la regla general de los delitos de resultado por lesión, tal como en el homicidio o robo donde se vulneran materialmente la vida o la propiedad. Emerge una dogmática de delitos de resultado por peligro no sólo concreto, sino también abstracto.

La ley penal se anticipa a hechos o acciones probables, que aún no han lesionado o puesto concretamente en peligro bienes jurídicos, toda vez que “...los delitos de peligro abstracto consisten en la probabilidad de una concreta puesta en peligro, por lo que deben sancionarse los comportamientos que, mediante la posibilidad de la puesta en peligro concreto del bien jurídico, generen un estado en el que el ciudadano sienta un peligro para el bien”[25].

El peligro abstracto no es peligro concreto ni probable. Sin embargo, para legitimarlo dogmáticamente actuarían dos teorías: una subjetiva, ex ante a la acción, es decir a manera de prevención y, una objetiva, ex post a ella, donde el “juicio de peligrosidad” se

presenta en la creencia de alta probabilidad en la producción de un resultado dañoso para la sociedad. En esta vertiente se desprenden los denominados delitos de pura actividad, en el cual el agente se comporta ex ante conforme el tipo. Se trata de un peligro abstracto indeterminado, una praesumptio juris et de jure de la peligrosidad de la acción, en otras palabras de derecho penal de autor y no de acto. Tal es así, que en la dogmática penal del riesgo antidrogas, lo que comienza como un injusto sobre el tráfico ilícito de la sustancia (la droga) termina con el reproche sobre el uso o consumo (el drogodependiente).

IV. El riesgo como “organización criminal” no identificable

Los riesgos no son un invento de la modernidad, existieron desde siempre. En la Edad Media se engendró toda una cultura de inseguridad frente a situaciones como, por ejemplo, el padecimiento de la Peste Negra. A su vez, la expansión de Las Cruzadas o el fomento de expediciones para “descubrir” nuevos horizontes más allá del Océano Atlántico, permitió que la Iglesia Católica por primera vez asumiera el riesgo como posibilidad para asegurar el financiamiento de sus empresas de evangelización[26]. El riesgo no sólo estuvo asociado al coraje sino también al mito[27], cuestión que determinó la persecución y muerte de millones de mujeres acusadas de brujería, hechicería, herejía, masonería o apostasía, clasificaciones impuestas por los demonólogos del Siglo XIII que consideraban que la mujer estaba en un estado de riesgo natural hacia el pecado[28].

La diferencia de los riesgos medievales con los modernos – de la sociedad del riesgo – radica según Beck en su ámbito local de producción y repartición[29]. Los riesgos medievales no trascendían a nivel mundial: las pestes o enfermedades europeas no constituyeron un riesgo para los asiáticos. A ello se suma el causalismo mitológico que buscó la culpa en sus aparente generadores; mientras que los riesgos modernos la democratizaron, es decir, la igualaron a nivel global.

Es difícil saber entonces quién es el culpable en la producción de los riesgos modernos, toda vez que carecen de identificación alguna respecto de sus responsables, quienes aparecen como anónimos e invisibles, como un tejido social de irresponsabilidad organizada[30]:

“La lucha por definir la culpa y la responsabilidad de los riesgos que bulle en determinados conflictos sociales no es una necesidad antropológica...Ciertamente en épocas premodernas también había peligros a los que se intentaba buscar culpables, pero básicamente se consideraban “azotes del destino” que abatían desde “fuera” sobre los seres humanos y que había que atribuir a dioses, demonios o a la naturaleza, todos ellos agentes ‘externos’”. [31]

No son sólo los países industrializados los que hoy pueden ser tachados como productores de riesgo, sino también los del así llamado Tercer Mundo. Los productores de sustancias estupefacientes y psicotrópicas ahora están en el Sur. Los laboratorios para la elaboración de pasta básica de cocaína, así como la inauguración de la cadena de producción – al menos en la oferta – no aparecen en las grandes potencias, sino en las decenas de naciones “subdesarrolladas”.

La incriminación en los delitos de riesgo se proyecta de forma objetiva (imputación objetiva), es decir, en quienes portan la sustancia considerada de riesgo, con lo cual cada vez son aprehendidas más personas en los aeropuertos o fronteras debido a su alta exposición frente a los aparatos de seguridad. La responsabilidad de la producción del riesgo se objetiva en los más visibles de lo invisible.

El problema de la imputación por drogas estaría resuelto con la simple participación; no obstante, el grado de complejidad en que se desenvuelven estos delitos es ciertamente muy elevado. El develar el entramado de las nuevas formas de criminalidad en la sociedad del riesgo es una de las cuestiones más difíciles para el derecho, toda vez que detrás puede haber: 1. Poderes abiertamente criminales; 2. Crímenes de los grandes poderes económicos; y, 3. Crímenes de los poderes públicos[32].

Los delitos de drogas se desenvuelven aparentemente en el primero de los enunciados, que comprende aquella criminalidad cuya amplísima y compleja organización convierte al pequeño traficante en un instrumento fungible y que difícilmente conoce al autor principal o dueño del negocio. A pesar de ello, el poder punitivo antidrogas dirige mayormente su imputación sobre los más débiles de la organización, quienes seguramente desconocen la estructura detrás de ella (“el hombre de atrás”). Por ende, la pena – generalmente desproporcionada – del autor mediato desconocido es soportada por el “instrumento” reconocido del delito.

V. Conclusiones

La sociedad del riesgo construye un nuevo escenario en la dogmática penal. Las representaciones normativas sobre el bien jurídico, el peligro abstracto y la autoría y participación son internalizadas desde la afirmación de una probabilidad, mas no desde el principio de necesidad y lesividad. El riesgo desmantela la función del derecho penal, obligándolo a reprimir el futuro.

En ese sentido, no hay ninguna diferencia con la asimilación de los mitos y creencias de la premodernidad, pues con argumentos más sofisticados se desborda de igual manera el poder punitivo. Esto nos coloca nuevamente en la discusión relativa a si está teniendo realmente lugar un desarrollo positivo, o sea, una evolución de la dogmático-penal.

* Profesor de Criminología Crítica de la Universidad Andina “Simón Bolívar”, Sede Ecuador.

[1] Dirigida por Steven Spielberg (2002) y basada en el relato de igual título de Philip K. Dick (1986).

[2] Su anticipación en el tiempo responde al mensaje de un grupo de pitonisas llamadas precogs, quienes tienen la destreza de predecir lo que aún no ha ocurrido.

[3] Anthony Giddens (2003), La construcción de la sociedad, Buenos Aires, Amorrortu, p. 41.

[4] Niklas Luhmann (1998), Sociología del riesgo, México, Universidad Iberoamericana, p. 95.

[5] Ulrich Beck, (2006), La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad, Barcelona, Paidós, p. 66.

[6] Cabe mencionar que para el desaparecido filósofo ecuatoriano, Bolívar Echeverría, la modernidad tiene una crisis en su mismo

proyecto "fundacional" debido al ethos barroco que pervive en su misma identidad. Bolívar Echeverría (1998), *La modernidad de lo barroco*, México, Ediciones Era, p. 48.

[7] La historia de la humanidad (de las relaciones de poder) es la historia de la lucha de clases, es decir entre los campos de quienes son dueños y quienes laboran en los medios de producción. Marx refería entonces junto a Engels que: "Hombres libres y esclavos, patricios y plebeyos, señores y siervos, maestros y oficiales, en una palabra: opresores y oprimidos se enfrentaron siempre, mantuvieron una lucha constante, velada unas veces y otra franca y abierta; lucha que terminó siempre con la transformación revolucionaria de toda la sociedad o el hundimiento de las clases beligerantes". Karl Marx y Friedrich Engels (1999) [1848], *Manifiesto del Partido Comunista*, Bogotá, Lito Imperio, p. 4.

[8] Nancy Fraser (1997), *Iustitia Interrupta*, reflexiones críticas desde la posición "postsocialista", Bogotá, Siglo del Hombre editores y Universidad de los Andes, p. 20.

[9] Ulrich Beck, *La sociedad...*, op. cit., p. 41.

[10] El uso de la hoja de coca tiene una presencia ancestral en países como Bolivia y Perú, mucho antes de su industrialización como cocaína.

[11] Cornelius Prittwitz (2010), "La función del Derecho Penal en la función globalizada del riesgo. Defensa de un rol necesariamente modesto", en Congreso Jurídico Internacional sobre Globalización, Riesgo y Medio Ambiente, Granada, p. 5.

[12] Cornelius Prittwitz (2003), "Sociedad de riesgo y derecho penal", en Luis Arroyo Zapatero, Ulfrid Neumann y Adán Nieto Martín (coords.), *Crítica y justificación del derecho penal en el cambio de siglo. El análisis crítico de la Escuela de Frankfurt*, Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla La Mancha, p. 268.

[13] Juan Bustos Ramírez (2008), *Control Social y otros cambios. Obras completas, Volumen V*, Quito, Editorial Jurídica del Ecuador, p. 167.

[14] Claus Roxin (1997), *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, Tomo I, Madrid, Civitas, p. 56.

[15] Niklas Luhmann, *Sociología...*, op. cit., pp. 118-119.

[16] Niklas Luhmann (2006), *El derecho de la sociedad*, México, Herder, pp. 186-187.

[17] Juan Antonio García Amado (2006), "¿Dogmática penal sistémica? Sobre la influencia de Luhmann en la teoría penal", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (eds.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 156.

[18] Niklas Luhmann, *Sociología...*, op. cit., p. 45. Para Luhmann, los resultados ocurridos de los cálculos probabilísticos del riesgo no deseado se convierten en desgracias o catástrofes.

[19] Günther Jakobs (1997), *Derecho Penal. Parte General*, Madrid, Marcial Pons, p. 59.

[20] La probabilística permite inferir parámetros o características particulares del daño, procurando hacer generalizaciones que permitan tener la suficiente representatividad.

[21] Ulrich Beck, *La sociedad...*, op. cit., p. 36.

[22] Pierre Bourdieu, Jean-Claude Chamboredon y Jean-Claude

Passeron (2002), *El oficio del sociólogo. Presupuestos epistemológicos*, México, Siglo XXI editores, p. 23.

[23] Reflexión de Umberto Eco citada por María Josefina Martínez y Sofía Tiscornia (1994), "Recursos extraordinarios para encontrar datos en los secretos del sumario", en Primeras Jornadas sobre Etnografía y Métodos Cualitativos, Buenos Aires, Equipo de Antropología Política y Jurídica, ICA-UBA, p. 16.

[24] Zygmunt Bauman (1996), "Modernidad y ambivalencia", en Jostxo Beriain (comp.), *Las consecuencias perversas de la modernidad*, Barcelona, Anthropos, p. 73.

[25] Citado de Cramer por Guillermo Portilla Contreras (2006), "Legitimación del Derecho Penal a través de la doctrina del bien jurídico, teorías de la justicia y bienes jurídicos colectivos", en Miguel Díaz y García Conlledo y Juan Antonio García Amado (ed.), *Estudios de Filosofía del Derecho Penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, p. 534.

[26] El surgimiento de las denominadas Sociedades o Compañías Anónimas, cuya existencia aún pervive en el derecho, tuvo como objeto el financiamiento encubierto de la Iglesia sobre el riesgo de sus intensas campañas. Niklas Luhmann, *Sociología...*, op. cit., p. 52.

[27] Ulrich Beck, *La sociedad...*, op. cit., p. 32.

[28] El *Malleus Maleficarum*, redactado por Jacob Sprenger y Heinrich Krämer en 1487, fue el instrumento sobre el cual la Santa Inquisición autorizó las afamadas "cacerías de brujas", pues la brujería aparecía como un temible riesgo de esa época.

[29] Ulrich Beck, *La sociedad...*, op. cit., pp. 34-35.

[30] *Ibid.*, p. 63.

[31] Ulrich Beck (2008), *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Barcelona, Paidós, pp. 23-24.

[32] Luigi Ferrajoli (2009), "Criminalidad y globalización", en Miguel Carbonell y Rodolfo Vázquez (comps.), *Globalización y Derecho, serie justicia y derechos humanos Neoconstitucionalismo y Sociedad*, volumen 8, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, p. 148.

**Entrevista realizada por el GLIPGö* al
Profesor Dr. Klaus Bodemer
Göttingen 16 de septiembre de 2011**

GLIPGö: Profesor Bodemer, muchas gracias por aceptar esta entrevista con la colaboración la Escuela de Verano, queremos hacer unas preguntas muy breves, unas personales, otras académicas y otra de sus percepciones sobre la relación entre Europa y Latinoamérica.

Acerca de su trabajo académico, ¿por qué eligió a la ciencia política como su profesión?

Bodemer: Es una buena pregunta, a veces, depende de casualidades, yo he estudiado tres disciplinas al comienzo, literatura alemana, ciencias políticas e historia en tres universidades en Friburgo, todos en Alemania, en Múnich y en Berlín y cuando me fui de Friburgo hacia Berlín por un año. Cambié la disciplina principal, por cosas más formales y tomé como disciplina primordial ciencias políticas en Berlín, desde este momento y no más Literatura alemana, pero tenía también que ver, que también la escuela para mi... que los temas del ámbito político me interesaron más que la literatura y pensaba también trabajar en este ámbito, y no solamente en el tema de la literatura. Por que si uno trabaja en literatura tiene uno dos opciones: ser profesor en la escuela o ser periodista y no fue mi interés ir a la escuela como profesor. Y como periodista es una cosa muy floja y es muy difícil también ser un buen periodista y entonces entre en eso, (además) fui durante muchos años profesor de Relaciones Internacionales en la comparación Norte-Sur y también por casualidad me presente en una universidad en una época muy fuerte en América Latina y eso fue el comienzo de mi trabajo sobre y con América Latina, un empuje más fue una estadía como profesor visitante de dos años en FLACSO Buenos Aires.

GLIPGö: De sus múltiples viajes a Latinoamérica, ¿qué recuerda cómo lo más impactante?

Bodemer: ¡Uy! Es muy difícil, son

experiencias... El punto de partida fue esta estadía en Buenos Aires. No se puede hablar y enseñar en la universidad seriamente sobre América Latina sin haber pasado un cierto tiempo aquí. Enseñar solamente sobre la base de libros no es convincente a mediano plazo y por eso, esta estadía fue muy importante para mi para, además fue una época, del regreso a la democracia, la época de Alfonsín en los 80 y he aprendido mucho de la vida cotidiana de esos problemas de transición democrática, y claro, eso fue más una experiencia de eso y vinculado claro con el trabajo de excelentes colegas en FLACSO, en Buenos Aires y claro, cada estadía tiene otra enseñanza. Después, estuve tres años en Montevideo, como director de una junta de acción política, trabajé más con los políticos. Es también, para un académico una enseñanza muy buena para poder saber que es manejable en la política y que no. Y no simplemente dar recetas. Eso fue también lo que ha impulsado mi docencia. Y después estadías como en Medellín, en Costa Rica, en Río como profesor a corto plazo. Y cada país tiene sus propias facetas. No, yo no podría decir una experiencia mas impactante, todas estas estadías fueron impactantes, ni hablar que tengo muchos amigos de esas estadías.

GLIPGö: A propósito de la Escuela de Verano, nuestro objetivo fue estimular el intercambio más directo entre científicos alemanes y latinoamericanos. Sin embargo, es una situación un poco compleja, especialmente para los latinoamericanos que vienen a Alemania, ¿cuál es su percepción, su opinión acerca de por qué funciona eso limitadamente ese intercambio académico? ¿Sugerencias para que eso pueda mejorar?

Bodemer: En eso no soy muy pesimista. Yo creo que en los últimos años este intercambio académico ha mejorado mucho, por muchos motivos. Primero: hay más plata por parte de Alemania. Hay cada vez más instancias públicas y gobiernos en América Latina que están cofinanciando eso, por ejemplo el caso de Colombia tiene sus propios fondos para facilitar está estadía en Alemania, Brasil es lo mismo... Argentina, Chile también esto aumenta simplemente la cantidad de becas.

Otra cosa es, -yo veo eso en la Universidad de Hamburgo-, que mis estudiantes han avanzado muchísimo en el manejo del idioma, esto es, muchos viajan a veces con poca plata, son mucho más internacionalizados y globalizados eso también favorece el intercambio a nivel a la misma altura...

GLIPGö: ¡Claro!

Bodemer: ...con sus colegas en América Latina. Y yo creo, la situación ha mejorado. También las cifras del servicio académico: El Servicio Alemán de Intercambio Académico - DAAD- muestra claramente, que hay un aumento de becarios. Quizá tienen también que ver, eso se refiere a todo Europa, que la cantidad de becarios de América Latina se han aumentado también en Francia e Inglaterra. Por el simple hecho: fue cada vez más difícil bajo el gobierno de Bush tener acceso al mercado a las universidades norteamericanas. Con las leyes de migración y todo eso, indirectamente también han favorecido a Europa.

GLIPGö: Favorece a Europa.

Bodemer: Por eso, soy relativamente optimista y además en Alemania hay mucho más programas de excelencia con mucho más doctorados que antes, y programas de investigación que prescriben que se hace en cooperación con otros (países) de América Latina. Antes fue una cosa típicamente alemana. Se iban a América Latina a investigar y regresaban, ahora es solamente en cooperación con colegas de América Latina. Hasta ese tipo de escuelas terminaron. Es una cosa que diez años antes prácticamente no existía y eso es un buen ejemplo acá.

GLIPGö: Un asunto ahora más sustancial, en Latinoamérica compartimos muchos problemas de seguridad transnacionales, como el narcotráfico y otros, ¿debería ser o es pertinente o posible quizás el plantear discutir una política latinoamericana de seguridad? ¿Cuál, sería su opinión sobre eso?

Bodemer: Ah, no, una política de seguridad no

existe y tampoco es deseable, por que bueno... eso que tocamos es... Hay una política de seguridad clásica que tiene, que ver con los conflictos interestatales, tiene que ver con la relación con el gran vecino del norte, el sistema de seguridad interamericana. Con estas reuniones permanentes, no permanentes, esporádicas de los ministros de defensa, el Pacto de Río, todas esas cosas son teorías, conceptos clásicos de seguridad, como luchar contra el terrorismo internacional y el narcotráfico internacional, y hay más de estas políticas, más con vista hacia la política interna que tratamos esta mañana. Pero hay muchas facetas y ningún país es como el otro. No hay recetas que son adaptables a todos los países, pero hay evaluaciones con resultados claros, que recetas no funcionan, qué estrategias no funcionan, en este sentido, sí, pero es una aprendizaje mutuo, es decir: los europeos no tiene las recetas que se debe transferir a América Latina, pero hay experiencias -como el siglo último- de laboratorio de experiencias en ciertos lugares, normalmente son a nivel local, más cercanos a la ciudadanía y de estas experiencias positivas, que se basan en ciertos conceptos teóricos, se puede aprender. Y al revés, hay experiencias muy exitosas, prometedoras, en América Latina, que casi piden una cooperación, un intercambio de experiencias con sus colegas en Europa. Eso yo creo, se trata de intercambio de experiencias. Los conceptos siempre tienen que ser inclusivos, es decir, no focalizados, simplemente a la policía, a los políticos. Tienen que oír a los ciudadanos, a las organizaciones no gubernamentales, la policía, el sector empresarial también y claro, quizás a las fuerzas armadas. En cierto sentido el tráfico de drogas transnacional también es eso. Pero tiene que ser inclusivo y tiene que tomar en cuenta que el problema de seguridad es una construcción social. Como he dicho, tienen que tomar en serio (esas) percepciones y aunque sea que son equivocadas, tomar en serio las preocupaciones de los ciudadanos, e impedirse drásticamente dar recetas a corto plazo, como esas recetas de represión de mano dura. Eso es un drama terrible en todos lados, en Europa y en América Latina. Si uno

mira lo que pasa en Londres, en Paris los últimos años hay mucho que aprender pero son lecturas, no recetas. Ese es el camino. Y tener mucha paciencia.

GLIPGö: Como usted lo menciona en su cátedra. México vive actualmente un proceso de inseguridad muy grande, por este crimen organizado, que esta atacando a las instituciones y por la salida del ejército a las calles a realizar tareas netamente policiales. Hace poco salió en la revista Proceso .- ¿No sé si usted la conoce?- en su número 1815. El reportero Jorge Carrasco realiza un estudio sobre los expertos en fuerzas militares encargadas de la seguridad nacional de Estados Unidos y en ese reportaje del semanario: se menciona diferentes opiniones sobre la delincuencia transnacional que sucede en México. La opinión más radical es la de Johnny M. Lairsey Jr. quien en su texto: Estrategia para México, propone que Estados Unidos debería hacer valer sus poderes para derrotar a las organizaciones de delincuencia transnacional y ayudar a mejorar las condiciones en México, y que para ello debería utilizar Estados Unidos a sus fuerzas armadas. Mi pregunta es, ¿Estamos en presencia de una futura invasión Norteamericana en México, sino se elimina a la delincuencia transnacional?

Bodemer: Bueno, ¡es una locura total!, yo creo... ¿cómo se puede decir eso seriamente? Apesar...Yo creo (que) los mexicanos nunca aceptarían este tipo de invasión, claro, tenemos ahora en el caso de Colombia este gran debate sobre una ¿cómo se dice? dependencia en el ...

GLIPGö: de esta nación norteamericana.

Bodemer: Es una cosa pero también eso es muy discutido y muy criticado por todos los países vecinos de Colombia. Sin o con invasión. Yo creo que una estrategia de represión en primer lugar por los militares que ocupan terreno de la policía, hasta ahora ha fracasado totalmente. Ha fracasado el presidente Calderón. Ha dicho hace poco, que sino termina, por ejemplo el tráfico de armas pequeñas y medias no podemos terminar -en

eso tiene razón- ¿Sabes cuál fue la respuesta de Obama? No tengo ningún chance de prohibir eso, porque no voy a encontrar una mayoría en el Congreso norteamericano para prohibir la transferencia de armas. Es una capitulación, seguramente, y claro, es un tema, el como se puede controlar ese tráfico de armas pequeñas y su circulación y yo creo, es una minoría la que piensa concretamente (una invasión), ¿cómo se puede imaginar eso? Los norteamericanos están apoyando a los militares y la policía con información y también con material. Pero yo creo es una estrategia totalmente fracasada.

GLIPGö: Naturalmente, yo creo si llegará a suceder incrementaría la violencia en el país. ¿Verdad?

Bodemer: Si uno piensa, ¿cómo hacer? Yo no creo, que ningún gobierno mexicano podría permitir eso. ¿Cómo pensar eso en la práctica?.

GLIPGö: Esa intervención de Roberto también es interesante por que conduce también a preguntarse sobre los rendimientos, posibilidades, la capacidad de diseñar propuestas autónomas en Latinoamérica independientes de los deseos digamos necesidades o apuestas, de Estados Unidos de Norteamérica.

Bodemer: Además, el tema central en eso, es no descuidar la oferta de la demanda. La demanda viene en gran parte de Estados Unidos, eso es el problema. Pero claro, ningún gobierno hasta ahora ha atacado este problema seriamente, con políticas de reducir la demanda. Claro, una propuesta que está en todos lados es legalizar, es un gran debate, por lo menos legalizar una parte de las drogas está muy discutido, más en Europa que en los Estados Unidos, pero en los Estados Unidos hay también fracciones para impedir los torrentes de ganancias que hacen estos traficantes. Si no se reduce la demanda el problema nunca se va a solucionar, y pensar cuáles podrían ser (las alternativas), eso tiene que ver con lo que discutimos esta mañana. Cuáles son alternativas para bajar los ingresos, para dar a los jóvenes -no es una

cosa solamente de las bandas de traficantes, están involucrados políticos... a muchos chicos que no tienen ninguna oportunidad en una comunidad de mercado de trabajo, ¿cómo podemos ofrecer con una política integral que no haya más incentivos para participar en estas redes de traficantes. Es una política social y las respuestas tienen que venir de una política integral que toma todo eso en cuenta y no con una política de simplemente de mano dura, de la policía. Eso tiene que ver con todos los problemas que discutimos, tiene que ver con cómo evitar policías corruptos y el aparato político corrupto y tiene que ver con la formación, tiene que ver también con la educación cívica, tiene que ver con el financiamiento de las campañas electorales, con cómo los partidos están siendo financiados. En ese sentido el sistema democrático es mucho más vulnerable, por que hay partidos competidores y si son partidos competidores hay nichos de financiación y eso pasa.

GLIPGö: Profesor Bodemer, muchísimas gracias por su colaboración.

* Entrevista realizada en castellano por John Zuluaga Taborda y Roberto Pérez. Transcripción por Roberto Pérez. Revisión por la Dra. María Laura Böhm. A fin de reproducir con la mayor fidelidad posible las expresiones del Prof. Bodemer, los ocasionales errores idiomáticos que hubieran podido deslizarse durante la entrevista fueron corregidos aquí únicamente cuando los mismos hubieran podido dificultar la comprensión de la misma.

Entrevista realizada por el GLIPGö* al Prof. Dr. Albin Eser – Göttingen, 12 de septiembre de 2011

GLIPGö: Estimado Profesor Eser, en primer lugar quiero agradecerle su disposición para esta corta entrevista. Profesor Eser, entre los años 2004 y 2006 usted se desempeñó como juez en el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia. Entre tanto fueron capturadas las últimas personas que habían sido acusadas y que se encontraban fugitivas. ¿Cómo evalúa Usted retrospectivamente el trabajo de este organismo, desde su perspectiva como profesor de Derecho Penal y ex juez?

Eser: Para mí fue un golpe de suerte muy especial el haber tenido la posibilidad en general de trabajar como juez, ya que durante mucho tiempo me había ocupado de estos temas pero desde un punto de vista teórico. También tuve la oportunidad de contribuir en el desarrollo del Estatuto de Roma para un tribunal penal internacional de carácter permanente. De ahí que fuera una buena oportunidad trabajar en el campo práctico para poder aplicar algunas de las ideas que tenía. Para mí fue también muy enriquecedor como profesor de Derecho Penal poder aprender en la práctica muchas cosas que, por decirlo de alguna manera, solo había aprendido del papel y poder ahora también evaluarlas en las publicaciones propias.

Ahora, desde el punto de vista práctico, ¿cómo fueron las experiencias? Por un lado fueron muy positivas, ya que en general la existencia del Tribunal demuestra que se puede poner fin a la impunidad, puesto que finalmente es posible hacer que los acusados principales, los cuales han sido seleccionados de un círculo seguramente más amplio de posibles autores, comparezcan ante la justicia, para que de esta manera el mundo y sobre todo las víctimas puedan ver que los hechos no se dejan simplemente atrás, sino que realmente se intenta satisfacer a las víctimas y con esto, ojalá, también evitar en el futuro la perpetración de crímenes de esta

clase. Esta es la visión global, es decir, la reflexión "macro".

En la reflexión "micro", es decir, en lo que tiene que ver con los procesos en particular, mi apreciación varía considerablemente. Para decirlo con brevedad, en mi opinión, el proceso adversarial, en donde las partes son los actores principales y el juez solo se "recuesta" es en varios sentidos deficiente. Para ser puramente prácticos, debido a esta estructura procesal, los juicios son sumamente largos, no existe una mano conductora que pueda decirle a las partes cuántos medios de prueba deberían presentar. Por esto, las partes presentan tantas pruebas como les es posible, de manera que puede ocurrir, que los jueces escuchan testigos durante toda una semana y finalmente se preguntan: ¿Y por qué? O bien ya se está convencido de todas maneras de las cosas, aunque no se lo puede decir, o se advierte que lo importante no ha sido presentado y el proceso adversarial impide formular nuevas preguntas que podrían aportar al esclarecimiento del caso.

Esta situación es perjudicial para la celeridad del proceso, pero también lo es para el descubrimiento de la verdad. El proceso adversarial se contenta básicamente con aquello que las partes presentan. Pero las partes no siempre llevan al juicio lo que es realmente importante para el esclarecimiento de la verdad. Pienso en un caso en el cual la misma persona fue mencionada una y otra vez como aquella que sabía lo que se le atribuía al acusado, pero ni la Fiscalía ni la defensa solicitaron nunca su comparecencia como testigo. Este hombre fue nombrado por muchos otros testigos, por lo que se temía que pudiera decir algo que pudiera perjudicar los intereses de la propia parte representada. Por esto se debería ser como juez mucho más activo, para citar por ejemplo a esta persona como testigo de la Corte y así podernos acercar tal vez más a la base de la verdad.

La pregunta sobre la verdad es también muy importante debido a otra razón. A diferencia del proceso civil, frente al cual se puede afirmar que se conforma con la compensación

de intereses a partir de lo que dicen las partes, en el proceso penal se trata de juzgar sobre la base de la verdad. Cuando no se investiga tan profundamente como es posible hacerlo, se dificulta el esclarecimiento de los hechos, de modo que al fundamento de la sentencia le falta una cierta parte.

Un tercer aspecto con el cual yo tampoco estuve muy contento es que debido a ese sistema adversarial la tarea del Tribunal, incluso en lo relacionado con ese interés general del hallazgo de la verdad, realmente no se cumplía satisfactoriamente. ¿A que me refiero con esto? Muchos de estos conflictos étnicamente condicionados se basan en que no se sabe en absoluto lo que en realidad ha ocurrido. Se construyen leyendas y cada bando las utiliza para sus propios intereses. La función de un tribunal internacional podría ser también la de contrarrestar la construcción de estas leyendas, al aclarar los acontecimientos tanto como sea posible.

GLIPGö: Los tribunales internacionales más conocidos como los tribunales ad-hoc de Yugoslavia y Ruanda y el tribunal especial para Sierra Leona dejarán de trabajar en los próximos años. Permanece entonces solamente la Corte Penal Internacional. ¿Cómo valora Usted, teniendo en cuenta la situación actual, con relación por ejemplo a países como Libia, Sudan, Kenia o el Congo, el trabajo que hasta el momento ha adelantado la Corte Penal Internacional y qué se puede esperar en el futuro?

Eser: La valoración depende en mayor medida de qué es lo que finalmente se quiere. Si se quiere un desarrollo del proceso cercano a los hechos y a las víctimas, es decir en el país afectado mismo, o si se quiere trasladar los procesos más al nivel neutral de un tribunal internacional. De acuerdo con el llamado principio de subsidiaridad o principio de complementariedad, la justicia interna es la primera en ser competente para asumir un caso, pero hay situaciones en las que esto apenas si es posible, si no se quiere que surja el reproche sobre la justicia de vencedores. Esto es lo que se ve ahora en Libia, en donde en el fondo se encuentran algunos conflictos

de esta índole. El proceso que allá se adelanta tendrá que lidiar siempre con ese reproche: Los vencedores han llevado adelante un proceso contra el vencido, Gaddafi. Para el reconocimiento o la aprobación de un juicio resulta mejor cuando es un tribunal neutral el que conduce el proceso.

Por otro lado, al margen de problemas prácticos como la protección de testigos. Nosotros tuvimos en nuestros procesos [ante el Tribunal internacional para la ex Yugoslavia] muchos testigos que difícilmente se hubieran podido escuchar en Bosnia-Herzegovina, puesto que entonces la identidad de estas personas hubiera sido dada a conocer públicamente. Ante un tribunal internacional es mucho más fácil proteger la identidad. El acusado sabe siempre quién es el testigo; sin embargo, se entera después y no antes, de manera que no sea posible ejercer sobre ellos ningún tipo de influencia.

Sobre la capacidad de la Corte Penal Internacional de hacerse cargo ella sola de todos los crímenes internacionales que se cometen, deberá dejarse un signo de interrogación. Algo que preocupa es que hasta ahora la mayoría de las denuncias han sido dirigidas contra presuntos criminales internacionales de África. Sería bueno que se echara una mirada también hacia otros países, en los cuales también se cometen crímenes internacionales. Pero las superpotencias han podido evitar hasta el momento que esto suceda. El futuro de la Corte Penal Internacional debe procurar que las grandes potencias se hagan parte del Estatuto de Roma y no piensen que deben proteger a sus propios nacionales de la jurisdicción de la Corte. Mientras esto no suceda, es decir que mientras no sea posible un tratamiento igualitario de todos los países del mundo, la Corte Penal Internacional tendrá que luchar contra una cierta preocupación, no quiero decir defecto, pero tendrá que afrontar serios problemas de credibilidad. Debido a la gravedad de los crímenes internacionales sería bueno que una Corte de estas características esté por encima de cualquier reproche de parcialidad o prejuicio. Por esto

desearía que la Corte Penal Internacional fuera reconocida paulatinamente por las grandes potencias. Ahora puede visualizarse algún grado de reconocimiento en el hecho de que las investigaciones en contra de Al-Bashir y Gaddafi fueron iniciadas a través del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, es decir por países que son miembros permanentes del Consejo de Seguridad y no son parte del Estatuto de Roma. Consecuentemente ellos deberían ahora adherir al Estatuto, ya que no tiene sentido iniciar procesos por iniciativa del Consejo de Seguridad si los países que lo integran se reusan a aceptar la competencia de la Corte. Esto es necesario para el fortalecimiento de la Corte Penal Internacional y así podría actuar también con mayor neutralidad.

GLIPGö: Profesor Eser, al dejar el Instituto Max-Planck para Derecho Penal Internacional y Extranjero en 2004, después de haber sido director por varios años, Usted dijo sobre la enseñanza del Derecho en Alemania, que el peligro durante los estudios consiste en que se estudia teoría con el mayor grado de abstracción posible y por esto se pierde de vista al ser humano. Por otro lado, la práctica del conocimiento jurídico tiene lugar mediante la construcción de casos bastante alejados de la realidad. Dada su experiencia como profesor de Derecho en universidades alemanas y extranjeras, ¿cuáles son los aspectos positivos y negativos más notorios que Usted encuentra cuando compara la manera de formar abogados?

Eser: En primer lugar yo diría, que el estudio de la teoría bajo el mayor grado de abstracción posible tiene como desventaja que al pasar a la [administración de] justicia resulta en general muy difícil aplicarla. En este sentido fue para mí una experiencia importante el haber ejercido durante muchos años como juez adjunto en un Tribunal Superior Estatal (Richter im Nebenamt am Oberlandesgericht) puesto que pude traer a la enseñanza del Derecho muchos casos que ayudé a decidir, para no hablar sólo teóricamente sobre algún tema en particular y así poder mostrar por el contrario cómo la teoría afecta al ser humano. Cuando decido algo teóricamente, para mi

debe ser claro qué consecuencias tiene eso para las personas que se ven involucradas. Sin embargo, esas personas no están ahí cuando se construye la teoría y en este sentido siempre hay una parte de realidad que se pierde. En alguna medida esto funciona mejor en el método del "case-law", como es practicado en las escuelas de Derecho en los Estados Unidos, en donde el estudio del Derecho se basa mucho más en casos. Sin embargo, esto tiene también la desventaja de que a pesar de que se conocen muchos casos particulares, el gran contexto general no se logra establecer. Con otras palabras, se debería intentar reconciliar de alguna manera los dos sistemas. Eso he tratado de hacer, por ejemplo, con mi curso de Derecho Penal, en donde se parte del estudio de casos concretos y luego a partir de ahí se intenta desarrollar una teoría o un determinado sistema.

GLIPGö: Estimado Profesor Eser, le agradezco calurosamente el habernos permitido tener esta entrevista.

* Entrevista realizada originalmente en alemán y transcrita por Florian Huber. Traducción al español por Gustavo Emilio Cote Barco. Revisión por la Dra. María Laura Böhm.

Entrevista realizada por el GLIPGö* al Prof. Dr. Karl-Heinz Gössel – Göttingen, 09 de septiembre de 2011

GLIPGö: Prof. Dr. Gössel, en primer lugar nos gustaría agradecerle por el tiempo que le brinda a nuestro grupo de investigación y por darnos esta entrevista. He preparado cuatro preguntas sobre las que me gustaría conocer su opinión.

La primera pregunta: La dogmática alemana del derecho penal es muy popular en la región de América Latina, mientras que es muy fuerte en el derecho procesal penal la influencia anglo-americana. ¿Por qué sucede esto? ¿Cuál es su opinión?

Gössel: Creo que es debido a la fortísima influencia económica de los Estados Unidos. Los Estados Unidos también intentan imponer su sistema jurídico y presentarlo como modelo en Europa, es decir, en el antiguo bloque oriental. Y de esta influencia los países latinoamericanos no han podido escapar.

GLIPGö: Hace unos años en una entrevista con una universidad colombiana Ud. ha descrito el estado del derecho penal alemán como triste. ¿Cree que en los últimos años ha mejorado? ¿Puede eventualmente Alemania servir a los países de América Latina como ejemplo? ¿Dónde ve usted las fortalezas y las debilidades desde una perspectiva de derecho comparado?

Gössel: Al respecto tengo que decir, naturalmente, que dado que no me resultan tan familiares los procedimientos penales de América Latina – de los cuales hay muchos –, no me atrevería a emitir un juicio al respecto. Pero quiero indicar una cierta función de modelo del Derecho Procesal Penal. Primeramente en sentido negativo: En sentido negativo sería bueno si se asumiese que, por ejemplo, la orientación alemana hacia algunos modelos norteamericanos puede ser dañina. Desde hace algún tiempo tenemos en el derecho penal alemán una disposición sobre los llamados "acuerdos o arreglos" (§ 257c StPO Acuerdo sobre la continuación y el

resultado del proceso con participación procesal – Verständigung über Verfahrenfortgang und -ergebnis mit Verfahrensbeteiligung). Este es un ejemplo de mendacidad poco habitual. En los proyectos de ley, en las decisiones de los tribunales superiores dice expresamente: Obviamente sólo puede llegarse a un acuerdo cuando con anterioridad el hecho haya sido plenamente investigado de acuerdo a la Regla del §244II StPO y la verdad haya sido correspondientemente investigada. Sin embargo, el sentido exacto del acuerdo es que no se lleve adelante esta investigación minuciosa. Y sobre esto deberían reflexionar los países de América Latina, sobre si esta regulación de los acuerdos es el medio adecuado. Los acuerdos son económicos, de eso no cabe duda. Pero tenemos que decidirnos: ¿Qué es lo que queremos? ¿Un proceso penal acorde con los principios del Estado de Derecho que se base en la justicia y la verdad? ¿O queremos un proceso penal lo más rentable posible, incluso diría, un proceso penal barato?

En el procedimiento penal alemán en el último tiempo la evolución favorable se impulsó desde Estrasburgo, desde el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH). Y cómo fue recibida en Alemania la jurisprudencia sobre los arts. 6 (Derecho a un proceso equitativo) y 5 (Derecho a la libertad y a la seguridad) del CEDH, es a diferencia del anterior, un ejemplo positivo.

GLIPGö: Como profesor universitario y como juez Ud. ha trabajado durante muchos años con la práctica y la teoría del derecho penal alemán. ¿Cómo evalúa el intercambio entre profesionales, profesores y legisladores con respecto a los desarrollos actuales en el derecho penal?

Gössel: En general positivo, pero ocurre demasiado poco. Debe hacerse más intensivo y, por supuesto, se deben superar las barreras idiomáticas. Los alemanes deben aprender español, quizás también portugués, y obviamente también sería bueno si muchos latinoamericanos hablasen alemán. De esta manera el entendimiento sería sin duda mejor y el intercambio sería más fructífero.

GLIPGö: Ud. ha dado charlas y conferencias tanto en universidades alemanas como de América Latina. ¿Cómo evalúa la enseñanza del Derecho en Alemania y América Latina desde el punto de vista comparativo?

Gössel: Aquí también debo ser reservado. La formación latinoamericana no me es tan conocida, especialmente porque cada país tiene su propia manera de formar a sus juristas. En cuanto a la enseñanza del derecho en Alemania, tengo que pensar en mis propias experiencias. Tuve un servicio de preparación de 3 años y medio, que se redujo a 2, y esto no es bueno para la calidad jurídica de jueces y fiscales.

GLIPGö: Prof. Gössel, muchas gracias por esta entrevista.

* Entrevista realizada en alemán por Florian Huber. Transcripción por Luis Guijarro. Traducción al castellano por María Cecilia Dómine. Revisión por la Dra. María Laura Böhm.

Entrevista realizada por el GLIPGö* al Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Günther Jakobs – Göttingen, 5 de septiembre de 2011

GLIPGö: Buenas tardes Prof. Jakobs, nos complace enormemente que nos visite hoy en Göttingen en la Escuela de Verano de este año. Desde el Grupo de Investigación Penal Göttingen (GLIPGö), hemos preparado cuatro preguntas que nos gustaría discutir con usted.

Jakobs: Me alegro de poder estar aquí. Por supuesto, comencemos.

GLIPGö: Profesor Jakobs, sin duda usted es uno de los penalistas alemanes con más reconocimiento e influencia en América Latina. Además de sus numerosas publicaciones traducidas al español, también ha visitado en varias oportunidades diferentes países de la región. ¿Cuál es su impresión respecto al estado actual de nuestras legislaciones y sistemas de justicia penal?

Jakobs: Mmm... Esa es una pregunta que casi no puedo responder. Cuando estoy en estos sitios, me encuentro siempre exclusivamente en compañía de colegas en las universidades. Puedo expresar mi punto de vista sobre el estado de la ciencia, pero no sé cómo, o solamente de manera muy puntual puedo referirme sobre cómo proceden los tribunales en asuntos penales así como sobre cómo ha evolucionado la legislación en estos países. Sólo puedo decir una cosa: La ciencia – si bien no en todas partes, pero sí en un número significativo de áreas – tiene un nivel muy alto y nos encontramos ya hace varias décadas en discusión con los principales teóricos que conducen este debate. En realidad esta discusión tiene siglos de antigüedad y se remonta a Jiménez de Asúa.

GLIPGö: ¿Tiene usted la impresión de que sus teorías y sus ideas han sido bien traducidas, entendidas y discutidas o más bien diría que lo han entendido mal?

Jakobs: No. Por lo general me entienden muy

bien. Eso se debe también en parte a las muy buenas traducciones. Por ejemplo, Manuel Cancio [Meliá] es completamente bilingüe y también el joven Polaino-Orts es entretanto casi bilingüe, por lo demás me traducen mis propios discípulos. En Colombia el señor Reyes y el señor Montealegre, en Argentina el señor Sancinetti o su esposa, la señora Ziffer, todos ellos hablan un excelente alemán. Frente a eso sólo puedo avergonzarme de mis pocos conocimientos de español. También debo mencionar al señor Caruso en el Perú. Por esta razón, me suelen entender de manera acertada. Es cierto que cada tanto escucho que las traducciones tienen errores, pero cuando se traducen miles de páginas, ¿cómo no va a suceder?

GLIPGö: Pasando a otro tema. En el 2005 un grupo de estudiantes de la Universidad de Hamburgo, bajo la dirección del Prof. Fritz Sack, le preguntó entre otras cosas si el Derecho Penal del enemigo debe entenderse como un análisis descriptivo o como una propuesta normativa... ¿tal vez lo recuerda?

Jakobs: Lamentablemente no...

GLIPGö: En ese entonces yo era parte de este grupo de estudiantes [M.L.B.] y he traído aquí la carta de respuesta que nos dirigió en aquella ocasión. Me gustaría ocuparme más de cerca de la segunda pregunta de aquel cuestionario. Allí usted sostiene que “no se puede evitar una proposición descriptiva. El Derecho Penal del enemigo medido de acuerdo al concepto del Estado de Derecho es deficitario y por eso es legítimo únicamente – pero legítimo al fin – cuando sin Derecho Penal del enemigo pudiera temerse una pérdida todavía mayor de ese Estado de Derecho. Dicho en forma drástica, también una víctima que es dejada desprotegida, está siendo despersonalizada.”. ¿Daría usted hoy exactamente la misma respuesta o la actualizaría o complementaría de acuerdo al desarrollo posterior de su trabajo?

Jakobs: No. Considero que la afirmación sigue siendo correcta.

GLIPGö: Eso significa que (el Derecho Penal

del enemigo) es también normativo. Es decir, ¿podemos entenderlo como descriptivo y normativo?

Jakobs: Sí. Eso me gustaría explicarlo un poco más. No es normativo, como por ejemplo la defensa a la vida lo es, de tal manera que se dice: "eso debe ser así, debe protegerse la vida, debe protegerse la propiedad, debe promoverse la no violencia". El Derecho Penal del enemigo no es normativo en este sentido, sino más bien en un sentido normativo débil de necesario como medida de legítima defensa. A saber, en el sentido de que si ahora hay terroristas, que en mi opinión es una condición, no se puede evitar un Derecho Penal del enemigo o instituciones equivalentes. Por consiguiente, no es normativo en el sentido de que intentamos ampliar el Derecho Penal del enemigo, sino en el sentido de que intentamos mantenerlo reducido, pero no podremos abolirlo completamente.

GLIPGö: Es decir, es normativo en la medida en que es necesario para el sistema.

Jakobs: Sí... Ante todo es una exigencia del sistema para mantener los propios sistemas.

GLIPGö: A la luz de su declaración nuevamente reafirmada, tengo aún dos inquietudes: ¿Para no despersonalizar a la víctima, se tiene que despersonalizar al infractor?, ¿se podría decir así? Pero, ¿tal lógica no conduciría a una escalada de violencia normativa y discursiva? La otra pregunta es: ¿Bajo qué condiciones se podría de-escalar esta espiral?

Jakobs: Yo no diría que a un infractor, en sentido literal, se le despersonaliza por completo (entpersonalisiert), sino que diría más bien que es despersonalizado (depersonalisiert), es decir, su carácter de persona se reduce. Más bien la víctima de un homicidio es despersonalizada (entpersonalisiert), sí... Y creo que, ahora que estamos reflexionando sobre esto, el ataque al World Trade Center fue una despersonalización de personas (Entpersonalisierung) multiplicada por mil. Es

decir, de aquellos que con ello resultaron muertos.

GLIPGö: Entendido. De acuerdo. ¿Y este sería entonces el fundamento para poder despersonalizar (depersonalisieren) a quienes hayan cometido tales actos?

Jakobs: A quienes han hecho tal cosa los sancionamos por asesinato, cuando los encontramos. Acá no necesitamos hablar mucho sobre la despersonalización completa o no (de- o entpersonalisieren). Se trata de cada asesino. Lo malo en el Derecho Penal del enemigo es el peligro respecto de los hechos futuros. Usted siempre tiene que ver lo siguiente, señora Böhm. La diferencia entre el Derecho Penal del ciudadano y el Derecho Penal del enemigo es la siguiente: El Derecho Penal del ciudadano es Derecho Penal para hechos ocurridos. Si encontramos al instigador o a las otras personas de atrás, los delincuentes principales por supuesto que han muerto, los sancionamos debido a la instigación o la coautoría en los hechos cometidos. Están completos, los delitos. Pero el problema es, sin embargo, ¿qué hacemos con aquellos sobre los cuales tenemos la sospecha que volverán a hacer algo así de nuevo? ¿Qué hacemos con la gente que pertenece a organizaciones criminales? Eso es Derecho Penal del enemigo. Derecho Penal del enemigo es el castigo por delitos futuros, no debido a los delitos cometidos. La diferencia es bastante sencilla. Por ejemplo, cuando tomamos en Alemania a la asociación terrorista, ésta tiene dos caras: Por un lado, una asociación terrorista es una infracción contra la seguridad pública. Es inobjetable que la existencia de una asociación terrorista es un hecho ocurrido. Pero (por otro lado) la pena elevada que va hasta quince años para los cabecillas, se explica solamente por el peligro de los delitos venideros. Por lo tanto se trata de un tipo penal que reúne en sí lo que está por venir y lo cometido, Derecho Penal del ciudadano y Derecho Penal del enemigo. Y sólo se puede hablar de uno – como lo ha hecho mi discípulo, el Prof. Dr. Michael Pawlik –, si es así y el Derecho Penal del enemigo se sustituye por un derecho de medidas puro. Pero teniendo en cuenta todo

lo que ha surgido en el debate hasta ahora... eso será todavía más duro.

GLIPGö: Prof. Jakobs, cambiando de tema, queremos preguntarle ahora sobre otra cuestión. En varios países de América Latina ha existido una forma especial de delincuencia política, por ejemplo para tratar a miembros de grupos guerrilleros. Sin embargo, a partir de la lucha internacional contra el terrorismo, se han adoptado diversas medidas de emergencia que han invertido el tratamiento procesal y punitivo de estos criminales de naturaleza política. Es decir, en lugar de privilegios hoy en día se prevén sanciones más drásticas y hay una reducción de garantías. En su opinión, ¿cuál debería ser el tratamiento punitivo y procesal para los miembros de organizaciones guerrilleras que no hayan cometido directamente delitos de terrorismo? ¿En este caso se debería permanecer en el campo del Derecho Penal del ciudadano, se debería tratar acorde al Derecho Penal del enemigo o simplemente se debería retomar el sistema de privilegios?

Jakobs: Comienzo con lo último, los miembros de una asociación terrorista que no han cometido un hecho terrorista. En este caso sigue presente el problema de si los están planeando. Y si no los están planeando, surge entonces la pregunta de por qué son miembros de una asociación terrorista. Ahora bien, qué es la asociación terrorista... la que existe y cuya existencia debe probarse. Acá los tribunales alemanes son muy estrictos, no basta con que dos extraños hablen entre sí para la existencia de una asociación terrorista... Decía, ¿qué es o qué sentido tiene la asociación terrorista si no es para planear cualquier tipo de delitos o si no están ya planeados? En este sentido, pensaría que quien es miembro de una asociación terrorista ya se hace sospechoso y con aquel que se hace sospechoso ya no se puede convivir más en paz. Hay un texto célebre de Immanuel Kant que se llama "Zum ewigen Frieden" (Sobre la paz perpetua), al inicio de éste hay una nota a pie de página muy famosa y en este espacio se ocupa Kant de qué tiene que suceder con las personas que

no se dejan obligar por una Constitución burguesa. Se hace por tanto una Constitución y alguien dice: yo no la obedezco. Y aquí dice Kant: tenemos que separarnos de ellos. No se sabe qué piensa exactamente Kant con esto; si quiere decir que deben ser expulsados del país o si deben ser confinados en un internamiento preventivo. Eso no se sabe, pero una cosa sí es segura: no se puede convivir con ellos. Quien es sospechoso, tiene que ser observado. Hay que ser escéptico respecto de él.

Pero usted preguntó todavía algo más. Obviamente no conozco de manera exacta las medidas relacionadas con la delincuencia política. Pero puedo contar algo sobre una experiencia que tuve en Perú. Allí conversé una vez con una señora, que sería el equivalente a una Fiscal General Federal (Generalbundesanwältin) en Alemania. Ella me dijo que no conocía algunas medidas que conocemos en Alemania. Entonces le pregunté: ¿Qué hacen ustedes con un miembro de una asociación terrorista? Entonces ella me dijo – por favor no tomen los años en forma cierta –: "Obtiene una pena de prisión que va hasta 25 años" – pero bien podrían ser 20 o 30, eso no lo recuerdo exactamente – y posteriormente le pregunté: ¿Qué pasa luego cuando salen?, a lo que muy fría respondió: "No vuelven a cometer más delitos". Allí se ve también cómo se puede tratar esto. Oficialmente castigando (bestrafend), extraoficialmente eliminando o excluyendo (ausschaltend).

GLIPGö: Usted se basa en que las asociaciones terroristas se constituyen de personas que se asocian precisamente para cometer hechos terroristas...

Jakobs: Sí.

GLIPGö: Pero en realidad este adjetivo "terrorista" es un elemento que no se lleva en sí mismo, es un etiquetamiento a estas personas. Sin embargo, esto no significa que ellos se reúnen para la comisión de hechos terroristas.

Jakobs: Sí lo hacen. Eso es una condición del derecho alemán respecto de las asociaciones

terroristas. Así como para las asociaciones criminales es parte del contenido el que éstas tengan el objetivo – o por lo menos el objetivo secundario – de cometer crímenes considerables, así también se exige que las asociaciones terroristas tengan por objetivo – bien sea principal o secundario – la comisión de hechos terroristas. Esto no significa sólo asesinato, sino que también la planeación de un secuestro de un ministro en algún momento. Para el derecho alemán la planificación del terror pertenece a la definición de asociación terrorista.

GLIPGö: Exactamente. Pero cuando dicha planificación aún se desconoce, no obstante, las presuntas asociaciones terroristas son observadas e incluso perseguidas, pese a que no existan pruebas exactas de estos fines.

Jakobs: Claro que sí, eso tiene que probarse ante el tribunal y es tomado en serio por los tribunales. Por ejemplo en el caso de personas quienes están únicamente en Alemania para entrar en actividad en algún momento, pero que de momento no están activas, los así llamados “durmientes” (Schläfer). Es un gran problema el cómo deben tratar estos casos los tribunales. Y estos toman el tema en serio y no a la ligera.

GLIPGö: Prescindiendo de si se aduce una prueba o no, consideremos ahora el campo de la seguridad o de la defensa ante peligros (Gefahrenabwehr). Entonces no hablamos más de estas asociaciones terroristas y de las personas que actúan en su marco, sino del Gefährder (la persona que genera peligro). Este es un concepto que está ligado a esta cuestión.

Jakobs: Sí. Si ustedes me preguntan qué hace exactamente la Oficina Federal de Protección de la Constitución (Verfassungsschutz) y la Policía Judicial (Kriminalpolizei), solo puedo decir que no lo sé. ¿Para qué tenemos una Oficina Federal de Protección de la Constitución, si no observa? ¿Para qué tenemos un Servicio Secreto de la República Federal de Alemania (Bundesnachrichtendienst), cuando no puede

probar nada?

GLIPGö: Pero cuando hablamos de un Derecho Penal del enemigo y precisamente en este sentido de las asociaciones terroristas...

Jakobs: ...ahí tiene que haber un delito. El Bundesnachrichtendienst y la Verfassungsschutz obviamente no sancionan, sino que sólo acumulan informaciones. Castigar le compete sólo a los tribunales. Por regla general, lo relacionado a las asociaciones terroristas ciertamente le compete a la Fiscalía General del Estado (Bundesanwaltschaft).

GLIPGö: Ok... Queda en todo caso una zona intermedia (entre lo legal y lo ilegal) que es problemática.

Jakobs: ¿Qué haría usted si fuera Ministra del Interior? ¿Usted diría: “Suprimo la Verfassungsschutz y el Bundesnachrichtendienst. No busco más si hay casos de espionaje, ni si hay casos de traición a la Constitución (Verfassungsverrat)”? Entonces invite a las asociaciones terroristas a Alemania. “¡Vengan a Göttingen, vengan a Berlín!”.

GLIPGö: No. No se trata de eso, sino de que la diferencia entre Derecho Penal y la defensa ante peligros hoy en día ya no es realmente tan clara.

Jakobs: Sí, eso es preocupante. Por ejemplo es preocupante que por la pertenencia a una asociación terrorista, o mejor aún, digamos la detención de un cabecilla, no decimos directamente cinco años de pena y luego diez años de detención preventiva, sino que decimos quince años de pena. Eso es inadecuado. En esencia, nos referimos a una detención preventiva. En esto le doy completamente la razón. Estoy de acuerdo con usted.

GLIPGö: De acuerdo. Eso es lo que en mi trabajo de doctorado [M.L.B.] he denominado Gefährdungsrecht [derecho de prevención de inseguridad o derecho anti-inseguritas]. Pero esto ya es otro tema.

Jakobs: Por lo tanto conoce el libro de Michael Pawlik "Der Terrorist und sein Recht" [El terrorista y su derecho]...

GLIPGö: ... sí...

Jakobs: ... Lo tiene que leer. Él es el único que dice de manera muy consecuente: hacemos de ello un Derecho Administrativo de defensa ante peligros. Pawlik diría por ejemplo acerca de los §§ 89a y 89b del StGB [CP alemán], en los que se considera la formación de terroristas, que la solución sería la medida de aseguramiento y no la sancionatoria.

GLIPGö: Bueno, ahora pasemos a la última pregunta. ¿Cuál es su opinión sobre la muerte de Osama Bin Laden por parte de soldados estadounidenses en Pakistán o de la muerte del en ese entonces segundo comandante de las FARC-EP mediante bombardeos de las fuerzas militares colombianas en Ecuador? ¿Cómo pueden erradicarse estas prácticas cuando gobiernos, políticos o la sociedad en su conjunto insisten una y otra vez en que los terroristas, entendidos como enemigos, no son personas?

Jakobs: Sobre el asunto de Ecuador sé muy poco y no puedo pronunciarme sobre cosas que conozco solamente de oídas. En cuanto a Bin Laden, acá tiene a uno de los grandes conocedores, es decir, la posición tomada claramente por el Prof. Ambos, por lo cual allí me es difícil contradecir. Lo que pienso, y sobre lo cual quisiera hablar nuevamente con el Prof. Ambos, es sobre la cuestión de si estas situaciones no son completamente nuevas, para las cuales aún no fue creado un adecuado Derecho Internacional. El Derecho Internacional se ha desarrollado durante siglos. Con Hugo Grocio surgen algunos planteamientos y luego en el siglo XIX continuaron los desarrollos. Sin embargo, algo así como las guerras asimétricas son temas todavía bastante nuevos, por ejemplo, si el caso de Bin Laden se ajusta a tales guerras asimétricas. El que se lo pueda matar únicamente si es encontrado en medio de acciones de guerra, creo que es muy dudoso. O si no se puede decir, como en cualquier

guerra, tratémoslo como a cualquier General y agarrémoslo cuando tengamos la oportunidad. Pero no soy internacionalista y solamente puedo decir que en mi opinión sería correcto no tratar de solucionar estas nuevas situaciones – donde se produce nuevo Derecho Internacional – con la aplicación del Derecho Internacional existente hasta ahora. Precisamente el Derecho Internacional de las guerras asimétricas aún no está completamente desarrollado.

GLIPGÖ: Muchas gracias Prof. Jakobs por esta entrevista.

Jakobs: Les agradezco a ustedes.

* Entrevista realizada originalmente en alemán por la Dra. María Laura Böhm y Diego Tarapués Sandino. Transcripción en alemán por Luis Guijarro. Traducción al español por Diego Tarapués Sandino. Revisión por la Dra. María Laura Böhm.

**Entrevista realizada por el GLIPGö* al
Prof. Dr. Cornelius Prittwitz –
Göttingen, 07 de septiembre de 2011**

GLIPGö: ¿Por qué eligió el estudio del derecho? Si no hubiera sido Profesor de derecho penal, ¿qué otra profesión le hubiera gustado desempeñar?

Prittwitz: Para decir la verdad, nunca tuve muchas dudas sobre cuáles serían mis estudios. A los 16 o 17 años estaba convencido de que quería estudiar derecho, pero no de que quería entrar al mundo académico. Quería entrar al mundo diplomático y después trabajando en la universidad eso cambió radicalmente.

GLIPGö: ¿Qué lo atrajo al derecho penal especialmente?

Prittwitz: Esa es una pregunta muy interesante. ¿Qué hace a la gente entrar en el derecho penal? ¿Y a mí personalmente? Yo creo que la relación entre el mundo normativo, por un lado, y el mundo psicológico, el mundo real, es más intensa en el derecho penal que en otras ramas del derecho. Hay también esto en derecho de familia y es muy interesante que estudiantes de un tipo especial estudien el derecho penal o familiar. Se trata de gente. También es interesante ese camino al derecho penal, obviamente es distinto y no tiene que ver mucho con derecho penal económico, porque acá no tenemos problemas de gente, conflicto, por eso nunca fui un penalista convencido de que el verdadero derecho penal es el económico, yo creo que no es el verdadero y si lo hay no es ese.

GLIPGö: ¿Por qué eligió el tema "derecho penal y riesgo" para su trabajo de habilitación?

Prittwitz: Fue un desarrollo social, algo que pasó en los años (19)87 – 88. En esos años el tema fue el SIDA y eso tuvo mucho que ver con el tema riesgo. El riesgo de un contacto sexual para la infección con un virus, y teníamos los primeros fiscales, los primeros procesos y nadie estuvo interesado en el tema... si eso

sería un tema legítimo para el derecho penal. Antes de pensar en el tema de mi habilitación escribí un artículo sobre el SIDA y derecho penal, y trabajando en eso surgió el tema. El tema es muy interesante, en muchísimos niveles surge ese tema, en dogmática, política criminal, criminología, en las distintas nociones del derecho penal como una idea directriz del derecho penal, a veces abierta, a veces cerrada, como un secret code, el riesgo toma un rol. Ese fue el inicio de mis estudios y por eso también es un trabajo no muy típico de los libros dogmáticos en Alemania porque incluye pensamientos de muchas áreas de la sociología, de la criminología, de la política criminal y estaba colectando elementos de riesgo en derecho penal y estaba intentando hacer un análisis de eso.

GLIPGö: Muchos han calificado la actividad y producción académica de los profesores de derecho penal en Frankfurt como una "escuela". En sus palabras, ¿cuál es la importancia de dichos trabajos para la ciencia penal contemporánea?

Prittwitz: Mi respuesta es la clásica de un jurista: "si y no, o, depende de...!" Yo soy un gran admirador de Claus Roxin y él tiene un pequeño artículo sobre la Escuela de Frankfurt en su gran libro. Entonces sí hay una escuela, ¡si él dice es así! Yo creo que sí hay esa escuela por lo menos en un sentido muy modesto, tenemos algo en común, por lo menos la gran mayoría, Hassemer, Lüderssen, Naucke, Peter Alexis Albrecht, Neumann, Klaus Günther, Fabricius, Rzepka y yo. Ese elemento común es que no somos partidarios del derecho penal, somos escépticos, nuestra posición es de escepticismo tanto en contra de la legitimidad como de la eficacia del derecho penal. Nuestra percepción común es que nuestros colegas, el gran público, los políticos, no tienen un gran problema con la legitimidad, pero no se preguntan si se va a seguir con nuestros fines. Bueno, intentémoslo. Ese es el elemento común en el que somos escépticos: legitimidad y eficacia. Al lado de ese elemento común no somos escuela, somos muy distintos, Hassemer, Naucke, Albrecht, son muy garantistas (eso somos todos) y en favor de un derecho penal pequeño, restringido,

mínimo. Lüderssen, Fabricius, por ejemplo, no los son, pues algunos son más informados y motivados por resultados de la criminología... Albrecht, Fabricius, yo, otros más de la filosofía, pero eso de nuevo es un elemento común que todos tratamos el derecho penal siempre con un fundamento, nunca como algo independiente o aislado.

GLIPGö: La recepción de autores extranjeros en Alemania es restringida. ¿Cuáles cree que son las razones?

Prittwitz: Hay una respuesta no favorable: pensamos que somos los mejores y por qué leer otros. Hay un poco de verdad en eso. Algunos viajamos como misionarios, por el mundo esperando la atención y la curiosidad de cuál será nuestra próxima propuesta. Ese no es mi punto de vista. Hay otro argumento con más valor e importancia. La ciencia del derecho penal es muy nacional, si lo comparas con la criminología [que] es muy internacional. Si hoy día quieres decir algo en criminología tienes que decirlo en inglés. En derecho penal no hay lengua franca, no hay inglés, algunos piensan que el alemán lo es, tenemos suerte de que algunos de ustedes leen en alemán, pero no tantos escriben en alemán y lo que está escrito en un manual o revista en Colombia, Argentina o Chile simplemente no está acá y si está muchos no podemos leerlo. Para mí también es difícil evaluar los artículos en el sentido que lo pueda leer como un artículo alemán y decir si es algo original o no, porque la barrera del lenguaje es muy importante. Es menos en la conversación, porque puedes preguntar o intercambiar. También hay mal entendimiento por parte de colegas en Latinoamérica. A veces lo que leo, digamos la recepción de Jakobs en América Latina, me pregunto... ¿de que hablan? ¿De Jakobs o sus fantasías con Jakobs? A veces escuchas solo lo que quieres escuchar.

GLIPGö: ¿Es posible la civilización de las guerras por medio de un derecho penal mundial?

Prittwitz: Bueno yo creo la civilización de guerra es posible, el DIH [Derecho Internacional Humanitario] lo ha hecho y sería

muy favorable si continúa. La adición del DPI [Derecho Penal Internacional], como el Tratado de Roma, en los códigos nacionales. Si eso en verdad sirve, todavía soy escéptico. Muchos argumentos en contra del DPI todavía tienen vigencia. A nivel internacional todavía es así que los poderosos utilizan el derecho para sancionar a quienes no tienen poder y a nivel nacional el derecho ya no tiene ese papel. Cuando en el nivel internacional no sea así, cuando el soldado norteamericano llegue a ser objeto de una investigación, sería más feliz. La respuesta es incluir las ideas del DPI en los derechos nacionales y reservar las cortes internacionales para algunos casos de mayor importancia y de un gran consenso internacional. Hoy día no estoy seguro de si eso es así o no es así. ¿Las acciones del Fiscal General en la CPI en contra de Gadafi u otros fue fundamentado en consenso? No estoy seguro. Y los efectos... ¿buenos o malos? No estoy seguro.

GLIPGö: En América Latina hubo el problema de dictaduras, la CIDH [Corte Interamericana de Derechos Humanos] tiene jurisprudencia en contra de las amnistías. ¿Qué piensa sobre la situación del problema de las amnistías y la determinación de responsabilidad penal en América Latina?

Prittwitz: Hace seis años estuve en Colombia para dar un seminario sobre la Ley de Justicia y Paz. Lo interesante fue que hubo muchos colegas del exterior, en su gran mayoría de España y colombianos que viven en EE.UU. y otros norteamericanos, todos del derecho internacional público. Lo interesante fue que todos los colegas estuvieron a favor de investigación y ejecución penal, pensaron no solo en juicio sino en el castigo duro. Yo como penalista dije, no puedo ver por qué un castigo duro es un elemento necesario de justicia, yo creo que por ejemplo en Colombia es más importante que haya paz y ella una vez producida, quizás de manera imperfecta, es condición necesaria para justicia, asimismo justicia puede ser condición necesaria para la paz, sin justicia a veces no hay paz, entonces no hay una respuesta. Yo creo que hay amnistías distintas, hay situaciones en las cuales una sociedad dice queremos amnistía

porque queremos paz y tanto los poderosos de ayer como las víctimas de ayer dicen queremos amnistía. En la mayoría de los casos se necesita un proceso de comunicación sobre los delitos. Esas amnistías tienen legitimidad, una sociedad tiene el potencial de perdonar como conjunto como colectividad. Hay otras amnistías que son distintas, los poderosos antes de dejar el poder dicen: bueno, tienen con su voluntad libre o matamos tanta gente, o nos vamos solo con amnistía. Esa amnistía es resultado de una extorsión o chantaje, una tal amnistía no es válida. Si eso es así no hay más pacta sunt servanda.

GLIPGö: ¿Qué mensaje o lección puede compartir con los penalistas y estudiantes de derecho penal en Latinoamérica para lograr un intercambio más fluido?

Prittwitz: Hasta ahora teníamos profesores que viajaron a América Latina. Eso tiene la ventaja que en el país al que se es invitado, una gran cifra de estudiantes pueden escucharme y ojalá aprender algo. Al otro lado, el camino por lo menos tan eficaz como el otro es que una Escuela como ésta [Escuela de Verano Göttingen] reúne el "tratamiento" de un grupo multiplicador. La consecuencia de un efecto multiplicador tiene el potencial de ser más influyente, porque la intervención mía tal vez en ese momento la gente la quiere. Recuerdo un congreso en América Latina donde los estudiantes fueron muy entusiasmados, pero continúan en su mismo contexto. El grupo que viene a Alemania, tiene una confrontación intensa, la gente que vuelve a América Latina vuelven distintos, esa influencia me parece más importante que una conferencia de dos horas en Chile u otro país.

* Entrevista realizada en castellano por John Zuluaga Taborda y Eneas Romero de Vasconcelos. Transcripción por John Zuluaga Taborda. Revisión por la Dra. María Laura Böhm. A fin de reproducir con la mayor fidelidad posible las expresiones del Prof. Prittwitz, los ocasionales errores idiomáticos que hubieran podido deslizarse durante la entrevista fueron corregidos aquí únicamente cuando los mismos hubieran podido dificultar la comprensión de la entrevista.

Entrevista realizada por el GLIPGö* al Prof. Dr. Dr. h.c. Claus Roxin – Göttingen, 16 de septiembre de 2011

GLIPGö: Estimado Profesor Roxin. En primer lugar, muchísimas gracias por haberse tomado tiempo para esta breve entrevista. Prof. Roxin, en 1962, esto es, hace casi 50 años Ud. se encontraba en el comienzo de su actividad universitaria como docente en la Facultad de Derecho de la Universidad de Göttingen. ¿Qué recuerdos tiene de ese tiempo y cómo lo ha marcado?

Roxin: Ese fue un tiempo muy productivo especialmente desde el punto de vista científico. Esto puede deducirse ya del hecho de que numerosos doctorandos que he tenido en Göttingen, posteriormente fueron conocidos profesores. Schünemann, Haffke, Wolter, Amelung, Schall. Todos estos colegas – seguramente me he olvidado alguno – provienen del tiempo en Göttingen. Teníamos por lo tanto un clima de trabajo intensivo y productivo, y recién la llamada revolución estudiantil me expulsó luego de Göttingen.

GLIPGö: Entretanto sus reflexiones sobre la fundamentación del dominio del hecho en virtud de aparatos organizados de poder devino muy popular. De este modo, su teoría fue aplicada en procesos penales nacionales contra el ex presidente peruano Alberto Fujimori, el jefe del grupo guerrillero peruano "Sendero Luminoso" o también contra políticos de alto rango en Colombia por graves violaciones a los derechos humanos. También la Corte Penal Internacional se sirvió de su teoría en el proceso contra el presidente de Sudán y el jefe africano de la guerrilla en el Congo. ¿Cómo explica la popularidad de su teoría? Y, ¿hubiera pensado que su teoría se impondría de una manera tan fuerte?

Roxin: No pensé que se impondría de una manera tan fuerte. Sin embargo, la explicación de ello me parece que radica en que cada vez más, ahora también en Sudamérica, las dictaduras que más o menos a lo largo de decenas de años dominaron la vida en estos

países, fueron reemplazadas por Estados modernos, democráticos, y es un gran logro del Estado de Derecho que hoy los gobernantes que han cometido crímenes, puedan ser responsabilizados en procesos justos [fairen]. Que se los mate en las revoluciones, ha sido siempre común. Pero que se juzgue a los jefes de Estado en procesos justos, es algo completamente nuevo. Y yo creo que esto merece una gran aprobación. Si uno lee la sentencia del Tribunal Superior de Perú, esta sentencia tiene la calidad de un trabajo científico. Esto ha encontrado aprobación en todo el mundo. Y esto puede tener una importancia decisiva en muchos países del mundo para el desarrollo de las estructuras democráticas. Pues si los dirigentes más o menos autocráticos saben que algún día posiblemente deban responder ante un tribunal, entonces actuarán con más cuidado que con el que lo han hecho por mucho tiempo.

GLIPGö: Por otra parte, ¿ve también que se corra el riesgo de una aplicación posiblemente demasiado amplia de su teoría en la práctica?

Roxin: Eso es difícil de juzgar. Hasta el momento, en los casos en los que ha sido empleada, su empleo con seguridad no fue demasiado amplio. Por lo demás, obviamente en cada caso en particular se debe analizar en forma individual la responsabilidad de las personas acusadas, también de los dirigentes de cualquier institución, grupos operativos. Es decir, no puede decirse que estas personas son punibles en general. Por el contrario, incluso era común en derecho penal internacional, penar simplemente en virtud del concepto de empresa conjunta a todos los intervinientes de la misma forma, con independencia de cuán grande fue la magnitud de su responsabilidad. Con ayuda de la construcción del dominio del hecho, yo creo, se puede diferenciar mucho mejor entre los más responsables y los simpatizantes o subordinados menos responsables. Si en lo sucesivo la práctica realizará esto razonablemente, todavía está por verse.

GLIPGö: Recientemente se publicó el Homenaje dedicado a usted por sus 80 años.

¿Qué artículos le interesaron especialmente, sea por el tema o por las reflexiones del autor?

Roxin: No quisiera responder a esta pregunta con mucha claridad, porque si destaco uno o dos artículos, los autores de los otros artículos se sentirán ofendidos porque no he encontrado los suyos igualmente importantes. Sólo puedo decir, en general, que la mayoría de esos artículos se vinculan con las ideas que he desarrollado e intentan discutir con esas reflexiones así como continuar desarrollándolas. Creo que como resultado el Homenaje íntegro es una exposición representativa para la ciencia del derecho penal sobre el estado actual de la misma en grandes partes del mundo. He valorado mucho que aproximadamente la mitad de las contribuciones proviene de extranjeros.

GLIPGö: ¿Habrá una traducción al español?

Roxin: Eso no puedo decirlo, no está en mis manos. Será muy difícil traducir al español un trabajo de 2000 páginas, pero puede pensarse. Casi todos mis trabajos han sido traducidos al español y puedo asegurar que por ejemplo la edición en español de mi manual de estudios fue más vendida que la alemana. Ello naturalmente se explica por el hecho de que en el mundo hay más hablantes de lengua hispana que alemana. Pero de todos modos es una señal para la internacionalización del derecho penal moderno.

GLIPGö: Con el concepto "dogmática internacional del derecho penal" Ud. se refiere a una discusión de los problemas de la dogmática del derecho penal que se efectúa de igual a igual, independientemente de la nacionalidad del interlocutor. Según su opinión, ¿hasta qué punto ha progresado una dogmática internacional del derecho penal si se repara en las diferencias sociales y culturales en los diferentes países?

Roxin: Esto es sumamente diferente de un caso a otro. O sea, por ejemplo, en los países latinoamericanos el desarrollo del derecho penal ha avanzado de manera muy diferente y la posibilidad de discutir problemas jurídicos

en un mismo nivel no se da en todos lados en la misma medida. Por ejemplo, yo tengo la posibilidad en Argentina. La tengo en gran medida en Brasil. Pero ahora, por ejemplo, recibo la semana que viene una visita de un investigador de derecho penal de la República Dominicana. La República Dominicana quiere darse un nuevo código penal. Hasta ahora no tienen ni siquiera uno. O sea, esto significa que allí ni siquiera vale el principio "nullum crimen sine lege" y ahora su idea es que yo vaya a la República Dominicana y los ayude con la redacción de un código penal. Y si eso ahora lo hago yo u otro es indiferente. También esta asistencia internacional es una tarea esencial del derecho penal moderno.

GLIPGö: ¿Dónde ve oportunidades, desafíos y riesgos para la ciencia del derecho penal en Alemania y en América Latina hacia el futuro?

Roxin: El desafío consiste en que los Estados subordinan cada vez más el Estado de derecho liberal bajo un puro Estado de seguridad represivo. Eso es un éxito del terrorismo internacional. El objetivo de este terrorismo es destruir el Estado de derecho. Y están bien cerca de este objetivo porque los políticos son tan tontos que entregan los logros liberales de su derecho penal a causa del terrorismo. Esto no sería necesario, en todo caso no en Alemania. Vuelvo a ver una y otra vez que gente que sólo prepara delitos, ya es vigilada a la distancia durante mucho tiempo, por lo que no representan un peligro real en absoluto. No me parece para nada necesario reaccionar con el derecho penal en estos amplios espacios previos [Vorbereichen]. Es decir, según mi opinión, el peligro se sobrevalora.

GLIPGö: Prof. Roxin, le agradezco muchísimo por la entrevista y que se haya tomado el tiempo para ella. Muchas gracias.

Roxin: De nada, fue un placer para mí.

* Entrevista realizada en alemán y transcrita por Florian Huber.
Traducción al castellano por Noelia Núñez. Revisión por la Dra. María Laura Böhm.



Seminário “A Justiça Transicional no Brasil”

Nos dias 18 e 19 de maio de 2012, na Sala de Seminários da Biblioteca do Departamento de Direito Penal estrangeiro e comparado da Georg-August Universität Göttingen (GAUG), na Alemanha, o Grupo Latino Americano de Pesquisa em Direito Penal da Universidade de Göttingen (GLIPGö) realizou, sob a coordenação do RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, o seminário “A Justiça Transicional no Brasil: a anistia e o papel das cortes na superação do passado autoritário.”

O seminário, organizado pelos doutorandos brasileiros, Eneas Romero de Vasconcelos, Gabriel Ducatti Lino Machado, Saulo Monteiro de Matos (todos da GAUG) e Lauro Joppert Swensson Jr (Goethe Universität Frankfurt am Main, JWGF), contou ainda com a apresentação de trabalhos de 6 (seis) outros doutorandos brasileiros de universidades alemãs (totalizando 10 pesquisadores participantes) que trataram de distintos aspectos da Justiça de Transição no Brasil. Após iniciado o Seminário pelo RiLG Prof. Dr. Kai Ambos, os seguintes trabalhos foram apresentados e discutidos:

Justiça de Transição: O Caso Brasileiro

Fabiana Godinho McArthur (doutoranda na Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, RKUH) iniciou o seminário, traçando um panorama da experiência e da atual situação brasileira à luz dos objetivos que permeiam a Justiça de Transição: accountability, justiça, reconciliação, reparação, anistia, Comissão Nacional da Verdade, entre outros.

Constitui a anistia obstáculo para a justiça de transição brasileira?

Lauro Joppert Swensson Jr (JWGF) propôs discutir os seguintes problemas: Em que medida uma anistia afeta, compromete ou prejudica a justiça transicional de um país? Será que a Lei 6.683/79, que garantiu e garante a impunidade dos agentes da repressão da ditadura, é realmente um grande obstáculo para justiça de transição brasileira? Na sua apresentação, procurou responder a essas perguntas, através do reconhecimento de certas falácias que se encontram na disputa sobre o significado da anistia, em especial no tocante à sua relação (i) com o caráter político, incondicionado, objetivo e irrevogável das suas leis; (ii) com as ideias de perdão, ab-rogação, esquecimento, impunidade, concordância com e repetição das violências praticadas pelo regime autoritário.

O julgamento da Lei de Anistia (lei 6.683/79) pelo STF: dos problemas metodológicos ao problema substancial

Gabriel Ducatti Lino Machado (GAUG), através de uma apurada análise constitucional da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental de n. 153 pelo Supremo Tribunal Federal sobre a validade da anistia aos agentes da repressão da ditadura, procurou dar clareza aos pressupostos assumidos pelos Ministros para as tomadas de decisão e apontar certas deficiências e insuficiências presentes no julgamento. Inicialmente, tratou de dois problemas metodológicos centrais: o objeto de prova é superestimado e as premissas jurídonormativas são subestimadas, o que obriga o analista a, em vez de criticá-las, supô-las e fundamentá-las. Em seguida, tratou do significado dos princípios da irretroatividade do direito penal e da proteção à confiança e da sua importância para a verificação da (in)constitucionalidade da Lei de Anista.

A legalidade e a irretroatividade no direito penal e no direito internacional

Antônio Martins (JWGU) ocupou-se dos limites impostos pelo princípio da legalidade para a punição de atos praticados por agentes do Estado ao tempo do regime militar no Brasil. As teses centrais foram a de que o princípio da legalidade, em todas as suas manifestações, deriva do

princípio democrático. De modo que a validade formal da anistia não implica a impossibilidade de revisão de seu conteúdo pelo legislador democrático, no que se refere à criminalidade estatal, e que somente a este cabe decidir sobre a utilização do direito penal comum para a realização da justiça de transição no Brasil.

Anistia Democrática? Sobre o argumento da ilegitimidade democrática da lei de anistia brasileira Saulo Monteiro de Matos (GAUG) buscou analisar a seguinte proposição: a lei de anistia brasileira deve ser considerada ilegítima do ponto de vista democrático após a entrada em vigor da CF/88 e, em virtude disso, ser submetida novamente ao controle do órgão legislativo ou à referendo, a fim de ser legitimada pelo poder soberano popular. Ao contrário do que concluiu o Supremo Tribunal Federal no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 153, a hipótese de seu trabalho é a de que a anistia brasileira é, democraticamente, ilegítima e, por isso, inconstitucional (ofensa ao princípio democrático).

Vagueza e Indeterminação na definição dos crimes políticos e comuns

Pedro Adamy (RKUH) tratou do problema da vagueza normativa das transições políticas, especialmente da Lei de Anistia, e das possibilidades e dificuldades decorrentes dessa vagueza normativa. Uma das teses discutidas é a de que a vagueza normativa, que a princípio é bastante criticável do ponto de vista jurídico (e especialmente penal), pode ser vista como estratégia importante do legislador num contexto de transição de regime político, no sentido de facilitar acordos políticos e promover a mudança de regime.

A proteção das vítimas no caso brasileiro: da reparação civil e outras medidas (Leis n.º 9.140/95 e n.º 10.559/2002)

Rafael Longhi (RKUH) concentrou sua análise no tratamento dispensado às vítimas da repressão política da ditadura, desde a problemática acerca da definição da categoria das vítimas, a responsabilidade assumida pelo Estado brasileiro para com elas, até as críticas envolvendo os critérios adotados para reparação civil. Para tanto, analisa mais detidamente a Lei n.º 9.140/95 (declaração da ausência na Lei de Anistia, obtenção da declaração do óbito dos desaparecidos, indenização decorrente do reconhecimento estatal do óbito: danos materiais; danos morais), a Lei n.º 10.559/02 (Art. 8.º do ADCT, regime da reparação econômica e as críticas à reparação dos danos das vítimas de perseguição política), assim como a questão envolvendo a prescribibilidade da pretensão à indenização.

O conflito entre Direito Nacional e Internacional: a decisão da Corte Interamericana no caso brasileiro vs. a decisão do STF

Eneas Romero de Vasconcelos (GAUG) tratou do conflito entre a jurisdição internacional e nacional. Depois de analisar o status das normas de direitos humanos internacionais no direito brasileiro, tratou da necessidade de se ter em consideração as decisões da Corte IDH pelo STF ao aplicar a Convenção Americana. Defendeu, no final, para a solução do conflito jurisdicional, a aplicação do princípio (1) da harmonização dos direitos humanos internacionais com os direitos fundamentais nacionais e (2) do princípio da interpretação conforme os direitos humanos que prevejam a norma mais protetora dos direitos e liberdades para a solução do caso no direito brasileiro, tendo em vista a ponderação entre os direitos da vítima e dos acusados.

Comissão da Verdade: Análise do caso brasileiro

Paula Maria Nasser Cury (RKUH) tratou da Lei n. 12.528/11, que instituiu a Comissão Nacional da Verdade. Foi abordada a formatação legal da CNV, o modo de escolha e nomeação de seus membros, suas finalidades, objetivos, prerrogativas e atribuições. Por fim, foram apresentados critérios norteadores da constituição e atuação de uma Comissão da Verdade eficiente no contexto da justiça transicional. À luz desses critérios, comentou-se o caso brasileiro, apontando


pontos positivos e negativos da Comissão Nacional da Verdade, bem como foram sugeridas interpretações e conformações de suas atividades a parâmetros transicionais consentâneos com o Estado Democrático de Direito.


A Comissão da Verdade do Sistema Político

Regis Dudena (JWGU) tratou da Comissão Nacional da Verdade sob a perspectiva da teoria dos sistemas, caracterizando-a antes de tudo como uma organização do sistema político. Como tal, algumas limitações são impostas tanto ao funcionamento quanto aos resultados atingidos pelos trabalhos da Comissão. Por fim, analisa os possíveis resultados dos trabalhos dessa Comissão em relação ao sistema jurídico, ao sistema científico no tocante à história e também aos protestos.

Ciclo de Seminarios

En nuestro Ciclo de Seminarios sobre Cuestiones actuales del derecho penal latinoamericano, ibérico e internacional hemos tenido nuevamente en este año visitas de alto interés académico, de quienes hemos aprendido y con quienes hemos discutido intensa y productivamente.

 Así, el 3 de abril de 2012 contamos con la participación de los profesores **Prof. Dr. Maximiliano Rusconi** (Argentina), quien discutió el tema "La evolución de las herramientas para imputar autoría" y el **Prof. Mariano Silvestroni** (Argentina), quien lo hizo sobre "Los desafíos del Garantismo frente al punitivismo internacional".

 El día 13 de Abril de 2012 **Ximena Soley** (Costa Rica) disertó sobre "La obligación de investigar, perseguir y castigar violaciones graves de derechos humanos en situaciones de transición según la CortelDH: ¿Un obstáculo para la paz?".
Agradecemos a nuestros invitados el haber compartido con nosotros sus investigaciones. ¡Esperamos tenerlos muy pronto nuevamente por nuestra universidad!

Para mayor información sobre el Ciclo de Seminarios:
<http://www.department-ambos.uni-goettingen.de/index.php/es/Gaeste/Vortraege/>