

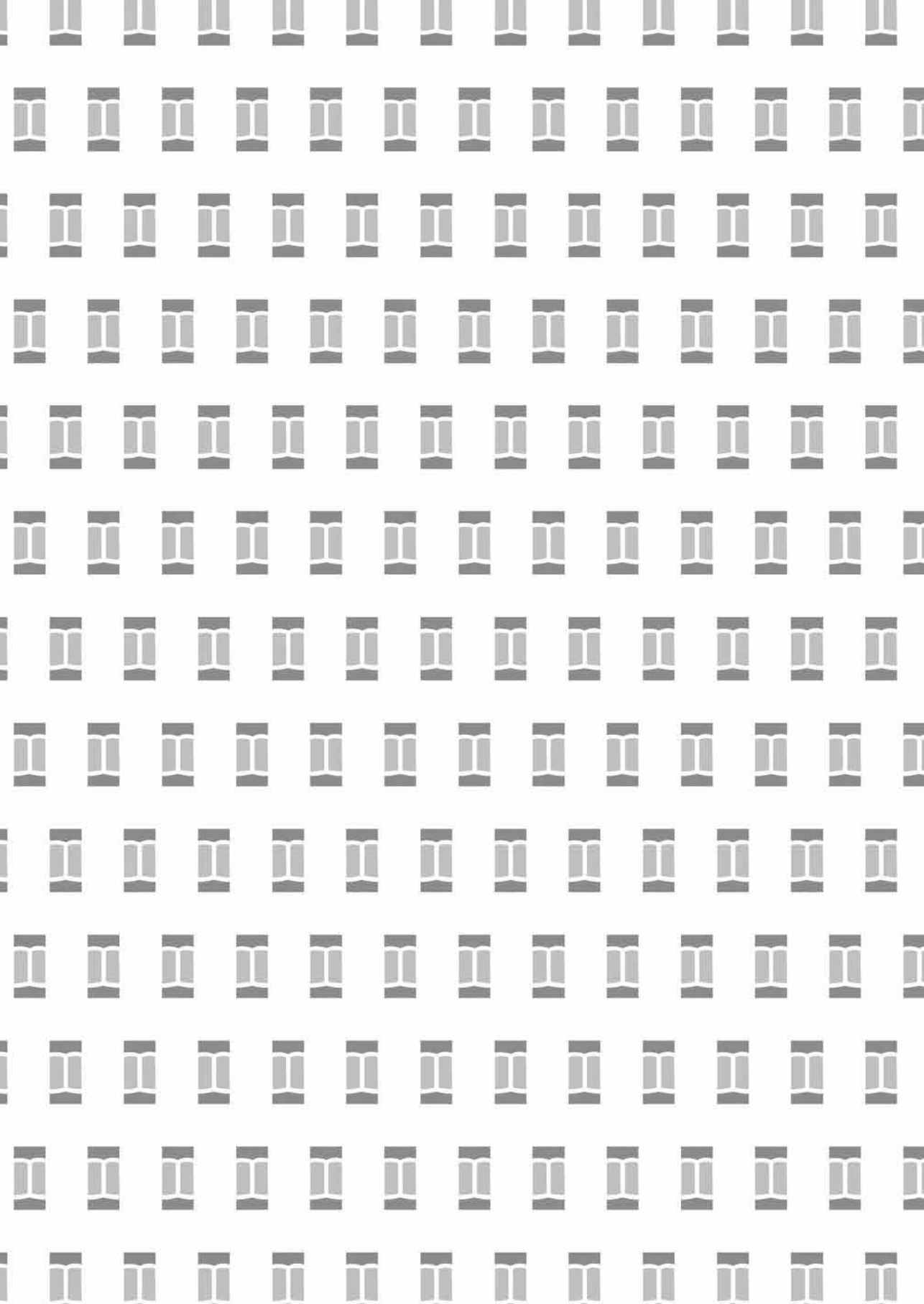
Medellín • núm. 10 • Enero a junio de 2018 • Publicación semestral • ISSN 2357-4615

PLURIVERSO

Revista de divulgación académica • Escuela de Posgrados de la Universidad Autónoma Latinoamericana • UNAULA



 Ediciones
UNAULA



PLURIVERSO

PLURIVERSO

PLURIVERSO

núm. 10 • enero a junio de 2018 (semestral)

ISSN: 2357-4615

Revista de divulgación académica de la Escuela de Posgrados
Universidad Autónoma Latinoamericana – UNAULA
Grupo Pluriverso
Ediciones UNAULA
Una marca del Fondo Editorial UNAULA

© De la Edición: Universidad Autónoma Latinoamericana

© De los contenidos: los respectivos autores

Presidente de la Universidad

Nelly Cartagena Urán

Rector

José Rodrigo Flórez Ruíz

Vicerrectora Administrativa

Carmen Alicia Úsuga Castaño

Vicerrector Académico

Julián Santiago Vásquez Roldán

Decano de la Escuela de Posgrados

Iván Darío Escobar Rendón

Editor de la Revista

César Alejandro Osorio Moreno

Consejo Editorial

Iván Darío Escobar Rendón

Geovana Andrea Vallejo Jiménez

Juliana Nanclares Márquez

Edición

Fondo Editorial UNAULA

Corrección

Ana Agudelo de Marín

Diseño y diagramación:

Editorial Artes y Letras S.A.S.

Correo electrónico de la revista: pluriverso@unaula.edu.co

Queda autorizada la reproducción total o parcial de los contenidos de la Revista con finalidades educativas, investigativas o académicas. Para reproducciones con otros propósitos es necesario contar con la autorización expresa de Ediciones UNAULA.

Dirección de la Universidad: Carrera 55 No. 49-51

Conmutador (57-4) 511 2199

Medellín, Colombia.

www.unaula.edu.co

pluriverso@unaula.edu.co



Tabla de Contenido

Editorial	9
César Alejandro Osorio Moreno	
Escravidão e Sistema Penal no Império do Brasil Punição e Estrutura Social no Brasil entre 1822 e 1889	13
Mauricio Stegemann Dieter	
Sexting, Pedopornografia e diritto penale.....	63
Ivan Salvadori	
Resisting Neoliberalism in Colombia	127
Paul A. Chambers	
Algunas particularidades sobre el encarcelamiento femenino	153
Natalia Alejandra Mora Navarro	
Tópicos generales del derecho de las sanciones administrativas.	171
Víctor Manuel Avilés Hernández	
Integridad y estrategia como objetivos básicos de la contratación pública en la Unión Europea y su materialización en la legislación española: de la potestad a la obligación.	191
José Manuel Martínez Fernández	
Algunas controversias jurídicas en el delito de extorsión.....	213
Ruth Margarita Olarte Rojas, Walter Giraldo Giraldo	



Editorial

César Alejandro Osorio Moreno

Estamos de celebración. En julio de 2013, salió a la luz el primer número de la revista *Pluriverso* como divulgación académica de la Escuela de Posgrados de UNAULA, bajo la premisa expresada por los primeros autores de la editorial: “Los estudios del pluriverso son necesariamente inter-epistémicos, es decir, parten de la premissa que hay muchas configuraciones del conocimiento y el saber (...)”¹. A partir de allí, y en el entendido de dar cabida a todas las miradas, posturas y calidades de los académicos, hemos recibido las contribuciones de docentes propios y extraños a nuestra institución, de estudiantes, incluso en proceso de formación en nuestras especializaciones y, recientemente, de maestrías. Casi todo los números han sido sin dedicación a un área específica y haciendo gala al nombre de la Revista, con un pluriverso de discusiones y contenidos temáticos; empero, también, hemos tenido la oportunidad de dedicar números especiales para recoger lo mejor del pensamiento latino-americano, como sucede con el número siete, dedicado a las ponencias más relevantes recibidas en el marco del III Encuentro de Pensamiento Latinoamericano Tierra, Memoria y Paz, realizado en el mes de octubre de 2016. Asimismo, el número ocho, que recepcionó lo más selecto del Primer Congreso Internacional sobre política criminal en Latinoamérica:

1 Arturo Escobar, Marisol de la Cadena y Mario Blaser. Breve Nota sobre el *Pluriverso*. Editorial. Revista *Pluriverso* núm. 1 julio – diciembre, 2013 p. 7

Un espacio para la observación de los sistemas procesales con tendencia acusatoria, llevado a cabo en octubre de 2016, con una amplia participación internacional que, luego, se reflejó en los contenidos de la Revista.

Un lustro para cualquier publicación seriada de contenido académico es un acontecimiento. Por ello, para concelebrarlo con nuestros lectores, hemos recibido importantes colaboraciones de nuestros pares internacionales y nacionales que, incluso, hemos decidido publicarlas en su idioma original.

Desde Curitiba, Brasil, el profesor de la Universidad de Sao Paulo, Mauricio Stegemann Dieter, nos aporta con su contribución en portugués: “Escravidão e Sistema Penal no Império do Brasil Punição e Estrutura Social no Brasil entre 1822 e 1889”, un recuento histórico desde la criminología y el derecho penal sobre el sistema penal aplicable en tiempos de la esclavitud en Brasil.

Desde Italia, el profesor de la Universidad de Verona, Ivan Salvadori, nos presenta su escrito en italiano: “Sexting, Pedopornografia e diritto penale”, tema de total relevancia en el contexto del derecho penal moderno, pero, sobre todo, de las nuevas tecnologías y sus implicaciones de carácter penal, máxime cuando en este tipo de conducta se ataca especialmente población infantil y adolescente, muy permeada por la vulnerabilidad de las redes.

Desde Colombia, el profesor Paul Chambers, de origen inglés, docente investigador de nuestra Maestría en Educación y Derechos Humanos, aporta su artículo titulado “Resisting Neoliberalism in Colombia”, publicado con traducción de Victoria J. Furio, y en el que se aborda de manera interesante los incumplimientos con relación al TLC, en material laboral, y que demuestran la aplicación de un neoliberalismo acrítico.

Nuestra colega ecuatoriana Natalia Alejandra Mora Navarro, Doctora en Derecho, docente investigadora del Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN, Quito, Ecuador, aporta su artículo “Algunas particularidades sobre el encarcelamiento femenino”; en él aborda, en perspectiva de derechos humanos y fundamentales, la situación de la mujer reclusa y las principales dificultades que implican la afectación de tales derechos en su condición de mujer privada de la libertad.

Desde Chile, Víctor Manuel Avilés Hernández, profesor de Derecho Constitucional de la Universidad de Chile, docente también en nuestra maestría de Derecho Administrativo, en su artículo “Tópicos generales del derecho de las sanciones administrativas” permite, bajo una perspectiva comparada

desde el derecho administrativo chileno, poner en contexto los principales interrogantes con relación a las sanciones administrativas, desde lo legislativo, dogmático y jurisprudencial.

Para finalizar, con esa valiosa ronda de contribuciones internacionales, José Manuel Martínez Fernández, Doctor en Derecho y Vicesecretario General del Ayuntamiento de Valladolid, quien también ha sido docente invitado de nuestra maestría en Derecho Administrativo, aporta su artículo “Integridad y estrategia como objetivos básicos de la contratación pública en la Unión Europea y su materialización en la legislación española: de la potestad a la obligación”. En él, su autor desarrolla aspectos puntuales sobre contratación pública con base en la legislación española, y en cumplimiento de determinadas directivas del Parlamento y Consejo Europeo, que complementa con el análisis de la legislación colombiana en el mismo sentido, a partir de la Ley 1150, de 2007, acentuada, especialmente, en prevención de la corrupción, con la Ley 1882/2018.

Para cerrar este número especial, manteniendo el origen que inspira nuestra Revista, acogemos el artículo de los estudiantes de la Maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del delito, Ruth Margarita Olarte y Walter Giraldo, que, con ocasión de su participación como auxiliares de investigación en el proyecto institucional sobre convergencia de las categorías del delito en las decisiones de la Sala Penal de Casación de la Corte Suprema de Justicia, pudieron desarrollar el análisis separado sobre algunas de las controversias que se presentan con relación a la valoración del delito de extorsión como, por ejemplo, la discutida valoración que la Corte realiza como derecho o beneficio a la hora de aplicar descuentos punitivos; su artículo lo titulan “Algunas controversias jurídicas en el delito de extorsión”.

La continuidad y periodicidad sostenida de la publicación, la calidad de las contribuciones que se reciben, la incursión en el *Open Journal System*, y el deseo enorme de sostener el esfuerzo editorial de la Escuela de Posgrados, nos animan a proyectar, con mayor rigor conceptual, académico y de calidad, la Revista para el futuro, pasando de divulgación académica a estándares de divulgación de carácter científico, con indexación, tal es la apuesta.

César Alejandro Osorio Moreno
Editor



Escravidão e Sistema Penal no Império do Brasil Punição e Estrutura Social no Brasil entre 1822 e 1889

Mauricio Stegemann Dieter²

Introdução

O objetivo deste ensaio é estabelecer e avaliar criticamente a relação entre criminalização e escravidão no Brasil, no lapso temporal definido entre Império e República. A análise sobre o discurso jurídico-penal da época tem por referência central o Código Criminal de 1830, e tal ênfase se justifica na medida em que ele melhor traduz o discurso jurídico da época. Orientam o texto três premissas teóricas críticas da criminologia e da história do direito:

a) O direito penal é uma técnica de controle social³. Como mecanismo estatal de dominação de classe⁴, seu objetivo final é a manutenção da ordem

2 Professor de Criminologia e Direito Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, Brasil. Pós-Doutor em Política Criminal pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro. Doutor e mestre pela Universidade Federal do Paraná. Professor convidado das Universidades San Carlos de Guatemala, Westminster, Kent e Autónoma Latinoamericana de Medellín.

3 BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro, p. 21.

4 Ainda que se refira à época posterior à Revolução Industrial, *mutatis mutandis* é válida a lição da Criminologia Radical: “O Estado, produto do antagonismo irreconciliável de classes, representa uma força especial de repressão, ou a organização sistemática da violência, para a opressão de uma classe sobre a outra: as classes economicamente dominantes, utilizando o poder concentrado dos aparelhos coercitivos (polícia, prisão, forças armadas), garantem a dominação política e a exploração econômica das classes dominadas, controlando os antagonismos de classe nos limites da ordem burguesa”. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical, p. 64.

econômica pela gestão diferencial da criminalidade⁵. A pena, como instrumento mais rigoroso para garantir a existência e continuidade desse sistema, explicita a *função real* de controle social do direito penal, deslocando a *função declarada* de proteção a direitos fundamentais para um lugar *subsidiário, fragmentário* ou meramente *ilusório*⁶.

b) Existe uma *relação direta* entre as *formas de punição* estabelecidas pelo poder institucional e as *demandas do modelo econômico* de uma sociedade⁷. Como esclarece a análise histórica, essa relação determina que as penas sejam aplicadas e executadas de acordo com a *utilidade* do condenado no modo de produção vigente. Para compreender esse fenômeno não é suficiente estudar o discurso técnico-jurídico da pena criminal, dado seu objetivo permanente de *justificar* e *ocultar* essa relação⁸; é mister alargar o campo de pesquisa histórico para buscar na dinâmica específica do espaço social e econômico os fundamentos dessa relação⁹.

c) A tutela penal pública sobre o escravo no Brasil Imperial é um *fato jurídico histórico* e, como tal, um *fato político*, que pertence a uma estrutura material de produção da vida, produzido e reproduzido por instituições ideológicas. Ainda que o objetivo do cotejo entre a tutela penal do escravo e as necessidades estruturais do Império Brasileiro seja identificar a adequação de sentido entre punição e estrutura econômica, evidentemente esta é uma avaliação *parcial*: não se reduz fenômenos complexos à determinações estruturais sem distorcer a lente do historiador¹⁰. Neste caso, entretanto, postula-se que o alcance da visão histórica oferecida por esta adequação de sentido justifica tal distorção, aqui considerada *periférica*.

5 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical, p.57.

6 CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, pp. 4-14.

7 RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social, p.18-21.

8 Seguindo o método de FOUCAULT de “considerar as práticas penais mais como um capítulo da anatomia política, do que uma consequência das teorias jurídicas”. In: FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, p.28.

9 HESPANHA, António Manuel. Cultura Jurídica Européia, p. 38.

10 Afinal, os métodos punitivos não são “simples consequências de regras de direito ou (...) indicadores de estruturas sociais, mas (...) técnicas que têm sua especificidade no campo mais geral de outros processos de poder”. FOUCAULT, Michel. *Ob. cit.* p. 24.

Seguindo a orientação dessas premissas, o roteiro que busca demonstrar a determinação entre o sistema punitivo e as necessidades empíricas do sistema econômico do Brasil no século XIX principia com um sucinto panorama do momento histórico. Após breve notícia da legislação penal do início do Império, o texto se debruça sobre o tratamento dispensado ao escravo no Código Criminal de 1830, seguindo uma ordem temática não-linear. Eventualmente serão contemplados os avisos, decretos e leis editados após o Código que complementaram a legislação penal sobre o escravo. Finalmente, enumeram-se conclusões na forma de apontamentos críticos, com o objetivo de atestar uma convergência de sentido entre sistema punitivo, escravidão e modo de produção.

1. Breve referência ao contexto econômico e jurídico entre 1822 e 1889

A declaração de independência do Brasil não inaugurou uma nova forma de organização social e econômica, nem simbolizou o fim dos laços políticos e ideológicos do novo Estado com a antiga Metrópole. Apesar de constituído sobre a base do discurso liberal-burguês, o Brasil independente perpetuou a estrutura política oligárquica e a economia agrária fundada no latifúndio e na mão-de-obra forçada, sendo o objetivo principal da instauração do Império a realização dos interesses da elite nacional.

De fato, o traço mais característico do cenário nacional da primeira metade do século XIX é a consolidação do poder senhorial por meio do Estado¹¹. Essa elite, agora governante, era basicamente formada pelos grandes proprietários rurais, especialmente os cafeicultores. Como a cultura do café estava sustentada pelo trabalho escravo, era lógica a resistência dos senhores em acabar com a escravidão ou o tráfico internacional de escravos.

Base da estrutura econômica nacional, o trabalho escravo era considerado imprescindível para o crescimento econômico. Com estruturas de produção dependentes, o Brasil não teve alternativa senão reativar o tráfico após a independência, a despeito da pressão internacional¹³. Como explica PRADO JÚNIOR, o Brasil “não podia dispensar o tráfico de escravos, que era ainda a principal fonte de abastecimento de mão-de-obra nacional. Daí o

11 SODRÉ, Nelson Werneck. Formação Histórica do Brasil, p. 112

12 SODRÉ, Nelson Werneck. Formação Histórica do Brasil, p. 115.

reconhecimento da sua absoluta necessidade: o tráfico ainda correspondia ao estado das nossas forças produtivas; em outras palavras, integrava-se perfeitamente na economia brasileira de então”¹³.

O panorama em relação ao comércio internacional de escravos só começa a mudar a partir de 1850, como resultado de ações políticas externas. A pressão inglesa, que já havia sido decisiva para o processo de independência, foi determinante para a criminalização do tráfico negreiro. Isso porque para a Inglaterra, que produzia açúcar nas Índias Ocidentais, a concorrência pelo preço do açúcar no mercado internacional era desigual, pois o Brasil economizava o custo da produção pelo uso do trabalho forçado. Comercialmente prejudicada, teve por imperativo acabar com a escravidão no Brasil ou, ao menos, interromper o abastecimento de mão-de-obra escrava. Desta necessidade econômica surge o discurso britânico de combate ao tráfico de escravos, tendo por argumento central a desumanidade da escravidão¹⁴. Mesmo diante de toda a pressão internacional e da “bill Abderden”, o desembarque de escravos persistiu até 1850, ano da promulgação da lei Eusébio de Queirós¹⁵, que liquidou definitivamente com o tráfico¹⁶. Alcançado o propósito comercial, a pressão inglesa pela abolição diminuiu muito, demonstrando a falta de real preocupação humanitária. Em todo caso, e mesmo após o fim do tráfico, a escravidão continuou sendo o principal pilar de sustentação da economia brasileira do século XIX.

Para legitimar essa necessidade estrutural do trabalho escravo, fez-se necessário um discurso político capaz de enfrentar o avanço do moderno pro-

13 PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*, pp. 90-91.

14 PRADO JÚNIOR, Caio. *Evolução Política do Brasil*, p. 91.

15 Apesar de tratado internacional pactuado com a Inglaterra em 1826, somente em 7 de novembro de 1831 foi promulgada lei que previa a criminalização do tráfico de escravos. Mas diante da leniência do governo brasileiro pressionado pelos latifundiários, e face a urgência inglesa para evitar o desequilíbrio comercial, em 1845 o “Abeerden Act” concede jurisdição aos tribunais do Almirantado da Inglaterra para punir os navios apresados acusados de traficar escravos africanos para o Brasil, sejam eles capturados em águas internacionais ou territoriais brasileiras. Mesmo com a ameaça da tutela estrangeira em seus negócios, somente com a lei n. 571 de 4 de setembro de 1850 – a lei Eusébio de Queiroz – encerra-se o período do tráfico.

16 “No ano anterior (1849) haviam entrado 54.000 escravos em nosso país. Em 1850, esse número caiu a menos da metade. Em 1851, para 3.000. Em 1852, para 700. O tráfico estava liquidado”. SODRÉ, Nelson Werneck. *Formação Histórica do Brasil*, p. 116.

grama liberal abolicionista. O suporte retórico que justificou a exploração do trabalho escravo foi buscar respaldo na tradição de três séculos de cultura escravocrata, até porque a escravidão estava tão enraizada no senso comum e teórico da sociedade brasileira, que a substituição do antigo discurso pelo programa liberal não poderia acontecer facilmente ou em curto prazo¹⁷. Os argumentos conservadores ecoaram convincentemente no plano político e, assim, o pensamento conservador conteve a penetração da ideologia liberal-abolicionista, perpetuando a racionalidade colonial em relação à escravidão.

Todavia, e apesar da força política da retórica conservadora, no âmbito jurídico o discurso escravagista não poderia seguir inalterado, dada a necessidade de adaptação do discurso jurídico liberal europeu à legislação nacional. Do ponto de vista da coerência teórica, o alto custo desse processo teve como contradição mais onerosa a manutenção da escravidão, ou seja, a co-existência de escravos e valores liberais no mesmo sistema jurídico.

A costura ideológica que permitiu a convivência de discursos antagônicos – submissão dos negros em oposição à igualdade de todos perante a lei – exigia, por um lado, o silêncio constitucional e, por outro, a especificidade de sua tutela nas diversas relações jurídicas, onde a necessidade prática justificava eventuais inconvenientes teóricos¹⁸. A aquiescência constitucional foi satisfeita pela incorporação tácita do escravo no amplo direito de propriedade estabelecido pela Constituição de 1824¹⁹ e a disciplina específica do escravo atendida pela lei civil e penal, ainda que não sistematizada em um “Código Negro”, como em outros países²⁰.

Dado o referente teórico do ensaio, afasta-se o estudo da constitucionalidade do escravo no Brasil Imperial e sua tutela jurídica civil para analisar apenas como o incipiente direito penal brasileiro tratou a escravidão durante o Império.

17 SODRÉ, Nelson Werneck. Formação Histórica do Brasil, p. 119.

18 WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império, p. 374.

19 BATISTA, Nilo. Pena Pública e Escravismo, p. 13.

20 Como por exemplo, o “Código Negro” de Santo Domingo, sobre o qual discorre BATISTA, Nilo. Pena Pública e Escravismo, pp. 41-42.

2. A lei penal no começo do Império (1822-1830)

Os primeiros anos após a independência correspondem ao início da formação da cultura jurídica nacional²¹, mas é o peso da tradição lusitana que caracteriza o direito desse período histórico, perpetuando a vigência do antigo discurso jurídico português. A dificuldade de pensar fora da racionalidade colonial era agravada pelo objetivo declarado de Portugal de manter o domínio ideológico sobre a ex-colônia, restringindo o acesso à educação²². Como efeito de uma política de centralização na formação de juristas, nas primeiras décadas do Império a prática judicial permaneceu ofício exclusivo dos bacharéis formados em Coimbra²³.

Da mesma forma, o direito penal dos primeiros oito anos do Brasil independente seguiu essa tendência conservadora, perpetuando a legislação criminal portuguesa²⁴. Logo após a promulgação da Constituição, a lei de 27 de setembro de 1823 revigora as disposições penais das Ordenações Filipinas, e a lei de 20 de outubro do mesmo ano reestabelece as cruéis penas ali previstas²⁵. Em que pese alguns eventuais “limites e alterações decorrentes da nova ordem constitucional e de algumas leis penais editadas naquele período”²⁶, não há uma mudança significativa. O Livro V (relativo à matéria penal) das Ordenações Filipinas constituíram, assim, o eixo do Programa de Política Criminal dessa primeira etapa do Império²⁷.

Resulta fácil a crítica às Ordenações Filipinas quando se tem por referência a moderna principiologia penal: as incriminações do Livro V são absolutamente genéricas, sendo considerados crimes meros vícios morais, caracte-

21 FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil, pp. 97-116.

22 LACOMBE, Américo Jacobina. Cultura Jurídica, p. 420.

23 FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da cultura jurídica nacional e os cursos jurídicos no Brasil, p. 99.

24 De 7 de setembro de 1822 à 16 de dezembro de 1830, data em que foi promulgado o Código Criminal do Império.

25 Cf. BRUNO, Aníbal. Direito Penal, p. 162. Mais detalhes sobre este momento histórico na obra conjunta de BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raul *et alli*. Op. cit.; p. 421.

26 BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raul *et alli*. Op. cit.; p. 417.

27 BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raul *et alli*. Op. cit.; pp. 417 e 414.

rísticas pessoais ou práticas iníquas de feitiçaria²⁸. As penas previstas eram realmente terríveis, e havia amplo arbítrio em sua fixação. A pena de morte era tida como ordinária, aplicada a grande número de delitos²⁹ e sua execução incorporava a cultura dos suplícios medievais, como descreve FRAGOSO:

“Eram previstas: a pena de *morte natural* (enforcamento no pelourinho, seguindo-se o sepultamento); *morte natural cruelmente* (que dependia da imaginação do executor e do arbítrio dos juízes); *morte natural pelo fogo* (queima do réu vivo, passando primeiro pelo garrote); *morte natural para sempre* (enforcamento, ficando o cadáver pendente até o apodrecimento). Havia ainda penas infamantes, mutilações, confisco de bens e degredo. As penas dependiam da condição dos réus e empregava-se amplamente a tortura. O sentido geral dessa legislação é o da intimidação feroz, puramente utilitária, sem haver proporção entre as penas e os delitos, confundindo-se os interesses do Estado com os da religião³⁰”.

Em todo caso, a crueldade da legislação penal portuguesa pertencia à racionalidade do contexto histórico na qual foi elaborada; para julgá-la é preciso situá-la naquele começo do século XVII, época em que foi promulgada e da qual reflete os princípios e costumes jurídicos³¹. A brutalidade das penas e a falta de proporcionalidade era um traço comum das leis penais europeias desse período, e as Ordenações não constituíam exceção à regra. Tal percepção se coaduna com a advertência de SELLIN:

“As penas sanguinárias e a tortura do passado não são evidência de gosto pelo sangue ou sadismo daquelas que as usavam. Antes elas atestam o fato de que aqueles que designavam estas penas as concebiam como

28 NEDER, Gizlene. Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro, p. 186.

29 Mesmo no âmbito das legislações embasadas na idéia de intimidação pelo terror, as Ordenações Filipinas destacavam-se negativamente entre as demais. Diz-se que o rigor das Ordenações era tão grande, e a sentença de morte tão freqüente, que “se conta haver Luis XIV, da França, famoso pelo seu absolutismo, interpelado ironicamente o embaixador português em Paris, querendo saber ser, após o advento de tais leis, alguém havia escapado delas com vida”. In: PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil, p. 59.

30 FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, pp. 70-71.

31 BRUNO, Aníbal. Direito Penal, p.160.

o melhor e mais eficiente caminho para assegurar proteção aos valores sociais que eles guardam. O caráter das penas, portanto, está intimamente associado e dependente dos valores culturais do Estado que as empregam”³².

Assim, para BRUNO o que surpreende não é a crueldade das Ordenações, mas o fato de que essa legislação tenha avançado três décadas no Brasil do século XIX, momento histórico em que suas criminalizações e o rigor de suas penas contrastavam radicalmente com o moderno pensamento criminológico o liberalismo jurídico proclamado pela Constituição de 1824³³.

Todavia, na perspectiva crítica, a permanência das Ordenações Filipinas no início do Império não é surpreendente, mas lógica. Uma vez compreendido o direito penal como mecanismo de manutenção da ordem econômica, e constatado que não houve alteração significativa nas estruturas produtivas após a independência, chega-se à conclusão de que não havia uma razão material para mudança legislativa. Além disso, em período de turbulência política provocada pela influência da ideologia liberal e a necessidade de afirmação do novo Estado, a indefinição dos crimes e as cruéis penas das Ordenações permitiram o uso da intimidação pelo medo para realizar o controle social, facilitando a imputação e condenação de eventuais “inimigos do Império”.

Especificamente em relação à tutela penal dos escravos, entretanto, a continuidade das Ordenações foi pouco significativa. Isso porque, ao manter a antiga legislação portuguesa, o incipiente direito penal brasileiro consagrava o costume local da punição doméstica do escravo, legitimando tacitamente o uso do poder privado para controlar a força de trabalho. Em poucas palavras, apesar da barbárie prevista nas Ordenações a disciplina penal do escravo seguia associada ao chicote do feitor.

Novamente, vê-se aqui uma aderência do fato histórico à tese de que as formas de punição variam de acordo com as necessidades do sistema econômico; se a independência não rompeu o modelo econômico então praticado no Brasil, não foi necessário alterar –ao menos imediatamente– a prática penal.

32 SELLIN, Thorsten. Nota preliminar à edição de 1939 de RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, p. 8.

33 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, p. 161.

3. O Código Criminal do Império: méritos (?) de um Código inconstitucional e hipocrisia legalista

Ainda que inicialmente inalterada, a criminalização primária no Brasil teve que mudar para adaptar-se ao modelo legislativo da Modernidade. A incompatibilidade do sistema colonial de incriminações com a Codificação tornava improrrogável a necessidade de “substituição da arcaica legislação do Reino”³⁴. A própria carta constitucional de 1824 determinava expressamente a criação de um Código Criminal, “fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”³⁵. Como resultado desse choque paradigmático entre os discursos liberal e absolutista no âmbito legal, promulga-se um Código Criminal para o Brasil em 1830³⁶.

A nova legislação seguiu a principiologia iluminista e proclamou o receituário ideológico liberal-burguês trazido pela Constituição³⁷. Revestindo-se de um “verniz liberal” produzido pela influência européia³⁸, ao menos termos estritamente dogmáticos o Código representou um avanço na racionalidade da política criminal da época. Em grande medida é por conta dessa ilustre aparência que muitos dos principais cursos e manuais de direito penal fazem ao menos uma menção honrosa ao Código Criminal do Império,

34 FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal, p. 71.

35 “Art. 179. 18) Organizar-se-á, quanto antes, um código civil e criminal, fundado nas sólidas bases da justiça e equidade”.

36 Como visto, mais precisamente em 16 de dezembro de 1830. A legislação portuguesa havia sido confirmada pela Assembléia Constituinte em 20 de outubro de 1823, ou seja, durante aproximadamente 7 anos –entre a reafirmação das ordenações pela Assembléia e a promulgação de um Código Criminal nacional– o Brasil careceu de legislação própria, ficando a prática penal vinculada aos costumes locais e à referência do Livro V das Ordenações Filipinas, como visto.

37 Segundo ZAFFARONI/PIERANGELI, era sintomática a presença das idéias liberais no Código Criminal de 1830: “As idéias liberais que chegavam até nós, a propaganda individualista que se desenvolvia quase simultaneamente na França e nos Estados Unidos, deveriam orientar toda a formulação da legislação da nova nação. Elas não faltaram na Constituição, e, conseqüentemente, não poderiam ser excluídas do código criminal” ZAFFARONI, Eugenio Raul e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro; p. 215.

38 NEDER, Gizlene. *Ob. cit.* p. 188.

definido como “original”³⁹, “exemplar”⁴⁰ e “liberal”⁴¹. Todavia, essa apologia costumeira não se preocupa em constatar que esse traço “iluminista-humanitário” servia apenas para disfarçar um sistema brutal de exploração da força de trabalho.

Como constata NEDER, os responsáveis pela elaboração do Código –exponentes de uma classe sustentada à base do açoite– não estavam dispostos a abrir mão de sua posição aristocrática em nome do iluminismo⁴², e permitiram todo tipo de concessões teóricas para preservar seu poder; adotando uma lógica pragmática, resolviam-se sempre os conflitos entre a ideologia penal liberal e a velha estrutura política e jurídica em favor da segunda, afinal o sistema pós-independência não estava preocupado com a coerência teórica que demandava a abolição de penas e práticas coloniais. Em síntese, esse “pragmatismo” compartilhado por juristas e legisladores caracterizava-se pelo uso da técnica jurídica para resolver as contradições entre economia escravocrata e liberalismo.

Tal procedimento resultou em uma legislação paradoxal: a despeito da expressa proibição constitucional⁴³, o Código estabeleceu a pena de morte, além das cruéis penas de açoite e galés para os escravos; da mesma forma, atendendo às demandas do poder econômico concentrado nas mãos dos latifundiários, legitimou o poder punitivo privado, facilitando assim a conservação da estrutura econômica agrária fundada no trabalho disciplinado pela força.

Nada obstante os possíveis méritos desta codificação⁴⁴, os princípios constituintes da Modernidade não alcançaram os escravos. O tratamento desigual que lhes era dispensado na prática repercutiu sobre as categorias dogmáti-

39 A originalidade do Código “influenciou a legislação espanhola, ou seja, os Códigos de 1848 e 1870, que, por sua vez, serviram de modelos a muitos códigos da América Latina”. FRAGOSO, Heleno. *Ob. cit.*; p. 72.

40 BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*, p. 42.

41 BRUNO, Aníbal. *Direito Penal*, pp. 164-165.

42 NEDER, Gizlene. *Ob. cit.* p. 188.

43 “Art. 179. 19) Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e tôdas as mais penas cruéis”.

44 Como também constata BATISTA, Nilo. *Os sistemas penais brasileiros*, p. 152 e TAVARES, Juarez. *A globalização e os problemas de segurança pública*, p. 129.

cas penais, e pela lei, doutrina ou jurisprudência garantia-se sua punição pela manipulação retórica, a começar pela imputabilidade, como se explica a seguir.

4. O escravo no pólo ativo: sempre imputável

Em oposição à lei civil do Império, onde era sempre considerado “coisa” (*res*), o Código Criminal de 1830 reconhecia a pessoalidade do escravo, estabelecendo a responsabilidade penal de livres e cativos no mesmo tipo legal⁴⁵.

Todavia, a afirmação de que o escravo foi “alçado à condição de pessoa” pela redação do artigo 4º deve ser lida com cuidado, pois sua projeção no ordenamento sempre esteve condicionada à perpetuação do modo de produção escravocrata. Reconhecer o escravo formalmente como pessoa era necessário para torná-lo imputável, um possível destinatário de todas as normas repressivas; neste caso, ser *sujeito de direito* significava apenas ser *imputável*. Tem-se, deste modo, que esta “promoção” não reflete uma conquista decorrente do reconhecimento de sua intrínseca humanidade, mas uma concessão teórica que autorizava sua punição.

De qualquer modo, e ainda que forma desigual e exclusivamente penal, não se pode negar que perante o Código o escravo adquire *capacidade jurídica*, uma prerrogativa exclusiva de pessoas; ao menos neste ponto, formalmente o Código não faz distinção: todos poderiam ser rotulados como “criminosos”⁴⁶.

Mas mesmo essa a condição universal de “criminoso potencial” sofria distorções em prejuízo do escravo, a tal ponto que é possível afirmar que a capacidade jurídico-penal do escravo seguia sentido único: ele deveria ser sempre culpável e jamais inimputável. Essa constatação fica evidente quando se estuda a exclusão da imputabilidade pela menoridade, prevista no artigo 10, parágrafo primeiro do Código Criminal⁴⁷. A redação do artigo excluía a possibilidade de se “julgar criminoso” o menor de catorze anos, sem qualquer exceção. Por conseguinte, parece evidente que tal hipótese de exclusão da

45 “Art. 4.º São criminosos como autores, os que commetterem ou mandarem alguém commetter crimes”.

46 NEDER, Gizlene. *Ob. cit.*, p. 185.

47 “Art.10. Tambem não se julgarão criminosos: §1.º Os menores de 14 annos”.

imputabilidade penal estava imediatamente estendida aos escravos menores. Entretanto, tal matéria foi objeto de divergência durante mais de vinte anos, até o Aviso n. 190 de 17 de Julho de 1852 que, em base a “princípios humanitários”, tornava inimputáveis os escravos menores⁴⁸. Todavia, e tanto antes como após o Aviso, exigia-se a apresentação da certidão de batismo para constatar a menoridade, sendo insuficiente que o próprio julgador ou testemunhas compreendessem que a idade do acusado era inferior ao limite legal⁴⁹. E não apenas isso: mesmo que demonstrada por certidão válida, o fato de ter menos de 14 anos na época dos fatos não excluía imediatamente a imputabilidade, dependendo ainda de valoração subjetiva, sendo necessário elucidar se o menor autor do fato agiu ou não com discernimento suficiente⁵⁰.

A discussão jurisprudencial e doutrinária em torno da imputabilidade do escravo menor evidencia a diferença na avaliação de categorias pretensamente universais orientada por uma determinação estrutural. Uma vez que o reconhecimento da pessoalidade do escravo não tinha por objetivo incluí-lo como igual na ordem jurídica mas apenas torná-lo alvo das sanções penais, essa imputabilidade não deveria servir de fundamento para sua exculpação.

48 TINÓCO, Luiz António Ferreira. *Ob. cit.* p. 25, nota 13.

49 Como vemos em Acórdão da época: “É prova insuficiente da menoridade de 14 annos para não ter lugar a applicação da pena – haver o juiz de direito calculado no interrogatorio, por não saber o réo designal-a, em 14 annos mais ou menos, bem como justificação produzida pela mãe do réo, para, na impossibilidade de obter certidão do assento do respectivo baptismo, provar ser o réo menor de 14 annos”. Rel. Da Côrte. Appell. Crim. n. 248, Ac. De 18 de Fevereiro de 1785. Appellante – o Juizo, e Appellado – Julio Cesar. Direito, vol.10 In: TINÓCO, p.25-26, nota 13, e “É insufficiente a prova de menoridade de 14 annos, quando em falta de assento de baptismo, versa sobre a declaração da mãe em Juizo. Acórdão da Relação da Côrte n.248, de 18 de fevereiro de 1876”. In: PESSÔA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.* p. 42.

50 “Para que o juiz formador da culpa possa julgar improcedente o procedimento criminal contra o menor de 14 annos, é indispensável que a falta de discernimento do menor seja prima facie visível e patente dos autos, não bastando que no processo se verifique a menoridade do delinquente, sendo de mister ainda verificar se elle obrou ou não com discernimento para que possa ser isento de imputabilidade no juízo da formação da culpa, por ser isso questão annexa, accessoria e inseparavel da questão de menoridade; devendo-se, quando não constar de modo indubitável a existencia das circumstancias constitutivas desses casos, sujeitar-se a discussão da materia ao juizo plenario do jury, ao qual, segundo a ordem regular, compete o julgamento criminal”. Rel. de Ouro Preto. App. Crim. n.795. Ac. De 17 de Setembro de 1880. Appellante –o Juiz, e Appellado– Polydoro, filho de Marcelino Corrêa. Direito, vol. 23. In: Luiz António Ferreira. *Ob. cit.*, p. 26, nota 13.

5. A confusa natureza jurídica do escravo no pólo passivo da lei penal

Se a questão é pacífica em relação à possibilidade de o escravo ser autor ou partícipe de crimes, residindo a controvérsia nos limites de sua imputação, a avaliação de sua condição como *sujeito passivo* dos crimes é bastante mais complexa.

De modo geral, pode-se afirmar que o Código permitia ao escravo ser *vítima*. Seguindo essa regra, aquele que castigava fisicamente o escravo fora dos limites legais era punível pelo crime de lesão corporal e não pelo crime de dano⁵¹.

Todavia, a legislação imperial apresenta vários momentos de confusão. Um exemplo claro está no decreto que estendeu ao “furto de escravos” as penas previstas para o crime de roubo⁵². Por sua redação tem-se que quando o objeto da subtração é um escravo não se aplica ao furto a sanção prevista para os crimes “contra a *propriedade*”, mas a pena dos crimes “contra as *personas e propriedade*”⁵³. Essa simples substituição de uma pena por outra traz implícita uma contradição entre a “humanidade” e “coisificação” do escravo. Por um lado, ele é considerado um *bem móvel e alheio*, passível de ser furtado; por outro, e ao contrário da subtração dos demais bens, merece a pena prevista para o roubo, fato típico que se diferencia do furto exatamente pelo exercício de violência contra a *vítima*. Se o escravo não é a *vítima* do crime, mas *bem jurídico* protegido pela norma penal, o que justificaria o aumento da pena ordenado pelo decreto?

Sob a perspectiva crítica, duas são as possibilidades de resposta, as quais devem ser compreendidas como complementares. Pela primeira o aumento

51 Vemos a potencial condição de vítima do escravo em acórdão do final do século XIX: “...Ferimentos leves feitos pelo senhor em seu escravo, em acto de castigo, constituem o crime do art. 201 do Cod. Crim. E dá lugar á denuncia do Promotor Publico”. Rel. do Maranhão. Ac. De 5 de Janeiro de 1875. Recorrente – Raymundo José Lamagner Vianna, e Recorrida – a Justiça. Gazeta Jurídica, vol. 7.º. In: TINOCO, Código Criminal do Império do Brazil anotado, p. 39, nota 25.

52 “Decreto N. 138, de 15 de Outubro de 1837: Art. 1.º Ficam extensivas ao delicto de furto de escravos as penas e mais disposições legislativas estabelecidas para o de roubo. Art.2.º Ficam revogadas as disposições em contrário”.

53 “Como declarou o Aviso de 8 de Julho de 1863, de n. 307, o decreto citado comprehende todas as hypotheses de furto de escravos que se possam dar em virtude das disposições dos arts. 257 á 260 do Cod. Criminal”. TINOCO, Antonio Luiz. *Ob. cit.*, p. 458.

da pena estaria justificado porque o escravo era um *bem* necessário e escasso no período imperial; realmente, o escravo, como objeto de proteção da norma incriminadora, não era apenas essencial para as estruturas de produção como também item raro e progressivamente valorizado diante da dificuldade para aquisição após a lei Eusébio de Queirós. Na segunda, a previsão de uma pena maior refletiria a compreensão tácita de que furto da *coisa*-escravo pressupõe violência à *pessoa*-escravo; evidentemente, a humanidade inerente à existência do escravo não pode ser reduzida discursivamente à dimensão das coisas sem distorções. Sob essa perspectiva, a atitude pragmática do legislador resolveu esse problema complexo pela simples troca das penas.

Como resultado da lógica que orientou a legislação penal desse período, por um lado o escravo é *sujeito de direito* porque pode ser *vítima*; por outro é *coisa* porque preenche a condição de *bem jurídico* tutelado pela norma penal.

De qualquer modo, a natureza jurídica híbrida do escravo em matéria penal não se restringia apenas a esta hipótese, revelando-se em outras manifestações legislativas posteriores ao Código de 1830. Entre elas, são exemplos conhecidos a lei nº 37 de 7 de julho de 1869⁵⁴, que assemelhava o escravo perdido ao gado solto e a lei nº 3279, de 28 de setembro de 1885, que a apenas dois anos e meio da abolição “equiparava ‘o acoutamento de escravos’ à apropriação indébita de coisa alheia perdida”⁵⁵.

Se estas referências legislativas evidenciam certa ambigüidade na natureza jurídica do escravo no pólo passivo dos crimes do Código de 1830 resta apenas esclarecer a motivação estrutural para tal concessão teórica. Consoante a análise crítica proposta, a possibilidade de dupla valoração jurídica pode ser considerada útil na medida em que facilita a proteção dos interesses patrimoniais senhoriais, resolvendo-se eventuais contradições nos processos de criminalização pela reinserção do escravo no estatuto jurídico das coisas. Opção que atesta, mais uma vez, a legitimação da ideologia racista no plano legal⁵⁶.

54 “Tal lei determinava que, 90 dias após o edital, se procedesse quanto ao escravo não reclamado de modo idêntico à ‘arrecadação dos bens do evento’”. BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raul *et alli*. *Op. cit.*; p. 425, nota nº 211.

55 BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raul *et alli*. *Op. cit.*, p. 440.

56 SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação, p. 20.

6. A reparação do dano produzido por crime de escravo

Outra matéria que aponta para o predomínio dos interesses econômicos estruturais no sistema jurídico-penal do Império é a responsabilidade pelos danos civis advindos do fato delituoso cometido pelo escravo⁵⁷.

Nos termos do artigo 28, §1º, do Código Criminal, era o dono do escravo que deveria responder pelo dano produzido pelo crime, porém apenas até o limite do preço do escravo em leilão⁵⁸. Com essa disposição, a lei punia duas pessoas diferentes em relação a um único ato definido como crime. Para realizar a função de *retribuição* da pena criminal, aplicava-se ao escravo uma pena atingisse seu *corpo*. Para cumprir a função *reparadora* da sanção civil, obrigava-se o dono do escravo a satisfazer o dano, atingido-o em seu *patrimônio*. Seguindo-se a regra, o escravo sofria duplamente: no primeiro caso, recebia como *pessoa* a dor do castigo corporal; no segundo, era obrigado a atender ao gravame pecuniário, sendo colocado à venda como *coisa*.

Nas primeiras décadas de vigência do Código Criminal, a previsão do artigo 28, §1º, teve como efeito a desistência pelos senhores de seus escravos penalmente processados ou condenados. A opção dos donos de escravos de torná-los libertos pela desistência era uma forma de afastar seu nome e o restante de seu patrimônio de um inconveniente caso penal. Essa prática teve como resultado o fato de que a vítima do crime praticado por escravo ficava sem a compensação pelo dano, pois não era mais possível colocar à venda um liberto nem tampouco exigir do antigo senhor que pague a dívida criada por um homem com o qual não tem mais vínculo.

Para tentar afastar a falta de adimplemento a jurisprudência passou a afirmar que a desistência do escravo pelo senhor durante o processo (antes ou após a sentença) não lhe garantia *status* de liberto. Como vemos em parecer de 1866 do procurador da Coroa⁵⁹ a aplicação da pena deveria ser seguida da venda do escravo desistido para reparar o dano, ignorando a liberdade do ca-

57 WEHLING, Arno. *Ob. cit.*, p. 380.

58 Art. 28. Serão obrigados á satisfação, posto que não sejam delinquentes: §1.º O senhor pelo escravo até o valor deste.

59 “Ainda quando a desistencia feita pelo dono do escravo se repute completa não se póde tel-o como liberto; elle fica sujeito a pagar as custas e a satisfazer os damnos. Deve, depois de soffrer a pena, que é de açoites, ser levado á praça, vendido, e o seu

tivo conquistada pela desistência senhorial face a necessidade de reparação do dano.

Considerando inaceitável a solução jurisprudencial – pelo fundamento de que era impossível leiloar um homem livre – opuseram-se a essa orientação jurisprudencial duas correntes doutrinárias: a primeira afirmava que a desistência não afastava a responsabilidade civil e, deste modo, o antigo dono do escravo continuava sendo o responsável pela satisfação do dano⁶⁰; a segunda, por sua vez, sustentava que o escravo liberto deveria reparar o dano como homem livre, ou seja, pagando ele próprio o valor fixado. Mas essa segunda opinião implicava em um novo problema: considerando que o escravo não podia acumular bens, como poderia o recém liberto saldar sua dívida? Essa questão foi resolvida pela aplicação do artigo 32 do Código Criminal previsto para homens livres, que estabelecia que após o cumprimento da pena, e diante da falta de patrimônio para resolver o dano, o condenado deveria receber adicionalmente a pena de prisão com trabalhos, com duração proporcional ao tempo necessário para ganhar a quantia suficiente para saldar a dívida⁶¹. Por motivos que parecem bastante óbvios, essa solução legal que desonerava o antigo proprietário do escravo sem afetar a lógica do discurso jurídico, tornou-se majoritária, tendo sido oficialmente ratificada pela Resolução de 3 de dezembro de 1874⁶².

produto applicado ás custas e a resarcir o damno; tanto quanto fôr possível”. Parecer do Exm. Procurador da Corôa da Rel. da Côrte, aceito pelo mesmo Tribunal por Ac. de 14 de Maio de 1866, em que assignaram-se vencidos os Exms. Desembargadores: Azevedo, Gomes Ribeiro, Magalhães Castro e P.L. De Leão. Revista Juridica, 1866. In: TINÓCO, Antonio Luiz. *Ob. cit.*, p. 60.

- 60 “Pela desistencia feita pelo dono do escravo, tomada por termo, adquiriu elle a liberdade para o fim de ser-lhe applicada a pena, em que incorreu como homem livre; ficando responsável pelas custas antes da desistencia e a satisfazer o damno causado áquelle a quem elle pertencia e que delle fez desistencia depois de commettido o crime” In: TINÓCO, Antonio Luiz. *Ob. cit.*, p. 60.
- 61 Art. 32. Em todo caso, não tendo o delinqüente meios para pagar a satisfação, dentro em oito dias, que lhe serão assignados, será condemnado á prisão com trabalho pelo tempo necessario para ganhar a quantia da satisfação. Esta condemnação, porém, ficará sem effeito logo que o delinqüente ou alguém por elle, satisfizer ou prestar fiança idônea ao pagamento em tempo razoável, ou o offendido se der por satisfeito.
- 62 A Resolução de 3 de dezembro de 1874 impedia a execução da pena de açoites para o escravo que havia sido desistido por seu senhor após a sentença. Ao tornar-se livre pelo abandono, o condenado é obrigado a cumprir pena de prisão, não sendo mais possível aplicar-lhe os açoites cominados.

Em síntese, o senhor que desistia de seu escravo, mesmo após o trânsito em julgado da sentença condenatória, sujeitava-o às sanções gerais do Código; agora um homem livre –e endividado–, o ex-escravo estava apto a sofrer a pena de prisão com trabalhos para indenizar o dano, cumprindo integralmente todas as funções da pena como pessoa. Novamente, vemos que a aplicação da pena é orientada pela utilidade do sujeito que a recebe: diante do dano produzido por um crime, o escravo era desistido por seu senhor e feito liberto apenas para poder receber uma pena que permitisse indenizar a vítima sem onerar seu antigo dono.

Toda a manobra retórica se justificava porque, em qualquer hipótese, não se considerava razoável que o senhor arcasse com o prejuízo provocado por seu escravo, até porque isso caracterizaria uma violação ao princípio constitucional da pessoalidade da pena⁶³. Evidente que não poderia evitar a realização do mandamento constitucional a incômoda questão escrava.

7. A garantia pública de um direito penal doméstico para tutela do escravo

O período histórico que compreende o Brasil Império tem como uma de suas características a gradual substituição do exercício difuso do poder local pela concentração do poder estatal. A centralização administrativa seguia o projeto da Modernidade e tinha por objetivo político fundamental evitar secessões, afirmando a autoridade do novo Estado. A promulgação do Código Criminal segue essa tendência, iniciando o processo de transição do controle social realizado no interior da unidade de produção (como a fazenda, o engenho, etc.) para a disciplina penal pública do Estado⁶⁴.

Esse avanço institucional instaurou um conflito entre a execução penal doméstica e desregulamentada contra o escravo, comandada pelo poder senhorial, e a previsão legal e geral das penas públicas, garantidas pelo poder estatal. Contrários à publicização dos castigos, os senhores exigiam a manutenção do poder punitivo interno que permitia a exploração cotidiana do trabalho⁶⁵.

63 Art. 179, n.20 da Constituição do Império: “Nenhuma pena passará da pessoa do delinqüente. Portanto, não haverá em caso algum confiscação de bens, nem a infâmia do réu se transmitirá aos parentes em qualquer grau, que seja”

64 NEDER, Gizlene. *Ob. cit.*, p. 182.

65 BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravismo.*, p. 17.

Visceralmente comprometido com os interesses do poder senhorial, e apesar da pressão centralizadora coerente com a ideologia liberal, o Código preservou a autonomia do castigo para os proprietários de escravos. É por esse compromisso estatal com as unidades agrárias que o poder punitivo doméstico a marca característica do direito penal do escravo no Império⁶⁶. Dada a prevalência do interesse particular, a máquina estatal deveria ser a *ultima ratio* para garantir a submissão do trabalho escravo, e o processo penal e a execução de pena pelo poder público deveriam constituir exceções.

Mas se por um lado o Código garantia o direito ao castigo, por outro não concedia aos senhores direito de dispor sobre a vida dos escravos. Essa proibição de origem romana persistia na tradição escravocrata brasileira pela influência do cristianismo⁶⁷ e, conseqüentemente, apenas os castigos corporais eram permitidos como delegação do poder estatal na esfera privada, controlados – em tese – os excessos na sua aplicação.

Demonstrando grande esmero técnico na fundamentação legal para preservação desse poder, artigo 14 do Código Criminal afirmava que a lesão corporal do escravo com fim disciplinar constituía uma hipótese excludente da ilicitude, equivalente ao direito de castigo dos pais sobre os filhos⁶⁸. Como causa justificante, o castigo corporal contra o escravo não era considerado crime, podendo o autor dos flagelos responder apenas pelo eventual excesso⁶⁹. Sem embargo, diante da notícia freqüente de graves excessos e mortes no exercício do direito de castigo, o Estado foi refinando o controle sobre a prática disciplinar privada, como vemos em aviso publicado cinco anos após promulgação do Código, que exigia a abstenção de castigos excessivos, limitando-se a punição apenas à necessidade de correção⁷⁰. No mesmo senti-

66 BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raul *et alli*. *Op. cit.*; pp. 417 e 414.

67 BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravismo*, pp. 27-28.

68 Art. 14. Será o crime justificavel, e não terá lugar a punição delle: §.6º Quando o mal consistir no castigo moderado que os pais derem a seus filhos, os senhores a seus escravos e os mestres a seus discipulos; ou desse castigo resultar, uma vez que a qualidade delle não seja contrária ás leis em vigor.

69 Esse eventual “excesso” compreendia, para Perdigão Malheiros, “queimar o escravo, feri-lo com punhal, precipitá-lo ao mar, ofendê-lo enfim por modos semelhantes”. In: BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravismo*, p. 30.

70 “Devem os senhores abster-se de castigos excessivos e limitar-se para a correcção de seus escravos aos meios aconselhados pela justiça e humanidade e ao que permite

do, uma leis posteriores à 1870 estabelecem que castigos imoderados podem tornar livres escravos menores de 21 anos, como forma de desestimular a repressão demasiadamente violenta de senhores e feitores⁷¹.

Note-se que mesmo diante de flagrantes excessos, casos em que a legislação permitia algum tipo de censura da prática penal doméstica do senhor contra os escravos, jurisprudência e doutrina rapidamente ofereciam recursos retóricos para afastar ou mitigar a resposta penal. Isso fica bastante evidente quando observamos a análise de certos artigos do Código de 1830 por juízes e doutrinadores da época.

Primeiro, alguns magistrados e autores sequer cogitavam a possibilidade de o dono do escravo responder por lesão corporal, na forma do art. 201 e seguintes do Código Criminal⁷². De fato, os processos instaurados contra os senhores pelos crimes de “ferimentos e outras offensas physicas” eram raríssimos, sendo a possibilidade real de condenação praticamente nula. Em caso emblemático, o próprio Ministro da Justiça mandou responsabilizar administrativamente o juiz que teria condenado um senhor à pena mínima do art.201⁷³. A regra, portanto, era de que mesmo o castigo brutal não deveria ser penalizado, nem mesmo de forma branda.

Segundo, caso uma pena por flagelo excessivo escapasse do filtro des-criminalizante e resultasse em punição concreta, a tendência era atenuar a sanção ao máximo, afastando toda a possibilidade de aumento e mitigando, assim, um possível efeito intimidador. Isso fica bastante evidente nos comen-

este paragrapho”. Aviso de 11 de novembro de 1835, Ord. Do Liv. 5.º, Tit. 36 §1º, e Resoluções de 20 de abril e 20 de julho de 1571. In: PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.*, p. 51.

71 “O Art. 1.º §6.º da Lei n.2040, de 28 de Setembro de 1871 e Art. 18 do Decreto n.5135, de 13 de Novembro de 1872, dizem: cessa a prestação dos serviços dos filhos das escravas, antes de atingirem elles a idade de 21 annos, se por sentença do Juízo Criminal reconhecer-se que os senhores das mães os maltratam, inflingindo-lhes castigos excessivos”. In: PESSÔA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.*, p. 53.

72 Art. 201. Ferir ou cortar qualquer parte do corpo humano, ou fazer qualquer outra offensa physica, com que se causa dor ao offendido.

73 Como narra o doutrinador Vicente Alves de Paula Pessôa: “O Ministro da Justiça, em Aviso de 1 de Junho de 1874, mandou responsabilisar a um Juiz de Direito, em razão de ter condemnado a um individuo no minimo do Art. 201 do Codigo Criminal, quando devera absolvel-o, á vista da decisão do Jury, declarando que os castigos inflingidos pelo mesmo individuo a um seu escravo foram moderados”. In: PESSÔA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.*, p. 51.

tários da época sobre uma das circunstâncias agravantes gerais, que determina o aumento da pena para aquele que está em situação de superioridade física sobre a vítima⁷⁴. A jurisprudência logo afastou essa hipótese de aumento da pena para os senhores que castigavam seus escravos, como esclarece o acórdão do Superior Tribunal de Justiça de 1866:

“[...] tratando-se na especie dos autos de offensas physicas feitas pelo senhor a seu escravo, sendo incontestavel o direito que tem os senhores de castigar corporalmente os seus escravos, é apenas prohibido o excesso e abuso, é claro que o uso de tal direito, supondo-se sempre a existência do instrumento do castigo, pressupõe a superioridade de armas (além da superioridade legal e moral), a qual sendo neste caso constitutiva do delicto, nunca poderia ser levada á qualidade de circumstancia agravante, mormente quando pela esencia e natureza especial da sociedade heril, nunca o escravo poderia resistir ao seu senhor, houvesse ou não a probabilidade de repellir a offensa.

Essa circumstancia, que aggravaria o delicto de um igual contra o seu igual, nunca deveria ser articulada no libello, nem sobre ella formular-se um quesito.

Nem maior importancia podia ter a occurrencia de ser o facto praticado de noite: pois semelhante circumstancia foi toda casual e não procurada de proposito, e na especie sujeita o facto deu-se dentro da casa, e o direito de castigar podia ser exercido tanto de dia como de noite⁷⁵.

Aparte o racismo explícito na redação e em estritos termos dogmáticos, o acórdão afirma que o excesso punível no exercício do direito privado de castigo não deve ter sua reprovação aumentada pelas circunstâncias agravantes definidas para crimes públicos, ainda que a condenação seja por um crime previsto no Código Criminal, incorporando todas as situações agravantes como elementares do direito de castigo.

74 Art. 16. São circumstancias agravantes: §6.º Haver no delinquente superioridade e, sexo, forças ou armas, de maneira que o offendido não podesse defender-se com probabilidade de repellir a offensa”.

75 Sup. Trib. De Just. Ver. Crim. n. 1890, Ac. De 22 de agosto de 1866. Recorrente – Emygdio Ferreira da Silva, e Recorrida – a Justiça. *Gazeta Jurídica*, vol. 1.º. In: TÍNÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, p. 44 e complementado por PESSOA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.* p. 57.

Dados estes elementos para análise, percebe-se pela perspectiva crítica que o cuidado com o “excesso” denota mais preocupação com a preservação da mão de obra, especialmente escassa após o fim do tráfico negreiro, do que com a dor do flagelado. Sob essa ótica, o objetivo central do apelo à moderação não era resguardar a integridade corporal do cativo, mas tão somente garantir a utilidade da mão de obra servil, como bem constatou em ensaio recente sobre um processo específico BATISTA⁷⁶. Da mesma forma, em atenção às necessidades estruturais do modo de produção, esses limites retóricos destinados à proteção da mão-de-obra são afastados na eventualidade concreta de punição, legitimando a execução penal privada e o poder senhorial. O raciocínio desenvolvido pelos ministros em 1866 serve como alerta para os magistrados de hoje: quando a redação da lei não favorece a lógica do sistema econômico, a hermenêutica tributária ao *status quo* tende a manipular seu sentido, em detrimento dos direitos fundamentais de sujeitos criminalizados.

8. As penas previstas para os escravos

As funções das penas previstas para os escravos no Código Criminal de 1830 acumulavam as funções *disciplinar* e *intimidante*, seguindo de modo tácito a orientação do pensamento criminológico do século XVIII.

Na realização da função *disciplinar*, a aplicação da pena sobre o escravo seguia a lógica do investimento político do corpo, ligado à sua utilidade econômica; o escravo, como corpo assujeitado, só é útil como força de trabalho quando é simultaneamente produtivo e submisso⁷⁷. Por isso não é difícil compreender que o objetivo real das penas do Código Criminal era a “submissão do braço escravo, sobre o qual repousava, em grande parte, a nossa incipiente economia”⁷⁸, ou seja, a internalização no escravo do dever de obediência para manter disciplinada atividade produtiva.

No caso da função de *intimidação*, o texto legal mostrava-se adequado à lição racionalista que atribuía à pena a função de prevenir futuros crimes pela certeza da punição. Esse discurso da prevenção geral negativa, todavia, afastava-se tanto quanto possível da ostentação do suplício medieval, buscando aproximar-se do pensamento dos “reformadores” que atribuíam à

76 BATISTA, Nilo. Pena Pública e Escravismo.

77 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, pp. 25-26.

78 PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil, p. 71.

certeza da pena o efeito desencorajador de futuros crimes⁷⁹, suficiente para desestimular o potencial criminoso⁸⁰. Por conta da corrente iluminista, o cerimonial punitivo é substituído pela rapidez burocrática, tornando o processo menos evidente, ainda que óbvio como é na aplicação de açoites.

Nada obstante, vale notar que é só até esse ponto que o pensamento científico-criminológico do século XVIII e XIX alcança os escravos. Inseridos no contexto econômico agrícola e não industrializado, não foi atribuída às penas a função de prevenção especial positiva, como possibilidade de “reformatar” a alma do escravo por meio de técnicas disciplinares sutis⁸¹: devido às exigências do momento histórico, certas penas cruéis da legislação colonial não apenas não foram abolidas como ratificadas pelo Código Criminal.

O produto final da lógica utilitarista da pena e do não-recebimento do correccionalismo foi a restrição para os escravos das penas de galés e açoites e a proibição do benefício das penas mais leves⁸². Trata-se agora de discorrer sobre cada uma das penas previstas para o escravo no Código de 1830, buscando sempre identificar seu caráter *utilitarista*, simultaneamente *intimidante* e *disciplinar*.

8.1. A pena de açoites

É indisfarçável a oposição do Código Criminal de 1830 ao discurso liberal. Por um lado, a Constituição do Império abolia no artigo 179 os açoites, a tortura, a marca de ferro quente e todas as outras penas cruéis⁸³. Por outro, e apesar da expressa proibição, o Código determinava que se o réu fosse escravo, e incorresse em pena que não fosse de morte ou galés, deveria ser condenado à pena de açoites e, depois de tê-la cumprido, ser trazido em ferros pelo tempo e modo que o juiz designar na sentença⁸⁴.

79 Como lição histórica de BECCARIA: “Sendo as leis penais cumpridas à letra, qualquer cidadão pode calcular exatamente os inconvenientes de uma ação reprovável”. BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. Dos delitos e das penas, p. 24

80 FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir, pp. 12-13.

81 FOUCAULT, Michel. *Ob. cit.* p. 118.

82 WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império, p. 390.

83 “19) Desde já ficam abolidos os açoites, a tortura, a marca de ferro quente, e todas as mais penas cruéis”.

84 “Art.60. Se o réo for escravo, e incorrer em pena que não seja capital ou de galés, será condemnado na de açoites, e, depois de os soffrer, será entregue a seu senhor,

A manobra retórica que permitiu esse paradoxo é tão simplista como absurda: afirmava-se que a previsão legal e a execução da pena de açoites não contrariavam o texto constitucional porque os escravos não faziam parte dela⁸⁵. Nestes termos, a violação flagrante ao dispositivo constitucional foi facilmente transposta.

O desvirtuamento do discurso liberal em relação ao trabalho escravo ia além: a título de “preocupação humanitária”, o art. 60 limitava o número de açoites diários a cinquenta. Entretanto, tal adequação soa risível quando se sabe que o instrumento na execução da pena não era definido pelo juiz, deixando ao executor da pena o arbítrio na escolha da “ferramenta mais apropriada”⁸⁶. Em todo caso, e como visto *supra*, o “humanismo” *aparente* do Código tinha por objetivo *real* a preservação da mão-de-obra, pois o excesso nos açoites acabava destruindo uma peça importante do processo produtivo.

O consenso era que, atendidas as funções de retribuição e especialmente disciplina e intimidação, a pena havia cumprido seu papel, sendo desnecessário comprometer a capacidade de trabalho do escravo apenas para cumprir integralmente a sentença. Essa orientação se torna explícita em aviso oficial de 1861: diante da necessidade de conciliar a execução da pena com os “princípios da humanidade”, o Imperador afirma que os magistrados devem ter cautela na aplicação das penas de açoite, cuja cominação deve ser individualizada de acordo com a idade e “robustez física” do réu, suspendendo-se a execução nos casos de perigo de vida e limitando o total da pena à duzentos açoites, pois a prática mostra que ultrapassar esse limite provoca “funestas consequências”⁸⁷.

que se obrigará a trazel-o com um ferro, pelo tempo e maneira que o juiz designar. O numero de açoites será fixado na sentença, e o escravo não poderá levar por dia mais de cincoenta”.

85 Assumiu a incongruência, entre tantos outros, PESSÔA: “Não obsta a esta disposição o Art. 179 §19 da Constituição do Império, por isto que os escravos acham-se fóra della”. PESSÔA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.* p. 110.

86 Para detalhes sobre o flagelo dos açoites, ver COSTA, Álvaro Mayrink da. *Direito penal*; p. 215.

87 “Sendo mister, para conciliar o rigor da lei com os princípios da humanidade, que a imposição da pena de açoites aos réos escravos tenha por fim sómente a necessária punição do delicto, sem o perigo da vida, ou prolongado e grave detrimento da saude do paciente: Ha Sua Magestade Imperial por bem que V. Ex. recomende aos juizes

O Aviso deu origem a vários debates e entre todos o que mais despertou o interesse dos penalistas referia-se à divergência sobre a competência para apreciar o pedido de suspensão dos açoites para o escravo demasiadamente debilitado e a extensão de seus efeitos. Sobre o tema há registro de um processo que auxilia na compreensão do debate.

O escravo Serafim foi condenado pelo crime de homicídio à pena de 300 açoites e a trazer ferro aos pés por três meses⁸⁸. Após a aplicação de 200 açoites durante quatro dias consecutivos, e diante iminência de sua morte, seu próprio dono requereu ao juiz de direito de Mamanguape que suspendesse a aplicação do castigo, dando por cumprida a pena. O juiz de direito, que efetuou a dosimetria da pena, entendeu ser competente para apreciar o requerimento do senhor de Serafim, e determinou a suspensão da execução dos açoites, julgando extinta a pena. Entretanto, o juiz municipal da mesma comarca, responsável pela execução da pena, recusou-se a cumprir esse despacho, alegando que somente ele, como juiz da execução, teria competência para suspender a aplicação dos açoites. Além disso, alegou que a suspensão, nos termos do Aviso imperial, é sempre temporária e não tem capacidade para extinguir a pena, mas apenas interrompê-la até que o condenado voltasse a reunir condições físicas suficientes para suportar o resto da sentença. O conflito entre o juiz de direito e o municipal foi resolvido em favor do segundo em decisão *provisória* do presidente da província da Paraíba e

de direito dessa provincia a maior cautela a semelhante respeito, advertindo-lhes que devem graduar a pena conforme a idade e robustez do réo, na intelligencia de que, segundo affirmam os facultativos, todas as vezes que o numero de açoites exceder a duzentos é sempre seguido de funestas consequencias; e que deve suspender-se a applicação do castigo, logo que o paciente, a juizo do medico, não o puder mais suportar sem perigo”. Aviso n. 365 de 10 de Junho de 1861. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.* p. 97.

- 88 Note-se que muito embora o Acórdão mencione que o escravo Serafim foi sentenciado pelo crime de homicídio, o mais provável é que tenha sido condenado por auxílio ao suicídio, que integrava o tipo de homicídio no Código Criminal (artigo 196). Isso se deduz a partir da pena aplicada, pois nos casos de homicídio doloso ou culposo, agravado ou não, se recebesse a pena máxima ou média ele sofreria pena de morte ou de galés, as quais não se convertem em pena de açoites por força do artigo 60 do Código Criminal. Da mesma forma, para qualquer um desses casos, ainda que recebesse a pena mínima de prisão com trabalhos forçados, essa era convertida preferencialmente para galés no caso de escravos, sendo rara a conversão para açoites. Como no tipo de homicídio somente o auxílio ao suicídio prevê pena de prisão simples, é de se considerar que esse tenha sido o crime pelo qual o escravo Serafim foi condenado.

definitiva em Acórdão de 1872 do Tribunal da Relação de Pernambuco⁸⁹. Foi confirmada, portanto, não apenas a competência do juiz da execução para suspender a pena, mas também o fato de que essa suspensão é sempre temporária, voltando a serem aplicados os açoites assim que o condenado tivesse condições, devendo ficar na prisão enquanto se recupera. Dada a irrelevância do perdão do ofendido para o Código⁹⁰, sem dúvida é interessante notar que a suspensão da pena foi requerida pelo próprio senhor do escravo, ainda que não fique clara sua motivação. Todavia, mais interessante é perceber que esse caso confirma que a aplicação da pena pública está além do poder de disposição do senhor sobre seu escravo; o *interesse público* em cumprir a sentença se sobrepõe ao *interesse privado* que considera resolvida a punição, o que volta a mostrar o já mencionado conflito típico dessa época entre poder punitivo público e privado.

Deixando de lado a hipocrisia do discurso oficial sobre a publicidade, a conveniência e a eventual “humanidade” na aplicação da pena de açoites, a abordagem crítica sobre a manutenção dessa pena exclusivamente para os escravos conduz à seguinte conclusão: em um sistema fundado na mão-de-obra escrava, a pena de açoites é logicamente a mais adequada, porque não prejudica a produtividade do apenado, desde que moderado o flagelo. A evidente constatação não passou despercebida por juristas da época, como Thomaz Alves Júnior, ao afirmar que para os escravos “nenhuma pena das estabelecidas no Código”, além dos açoites, “pode satisfazer a correção de seus delitos”⁹¹.

De fato, assiste razão ao desalmado jurista; em contraste com os açoites, todas as demais penas são pouco eficientes do ponto de vista da disciplina e da intimidação, como friamente se demonstra.

A pena de prisão (art. 47) –a qual gravita em torno da idéia nuclear de “tempo como pena”– quando aplicada ao “escravo-réu” punia indiretamente

89 Rel. de Pernambuco. Ac. de 16 de novembro de 1872. *Gazeta Jurídica*, vol.1º., In: TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, p. 101.

90 Art. 67. O perdão do ofendido antes ou depois da sentença, não eximirá das penas em que tiverem ou possam ter icorrido os réos de crimes publicos ou dos particulares em que tiver lugar a accusação por parte da justiça.

91 *Apud* ALVES JÚNIOR, Thomaz. *Anotações Theoricas e Práticas ao Código Criminal*. Rio de Janeiro: F. L. Pinto, 1864, p. 621. In: BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravismo*, p. 31.

o seu proprietário, quem perdia a força de trabalho de um homem na lavoura durante a execução da pena. Também de modo bastante irônico constata-se a inconstitucionalidade da aplicação da pena de prisão nesta hipótese, pois o confinamento do escravo violaria a garantia constitucional de pessoalidade da pena, alcançando seu “legítimo dono”.

O banimento (art. 50), o desterro (art. 52) e o degredo (art. 52) assumem significado apenas para aqueles que possuem direitos civis.

A pena de multa (art. 55) é inútil, porque não pode ser aplicada para os incapazes de constituir patrimônio, e a cobrança não pode ser redirecionada para o senhor sob pena de nova violação do princípio constitucional da pessoalidade.

A suspensão e a perda do emprego (arts. 58 e 59) carecem de sentido para quem não é remunerado pelo tempo de serviço, nem tem seu ofício reconhecido pelo discurso jurídico patrimonial.

Finalmente, a possibilidade de pena de prisão com trabalho (art. 46) é absurda, pois já estava imposta ao negro após o nascimento ou desembarque no Brasil, tornando-se útil apenas como forma de desonerar o senhor por eventual prejuízo provocado pelo escravo, como visto.

Temos, portanto, que das 11 penas previstas no Código Imperial, apenas três eram eficazes na função real de submissão do trabalho escravo: açoites, galés (arts. 44 e 45; §1º e 2º) e morte (art. 38 e segs.). *Prima facie*, a execução das penas públicas de galés e morte não parece estar orientada pela lógica utilitária que perpassa claramente a pena de açoites, pois ambas impedem, temporária ou definitivamente, a possibilidade de exploração privada da força de trabalho condenada. Entretanto, uma conclusão só é possível quando se contextualiza e analisa criticamente ambas penas. É o que se faz a seguir.

8.2. A pena de galés

A pena de galés estava prevista para os escravos no artigo 44 do Código Criminal, obrigando os condenados a andarem sozinhos ou juntos com “calceta no pé e corrente de ferro”, sendo usados para trabalhos públicos na província onde tiver sido cometido o delito⁹².

92 “Art. 44. A pena de galés sujeitará os réos a andarem com calceta no pé e corrente de ferro, juntos ou separados, e a empregar-se nos trabalhos públicos da província onde tiver sido commettido o delicto, á disposição do governo”.

Muitos juristas e políticos da época se preocupavam com a insuficiente intimidação provocada por essa pena, cuja execução em alguns casos poderia ser menos aviltante que a própria servidão. Neste caso, a pena acabaria realizando uma função oposta, pois ao invés de desmotivar o escravo acabaria incentivando-o a praticar o delito. Para corrigir essa perturbação do princípio da mínima exigibilidade⁹³ era necessário tornar terrível a execução da pena de galés; com esse objetivo, a elite da época se reúne para exigir o endurecimento da execução das galés para os escravos, como forma de evitar que a custódia penal se torne mais atraente que a submissão à exploração privada. Nas discussões registram-se críticas no sentido de que a pena constituiria uma hipótese de apropriação pública de bem privado, o que violaria o princípio constitucional da personalidade da pena, atingindo o senhor do escravo mais do que o réu⁹⁴.

Também é interessante perceber a repercussão prática das exceções previstas nos parágrafos primeiro e segundo do artigo 45⁹⁵. Nos estritos termos do tipo legal, sendo o escravo menor de 21, maior de 60 anos ou mulher, haveria imediata comutação da pena de galés para trabalhos forçados. Mas essa comutação ia de encontro ao artigo 60, que não incluía a pena de prisão⁹⁶ para o escravo. Diante do problema teórico, a maioria dos juízes optou por não aplicar as exceções do artigo 45 aos escravos, permutando a pena de galés para a de açoites⁹⁷, seguindo o pedido dos senhores dos condenados, para os quais interessava sobremaneira a conversão da pena de galés para açoites em

93 Aqui em sua versão contemporânea, trazida por RUSCHE/KIRCHHEIMER, o princípio da mínima exigibilidade significa que as condições de vida da prisão tem que ser pior do que as piores condições da classe trabalhadora. In: RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*.

94 Sobre ambos temas, com muito mais propriedade, BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravismo*, pp. 33-36.

95 “Art. 45. A pena de galés nunca será imposta: §1.º A’s mulheres, as quaes, quando tiverem commettido crimes para que seja estabelecida esta pena serão condemnadas pelo mesmo tempo á prisão em lugar e com serviço analago ao seu sexo; §2.º Aos menores de 21 anos e maiores de 60, aos quaes se substituirá esta pena pela de prisão com trabalho pelo mesmo tempo. Quando o condemnado á galés, estando no cumprimento da pena, chegar á idade de sessenta annos, ser-lhe-ha esta substituida pela de prisão com trabalho por outro tanto tempo quanto ainda lhe faltar para cumprir”.

96 “Prisão” como gênero da espécie “prisão com trabalhos”.

97 TINÔCO, Antonio Luiz. *Ob cit.*, pp. 70-72.

detrimento à prisão, pois após a breve aplicação da pena ele teria seu escravo restituído.

Mas essa troca da pena que surgiu na prática era absolutamente controversa, sendo um dos temas mais polêmicos da época, cuja questão fundamental era: se a lei proíbe a aplicação da pena de galés à mulheres e menores de 21 e maiores de 60, sem se referir à condição de escravo, qual pena deve ser aplicada em substituição? Cingiram-se os magistrados entre aqueles que entendem que é o caso de comutar a pena para prisão com trabalhos forçados, como vemos em Acórdão de 1875⁹⁸ e de 1873⁹⁹ e aqueles que defendiam que seria o caso de mudar a pena de galés para açoites, como em Acórdão de 1867¹⁰⁰. Aqui novamente vemos uma construção jurisprudencial orientada pela utilidade da pena, em que se pondera a desoneração do Estado e a rápida reintegração do escravo ao trabalho.

Em que pese a divergência jurisprudencial, havia convergência na doutrina sobre a desumana controvérsia, em favor da proibição da comutação da pena pra prisão, justificando TINOCO¹⁰¹ e PESSÔA¹⁰² que o “pensamento do

98 “A pena de prisão imposta á escrava, que, por causa do sexo, não deve soffrer a de galés, não pode ser commutada em açoites” Rel. da Corte. Ac. De 6 de Julho de 1875. Appellante –Antonio Rodrigues de Menezes, na qualidade de senhor da ré Maria, e Appellada– a Justiça. Direito, vol. 8.º. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, p. 70.

99 “A commutação da pena de galés, em que incorrer o menor escravo, deve ser feita para a de prisão com trabalho”. Rel. da Côte. Appel. Crim. n. 7843. Ac. De 21 de novembro de 1873. Appellante –o Juízo, e Appellado– Protasio, escravo. Gazeta Jurídica, vol. 2º. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, p. 71.

100 “É irregular a imposição da pena de prisão á escravos, que não podem effectivamente soffrer a de galés, por força do disposto no art. 45 §1.º do Cód. Crim. Julgados incursos no art. 269 do Cód., e condemnados ás penas de galés e multa, dada a hypothese daquelle artigo e paragrapho, a pena a impôr-se é a de açoites, de conformidade com o art. 60 do citado Cód.” Rel. da Corte. Appel. Crim. n. 5909. Ac. De 29 de Novembro de 1867. Revista Jurídica, 1868. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, p. 71.

101 “Pensamos que, dando-se as hypotheses dos §§ 1.º e 2.º do art. 45 citado, e sendo os réos escravos, deve-se-lhes applicar a pena de açoites por força do art. 60 do Cód. Criminal. Si os réos não podem soffrer as penas de galés art.45 §§ 1.º e 2.º, também não podem soffrer a de prisão com trabalho art. 60, pena que o legislador não quiz que fosse applicada á escravos. Os escravos só podem suffer as penas de morte, galés e açoites: esse o pensamento do legislador”. TINOCO, Antonio Luiz. *Ob. cit.*, p. 72.

102 “A Relação da Côte em Acórdão n.7843, de 21 de Novembro de 1873 confirmou uma sentença do Jury que o Juiz de Direito havia commutado em prisão perpetua com o

legislador” era que o escravo só deveria sofrer as penas de morte, galés ou açoites, sendo-lhe proibida a prisão.

Do ponto de vista da utilidade econômica do escravo, os apontamentos acima fazem sentido: com a pena de galés convertida em açoites o senhor não perde seu escravo menor, idoso ou mulher para a prisão, reintegrando-o à atividade laboral. Sob a perspectiva humanitária, todavia, trata-se de cruel paradoxo: como a lei previa que os açoites deviam ser adequados à idade e condição física do escravo, a conversão de uma pena grave com a de galés significava estender a aflição corporal do açoitamento por um longo período de tempo. Em síntese, a utilidade do escravo determinava uma mudança *qualitativa* da pena *aplicada*, com o conseqüente aumento *quantitativo* da pena *executada*, provocando resultados terríveis para a integridade corporal daquele que, exatamente por sua condição física, deveria ser resguardado de castigos cruéis. Novamente, a coerência lógico-jurídica mostrava-se submetida às necessidades materiais do sistema econômico.

Outra questão interessante, do ponto de vista da repercussão da pena, diz respeito às conseqüências da aplicação da pena de galés perpétua sobre a condição civil do escravo condenado. Para alguns juristas, como o secretário de Estado FIGUEIREDO JUNIOR, mesmo as penas perpétuas não excluía a propriedade, conservando o senhor o domínio sobre seu escravo¹⁰³.

Como a única possibilidade de revogação da pena de galés perpétua era por meio da graça concedida pelo Imperador do Brasil, o parecer da secretaria de Estado acabava afirmando que o perdão imperial não tinha o condão de extinguir o direito de propriedade. Tal afirmação diminuiu de certa forma, a extensão do poder de graça do Poder Moderador. Essa percepção motivou

trabalho, visto a menoridade do réu escravo, segundo a disposição deste parágrafo. Com o devido respeito, não parece curial esta decisão: por isto que os escravos só podem sofrer a pena de morte e a de galés e a de açoites, como preceitua o Art.60 deste Código e por demais o Aviso (no additamento) de 9 de Agosto de 1850”. PESSÔA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.*, p. 93.

- 103 “Pelo Direito Romano o senhor conserva o domínio sobre o escravo, quer este fosse condenado á pena perpétua ou temporaria; (...) O criminoso perdoado deve ser entregue ao seu senhor. O direito de propriedade recupera todo o seu vigor, desde que cessa o effeito da imposição da pena”. Manifestação de 25 de Abril de 1872 do secretário Cunha Figueiredo Junior, acompanhado pela aprovação de A. Fleury no dia seguinte do mesmo ano, em parecer da secretaria de Estado sobre o tema. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, p. 128.

uma consulta sobre o tema, estabelecida pelo Aviso de 1 de maio de 1872, à seção de Justiça do Conselho de Estado. Em extenso parecer, o conselheiro relator José Thomaz NABUCO DE ARAÚJO¹⁰⁴ invocava o Direito Romano para afirmar que o escravo condenado a pena perpétua¹⁰⁵ estava perdido para seu senhor. O efeito da perda de domínio sobre a propriedade, entretanto, não ocorria por força da sentença condenatória – e, portanto, não era atributo do Poder Judiciário – mas como efeito lógico da única possibilidade de cessação da pena: a graça concedida pelo Poder Moderador; era esse poder do Imperador capaz de criar um novo “fato jurídico” absolutamente independente da situação jurídica anterior¹⁰⁶.

Na mesma consulta, e em desacordo ao parecer do relator, o conselheiro SOUSA RAMOS¹⁰⁷ contestava que a questão não podia ser resolvida pelo Di-

104 O baiano José Thomaz Nabuco de Araújo, conselheiro relator da Consulta aqui mencionada, foi senador, presidente da província de São Paulo e Ministro da Justiça. Era filho do também ministro da Justiça do Império José Thomaz Nabuco de Araújo, que faleceu em 1850. Mais importante para a história oficial, todavia, é o fato de que ele é o pai do pernambucano Joaquim Aurélio Barreto Nabuco de Araújo ou, como é mais conhecido aquele que dá nome à cadeia 27 da Academia Brasileira de Letras, Joaquim Nabuco. Foi, aliás, o grande abolicionista o responsável por eternizar a memória do pai no livro “Um Estadista do Império”.

105 Vale lembrar que a única pena perpétua reservada ao escravo no Código Criminal de 183 era a de galés, exceto nos casos em que havia possibilidade de comutação, como previam as exceções dos parágrafos 1º e 2º do artigo 45, as quase estavam mitigadas pela inconveniência de sua aplicação, como visto.

106 “A contingencia única, que pôde fazer cessar essa pena perpetua, é o perdão do conferido pelo Poder Moderador. Mas o perdão é uma graça, um favor. (...) Assim que, não pôde a graça, sem absurdo, ter o effeito odioso de restituir á escravidão aquelle a quem foi concedida. Se tal effeito a graça pudesse ter, não deveria ser concedida sem conceder-se tambem ao condemnado a escolha entre ella e a continuação da pena, porque esta bem pôde ser para ellle preferível à escravidão, para qual volta em virtude da graça. (...) A liberdade aqui é um facto juridico, consequencia necessaria da graça, que faz cessar a perpetuidade da pena, não no interesse do senhor, mas só no interesse e como recompensa do condenado. (...) Porque não é lícito applicar á bem da escravidão e para a escravidão, uma lei toda destinada á liberdade. (...) A vista do exposto entende o conselheiro relator, que em razão da perpetuidade da pena de galés o perdão della, só em beneficio do condemnado, o escravo se torna de facto e pela natureza das cousas liberto”. Parecer do conselheiro José Thomaz Nabuco de Araújo Filho. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, pp. 128-130.

107 Ou Barão de Três Barras e 2º Visconde de Jaguarí, cujo nome completo era José Ildefonso de Sousa Ramos. Nascido em Minas Gerais, cursou a Faculdade de Direito de São Paulo. Entre diversos cargos políticos, foi senador e ministro da Fazenda, do Império e da Justiça, onde tornou-se Conselheiro de Estado.

reito Romano, pois a escravidão brasileira era absolutamente diferente. Em sua opinião, se a lei dispunha que o senhor era responsável pela compensação do dano produzido por crime praticado por escravo seu, isso só acontecia porque a propriedade seguia ainda depois da sentença condenatória. Afirmando ainda que uma vez que “a necessidade obriga a manter-se ainda a escravidão”, é preciso tolerar-se seus inconvenientes, a desigual condição do escravo deixava-o de fora das conclusões que seriam lógicas para pessoas livres. Como a escravidão doméstica não era uma pena, mas uma “instituição, ainda que viciosa, não só tolerada, como garantida pela lei”, não havia porque impedir que o escravo agraciado voltasse à servidão, o que só poderia ser afastado, sempre e em qualquer caso, pelo seu senhor, único capaz de dispor sobre a propriedade do escravo, afastada sempre que demonstrasse falta de “ânimo de possuir”¹⁰⁸.

108 “A questão proposta não pôde ser resolvida pelo Direito Romano, attenta a notável differença entre a escravidão daquelles tempos e a de hoje. (...) O Cod. Crim., art. 28, n.1, declara obrigado á satisfação, posto que não seja delinqüente, o senhor pelo escravo até o valor deste, qualquer que seja a pena em que haja incorrido; sem duvida porque a propriedade continúa depois da condemnação. Não obstante a procedência destas observações, entende que a questão deve elevar-se á considerações de outra ordem abandonando o terreno estreito da propriedade. No sentir do ilustrado relator, há que se escolher entre a continuação da pena e a escravidão, entre o estado actual e o anterior ao crime, porque a prisão perpetua pôde ser menos repugnante ao condemnado do que a escravidão domestica, em que se achava. Sendo assim, nada mais deplorável do que a sorte e posição dos senhores e suas famílias, cuja segurança fica inteiramente dependente da boa índole dos seus escravos (...) Desde que a necessidade obriga a manter-se ainda a escravidão, é preciso tolerar-se os inconvenientes della; a exageração philantropica não prejudica menos os proprios escravos que aos senhores. Em todas as sociedades civilisadas os homens são apreciados segundo a sua educação e moralidade; os escravos não pode ser collocados em pé de igualdade com as outras classes. (...) Depois da pena de morte, a de galés perpétuas é a mais grave, seguindo-se-lhe a de prisão perpétua com trabalho, nenhuma dellas comparável com a escravidão domestica, que não é pena, e sim uma instituição, ainda que viciosa, não só tolerada, como garantida pela lei. O perdão não se assenta na pena e a extincção desta restitue o condemnado á sua antiga condição e portanto, com razão opina a secretaria que o criminoso perdoado deve ser entregue ao seu senhor. Cumpre, porém, attender que a posse, e portanto, o domínio, que della dimana, não se conserva sem animo e intenção de possuir (...) Em muitos casos, já pelo longo tempo decorrido e subseqüentes mudanças nas relações das famílias, já pela natural repugnancia de admittir no serviço domestico o que foi condemnado por crime grave, é bem fundada a presumpção de falta de animo de possuir; devendo-se, portanto, considerar extincta pelo abandono de domínio a condição servil antecedente. Todavia quaesquer que sejam as circumstancias em que o Poder Moderador haja por

Mesmo após esse conservador parecer do Barão de Três Barras, a Consulta acabava confirmando a opinião do relator, que contou com o apoio do conselheiro Francisco de Paula de Negreiros SAYÃO LOBATO¹⁰⁹. Neste sentido, assim concluía a Consulta:

“E por certo seria tão extravagante, para não dizer absurda, a subsitencia do direito de senhor sobre o escravo condemnado á galés perpetuas, como indecente, affrontosa e não menos absurda a natureza da graça concedida pelo Poder Moderador, se fosse destinada a restituir ao capiteiro o réo agraciado. Qualquer outra limitação aos effeitos do perdão de taes réos não é admissível, por falta de disposição competente, que a legitime; o seria até desacatar ao Poder Supremo, que sem condições fez a concessão, limitál-a administrativamente. Vossa Magestade Imperial mandará, porém o que for mais justo. Sala das conferências da secção de justiça do Conselho de Estado, em 17 de Setembro de 1872. – José Thomaz Nabuco de Araújo. – Barão das Três Barras. – Francisco de Paulo Negreiros Sayão Lobato. – Como parece. – Paço, 17 de Outubro de 1872. – Com a rubrica de Sua Magestade o Imperador. – Manoel Antonio Duarte de Azevedo”¹¹⁰.

Apesar da lucidez humanitária da manifestação de NABUCO DE ARAÚJO, do ponto de vista da análise crítica proposta convém destacar que o argumento fundamental utilizado para justificar a extinção da condição de escravo na aplicação da pena foi a superioridade de força do Poder Moderador sobre o Poder Judiciário e o direito de propriedade. Como estratégia política, afirmar o poder da *graça* sobre a *lei* simbolizava a reafirmação da legitimidade do poder do imperador¹¹¹, afinal, em termos de estrita legalidade, fato é que o Código garantia o domínio do senhor sobre o escravo condenado, mesmo em

bem intervir, não se póde deixar de louvar a prudencia e sabedoria com que costuma usar de sua alta prerogativa, nunca expondo os offendidos ás affrontas e injurias dos offensores agraciados”. Parecer do conselheiro Barão de Três Barras, In: TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira, pp. 130-132.

109 Também conhecido como Visconde de Niterói, foi senador do Império de 1869 e 1884, período no qual emitiu seu parecer na consulta mencionada.

110 Gazeta jurídica, vol. 1.º. In: TINÔCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, p. 134.

111 Como reflexo de uma tradição jurídica enraizada em nossa cultura: “O perdão, outro pólo da punição, possibilitava à intervenção régia o exercício da graça. Destarte, o papel atribuído à clemência como qualidade essencial do monarca; sem dúvida, um

caso de pena perpétua. Dezesseis anos antes da abolição e face ao enfraquecimento do poder imperial, a Consulta transcrita evidencia o predomínio do interesse estrutural – nesse caso político e não propriamente econômico – na orientação das decisões jurídicas.

O debate sobre a revogação da condição de escravo após cominação de galés perpétua só foi resolvido quarenta e dois anos após a promulgação do Código, e durante esse lapso temporal a maioria dos escravos atingidos pela graça imperial voltou à condição servil em situação precária, pois alvo de possível vingança privada perpetrada pelo proprietário recém restituído.

8.3. A pena de morte

A inclusão da pena de morte no Código causou grande dissídio no Parlamento. Nos debates sobre o tema, os conservadores venceram por pequena maioria os liberais contrários à sua adoção¹¹². Mesmo com a derrota dos liberais, a influência dos chamados “penalistas do contratualismo”¹¹³ foi suficiente para torná-la uma sanção excepcional, restrita aos “cabeças” do crime de insurreição (art. 113), homicidas (art. 192) –desde que presente circunstâncias agravantes– e nos casos de roubo com morte (art. 271). Portanto, e de encontro à Constituição do Império que a proibia tacitamente, o Código de 1830 estabelecia em seu artigo 38 a pena de morte na força¹¹⁴.

dos pontos mais usados no processo de legitimação do poder real; ou seja, a representação do rei como pastor e pai dos súditos, que mais valia amar do que temer. É bem verdade que a clemência não poderia converter-se em licença, deixando impunes os crimes, pois os deveres do ‘pastor’ implicavam, também, proteger seu rebanho dos lobos”. NEDER, Gizlene. *Ob. cit.*, p. 157.

112 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, p. 131.

113 Expressão que pretende compreender todos os autores que, impregnados pela ideologia liberal, defendiam um direito penal humanitário, superando a idéia de retribuição pela prevenção como função precípua da pena criminal, como vemos em ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Ob. cit.*, pp. 251 a 264. Entre eles, e à esquerda do pensamento estritamente contratualista, temos a síntese de MARAT sobre a pena de morte: “Las penas deben ser pocas veces capitales. Al imponer una pena no basta satisfacer a la justicia, es necesario corregir a los culpables. Si son incorregibles, es preciso hacer que su castigo redunde en provecho de la sociedad; se los debe emplear en las obras públicas, en trabajos repugnantes, malsanos y peligrosos”. MARAT, Jean-Paul. *Plan de legislación criminal*, p. 79

114 Art. 38. A pena de morte será dada na força.

Seguindo as premissas introdutórias, alguns comentários são pertinentes sobre a previsão legal da execução da pena de morte. Em primeiro lugar, vale notar a mitigação do caráter de intimidação pelo medo próprio da execução da pena de morte no medievo, o que se mostra em consonância com a *sobriedade punitiva* da época¹¹⁵. Em que pese o trânsito do condenado pelas “ruas mais públicas”, o Código torna a execução da pena um procedimento mecânico, padronizado¹¹⁶. Cinco anos após o Código, o Aviso de 17 de Junho de 1835 acompanha a tendência de reduzir “espetáculo da dor”¹¹⁷ estabelecendo que a força só deve ser levantada quando necessária, não devendo ficar continuamente exposta ao público¹¹⁸. Em segundo lugar, e com o mesmo propósito, a parte final do artigo 61 do Código Criminal determinava que, nos casos de condenações por pluralidade de delitos, a cominação da pena de morte por um dos crimes extinguiu a aplicação das demais penas corporais. O efeito prático da disposição legal era acabar com o flagelo imposto ao condenado antes da morte, um traço característico das execuções medievais, nas quais geralmente uma longa tortura precedia a morte do condenado.

A explicação estrutural para a diminuição do espetáculo da execução está na base econômica fundiária desse período, orientado essencialmente pela lógica preventiva. Os escravos que demonstrassem incorrigível desconformidade com as regras oficiais de exploração do trabalho eram considerados inúteis ao sistema produtivo. Sem utilidade, o escravo era absolutamente

115 FOUCAULT, Michel. *Ob. cit.*, p. 16.

116 “Art.39. Esta pena, depois que se tiver tornado irrevogavel a sentença, será executada no dia seguinte ao da intimação, a qual se fará na véspera de domingo, dia santo ou de festa nacional. Art.40. O réo, com seu vestido ordinário, e preso, será conduzido pelas ruas mais publicas até a força, acompanhado do juiz criminal do lugar onde estiver, com seu escrivão, e da força militar que ser requisitar. Ao acompanhamento precederá o porteiro lendo em voz alta a sentença que se fôr executar. Art. 41. O juiz criminal que acompanhar, presidirá a execução até que se ultime; e o seu escrivão passará certidão de todo esse acto, a qual se juntará ao processo respectivo. Art. 42. Os corpos dos enforcados serão entregues á seus parentes ou amigos, se os pedirem aos juizes que presidirem á execução; mas não poderão enterrar-os com pompa, sob pena de prisão por um mez a um anno. Art. 43. Na mulher prenhe não se executará a pena de morte, nem mesmo ella será julgada, em caso de a merecer, senão quarenta dias depois do parto”.

117 FOUCAULT, Michel, *Ob. cit.*, pp. 16-17.

118 A força só será levantada quando fôr necessária, para não estar continuamente ás vistas do público. TINÔCO, Antonio Luiz. *Ob. cit.*, p. 68.

descartável, e seu corpo deveria ser simplesmente eliminado. Ainda que a execução da pena fosse oficial e pública, era desnecessário o espetáculo, pois era a certeza de sua aplicação – e não a intimidação provocada por sua execução – que deveria desmotivar os escravos potencialmente criminosos.

Essa intenção disciplinar pela certeza da punição foi o principal argumento utilizado pelos conservadores para defender sua inclusão no Código foi a necessidade de manter a ordem entre os escravos, que poderiam vir a ser indiferentes às demais penas¹¹⁹. Nessa perspectiva os legisladores consideravam a pena de morte uma medida de política criminal imprescindível: nos debates parlamentares, o deputado Lino Coutinho chegou a afirmar que o objetivo da pena capital era “conter a escravatura” e até mesmo “assegurar nossa existência contra os escravos”¹²⁰; o também deputado Paula e Souza acreditava que “só o terror da morte fará conter esta gente imoral nos seus limites”¹²¹.

Para BATISTA, essas reações parlamentares evidenciam a ameaça da insurreição negra como uma das características centrais do pensamento político-criminal do início do século XIX; o medo do recente “hatianismo” encontrava correspondência na abundante oferta de escravos no Brasil antes de 1850¹²².

Nesse contexto, surge a demanda dos senhores por uma lei que “facilite” a pena de morte para os escravos, um diploma legal capaz de aliviar o medo dos senhores, feitores e suas famílias em relação a possível revolta negra. Em atenção a essa exigência senhorial, cinco anos após a promulgação do Código Criminal, a lei de 10 de junho de 1835 cria um tipo penal de homicídio e lesão corporal específicos para o escravo. Nos termos da nova lei, todos aqueles que de alguma forma produzem lesões ou provocam a morte de seus senhores, feitores ou suas famílias devem receber a pena de morte, exceto no caso de lesões leves, quando a pena será de açoites¹²³.

119 GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal, p. 132

120 BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, E. Raul *et alli*. *Op. cit.*, p. 429.

121 BATISTA, Nilo. Pena Pública e Escravismo, p. 23.

122 BATISTA, Nilo. Pena Pública e Escravismo, p. 24.

123 “Art. 1. Serão punidos com a pena de morte os escravos ou escravas, que matarem por qualquer maneira que seja, propinarem veneno, ferirem gravemente ou fizerem outra qualquer grave offensa physica a seu senhor, a sua mulher, a descendentes ou

Retoricamente, essa criminalização primária tinha por objeto de proteção a vida ou integridade corporal das pessoas que representavam a autoridade imediata sobre o corpo do escravo, ou seja, aquelas expostas ao maior perigo em caso de revolta. A redação de seus artigos traz uma manifestação óbvia de um *direito penal do autor*¹²⁴: em oposição ao princípio constitucional da igualdade¹²⁵, uma condição existencial –no caso, “ser escravo”– determinava, por si só, uma pena muito mais severa, isso porque em que pese também estar prevista a pena de morte no Código Criminal para o “homicídio agravado” (art. 192), no caso da Lei de 1835 eram irrelevantes as circunstâncias agravantes, atenuantes e o “grau da culpa”, como reforçou o Aviso n. 497 de 4 de outubro de 1837¹²⁶; bastava o resultado de morte ou lesão corporal grave para impô-la.

ascendentes, que em sua companhia morarem, a administrador, feitor e às suas mulheres, que com elles viverem. Se o ferimento ou offensa physica forem leves, a pena será de açoites á proporção das circunstancias mais ou menos aggravantes. Art. 2.º Acontecendo algum dos delictos mencionados no art. 1.º, o de insurreição, e qualquer outro commetido por pessoas escravas, em que caiba a pena de morte, haverá reunião extraordinária do Jury pelo termo (caso não esteja em exercício), convocada pelo juiz de direito, a quem taes acontecimentos serão immediatamente communicados. Art. 3.º Os juizes de paz terão jurisdição cumulativa em todo o município para processarem taes delictos até a pronuncia com as diligencias legais posteriores, e prisão dos delinquentes; e concluido que seja o processo, o enviarão ao juiz de direito para este apresental-o no Jury, logo que esteja reunido, e seguir-se os mais termos. Art. 4.º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero dos votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executará sem recurso algum. Art. 5.º Ficam revogadas, etc.”

124 “Ainda que não haja um critério unitário acerca do que seja o direito penal de autor, podemos dizer que, ao menos em sua manifestação extrema, é uma corrupção do direito penal, em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como manifestação de uma “forma de ser” do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva. O ato teria valor de sintoma de uma personalidade; o proibido e reprovável ou perigoso, seria a personalidade e não o ato. Dentro desta concepção não se condena tanto o furto, como o “ser ladrão”, não se condena tanto o homicídio como o ser homicida, o estupro, como o ser delinquente sexual, etc.”. In: ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro, p. 115

125 Previsto no Art. 179, 13. da Constituição do Império, com a seguinte redação: “A lei será igual para todos, quer proteja, quer castigue, e recompensará em proporção dos merecimentos de cada um.

126 “Não ha dependencia da designação do gráo da culpa para imposição da pena nos delictos de que atrata o Art. 1.º da Lei, por isto que sempre se impõe a de morte. Aviso n.497, de 4 de outubro de 1837”. In: PESSÔA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.*, p. 515.

A brutalidade da lei de 1835 não passou despercebida, sendo o repúdio a seus ditames contemporâneo aos magistrados da época, como o então desembargador Vicente Alves de PAULA PESSÔA¹²⁷, que na introdução ao seu Código Anotado afirma que a lei de 1835 “parece uma excrescência no meio das nossas aspirações, a tudo o que é conforme a uma civilização sempre crescente”¹²⁸.

Somada à tipificação especial, a lei previa ainda um procedimento diferenciado, ignorando as disposições do Código de Processo Criminal de 1832 e tornando sumário o processo de execução do escravo. Sucintamente, a mesma lei tornava irrecorrível a sentença de morte, viabilizando uma execução da pena que tinha por objetivo reforçar a autoridade do poder senhorial na exploração do trabalho escravo¹²⁹. O Aviso n. 264 de 27 de novembro de 1852 foi além, excluindo a possibilidade de recurso para qualquer sentença de morte contra escravos, inclusive em condenações por crimes estabelecidos no Código Criminal.

A preocupação central era a rápida execução dos escravos considerados culpados de atentar contra a ordem doméstica de exploração do trabalho, impedindo o direito a qualquer tipo de recurso, tanto do Judiciário como do Moderador. Mesmo com toda a rapidez processual, não são raras as notícias de senhores que conseguiam absolver seus escravos no Júri para matá-los na tranqüilidade de suas fazendas, em mais uma expressão da prevalência do poder punitivo doméstico¹³⁰. Vale notar que a lei só excluía a possibilidade de recurso nos casos de sentença condenatória; nos casos em que o Júri absolvía o escravo acusado pelos crimes da Lei de 1835, os juízes geralmente apelavam de ofício, requerendo a constituição de novo Júri, o que normalmente era prontamente provido pelos tribunais¹³¹.

127 Vicente Alves de Paula Pessoa foi senador do Império entre 1882 e 1889.

128 PESSÔA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.*, p. 8.

129 “Art. 4.º Em taes delictos a imposição da pena de morte será vencida por dous terços do numero dos votos; e para as outras pela maioria; e a sentença, se fôr condemnatoria, se executará sem recurso algum (grifei). Provavelmente por conta dessa disposição BATISTA/ZAFFARONI afirmam que a pena de morte contava com “escabrosa facilitação para os réus escravos”. In: BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, Eugenio Raul *et alli*. *Op. cit.*, p. 436.

130 BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravidão*, pp. 42-44.

131 De acordo com Vicente Alves de Paula Pessoa, a jurisprudência majoritária decidia pela formação de novo Júri para escravos absolvidos, citando como exemplo os

Como forma de amenizar o brutal efeito prático destas disposições, o Aviso de 23 de janeiro de 1853 e o Decreto n.1310 de 2 de janeiro de 1854 permitiram ao escravo condenado o *recurso de graça* ao Poder Moderador, o qual devia ser interposto de ofício pelo próprio magistrado. Entretanto, a prática judiciária negava a interposição do recurso *ex officio* aos escravos, dada a inconveniente suspensão da pena até apreciação do recurso pelo Imperador. Somente vinte e dois anos depois, o Aviso 328 de 27 de outubro de 1857¹³² estendia expressamente a imediata interposição de recurso de graça nas sentenças fundamentadas nesta lei¹³³. Novamente, e como explicado *supra*, o objetivo central aqui era enfatizar o poder simbólico do Imperador, cujo arbítrio deveria ser capaz de confrontar e desconstituir a vontade do Judiciário¹³⁴.

A mentalidade punitiva do Poder Judiciário em relação aos escravos tardou em reconhecer sua falta de humanidade. A análise de textos jurisprudenciais mostra sinais tardios de mudança como em um Acórdão de 1874 – apenas catorze anos antes da abolição. No caso, o dono de uma fazenda, seus dois filhos e dois escravos, açoitaram um desafeto à morte. Processados todos pelo art.192 do Código Criminal, foram absolvidos pelo primeiro Júri. Inconformado, o Juiz de Direito interpôs apelação, a qual foi provida. Submetidos a novo Júri, todos foram condenados. O problema apresentado para a Relação da Corte de Ouro Preto era o fato de que o fazendeiro e seus filhos recorreram da sentença condenatória, mas aos escravos foi negado o acesso ao recurso. Na decisão, que questionava sobre o fato de o escravo ser ou não “racional”, o relator concedia o direito dos escravos de recorrerem judicialmente da sen-

acórdãos da Relação da Corte de 9 de dezembro de 1862 e 17 de março de 1863. In: PESSÔA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.*, pp. 318-319.

132 “Nos casos de pena capital, devem os juízes de direito apresentar o recurso de graça, como dispõe o Decreto de 2 de Janeiro de 1854 e Aviso de 23 de Janeiro de 1853, instruindo-o com o relatorio e traslado de todo o processo, nos termos dos arts. 2.º, 3.º e 5.º do Decreto de 14 de Outubro de 1854, ainda quando o condemnado seja escravo”. Aviso n.328, de 27 de outubro de 1857. In: TINOCO, Antonio Luiz Ferreira. *Ob. cit.*, p. 125.

133 Há uma confusão tremenda entre Avisos, decretos e o Código de Processo Criminal do Império sobre a possibilidade de recurso para o escravo condenado. Em resumo, útil a consulta à BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravismo.*, p. 6, nota de rodapé 18.

134 NEDER, Gizlene. *Ob. cit.*, pp. 157-158.

tença que os condenou à morte, afirmando que os recursos devem ser sempre amplos e que a sociedade deve garantir aos réus todos os meios de defesa¹³⁵.

Também persistiu durante muito tempo em debate a questão sobre a punibilidade da tentativa de homicídio nos termos da lei de 1835. Como nela não estava prevista pena ou critério de diminuição para a tentativa, alguns magistrados entendiam que o escravo deveria ser processado nos termos da lei especial, mas condenado às penas máximas da tentativa previstas no art. 192 ou 193 do Código Criminal¹³⁶. Outros, entretanto, consideraram que na falta de previsão da lei especial, seria o caso de observar a segunda parte do art. 34 do Código¹³⁷, aplicando sempre a pena de galés perpétuas. Em 1873 a discussão entre os 12 desembargadores da Relação da Corte terminou em empate, e desde então ficou estabelecido que diante do impasse prevaleceria a interpretação mais benéfica, no caso, a punição pelas penas de tentativa dos artigos 192 e 193 do Código.

A terrível lei de 10 de junho de 1835 só foi revogada 51 anos após sua promulgação, pela lei 3310 de 10 de outubro de 1886¹³⁸.

Uma análise crítica do tópico em questão constata que a execução da pena de morte parece contrariar a lógica utilitária econômica, pois tem como resultado a redução da força laboral. Isso porque, como percebe BATISTA, o sentido geral das penas aplicadas aos escravos era preservar a força de tra-

135 “E porque não admittir-se para a hyphotese, da Lei de 1835, os recursos estabelecidos, para todos os mais casos, e quando se trata de uma penalidade? Não vemos nisto o menor perigo e nem admittimos, quando a reflexão, a calma a verdade e a justiça não podem ser excluidas das acções humanas, *maxime*, tratando-se de um julgamento em que muitas vezes entra a paixão e tanto maior se considerar-se que o escravo, não é tido por muitos, como um ser racional. (...) Admittindo-se os recursos sempre amplos, não ha que temer máos exemplos, e nem isto é a impunidade e o acoroçoamento ao crime; sendo apenas, uma garantia contra os máos julgados e uma prova de que a sociedade brasileira faculta todos os meios de defesa aos réos, qualquer que seja a sua categoria. Relação da Corte de Ouro Preto. Appellação dita n.79, de Pirahy – Appellante, o Juiz Presidente do Jury; Appellados Joaquim Caetanos Gomes e outros, absolvidos no Jury. – Acórdão de 4 de Dezembro de 1874”. In: PESSÓA, Vicente Alves de Paula. *Ob. cit.*, pp. 324-326.

136 Resultando, assim, em galés perpétuas ou vinte anos de galés, respectivamente.

137 Art. 34, segunda parte: “Se a pena fôr de morte, impôr-se-ha ao culpado de tentativa no mesmo gráo a de galés perpétuas”.

138 GARCIA, Basileu. *Instituições de Direito Penal*, p. 134.

balho. Todavia, as ações que colocavam em risco a própria ordem da unidade de produção justificavam o “desemprego pela morte, ainda que na razão direta da oferta disponível no mercado de escravos”¹³⁹. Afinal, a utilidade que determina a aplicação da pena compreende também a eliminação de mão de obra irredutível à disciplina laboral: os escravos que constituíam uma ameaça ao sistema produtivo eram eliminados, servindo subsidiariamente sua execução como exemplo para os demais. A regra utilitária sobre o destino fatal dos escravos fica comprovada na perspectiva histórica: no começo do século XIX o excesso na oferta de mão-de-obra escrava tornava razoável a pena capital e sumária sua execução. Com o fim efetivo do tráfico internacional a quantidade de escravos é reduzida, e menos usual a condenação à morte¹⁴⁰.

9. A insurreição: tipo penal próprio do escravo

Geralmente, o começo da parte especial dos códigos penais revela quais são os interesses definidos como fundamentais para manutenção da ordem social. Se com os códigos contemporâneos a parte especial começa com a criminalização do homicídio –tendo por objeto declarado a proteção do bem jurídico “vida”– o Código imperial seguia outra direção.

De fato, a criminalização primária de 1830 estava especialmente preocupada em garantir a incipiente experiência imperial e o Poder Moderador. A preocupação com eventuais ameaças a ordem constituída e a desobediência aos atos administrativos oficiais era manifesta: basta perceber a abundância de artigos que tem por bem jurídico a “existência política do Império” (arts. 68 a 90), “o livre exercício dos poderes” (arts. 91 a 99), “o livre gozo dos direitos políticos” (arts. 100 a 106), “a segurança interna” (arts. 107 a 128), “a boa ordem e administração pública” (arts. 129 a 169) e “o Tesouro e propriedade pública” (arts. 170 a 178), totalizando 110 artigos penais contra bens jurídicos relativos à manutenção da estrutura política e econômica. Além disso havia detalhada preocupação com a imprensa, impondo um rígido controle penal sobre todo material impresso de conteúdo republicano ou por outro modo contrário ao Império brasileiro¹⁴¹.

139 BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravismo*, p. 23.

140 BATISTA, Nilo. *Pena Pública e Escravismo*, p. 25.

141 É importante notar que a ampla criminalização da imprensa é mais uma amostra da contradição entre o Código Criminal e a Constituição do Império, que no artigo 179,

Seguindo essa lógica, ainda no começo da parte especial, o Código previa uma hipótese na qual a condição de escravo era elementar do tipo, constituindo elemento necessário do delito¹⁴².

Trata-se do crime de *insurreição*, previsto no artigo 113, Capítulo IV do Título IV: “Dos crimes contra a segurança interna do Império e publica tranqüilidade”. O crime prescindia do efetivo exercício da violência com o especial fim de liberdade; para configurá-lo bastava a reunião de vinte ou mais escravos com esse objetivo. As penas para os líderes (os “cabeças” do movimento) oscilavam entre a morte –no máximo –e quinze anos de galés– no mínimo. Além de prever a punição da tentativa, estabelecia que para todos os demais a pena era de açoites¹⁴³.

A criminalização da revolta dos escravos não era uma novidade do Código, mas apenas a tipificação de uma prática necessária em uma necessidade da sociedade escravocrata, como lembra WEHLING:

“Numa sociedade escravocrata, com freqüentes fugas e muitos conflitos entre senhores e escravos, o crime de insurreição era visto como o mais grave delito praticado pelo escravo. Sabemos como, na Colônia, as Ordenações trataram a questão (...) bem como a extensa legislação esparsa, destinada a reprimir fugas e levantes e a eliminar quilombos ou dificultar seu estabelecimento”¹⁴⁴.

As considerações críticas sobre a necessidade de criminalização da insurreição são dispensáveis, tamanha é sua congruência com a função do sistema penal do período imperial de manutenção da estrutura econômica

número 4, garantia que “Todos podem comunicar os seus pensamentos, por palavras, escritos, e publicá-los pela imprensa, sem dependência de censura; contanto que hajam de responder pelos abusos que cometerem no exercício deste direito, nos casos, e pela forma, que a lei determinar”.

142 Compreendidos como aqueles em que a qualidade especial do autor fundamenta a punibilidade. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. Direito Penal, p. 112.

143 “Art. 113. Julgar-se-há cometido este crime, reunindo-se vinte ou mais escravos para haverem a liberdade por meio da força. Penas: Aos cabeças: Máximo – morte. Médio – galés perpétuas. Mínimo – 15 annos de galés. Penas da tentativa: Máximo – galés perpétuas. Médio –20 annos de galés. Mínimo– 10 annos, idem. Todos os mais, que não forem cabeças, serão punidos com açoites”.

144 WEHLING, Arno. *Ob. cit.*, p. 393.

escravocrata. Oportunas, todavia, algumas considerações sobre a lei. Nada obstante, parecem pertinentes algumas observações.

A primeira é que a punição é muito maior do que a prevista para todos os demais crimes contra a “segurança interna”. Os artigos precedentes, que tem como sujeitos ativos as pessoas livres, prevêem, na pior hipótese, a pena de desterro¹⁴⁵.

A segunda é que a condição de “cabeça” do movimento estabelecia a pena de morte inclusive para os homens livres, com o objetivo de solapara a liderança branca de movimentos libertários¹⁴⁶.

A terceira é que vale perceber que aqui, e ao contrário da maioria dos crimes contra segurança interna, as penas de tentativa estão explícitas. Trata-se de fato interessante porque não bastasse ser a insurreição um tipo de perigo abstrato, havia previsão de adiantamento da punibilidade para meros atos preparatórios de um perigo potencial. Autorizava-se, assim, uma condenação em base à simples especulação.

A quarta, é que a criminalização primária da insurreição estendia suas pesadas consequências aos meros colaboradores, mesmo que se tratasse tão somente de incentivo retórico¹⁴⁷.

Finalmente, nos termos da já analisada Lei de 10 de Junho de 1835, a insurreição tinha procedimento sumário, com convocação extraordinária do Júri e sentença condenatória irrecorrível.

Em resumo, o artigo é uma ampla autorização retórica para violenta repressão estatal diante da mera suspeita de luta pela liberdade, o que é absolutamente compatível com a necessidade de conter a mera possibilidade de revolta negra no instável cenário político do Império brasileiro.

145 A pena máxima prevista para o crime de *conspiração* (art.107) era 12 anos de desterro; para *rebelião* (art. 110), prisão perpétua com trabalho; *sedição* (art. 111), 12 anos de prisão com trabalho e *resistência* (art. 116), 4 anos de prisão com trabalho. Em qualquer caso, a pena máxima para os “cabeças” não era morte ou galés perpétuas.

146 “Art. 114. Se os cabeças da insurreição forem pessoas livres, incorrerão nas mesmas penas impostas no artigo antecedente aos cabeças, quando escravos”.

147 “Art. 115. Ajudar, excitar ou aconselhar escravos a insurgir-se fornecendo-lhe armas, munições ou outros meios para o mesmo fim. Penas: Máximo – 20 annos de prisão com trabalho. Médio – 12 annos, idem. Mínimo – 8 annos, idem (...)”.

Conclusão

As conclusões possíveis do autor em relação ao tema são apresentadas como apontamentos, acompanhando a ordem dos temas abordados pelo texto:

1. O discurso liberal que predominou na esfera política do país desde a independência demandava o fim do modo de produção escravocrata. Em radical contraste, a legislação nacional regulamentava o sistema explorador de mão-de-obra, disciplinando juridicamente a escravidão. Essa oposição retórica absoluta revela a precariedade teórica do sistema jurídico brasileiro destinado à manutenção do sistema escravagista. Todavia, as contradições na lógica *formal* eram necessárias para satisfazer a lógica *material* econômica embasada na produção agro-exportadora sustentada pelo braço escravo¹⁴⁸.
2. O processo de independência feito sob a égide do discurso liberal idealista manteve o modo de produção escravocrata, tratado de acordo com a racionalidade colonial. A contradição insustentável, do ponto de vista teórico, entre um discurso liberal, sociedade conservadora e economia escravocrata é a grande marca da legislação do período Imperial Brasileiro¹⁴⁹.
3. Em que pese a influência externa na criminalização do tráfico, a disciplina penal do escravo nos limites do território brasileiro permaneceu um assunto interno e privado; os castigos adequados para disciplinar a força de trabalho pertenciam a esfera de poder dos latifundiários, tendo pouca importância a legislação oficial.
4. A perpetuação das ordenações filipinas no direito penal brasileiro dos primeiros anos do Império é lógica, porque o processo de independência não funda uma nova ordem econômica e social. Ainda que se ateste que a crueldade de suas penas e incriminações contrasta com o discurso político liberal, na medida em que se compreende o sistema penal como instrumento de manutenção da estrutura econômica, vê-se que não há um antagonismo material, mas apenas retórico.

148 Como Marx explicitava: "(...) a única base natural da riqueza colonial é a escravatura". MARX, Karl e ENGELS, Friedrich. O Capital; p. 887.

149 WEHLING, Arno. *Op. cit.*, p. 374.

5. O Código Criminal do Império não pode ser objeto de honrosos elogios sem a devida crítica histórica. Seu evidente compromisso com a classe dominante tornava-o cruel com as classes marginalizadas, especialmente os escravos. Em oposição as teses liberais anunciadas na Constituição, previa penas cruéis e até a pena de morte.
6. Na seara penal, o Código Criminal de 1830 considerava o escravo como pessoa e não coisa, mas a personalidade do cativo era uma exigência da dogmática penal, como modo de torná-lo imputável às penas previstas, e da ordem econômica sustentada pela exportação agrícola. A possibilidade de imputação era colocada em xeque diante da necessidade de repressão, especialmente nos casos em que a lei restringia a responsabilidade penal.
7. O estudo do Direito Penal entre 1822 e 1889 demonstra a notória contradição no sistema jurídico da época, onde o mesmo ente é tratado ora como sujeito, ora como coisa. Conclui-se, portanto, que o tratamento como ser ou como coisa é irrelevante para o escravo, pois em nenhum momento a coisificação ou personalização de sua existência significou qualquer alteração em sua condição de submissão mantida pela violência.
8. A condição jurídica do escravo no direito penal do Império era definida pelo interesse econômico do modo de produção agrário subjacente à personalização ou objetivação do ser, não despertando maiores preocupações teóricas, apesar da explícita incompatibilidade formal. Destarte, e apesar das particularidades mencionadas, a disciplina do escravo no Direito Penal não nos autoriza a concluir que este era tratado de modo mais igualitário por conta da faculdade de integrar o pólo ativo ou passivo dos tipos penais como pessoa. Na verdade, essa atribuição de personalidade interessava ao Estado sustentado politicamente pela base econômica oligárquica, apenas na medida em, incluindo o escravo no rol dos imputáveis, tornava-se apto a direcionar as políticas de controle social típicas do Direito Penal contra a mão-de-obra não-remunerada.
9. O Código manteve o poder punitivo privado para o castigo dos escravos no interior das unidades de produção. Como delegação do poder oficial de punir, os latifundiários e seus funcionários estavam autorizados a

manter a ordem nos processos de produção pelo chicote, devendo ter algum cuidado com a execução das penas, com o propósito de não danificar a força de trabalho ou motivar, pelo reforço negativo, a revolta da população escrava. Todavia, esse dever de cuidado na aplicação do castigo no interior das fazendas era meramente retórico, não resultando em punição real. Para afastar a punibilidade do excesso de senhores e feitores, a doutrina ofereceu amplos recursos argumentativos. Entretanto, coube à hermenêutica jurisprudencial o papel de destaque na legitimação da crueldade.

10. No Brasil Império a lógica das penas segue a orientação do específico modo de produção nacional. No cenário do latifúndio sustentado pela escravidão, as penas típicas do fim do século XVI, como galés e açoites, eram mais úteis na tarefa de prevenção de novos delitos do que as penas características construídas na Europa do século XIX.
11. A pena de açoites prevista no Código Criminal é a chave para compreensão da utilidade da pena no Brasil do século XIX. Sendo a forma mais adequada para retribuir e prevenir o crime, fundamental para submissão do trabalho escravo e com execução privada, permitia o controle dos escravos sem onerar o aparelho estatal.
12. As penas de galés contrariam a utilidade econômica na medida em que retiram da produção a força de trabalho. Como forma de apropriação pública de recurso privado, deve ser a última possibilidade de castigo, justificável apenas quando for impossível para o senhor manter a disciplina de um escravo específico, delegando a tarefa de socialização dos valores escravocratas para o Estado. Ainda assim, as condições de galés devem sempre ser terríveis, piores que a pior condição de trabalho nas casas e fazendas.
13. Ao destruir seu objeto, a execução da pena de morte serve apenas como intimidação, para inibir o comportamento desordeiro em uma coletividade. No caso dos escravos, portanto, apenas aqueles considerados incorrigíveis deveriam recebê-la. O critério utilizado para avaliar a impossibilidade de disciplina em um determinado sujeito não era apenas o bem jurídico violado, mas sua motivação para o crime.
14. O fim do suplício antes da execução da pena de morte não significa uma conquista humanitária. A superação de certas formas de punição

não deve ser compreendida necessariamente como um “progresso”, mas antes como o atestado de inadequação dessas formas de punição diante de um distinto quadro histórico¹⁵⁰.

14. O crime de insurreição retrata os objetivos principais da criminalização primária definidos no Código Criminal. Com uma pena maior do que a prevista para os crimes contrários à ordem social, a insurreição demonstra que o direito penal deve privilegiar a preservação das estruturas econômicas, antes mesmo do que a estrutura política ou social.
15. A coerência teórica do discurso jurídico é secundária em relação aos objetivos primários do mercado. No Brasil Império o desrespeito do Código à Constituição era tão grande que o redator do Código poderia ter sido vítima de sua própria armadilha, sendo processado pelo crime de “destruição” dos artigos constitucionais e condenado a pena máxima de 12 anos de prisão com trabalho¹⁵¹.
16. A criminalização preferencial dos negros é uma das características do direito penal brasileiro. A análise histórica evidencia que a perseguição dos escravos começa o percurso histórico de estigmatização do negro, identificado como sujeito com personalidade criminosa potencial. Como escravos no Brasil Imperial ou marginalizados no Brasil contemporâneo, seguem sendo as principais vítimas da seletividade penal, que tem por objetivo manter a estrutura de classes.
17. Estudar a disciplina penal do escravo no período imperial é especialmente interessante diante do atual contexto de criminalizações do início do século XXI. A abordagem histórica dos sistemas punitivos permite identificar na atualidade o retorno à velhas práticas do controle social, com objetivos políticos semelhantes, reapresentadas como novas medidas de política criminal. Sem dúvida há aqui também uma lição fundamental sobre a possibilidade de o Poder Judiciário servir como garantia dos *marginalizados*, sejam eles *escravos* ou *favelados*.

150 RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. *Punição e Estrutura Social*, p. 38.

151 Art. 86. Tentar directamente e por factos destruir algum ou alguns artigos da Constituição. Penas: Máximo – 12 annos de prisão com trabalho.

Bibliografia

- ADORNO, Sergio. Os aprendizes do poder. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1988.
- BATISTA, Nilo. Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro. 4. ed. Rio de Janeiro: Revan, 1990.
- _____. Os sistemas penais brasileiros. In: ANDRADE, Vera Regina Pereira. *Verso e Reverso do Controle Penal: (Des)Aprisionando a Sociedade da Cultura Punitiva*. vol. 1. Florianópolis: Boiteux, 2002
- _____. Pena Pública e Escravismo. Conferência que o candidato Nilo Batista apresentou à Comissão Julgadora do concurso público de provas e títulos para provimento da vaga de Professor Titular de Direito Penal da Universidade Federal do Rio de Janeiro, p. 23.
- BATISTA, Nilo e ZAFFARONI, Eugenio Raúl et alli. Direito Penal Brasileiro: Teoria Geral do Direito Penal. v. 1. Rio de Janeiro: Revan, 2003.
- BECCARIA, Cesare Bonesana, Marchesi di. Dos delitos e das penas. Trad. Deocleciano Torrieri Guimarães. São Paulo: Rideel, 2003.
- BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal: Parte Geral. v. 1. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.
- BRUNO, Aníbal. Direito Penal: Parte Geral. Tomo I. 2.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- CARNEIRO, Maria Luiza Tucci. A Seita da Supremacia Branca. In: PINSKY, Jaime e PINSKY, Carla Bassanezi (Orgs.). *Faces do Fanatismo*. São Paulo: Contexto, 2004.
- CIRINO DOS SANTOS, Juarez. A Criminologia Radical. Rio de Janeiro: Forense, 1981.
- _____. Direito Penal: Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Curitiba: Lumen Juris/ICPC, 2007.
- COSTA, Álvaro Mayrink da. Direito penal: Parte Geral. vol. 1, tomo I. 4. ed. atual. e ampl. Rio de Janeiro: Forense, 1992.
- FONSECA, Ricardo Marcelo. A formação da Cultura Jurídica Nacional e os Cursos Jurídicos no Brasil: uma análise preliminar (1854-1879). In: *Cuadernos del Instituto Antonio de Nebrija de Estudios sobre la universidad*. v. 8. n.1., 2005, pp. 97-116.
- _____. Os juristas e a cultura jurídica na segunda metade do século XIX. In: *Quaderni Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*. Milão: Giuffrè Editore, 2006. n. 35.
- FOUCAULT, Michel. Vigiar e Punir: nascimento da prisão. 26. ed. Trad. Raquel Ramalhete. Petrópolis: Vozes, 2002
- FRAGOSO, Heleno. Lições de Direito Penal: Parte Geral. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FREYRE, Gilberto. Sobrados e Mucambos: decadência do patriarcado rural e desenvolvimento do urbano. 14. ed. rev. São Paulo: Global, 2003.
- GARCIA, Basileu. Instituições de Direito Penal. 5. ed. rev. e atual. vol. I. tomo I. São Paulo: Max Limonad, 1980.

HESPAÑA, António Manuel. Cultura Jurídica Européia: síntese de um milénio. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2005.

KOZIMA, José Wanderley. Instituições, retórica e o bacharelismo no Brasil. In: *Fundamentos de História do Direito*. WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

LACOMBE, Américo Jacobina. Cultura Jurídica. In: HOLANDA, Sérgio Buarque de. (Org.). *História Geral da Civilização Brasileira*. Tomo II. O Brasil Monárquico: reações e transações. 8. ed. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2004

LOPES, José Reinaldo de Lima. O Direito na História: Lições Introdutórias. 2. ed. rev. São Paulo: Max Limonad, 2002.

MARAT, Jean-Paul. Plan de legislación criminal. Trad. A.E.L. Buenos Aires: Hammurabi, 2000

MARX, Karl e ENGELS, Friederich. O Capital: Primeiro livro, v. 2. Trad. R. Sant'Anna. Rio de Janeiro: Civ. Bras., 1980.

NEDER, Gizlene. Iluminismo Jurídico-Penal Luso-Brasileiro: Obediência e Submissão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2000.

PIERANGELI, José Henrique. Códigos Penais do Brasil: evolução histórica. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

PRADO JÚNIOR, Caio. A Formação do Brasil Contemporâneo. 23. ed. São Paulo: Brasiliense, 1994.

_____. Evolução Política do Brasil: Colônia e Império. 16. ed. São Paulo: Brasiliense, 1988.

RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto. Punição e Estrutura Social. Trad. Gizlene Neder. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

SCWARCZ, Lília Moritz. O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil (1870-1930). São Paulo: Companhia das Letras, 1993, pp. 141-188.

SERRA, Marco Alexandre de Souza. Sistema Penal e Relações raciais: uma lei e dois códigos. Monografia apresentada à Universidade Estadual de Maringá como requisito para obtenção do grau de especialista. Maringá: UEM, 2004.

SILVA, Kátia Elenise Oliveira da. O papel do Direito Penal no enfrentamento da discriminação. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SODRÉ, Nelson Werneck. Formação Histórica do Brasil. In: *A questão agrária brasileira: o debate tradicional – 1500 – 1960*. STÉDILE, João Pedro (org.). São Paulo: Expressão Popular, 2005.

TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. In: *Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 1, n. 00, 2004, pp. 127-142.

TINÔCO, Antonio Luiz. Código Criminal do Império do Brasil anotado. Ed. Facsim. Brasília: Senado Federal, 2003.

VENÂNCIO FILHO, Alberto. Das Arcadas ao bacharelismo. São Paulo: Perspectiva, s. d.

WEHLING, Arno. O escravo ante a lei civil e a lei penal no Império (1822-1871). In: *Fundamentos da História do Direito*. WOLKMER, Antônio Carlos (Org.). 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de Direito Penal Brasileiro: Parte Geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.



Sexting, pedopornografia e diritto penale

Ivan Salvadori¹⁵²

Sommario: 1. Introduzione. - 2. Definizione di *sexting*. - 3. Dimensione del fenomeno. - 4. Gli effetti negativi del *sexting*. - 5. Sulla riconducibilità del *sexting* alla pedopornografia. - 6. Il *sexting* come manifestazione del diritto alla libertà di espressione del minore. - 7. Il *sexting* tra diritto alla vita privata e divieti di discriminazione. - 8. Il *sexting* nei sistemi di *common law*. - 8.1. La rilevanza penale del *sexting* nella legislazione statale americana. - 8.2. Cause di non punibilità (*defences*). - 8.3. *Doli incapax* ed imputabilità del minore. - 9. Il *sexting* nell'ordinamento italiano. - 9.1. Rapporti sessuali tra e con minorenni: rilevanza del consenso. - 9.2. Illiceità penale delle condotte aventi ad oggetto la pornografia minorile ed efficacia del consenso. - 9.3. Produzione di materiale pedopornografico e bene giuridico tutelato. - 9.4. Il disvalore sociale delle condotte di distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione, offerta e cessione di pedopornografia. - 9.5. La detenzione di pornografia minorile. - 9.6. La nozione legale di pornografia minorile. - 10. I recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di *sexting*. - 11. Considerazioni critiche finali.

1. Introduzione

Le nuove tecnologie dell'informazione e della comunicazione (di seguito: TIC) costituiscono parte integrante della vita sociale dei ragazzi (o cd. nativi digitali) e sono un importante strumento di estrinsecazione della loro

152 Doctor Europeo en Derecho. Dr. Ivan Salvadori, Ricercatore di Diritto penale Università di Verona. Profesor invitado a la maestría en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito de la Escuela de Posgrados UNAULA. ivan.salvadori@univr.it

personalità. Gli *smartphone* vengono utilizzati per stringere nuove amicizie, per scambiare messaggi ed opinioni, per inviare immagini ed autoscatti (cd. *selfie*). Le TIC condizionano e mutano non solo le relazioni interpersonali, ma anche i rapporti sentimentali, nonché talune pratiche di natura sessuale, permettendo ai minori di esplorare la loro naturale curiosità senza l'imbarazzo di doverlo fare mediante il contatto diretto con coetanei o adulti. Il fenomeno, di indubbio rilievo sociale, che attiene ai nuovi rapporti tra comunicazioni elettroniche (mediante *Social Forum*, *chat*, *sms*, *email*, ecc.) e contenuti sessuali viene oggi identificato con il termine inglese *sexting*.

La facilità con la quale è possibile creare, diffondere e scambiare *selfie* e video pornografici trasforma tali comportamenti in nuove forme di estrinsecazione della sessualità, di interazione e comunicazione, alle quali gli adolescenti prendono parte per curiosità, per moda, per divertimento o per gioco. Significativo è il fatto che la maggior parte dei minori non attribuisca al *sexting* alcuna connotazione negativa e consideri lo scambio di materiali autoprodotti a sfondo sessuale come una attività naturale ed inoffensiva, ben distinta dal mondo della pornografia degli adulti¹⁵³.

Non è chiaro fino a che punto il materiale pornografico possa dirsi effettivamente prodotto, distribuito o ceduto dai minori in modo consapevole e libero. Il *sexting* non risponde soltanto alle normali pulsioni sessuali che connotano lo sviluppo adolescenziale, ma è una inevitabile conseguenza dei modelli comportamentali e degli stili di vita di una società in cui la sessualità e l'esibizionismo, non solo da parte degli adulti, pervade i messaggi pubblicitari, gran parte dell'offerta televisiva e di molti mezzi di informazione¹⁵⁴.

Sebbene non vi sia unanime accordo sul significato da attribuire al *sexting*, il termine viene impiegato di regola per definire le condotte di autoproduzione, di possesso, di distribuzione o di cessione di immagini di minori nudi o seminudi in atteggiamenti sessualmente espliciti attraverso dispositi-

153 Cfr. Bond E., *Sexting*, in *Oxford Encyclopedia of Criminology*, 2016, p. 1 ss., p. 1.

154 Evidenza come il materiale pornografico autoprodotta da minori sia soltanto apparentemente il frutto di un comportamento realmente consenziente e culturalmente libero, dal momento che origina in un contesto di forti pressioni culturali e sociali, VERZA A., «*Sexting*» e *pedopornografia: i paradossi*, in *Ragion pratica*, n. 41, 2013, p. 569 ss., p. 574.

vi mobili (*smartphone*, *tablet*, ecc.) o servizi disponibili in rete (*Viber*, *WhatsApp*, *Facebook*, *Instagram*, *Snapchat*, ecc.)¹⁵⁵.

Il fenomeno del *sexting* ha richiamato da tempo l'attenzione dei *mass-media*, che ne hanno dato ampio risalto, contribuendo a diffondere nell'opinione pubblica una sensazione di cd. panico morale¹⁵⁶. I mezzi di comunicazione si sono soffermati in particolare sulle vicende di minori che, per aver prodotto o scambiato *selfie* o video a sfondo sessuale, sono stati accusati, ed in alcuni casi condannati, per reati di pedopornografia o per aver commesso, servendosi di tali contenuti, gravi episodi di *cyberbullismo*, spesso conclusisi tragicamente con il suicidio delle giovani vittime.

La notevole rilevanza mediatica data a questi preoccupanti fatti di cronaca ha contribuito a sensibilizzare le istituzioni pubbliche, i genitori, il personale che opera a stretto contatto con i minori (insegnanti, educatori, psicologi, ecc.), nonché le autorità di *law enforcement* sulla pericolosità del *sexting*¹⁵⁷. Più limitata, di contro, è stata l'attenzione che le scienze criminologiche e penalistiche hanno rivolto, almeno in un primo momento, a questo complesso fenomeno sociale.

Soltanto negli ultimi anni si è iniziato ad analizzare il substrato empirico-criminologico del *sexting*. Le indagini svolte finora sono però poco affidabili, basandosi su limitati dati statistici o sulle cronache dei quotidiani. Di conseguenza, i risultati a cui giungono sono spesso contraddittori.

Nella letteratura penalistica, ad eccezione di quella di lingua inglese, il *sexting* non è stato ancora oggetto di uno studio approfondito. È a seguito delle recenti e controverse prese di posizione della giurisprudenza sulla sua

155 Sottolinea l'assenza di una definizione condivisa del termine *sexting* MORAN-ELLIS J., *Sexting, Intimacy and Criminal Acts: Translating Teenage Sexualities*, in JOHNSON P., DALTON D. (eds.), *Policing Sex*, Abingdon, 2012, p. 115 ss.

156 Con riguardo alla realtà australiana v. CROFTS T., LEE M., 'Sexting', *Children and Child Pornography*, in *Sydney L. Rev.*, vol. 35, no. 85, 2013, p. 85 ss., p. 85 s.; più di recente v. l'approfondito studio criminologico di LEE M., CROFTS T., MCGOVERN A., MILIVOJEVIC S., *Sexting and Young People*, novembre 2015, p. 1 ss., disponibile al sito http://www.criminology_researchcouncil.gov.au/reports/1516/53-1112-FinalReport.pdf (ultima visita: 13 luglio 2017).

157 In tal senso v., ad es., WOLAK J., FINKELHOR D., *Sexting: A Typology. Crimes against Children Research Center*, 6 maggio 2012, consultabile al sito http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV231_Sexting%20Typology%20Bulletin_4-6-11_revised.pdf (ultima visita: 13 luglio 2017).

riconducibilità alla normativa di contrasto alla pedopornografia che la nostra dottrina ha cominciato ad occuparsi dei complessi problemi dogmatici e politico-criminali che esso solleva¹⁵⁸.

Nel dibattito penalistico si contrappongono sostanzialmente due posizioni. Da un lato si sostiene, seppur da prospettive non sempre coincidenti, che le pratiche riconducibili al *sexting* dovrebbero considerarsi lecite, trattandosi di una naturale e legittima manifestazione della libertà sessuale dei minori ovvero di comportamenti ad essi non imputabili penalmente in ragione della loro immaturità psicologica. Dall'altro si ritiene che il *sexting* rappresenti una seria minaccia per il normale sviluppo psico-sessuale degli adolescenti e contrasti con la normativa penale in materia di pedopornografia.

Due sono i principali obiettivi del presente lavoro. Da un punto di vista politico-criminale si dovrà stabilire se le condotte riconducibili al *sexting* possano essere considerate, almeno in determinate circostanze, una legittima estrinsecazione della libertà di autodeterminazione dei minori nella loro sfera di vita sessuale o se, al contrario, debbano essere equiparate *tout court* alla pedopornografia. Su un piano più strettamente normativo si tratterà di verificare se nella vigente legislazione penale di contrasto alla pornografia minorile debbano essere indistintamente ricondotte tutte le manifestazioni del *sexting* o se sia possibile distinguere, sulla base anche della *ratio legis*, i casi meritevoli di rimprovero penale da quelli atipici o comunque privi di disvalore sociale.

Per dare risposta a queste controverse questioni occorrerà definire in via preliminare il concetto di *sexting* ed individuarne le molteplici manifestazioni (par. 2), la sua reale incidenza ed il significato che ad esso viene attribuito dai minori (par. 3), nonché gli effetti negativi che può avere per il loro

158 La prima a trattare tale tematica, seppur nell'ambito di una più ampia analisi sull'imputabilità dei minori autori di reati, è stata, nella nostra penalistica, BERTOLINO M., *Fattispecie di reato e delinquenza minorile: questioni attuali di imputabilità*, in VINCIGUERRA S., DASSANO F. (a cura di), *Scritti in memoria di Giuliano Marini*, Napoli, 2010, p. 51 ss., p. 64 ss., in specie p. 66 ss.; più di recente, a commento di alcuni interessanti casi giurisprudenziali, VERZA A., *Sulla struttura speculare ed opposta di due modelli di abuso pedopornografico*, in *Dir. pen. cont.*, 22 aprile 2015, disponibile al sito <http://www.penalecontemporaneo.it/d/3863-sulla-struttura-speculare-e-opposta-di-due-modelli-di-abuso-pedopornografico>; nonché BIANCHI M., *Il "sexting minorile" non è più reato?*, *Riflessioni a margine di Cass. pen., sez. III, 21 marzo 2016, n. 11675*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, n. 1/2016 2016, p. 138 ss.

sviluppo psico-sessuale (par. 4). Si dovrà quindi stabilire se il materiale a sfondo sessuale prodotto dai minori stessi possa essere sussunto nel concetto giuridico-penale di pedopornografia (par. 5). Di seguito sarà necessario verificare se il *sexting* costituisca una legittima manifestazione della libertà di espressione del minore (par. 6) ovvero una estrinsecazione del suo diritto alla vita privata (par. 7). Per cogliere i complessi nodi interpretativi relativi alla qualificazione normativa del *sexting*, utile sarà il richiamo all'esperienza giuridica dei Paesi di *common law* (par. 8). Dati i limiti della presente indagine, lo sguardo verrà rivolto alle norme incriminatrici adottate di recente in questo ambito negli Stati Uniti a livello statale (par. 8.1), alle cause di non punibilità previste nei sistemi giuridici anglosassoni in materia di pedopornografia per verificarne l'applicabilità alle diverse forme di *sexting* (par. 8.2), nonché alla questione dell'imputabilità dei minori, ed in particolare alla loro capacità di comprenderne il disvalore sociale (par. 8.3). Si analizzerà quindi la rilevanza penale di tale fenomeno nel nostro ordinamento (par. 9). Dopo aver considerato l'efficacia del consenso rispetto ai rapporti sessuali tra e con i minori (par. 9.1), si stabilirà se i comportamenti riconducibili al *sexting* possano essere sussunti nei reati di pedopornografia (par. 9.2). A tal fine sarà necessario individuare la *ratio* dell'incriminazione delle condotte aventi ad oggetto suddetto materiale (par. 9.3, 9.4 e 9.5) e soffermarsi sulla definizione legale di pornografia minorile (par. 9.6). I risultati che emergeranno dall'analisi normativa saranno confrontati con le interessanti pronunce giurisprudenziali che di recente si sono occupate della rilevanza penale del *sexting* (par. 10). In conclusione si individueranno alcune linee guida per un corretto inquadramento giuridico-penale del *sexting* (par. 11).

2. Definizione di *sexting*

Il termine *sexting* è un neologismo che deriva dalla crasi delle parole inglesi *sex* e *testing*¹⁵⁹. Ad oggi non esiste una definizione condivisa e sufficientemente precisa di tale concetto in ambito giuridico e nelle scienze sociali.

159 Esso fu impiegato per la prima volta nel luglio del 2005 in un articolo pubblicato sul quotidiano *The Daily Telegraph*. Il termine deriverebbe dalla locuzione inglese *sexy tests* per CROFTS T., LEE M., MCGOVERN A., MILIVOJEVIC S., *Sexting and Young People*, London, 2015, p. 5.

Tale espressione fu coniata in campo giornalistico per identificare i messaggi di testo (*sms*) a sfondo sessuale scambiati tra adulti. Successivamente venne impiegata per riferirsi in specie alla produzione, alla cessione ed alla condivisione di autoscatti (*selfie*) di contenuto erotico da parte di minori¹⁶⁰.

Nella letteratura specialistica il termine *sexting* ha una accezione ampia e ricomprende diverse tipologie di comportamenti di natura sessuale, realizzati in molteplici contesti e con motivazioni distinte¹⁶¹. Da un lato esso viene utilizzato per riferirsi alle condotte, solitamente poste in essere nell'ambito di un rapporto interpersonale di natura privata, di produzione, di possesso ovvero di cessione di una immagine o di un video pornografici autoprodotti spontaneamente da un minore e da lui inviati al *partner*, ad un coetaneo o ad un amico (*sexting* cd. primario)¹⁶². Dall'altro è impiegato per indicare la cessione o la diffusione non consentita a terzi di contenuti pedopornografici da parte di chi li ha ricevuti da un minore (*sexting* cd. secondario)¹⁶³. Questa seconda tipologia di *sexting* si realizza spesso al termine di una relazione sentimentale tra coetanei o comunque al di fuori di un rapporto privato e viene posta in essere per umiliare il minore (ex fidanzato, compagno di scuola, ecc.), per arrecargli un danno o per vendetta. Nel caso in cui la vittima sia l'ex *partner* si parla anche di *revenge porn* (letteralmente: "vendetta porno")¹⁶⁴.

160 JAISHANKAR K., *Sexting: A new Form of Victimless Crime?*, in *Intern. J. Cyber Criminology*, vol. 3, no. 1, 2009, p. 21 ss.

161 È questa la definizione di *sexting* elaborata da McLAUGHLIN J.H., *Crime and Punishment: Teen Sexting in Context*, in *Florida Coastal School of Law*, 2010, p. 1 ss., disponibile al sito http://works.bepress.com/julia_mclaughlin/1/ (ultima consultazione: 13 luglio 2017); in senso conf. CROFTS T., LEE M., MCGOVERN A., MILIVOJEVIC S., *Sexting*, cit., p. 4.

162 Cfr. SCHMITZ S., SIRY L., *Teenage Folly or Child Abuse? State Responses to «Sexting» by Minors in the U.S. and in Germany*, in *Policy & Internet*, vol. 3, no. 2, 2011, p. 1 ss.

163 *Ibidem*.

164 Il *revenge porn* è oggi punito in venti Stati americani. Per un sintetico quadro della legislazione statale statunitense v. di recente OSTERDAY M., *Protecting Minors From Themselves: Expanding Revenge Porn to Protect the Most Vulnerable*, in *Indiana L. Rev.*, vol. 49, Issue 2, 2016, p. 555 ss. Negli ultimi anni molti legislatori nazionali hanno adottato una norma *ad hoc* per punire la diffusione non autorizzata di materiale a sfondo sessuale. Paradigmatica in tal senso è la fattispecie introdotta nell'ordinamento inglese con il *Criminal Justice and Court Act (CJCA)* del 2015. Essa punisce chi mette a disposizione di terzi una fotografia o un video a sfondo sessuale privato, senza il consenso della persona che è ripresa nella rappresentazione e con l'intenzione di arrecarle un danno (ses. 33 *CJCA*). Una disposizione simile è stata introdotta di

Nella presente indagine il termine *sexting* verrà utilizzato per riferirsi alle immagini ed ai video prodotti, diffusi, ceduti o posseduti da (e tra) minori ed aventi, agli effetti della vigente legge penale, contenuto pedopornografico¹⁶⁵.

3. Dimensione del fenomeno

Negli ultimi anni sono stati realizzati numerosi studi empirici per determinare l'incidenza del *sexting* tra i minori. Tali ricerche utilizzano metodologie diverse e di frequente prendono in considerazione anche i cd. giovani adulti ultradiciottenni. Questo spiega perchè esse siano spesso contrastanti¹⁶⁶.

Da una prima indagine realizzata negli Stati Uniti nel 2008 su un campione di 653 ragazzi di età compresa tra i tredici ed i diciannove anni e 627 giovani adulti tra i venti ed i ventisei anni è emerso che il 20% dei primi aveva inviato o comunque caricato sul *web* messaggi di contenuto sessuale; più alta la percentuale tra i secondi (33%)¹⁶⁷. Si trattava, tuttavia, di uno studio incompleto e poco affidabile per tre motivi. Innanzitutto esso teneva conto anche dei messaggi aventi ad oggetto immagini di corpi seminudi non

recente anche nell'ordinamento spagnolo. Con la legge di riforma del codice penale del 2015 il legislatore iberico ha punito, con la reclusione da tre mesi ad un anno o multa da sei a dodici mesi, chi senza autorizzazione della persona offesa, diffonde, rivela o cede a terzi immagini o registrazioni audiovisuali della stessa, che ha ottenuto con il suo consenso nel suo domicilio o in qualsiasi altro luogo al di fuori dello sguardo di terzi, qualora la divulgazione ne leda gravemente la riservatezza (art. 197.7 CP).

165 Sulla definizione legale di pornografia minorile prevista dall'art. 600-ter cpv. c.p. v. *infra*, par. 9.6. Evidenziano come la definizione di *sexting* in termini di «*youth produced sexual images*» si focalizzi sulla forma più problematica di tale fenomeno WOLAK J., FINKELHOR D., *Sexting: A Typology. Crimes against Children Research Center*, 6 maggio 2012, p. 2, consultabile al sito http://www.unh.edu/ccrc/pdf/CV231_Sexting%20Typology%20Bulletin_4-6-11_revised.pdf (ultima visita: 13 luglio 2017).

166 In questi termini si esprimono MITCHELL J., FINKELHOR D., JONES L., WOLAK J., *Prevalence and Characteristics of Youth Sexting: A National Study*, in *Pediatrics*, vol. 129, Issue 1, 2012, p. 13 ss.; LEE M., CFROFTS T., MCGOVERN A., MILIVOJEVIC S., *Sexting Among Young People: Perceptions and Practices*, in *Australian Institute of Criminology*, no. 508, 2015, p. 2, disponibile al sito <http://www.aic.gov.au/publications/current%20series/tandi/501-520/tandi508.html> (ultima visita: 13 luglio 2017); CLOUGH J., *Principles of Cybercrime*, 2nd ed., Cambridge, 2015, p. 301.

167 Si tratta dello studio “*Sex and Tech*”, realizzato da *The National Campaign to Prevent Teen and Unplanned Pregnancy and CosmoGirl*, 2008, consultabile al sito <https://thenationalcampaign.org/resource/sex-and-tech> (ultima visita: 13 luglio 2017).

necessariamente pedopornografici. In secondo luogo non differenziava il materiale a sfondo sessuale autoprodotta dai minori. Ma i risultati finali della ricerca erano inficiati soprattutto dal fatto che nell'indagine venivano inclusi soggetti maggiori di età.

Uno studio americano, condotto tra agosto 2010 e gennaio 2011 su un campione significativo di 1560 minori di età compresa tra i dieci ed i diciassette anni, ridimensiona in modo rilevante la percezione comune dell'incidenza del *sexting* tra i giovani. Soltanto il 9,6% degli intervistati ha dichiarato di essersi fotografato o di aver creato o ricevuto immagini a sfondo sessuale¹⁶⁸. Il 54% di coloro che hanno prodotto materiale pornografico ha ammesso di aver realizzato *selfie* dei propri organi genitali¹⁶⁹.

A diverse conclusioni è giunto un approfondito studio svolto da un autorevole istituto criminologico australiano mediante l'impiego di questionari *online*, indirizzati ad oltre duemila adolescenti di età compresa tra i tredici ed i diciotto anni¹⁷⁰. Il 49% di coloro che hanno volontariamente preso parte all'indagine ha riconosciuto di aver inviato almeno un volta a coetanei immagini o video di contenuto sessuale.

La ricerca australiana dimostra come la distribuzione o la diffusione di materiale pornografico avvengano prevalentemente da parte dei ragazzi (41%) e in misura molto inferiore da parte delle ragazze (29%). Essa conferma inoltre che il *sexting* primario costituisce una pratica più frequente tra gli adolescenti che sono uniti da una relazione sentimentale¹⁷¹. A motivare l'invio di *selfie* di contenuto sessuale sarebbe soprattutto il desiderio di apparire provocanti, di fare colpo sul destinatario o una sorpresa ad un coetaneo, di scambiare immagini erotiche con il *partner* ovvero semplicemente la curiosità o il proposito di divertirsi e di prendere parte ad un fenomeno in voga tra i giovani.

Il *sexting* è molto diffuso anche nel nostro Paese. Un'indagine realizzata dal Telefono Azzurro e dall'Eurispes nel 2013 mostra come il 6,7% dei giova-

168 MITCHELL J., FINKELHOR D., JONES L., WOLAK J., *Prevalence and Characteristics of Youth Sexting*, cit., p. 4. Degli adolescenti coinvolti nel *sexting* il 2,5% produssero immagini di contenuto sessuale; il 7,1% ricevette tali contenuti senza essere direttamente coinvolto nella loro realizzazione.

169 *Ibidem*.

170 LEE M., CFROFTS T., MCGOVERN A., MILIVOJEVIC S., *Sexting Among Young People*, cit.

171 *Ibidem*.

ni italiani avrebbe inviato immagini o video di natura sessuale con il proprio cellulare; il 10,2% avrebbe ricevuto almeno una volta analogo materiale¹⁷². Nella maggior parte dei casi i *selfie* vengono ricevuti da amici (38,6%), dal *partner* (27,1%) o da conoscenti (9,9%). Alta è però la percentuale dei casi in cui tale materiale viene inviato ai minori da estranei (22,7%). Emerge poi come il 41,9% dei minori non percepisca il disvalore del *sexting*; eppure solo il 16,1% si fida della persona alla quale invia *selfie* pornografici e crede che quest'ultima non li diffonderà o cederà a terzi.

4. Gli effetti negativi del *sexting*

Per la loro giovane età coloro che prendono parte attiva al *sexting* (cd. *sex-ters*) non sono sempre consapevoli dei rischi che possono derivare dai loro comportamenti, in specie quando le immagini pornografiche che hanno prodotto vengano inviate ad estranei o fuoriescano dalla loro sfera di controllo. I minori coinvolti nel *sexting* possono facilmente passare da una situazione di piacere e di divertimento ad una spirale di insidie, traumi e pericoli incontrollati¹⁷³. Notevoli sono gli effetti pregiudizievoli che il *sexting* può avere sui beni giuridici dell'integrità psichica, della *privacy*, della dignità e della reputazione delle vittime, anche a distanza di molti anni¹⁷⁴.

La principale pericolosità del *sexting* deriva dalla facilità con la quale le immagini di natura sessuale possono essere diffuse, senza il consenso del minore in esse rappresentato, ad un numero indeterminato di persone. Una volta che il materiale pedopornografico fuoriesce dalla sfera di signoria di chi lo ha prodotto o lo detiene, per il volontario invio a terzi ovvero per la perdita o il furto dei dispositivi mobili o dei supporti sui quali è salvato, è praticamente impossibile impedirne la propagazione. A seconda del contenuto delle

172 Telefono Azzurro e Eurispes, *Indagine conoscitiva sulla condizione dell'infanzia e dell'adolescenza in Italia 2012*, i cui risultati sono consultabili al sito <http://www.azzurro.it/sites/default/files/Materiali/InfoConsigli/Ricerche%20e%20indagini/SintesiIndagineConoscitivaInfanziaAdolescenza2012.pdf>.

173 KARAIAAN L., *Lolita Speaks: 'Sexting', Teenage Girls and the Law*, in *Crime, Media, Culture*, vol. 8, no. 1, 2012, p. 57 ss., p. 66.

174 MARTINEZ-PRATHER K., VANDIVER D.M., *Sexting among Teenagers in the United States: A Retrospective Analysis of Identifying Motivating Factors, Potential Targets, and the Role of a Capable Guardian*, in *Inter. J. Cyber Criminology*, vol. 8, Issue 1, 2014, p. 21 ss., p. 22.

immagini possono derivare gravi offese alla dignità ed alla riservatezza del minore in esse ripreso¹⁷⁵. Tali materiali possono giungere in mano a soggetti malintenzionati (pedofili, predatori sessuali, *groomer*, ecc.) con il rischio che li utilizzino per adescare giovani vittime per scopi sessuali (*child-grooming*), per ricattarle (*sextorsion*) ovvero per sottoporle a forme di bullismo. La diffusione e la propagazione, spesso virale, delle immagini possono cagionare traumi psicologici così forti da incidere sul normale sviluppo psichico della vittima, sulle sue relazioni personali, persino portandola, in casi estremi, al suicidio. Vi è poi il rischio, tutt'altro che secondario, di poter essere chiamati a rispondere in sede penale per la produzione, il possesso, la diffusione o la cessione di materiale pedopornografico. Il minore può dunque essere al contempo vittima ed autore di un reato di pedopornografia.

Le vittime del *sexting* non segnalano tali episodi ai genitori o non li denunciano alle forze dell'ordine per vergogna, per un sentimento di auto-colpevolezza o per timore di rappresaglie o vendette da parte dei coetanei che hanno diffuso o ceduto il materiale a terzi senza il loro consenso. Qualora poi la persona offesa sia consapevole del carattere pedopornografico del materiale autoprodotta potrebbe rinunciare a denunciare il fatto per evitare le spiacevoli conseguenze sul piano penale che potrebbero derivare per sé stessa e per coloro (*partner*, amici, ecc.) che sono coinvolti negli episodi di *sexting*.

5. Sulla riconducibilità del *sexting* alla pedopornografia

Un settore della dottrina ritiene che il *sexting* non possa essere equiparato alla pedopornografia, dal momento che nella libera produzione di materiale di contenuto sessuale da parte dei minori non vi sarebbe alcuna forma di sfruttamento o di abuso sessuale¹⁷⁶. In particolare nel *sexting* consensuale non sarebbe possibile cogliere una mercificazione del minore, a differenza di quanto accade nella produzione di pedopornografia da parte di adulti. A rendere penalmente rilevanti le immagini sessualmente esplicite dei minori non

175 Cfr. LEARY M.G., *Sexting or Self-produced Child Pornography? The Dialog Continues - Structured Prosecutorial Discretion within a Multidisciplinary Response*, in Virginia J. Social Policy & The L., vol. 17, no. 3, 2010, p. 486 ss., p. 525 s.

176 LEVICK M., MOON K., *Prosecuting Sexting*, cit., pp. 1042-1044. Più in generale, sul concetto di sfruttamento sessuale, v. i rilievi di OST S., *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*, New York, 2009, p. 144 ss; nella nostra dottrina, seppur con motivazioni in parte diverse, BIANCHI M., *Il "sexting minorile"*, cit., p. 152 s.

sarebbe il loro contenuto intrinsecamente pornografico, ma le modalità con le quali esse vengono prodotte, ed in specie il ruolo che il minore, ridotto a mero strumento di appagamento sessuale, assume nella loro realizzazione¹⁷⁷. Anche laddove non vi fosse la diretta rappresentazione di un abuso sessuale da parte di un adulto, il materiale sarebbe comunque illecito se prodotto mediante coazione, costrizione o inganno della giovane vittima.

Di regola, nel materiale pedopornografico vengono rappresentati abusi sessuali compiuti su minori da parte di adulti¹⁷⁸. A livello internazionale e nazionale è prevalsa, però, la scelta di definire in senso più ampio il concetto di *child pornography*, prescindendo dal fatto che la produzione avvenga a seguito dello sfruttamento o dell'abuso sessuale di un minore.

In base ai protocolli opzionali alla Convenzione dei diritti del fanciullo, adottati dalle Nazioni Unite a New York nel 2000, e concernenti la vendita e la prostituzione dei bambini, la pornografia rappresentante bambini ed il loro coinvolgimento nei conflitti armati, il concetto di pornografia minorile abbraccia qualsiasi rappresentazione di un minore dedito ad attività sessuali esplicite, concrete o simulate ovvero dei suoi organi sessuali a fini sessuali (art. 2, lett. c).

L'art. 2, lett. c), della Direttiva 2011/93/UE definisce la pornografia minorile come «*qualsiasi materiale che ritrae visivamente un minore in atteggiamenti sessuali espliciti, reali o simulati*» ovvero «*la rappresentazione degli organi sessuali di un minore per scopi prevalentemente sessuali*»¹⁷⁹. Anche le immagini dei genitali di un minorene costituiscono dunque materiale pornografico minorile, purché siano prodotte al fine di stimolare in chi ne “fruisce” un desiderio sessuale¹⁸⁰.

177 In questi termini v., ad es., TAYLOR M., QUAYLE E., *Child Pornography: An Internet Crime*, Hove, 2003, p. 4 ss.; OST S., *Child Pornography*, cit., p. 141.

178 Cfr. “Considerando” n. 3 della Direttiva 2011/93/UE del 13 dicembre 2011, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pornografia minorile, che sostituisce la decisione quadro 2004/68/GAI del Consiglio.

179 In base all'art. 2, par. 2, della Convenzione di Lanzarote per pornografia minorile si deve intendere: «*any material that visually depicts a child engaged in real or simulated sexually explicit conduct or any depiction of a child's sexual organs for primarily sexual purposes*».

180 Nel “considerando” n. 9 della Direttiva 2011/93/UE si ritiene che abbiano carattere pedopornografico anche le immagini degli organi sessuali di un minore qualora siano prodotte ovvero «utilizzate» per scopi prevalentemente sessuali.

Negli ultimi anni la maggior parte dei legislatori europei, in linea con le citate fonti sovranazionali, ha definito in modo ampio il concetto di pornografia minorile. Paradigmatiche in tal senso sono le scelte operate nel 2012 dal nostro legislatore, che, in attuazione della Convenzione di Lanzarote, ha introdotto all'art. 600-ter, cpv., c.p. una definizione *ad hoc* di pedopornografia (v. *infra*, par. 9.6), nonché nel 2015 da quello spagnolo con la legge di riforma del codice penale¹⁸¹. Anche il legislatore inglese, pur non avendo definito la controversa nozione di pornografia minorile, ha ritenuto opportuno prescindere dall'effettivo sfruttamento sessuale dei minori¹⁸².

In forza di tali formulazioni anche gli infradiciottenni che si ritraggono in atteggiamenti sessualmente espliciti o che inviano o cedono a terzi materiale di contenuto lascivo sarebbero potenzialmente soggetti al severo trattamento sanzionatorio previsto per i delitti di pedopornografia.

Nel condivisibile e meritevole sforzo di proteggere il sano sviluppo psico-fisico e sessuale dei minori da ogni forma di abuso e di sfruttamento sessuale i legislatori nazionali sembrano però aver concepito il minore come una persona priva di libertà di autodeterminazione in ambito sessuale e senza alcun desiderio di avere comprensibili esperienze in questo campo. La mancata distinzione, in molti ordinamenti nazionali, tra la naturale sperimentazione ed esplorazione della sessualità da parte dei minori, che può sostanzarsi anche attraverso l'autoproduzione di immagini e video di contenuto

181 Cfr. il nuovo art. 189, par. 1, let. b), secondo alinea, CP: «a los efectos de este título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección: a) todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; b) toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales; c) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes; d) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales».

182 La sec. 1 del *Protection of Children Act* del 1978 punisce la produzione di materiale "indecente" avente ad oggetto minori.

pornografico per una fruizione privata, e le ben più gravi ed illecite condotte di abuso e di sfruttamento sessuale a loro danno, solleva notevoli perplessità ed evidenzia l'eccessiva rigidità della normativa penale in questo ambito.

Le severe misure adottate per tutelare i minori da ogni forma di aggressione alla loro sfera psico-fisica e sessuale e per punire il loro coinvolgimento in attività sessuali finiscono in effetti per colpire anche comportamenti innocui. Si pensi, ad esempio, ai fidanzatini che in modo consensuale si scambiano *selfie* di contenuto erotico o ai minori che ricevano immagini di una coetanea in atteggiamenti sessualmente espliciti. La possibilità di ricondurre tali episodi alla normativa penale di contrasto alla pedopornografia avrebbe l'effetto di esporre i minori alle conseguenze negative derivanti da un'indagine ed imputazione penale e da una eventuale condanna, cagionando loro danni anche molto seri¹⁸³.

6. Il *sexting* come manifestazione del diritto alla libertà di espressione del minore

Un settore della dottrina ha sostenuto che il *sexting* rappresenterebbe una legittima manifestazione della libertà di espressione dei minori, che in modo naturale e del tutto comprensibile, considerandone l'imaturità psicologica, tendono a scoprire e vivere anche così la loro sessualità¹⁸⁴.

L'art. 13 della Convenzione sui diritti dell'infanzia, adottata dalle Nazioni Unite a New York nel 1989, e che costituisce ad oggi lo strumento internazionale più importante nella protezione dei diritti fondamentali dei minori, riconosce che ogni fanciullo ha diritto alla libertà di espressione. Esso comprende la libertà di ricercare, di ricevere e di divulgare informazioni ed idee di ogni specie con qualsiasi mezzo (orale, scritto, stampato, ecc.) a scelta del fanciullo.

Qualora si ritenesse che il *sexting*, nelle sue manifestazioni consensuali e libere, si sostanzi in una estrinsecazione della libertà di espressione del minore si porrebbe la questione della incompatibilità di tale diritto fondamentale con le scelte politico-criminali, adottate dalla maggior parte dei legisla-

183 Cfr. CROFTS T., LEE M., *'Sexting', Children and Child Pornography*, cit., p. 94.

184 Tale tesi è sostenuta, ad es., da GILLESPIE A.A., *Adolescents, Sexting and Human Rights*, in *Human Rights L. Rev.*, vol. 13, n. 4, 2013, p. 623 ss., p. 631 ss.

tori nazionali, di incriminare ogni forma di produzione, cessione o possesso di materiale pedopornografico, anche se posta in essere da minori di età. Va detto, tuttavia, che la Convenzione di New York prevede che l'esercizio della libertà di espressione possa essere soggetto alle restrizioni necessarie a garantire il rispetto dei diritti o della reputazione altrui ovvero a salvaguardare la salute e la moralità pubblica (art. 13). Occorre aggiungere che l'art. 3, lett. c), del Protocollo opzionale delle Nazioni Unite sulla vendita, prostituzione e pornografia minorile del 2000 richiede agli Stati di punire per lo meno la produzione, la distribuzione, la diffusione o la detenzione per la vendita o la distribuzione di materiale pornografico avente ad oggetto un minore infradiciottenne. Anche le condotte di *sexting* rientrano in tale divieto, non richiedendosi, come si è detto (*retro*, par. 5), che il materiale venga prodotto mediante l'abuso o lo sfruttamento dei minori. Ne consegue l'impossibilità di invocare l'esercizio della libertà di espressione dei minori, sancito a livello internazionale, a sostegno della irrilevanza penale del *sexting*.

La libertà di espressione è riconosciuta come diritto fondamentale dell'uomo anche dall'art. 10 CEDU. Essa ricomprende non solo la manifestazione di idee e di informazioni favorevolmente recepite dall'opinione pubblica, ma anche quelle che possono offendere, disturbare o indignare la collettività. Non si tratta, tuttavia, di un diritto assoluto, potendo essere sottoposto a legittime restrizioni da parte della legge, purché costituiscano misure necessarie e proporzionate in una società democratica e vengano adottate per scopi legittimi (art. 10, par. 2, CEDU)¹⁸⁵.

Nel caso *Karttunen v. Finlandia* la Corte EDU ha stabilito che l'incriminazione della distribuzione e del mero possesso di pornografia infantile non rappresenta una illegittima limitazione della libertà di espressione. Tale scelta punitiva si giustifica per la necessità di proteggere i minori da forme di abuso sessuale e di tutelare la loro *privacy* e reputazione, nonché più in generale, la morale pubblica¹⁸⁶. La Corte ha così ritenuto legittima la condanna di una artista finlandese che nel 2008 aveva allestito in una galleria d'arte di Helsinki una mostra nella quale venivano esposte centinaia di fotografie di minori coinvolti in attività sessuali, che aveva potuto liberamente scaricare da In-

185 In tal senso v., ad es., *Lingens v. Austria*, Appl. n. 9815/82, sent. 8 luglio 1986.

186 *Karttunen v. Finlandia*, Appl. n. 1685/10, sent. 10 maggio 2011.

ternet. Secondo i giudici di Strasburgo, in una società democratica è proporzionata, adeguata e legittima la scelta di punire il possesso e la distribuzione di materiale pedopornografico per tutelare la reputazione e la *privacy* dei minori in esso rappresentati.

La conclusione cui è giunta la Corte EDU può estendersi, almeno in parte, al fenomeno del *sexting*. Nel momento in cui un minore distribuisce, cede o mette a disposizione di altri materiale sessualmente esplicito senza il consenso del coetaneo che lo ha prodotto o che comunque ha preso parte alla sua produzione (*sexting* secondario), arreca un grave danno alla reputazione, alla dignità ed alla *privacy* della giovane vittima. Seguendo il ragionamento dei giudici di Strasburgo, sarebbe dunque legittima l'incriminazione di tali condotte, in quanto compatibile con la limitazione della libertà di espressione, che varrebbe anche per quelle poste in essere da minorenni.

A diversa conclusione si dovrebbe giungere nei casi, molto frequenti, in cui il materiale venga autoprodotta e conservata dal minore sul proprio telefonino o inviata esclusivamente al *partner* (*sexting* primario). In queste ipotesi risulterebbe difficile riscontrare una effettiva violazione della riservatezza o della dignità del minore, dal momento che si tratta di condotte realizzate in modo libero e consensuale ed in un contesto esclusivamente privato ed anzi intimo.

7. Il *sexting* tra diritto alla vita privata e divieti di discriminazione

Si è sostenuto che l'irrilevanza penale del *sexting* consensuale tra minori troverebbe fondamento negli artt. 8 e 14 CEDU, che sanciscono rispettivamente il diritto alla vita privata ed il divieto di ogni forma di discriminazione per motivi sessuali e di età¹⁸⁷.

In più occasioni la Corte EDU ha ritenuto che il diritto fondamentale alla riservatezza si estende anche alla sfera sessuale¹⁸⁸. Non si tratta, tuttavia, di un diritto illimitato, potendo essere sottoposto a legittime restrizioni da parte dello Stato, purché risultino necessarie e proporzionate, come stabilito

187 GILLESPIE A.A., *Adolescents*, cit., p. 634 ss.

188 V., ad es., *Dudgeon v. Regno Unito*, Appl. n. 45, sent. 23 settembre 1981; *Norris v. Irlanda*, Appl. n. 10581/83, sent. 26 ottobre 1988.

dall'art. 8, par. 2, CEDU¹⁸⁹. I giudici di Strasburgo hanno affermato altresì che la citata disposizione protegge l'individuo da ogni arbitraria interferenza da parte dello Stato nella sua vita sessuale. È dunque difficile giustificare una differenziazione delle scelte incriminatrici che si basi sull'età del reo.

Che ad ogni Paese spetti il diritto di stabilire la soglia di età al di sotto della quale un minore debba essere tutelato penalmente è indiscutibile¹⁹⁰. Questo non significa, tuttavia, che si possa giungere, a parità di dati anagrafici, a una disparità di trattamento sulla base dei meri orientamenti sessuali del soggetto agente.

Nel caso *S.L. v. Austria* i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a pronunciarsi sulla legittimità della normativa penale austriaca nella parte in cui prevedeva una soglia di età distinta per esprimere validamente il consenso sessuale da parte di minori eterosessuali ed omosessuali¹⁹¹. Il codice penale austriaco puniva la condotta dell'adulto di età superiore ai diciannove anni che avesse tenuto rapporti sessuali con un minore dello stesso sesso, di età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni. Tale condotta, però, era penalmente irrilevante se commessa nell'ambito di un rapporto eterosessuale. Nel riconoscere la violazione degli artt. 8 e 14 CEDU, la Corte di Strasburgo ha escluso l'esistenza di una ragionevole giustificazione per prevedere che un minore di età compresa tra i quattordici ed i diciotto anni necessiti di una speciale tutela nel caso in cui abbia rapporti sessuali con un adulto dello stesso sesso¹⁹².

Secondo un settore dottrinale una tale discriminazione, priva di ragionevole fondamento, si riscontrerebbe anche nei casi di *sexting*¹⁹³. La violazione del divieto di discriminazione da parte della legislazione penale in questo ambito sarebbe duplice. Un minore che ha raggiunto l'età del consenso ses-

189 Sul punto v. in specie il caso *Stübing v. Germania*, n. 43547/08, sent. 12 aprile 2012, in cui la Corte EDU ha sancito la legittimità della normativa penale tedesca che incrimina l'incesto. I giudici di Strasburgo hanno ritenuto che tra il diritto alla vita privata e la possibilità di mantenere rapporti incestuosi tra fratelli prevalga l'interesse ad evitare le gravi conseguenze che potrebbero derivare per la struttura familiare ed in specie per la società da legami sessuali di questo tipo.

190 *Dudgeon v. Regno Unito*, cit., par. 62.

191 *S.L. v. Austria*, Appl. n. 45330/99, sent. 9 aprile 2003.

192 *S.L. v. Austria*, cit., par. 41.

193 GILLESPIE A.A., *Adolescents*, cit., p. 637.

suale potrebbe liberamente avere rapporti sessuali con un adolescente o un adulto. Ma qualora inviasse a quest'ultimo un *selfie* di natura sessuale sarebbe soggetto alla severa normativa penale di contrasto alla pedopornografia.

Un infradiciottenne non potrebbe autoprodurre, possedere o cedere materiale che abbia ad oggetto, per esempio, scene di autoerotismo. Di contro, tale condotta sarebbe penalmente irrilevante se posta in essere da un adulto. Questa (apparente) contraddizione, che l'acuto osservatore coglie nel diritto penale inglese, sembrerebbe sussistere anche nel nostro ordinamento. Ma su questo delicato nodo interpretativo si avrà modo di tornare meglio in seguito (par. 9.4 e 9.5).

8. Il *sexting* nei sistemi di *common law*

I primi casi di *sexting* sono stati rilevati nei Paesi di lingua inglese tecnologicamente più avanzati. L'ampia diffusione tra i minori degli *smartphone* ha inevitabilmente agevolato il loro impiego anche nell'estrinsecarsi delle relazioni sentimentali ed amorose ed ha condizionato e mutato il modo di vivere la sessualità. Il dibattito sulla possibile rilevanza giuridico-penale del *sexting* è così emerso dapprima negli Stati Uniti, in Australia ed Inghilterra e, soltanto in un secondo momento, si è esteso ai Paesi di *civil-law* (in specie in Germania, Francia e Spagna).

Non è questa la sede per procedere ad una esaustiva analisi dell'esperienza giuridica dei sistemi di *common law*. Per ragioni di economia, si è ritenuto opportuno limitare l'indagine comparata agli Stati Uniti, dando conto di come a livello statale sia prevalsa la tendenza a ricondurre il *sexting* nell'alveo della normativa di contrasto alla pedopornografia. L'analisi comparata fornirà interessanti spunti per far luce sulla controversa qualificazione giuridico-penale del *sexting* nel nostro ordinamento giuridico, dove manca ancora una consolidata elaborazione dottrinale e giurisprudenziale.

8.1. La rilevanza penale del *sexting* nella legislazione statale americana

Nella maggior parte degli Stati americani manca ad oggi una specifica normativa penale di contrasto al *sexting*¹⁹⁴. Ai minori che realizzano, possie-

194 Tra questi v., ad es., California, Colorado; Delaware; District of Columbia; Idaho; Iowa; Kansas; Kentucky; Maine; Maryland; Massachusetts; Michigan; Minnesota; Mississippi; Missouri; Montana; Oklahoma; Oregon; Utah; Virginia; Washington; Wisconsin e Wyoming.

dono, distribuiscono o cedono materiale pedopornografico, anche se autoprodotti, si applicano, al pari degli adulti, le severe sanzioni previste per i delitti in materia di *child pornography*¹⁹⁵.

Il concetto normativo di pornografia minorile abbraccia, di regola, qualsiasi materiale visivo sessualmente esplicito nel quale è coinvolto un minore¹⁹⁶. L'ampiezza di questa definizione è dunque tale da poter ricomprendere anche le immagini prodotte dai fanciulli, sebbene in modo libero e consensuale.

Negli ultimi anni molti Stati, per far fronte ai pericoli che possono derivare per l'integrità psico-sessuale dei minori dal fenomeno del *sexting* ed evitarne al contempo gli eccessi, hanno provveduto a (o sono in procinto di) modificare la normativa penale in materia di *child pornography*.

A quanto consta, ventuno sono gli Stati americani che hanno già adottato una legislazione specifica in materia di *sexting*¹⁹⁷. Di regola, essi si limitano a punire il minore che mediante le TIC trasmette ovvero distribuisce a terzi immagini pedopornografiche¹⁹⁸. La gravità del fatto varia a seconda del numero delle persone alle quali il suddetto materiale viene inviato o della circostanza che quest'ultimo sia reso accessibile al pubblico (ad es. mediante la pubblicazione in rete, su un *social network*, ecc.).

Alcuni Stati puniscono anche il *revenge porn*, vale a dire il fatto di diffondere o mettere a disposizione di terzi (ad es. su pagine *web* create a tale scopo) materiale sessualmente esplicito nel quale appare un minore (o un adulto) al fine di diffamarlo¹⁹⁹.

195 Sul punto v. BARRY J.L., *The Child as Victim and Perpetrator: Laws Punishing Juvenile "Sexting"*, in *Vanderbilt J. Ent. & Techn. L.*, vol. 13, no. 1, 2010-2011, p. 129 ss., p. 134 ss.

196 In tal senso v., ad es., la legislazione dello Stato della Virginia (VA Code Ann. § 18.2-374.1(a)) e della Florida (Fla. Stat. Ann. § 827.071(3)).

197 Arizona, Arkansas, Connecticut, Florida, Georgia, Hawaii, Illinois, Louisiana, Nebraska, Nevada, New Jersey, New York, North Dakota, Pennsylvania, Rhode Islands, South Dakota, Texas, Utah, Vermont, Virginia e West Virginia.

198 V., ad es., Arizona Rev. State, § 8-309A; Alaska Criminal Law § 11.61.11(a); Florida Statute § 847.0141(1)(a); Hawaii Title 37 § 712-1215.6(1)(a); Illinois 705 Ill. Comp. Stat. Ann. § 405/3-40(b); Louisiana Rev. Stat. § 14:81.1.1A(1); Nevada (Nev. Rev. Stat. § 200.737(1) e (2) e Vermont (Vt. Stat. Ann. § 2802b(a)(1)).

199 Paradigmatiche in tal senso le scelte politico-criminali adottate in Alaska, Arkansas, Florida, Utah, Vermont, New Mexico e Texas.

Il mero possesso di materiale pedopornografico viene punito in tutti gli Stati americani, anche quando il fatto venga posto in essere da un minore. Per delimitare l'altrimenti eccessivo ambito di applicazione della incriminazione vengono previste, in alcuni Stati, delle cause di non punibilità²⁰⁰.

In determinati casi spetta al giudice stabilire se sottoporre il minore, che ha prodotto, distribuito o che possiede materiale pedopornografico, ad un programma educativo o ad uno specifico trattamento psicologico²⁰¹. L'affidamento di un minore coinvolto nel *sexting* ad un progetto di rieducazione è subordinato, di regola, al fatto che non abbia già commesso altri reati sessuali, che per la sua immaturità non sia consapevole del disvalore sociale della sua condotta o che l'infrazione della sanzione penale non gli causi un grave danno.

La prima applicazione negli Stati Uniti della normativa penale in materia di pedopornografia ai casi di *sexting* risale al 2007. Nel caso di specie, i giudici dello Stato della Florida condannarono una coppia di adolescenti di sedici e diciassette anni per essersi ripetutamente immortalati con una fotocamera digitale mentre intrattenevano rapporti sessuali e per aver successivamente inviato e salvato le immagini autoprodotte su un *computer*. Ai giovani fidanzati la pubblica accusa contestò di aver prodotto, diretto e promosso la realizzazione di materiale pornografico minorile²⁰².

Avverso la sentenza di condanna la difesa della minore presentò appello, adducendo una palese violazione del suo diritto alla riservatezza: il materiale che aveva prodotto con il fidanzato era destinato ad un uso esclusivamente personale e non venne distribuito a terzi. La Corte d'appello respinse però il ricorso, ritenendo che la normativa in materia di pedopornografia protegge i

200 In Arizona, ad es., il possesso di pornografia minorile non è punito se il minore non lo ha espressamente richiesto, o se si è ragionevolmente attivato per eliminarlo, distruggerlo o per consegnarlo ai genitori, al personale scolastico o alle autorità di polizia (Arizona Rev. State, § 8-309C). Identica è la normativa prevista nello Stato della Florida (§ 847.0141(1)(a)1,2,3). Più in generale, sulle *defences* previste in questo ambito nei sistemi di *common law* v. *infra*, par. 8.2.

201 Tale scelta è stata adottata, ad es., dal legislatore dello Stato del New Jersey (N.J. Stat. Ann. § 2A:4A-71.1).

202 *A.H. v. State of Florida*, 949 So. 2d 234 (Fla. Dist. Ct. App. 2007). La sec. 827.071(3) del codice penale della Florida punisce la produzione di pedopornografia che abbia ad oggetto infradiciottenni.

minori da ogni forma di utilizzazione per scopi sessuali, anche rispetto alle condotte consensuali poste in essere da loro stessi.

Sebbene l'art. 1, sec. 23, della Costituzione dello Stato della Florida riconosca espressamente il diritto alla riservatezza (*right to privacy*), i giudici di appello ritennero che nel caso di specie non sussistesse in capo alla minore alcuna legittima aspettativa di tutela. Le immagini, pur essendo state prodotte per ricordo, furono successivamente condivise dai due fidanzati. La minore ne perse così il controllo, sorgendo il rischio che potessero essere inviate in qualsiasi momento a terzi da parte del suo fidanzato, anche contro la sua volontà²⁰³.

In modo discutibile l'organo giudicante affermò che i minori, per la loro immaturità, sono meno disposti rispetto agli adulti a mantenere relazioni sentimentali stabili. Essi sarebbero pertanto più portati a distribuire o a condividere con altre persone le immagini prodotte nella loro intimità²⁰⁴. Così facendo, però, si è riconosciuto ai minori un ambito più ristretto del diritto di *privacy* rispetto a quello degli adulti, pur dovendo godere, a ragione della loro immaturità, di una tutela rafforzata rispetto a questi ultimi²⁰⁵. Tale restrizione si giustificerebbe, secondo la Corte d'Appello della Florida, per il prevalente interesse dello Stato a proteggere i minori dai pericoli che possono derivare per il loro normale sviluppo psichico dagli atti di "sfruttamento" sessuale posti in essere da loro stessi, seppur in forma volontaria e spontanea²⁰⁶. Ad aumentare tale pericolo vi sarebbe, secondo i giudici, la collocazione delle immagini erotiche nel *computer* degli imputati²⁰⁷. I sistemi informatici potrebbero essere violati da parte di *hacker* con il rischio che i dati, e quindi anche le immagini in essi contenute, entrino illecitamente in possesso di terzi o vengano distribuite in rete ad un numero indeterminato di persone.

203 *A.H. v. State of Florida*, cit., par. 235.

204 *Ibidem*.

205 ZHANG X., *Charging Children with Child Pornography. Using the Legal System to handle the Problem of Sexting*, in *Computer L. & Security Rev.*, vol. 26, n. 3, 2010, p. 251 ss., p. 253.

206 *A.H. v. State of Florida*, cit., parr. 238-239.

207 *A.H. v. State of Florida*, cit., par. 239. In questo modo si contraddice però l'orientamento giurisprudenziale maggioritario che negli Stati Uniti riconosce una legittima aspettativa di tutela della *privacy* in ambito informatico. Sul punto v. il *leading case* *United States v. Heckencamp*, 482 F.3d 1142 (9th Cir. 2007).

La conclusione alla quale è giunta la Corte d'appello della Florida contrasta con le premesse dalle quali prende le mosse. Innanzitutto essa non è coerente con le finalità della normativa penale di contrasto alla pornografia minorile. Quest'ultima, come riconosciuto dall'organo giudicante, è volta a prevenire ogni forma di sfruttamento sessuale dei minori. Va detto, tuttavia, che la produzione consensuale di materiale pedopornografico da parte dei minori stessi non può essere equiparata in senso stretto ad una forma di sfruttamento sessuale, realizzandosi in modo libero e senza alcun fine di profitto. Si tratta invero di una legittima estrinsecazione della loro libertà di autodeterminazione in ambito sessuale. In secondo luogo non si è chiarito come le immagini avrebbero potuto cagionare un danno psicologico ai giovani fidanzati coinvolti nel *sexting*, dato che avevano acconsentito a fotografarsi ed il materiale pornografico venne prodotto ad esclusivo uso privato. Le uniche conseguenze negative per le parti sono derivate piuttosto dalla rigida applicazione della normativa penale in materia di pedopornografia, l'esposizione al processo e la successiva condanna per un reato sessuale, con l'automatica iscrizione nell'infamante registro dei *sexual offenders*.

8.2. Cause di non punibilità (*defences*)

Le iniziative adottate dagli organismi sovranazionali hanno avuto un peso molto rilevante nella scelta politico-criminale degli Stati di punire le condotte di produzione, distribuzione, diffusione, cessione o anche mera detenzione di materiale pedopornografico²⁰⁸.

Il Consiglio d'Europa ha opportunamente tenuto conto dei possibili contrasti che sarebbero potuti sorgere tra l'incriminazione di tali condotte e l'autoproduzione o il mero possesso di materiale pedopornografico da parte dei minori. L'art. 20, par. 3, della Convenzione di Lanzarote prevede la possibilità per gli Stati parte di non punire la produzione o il possesso di immagini di minori che abbiano raggiunto l'età del consenso sessuale, qualora siano state

208 Sugli obblighi sovranazionali di incriminazione in questo ambito sia consentito rinviare a SALVADORI I., *Possesso di pornografia infantile, accesso a siti pedopornografici, child-grooming e tecniche di anticipazione della tutela penale*, in RUGGIERI F., PICOTTI L. (a cura di), *Nuove tendenze della giustizia penale di fronte alla criminalità informatica. Aspetti sostanziali e processuali*, Torino, 2011, p. 20 ss.

realizzate con il loro consenso e per una “fruizione” esclusivamente personale ed intima²⁰⁹.

Di regola, le cause di non punibilità previste a livello nazionale richiedono un legittimo scopo (ad es. ragioni di giustizia, di scienza, di educazione o arte, finalità mediche, ecc.) per produrre, possedere, distribuire o cedere materiale pedopornografico²¹⁰. Solo in via eccezionale alcuni ordinamenti di *common law* prevedono specifiche *defenses* per i minori che pongono in essere tali condotte.

In particolare, per evitare un eccesso punitivo e contemperare i contrapposti interessi giuridici che possono entrare in gioco, il legislatore inglese ha previsto alcune cause di non punibilità che delimitano l'ambito di applicazione dei delitti in materia di *child pornography*. La sec. 160A del *Sexual Offences Act* (di seguito: *SOA*) del 2003 prevede che le condotte aventi ad oggetto materiale pedopornografico non debbano essere punite qualora sussistano i seguenti quattro requisiti: 1) l'immagine raffiguri il minore da solo o insieme all'imputato, purché non compaiano altre persone; 2) l'imputato dimostri che la fotografia riguardava un minore che aveva già raggiunto la soglia d'età per manifestare in modo legittimo il consenso sessuale (fissata a sedici anni); 3) al momento della produzione della fotografia il minore risulti sposato o conviva assieme al *partner* nell'ambito di una relazione familiare stabile; 4) il minore ritratto abbia acconsentito alla sua produzione.

È evidente come questa *defence* non possa applicarsi alla maggior parte dei casi di *sexting*. Anche qualora le immagini siano prodotte e scambiate tra adolescenti uniti da una relazione sentimentale e consenziente, man-

209 Una diversa e più limitata portata ha, di contro, la disposizione prevista dall'art. 5, par. 8, della Direttiva 2011/93/UE. Essa prevede la facoltà per gli Stati membri di non punire il fatto di procurarsi, possedere o produrre materiale pornografico minorile, qualora sia stato prodotto e posseduto dal produttore unicamente per uso privato, a condizione che non siano state utilizzate ai fini della sua realizzazione immagini di minori reali in atteggiamenti sessualmente espliciti o i loro organi genitali, e purché da tale attività non derivi il rischio della sua diffusione.

210 Paradigmatica in tal senso è la disposizione prevista al § 163.1(6) del codice penale federale canadese. Disposizioni simili si trovano in molti ordinamenti stranieri. In argomento sia consentito rinviare a SALVADORI I., *I reati di possesso. Un'indagine dogmatica e politico-criminale in prospettiva storica e comparata*, Napoli, 2016, p. 190 ss.

cherebbe quasi sempre lo stabile legame familiare richiesto dalla previsione legale²¹¹.

Nell'ordinamento giuridico-penale inglese si prevede, a differenza di quanto avviene da noi, che i reati che concernono immagini "indecenti" possano essere perseguiti soltanto con il previo consenso dei procuratori pubblici (*Crown Prosecutors*), su delega della direzione centrale della procura. Ad essi spetta il compito di valutare caso per caso e di motivare per iscritto se sussistano i presupposti per la procedibilità delle condotte di *sexting*, sulla base delle circostanze concrete (sec. 1(7) *Prosecution of Offences Act* del 1985). Al *prosecutor*, che non può rinunciare all'esercizio dell'azione penale soltanto sulla base dell'età del soggetto che ha commesso il reato, è concessa la facoltà di considerare gli interessi del minore nel momento in cui decide se procedere nei suoi confronti. In questo modo si permette di temperare, anche nei casi più controversi di *sexting*, gli scopi politico-criminali con quanto stabilito nella Convenzione ONU sui diritti del fanciullo ed il sistema di giustizia minorile inglese e gallese²¹².

Anche in Australia la normativa penale di contrasto alla pornografia minorile può applicarsi al *sexting*²¹³. Al pari di quanto previsto nel Regno Unito, la procedibilità nei confronti di un minore è subordinata al parere del procuratore generale (*Attorney General*), al quale è rimessa la valutazione sull'opportunità di perseguire il minore.

211 In base alla sec. 160(2)(c) del *Criminal Justice Act (CJA)* del 1988 il possesso di materiale pedopornografico non è penalmente rilevante qualora il soggetto che ne ha la disponibilità riesca a dimostrare che lo ha ricevuto involontariamente e che non lo ha conservato per un irragionevole lasso di tempo. Si pensi, ad es., all'utente che riceva un messaggio di posta indesiderata (*spam*) contenente immagini di minori vittime di abusi sessuali. È evidente come questa *defence* non possa essere invocata rispetto alla maggior parte dei comportamenti riconducibili al *sexting*: il minore è di regola consapevole di disporre (sul suo cellulare, *tablet*, ecc.) di immagini pedopornografiche ricevute, ad es., da coetanei ed amici in una *chat* di gruppo.

212 Sul punto v. STONE N., *The 'Sexting' Quagmire: Criminal Justice Responses to Adolescents' Electronic Transmission of Indecent Images in the UK and the USA*, in *Youth Justice*, vol. 11, n. 3, 2011, p. 266 ss., p. 273.

213 Soltanto nello Stato di Vittoria si prevede una specifica *defence* per i casi di *sexting* nei quali siano coinvolti minori. In argomento v. CROFTS T., LEE M., *'Sexting', Children and Child Pornography*, cit., p. 92. In base alla sec. 70(2)(d) del *Crimes Act* non è punito chi ha prodotto o ha ricevuto materiale pedopornografico, purché non abbia più di due anni rispetto al minore che è in esso rappresentato.

8.3. *Doli incapax* ed imputabilità del minore

Secondo un settore della dottrina di lingua inglese la rilevanza penale del *sexting* potrebbe essere in molti casi esclusa, invocando la presunzione relativa (*rebuttable presumption*) di non punibilità per i minori di età che abbiano compiuto dieci anni, ma che siano infraquattordicenni²¹⁴.

In forza della presunzione di assenza di capacità a delinquere (*defence of doli incapax*), il minore non potrebbe essere considerato colpevole per un reato, anche di natura sessuale, a meno che la pubblica accusa non dimostri che all'epoca dei fatti era in grado di comprendere il disvalore sociale del suo comportamento e di rappresentarsi gli elementi costitutivi del fatto di reato commesso²¹⁵. In altre parole, l'accusa dovrebbe provare che il minore era consapevole, al pari di una persona mediamente matura, che il suo comportamento era illecito (*wrong*) e non soltanto malvagio.

La *defence of doli incapax*, prevista in alcuni sistemi di *common law*, è una presunzione che opera soltanto per i minori infraquattordicenni. A partire dal quattordicesimo anno di età la legge stabilisce che il minore risponda penalmente per i suoi comportamenti illeciti, ma con una pena più lieve rispetto a quella prevista per gli adulti²¹⁶.

Si è sostenuto che rispetto al *sexting* tale presunzione dovrebbe valere implicitamente anche per i minori che hanno più di quattordici anni²¹⁷. Non

214 CROFTS T., LEE M., 'Sexting', *Children and Child Pornography*, cit., p. 100.

215 La presunzione relativa dell'incapacità di commettere un reato, riconosciuta per un minore di età compresa tra i dieci ed i quattordici anni, è ammessa dalle consuetudini di *common law* di molti Paesi di lingua inglese. In Australia essa è prevista, ad es., dalle giurisdizioni dello New South Wales, di Victoria e del South Australia. La *defence of doli incapax* era espressamente ammessa anche nell'ordinamento giuridico inglese. Con la sec. 34 del *Crime and Disorder Act* del 1998 il governo laburista decise di abolirla, abbassando a dieci anni la soglia di imputabilità dei minori. Tale scelta è stata fortemente criticata in dottrina. In argomento v., per tutti, DINGWALL G., *Abolition of the Presumption of Doli Incapax for 10-14 Years Old*, in 58 *J. Crim. L.*, 1993, p. 385 ss.; WORTELEY N., *No Defence of Doli Incapax*, in 73 *J. Crim. L.*, 2009, p. 305 ss.; ed in specie CROFTS T., *Catching Up with Europe: Taking the Age of Criminal Responsibility Seriously in England*, in *Eur. J. Crime*, vol. 17, no. 4, 2009, p. 267 ss.

216 Per un sintetico quadro sull'imputabilità dei minori nel sistema penale australiano v. URBAS G., *The Age of Criminal Responsibility*, in *Australian Institute of Criminology, Trend & Issues*, novembre 2000, p. 1 ss., consultabile al sito http://www.aic.gov.au/media_library/publications/tandi_pdf/tandi181.pdf (ultima visita: 13 luglio 2017).

217 CROFTS T., LEE M., 'Sexting', *Children and Child Pornography*, cit., p. 100.

sempre gli ultraquattordicenni, per il loro stato evolutivo e per i condizionamenti ambientali e culturali che ricevono dal contesto sociale e familiare in cui vivono, sono in grado di percepire il significato pornografico del materiale prodotto, posseduto ovvero ceduto a terzi, vedendo in esso una normale ed inoffensiva forma di esplorazione della propria sessualità. L'imputabilità andrebbe dunque determinata non solo in base al livello di maturità del minore correlato all'età, ma anche in ragione dello specifico fatto illecito da lui commesso.

Se è difficile escludere la capacità intellettiva e di autodeterminazione del minore rispetto a reati che offendono beni giuridici primari, quali in specie contro la persona (omicidio, lesioni, ecc.) o contro interessi "elementari" della società (patrimonio, proprietà, ecc.), non altrettanto si può dire per taluni dei reati previsti dalla legislazione penale di contrasto alla pedopornografia, ed in particolare per comportamenti che non si sostanziano in una grave forma di abuso o di sfruttamento sessuale.

Tali considerazioni valgono a maggior ragione per i casi in cui un minore riceva senza richiederlo immagini e video a sfondo sessuale di minorenni sul suo *account* di posta elettronica o in *chat*. Difficilmente sarà consapevole che la mancata eliminazione del suddetto materiale potrebbe integrare l'ipotesi delittuosa del possesso di pornografia minorile. In molti sistemi di *common law* tale condotta non sarebbe punibile qualora il minore si fosse attivato per eliminare tale materiale dal suo dispositivo elettronico.

Non sempre il minore si renderà conto di aver posto in essere una condotta penalmente rilevante di produzione, cessione o possesso di materiale pedopornografico, in specie quando tali comportamenti rimangano nell'ambito della sfera intima e privata.

In una società in cui i mezzi di comunicazione favoriscono l'accesso e l'esposizione dei minori alla pornografia e contribuiscono a consolidare un modello distorto di sessualità, priva di ogni dimensione intima e privata, è inevitabile che vi sia una precoce erotizzazione degli adolescenti, da questi accettata ed emulata per il forte condizionamento che esercita su di loro il modello culturale offerto dai *media* e dagli adulti²¹⁸. La mancanza di valori

218 Cfr. LEARY M.G., *Self-Produced Child Pornography: The Appropriate Societal Response to Juvenile Self-Sexual Exploitation*, in *Va J. Soc. P'y & L.*, 2007, vol. 15, Issue 1, p. 486 ss.; BERTOLINO M., *op. cit.*, p. 69.

positivi di riferimento, specie in determinati contesti ambientali, sociali e culturali, nel quale il minore cresce e si sviluppa, fa sì che alla gravità di un determinato comportamento non corrisponda sempre la maturità necessaria per coglierne il disvalore offensivo.

Questo non significa che per i fatti illeciti riconducibili al fenomeno del *sexting* secondario si possa riconoscere una presunzione assoluta di imputabilità in capo al minore. Anche in relazione a tali comportamenti il giudice dovrà stabilire, in base all'età e alla maturità del minore, se egli fosse effettivamente in grado di comprendere il disvalore del suo comportamento e di autodeterminarsi in base a tale consapevolezza.

9. Il *sexting* nell'ordinamento italiano

Negli ultimi decenni il nostro legislatore, in linea con gli obblighi di fonte sovranazionale, ha introdotto nel corpo codicistico specifiche norme penali per garantire una opportuna tutela all'integrità psico-fisica e sessuale dei minori.

Pur non essendo questa la sede per approfondire la complessa legislazione penale di contrasto alla pedopornografia introdotta nel 1998, successivamente modificata nel 2006 e, più di recente, nel 2012, con la legge di ratifica della Convenzione di Lanzarote, è necessario, ai fini della presente indagine, determinare la rilevanza che può assumere il consenso del minore in questo contesto (par. 9.1) e stabilire l'ambito di applicazione delle norme incriminatrici nel cui alveo potrebbero essere ricondotti i comportamenti riconducibili al *sexting* (parr. 9.2, 9.3, 9.4 e 9.5).

9.1. Rapporti sessuali tra e con minorenni: rilevanza del consenso

Nel nostro ordinamento il naturale e armonioso sviluppo della personalità del minore in ambito sessuale è tutelato in termini assoluti fino al compimento dei quattordici anni²¹⁹. Ogni rapporto sessuale con un minore infra-

219 La *ratio* di tale disciplina consiste nel garantire l'integrità psico-fisica del minore ed il normale ed armonioso sviluppo della sua sessualità. In argomento v. già PADOVANI T., *L'intangibilità del minore degli anni quattordici e l'irrilevanza dell'errore sull'età: una presunzione ragionevole ed una fictio assurda*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1984, p. 429 ss.; nella manualistica v. FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen.*, PS, vol. II, t. I, cit.,

quattordicenne, anche se consenziente, costituisce, salvo le eccezioni di cui si dirà a breve, un fatto penalmente rilevante (art. 609-*quater*, co. 2, n. 1), c.p.).

Il legislatore ha considerato che per l'imaturità fisica e psico-sessuale del minore, che non ha ancora compiuto i quattordici anni, il suo consenso al compimento di atti sessuali non abbia alcuna efficacia²²⁰.

La tutela dei minori in tali termini è stata elevata al compimento dei sedici anni nei casi in cui la giovane vittima si trovi in una particolare situazione di inferiorità o comunque di sudditanza psicologica nei confronti di un soggetto che abbia con lui un determinato rapporto, come quello di genitore anche adottivo, di ascendente, di persona alla quale il minore è affidato per ragioni di cura, educative, di vigilanza, di controllo o di convivenza. Rispetto a tali ipotesi, l'art. 609-*quater*, co. 1, n. 2, c.p. prevede che il consenso del minore infrasedicenne sia irrilevante. La regola generale che sancisce un diritto alla libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale a partire dal compimento dei quattordici anni è dunque soggetta ad eccezioni. Il legislatore presume in modo assoluto l'irrilevanza del consenso prestato dal minore che ha già compiuto i quattordici anni, ma che è ancora infrasedicenne, alla realizzazione di atti sessuali con le persone che sono a lui legate da tale speciale relazione o posizione, in quanto possono esercitare su di lui particolari suggestioni o condizionamenti²²¹.

p. 257 s. Di diverso parere MANTOVANI F., *Dir. pen., PS*, I, V ed., Padova, 2013, p. 426 ss., in specie p. 434 ss., secondo cui il bene giuridico tutelato dall'ipotesi delittuosa di cui all'art. 609-*quater*, co. 1, c.p., andrebbe individuato nell'intangibilità sessuale del minore infraquattordicenne; analogamente in giurisprudenza, *ex multis*, Cass. pen., sez. III, 8 luglio 2004, n. 29662; Cass. pen., sez. III, sent. 6 dicembre 2012, n. 47220.

220 Sulla presunzione assoluta dell'irrilevanza del consenso prestato da un minore infraquattordicenne v., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, sent. 15 luglio 2010, n. 27588; Cass. pen., sez. III, sent. 8 giugno 2015, n. 24342; più di recente Cass. pen., sez. III, sent. 12 dicembre 2016, n. 52380, sebbene abbia previsto che tale presunzione legislativa abbia un carattere relativo, laddove si tratti di valutare in concreto « l'atteggiamento del minore ai fini della circostanza attenuante di cui all'art. 609-*quater* cpv. c.p., posto che, trattandosi, in tale diverso ambito, di valorizzare i “casi di minore gravità” (secondo quella che è una clausola a contenuto aperto utilizzata dal legislatore), il consenso prestato dal minore, pur ineluttabilmente recessivo ai fini della sussistenza del reato, torna però ad essere, ove effettivamente prestato, valorizzabile».

221 wIn questi termini v., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, sent. 13 maggio 2004, n. 29662, in *Cass. pen.*, 2005, p. 3371.

Una tutela rafforzata viene assicurata anche ai minori ultrasedecenni qualora il loro coinvolgimento in atti sessuali venga ottenuto mediante l'abuso dei poteri connessi alla particolare posizione del soggetto agente (ascendente, genitore, convivente, tutore o affidatario). Sebbene il minore, che abbia già compiuto i sedici anni, abbia acconsentito alla realizzazione di attività sessuali, il suo consenso dovrà considerarsi irrilevante, dal momento che è stato ottenuto abusando dei poteri connessi alla posizione del reo (art. 609-*quater*, co. 2, c.p.).

L'art. 609-*quater*, co. 3, c.p. prevede però la non punibilità del minore che, fuori dai casi di violenza sessuale di cui all'art. 609-*bis* c.p., realizzi atti sessuali con un minorenni che abbia compiuto gli anni tredici, purché la differenza di età tra i due non sia superiore ai tre anni²²². In dottrina si discute sulla qualificazione dogmatica di questa peculiare previsione legale.

Secondo un primo autorevole orientamento si tratterebbe di una causa di esclusione della pena²²³. Muovendo dalla *ratio* della disposizione, volta a garantire uno spazio di lecita estrinsecazione della libertà di autodeterminazione in ambito sessuale del minore in ragione del suo sviluppo psico-fisico e del fatto che ha già compiuto i tredici anni, sembra però più corretto ritenere che non costituisca una clausola di non punibilità, come potrebbe far pensare il suo tenore letterale, bensì una causa di esclusione della tipicità del fatto²²⁴ o, meglio, un "limite" (negativo) del fatto tipico²²⁵.

222 Sulle perplessità che sollevano le soglie di età stabilite dal legislatore per disciplinare i rapporti sessuali con e tra minorenni si rinvia, per tutti, all'approfondito commento di VENEZIANI P., *Art. 609-quater c.p.*, in CADOPPI A. (a cura di), *Commentario*, cit., p. 613 ss. Nella manualistica v. i rilievi critici di MANTOVANI F., *Dir. pen., PS*, I, cit., p. 436 ss.; nonché FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen., PS*, vol. II, t. I, IV ed., Bologna, 2013, p. 258; analogamente VIZZARDI M., *Sub art. 609-quarter c.p.*, in *Codice penale commentato*, t. III, IV ed., diretto da E. Dolcini e G.L. Gatta, Assago, 2015, p. 402.

223 In questi termini si esprime MANTOVANI F., *Dir. pen., PS*, I, cit., p. 428; analogamente BERTOLINO M., *La riforma dei reati di violenza sessuale*, in *Studium iuris*, 1996, p. 401 ss. Si tratterebbe di una scriminante per LONGARI C., *Atti sessuali con minorenni*, in COPPI F. (a cura di), *I reati sessuali. I reati di sfruttamento di minori e di riduzione in schiavitù per fini sessuali*, Torino, 2007, p. 143.

224 È questa, ad es., la tesi sostenuta da VENAFRIO E., *Commento all'art. 4 l. 15/2/1996, n. 66*, in *Leg. pen.*, 1996, p. 448 ss., p. 450; nonché PICOTTI L., *Profili generali di diritto penale sostanziale*, in CADOPPI A. (a cura di), *La violenza sessuale a cinque anni dall'entrata in vigore della l. n. 66/99. Profili giuridici e criminologici (Atti del Convegno di Parma, 24-25 marzo 2000)*, Padova, 2001, p. 19 ss., p. 42.

225 Sulle scriminanti tacite, o meglio sui limiti taciti («propri» ed «impropri») della norma penale v. le acute osservazioni di NUVOLONE P., *I limiti taciti della norma penale* (1947), rist., Padova, 1972, p. 122 ss., in specie 123 ss., p. 147 ss.

Più controversa è invece la portata del consenso del minore in relazione ai fatti tipizzati dal delitto di pornografia minorile di cui all'art. 600-ter c. p.

9.2. Illiceità penale delle condotte aventi ad oggetto la pornografia minorile ed efficacia del consenso

Discostandosi in parte dai precetti sovranazionali, il nostro legislatore ha subordinato la rilevanza penale del fatto di *realizzare* esibizioni o spettacoli pornografici ovvero di *produrre* materiale analogo materiale all'“utilizzo” di minori degli anni diciotto (art. 600-ter, co. 1, c.p.)²²⁶. La produzione di pedopornografia viene punita con la reclusione da sei a dodici anni e la multa da ventiquattro a duecentoquarantamila euro²²⁷.

Con una pena inferiore (reclusione da 1 a 5 anni e multa) è punito il fatto di *distribuire*, con qualsiasi mezzo, anche telematico, ovvero di *divulgare*, *diffondere* o *pubblicizzare* materiale pornografico minorile (art. 600-ter, co. 3, c.p.). Più mite è invece la sanzione (reclusione fino a tre anni e multa) stabilita per il fatto di *offrire* o *cedere* ad altri, anche a titolo gratuito, analogo materiale (art. 600-ter, co. 4, c.p.).

A differenza di quanto contemplato all'art. 609-quater c.p. per gli atti sessuali con minorenni, in relazione alle citate condotte il consenso del minore infradiciottenne non costituisce un “limite” (negativo) del fatto tipico.

226 L'art. 600-ter c.p. è stato introdotto nel corpo codicistico dall'art. 3 l. 3 agosto 1998, n. 269, recante «norme contro lo sfruttamento della prostituzione, della pornografia, del turismo sessuale in danno di minori, quali nuove forme di riduzione in schiavitù». Parzialmente riformulato dall'art. 2 l. 6 febbraio 2006, n. 38, recante «disposizioni in materia di lotta contro lo sfruttamento sessuale dei bambini e la pedopornografia anche a mezzo Internet» è stato da ultimo modificato dall'art. 4, co. 1, lett. h), l. 1 ottobre 2012, n. 172, di «ratifica ed esecuzione della Convenzione del Consiglio d'Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l'abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell'ordinamento interno».

227 Meno severo è il trattamento sanzionatorio previsto nel diritto penale straniero. In Spagna la produzione di pornografia minorile è punita con la reclusione da 1 a 5 anni (art. 189.1, let. b), CP); analogo trattamento è previsto in Portogallo (art. 176, co.1, let. c), CP); in Francia è prevista la reclusione fino a tre anni e la multa (art. 227-23 CP); in Belgio la reclusione da cinque a dieci anni e multa fino a dieci mila euro (art. 383bis. §1 CP); in Svizzera la reclusione fino a tre anni (art. 197, par. 4, StGB). In Germania è prevista la reclusione da tre mesi a cinque anni qualora la produzione di pedopornografia abbia ad oggetto minori infraquattordicenni (§ 184b StGB); un trattamento più mite (reclusione fino tre anni o multa) è previsto nel caso in cui si tratti di materiale che coinvolge minori ultraquattordicenni, ma non ancora diciottenni (§ 184c StGB).

Si è sostenuto, nei primi commentari, che tale disciplina rappresenterebbe una contraddizione rispetto al riconoscimento del diritto alla piena libertà sessuale che il minore acquista al compimento del quattordicesimo anno di età e, seppur limitamente al compimento di atti sessuali tra coetanei, già a partire dal tredicesimo anno di età²²⁸. Per cercare di superare questa antinomia si è proposta una interessante rilettura teleologica e sistematica della normativa in esame²²⁹.

Il naturale ed armonioso sviluppo della personalità sessuale del minore e della sua libertà di autodeterminazione in questo ambito è tutelato, salve l'eccezione prevista dall'art. 609-*quater*, co. 3, c. p. (v. *retro*, par. 9.1), fino al compimento dei quattordici anni. Di conseguenza, la pornografia avente ad oggetto minori infraquattordicenni, anche se consenzienti, sarebbe sempre penalmente rilevante. Anche il minore che ha compiuto i quattordici anni, ma che non ha ancora raggiunto i diciotto anni, sarebbe protetto rispetto al suo coinvolgimento, *rectius* utilizzo strumentale nella produzione di pornografia minorile. Il legislatore presume invero che il suo impiego nella realizzazione del suddetto materiale avvenga sempre contro la sua volontà²³⁰. Secondo l'orientamento citato, il consenso del minore sarebbe però da considerarsi valido, qualora la difesa dimostri che aveva la maturità necessaria per estrinsecare in modo consapevole la sua libertà sessuale e che nel caso specifico la sua scelta sia stata effettivamente libera ed informata. All'imputato sarebbe dunque concesso di provare la piena maturità del minore ad autodeterminarsi in ambito sessuale e, di conseguenza, a disporre liberamente del suo corpo²³¹.

228 In tal senso v., per tutti, CADOPPI A., *Art. 600-ter, co. 1 e 2, c.p.*, in Id. (a cura di), *Commentario*, cit., p. 148 s.

229 CADOPPI A., *op. cit.*, p. 149 s.; analogamente DEL SIGNORE S., *Pornografia minorile*, in *I reati contro la persona*, III, Trattato diretto da A.Cadoppi, S.Canestrari, A.Manna e M.Papa, Milano, 2006, p. 407 ss., p. 429 s.; più di recente anche BIANCHI M., *Il sexting*, cit., p. 13, la quale ritiene che il consenso del minore potrebbe avere efficacia limitatamente ai casi di produzione di materiale pedopornografico destinato alla detenzione privata. Secondo l'A. soltanto in queste ipotesi sarebbe possibile ravvisare una similitudine con la libertà sessuale riconosciuta per i minori che hanno compiuto quattordici anni, potendosi equiparare tale condotta ad una sorta di rapporto sessuale "virtuale", laddove venga posta in essere mediante le TIC. In giurisprudenza v. Trib

230 CADOPPI A., *op. cit.*, p. 150.. Firenze, sent. 27 gennaio 2015, n. 163.

231 *Ibidem*.

L'ultrasedicenne sarebbe invece protetto, sempre secondo la citata dottrina, soltanto in determinati casi dalla disposizione penale di cui all'art. 600-ter c.p. Per la sua maturità fisica e psicologica egli potrebbe acconsentire a prendere parte alla produzione o all'autoproduzione di materiale pedopornografico²³². Non si spiegherebbe altrimenti la possibilità che il nostro ordinamento conceda al minore che ha compiuto i quattordici anni di avere rapporti sessuali con chiunque, purché non vi sia un particolare rapporto con il *partner* (art. 609-quater, co. 1, n. 2, c.p.) ovvero il suo consenso non sia stato ottenuto mediante l'abuso dei poteri connessi alla peculiare posizione di determinate categorie di soggetti (art. 609-quater, co. 2, c.p.), senza al contempo permettergli di farsi fotografare in atteggiamenti sessualmente espliciti o riprendere mentre compie atti di analoga natura con un adulto o con un coetaneo. Qualora però si dimostrasse che non si è trattato di una scelta libera ed informata, il suo consenso dovrebbe considerarsi invalido e, di conseguenza, le condotte che ne implicano il coinvolgimento nella produzione del materiale pornografico, non essendo espressione della sua libertà di autodeterminazione in ambito sessuale, verrebbero ad assumere rilevanza penale.

Pur non nascondendo le difficoltà di riconoscere una implicita rilevanza del consenso del minore ultraquattordicenne anche in relazione ai fatti tipizzati dall'art. 600-ter c.p., il citato orientamento dottrinale ritiene che soltanto attraverso una lettura teleologica e sistematica della norma in esame sarebbe possibile superare gli altrimenti evidenti profili di illegittimità costituzionale che essa solleva²³³.

Il negare che i minori che abbiano compiuto i quattordici anni godano, salvo le eccezioni di cui si è detto (*retro*, par. 9.1), di una piena libertà sessuale contrasterebbe innanzitutto con una lettura logico-sistematica della normativa penale in materia, ed in specie di quella prevista per gli atti sessuali con minorenne di cui all'art. 609-quater c.p. Evidente sarebbe poi l'incompatibilità con il dettato costituzionale oltre che con la *ratio* della previsione legale. Nel punire le condotte connesse con il turpe fenomeno della pornografia minorile, il legislatore del 1998 non avrebbe inteso privare i soggetti maggiori di quattordici anni del loro fondamentale diritto alla libertà sessua-

232 CADOPPI A., *op. cit.*, p. 149.

233 CADOPPI A., *op. cit.*, pp. 151-152.

le, ma avrebbe voluto soltanto proteggere i fanciulli da gravi fatti di sfruttamento e di violenza sessuali e costretti contro la loro volontà a prendere parte al degradante mondo della pedofilia e alla produzione di pedopornografia²³⁴. Le conclusioni cui giunge questo autorevole settore della dottrina sollevano però qualche perplessità²³⁵.

Il paragone con l'art. 609-*quater* c.p. non sembra decisivo. La mancata previsione in seno all'art. 600-*ter* c.p. di un "limite" della tipicità costituisce un elemento a sfavore di un implicito riconoscimento dell'efficacia del consenso dell'ultraquattordicenne al suo coinvolgimento nella produzione di pedopornografia. Dove il legislatore ha voluto dare rilievo al consenso del minore lo ha fatto espressamente e, come si è visto (*retro*, par. 9.1), ne ha subordinato la rilevanza alla sussistenza di specifiche condizioni (realizzazione di atti sessuali con un minore che abbia compiuto tredici anni, purché l'età del soggetto agente non sia superiore di tre anni; assenza di una relazione che implichi uno stato di soggezione psichica nel caso di minore infrasedicenne; sussistenza di forme di abuso di poteri connessi alla particolare posizione del *partner* rispetto al minore ultrasedicenne).

Il criticato orientamento è stato però di recente accolto in una pronuncia della giurisprudenza di merito. Nel determinare la sfera di rilevanza penale del *sexting*, il Tribunale di Firenze ha stabilito che la disciplina del consenso prevista dall'art. 609-*quater* c.p. debba estendersi in via ermeneutica anche all'art. 600-*ter* c.p.²³⁶ Si è così sostenuto che la condotta del minore che per una "fruizione" privata riprenda la fidanzata diciassettenne con il suo valido consenso mentre compie atti sessuali non andrebbe sussunta nell'ipotesi penalmente rilevante di produzione di materiale pedopornografico di cui all'art. 600-*ter*, co. 1, c.p.²³⁷ Tale conclusione, seppur condivisibile nell'esito,

234 CADOPPI A., *op. cit.*, p. 152.

235 La dottrina maggioritaria, fin dall'entrata in vigore della l. n. 269/1998, ha escluso la rilevanza del consenso rispetto al delitto di pornografia minorile di cui all'art. 600-*ter* c.p. A sostegno di tale tesi si richiama la scelta del legislatore di non prevederlo come "limite" espresso della tipicità, a differenza di quanto stabilito all'art. 609-*quater* c.p. In argomento v., ad es., ROMANO B., *La tutela penale della sfera sessuale*, Milano, 2000; LA ROSA M., *Pornografia minorile e pericolo concreto: un discutibile binomio*, in *Cass. pen.*, n. 11, 2008, p. 4169 ss., p. 4174.

236 Tribunale di Firenze, sent. 10 febbraio 2015, n. 163 cit.

237 Su tale vicenda si avrà modo di tornare *infra*, par. 10.

muove da premesse non persuasive. Si tratta invero di una interpretazione analogica, sebbene in *bonam partem*, che contrasta con il principio di tassatività. Il testo normativo non fa alcun riferimento alla possibile rilevanza del consenso del minore coinvolto nella produzione di materiale pedopornografico²³⁸.

In forza dell'irrilevanza del consenso (eventualmente) prestato del minore infraquattordicenne alla produzione, alla diffusione, alla cessione o alla detenzione di pedopornografia nella cui realizzazione sia stato coinvolto sembrerebbe dunque che nel nostro ordinamento, al pari di quanto previsto in altri sistemi giuridici europei (ad es. spagnolo ed inglese), i comportamenti dei minori riconducibili al *sexting* debbano essere sempre sussunti nella normativa penale in materia di pedopornografia. Ma anche tale conclusione contrasta con la *ratio* dell'art. 600-ter c.p. Il nostro legislatore ha invero subordinato la rilevanza penale delle condotte aventi ad oggetto pornografia minorile ad una effettiva "utilizzazione" dei minori, vale a dire alla mercificazione o *strumentalizzazione* del loro corpo e della loro sessualità.

9.3. Produzione di pedopornografia e bene giuridico tutelato

L'art. 600-ter, co. 1, n. 1, c.p. punisce il fatto di realizzare esibizioni o spettacoli pedopornografici ovvero di produrre materiale avente analoga natura. Affinché la produzione, al pari della realizzazione dei suddetti spettacoli, sia penalmente rilevante si richiede, come emerge dal tenore letterale della previsione legale, che il materiale pornografico sia prodotto «*utilizzando minori degli anni diciotto*».

Sicuramente opportuno è stato l'impiego della forma gerundiva «*utilizzando*» in luogo dello «*sfruttamento*», previsto nella originaria formulazione dell'art. 600-ter c.p. (introdotto dall'art. 4 l. n. 269/1998 cit.), che aveva sollevato non poche perplessità. Muovendo da quell'infelice redazione, un settore

238 Sull'inammissibilità in diritto penale dell'analogia *in bonam partem* v. MARINI G., voce *Nullum crimen, nulla poena sine lege*, in *Enc. dir.*, XXVIII, Milano, 1978, p. 950 ss., p. 958; BRICOLA F., *La discrezionalità nel diritto penale. Nozione ed aspetti costituzionali*, I, Milano, 1965, pp. 304-305; NUVOLONE P., *Il sistema del diritto penale*, Padova, 1982, p. 131; VASSALLI G., voce *Analogia nel diritto penale*, in *Dig. disc. pen.*, I, Torino, 1987, p. 158 ss., p. 165 ss.; più di recente anche DI GIOVINE O., *L'interpretazione nel diritto penale tra creatività e vincolo alla legge*, Milano, 2006, *passim*.

della penalistica, travalicando il dato normativo, si era spinto fino al punto di richiedere una connotazione commerciale o comunque economica delle menzionate condotte (di produzione, distribuzione, cessione, ecc.)²³⁹.

Nel richiedere invece, quale elemento costitutivo del reato, che il materiale pedopornografico venga prodotto «*utilizzando minori degli anni diciotto*», il legislatore del 2006 ha voluto punire l'impiego o meglio la *strumentalizzazione* delle vittime minori di età effettivamente coinvolte in attività sessuali²⁴⁰. L'utilizzazione del minore rappresenta la *modalità* caratterizzante la tipicità della condotta di produzione, così come di quella di realizzazione di esibizioni o spettacoli pedopornografici²⁴¹. Si tratta dunque di una fattispecie a forma vincolata. La norma non colpisce qualsivoglia realizzazione di pedopornografia, ma soltanto quella che implica la manipolazione o la reificazione di un minore infradiciottenne strumentali alla produzione di immagini o video pornografici, a prescindere dalla sussistenza di una finalità lucrativa o di una connotazione commerciale. Nella disposizione in esame andrebbe così ricondotta, di regola, anche la produzione di pornografia minorile da parte di terzi seppur per uso esclusivamente privato²⁴². Si pensi, a titolo esemplificativo, al pedofilo che convince un minore a masturbarsi e a farsi riprendere e successivamente “consuma” il materiale prodotto, cui era dunque funzionale l'*utilizzo* del minore, per soddisfare la sua libidine. A connotare penalmente la produzione illecita di pedopornografia è dunque la sperequazione nel *tipo di rapporto* che si instaura tra adulto e minore, dal

239 In questi termini, ad es., PITTARO P., *Le norme contro la pedofilia. Le norme di diritto penale sostanziale*, in *Dir. pen. proc.*, 1998, p. 1222 ss., p. 1226 ss.; CADOPPI A., *Art. 600-ter, co. 1 e 2, c.p.*, cit., p. 138 ss.

240 MANTOVANI F., *Dir. pen., PS*, I, cit., p. 503; in senso conf. FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen., PS*, vol. II, t. I, cit., p. 173; nonché PISTORELLI L., *Sub art. 600-ter c.p.*, in *Codice penale commentato*, t. III, cit., p. 230, che sottolinea come l'utilizzazione dei minori implichi la loro degradazione ad oggetto di manipolazioni di natura sessuale.

241 In giurisprudenza cfr. Cass. pen., sez. III, sent. 21 marzo 2016, n. 11675, la quale evidenzia, a ragione, come il legislatore abbia voluto privilegiare il *quomodo* del reato ed in particolare «l'impiego strumentale del minore nella consumazione di questo reato, quale elemento costitutivo dello stesso».

242 GIZZI L., *Il delitto di pornografia minorile (art. 600 ter, primo e secondo comma, c.p. e art. 600 quater.1 c.p.)*, in COPPI F. (a cura di), *I reati sessuali*, cit., p. 400 ss., p. 401; nella manualistica v. FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen., PS*, vol. II, t. I, cit., p. 173. *Contra* MANTOVANI F., *Dir. pen., PS*, op. cit., p. 504, secondo cui tale condotta andrebbe ricondotta all'ipotesi di detenzione di cui all'art. 600-quater c.p.

momento che quest'ultimo non estrinseca in modo naturale e armonioso la sua libertà di autodeterminazione in ambito sessuale, ma viene utilizzato per una esclusiva fruizione del primo.

Valorizzando il fondamentale requisito della *utilizzazione* del minore nella produzione del materiale pornografico, quale nota modale della condotta tipica, si è detto che l'interesse tutelato dall'art. 600-ter c.p. andrebbe individuato nell'integrità psico-fisica e sessuale del minore concretamente coinvolto, meglio utilizzato negli atti sessuali²⁴³. L'incriminazione della produzione di materiale pedopornografico si giustificerebbe in questo senso per contrastare già all'origine ogni forma non solo di abuso o di sfruttamento, ma anche di mercificazione o reificazione dei minori per scopi pornografici²⁴⁴. Tale orientamento, ad oggi maggioritario in giurisprudenza e in dottrina, non coglie però appieno lo specifico disvalore sociale della suddetta condotta.

Come ha avuto modo di evidenziare la Corte di Cassazione, a sezioni unite, in una importante sentenza relativa all'ambito di applicazione dell'art. 600-ter c.p., nella sua formulazione anteriore alle modifiche apportate dalla l. n. 38/2006, ai fini della rilevanza penale della condotta di produzione di pedopornografia non era necessario che vi fosse stato uno sfruttamento economico del minore. Imprescindibile sarebbe stata, di contro, la sussistenza di un «concreto pericolo di diffusione del materiale prodotto»²⁴⁵. Ed in questo senso, un orientamento giurisprudenziale più recente ha stabilito, a ragione, che la mera produzione o realizzazione di materiale pedopornografico non possa essere ricondotta nell'alveo dell'art. 600-ter c.p., per il solo fatto di rappresentare un minore infradiciottenne in attività sessuali²⁴⁶.

In linea con il citato orientamento della Cassazione, si è sottolineato che la produzione di pornografia minorile, per essere penalmente rilevante, richiederebbe il suo inserimento in un contesto di «almeno embrionale organizzazione e di destinazione alla successiva fruizione anche potenziale da parte di terzi»²⁴⁷. A sostegno di questa interpretazione vi sarebbe un importante dato sistematico.

243 In questi termini v., per tutti, FIANDACA G., MUSCO E., *op. cit.*, p. 173.

244 Cfr. Council of Europe, Lanzarote Convention, *Explanatory Report*, n. 135.

245 Cass. S.U., 31 maggio 2000, n. 13, in *Foro it.*, 2000, II, p. 685 ss.

246 Nella giurisprudenza di legittimità v. in specie Cass. pen., sent. n. 11675/2016 cit.

247 In questi termini v., ad es., Cass. pen., sez. III, 5 giugno 2007, n. 27252, con nota di VALENZA D., *Rapporti tra fattispecie e costruzione per gradi di offesa al bene giuridico*,

Se la condotta di produzione non avesse una destinazione, per lo meno potenziale, al successivo “consumo” da parte di terzi non si spiegherebbe altrimenti la previsione di un identico trattamento sanzionatorio per la condotta, che ne rappresenta di regola il naturale sviluppo, di chi fa commercio del materiale illecito, prevista dal co. 2 dell’art. 600-ter c.p.²⁴⁸. Il fare commercio presuppone, infatti, una attività organizzata e non occasionale, destinata al compimento di una pluralità di cessioni a titolo oneroso di materiale pedopornografico²⁴⁹. L’assenza inoltre di una disposizione che contempli una circostanza attenuante dell’assai severo trattamento sanzionatorio previsto per i casi di produzione e di commercializzazione, anche in presenza di fatti che si caratterizzano per la loro contenuta gravità (in ragione della esigua quantità o scadente qualità del materiale prodotto, delle modalità o del contesto di realizzazione, ecc.), costituisce un ulteriore elemento a riprova della volontà del legislatore di punire soltanto le condotte di per sé non occasionali e non realizzate nell’ambito di una relazione privata, che sono potenzialmente destinate alla distribuzione di quel prodotto illecito. La condotta di produzione deve dunque riferirsi al materiale pornografico realizzato attraverso la mercificazione o l’utilizzo strumentale di un minore per scopi sessuali altrui, che va dunque oltre la relazione sessuale in cui avviene e si proietta nel *tipo di rapporto* instaurato con la giovane vittima²⁵⁰. Il fatto che tale materiale venga prodotto al di fuori di un *rapporto intersoggettivo* di carattere intimo o sentimentale (ad es. relazione amorosa tra coetanei) aumenta in modo significativo il rischio che possa essere destinato alla messa in circolazione, con conseguente pericolo della sua diffusione ad un numero potenzialmente indeterminato di persone²⁵¹.

248 Cfr., in giurisprudenza, Cass. pen., sent. n. 27252/2007 cit.

249 In dottrina v., ad es., CADOPPI A., *Art. 600-ter, co. 1 e 2, c.p.*, cit., p. 163; GIZZI L., *Il delitto di pornografia minorile*, cit., p. 438.

250 Cfr. PICOTTI L., *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini, la pornografia virtuale e l’offesa dei beni giuridici*, in FORTI G., BERTOLINO M. (a cura di), *Scritti per Federico Stella*, II, Napoli, 2007, p. 1267 ss., p. 1282 s., il quale evidenzia, in relazione al reato di prostituzione minorile di cui all’art. 600-bis c.p., come l’offensività del fatto di reato non si riduca alla sola condotta posta in essere dal soggetto agente, ma ricomprenda necessariamente anche la sua proiezione nel rapporto intersoggettivo che instaura con la vittima.

251 *Contra* FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen.*, PS, vol. II, t. I, cit., p. 174, nota 6, i quali ritengono che l’art. 600-ter c.p. si configuri quale reato di pericolo astratto, dal momento

In definitiva, la *ratio* della norma consisterebbe, secondo l'autorevole e sostanzialmente condivisibile posizione dei giudici di legittimità, nell'anticipare la tutela penale del bene giuridico del «libero sviluppo personale del minore», ed in specie psico-fisico e sessuale²⁵². Per il rango primario dell'interesse personale da tutelare si giustifica l'intervento in una fase anticipata per punire «condotte di per sé degradanti e connotate da profondo disvalore, oltre che pericolose per la successiva eventuale diffusione che il materiale così prodotto [pedopornografico] può conoscere»²⁵³.

Affinché sorga un concreto pericolo di diffusione del materiale pedopornografico è irrilevante che a monte si verifichi uno sfruttamento o un abuso sessuale del minore. Determinanti saranno, di contro, il contesto ed in specie le modalità esecutive con le quali il materiale viene prodotto²⁵⁴. E tale rischio sarà maggiore nel caso in cui la produzione di riprese o di immagini pedopornografiche avvenga non solo da parte di terzi, e quindi al di fuori di un intimo rapporto sessuale di natura privata, ma anche attraverso l'utilizzo delle TIC, che facilitano la perdita di controllo esclusivo sul materiale così prodotto e ne consentono al contempo una rapida diffusione ad un numero indeterminato di persone.

Si ha *strumentalizzazione* e dunque reificazione di un minore quando il materiale prodotto non è realizzato nell'ambito circoscritto di una normale ed intima relazione sentimentale tra un adulto ed un minore (o tra minori) per un uso esclusivamente privato, ma è prodotto o destinato alla fruizione da parte di terzi. Non si tratta dunque di tutelare soltanto i minori dai comportamenti di abuso, di sfruttamento o di mercificazione per scopi sessuali di determinate “tipologie” di soggetti devianti (pedofili, *groomer*, predatori sessuali, ecc.), che producono tale materiale per soddisfare desideri libidinosi, per profitto o per immetterlo nel circuito illecito della pedofilia, ma

che la produzione sarebbe di per sé idonea ad esporre a pericolo il bene giuridico del sano sviluppo psico-sessuale del minore, a prescindere dal rischio di diffusione del materiale pedopornografico prodotto mediante il suo “utilizzo”.

252 Cass. pen., S.U., sent. n. 13/2000 cit.; analogamente, tra le molte, Cass. pen., sent. n. 27252/2007 cit.; Cass. pen., sez. n. 41776/2013 cit.

253 Cass. pen., sent. n. 27252/2007 cit.

254 PICOTTI L., *I delitti di sfruttamento sessuale*, cit., p. 1289, p. 1291, 1294; Id., *La legge contro lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia in internet* (L. 6 febbraio 2006, n. 38) (*Parte prima*), in *Studium iuris*, n. 10, 2007, p. 1059 ss., p. 1069.

anche di un gruppo molto più ampio di persone che, grazie in specie alle TIC, possono essere a loro volta produttori, possessori e distributori, anche occasionali, di tale materiale, realizzato mediante l'utilizzo strumentale delle giovani vittime²⁵⁵. Per questo motivo il legislatore ha punito allo stesso tempo una serie di condotte poste a valle rispetto al fenomeno che sta a monte, rappresentato dalla produzione e che non necessariamente presuppone, come si è detto, uno sfruttamento o un abuso sessuale del minore, ma soltanto la sua "utilizzazione", ben potendo quest'ultimo anche consentire liberamente ad essere *utilizzato* da terzi per meri scopi sessuali²⁵⁶.

Si è già avuto modo di evidenziare (*retro*, par. 9.1), che nell'economia dell'art. 600-ter c.p., al consenso del minore non è però riconosciuta in modo espresso alcuna efficacia, a differenza di quanto previsto per i rapporti sessuali tra coetanei dall'art. 609-quater, co. 3, c.p. L'esigenza di garantire un'indisponibilità, pressoché assoluta, del materiale pedopornografico giustifica la scelta politico-criminale di escludere la rilevanza del consenso, anche se libero ed informato, del minore. Il pericolo della sua potenziale diffusione incontrollata e, molto spesso, tecnicamente irreversibile (qualora il materiale venga pubblicato in rete) legittima, almeno in parte, un trattamento sanzionatorio così elevato per la produzione che avvenga al di fuori di un rapporto personale di natura privata.

Una ricostruzione in termini eccessivamente rigidi del precetto di cui all'art. 600-ter c.p., visto solo nella sua enunciazione letterale e non anche sistematica, finirebbe però con il sanzionare penalmente casi il cui disvalore offensivo è inesistente o comunque assai esiguo. Si pensi al quindicenne che fotografa la fidanzatina consenziente in atteggiamenti pornografici per dividerne le immagini nell'intimità della loro relazione sentimentale. In questa ipotesi mancherebbe il requisito tipico della oggettiva *utilizzazione* della minore. Qualora il materiale venga prodotto tra coetanei per una fruizione esclusivamente privata ed intima viene meno l'uso *strumentale* del corpo o della sessualità del minore ripreso, per scopi che travalichino i confini di detto rapporto, che invece si configura di fronte al rischio di "fruizione" di terzi e/o di diffusione ad un pubblico indeterminato. Laddove manchi tale

255 Cfr. ancora PICOTTI L., *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*, cit., p. 1290.

256 *Ibidem*.

strumentalizzazione o reificazione del minore vi sarà soltanto una normale e legittima estrinsecazione della sessualità del minore, a cui il legislatore riconosce, a seconda della sua età e della sua maturità psico-sessuale, il diritto alla libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale.

A differenza di quanto espressamente richiesto dall'art. 600-ter c.p., il materiale di natura pedopornografica realizzato nel contesto e nei limiti di un libero rapporto interpersonale di carattere intimo non è in conclusione il frutto di una strumentalizzazione, *rectius* "utilizzazione" a scopi pornografici del minore. Nel momento in cui un adolescente riprende la fidanzata consenziente mentre svolge atti sessuali per fruirne solo nella loro intimità non la degrada a strumento per il soddisfacimento di interessi sessuali altrui, ma pone in essere una condotta che, in ragione del suo carattere consensuale e privato, costituisce una forma legittima di estrinsecazione del loro pieno diritto alla libertà sessuale.

Dal punto di vista della dimensione intersoggettiva dei rapporti sociali, la condotta non entra in *conflitto* con l'interesse del soggetto passivo, meritevole di tutela penale²⁵⁷. A muovere l'agente non è il perseguimento di un proprio interesse "di parte" che si contrappone a quello tutelato dalla norma incriminatrice e che fa capo al minore ritratto in comportamenti sessuali. Il fatto di produrre materiali di contenuto astrattamente pedopornografici in un ambito intimo e per una fruizione solo privata costituisce uno dei modi attraverso cui (anche) i minori possono legittimamente esprimere la loro libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale. Si tratta dunque di un *limite tacito speciale* di fattispecie²⁵⁸, che rende la condotta di produzione atipica,

257 Evidenzia, a ragione, come alla base di ogni fattispecie incriminatrice debba esserci un rapporto conflittuale di interessi F.C. PALAZZO F.C., *I confini della tutela penale: selezione dei beni e criteri di criminalizzazione*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 1992, p. 453 ss., p. 463; PICOTTI L., *Il dolo specifico. Un'indagine sugli "elementi finalistici" delle fattispecie penali*, Milano, 1993, p. 547 ss.; *Id.*, *La nozione di «criminalità informatica» e la sua rilevanza per le competenze penali europee*, in *Riv. trim. dir. pen. econ.*, n. 4, 2011, p. 827 ss., p. 838 s.

258 Sui cd. "limiti taciti" della fattispecie penale si rinvia allo studio monografico di NUVOLONE P., *I limiti taciti*, cit., *passim.*, ed in specie, per quanto riguarda i "limiti taciti speciali" della norma incriminatrice, p. 136 ss., p. 147, p. 149 ss., p. 150, laddove afferma che «ogni norma, essendo determinata da una ratio, e trovando così la sua giustificazione in particolari presupposti di fatto, decade non appena quella ratio, per un qualsiasi motivo avente valore oggettivo, viene a mancare. È un principio che

perché rimane circoscritta alla sfera privata e, di conseguenza, non instaura, per mancanza di un utilizzo strumentale del minore, alcun rapporto illecito di rilevanza sociale. Breve: l'essenza del fatto nel quale viene coinvolto il minore non coincide con la *ratio* della norma incriminatrice e non integra l'offesa da essa tipizzata.

In tutti gli altri casi il consenso del minore sarà irrilevante per la generale indisponibilità della propria sessualità ad essere utilizzata per produrre materiale pedopornografico. Laddove la realizzazione di immagini o di video di natura pornografica venga posta in essere al di fuori di un rapporto privato tra o con minori, essa cessa di costituire una legittima estrinsecazione del diritto alla libertà di autodeterminazione nella sfera sessuale e comporta una reificazione del minore, il cui corpo è *utilizzato* per finalità che la travalicano. Mediante tale fatto si configura dunque un *rapporto conflittuale* rispetto agli interessi o beni tutelati del minore coinvolto nella produzione.

Da una prospettiva dei rapporti sociali, muta il *significato* ed lo specifico disvalore sociale della produzione del suddetto materiale: essa non è più una naturale e legittima modalità di estrinsecazione della sessualità vissuta nell'ambito di una relazione intima e che deve rimanere privata, ma diventa il *mezzo* per il soddisfacimento di un interesse di "parte" contrapposto a quello del soggetto passivo, che viene ridotto ad oggetto corporale e strumento utilizzato per esclusivi scopi pornografici altrui. Tale reificazione annulla la dignità del minore e mette in pericolo il suo sano sviluppo psico-fisico e sessuale. Essa contribuisce altresì, in conseguenza della potenziale destinazione del materiale così prodotto alla messa a disposizione di terzi, al consolidamento ed alla propagazione di modelli culturali e di stili di vita illeciti, nei quali vengono calpestati i diritti e la personalità dei minori in ambito sessuale, ridotti a mero *strumento* per il soddisfacimento di desideri sessuali altrui o comunque per il perseguimento di finalità (di vendetta, di denigrazione, di umiliazione, economiche, ecc.), che si contrappongono agli interessi delle giovani vittime.

9.4. Il disvalore sociale delle condotte di distribuzione, divulgazione, diffusione, pubblicizzazione, offerta e cessione di pedopornografia

Affinché le condotte di distribuzione, di divulgazione, di diffusione o di pubblicizzazione, richiamate al co. 3 dell'art. 600-ter c.p., oppure di offerta

o di cessione, anche a titolo gratuito, di cui al successivo co. 4 dell'art. cit., siano penalmente rilevanti, devono avere ad oggetto il «materiale pornografico di cui al comma 1» dell'art. 600-ter c.p. Si tratta, in forza della clausola di riserva («al di fuori delle ipotesi di cui al primo e secondo comma») prevista all'inizio dell'art. 600-ter, co. 3, c.p., di fattispecie residuali che si applicano soltanto a coloro che non hanno preso parte alla realizzazione di spettacoli o esibizioni pedopornografiche ovvero alla produzione o commercializzazione del suddetto materiale.

Con l'espresso rinvio al «materiale pornografico di cui al comma 1» dell'art. 600-ter c.p., sembrerebbe che il legislatore abbia quindi voluto circoscrivere la rilevanza penale delle condotte tipiche in esame a quelle che abbiano ad oggetto soltanto il materiale prodotto «utilizzando» minori infradiciottenni.

Se si accogliesse questa interpretazione letterale, sostenuta di recente anche da un settore della giurisprudenza di legittimità²⁵⁹, si giungerebbe però a risultati alquanto discutibili, sancendo di fatto l'irrilevanza penale della maggior parte dei casi anche di *sexting* c.d. secondario. Si pensi, a titolo paradigmatico, alla persona (adulto o anche minore) che riceva un video prodotto e inviatogli spontaneamente da una adolescente mentre si riprende nel compimento di atti di autoerotismo e successivamente decida di distribuirlo ad alcuni amici. Mancando in senso stretto una strumentalizzazione, *rectius* utilizzo a monte della minore, si dovrebbe affermare che le condotte che consistono nella successiva messa a disposizione a terzi del materiale così prodotto da parte del destinatario sia penalmente irrilevante. Ad identica conclusione si dovrebbe giungere nei casi, ancor più gravi, in cui una persona (adulto o minore), per vendicarsi nei confronti del *partner* minore di età, per umiliarlo o anche soltanto per goliardia, decida di diffondere o distribuire sul *web* le immagini di natura pedopornografica che aveva precedentemente prodotto in modo consensuale con quest'ultimo allo scopo di fruirne in un contesto privato. Mancando anche in questa ipotesi, tutt'altro che di scuola, un *previo* utilizzo strumentale di un minore da parte di un soggetto diverso da chi poi mette a disposizione di terzi il suddetto materiale, il successivo fatto della

259 In questo senso v., ad es., Cass. pen., sent. n. 11765/2016 cit. Su tale discutibile orientamento si avrà modo di tornare *infra*, par. 10.

diffusione, pur a fronte del suo indiscutibile disvalore sociale, non sarebbe sussumibile nell'alveo dell'art. 600-ter, co. 3, c.p.²⁶⁰

Laddove la produzione del materiale fosse stata realizzata mediante la previa mercificazione di un minore, nel fuoco del dolo delle condotte tipiche poste "a valle" dovrebbe rientrare, oltre alla natura pedopornografica dell'oggetto materiale (immagini, video, ecc.), anche la nota modale dell'"utilizzo", in forza del rinvio espresso al primo comma del citato articolo²⁶¹. In altre parole, si dovrebbe dimostrare la volontà consapevole di distribuire (diffondere, pubblicizzare, cedere, ecc.) materiale pornografico che è stato prodotto «utilizzando» strumentalmente un minore infradiciottenne. È evidente, però, che tale consapevolezza non può esserci, di regola, nei casi di *sexting* secondario o di *revenge porn*. Il *sexter* sa anzi che le immagini o i video pedopornografici da lui diffusi sul *web* o ceduti ad una cerchia ristretta di persone sono stati realizzati senza alcun utilizzo strumentale del minore, trattandosi di materiale liberamente prodotto da un terzo (*partner*, amico, ecc.) o comunque realizzato nel contesto di una relazione interpersonale privata²⁶².

Per superare gli evidenti limiti di una interpretazione letterale delle menzionate norme incriminatrici si è sostenuto che, a fronte dell'esplicito rinvio al «materiale pornografico di cui al comma 1» dell'art. 600-ter c.p., le condotte previste nei commi successivi del citato articolo andrebbero punite per il mero fatto di avere ad oggetto materiale pornografico minorile²⁶³. A rilevare non sarebbe dunque la modalità ("utilizzo") né il contesto (privato od invece al di fuori di un rapporto interpersonale di carattere sentimentale) della produzione del suddetto materiale, bensì soltanto il suo contenuto oggettivo, vale a dire la sua natura di per sé pedopornografica.

Si è sottolineato che una ricostruzione in questi termini delle citate previsioni legali, pur discostandosi dal loro tenore letterale, sarebbe comunque in linea con la *ratio* della normativa in materia di pornografia minorile, dato che

260 Questi casi potrebbero comunque essere sussunti nel delitto di trattamento illecito di dati personali di cui all'art. 167 d.lgs. 30 giugno 2003, n. 196 (cd. *codice privacy*). In tal senso v., ad es., Cass. pen., sez. III, sent. 10 settembre 2016, n. 40356.

261 Cfr. PICOTTI L., *Art. 600-ter, III comma, c.p.*, in CADOPPI A. (a cura di), *Commentario*, cit., p. 206.

262 Cfr. BIANCHI M., *Il "sexting minorile"*, cit., p. 151.

263 In tal senso v., ad es., Trib. Firenze, sent. 27 gennaio 2015, n. 163.

assicurerebbe una più ampia tutela dei minori mediante l'incriminazione di qualsiasi comportamento avente ad oggetto materiale pedopornografico²⁶⁴. Essa faciliterebbe inoltre l'accertamento in sede processuale della sussistenza delle condotte poste a valle rispetto all'originaria produzione, non dovendosi provare, sul piano oggettivo, l'effettivo utilizzo strumentale del minore e, su quello soggettivo, la consapevolezza di tale reificazione. Verrebbe così scongiurato il rischio di lasciare impuniti molti dei gravi comportamenti riconducibili al *sexting* secondario.

Tale interpretazione non appare però del tutto persuasiva. Non vi è dubbio che la forma gerundiva «*utilizzando*», richiamata in modo espresso soltanto al co. 1 dell'art. 600-ter c.p., non possa essere riferita in senso letterale anche alle condotte tipiche che si pongono a valle rispetto alla realizzazione di esibizioni o spettacoli pedopornografici o alla produzione di materiale di analogo contenuto. Come emerge già sul piano ermeneutico, la norma incriminatrice esclude che vi sia coincidenza soggettiva tra chi realizza spettacoli pedopornografici o produce analogo materiale e chi, in una fase successiva, lo commercializza, lo diffonde o lo mette a disposizione di terzi. Nel punire le condotte che consistono nella cessione, nella diffusione ovvero nella messa a disposizione di un numero indeterminato di persone di materiale pedopornografico il legislatore non richiede che esso sia stato necessariamente prodotto «*utilizzando minori degli anni diciotto*». Questo non significa, tuttavia, che la proiezione offensiva delle condotte tipiche che si collocano in una fase successiva alla produzione poggi, come sostenuto dall'orientamento da noi non condiviso, sulla oggettiva natura pedopornografica dell'oggetto materiale.

A sostegno della nostra diversa interpretazione vi è un importante dato normativo. Già si è detto (*retro*, par. 9.3) che l'"utilizzo" di un minore infradiciottenne non è un elemento che deve intrinsecamente caratterizzare il materiale pedopornografico, ma costituisce la modalità esecutiva attraverso cui la (condotta di) *produzione* deve realizzarsi per essere penalmente rilevante. E tale circostanza è confermata *a fortiori* anche dalla definizione legale di pornografia minorile che nel 2012 il legislatore ha introdotto all'art. 600-ter, cpv., c.p.: essa non richiede che il materiale pedopornografico venga

264 BIANCHI M., *Il "sexting minorile"*, cit., p. 151.

di per sé realizzato mediante l'utilizzo strumentale di un minore (v. *infra*, par. 9.6).

A sua volta, l'art. 600-ter, co. 3, c.p. equipara, dal punto di vista sanzionatorio, alle condotte poste a valle della produzione e della realizzazione di spettacoli pedopornografici quelle di distribuzione o di divulgazione di notizie o informazioni finalizzate all'adescamento o allo sfruttamento sessuale dei minori infradiciottenni. Non richiede dunque che abbiano ad oggetto materiale pedopornografico. In tutti questi casi a rilevare penalmente, in linea con la *ratio* dell'art. 600-ter cp., è dunque il *tipo di rapporto* illecito di rilevanza sociale che sostanzia i fatti tipici e che, per la loro idoneità ad incidere oggettivamente sui contrapposti interessi del soggetto passivo e, più in generale, della categoria dei minori, ne giustificano l'incriminazione.

La *ratio* della norma incriminatrice di cui all'art. 600-ter c.p. consiste dunque nel punire la *strumentalizzazione* del corpo o della sessualità del minore per la "fruzione" di terzi (cfr. *retro*, par. 9.3).

Nel rinviare, mediante l'infelice locuzione, al materiale pornografico «*di cui al comma 1*» dell'art. 600-ter c.p., il legislatore non ha voluto richiedere che le condotte poste a valle della produzione vengano circoscritte soltanto a quelle che abbiano ad oggetto materiale *prodotto* attraverso la utilizzazione strumentale di minori, ma che, al pari di quella collocata "a monte", esprimano una equivalente strumentalizzazione o reificazione del minore rappresentato nelle immagini oggetto di diffusione, distribuzione, commercializzazione, cessione od offerta a terzi.

L'"utilizzazione" di un infradiciottenne è, almeno di regola, connaturata alle condotte tipiche che si pongono a valle rispetto alla produzione di pedopornografia. Nel momento in cui il materiale pornografico viene messo in circolazione o comunque a disposizione di un numero indeterminato di persone, fuoriesce dal rapporto interpersonale in cui era lecita la sua (sola) produzione ed i minori in esso rappresentati vengono ridotti da queste diverse condotte poste a valle a mero strumento o merce per il perseguimento di illegittimi interessi di altre "parti" (soddisfacimento di perversi desideri sessuali, propositi di vendetta, di umiliazione, di profitto, ecc.). Anche tali condotte instaurano, al pari di quella di produzione che implichi l'*utilizzo strumentale* del minore, di cui all'art. 600-ter, co. 1, n. 1, c.p., un *conflitto intersoggettivo* fra l'autore ed il soggetto od i soggetti passivi minorenni, titolari

del contrapposto interesse che il legislatore ha ritenuto meritevole di tutela penale. Dalla diffusione, pubblicizzazione o cessione di immagini pedopornografiche a terzi derivano, di regola, notevoli danni di natura psicologica ai minori in esse rappresentati, se identificabili. Tali fatti tipici contribuiscono altresì a perpetuare o a far “rivivere” l’offesa subita dal minore nel momento in cui è stato utilizzato per produrre quel materiale oltre che a ledere la sua *privacy* ed intimità sessuale²⁶⁵.

Il rapporto illecito che si instaura mediante le condotte che si collocano a valle della produzione e che travalica i “limiti” taciti di fattispecie non coinvolge però soltanto il minore rappresentato nel materiale, che può non essere neppure identificabile (basti pensare ai casi in cui si tratti di immagini lascive aventi ad oggetto soltanto gli organi genitali di minorenni), ma, più in generale, coinvolge anche la categoria indeterminata dei minori di età. In altre parole, tramite questo tipo di rapporto o meglio di *conflitto intersoggettivo*, che si instaura mediante le condotte tipiche di messa in circolazione della *res prohibita*, si veicolano e propagandano modelli e stili di vita in cui la dignità e la libertà sessuale dei minori in quanto persone viene annullata, essendo trasformati in strumenti per il soddisfacimento di altrui interessi illegittimi. Si creano altresì le condizioni favorevoli per futuri comportamenti di abuso, di sfruttamento sessuale o di utilizzo strumentale dei minori.

9.5. La detenzione di pornografia minorile

L’art. 600-*quater* c.p. punisce, con la reclusione fino a tre anni e la multa, chi *si procura o detiene* (in luogo dell’originario *dispone*) materiale pornografico minorile²⁶⁶.

265 Sul disvalore delle condotte di distribuzione di materiale pedopornografico cfr., nella dottrina di lingua inglese, OST S., *Child Pornography and Sexual Grooming: Legal and Societal Responses*, Cambridge, 2009, p. 107; GILLESPIE A.A., *Cybercrime. Key Issues and Debates*, New York, 2016, p. 229.

266 Per un approfondito commento critico alla fattispecie in esame ed alle sostanziali modifiche apportate alla sua originaria formulazione dall’art. 3 l. n. 38/2006, v., oltre alla più autorevole manualistica, CADOPPI A., *Art. 600-*quater* c.p. (Detenzione di materiale pornografico)*, in Id. (a cura di), *Commentario*, cit., p. 227 ss., in specie p. 238 ss.; BIANCHI M., DEL SIGNORE S., *Detenzione di materiale pornografico*, in Id., *I reati contro la persona*, cit., p. 477 ss.; nonché PICOTTI L., *I delitti di sfruttamento sessuale dei bambini*, cit., p. 1313 ss.

In forza della clausola di riserva espressa («*al di fuori delle ipotesi previste dall'articolo 600-ter*») richiamata dalla previsione legale, il reato non si configura qualora il soggetto agente sia allo stesso tempo il produttore o il distributore del materiale pornografico minorile che rientra nella sua disponibilità. Chi produce, commercia, diffonde ovvero cede la *res prohibita* logicamente ne è in possesso. La detenzione costituisce un *post factum* non punibile, il cui disvalore è assorbito nella più grave ipotesi di produzione, ovvero un *ante factum* non punibile, da ricondurre nell'alveo delle fattispecie di distribuzione, divulgazione o cessione²⁶⁷.

La norma incriminatrice ha ad oggetto il materiale pornografico «*realizzato utilizzando minori degli anni diciotto*». Ai fini dell'integrazione dell'ipotesi delittuosa si richiede che il materiale sia soltanto «*realizzato*» mediante l'utilizzazione di minori, con locuzione diversa da quella impiegata al comma 1 dell'art. 600-ter c.p. (che sia «*prodotto*»). Questa diversa formulazione legislativa non risponde però a particolari scelte politico-criminali, ma è da considerarsi come una mera variante lessicale²⁶⁸. Il contenuto coincide in sostanza con quello della norma incriminatrice di cui all'art. 600-ter c.p.

L'art. 600-quater c.p. si configura come una cd. norma di chiusura, che è volta ad evitare in via residuale l'impunità di condotte che, collocandosi dal lato della domanda, contribuiscono ad alimentare, seppur indirettamente, il mercato illecito della produzione, della diffusione e della commercializzazione di pornografia minorile²⁶⁹.

267 Sulla disciplina penale dell'*ante factum* e del *post factum* si rinvia, per tutti, ai rilievi di VASSALLI G., voce *Antefatto non punibile, postfatto non punibile*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 505 ss.; ed in specie allo studio monografico di PROSDOCIMI S., *Profili penali del postfatto*, Milano, 1982. Sulla detenzione di materiale pedopornografico quale antefatto non punibile il cui disvalore viene assorbito nell'ipotesi più grave di cessione v., in giurisprudenza, Cass. pen., sez. III, sent. 10 luglio 2008, n. 36364.

268 Cfr. Cass. pen., sent. 11675/2016 cit. Sulla implausibilità di una effettiva rilevanza pratica dell'impiego nella formulazione dell'art. 600-quater c.p. della locuzione «materiale *realizzato*» in luogo di «materiale *prodotto*» di cui all'art. 600-ter c.p., cfr. CADOPPI A., *Art. 600-quater c.p. (Detenzione di materiale pornografico)*, cit., p. 239.

269 In giurisprudenza v., ad es., Cass. pen., sez. III, n. 43246/2010, secondo cui la previsione legale coprirebbe quelle ipotesi in cui non ricorra il concreto pericolo della diffusione a terzi del materiale illecito. Per un quadro delle diverse giustificazioni adottate dalla penalistica, anche straniera, a sostegno dell'incriminazione del mero possesso di pornografia minorile v., anche per i necessari riferimenti bibliografici, SALVADORI I., *I reati di possesso*, cit., p. 226 ss.

La detenzione di pedopornografia è punita, prima ancora che per il pericolo che chi ne abbia la disponibilità possa diffonderla o cederla a terzi, per il fatto che chi detiene incentiva, in modo mediato, la domanda e quindi la sua produzione, sia essa artigianale o professionale²⁷⁰.

Secondo un autorevole settore dottrinale una tale ricostruzione dell'ambito di applicazione della fattispecie in esame potrebbe portare a risultati pratici aberranti²⁷¹. A titolo esemplificativo si richiama l'ipotesi della minore diciassettenne che riceve dal fidanzato minore di età una fotografia da lui scattata nella quale si riprende in attività di autoerotismo. Venendo ad assumere la detenzione del materiale, l'adolescente dovrebbe rispondere del reato di cui all'art. 600-*quater* c.p. Una diversa lettura della fattispecie compatibile con il suo tenore letterale e conforme alla sua *ratio* incriminatrice, nonché con i suoi "limiti taciti" permette però di evitare, nella maggior parte dei casi, il rischio di ingiustificati eccessi punitivi.

È evidente che non debba rispondere per la detenzione di pedopornografia il minore che dispone di materiale autoprodotta (immagini dei suoi organi genitali per scopi sessuali, video di atti di autoerotismo, ecc.). Si tratta invero di una condotta che, contrariamente alla *ratio legis*, non solo non presuppone (a monte) alcun suo utilizzo strumentale per scopi pornografici da parte di terzi, ma che non stimola neppure la domanda e quindi non incentiva la "fruizione" da parte di terzi né il mercato illecito della pornografia minorile²⁷².

Le ipotesi in cui la pedopornografia è stata realizzata dal detentore per una "fruizione" meramente privata ed intima, proprio e/o del *partner* (si pensi alla persona che nell'ambito di una relazione sentimentale riprenda la fidanzata minore di età con il suo consenso nel compimento di un atto sessuale), non sono sussumibili né nel reato di produzione di pornografia minorile (v. *retro*, par. 9.3) né nel reato meno grave di detenzione ex art. 600-*quater* c.p., non implicando, come si è detto, tale fatto alcuna "utilizzazione" o reifi-

270 SALVADORI I., *op. cit.*, p. 228.

271 CADOPPI A., *Art. 600-quater c.p. (Detenzione di materiale pornografico)*, cit., p. 239.

272 Ad analoga conclusione si dovrà giungere rispetto alle ipotesi in cui un soggetto (adulto o minorenne) disponga consapevolmente di materiale pedopornografico che ha realizzato in modo consensuale con il *partner* minore di età nel contesto intimo di una relazione sentimentale e per un uso esclusivamente privato. Anche in questo caso il materiale non è il prodotto di una strumentalizzazione, *rectius* utilizzazione del minore per scopi pornografici (v. *retro*, par. 9.3).

cazione strumentale di un minore per scopi sessuali di terzi. In altre parole, il fatto di detenere materiale pedopornografico prodotto nell'ambito di un rapporto personale intimo e per un uso esclusivamente privato non travalica i limiti (negativi) taciti di fattispecie e, di conseguenza, non integra l'offesa da essa tipizzata.

A diversa conclusione si dovrà giungere rispetto ai casi in cui un soggetto (adulto o minorenne) disponga consapevolmente di materiale pedopornografico che non ha ricevuto dal minore che vi sia ritratto ed al quale sia legato da una relazione personale intima (*sexting* primario), ma che si sia procurato da terzi (sul *web*, mediante un programma P2P, acquistandolo da un pedofilo, ecc.).

Si potrebbe obiettare che il singolo fatto occasionale di procurarsi e di disporre di pornografia minorile non contribuisca comunque ad incentivare la produzione e, di conseguenza, l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori ovvero la loro mercificazione per scopi sessuali. L'incremento della domanda del mercato illecito deriverebbe piuttosto dal cumularsi di una molteplicità di condotte di consumo di pornografia minorile. Soltanto la generalizzazione di tali comportamenti incentiverebbe, in via mediata, la produzione, l'offerta e la commercializzazione del menzionato oggetto proibito. Ma alla base dell'incriminazione della mera detenzione di pedopornografia sembra esservi per l'appunto la cd. logica dell'accumulazione (*Kumulationsgedanke*), che porta ad una scelta obbligata in tale ambito per evitare la messa in pericolo del fondamentale bene giuridico dell'integrità psico-fisica e sessuale dei minori, derivante in effetti dalla reiterazione e generalizzazione di tali comportamenti²⁷³. Laddove invece non ci sia un pericolo di cumulo per la dimensione esclusivamente privata della condotta, il fatto di disporre del suddetto materiale non dovrebbe essere punibile, non contribuendo in alcun modo ad incentivare la domanda del mercato della pedopornografia.

9.6. La nozione legale di pornografia minorile

Nell'introdurre nel corpo codicistico un articolato insieme di norme incriminatrici per reprimere la pornografia minorile, il legislatore del 1998 aveva ommesso di definirne il concetto. La scelta fu aspramente criticata dalla dottri-

273 Sulle ragioni politico-criminali che stanno alla base del ricorso alla tecnica dei cd. reati cumulativi sia consentito rinviare a SALVADORI I., *I reati di possesso*, cit., p. 248 ss.

na, dal momento che lasciava alle soggettive valutazioni dell'interprete il non facile compito di precisare un elemento normativo extragiuridico alquanto controverso ed elastico, la cui portata finiva con il variare notevolmente a seconda del punto di vista e della sensibilità dell'organo giudicante²⁷⁴. Nell'assenza di una definizione legale, il giudice avrebbe dovuto garantirne, come riconosciuto anche dalla Corte di Cassazione, una interpretazione conforme al diritto europeo, ed in specie alla nozione contenuta nella decisione quadro 2004/68/UE, successivamente sostituita dalla direttiva 2011/93/UE²⁷⁵.

Per colmare questa lacuna del diritto interno, che aveva sollevato non poche difficoltà in sede applicativa, il legislatore, con la l. n. 172/2012, ha opportunamente definito il concetto di pornografia minorile, sostanzialmente in linea con quanto stabilito dall'art. 20, par. 2, della Convenzione di Lanzarote. L'art. 600-ter cpv. c.p. prevede oggi che nella *pornografia minorile* rientri «ogni rappresentazione, con qualunque mezzo, di un minore degli anni diciotto coinvolto in attività sessuali esplicite, reali o simulate, o qualunque rappresentazione degli organi sessuali di un minore di anni diciotto per scopi sessuali».

A fronte di questo meritevole sforzo definitorio, rimangono alcune perplessità circa la capacità di tale disposizione di delimitare in modo preciso e tassativo i confini dell'elemento normativo in questione²⁷⁶. Un settore auto-

274 Sul punto v., tra i primi commentatori, CADOPPI A., *Art. 600-ter, I e II comma, c.p.*, cit., p. 125 ss.

275 Cass. pen., sez. III, 22 marzo 2010, n. 10891, con commento di SCARCELLA A., *Tassatività e determinatezza della nozione di «pornografia»: la Cassazione apre al diritto comunitario*, in *Dir. pen. proc.*, n. 8, 2010, p. 973 ss.; Cass. pen., sez. III, sent. 26 ottobre 2015, n. 42964. Più in generale, sugli obblighi di interpretazione conforme del diritto nazionale al diritto comunitario ed europeo, sanciti dalla Corte di Giustizia nella importante causa 105/03 Pupino, v. i condivisibili rilievi di VIGANÒ F., *Il giudice penale e l'interpretazione conforme alle norme sopranazionali*, in CORSO P., ZANETTI E. (a cura di), *Studi in onore di Mario Pisani*, Piacenza, 2010, p. 617 ss.; volendo anche SALVADORI I., *Il diritto penale nella prospettiva di riforma dei Trattati europei*, in FRACANZANI M.M., BARONCELLI S. (a cura di), *Europa: Costituzione o Trattato per il suo fondamento?*, Napoli, 2010, p. 101 ss.; in specie BERNARDI A., *Interpretazione conforme al diritto UE e costituzionalizzazione dell'Unione Europea*, in *Riv. trim. dir. pen. cont.*, no. 3/2013, p. 230 ss.

276 Per un primo commento v. PECCIOLI A., *La riforma dei reati di prostituzione minorile e pedopornografia*, in *Dir. pen. proc.*, n. 2, 2013, p. 140 ss., p. 145 s. Nella manualistica v. criticamente FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen.*, PS, vol. II, t. I, cit., p. 170; MANTOVANI F., *Dir. pen.*, PS, I, cit., p. 467 s.

revoles della dottrina ha sostenuto che essa avrebbe una mera funzione negativa, essendo idonea ad escludere soltanto i comportamenti che non abbiano alcuna connotazione pedopornografica²⁷⁷. Rimarebbero così penalmente irrilevanti le condotte rispetto alle quali il minore assume il ruolo di mero spettatore passivo, non essendo *coinvolto* direttamente nella produzione del materiale illecito ovvero nei casi in cui costituisca soltanto uno strumento passivo per eccitare i perversi istinti sessuali altrui.

Ma prima di poterne delineare la funzione negativa di limite, occorre logicamente stabilirne il contenuto positivo. Ed al riguardo due sono i parametri normativi in base ai quali determinare la natura pedopornografica di un dato materiale. In primo luogo occorre che vi sia il *coinvolgimento* di un minore infradiciottenne in attività sessuali esplicite, reali o simulate. In alternativa, deve esserci la mera rappresentazione dei suoi organi genitali «*per scopi sessuali*».

Per l'integrazione del requisito del coinvolgimento *in attività sessuali* occorre innanzitutto che il minore venga rappresentato mentre prende parte all'attività sessuale con un adulto o con un coetaneo ovvero compia atti sessuali su sé stesso (autoerotismo), purché si tratti, come richiesto dalla norma definitoria, di atti «*espliciti*», ancorché simulati. Non è necessario che egli provi un effettivo piacere sessuale. Nel concetto di pornografia minorile rientrano soltanto gli atti che assumono un significato esplicitamente sessuale (ad es. toccamento di parti erogene in modo lascivo).

Qualche perplessità sorge poi rispetto al significato che viene ad assumere il *coinvolgimento* del minore. A differenza di quanto previsto dal Consiglio d'Europa nella Convenzione di Lanzarote, il nostro legislatore non ha espressamente limitato la nozione di pornografia minorile al materiale che rappresenti visivamente («*visual depiction*») un minore implicato o coinvolto in condotte sessualmente esplicite. Di conseguenza, sul piano astratto, la nozione potrebbe abbracciare anche il materiale audio, purché dalla sua “fruizione” si possa evincere il coinvolgimento di un minore in attività sessuali.

Maggiori perplessità sorgono rispetto alla portata del secondo parametro normativo, dal momento che non è chiaro quando la rappresentazione degli organi genitali di un minore venga fatta «*per scopi sessuali*». Il nostro legis-

277 FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen., PS*, vol. II, t. I, cit., p. 171.

latore non ha richiesto, a differenza di quanto stabilito dalla Convenzione di Lanzarote, che il materiale venga prodotto per uno scopo principalmente sessuale («*for primarily sexual purposes*»)²⁷⁸. La mera esibizione degli organi genitali di un minore non basta a farne acquisire una connotazione pornografica²⁷⁹. Tale natura dipenderà piuttosto dalle caratteristiche intrinseche delle immagini. Si dovranno quindi valorizzare le modalità con le quali le zone erogene o pubiche vengono riprese (tipo di inquadratura, sfondo dell'immagine, ecc.), lo stato fisiologico degli organi genitali oggetto di rappresentazione, il carattere oggettivamente lascivo della zona pubica di un minore, ecc.²⁸⁰. Non sempre la finalità sessuale di una determinata rappresentazione potrà emergere dalle oggettive caratteristiche del materiale. In molti casi sarà pertanto necessario ricorrere a criteri soggettivi, con inevitabili conseguenze in termini di indeterminatezza, data la loro natura incerta, dipendendo dall'impatto che la visione di quel materiale produce in chi lo osserva e dal punto di vista di chi è chiamato a valutarne la natura²⁸¹.

La definizione di pornografia minorile prevista dall'art. 600-ter cpv. c.p. prescinde in ogni caso dall'impatto offensivo che essa può avere sul minore coinvolto nella produzione. A connotare penalmente il materiale pedopornografico è il suo scopo sessuale o valore erotizzante. Già si è detto invero che la *ratio* dell'art. 600-ter c.p. non è di punire le condotte (di produzione, distribuzione, diffusione, cessione, ecc.) aventi ad oggetto materiale astrattamente pedopornografico, ma soltanto quei *tipi di rapporto* che esprimono una strumentalizzazione o reificazione del minore in esso rappresentato e, più in generale, la categoria indeterminata dei minori di età (*retro*, par. 9.3 e 9.4).

278 Sul punto v. Lanzarote Convention, *Explanatory Report*, par. 142.

279 Cfr. FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen.*, PS, vol. II, t. I, cit., p. 172. Non appare condivisibile l'orientamento della giurisprudenza che, svuotando il riferimento agli "scopi sessuali" previsto dall'art. 600-ter cpv. c.p., ha esteso eccessivamente il concetto di pornografia minorile, ritenendo sufficiente ai fini della sua integrazione la mera rappresentazione degli organi sessuali di un infradiciottenne e non più l'esibizione lasciva degli stessi, come richiesto anteriormente alla sua entrata in vigore. In tal senso v., ad es., Cass. pen., sez. III, sent. 6 febbraio 2013, n. 5874; Cass. pen., sez. 23 gennaio 2014, n. 3110; più di recente anche Cass. pen., sez. III, sent. 26 ottobre 2015, n. 42964.

280 FIANDACA G., MUSCO E., *Dir. pen.*, PS, vol. II, t. I, cit., p. 172.

281 *Ibidem*.

10. I recenti orientamenti giurisprudenziali in materia di *sexting*

Negli ultimi anni anche la nostra giurisprudenza ha dovuto inevitabilmente affrontare la controversa questione della rilevanza penale del *sexting*. In un primo momento i giudici di legittimità hanno stabilito che la normativa penale di contrasto alla pedopornografia dovesse applicarsi anche ai comportamenti (di produzione, cessione, diffusione, ecc.) aventi ad oggetto suddetto materiale, posti in essere da minori e tra minori²⁸². In nessun caso, a quanto consta, si è ipotizzata, tuttavia, la riconducibilità della condotta del minore che si fotografa in atteggiamenti sessuali espliciti o che riprende i suoi organi genitali in modo lascivo all'ipotesi delittuosa della produzione o della detenzione di materiale pedopornografico. Neppure al minore che cede al *partner* o a un suo coetaneo immagini a sfondo sessuale da lui autoprodotte risulta che sia stata contestata la fattispecie di cessione di pornografia minorile ex art. 600-ter, co. 4, c.p.

Il principale nodo interpretativo affrontato dalle più recenti pronunce riguarda la possibilità di sussumere i *selfie* pedopornografici nel delitto di produzione, di diffusione, di cessione ovvero di detenzione di pornografia minorile. Il sintetico richiamo ad alcuni recenti casi giurisprudenziali permette di cogliere meglio le difficoltà che sorgono nello stabilire la qualificazione giuridico-penale delle condotte di *sexting* e la loro sussunzione nella normativa penale vigente.

In un primo caso un ragazzo maggiorenne è stato imputato per aver prodotto e diffuso, mediante il *web* e su un *forum*, un video contenente materiale pornografico relativo ad un rapporto sessuale avuto con una minore consenziente, che all'epoca dei fatti era la sua fidanzata e la quale aveva liberamente espresso la sua volontà di farsi riprendere (art. 600-ter, co. 1 e 3, c.p.). Successivamente aveva diffuso in rete il materiale inviatogli dalla *ex* fidanzata per vendicarsi della sua decisione di porre fine alla loro relazione.

Muovendo dalla espressa definizione di pornografia infantile, introdotta dal legislatore con la l. n. 172/2012, il Tribunale di Firenze ha ritenuto che ai fini della configurazione dei delitti di cui agli art. 600-ter, co. 2, 600-quater e 600-quater.1 c.p., non sia necessario che l'interprete indaghi se il minore

282 In tal senso v., tra le molte, Cass. pen., sez. III, sent. 5 giugno 2007, n. 27252; Cass. pen., sez. III, sent. 6 dicembre 2012, n. 47239.

abbia prestato il suo consenso o se sia stato effettivamente utilizzato dal soggetto agente: a rilevare sarebbe soltanto il contenuto oggettivamente pornografico delle immagini prodotte²⁸³. Questa interpretazione sarebbe, secondo l'organo giudicante, in linea con le finalità che il legislatore si è proposto di perseguire e che consistono nell'assicurare una tutela penale anticipata del minore. Sanzionando le suddette condotte aventi ad oggetto materiale pedopornografico si è voluto prevenire il pericolo di incentivare ogni futura commissione di forme di abuso e di sfruttamento sessuale dei minori, quale categoria di soggetti deboli che necessitano di una protezione rafforzata.

A diversa conclusione si dovrebbe giungere, secondo i giudici fiorentini, per quanto riguarda la fattispecie di produzione di pornografia minorile (art. 600-ter, co. 1, c.p.), dato che essa richiederebbe, in punto di tipicità, un'indagine sull'effettiva "utilizzazione" del minore. Una interpretazione sistematica del reato in esame imporrebbe però di valorizzare anche il consenso della vittima. Soltanto in questo modo si potrebbe conciliare l'altrimenti eccessivo ambito di applicazione della suddetta fattispecie con la normativa penale di cui all'art. 609-quater c.p., in specie nella parte in cui riconosce al minore che ha compiuto i quattordici anni il diritto all'autodeterminazione sessuale, salvi i casi in cui tale soglia venga innalzata, in via eccezionale, ai sedici o ai diciotto anni ovvero abbassata ai tredici anni, rispetto agli atti sessuali tra coetanei (v. *retro*, par. 9.1).

Spetterebbe all'interprete verificare caso per caso se vi sia stata una effettiva manifestazione di volontà informata, consapevole e libera da qualsiasi forma di condizionamento, costrizione o inganno da parte di terzi, tale da escludere che il materiale pedopornografico sia stato prodotto attraverso l'utilizzo strumentale di un minore che abbia già compiuto i quattordici anni per uno scopo sessuale altrui²⁸⁴.

Muovendo da queste considerazioni, l'organo giudicante ha escluso che nel caso di specie vi fosse stata una produzione penalmente rilevante di pedopornografia. Non solo la registrazione da parte dell'imputato del rapporto sessuale era avvenuta con il consenso della minore, ma su sua diretta iniziativa, dal momento che quest'ultima aveva iniziato a riprendere l'amplesso

283 Trib. Firenze, sent. n. 163/2015 cit.

284 Trib. Firenze, sent. n. 163/2015 cit., p. 21 s.

con il suo cellulare. Data la sussistenza di un libero, informato e consapevole consenso della minore non vi sarebbe stato alcun elemento dal quale desumere una manipolazione della sua volontà. Per questi motivi il Tribunale di Firenze ha escluso la configurabilità del reato di produzione di materiale pedopornografico. Ha invece ritenuto integrata l'ipotesi di diffusione ex art. 600-ter, co. 3 c.p. Pur non essendoci stata a monte una strumentalizzazione o mercificazione della vittima, il video pubblicato dall'imputato su *Facebook* aveva ad oggetto un rapporto sessuale con una minore, da considerarsi pertanto come materiale pedopornografico diffuso ad un numero indeterminato di persone, ai sensi dell'art. 600-ter cpv. c.p.

L'efficacia del consenso dei minori, quale implicito elemento negativo del tipo, nell'ambito dei reati di pedopornografia è stata di recente riconosciuta anche dalla Corte d'appello di Milano, chiamata a pronunciarsi sulla vicenda riguardante un ventenne che aveva ricevuto da una quindicenne, conosciuta su un *Social Network*, immagini da lei direttamente realizzate nelle quali posava nuda in atteggiamenti sessualmente espliciti²⁸⁵. Nel caso di specie l'organo giudicante ha escluso la riconducibilità dei fatti all'ipotesi delittuosa di detenzione di pornografia minorile (art. 600-quater c.p.), contrariamente a quanto richiesto dal pubblico ministero nei motivi del ricorso. A sostegno di tale decisione, la Corte meneghina ha osservato, a ragione, che la condotta si era realizzata nell'ambito di un rapporto amoroso privato, con scambio consensuale di immagini a sfondo sessuale prodotte con autoscatto. Si doveva dunque escludere che, rispetto ai *selfie* pornografici autoprodotti dalla minore, vi fosse stato un suo utilizzo strumentale, come richiesto dal tenore letterale della fattispecie, nella parte in cui punisce la detenzione di materiale «realizzato utilizzando minori degli anni diciotto»²⁸⁶. Tale utilizzazione sarebbe venuta a mancare, dal momento che la minore, in ragione della sua età, poteva validamente prestare il proprio consenso, in quanto soggetto imputabile che può compiere atti sessuali con un maggiorenne e che può consensualmente assistere a tali atti, come si evincerebbe dalla disciplina rispettivamente prevista dagli artt. 609-quater e 609-quinquies c.p. L'incriminazione di chi detenga pornografia minorile prodotta in modo libero e

285 Corte app. Milano, ud. 12 maggio 2014 cit.

286 Corte app. Milano, ud. 12 maggio 2014 cit., p. 13 s. Cfr. *retro*, par. 9.5.

consapevole da una quindicenne e ricevuta direttamente da quest'ultima, alla quale il soggetto agente sia legato da un rapporto personale intimo, contrasterebbe con la stessa *ratio* dell'art. 600-*quater* c.p., in quanto fattispecie criminosa destinata a combattere il mercato della pedofilia e che pertanto non può proibire condotte aventi ad oggetto del materiale la cui produzione avviene in un contesto privato e nel legittimo esercizio della libertà di autodeterminazione sessuale dei minori²⁸⁷.

Di recente anche la Corte di Cassazione ha avuto modo di pronunciarsi sull'applicabilità al *sexting* della normativa penale di contrasto alla pedopornografia²⁸⁸. Questa in sintesi è la vicenda alla base della decisione dei giudici di legittimità: una minorenni con il suo cellulare decide di riprendersi in atteggiamenti sessuali espliciti ed invia spontaneamente il materiale da lei prodotto ad alcuni coetanei, che a loro volta lo cedono, ma senza il suo consenso, a terzi. In primo grado il Tribunale dei minori dell'Abruzzo ritenne di non doversi procedere nei confronti dei minori per la cessione di pedopornografia. Dal momento che nel caso di specie le immagini erano state prodotte su iniziativa della minore, non vi sarebbe stata alcuna sua utilizzazione da parte di terzi, come richiesto espressamente dall'art. 600-*ter*, co. 1, c.p. Di conseguenza, la condotta di cessione posta in essere dagli imputati minorenni non poteva sussumersi nell'alveo della norma incriminatrice.

Avverso la sentenza di assoluzione propose ricorso il procuratore del Tribunale dell'Aquila. Pur riconoscendo che la rilevanza penale della produzione di materiale pedopornografico richiede che vi sia stata una effettiva mercificazione di un minore, il ricorrente ritenne, in modo condivisibile, che a diversa conclusione si dovesse giungere rispetto all'ipotesi di cessione. La fattispecie di cui all'art. 600-*ter*, co. 4, c.p., nella parte in cui rinvia al «materiale di cui al comma 1» non richiederebbe che le immagini siano state create da persone diverse rispetto al minore in esse rappresentato. Il sostenere, di contro, che in tutti i commi dell'art. 600-*ter* c.p. rilevarebbe soltanto il materiale pedopornografico nel quale vi sia stato l'utilizzo strumentale di un minore da parte di terzi produrrebbe, secondo il pubblico ministero, un pericoloso e gravissimo vuoto di tutela penale.

287 Corte app. Milano, ud. 12 maggio 2014, cit., p. 14 s.

288 Cass. pen., sez. III, sent. 21 marzo 2016, n. 11675.

Nel risolvere la controversa questione i giudici di legittimità hanno evidenziato che l'ambito di applicazione dell'intero reato di cui all'art. 600-ter c.p. dipende da una corretta interpretazione del suo primo comma. Quest'ultimo avrebbe un ruolo decisivo nell'esegesi dei successivi commi, la cui rilevanza penale presuppone a monte la produzione del materiale pedopornografico, senza la quale non sarebbe logicamente ipotizzabile la configurazione delle ipotesi di diffusione, commercializzazione, offerta e cessione. Per ricostruire la *ratio* della previsione legale, la Corte di Cassazione ha fatto richiamo alla già citata sentenza a sezioni unite del 2000, la quale aveva stabilito, come si è visto, che la fattispecie in esame configura un reato di pericolo concreto²⁸⁹. Dalla produzione di materiale pornografico mediante l'utilizzo di minori sorgerebbe il concreto pericolo della sua diffusione, poiché di fatto essa conduce ad offrire il minore alla visione perversa di una cerchia di pedofili e ad immetterlo nel mercato illecito della pedofilia. Muovendo da questa premessa l'organo giudicante, per vero con un ragionamento non del tutto conseguente, ha ritenuto che dal punto di vista logico, prima ancora che giuridico, l'autore del reato di produzione di pornografia minorile debba necessariamente essere *altro* rispetto al minore utilizzato e rappresentato nel materiale²⁹⁰. La rilevanza penale della condotta di produzione presupporrebbe dunque l'«alterità» e la «diversità» tra colui che lo produce e chi è effettivamente rappresentato nel materiale²⁹¹. Di conseguenza irrilevante sarebbe sul piano penale il materiale pornografico autoprodotta da un minore (*selfie*).

Tale ricostruzione ermeneutica avrebbe effetto, secondo l'organo giudicante, anche nell'interpretazione dei successivi commi dell'art. 600-ter c.p., dal momento che le ipotesi delittuose di diffusione, di divulgazione, di distribuzione, di offerta e di cessione hanno ad oggetto lo stesso materiale pedopornografico di cui al primo comma.

289 Cass. pen., S.U., sent. n. 13/2000 cit.

290 Cass. pen., sent. n. 11675/2016 cit.

291 A confermare la correttezza di tale interpretazione vi sarebbe, secondo i giudici di legittimità, un importante dato normativo. L'art. 602-ter c.p., che disciplina le circostanze aggravanti relative ai delitti contro la personalità individuale, presuppone che tra autore del reato e persona offesa sussista un rapporto di necessaria «alterità». La *ratio* della norma consisterebbe nel tutelare il minore da qualsiasi condotta, tenuta da altri, che lo coinvolga o lo immetta nel perverso circuito della pedofilia o, più in generale, dello sfruttamento o della prostituzione minorili.

Laddove il legislatore ha impiegato la locuzione «*materiale di cui al comma 1*» non avrebbe voluto fare riferimento al materiale pornografico raffigurante un minore *tout court*, indipendentemente dal soggetto che lo ha prodotto, ma avrebbe limitato l'oggetto materiale a quello che è stato prodotto da terzi. A rilevare sarebbe il *quomodo* della produzione, vale a dire le modalità di realizzazione che richiedono, per espressa volontà legislativa, l'utilizzo strumentale del minore da parte di un terzo, con il conseguente pericolo di diffusione del prodotto. Le condotte che consistono nella diffusione ovvero nella cessione di pornografia minorile non sarebbero dunque penalmente rilevanti, se abbiano ad oggetto materiale autoprodotta dal minore in esso rappresentato, senza alcun intervento da parte di terzi.

Con questa motivazione la Corte di Cassazione ha dunque voluto limitare l'altrimenti eccessivo ambito di applicazione della norma incriminatrice di cui all'art. 600-ter c.p., in modo da evitare, per ragioni di giustizia equitativa, di sottoporre a pene severe i minori che, ponendo in essere condotte riconducibili al fenomeno del *sexting* secondario, sembrerebbero aver violato la normativa penale in materia di pedopornografia.

L'esclusione dell'intervento penale nel caso in esame poggia su una lettura teleologica della previsione legale, che contrasta però con la *ratio* incriminatrice e la necessaria distinzione fra le diverse condotte previste dall'art. 600-ter c.p. Come si è già avuto modo di evidenziare (*retro*, par. 9.4), anche con la condotta di cessione a terzi di materiale pedopornografico da parte di chi l'ha ricevuto dal soggetto in esso rappresentato si ha una illegittima *strumentalizzazione* del minore. Il *conflitto intersoggettivo* che il legislatore ha ritenuto meritevole di sanzione penale si instaura anche qualora le immagini oggetto di cessione siano state autoprodotte dal minore, dal momento che quest'ultimo viene *utilizzato* non nel momento della produzione, ma in quello (successivo) della cessione, diffusione o messa a disposizione di terzi, divenendo oggetto strumentale per il perseguimento dei contrapposti interessi "di parte" di chi mette in circolazione le sue immagini. Dunque la condotta di cessione a terzi da parte degli imputati dei *selfie* a sfondo sessuale realizzati e ricevuti dalla minorenne va sussunta nell'alveo dell'art. 600-ter, co. 4, c.p.

11. Considerazioni critiche finali

Un corretto approccio giuridico-penale al *sexting* richiede una attenta distinzione delle sue molteplici forme di manifestazione. Diversi sono i soggetti

che possono prendervi parte ed i motivi che li spingono ad agire (curiosità, esibizionismo, divertimento, goliardia, vendetta, ecc.); distinta è altresì la carica lesiva ed il disvalore sociale delle condotte, a seconda della circostanza che vengano poste in essere nell'ambito chiuso di un rapporto intersoggettivo privato (ad es. tra una coppia di coetanei) o che vadano oltre tale relazione, con il conseguente rischio di produrre effetti negativi virali. Si deve dunque distinguere tra chi produce materiale pedopornografico in un contesto esclusivamente intimo e privato, chi semplicemente lo riceve dal *partner* al quale è unito da un legame sentimentale e lo conserva (nel cellulare, sul *computer*, in casa, ecc.) per la sua "fruizione" personale, chi lo distribuisce o lo cede, anche a titolo gratuito, ad una cerchia ristretta di persone (coetanei, amici, ecc.) ovvero provvede addirittura a diffonderlo o immetterlo in rete. Occorre tener presente inoltre che un minore può porre in essere (o concorrere alla realizzazione di) più condotte tra quelle menzionate: chi produce il materiale allo stesso tempo lo detiene e può quindi metterlo in circolazione; chi lo diffonde o lo cede mediante lo TIC ne conserva di regola la disponibilità, ecc.

Una attenta lettura della normativa penale sulla pornografia minorile in linea con la *ratio legis* ed una ricostruzione teleologica e sistematica del suo articolato ambito di applicazione ha dimostrato che, nonostante i suoi innegabili limiti, è possibile giungere, almeno di regola, a soluzioni equilibrate rispetto al fenomeno sociale del *sexting* senza travalicare o forzare il dato normativo. È cioè possibile (e doveroso) limitare il ricorso alla sanzione penale ai comportamenti che siano offensivi dei diritti fondamentali delle giovani vittime del *sexting*, senza generalizzazioni che la escludano oltre il necessario.

Una delle manifestazioni più frequenti del *sexting* consiste nella autoproduzione di materiale di contenuto esplicitamente sessuale da parte di un minore e nella successiva cessione ad una persona alla quale sia legato da una stretta relazione sentimentale (ad es. fidanzato o amico intimo).

L'irrilevanza penale della condotta di autoproduzione di pedopornografia e della sua cessione ad una cerchia ristretta di persone (fidanzato, *partner*, confidente, ecc.) si giustifica per la mancanza della nota modale della utilizzazione del minore, che costituisce un elemento tipico dell'ipotesi criminosa di cui all'art. 600-ter, co. 1, n. 1, c.p. Si tratta, infatti, di una attività che viene

realizzata nel contesto di una relazione consensuale privata e che pertanto non sostanzia un conflitto intersoggettivo di interessi di rilevanza penale²⁹².

Non solleva particolari problemi l'inquadramento giuridico-penale del comportamento del minore che, dopo aver ricevuto immagini a sfondo sessuale prodotte da un'altra persona (*partner*, coetaneo, ecc.), decida invece, con o senza il suo consenso, di distribuirle, di diffonderle o di cederle a terzi. È questa sicuramente una delle manifestazioni più gravi del *sexting*, in quanto può arrecare una grave offesa ai diritti personalissimi dell'immagine, della dignità e della riservatezza della giovane vittima, oltre a ledere il suo sano sviluppo psico-fisico e sessuale.

A seconda del fatto che il materiale venga messo a disposizione di soggetti indeterminati o determinati la condotta del *sexter* integrerà l'ipotesi più grave di diffusione od offerta (*ad incertam personam*) di pedopornografia (art. 600-ter, co. 3, c.p.) ovvero quella più lieve di cessione (art. 600-ter, co. 4, c.p.). Irrilevante sarà il fatto che le rappresentazioni pornografiche siano state "a monte" prodotte direttamente dal minore, senza una sua oggettiva utilizzazione da parte di terzi. Tali condotte instaurano comunque un tipo di rapporto illecito di rilevanza sociale, mediante la strumentalizzazione del minore rappresentato nelle immagini che avviene nel momento in cui divengono oggetto di cessione per il soddisfacimento di interessi contrapposti di terzi, vale a dire di una "parte" opposta al minore. Esse veicolano altresì modelli culturali che contribuiscono ad incentivare gli abusi e la mercificazione dei minori, annullandone la dignità di persone²⁹³.

Questo non significa che il giudice minorile debba automaticamente condannare il *sexter* minore di età per tali comportamenti. Per evitare l'enorme peso di un processo e di una condanna penale nei suoi confronti, con le gravi ed inevitabili conseguenze che deriverebbero per il suo normale sviluppo psicologico e sociale, il giudice potrà ricorrere, laddove ne sussistano i presupposti, agli specifici istituti processuali di rilevanza sostanziale previsti nel diritto penale minorile. Rispetto ai comportamenti di *sexting* occasionali e caratterizzati da una esigua o tenue carica lesiva, potrà definire in via anticipata il processo adottando una sentenza di non luogo a procedere per

292 Cfr. *retro*, par. 9.4.

293 Cfr. *retro*, par. 9.5.

irrilevanza del fatto, in forza dell'art. 27 d.p.r. 22 settembre 1988, n. 448²⁹⁴. Si pensi, a titolo esemplificativo, al minore che detiene sul proprio *smartphone* un'immagine lasciva degli organi genitali di un minore non identificabile, che ha scaricato dal *web* per curiosità o che per goliardia cede ad un numero circoscritto e ridotto di coetanei, dopo averla ricevuta da terzi. Lo stesso dicasi nel caso in cui convinca una minore conosciuta su un *Social Network* a posare nuda davanti alla *webcam*, nell'ambito di un occasionale gioco erotico²⁹⁵.

294 Sui presupposti e l'ambito di applicazione del suddetto istituto v., nella copiosa letteratura, i rilievi critici di COLAMUSSI M., *La sentenza di non luogo a procedere per irrilevanza del fatto: punti controversi della disciplina e prospettive di riforma*, in *Cass. pen.*, 1996, p. 1671 ss.; PATANÈ V., *L'irrilevanza del fatto nel processo minorile*, in *Esp. giust. min.*, n. 3, 1992, p. 59 ss.; COPPETTA M.G., *Il proscioglimento per irrilevanza del fatto*, in PALERMO FABRIS E., PRESUTTI A. (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, in *Trattato di diritto di famiglia* (diretto da P. Zatti), 2 ed., Milano, 2011, p. 590 ss.; LARIZZA S., *Le "nuove" risposte istituzionali alla criminalità minorile*, *ivi*, p. 254 ss.; più di recente PANEBIANCO G., *Il sistema penale minorile. Imputabilità, pericolosità ed esigenze educative*, Torino, 2012, p. 73 ss., in specie p. 227 ss., p. 240, che sottolinea criticamente il rischio di una sua applicazione difforme, data l'indeterminatezza dei requisiti di operatività. Evidenzia come tale istituto finisca con il deresponsabilizzare il minore NUNZIATA M., *La sentenza di «non luogo a procedere per irrilevanza del fatto» nel processo penale minorile: considerazioni critiche*, in *Crit. pen.*, 1997, p. 65 ss. Sull'incerta natura di tale istituto ed i diversi inquadramenti dottrinali v. CESARI C., *Le clausole di irrilevanza del fatto nel sistema processuale penale*, Torino, 2005, p. 222 ss.

295 A risultati sostanzialmente analoghi si potrebbe arrivare anche nei casi in cui l'autore del *sexting* sia un adulto, purché il fatto da lui posto in essere non sia abituale e risulti, per le peculiari modalità di commissione o per l'esiguità del danno o del pericolo che da esso deriva, di particolare tenuità. Qualora il giudice riscontrasse la sussistenza dei menzionati requisiti potrebbe escluderne la punibilità in forza dell'istituto della tenuità del fatto di cui all'art. 131-bis c.p., introdotto nel codice penale dal d.lgs. 16 marzo 2015, n. 28. Questa peculiare causa di non punibilità potrebbe applicarsi però soltanto rispetto alle condotte di cui ai co. 3 e 4 dell'art. 600-ter c.p., che consistono nella messa a disposizione di soggetti indeterminati (diffusione, divulgazione, offerta, ecc.) o determinati (cessione) materiale pedopornografico e a quella di detenzione del suddetto materiale (art. 600-quater c.p.), trattandosi di fattispecie per cui è prevista la pena detentiva non superiore, nel massimo, ai cinque anni. Sull'istituto della particolare tenuità del fatto, introdotto all'art. 131-bis c.p., con il d.lgs. n. 28/2015, e la cui struttura è stata in parte mutuata da analoghe figure previste nel diritto penale minorile (art. 27 d.p.r. n. 448/1988) v., nella ormai copiosa letteratura, i rilievi di BARTOLI R., *L'esclusione della punibilità per particolare tenuità del fatto*, in *Dir. pen. proc.*, 2015, p. 659 ss.; GROSSO C.F., *La non punibilità per particolare tenuità del fatto*, *ivi*, 2015, p. 517 ss.; CAPRIOLI F., *Prime considerazioni sul proscioglimento per*

Il giudice minorile, laddove ritenesse opportuno dover valutare la personalità dell'imputato minorenni coinvolto in un episodio di *sexting* secondario, potrebbe anche disporre, in base a quanto disposto dall'art. 28 d.p.r. n. 448/1988, la sospensione del processo e conseguente messa alla prova presso i servizi minorili, per la realizzazione delle opportune attività di osservazione, trattamento e sostegno²⁹⁶. L'esito positivo della prova, da determinarsi a seguito della valutazione del comportamento del minore e dell'evoluzione della sua personalità, potrà comportare l'estinzione del processo (art. 29 d.p.r. n. 448/1988).

Questa ipotesi di *probation* processuale, che trova applicazione a prescindere dalla tipologia del reato commesso, sebbene non sottragga il minore che ha posto in essere un fatto illecito alla stigmatizzazione del processo penale (che si protrae in forza della peculiare disciplina del suddetto istituto) avrebbe comunque l'effetto di responsabilizzarlo, contribuendo al suo processo formativo²⁹⁷. La sottoposizione del minore che ha commesso una condotta di *sexting* secondario ad un progetto di intervento favorirebbe l'evoluzione della sua personalità e gli permetterebbe altresì di comprendere il disvalore sociale del fatto posto in essere²⁹⁸. Il giudice potrebbe inoltre fare ricorso a forme di giustizia riparativa (*restorative justice*), ed in specie all'istituto della mediazione²⁹⁹. In tal senso potrebbe promuovere, come stabilito dall'art. 28, co. 2, seconda parte, d.p.r. n. 448/1988, la conciliazione del mi-

particolare tenuità del fatto, in *Dir. pen. cont.*, 8 luglio 2015, p. 1 ss. In giurisprudenza v. Cass. pen., sez. III, sent. 8 aprile 2015, n. 15449, ivi, 22 aprile 2015, p. 1 ss., con nota di GATTA G.L., *Note a margine di una prima sentenza della Cassazione in tema di non punibilità per particolare tenuità del fatto (art. 131-bis c.p.)*.

296 Sull'istituto della sospensione del processo e della messa alla prova v. CIAMPI S., *Sospensione del processo penale con messa alla prova e paradigmi costituzionali: riflessioni de jure condito e spunti de iure condendo*, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, 2009, p. 1984 ss.; LARIZZA S., *La sospensione del processo con messa alla prova*, in PALERMO FABRIS E., PRESUTTI A. (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, cit., p. 279 ss.; PANEBIANCO G., *Il sistema penale minorile*, cit., p. 245 ss.

297 In questi termini v., ad es., PATANÈ V., voce *Mediazione penale*, in *Enc. dir.*, annali II, t. I, Milano, 2008, p. 572 ss., p. 585.

298 Sull'utilità del ricorso a tale istituto v., più in generale. COLAMUSSI M., *La messa alla prova*, Padova, 2010, p. 163 ss.; PANEBIANCO G., *op. cit.*, p. 249 ss.

299 Nella copiosa letteratura v., oltre ai contributi raccolti in PICOTTI L. (a cura di), *La mediazione nel sistema penale minorile*, Padova, 1998, PALERMO FABRIS E., *L'ascolto*

nore con la persona offesa, prevedendo l'obbligo di riparare le conseguenze del reato. Il ricorso alla mediazione nell'ambito minorile, che può essere promosso anche dal pubblico ministero e dai servizi minorili già nella fase delle indagini preliminari, ha una importante valenza pedagogica, dal momento che permette all'autore del reato di prendere coscienza dell'esistenza di una vittima reale e, se ha successo, portare ad uno spontaneo atto di riparazione a favore della persona offesa³⁰⁰.

Il diritto penale dovrà dunque intervenire, in ossequio al principio di sussidiarietà e di *ultima ratio*, rispetto agli atti che si connotano per un significativo disvalore sociale, come avviene, di regola, per i più gravi episodi di *sexting* secondario. Anche tali comportamenti, al pari di quelli commessi dagli adulti, comportano una reificazione di altri minori e contribuiscono a legittimare un modello di sessualità che contrasta con il rispetto dei diritti fondamentali, nonché a creare le condizioni per futuri abusi e sfruttamenti sessuali di minori. Queste condotte dovranno però essere punite o dar luogo ad interventi proporzionati alla loro effettiva carica lesiva.

Due sono, in prospettiva *de lege ferenda*, le soluzioni che potrebbero essere adottate in questo ambito, senza dover ricorrere in via interpretativa ai "limiti taciti" delle singole incriminazioni. In primo luogo si dovrebbero prevedere opportune cause di non punibilità, sostanzialmente in linea con quanto previsto dalla Convenzione di Lanzarote (v. *retro*, par. 8.2). In questo modo sarebbe possibile bilanciare i contrapposti interessi che entrano in gioco, ga-

del minore e la giustizia penale, in *Ind. pen.*, 2000, p. 1251 ss.; MANNOZZI G., *La mediazione penale*, Padova, 1999; *Id*, *La giustizia senza spada. Uno studio comparato su giustizia riparativa e mediazione*, Milano, 2003; MANNOZZI G., RUGGERI F. (a cura di), *Pena, riparazione e riconciliazione: diritto penale e giustizia riparativa nello scenario del terzo millennio (Atti del convegno di studi, Como, Villa Giulia, 13-15 maggio 2005)*, Varese, 2007; PATANÈ V., voce *Mediazione*, cit., p. 572 ss.; nonché MANNOZZI G., LODIGIANI G.A. (a cura di), *La giustizia riparativa. Formanti, parole e metodi*, Torino, 2017; con specifico riferimento alla *restorative justice* in ambito minorile v. TURLON F., *Giustizia riparativa e mediazione nel sistema penale minorile*, in PALERMO FABRIS E., PRESUTTI A. (a cura di), *Diritto e procedura penale minorile*, cit., p. 50 ss.; ZUCCALÀ M.A., *Le misure di sicurezza per i minorenni*, *ivi*, pp. 311-314; EUSEBI L., *Sviluppi normativi per una giustizia riparativa*, in *Minori Giustizia*, 2016, p. 33 ss.; più di recente v. anche i riferimenti in VENTUROLI M., *La vittima nel sistema penale. Dall'oblio al protagonismo?*, Napoli, 2015, p. 287 ss., cui si rinvia per ampi riferimenti bibliografici.

300 ZUCCALÀ M.A., *Le misure di sicurezza*, cit., p. 312 s.

rantendo da un lato la tutela dei minori contro ogni forma di mercificazione o abuso sessuale e riconoscendo dall'altro, a coloro che hanno raggiunto l'età per esprimere il consenso sessuale, un legittimo spazio di estrinsecazione della libertà di autodeterminazione sessuale in un contesto intimo e privato.

In secondo luogo si dovrebbe ripensare il trattamento sanzionatorio previsto per i reati di pedopornografia (ed in specie per l'ipotesi di produzione, per la quale è prevista una pena alquanto severa nel minimo) nell'alveo dei quali possono essere ricondotte le più gravi forme di *sexting*. Prevedendo cornici edittali con margini non troppo ravvicinati, e non eccessivamente elevati nel minimo, si permetterebbe al giudice di calibrare la sanzione penale in funzione della (spesso) ridotta carica lesiva dei comportamenti illeciti dei minori coinvolti nel *sexting*.



Resisting Neoliberalism in Colombia The Role of Human Rights

Paul A. Chambers³⁰¹

Translated by Victoria J. Furioi

Abstract

The Colombian government's noncompliance with the U.S.-Colombia Free Trade Agreement's Labor Action Plan calls into question not only the government's intentions but also the efficacy of human rights activism and discourse for social resistance to neoliberalism. Colombia has managed to adjust the narrative on human rights and improve its international image, paving the way for U.S. ratification of the free-trade agreement despite the fact that the human rights situation continues to be very serious. Its success in this is due to the way in which the debate on the agreement and human rights was framed—with a very narrow focus on trade unionists' rights and a discourse that did not link civil and political rights to economic and social rights—and to the ideological affinity between neoliberalism and the dominant liberal discourse on human rights.

301 Paul A. Chambers holds a PhD in Peace Studies from the University of Bradford, UK, and is a researcher in the School of Postgraduate Studies at the Universidad Autónoma Latinoamericana in Medellín, Colombia, where he has been based since 2007. He has published articles on human rights, the philosophy of conflict and peace, and the Colombian armed conflict. Victoria J. Furio is a translator living in New York City, esta contribución ha sido publicada originalmente en la revista *Latin American Perspectives* Issue 21, Vol. 44 Nr. 5 September 2017, 127 -144

Resumen

El incumplimiento del Plan de Acción Laboral por parte del gobierno colombiano, en el marco del TLC con Estados Unidos, pone en tela de juicio no solo las intenciones del gobierno, sino la utilidad y eficacia del activismo y discurso de los derechos humanos para la resistencia social al neoliberalismo. El Estado colombiano ha logrado ajustar la narrativa sobre los derechos humanos y mejorar su imagen internacional, lo que le permitió ser “premiado” con la ratificación del TLC a pesar de que la situación de derechos humanos siguiera siendo grave. Esto se debe a la forma en que se enmarcó el debate sobre el TLC y los derechos humanos —con un enfoque demasiado restringido y un discurso que no integró los derechos civiles y políticos con los derechos económicos y sociales— y a la afinidad ideológica entre el neoliberalismo y el discurso dominante de los derechos humanos.

Keywords: Colombia, Human rights, Neoliberalism, Social resistance

Colombia's neoliberal model has been strengthened since the free-trade agreement with the United States went into effect in May 2012. This article contends that this represents a strategic victory for the Colombian state, which has managed to clean up its image regarding human rights despite the fact that the situation has not substantially improved. I argue that this exposes some discursive and strategic weaknesses in the country's human rights activism.

Although union activism around human rights was able to block ratification of the agreement for several years, ultimately the strategy adopted, narrowly focusing the debate on the human rights of unionists, undermined the possibility of producing a discourse and a strategy that, in the long run, might have generated a more comprehensive and effective critique of the entire neoliberal project rather than just some of its manifestations. If social and political resistance to the neoliberal project partly depends on the discourse and defense of human rights, it is important to analyze their use by those promoting the neoliberal project as well as by those resisting it.

The article begins by contextualizing the situation of human rights and the free-trade agreement (2006–2012), highlighting some problems with the discourse and strategy used by the labor movement in Colombia. It continues with a discussion of human rights as a discourse in which some theo-

ries are set forth related to human rights activism and its usefulness as a mechanism of social resistance. It then moves on to some reflections on the ideological relationship between human rights discourse and the neoliberal project. The final three sections analyze the design and use of discourses and narratives around human rights in Colombia from the 1980s to 2012, demonstrating how the narrative has gradually shifted from one in which the state is seen as a perpetrator of human rights violations to one in which it is seen as a victim of terrorism. To conclude, some political and ideological reasons for this change in narrative are presented, and it is argued that if we pay attention to the way in which human rights discourse has been used in ideological and explanatory narratives regarding the social and political dynamics in Colombia, that discourse could still serve as one tool among others for social resistance to its ongoing neoliberal project.

Human Rights and the free-trade agreement

Since at least the 1990s the general perception of Colombia has been that it has the worst human rights record in the Western Hemisphere (Chomsky, 2000: 62). Its international image regarding human rights has been so negative that it was almost considered a pariah state—a phrase repeated in 2009 by the director of the United Kingdom’s Trades Union Congress, Brendon Barber (Justice for Colombia, 2009). During the term of President Álvaro Uribe Vélez (2002–2010), national and international human rights organizations constantly denounced violations of human rights while at the same time there was a perception that security conditions for civilians were improving, according to some news articles, official government statements, and studies by academic and private organizations (Embassy of Colombia, 2009; International Crisis Group, 2003; Restrepo and Spagat, 2004; *Washington Post*, March 12, 2007).

Uribe Vélez’s government adopted a policy of ensuring the conditions for “investor confidence,” which consisted of showing an improvement in security conditions in order to attract foreign investment. Consistent with this policy and the hegemony of neoliberal thought, in 2006 President Uribe and U. S. President George W. Bush signed a preliminary agreement on a possible free-trade treaty between the two countries, which would have to be approved by their respective congresses. Prior to this agreement the neoliber-

ral model in Colombia, following the dogmas of the Washington Consensus, had been based on the privatization of public services, including health care, and on increasing exports of raw materials such as coal and oil. During the government of Uribe Vélez hundreds of licenses were granted to explore and develop these resources (Osorio, 2010). This extractive model, based on large-scale mining, has been widely criticized by broad social sectors in terms of its negative effect on human rights, especially economic and social rights (Pigrau Solé and Fraudatario, 2012), although these critiques have had little impact.

The free-trade agreement with the United States is another element of deepening neoliberalism in Colombia that jeopardizes many economic and social rights. It threatens to further weaken the campesino economy of small and medium-sized producers, undermining the right to employment in addition to promoting the uncontrolled use of pesticides and genetically modified products and the monopolization of water sources and thereby threatening the human right to water and a healthy environment (MOIR, 2006; Perera, 2015). It is precisely because human rights discourse does not emphasize economic and social rights that there are no systematized empirical data that measure and evaluate them—in terms of violations and protection—as is done for civil and political rights. The discourse on human rights in Colombia has centered mainly on civil and political rights, especially in the reports of the two principal international human rights organizations, Human Rights Watch and Amnesty International. Despite the importance of those rights, I maintain that the social and economic disaster caused by neoliberalism requires us to recognize the interrelation between economic and social rights and civil and political rights. Theoretically, there is no separation between civil and political rights and economic and social rights (OHCHR, 2009). However, in reality the discourse of the international human rights organizations does not highlight their connection and tends to focus more on issues more obviously related to civil and political rights (freedom of expression and association, right to life and physical integrity, etc.).

Although the debate around the free-trade agreement largely focused on labor rights, which are technically part of economic and social rights (personal and family welfare of the employee, social benefits, reinforced job protection for women, decent working conditions, fair wages, formalization of

employment), the emphasis on assassinations and threats against unionists was clearly related to civil and political rights (see CUT, 2010a; ENS, 2010).¹ Nevertheless, in spite of this approach, in the debate unionist murders were not linked to murders in other social sectors that criticize and “disrupt” the neoliberal economic model such as the indigenous and campesino organizations. In a summary of the debate over the free-trade agreement, Mary Jane Bolle (2012: 5) points out that

opponents of the proposed Colombia free-trade agreement tended to focus on the entire 10-plus year trend in homicides and the close relationship between Colombia’s homicides and worldwide homicides of trade unionists. Proponents, including the Colombian government, focused on the steady decline in such homicides since former President Uribe took office in 2002 and on actions taken recently by the Colombian government to reduce these fatalities.

Notwithstanding the obvious urgency and validity of this approach (Colombia has historically been the most dangerous country in the world for union activity), by isolating the violation of the human rights of unionists from the broader context of violations against other sectors (indigenous activists, campesinos) it made an accurate assessment of the overall human rights situation impossible.

Moreover, when the debate focused on the Labor Action Plan² (agreed upon as a precondition for the approval of the treaty), despite its technical link to economic and social rights it failed to address the way they would be threatened by the free-trade agreement and the strengthening of the neoliberal model. There was no mention of the impacts on the environment, water, food, and collective property rights or the disproportionate effects on indigenous people, health, etc., of the mining projects. For this it would have been necessary much earlier to link violations of unionists’ fundamental rights with the human rights violations of other social sectors in terms of civil, political, economic, and social rights. In other words, the human rights movement at the national and international levels would have had to construct a shared discourse and a coordinated communication strategy. I think there was a small window of opportunity to do so when, in 2008, during the presidential campaign, Barack Obama declared that he would oppose

the free-trade agreement because of concerns regarding the fundamental human rights of unionists and the links between paramilitaries and politicians (called “parapolitics” and amounting to a scandal that involved all kinds of political and economic interests [*El Tiempo*, February 11, 2008; see also *El País*, April 15, 2012, on Obama’s reversal on this when president]), but the narrative of the international human rights organizations and the union movement did not stress these connections. Nonetheless, because of this negative international perception of the human rights situation (civil and political) in Colombia, the U. S. Congress refused to ratify the free-trade agreement, and the project was halted. In response to this, the Colombian government lobbied for the free-trade agreement, arguing that the overall human rights situation in the country had improved, especially with respect to the human rights of unionists, and a debate on labor rights —particularly on attacks and threats against unionists— ensued. At the same time, the Colombian human rights organizations maintained that the overall situation continued to be serious (characterized by impunity, “false positives”/ state terror, forced displacement, assassination of campesino and union leaders, threats, torture, etc.).

While it is true that the concerns regarding the human rights of trade unionists were enough to block approval of the free-trade agreement by the U.S. Congress, the fact is that the Colombian government eventually managed to convince the United States that the situation had improved and that human rights should no longer be an obstacle to the agreement. I suggest that this may have been because of, first, the narrow framing of the debate (focusing on the human rights of union members and the Labor Action Plan at the expense of a broader view that included the human rights of other social sectors and more general economic and social rights), which allowed the Colombian government to pledge protection and monitoring mechanisms and, consequently, to frame the debate in a more politically manageable way, and, second, the limited importance given to economic and social rights by the international human rights organizations, which is tied to the lack of a comprehensive framing of the human rights situation within a broader structural and economic analysis.

With this an opportunity was lost to create a broader counter-discourse on human rights that in the long run might have served to defend the interests of various social movements against the free-trade agreement. I am not

arguing that the agreement would have been blocked if a different discourse had been used in human rights activism. Rather, I am suggesting that if such a discourse had been coherently linked a long way back to the narrative on civil and political rights (drawing the connections between the victimization of union members and other social sectors and the economic model), it might have served to integrate various social sectors that opposed the neoliberal project, to change the premises and terms of the discussion, and thus to obstruct the strategy of the Colombian government and the United States when the free-trade agreement and other elements of the neoliberal project were being promoted.

It was the National Union School (Escuela Nacional Sindical) —an important national organization linked to the union movement— that accepted the proposal to collaborate in the preparation of a list of priority labor and union issues that should be included in any labor plan associated with the free-trade agreement in the two countries. However, the nation's largest federation, the Central Unitaria de Trabajadores (United Workers' Federation — CUT), vehemently opposed the free-trade agreement outright and thus did not wish to be seen as legitimizing it by participating in the proposed Labor Action Plan. This illustrates the strategic dilemmas within the union movement regarding human rights activism (see CUT, 2010b) in addition to the problem of coordinating the narrative of unionist human rights with the discourse on the rights of other social sectors. Strategic decisions with regard to resistance to neoliberalism are not easy. In trying to protect workers' interests through mechanisms such as the Labor Action Plan based on human rights discourse, there was always a risk of distorting the international perception of the *overall situation* of human rights and consequently facilitating the implementation of an economic project that would violate other human rights and affect the interests of other social sectors. As the research director of the National Union School (Dan Hawkins, interview, Medellín, April 11, 2015) has said,

I'm quite sure that without the Labor Action Plan the free-trade agreement would have languished even longer in Congress because there was considerable Democrat opposition to this free-trade agreement in light of the structural violations of labor rights and especially the violent persecution of unionists. The Santos government has been much

more effective at arguing that progress has been made, even when in many cases such progress is highly debatable, but this has come in light of the Labor Action Plan and the mechanisms contained therein.

In the three years since the signing of the free-trade agreement, according to the labor movement, the Colombian government has not complied with the Labor Action Plan (CTC/CUT, 2014), which points to the weakness of this type of accord and emphasizes once again the cynicism of the powers-that-be in the neoliberal era. Moreover, it raises doubts regarding the utility of human rights activism and discourse for social resistance to neoliberalism. This type of activism, which arguably is ideologically limited by neoliberalism, has been criticized for ultimately reinforcing the neoliberal system and dominant liberal —rather than radical— conceptions of human rights.

The cynicism of the global politico-economic order is such that human rights are used to legitimate imperialist military interventions (Bricmont, 2006; Seymour, 2008), which can lead one to believe that the rhetoric of human rights is merely an instrument of power and even domination³. Nevertheless, contrary to this Nietzschean position, some maintain that human rights have a biological basis in an innate process of legal reasoning (Mikhail, 2012) and point to the possibility that, with a careful use of the discourse and using well-constructed arguments based on the creative use of existing legal norms, legislators (and, more important, the public and international activists) can be persuaded and human rights enforced. For social resistance to neoliberalism what matters most is the way in which information on human rights is framed, presented, and “sold”. The production of information on human rights is ultimately a process of social conflict; it is not a neutral and purely technical matter. It involves the ideological clash of interpretations of sociopolitical reality and access to resources and the mass media. Also, it depends on its coordination with power networks, various types of social movements, international organizations, etc. This raises the question of the activist and communication strategies of the various social groups.

Human rights discourse: ideology, hegemony, and social change

For Terry Eagleton (1991), the concept of ideology ultimately serves to denote and identify *the struggles between social interests that are fundamen-*

tal in a society, which are expressed in the linguistic and symbolic realm of communication. This is what distinguishes the concept of ideology from the concept of discourse, the latter making reference to a multiplicity of forms of linguistic and symbolic communication in which various types of power relations intervene and have various levels of importance. Despite reservations regarding the analytical usefulness of the concept, Eagleton acknowledges that ideologies express themselves in “discourses”. For Jorgensen and Phillips (2002: 63), discourses “contribute to the creation and reproduction of unequal power relations among social groups... These effects are understood in terms of *ideological* effects”.

Political and epistemological discourses and propositions regarding human rights are constituted by and constitute subjects and political and social practices with different ideological positions and often opposing objectives. They make up what has been called a “discursive practice” that partially creates and constitutes the socio-legal and political world: “Discursive practices —through which texts are *produced* (created) and *consumed* (received and interpreted)— are viewed as an important form of social practice which contributes to the *constitution* of the social world, including social identities and social relations” (Jorgensen and Phillips, 2002: 61). However, as Norman Fairclough (1992: 66) says, “The discursive constitution of society does not emanate from a free play of ideas in people’s heads, but from a social practice which is firmly rooted in and oriented to real material social structures”. In other words, the discursive level and the sociological level overlap and are mutually constituted. This is important when considering the relation between neoliberalism and human rights.

From the liberal perspective, the various discourses and narratives on human rights represent what Thomas Risse (2000) calls *communicative action*, which has the potential to change the world through moral persuasion. For Risse, human rights are part of a minimum consensus that allows for engaging in more complex discussions in the field of international policy. Therefore, the information produced on human rights and other issues is a key element in national and international activism whose goal is to persuade and transform (Keck and Sikkink, 1998). According to Clifford Bob (2002), it is the skill of human rights organizations in “selling” their assessments and narratives to the guardians of the international order that ultimately determines

their success or failure in achieving reforms regarding human rights. As Alison Brysk (2009) warns, words and symbols often “fail”. On one hand, from a liberal perspective, this failure has to do with the nature and limitations of the institutional and social networks in which information and narratives on human rights are created and flow. In liberal jargon, it refers to the limits of “civil society”. According to Brysk (2009: 40):

The success of civil society advocacy will be influenced by a range of material and normative factors at both international and domestic levels, including the role of hegemonic states, international institutions, international persuasion, national regime type, and domestic factions. Within the limits of these domestic and international power configurations, civil society seems at its most effective when it works in tandem with transnational networks to frame local problems in terms of globally legitimate norms.

On the other hand, from a Marxist perspective the failure has to do with economic and geopolitical interests and structures that ultimately establish the limits to the arguments permitted in the international realm. Contrary to what Risse (2000) maintains, the interests of the political players in the international sphere are not set aside in argumentation and debate. This idea, as both a normative and a descriptive proposal, is extremely ideological. As the Argentine philosopher Enrique Dussel (1999) has demonstrated, the philosophical structure of Habermasian/Apelian discourse ethics, in which the guiding principles of the argument are purely formal, is a Eurocentric reflection of the ideological and economic domination of the “central” states. In this perspective, the problem of the failure of words and human rights discourse lies precisely in the liberal approach to “civil society” and its ideological orientation toward procedural justice and the liberal political package (“rule of law”, “elections,” “civil society,” “political and civil rights”) over social justice (“liberation,” “equality,” “participatory democracy,” “social movements,” “economic and social rights”) (see Petras, 1997).

The discourse and narratives of the various national and international human rights organizations that influence the viewpoints and opinions of political elites are placed in circulation through annual reports, statements, press conferences, and media reports. As Herman and Chomsky (1994) de-

monstrate, through filtering mechanisms the media contribute to the construction of the hegemonic narratives regarding issues that are fundamental to the operation of the dominant system. The concept of hegemony formulated by Antonio Gramsci (1991) is, according to Barrett (1991: 54), — “best understood as *the organisation of consent*— the processes through which subordinated forms of consciousness are constructed without recourse to violence or coercion”. But just like power, it is never absolute: “Hegemony is not only dominance but also a process of negotiation out of which emerges a consensus concerning meaning. The existence of such competing elements bears the seeds of resistance since elements that challenge the dominant meanings equip people with resources for resistance” (Jorgensen and Phillips, 2002: 76). This is what makes human rights discourse not merely a tool at the disposal of the dominant classes. As Shannon Speed (2005: 30) says, “human rights and multiculturalism . . . are multiple discourses and have different meanings and effects depending on how, and by whom, they are deployed”. Nevertheless, the domination of neoliberalism even after its great crisis should alert us to its hegemonic power and its artfulness in co-opting human rights and setting the boundaries of the very resistance against it.

Neoliberalism and Human rights

For John Erni (2009: 418), neoliberal globalization has led to a political and epistemological appropriation of human rights “that seems to render the reproduction of human rights as something constitutive of neoliberalism”. In my reading of Erni’s position, this is because of the reciprocal relationship between the economic and humanitarian imperatives that go hand in hand in the new social vision that neoliberal globalization engenders. For example, in order for capital investors to enjoy the legal security that guarantees the safety of their assets, they need to accumulate what Erni calls “rights assets” in the international community through investment in humanitarian projects. This allows them to have the “externalities” associated with their economic activity balanced by their investment in human rights, thus keeping social grievances within acceptable limits and, more important, controllable by supranational institutions. In other words, if an economic project risks creating social discontent (“externalities” such as unemployment, poverty, displacement, etc.), as long as it remains within acceptable limits by international

human rights standards —and within the established discursive and ideological coordinates— the international community will guarantee legal security by exercising pressure on any state that threatens to change the investment conditions and ultimately undertake legal action, economic sanctions, and even military attacks. In this way the predominant human rights discourse is an epistemological component of neoliberalism. Consequently, human rights “incorporate at their heart a secret relation to capital which they claim to oppose” (Erni, 2009: 432).

This relationship to capital has led to what Javier Giraldo (1997) calls a “denationalization” of human rights that constitutes “the fundamental vector of neo-liberalism or of the so-called globalization of the economy”. To the extent that states have transferred shares of sovereignty to multinational companies, they have at the same time been freeing themselves of the responsibility to protect human rights: “The resulting tendency to downplay the importance of and relegate to a lower level their role in investigating, prosecuting, and sanctioning agents of the state involved in serious human rights violations underpins this image of a state that ‘is no longer the guarantor’ and therefore the potential violator, in the strict sense, of human rights”⁴. The neoliberal ideology of noninterference of the state in the economy has, it would seem, justified the reluctance of states to guarantee not only economic and social rights but also basic civil and political rights. While for Giraldo neoliberalism has led to the lack of protection for individuals because of its erosion of state sovereignty and therefore of the link between the citizen and the state, for David Harvey (2007: 176) neoliberalism prioritizes activism focused on the individual:

Human rights issues came to prominence after 1980 and positively boomed after the events in Tiananmen Square and the end of the Cold War in 1989. This corresponds exactly with the trajectory of neoliberalization, and the two movements are deeply implicated in each other. Undoubtedly, the neoliberal insistence upon the individual as the foundational element in political economic life opens the door to individual rights activism. But by focusing on those rights rather than on the creation or recreation of substantive and open democratic governance structures, the opposition cultivates methods that cannot escape the neoliberal frame. Neoliberal concern for the individual trumps any social democratic concern for equality, democracy, and social soli-

darities. The frequent appeal to legal action, furthermore, accepts the neoliberal preference for appeal to judicial and executive rather than parliamentary powers.

However, on one hand, the ethical-legal discourse of human rights can theoretically be used to criticize the neoliberal project (see Pigrau Solé and Fraudatario, 2012; Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo, 2003; Speed, 2005), while, on the other, it seems to strengthen and legitimate it (Erni, 2009; Harvey, 2007). John Erni's and David Harvey's arguments enter into tension with liberal theories on the potential for human rights to achieve social change (cf. Keck and Sikkink, 1998; Risse, 2000). From a social-ist and liberationist position, human rights discourse has been criticized for its liberal origins and for concealing capitalist exploitation (Petras, 1978; Segundo, 1978: 348). Nevertheless, the theologians and philosophers of liberation, along with several social movements, accepted human rights discourse but shaped it to their concrete needs. As Jesús de la Torre (2006: 50) says, in Latin America "human rights and the criterion of fairness constitute, therefore, the beginnings of an awareness of struggle, of the search for better conditions for the full satisfaction of human needs". This goes hand in hand with a more political perspective on human rights and how to use them that has been criticized by some in the Colombian case (Orozco, 2005; Pizarro, 2003; L. A. Restrepo, 2001), although these critiques are not politically neutral either.

Narratives on Human rights in Colombia

As Winifred Tate (2007: 4) points out,

Human rights violation is a category that makes violence socially legible. . . . Classifying violence is a contested and complicated business, producing both cultural meaning and material rewards for those who can impose their interpretations on violent acts. This work —the production of knowledge about violence— is of particular urgency because of the high stakes involved in authenticating specific versions of history and facilitating specific outcomes.

This is precisely why it is important to analyze the discourses and narratives about human rights in Colombia. The predominant narrative that

has circulated in activist and international governmental networks since the 1980s maintains that the violence in Colombia is not an issue of human rights violations by the state but rather a social phenomenon related to drug trafficking. This has presented significant challenges for Colombian human rights nongovernmental organizations (NGOs). In 1994, when the Comisión Colombiana de Juristas (Colombian Commission of Jurists — CCJ) began its lobbying of the UN Human Rights Commission, this narrative framework was one of the first obstacles it had to face. As Tate (2007: 199) observes,

Among the challenges faced by NGO activists was shifting the framework used to describe Colombia, from drug trafficking violence in which the government is a victim needing support to a human rights crisis for which the government is at fault. For most of the 1980s and early 1990s, the public imaginaries of Colombian violence were dominated by two ideas —that Colombia had the oldest democracy in Latin America and that it was the home of the largest and most violent drug cartels in the world.

The lobbying of the UN Human Rights Commission led by the CCJ is an example of the importance of understanding the internal structures of various human rights organizations, their particular circumstances, and the institutional logic and the limitations of international activism. For example, the CCJ had funding from the Ford Foundation, which allowed it to focus fulltime on lobbying, but the foundation's own ideological parameters perhaps indirectly determined the type of activism and the discourse and narratives produced. This type of activism revolved around the protocols of professionalism, which differ from those of more “political” and dramatic forms of activism. The professional strategy focused on building consensus among the Colombian NGO that were lobbying the commission. As Tate (2007: 208) indicates,

The central element of the public face of professionalism was the consensus of the human rights community. Because professional human rights activism is a dispassionate and objective analysis of the facts according to international legal standards, all activists must agree on the diagnosis of the problem and the proposed solution. Failing to present a consensus position would seriously weaken Colombian activists' credibility.

But this logic of consensus inevitably risks masking important differences within the activist community and perhaps channeling activism down paths that are more favorable to the established order. The result of the consensus among Colombian NGOs, led by the CCJ, was the establishment of a permanent office of the United Nations High Commissioner for Human Rights in Bogotá in 1996. This outcome was not favorably viewed by all the NGOs because, despite the strategic consensus around adopting a shared position for lobbying, there were differences among them regarding the objective they sought. Some wanted the commission to assign a special rapporteur to Colombia, which would have brought international condemnation of the Colombian government with symbolic and political impacts. Establishing a High Commissioner's Office did not have the same symbolic or political implications and was seen as a failure by many activists, leading them to question the effectiveness of this type of activism (Tate, 2007).

Nevertheless, managing to change the discursive and interpretive framework of the situation regarding human rights in Colombia can be seen as a success. Activists were able to refocus the international community's attention on the country, partly because of its appeal to the Interamerican Human Rights System in the case of the Trujillo massacre. In Colombia this massacre was symbolic both for its gravity and for its political consequences for the state. It was a long string of assassinations, forced disappearances, and torture perpetrated by an alliance of military, paramilitary, and narcotraffickers in the northern part of the Department of Valle del Cauca between 1988 and 1992, which marked a significant shift in human rights activism in Colombia. The efforts of several human rights NGOs, in particular the Comisión Inter-Congregacional de Justicia y Paz (Inter-Congregational Commission for Justice and Peace — ICJP), were key to bringing the case before the Inter-American Human Rights Commission, which began to change perceptions about the human rights situation in the country.

The ICJP was founded by a Jesuit researcher, Javier Giraldo, linked to the Centro de Investigación y Educación Popular (Center for Research and Popular Education — CINEP). A supporter of liberation theology and its "preferential option for the poor", Giraldo took on the task of documenting the paramilitary and state violence of the 1980s and 1990s. He created the respected *Noche y Niebla* database and designed its theoretical framework⁵.

This information on human rights violations in the general context of what was called “political violence” linked to the internal armed conflict helped to generate international interest in what was happening in Colombia. In 1996 Giraldo published *Colombia: The Genocidal Democracy*, which highlighted the Colombian state’s responsibility for serious human rights violations and questioned the view that the issue was drug trafficking and the state was merely a victim. The book also contained an introduction by the U. S. linguist and activist Noam Chomsky that helped raise the profile of its narrative.

Discussion by international human rights organizations such as Human Rights Watch and Amnesty International at that time was also focused on the collusion between the state and the paramilitaries. In 1996 Human Rights Watch published a report in English titled *Colombia’s Killer Networks: The Military-Paramilitary Partnership and the United States* that conclusively demonstrated the structural and systematic relationship between the army and paramilitaries and accused the Colombian government of covering up this relationship with lies and propaganda. It later published two more reports on the relationship between the state and the paramilitaries. However, the evidence in these reports, produced by an organization ideologically in tune with the Democratic Party in the United States, did not persuade the Clinton administration to halt Plan Colombia, the ambitious and costly counterinsurgency plan whose pretext was the “war on drugs”. Also, despite strong criticism by Human Rights Watch, Amnesty International, and the Washington Office on Latin America, in 2002 then-Secretary of State Colin Powell gave the green light to official certification by the U.S. government regarding the human rights situation in Colombia. This allowed for the release of “military aid” funds that in effect cleared the way for the Uribe Vélez government to proceed with its counterinsurgency project.

All of this highlights the inherent limits of international human rights activism. The coherent discourse and ample evidence from national and international organizations regarding the structural linkage between the state and the paramilitaries were insufficient to convince the United States that there was a human rights problem in Colombia. In the final analysis, the geopolitical and economic interests of the United States outweighed human rights considerations.

Alison Brysk (2009: 43) argues that the blurring of lines between political and criminal violence mean that “the kinds of violations in Colombia

are extremely difficult to capture in a human rights narrative context". But this is questionable: it surely depends on the ideological coordinates and premises of the narrative. Brysk says that "the Colombian state is discursively constructed as sovereign, despite significant shortfalls in authority and citizenship" (42), but later seems to accept this discursive construction as an objective fact: "The perennially problematic interpenetration of social and political rights struggles is much more difficult to articulate in democratic, developed Colombia than in dictatorial and impoverished Central America" (45).⁶ From my perspective, Colombia has the formal appearance of a democracy, but as Eduardo Galeano (1987) and others (Giraldo, 1996; Hristov, 2010) have observed this conceals authoritarian and sometimes "totalitarian" practices (state terror, recurrent use of the state of siege, political genocide, social cleansing, land dispossession). It is the discursive construction of Colombia as the "oldest democracy on the continent" that has helped weaken the narrative on the responsibility of the Colombian state for serious human rights violations.

Discourses and narratives about the colombian armed conflict

Discourses and narratives on human rights in the colombian context are inevitably framed in terms of another set of discourses and narratives on the internal armed conflict stemming from academic studies, the media, official government communiqués, social organizations, etc. —different historical narratives that give meaning to the episodes of violence, human rights violations, public policies, etc. For example, according to the U.S. historian Geoff Simons (2004: 9), "The Colombian story is one of colonialism, liberation, class struggle and civil war—a long and bloody chronology given extra dimensions by the grim imperatives of the international drugs trade and United States intervention." The title of his book is *Colombia: A Brutal History*, and it uses a discourse and categories that echo the Marxist and liberationist tradition. In contrast, the historian Eduardo Posada Carbó (2006: 11) writes in *La nación soñada* that he wants to "vindicate the country's liberal and democratic traditions and suggest through them the values that have shown, with marked historical insistence, the path of the dreamed of nation". In turn, the historian Renán Vega Cantor (2011) is critical of "the 'revisionist history' practiced by someone like Eduardo Posada Carbó (see the set of events lacking

historical meaning found in this distasteful libel entitled *La nación soñada*), which seeks to convince us that this country is a haven of peace, democracy, and freedom with solid institutions”. These examples expose the conflictive field of historical narratives on the conflict and the various discourses and categories that constitute them. Inevitably, consciously or unconsciously, the discourses and narratives about human rights have to navigate this terrain, which they also partially constitute.

Uribe Vélez’s government combined rhetoric about the conflict and human rights in such a way as to change the emphasis of the discourse according to which the state was responsible for human rights violations. There was an official denial of internal conflict in Colombia, and an academic discourse began to circulate that painted the state as a “besieged democracy” (Pizarro, 2004) that was striving to improve the human rights and security situation (J. Restrepo and Spagat, 2004). Also, the human rights groups that denounced the state were criticized (Orozco, 2005; Pizarro, 2003), and President Uribe accused Amnesty International of “legitimizing terrorism” (*El País*, June 17, 2004). Ultimately, during this period the Colombian government, with the help of the rhetoric used by the “intellectual bureaucracy of the war” (Vega, 2011), managed to change the tone and emphasis of human rights discourse while intensifying the neoliberal economic model.

While the Uribe discourse was black-and-white, about terrorist human rights violators and their allies in the “politicized” human rights movement versus the “guarantor state” regarding human rights (see *Semana*, September 15, 2003), the dominant narrative about the armed conflict in academic circles and in the “liberal” international media separated the conflict from its economic and social causes. It was given a typically “liberal humanitarian” interpretation in which the historical causes or social actors exercising political and moral agency were replaced by decontextualized “armed actors” or “groups outside the law” and passive victims⁷. Through this language, human rights were depoliticized or, rather, politicized in the service of the neoliberal model. The discursive divorce between economic and social rights and other human rights was facilitated by these dominant readings of the armed conflict.

From perpetrator to victim: laundering the image of the colombian state on Human Rights

The success of president Juan Manuel Santos in obtaining ratification of the freetrade agreement and using human rights discourse to this end is the culmination of a sophisticated state strategy devoted to laundering the Colombian state's image with respect to human rights. Since the government of Uribe Vélez, the Colombian state has managed to change the international perception of its responsibility for the human rights situation in the country, despite the fact that from a broader and more comprehensive perspective the situation has remained serious (Pigrau Solé and Fraudatario, 2012). In addition to the successful communications strategy of the Colombian state and the discursive shortcomings of human rights activism by social sectors opposed to neoliberalism, I argue that this change of perception is due to a combination of factors: (1) the failure of peace talks (1999–2002) with the Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia (FARC), for which the latter were mainly blamed, and the negative perception of the insurgent group at the national and international levels, which helped to generate sympathy toward the government; (2) the international geopolitical situation after the attack on the Twin Towers and the rise of the discourse of the “war on terror”, which helped the Colombian government to brand the FARC as terrorists who violated human rights and were “besieging” Colombian democracy, in tandem with the campaign to discredit the national and international human rights organizations (see *Semana*, September 14, 2003)⁸; (3) the victory of Hugo Chávez in 1998 and the successful resistance of the “Bolivarian” process in Venezuela in the face of the 2002 coup d'état, along with the growing political integration among Latin American countries with leftist governments, which increased Colombia's importance as an ally of the United States and a bulwark against leftist ideologies (Human Rights Watch seems to have had an influence on this shift, committing disturbing errors of bias and inaccuracy in its analysis of the situation in Venezuela [Emersberger, 2008; Venezuela Analysis, 2008]); (4) confusing readings and interpretations of the causes of the internal armed conflict that led the “international community” to accept the “negotiation” between the government and the paramilitaries and their

subsequent “demobilization” without much hesitation (cf. Cepeda and Gómez, 2007; Giraldo, 2003); (5) the strengthening of the neoliberal model and Colombia’s attractiveness to foreign investors, which produced strong interest in downplaying the negative human rights situation by both the government and the “international community” and the transnational corporations; and (6) lobbying by the government that focused solely on labor rights and distorted the overall human rights situation.

Conclusion

To summarize, for the moment the dominant discourse on human rights has prevailed. It is accepted that the situation has improved, although there is much more to do; that the economy is growing, which will bring improvements in the situation; that the country is safer; that Colombia is a democracy besieged by armed groups; and that the Labor Action Plan helps human rights advocates because of its protection mechanisms. The opposing discourse, which relates the neoliberal project to the armed conflict and criticizes the economic model in comprehensive terms of economic, social, civil, and political rights and also speaks of “crimes of the state” and its responsibility for spawning or allying itself with the paramilitaries, has not met with the same acceptance. I have argued that this has to do with the ideological affinity between neoliberalism and human rights discourse. However, despite the negative role of human rights rhetoric in aiding resistance to Colombia’s neoliberal project, and despite its apparent legitimation of that project and what David Harvey (2004) calls the “new imperialism” of “accumulation by dispossession” (see Vega, 2012), I believe that it can still be used as one tool, among others, of social resistance. The Colombian case demonstrates that human rights discourse is an ideological battlefield. Its success depends not only on the political, social, and ideological coordinates of the moment and the context in which they are employed but also on the strategic, discursive, and communicative astuteness of social activists.

Notes

1. As is evident in the ENS (2010) report, the debates with the European Union over the freetrade agreement also focused on the issue of the human rights of unionists without making the connection to human rights violations in other social sectors.
2. The Labor Action Plan was signed by presidents Juan Manuel Santos and Barack Obama on April 7, 2011. It contains 37 measures to protect labor rights. However, according to the two main union federations in Colombia, “Of the 37 measures that the Colombian government committed to adopt, 7 have yet to be implemented, and of the other 30 that have been adopted several can be considered partial and insufficient” (CTC/CUT, 2014: 6).
3. Michel Foucault (1980: 96) has said, “The system of right, the domain of the law, are permanent agents of these relations of domination, these polymorphous techniques of subjugation”.
4. In the Colombian context, the state has been very reluctant to record and answer for its human rights violations. For example, the data of the Observatorio Presidencial de Derechos Humanos y Derecho Internacional Humanitario do not include data on human rights violations committed by state actors.
5. According to this framework the guerrillas are responsible not for human rights violations but for violations of international humanitarian law. <http://www.nocheyniebla.org/files/u1/comun/marcoteorico.pdf> (accessed August 30, 2014).
6. Brysk’s ideological tendencies are apparent when she writes (45), “As the recent identification of Venezuela’s Hugo Chavez with the FARC demonstrates, a sector of the Latin American left conflates populist banditry with anti-imperialist or socialist struggle, further muddying the waters”.
7. For example, “after almost 40 years of armed conflict, the issue of the ‘causes’ of the war is less important in the face of the problem of the war itself as a cause of eventual human rights violations” (Orozco, 2005: 273; see also Norwegian Refugee Council *et al.*, 2011).
8. “Our national armed forces have not the slightest intention of stooping to the level of the terrorists in their disregard for human rights. While the FARC and its accompanying terrorism— while that terrorist organization violates human rights every day, those politicized human rights ideologues rush to defend the FARC on the pretext of defending human rights.” <http://www.semana.com/on-line/articulo/discurso-del-presidente-alvaro-uribe-posesion-del-nuevo-comandante-fac-08/09/03/60603-3> (accessed June 15, 2014).

References

- Barrett, M. 1991 “Ideology, politics, hegemony: from Gramsci to Laclau and Mouffe”, pp. 63–84 in M. Barrett (ed.), *The Politics of Truth: From Marx to Foucault*. Cambridge: Polity Press.

Bob, Clifford. 2002 "Globalization and the social construction of human rights campaigns", pp. 133–147 in Alison Brysk (ed.), *Globalization and Human Rights*. Berkeley: University of California Press.

Bolle, Mary Jane. 2012 "U.S.-Colombia Free Trade Agreement: labor issues", Congressional Research Service, Washington, DC. <http://fas.org/sgp/crs/row/RL34759.pdf> (accessed June 15, 2014).

Bricmont, Jean. 2006 *Humanitarian Imperialism: Using Human Rights to Sell War*. New York: Monthly Review Press.

Brysk, Alison. 2009 "Communicative action and human rights in Colombia: when words fail". *Colombia Internacional* 69 (1): 36–49.

Cepeda, Iván and Gloria Gómez. 2007 "Carta dirigida al seminario: verdad y reparación en Colombia desde la perspectiva de las víctimas", pp. 245–249 in Guillermo Hoyos Vásquez (ed.), *Las víctimas frente a la búsqueda de la verdad y la reparación en Colombia*. Bogotá: Universidad Javeriana/Goethe Institut/Pensar.

Chomsky, Noam. 2000 *Rogue States: The Rule of Force in World Affairs*. London: Pluto Press.

CTC (Confederación Colombiana de Trabajadores)/CUT (Central Unitaria de Trabajadores) 2014 "Tres años de incumplimiento del Plan de Acción Obama-Santos: informe sobre los tres primeros años de implementación del Plan de Acción Laboral (PAL)." http://ens.org.co/apc-aa-files/45bdec76fa6b8848acf029430d10bb5a/plan_de_acc_n_informe_completo.pdf (accessed August 9, 2014).

CUT (Central Unitaria de Trabajadores). 2010a "El gobierno colombiano niega los asesinatos perpetrados contra sindicalistas". <http://www.tercerainformacion.es/spip.php?article16057n> (accessed August 9, 2014).

2010b "Declaración de la CUT sobre el 'plan de acción de Colombia y Estados Unidos para derechos laborales'." <http://www.ddhhcolombia.org/html/noticias%20sindicales/cutestadosunidos09052011.pdf> (accessed August 9, 2014).

De la Torre Rangel, Jesús Antonio. 2006 *El derecho como arma de liberación en América Latina: Sociología jurídica y uso alternativo del derecho*. San Luis Potosí, Mexico: Centro de Estudios Jurídicos y Sociales P. Enrique Gutiérrez, Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma.

Dussel, Enrique. 1999 "The architectonic of the ethics of liberation: on material ethics and formal moralities". *Philosophy and Social Criticism* 23 (3): 1–35.

Eagleton, Terry. 1991 *Ideology: An Introduction*. London: Verso.

Embassy of Colombia. 2009 "British Parliament praises President Uribe for human rights progress". March 10. http://historico.presidencia.gov.co/english/2009/marzo/08062009_eng.html (accessed August 9, 2014).

Emersberger, Joe. 2008 "Unanswered phone calls in Venezuela: Human Rights Watch exposes Hugo Chavez yet again". October 10. <http://venezuelanalysis.com/analysis/3867> (accessed August 12, 2014).

ENS (Escuela Nacional Sindical). 2010 "Parlamento europeo escuchó argumentos del sindicalismo colombiano contra el TLC". <http://www.ens.org.co/index.shtml?ap-c=Na-;-20155527;-20155527;&x=20155527> (accessed August 12, 2014).

Erni, John. 2009 "Human rights in the neo-liberal imagination". *Cultural Studies* 23: 417–436.

Fairclough, Norman. 1992 *Discourse and Social Change*. Cambridge: Polity Press.

Foucault, Michel. 1980 "Two lectures", pp. 78–108 in C. Gordon (ed.), *Power/Knowledge*. New York: Pantheon Books.

Galeano, Eduardo. 1987 "Fuerzas armadas y democracia 'travestida' en América Latina". *Araucaria* (Chile) no. 38, second trimester. http://www.archivochile.com/Cultura_Arte_Educacion/araucaria/araucaria38.pdf (accessed August 20, 2014).

Giraldo, Javier. 1996 *Colombia: The Genocidal Democracy*. Monroe, ME: Common Courage.

1997 "Consecuencias jurídicas y políticas de la impunidad". <http://www.javiergiraldo.org/spip.php?article52> (accessed August 20, 2014).

2003 *Guerra o democracia*. Bogotá: FICA. Gramsci, Antonio

1991 *Selections from the Prison Notebooks*. London: Lawrence and Wishart.

Harvey, David. 2004 "The 'new' imperialism: accumulation by dispossession". *Socialist Register* 40: 63–87. 2007 *A Brief History of Neoliberalism*. Oxford: Oxford University Press.

Herman, Edward and Noam Chomsky. 1994 *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*. New York: Pantheon.

Hristov, Jasmin. 2010 "Self-defense forces, warlords, or criminal gangs? Towards a new conceptualization of paramilitarism in Colombia". *Labour, Capital and Society* 43 (2): 13–56.

Human Rights Watch. 1996 *Colombia's Killer Networks. The Military-Paramilitary Partnership and the United States*. New York: Human Rights Watch.

International Crisis Group. 2003 "Colombia: President Uribe's democratic security policy". *Latin America Report* 6. Bogotá and Brussels: International Crisis Group.

Jorgensen, Marianne and Louise Phillips (eds.). 2002 *Discourse Analysis as Theory and Practice*. London: Sage.

Justice for Colombia. 2009 "Colombia is 'pariah state' says TUC". *Justice for Colombia News*, June 17. <http://www.justiceforcolombia.org/news/article/756/colombia-is-pariah-state-says-tuc> (accessed August 30, 2014).

Keck, Margaret and Kathryn Sikkink. 1998 *Activists beyond Borders: Advocacy Networks in International Politics*. Ithaca: Cornell University Press.

Mikhail, John. 2012 "Moral grammar and human rights: some reflections on cognitive science and Enlightenment rationalism", pp. 160–198 in Ryan Goodman, Derek Jinks, and Andrew Woods (eds.), *Understanding Social Action, Promoting Human Rights*. Oxford: Oxford University Press.

MOIR (Movimiento Obrero Independiente Revolucionario). 2006 “El TLC recoloma a Colombia”, <http://www.moir.org.co/IMG/pdf/tlc.pdf> (accessed June 18, 2014).

Norwegian Refugee Council, Plan International, Oxfam, Mercy Corps, Civis, Diakonie Katastrophenhilfe, Project Counselling Service, Help Age International, War Child Holland, MDM France, The Lutheran World Federation, Save the Children, Solidaridad Internacional, Caritas Germany, Hilfswerk Austria. 2011 “The humanitarian crisis in Colombia caused by the armed conflict”. <http://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/Humanitarian%20Crisis%20in%20Colombia.pdf> (accessed June 18, 2014).

OHCHR (Office of the High Commissioner for Human Rights) 2009 “Preguntas frecuentes sobre los derechos económicos, sociales y culturales”. *Folleto Informativo*, no. 33. <http://www.ohchr.org/Documents/Issues/ESCR/FAQ%20on%20ESCR-sp.pdf> (accessed June 18, 2014).

Orozco Abad, Iván. 2005 *Sobre los límites de la nueva conciencia humanitaria: Dilemas de la paz y la justicia en América*. Bogotá: Temis/Universidad de los Andes.

Osorio, Camilo. 2010 “El legado minero de Uribe”. *La Silla Vacía*. <http://lasillavacia.com/historia/18648> (accessed June 18, 2014).

Perera, Victoria. 2015 “Engaged universals and community economies: the (human) right to water in Colombia”. *Antipode* 47 (1): 197–215.

Petras, James. 1978 “The new morality of Carter and the logic of imperialism”, pp. 201–227 in Hugo Assman (ed.), *Carter y la lógica del imperialismo*. Vol. 2. San José (Costa Rica): EDUCA.

1997 “A Marxist critique of post-Marxists”. <http://www.rebellion.org/petras/english/critique170102.htm> (accessed August 30, 2014).

Pigrau Solé, Antoni and Simona Fraudatario (eds.). 2012 *Colombia entre violencia y derecho: Implicaciones de una sentencia del Tribunal Permanente de los Pueblos*. Bogotá: Ediciones Desde Abajo.

Pizarro Leongómez, Eduardo. 2003 “En boca cerrada no entran moscas”. *El Tiempo*, September 14.

2004 *Una democracia asediada: Balance y perspectivas del conflicto armado en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.

Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo. 2003 *El embrujo autoritario: Primer año de gobierno de Álvaro Uribe Vélez*. Bogotá: Plataforma Colombiana de Derechos Humanos, Democracia y Desarrollo.

Posada Carbó, Eduardo. 2006 *La nación soñada: Violencia, liberalismo y democracia en Colombia*. Bogotá: Editorial Norma.

Restrepo, Jorge and Michael Spagat. 2004 “The Colombian conflict: Uribe’s first 17 months”. *CEPR Discussion Paper* 4570. <http://ssrn.com/abstract=601928> (accessed January 10, 2014).

Restrepo, Luis A. 2001 “The equivocal dimensions of human rights in Colombia”, pp. 95–126 in C. Bergquist, R. Penaranda, and G. Sanchez (eds.), *Violence in Colombia 1990–2000: Waging War and Negotiating Peace*. Washington, DC: SR Books.

Risse, Thomas. 2000 "‘Let’s argue!’ Communicative action in world politics". *International Organization* 54 (1): 1–39.

Segundo, Juan Luis. 1978 "Human rights, evangelization, and ideology", pp. 346–359 in Hugo Assman (ed.), *Carter y la lógica del imperialismo*. Vol. 2. San José (Costa Rica): EDUCA.

Seymour, Richard. 2008 *The Liberal Defence of Murder*. London: Verso.

Simons, Geoff. 2004 *Colombia: A Brutal History*. New York: Saqi Books.

Speed, Shannon. 2005 "Dangerous discourses: human rights and multiculturalism in neoliberal Mexico",

PoLAR: Political and Legal Anthropology Review 28 (1): 29–51.

Tate, Winifred. 2007 *Counting the Dead: The Culture and Politics of Human Rights Activism in Colombia*. London: University of California Press.

Vega Cantor, Renán. 2011 "La burocracia intelectual de la guerra y la creación de una nueva historia oficial sobre la violencia", *Rebelión*, July 26. <http://www.rebelion.org/noticia.php?id=132935> (accessed January 10, 2014).

2012 "Colombia, un ejemplo contemporáneo de acumulación por desposesión". *Theomai* 26.

Venezuela Analysis. 2008 "More than 100 Latin America experts question Human Rights Watch’s Venezuela Report". December 17. <http://venezuelanalysis.com/analysis/4051> (accessed January 10, 2014).



Algunas particularidades sobre el encarcelamiento femenino

Natalia Alejandra Mora Navarro³⁰²

Sumario: Introducción. I. La situación de la mujer reclusa en España y recorrido histórico. II. La mujer privada de libertad y los principales problemas que afronta. III. El panorama internacional y el enfoque de género. IV Reflexiones finales. V. Conclusiones.

Resumen

El presente documento inicia con un breve recorrido histórico para explicar la situación de la mujer en las cárceles, luego aborda brevemente los principales problemas que afrontan quienes están en esta situación y trata de mostrar el panorama actual del tema y los retos en el futuro.

El tratamiento penitenciario de la mujer se ha transformado por diversos factores, como el desarrollo de la criminología feminista y la influencia del discurso de género en el ámbito internacional en las décadas recientes.

Es necesario que, desde los Estados, exista la voluntad de implementar cambios reales, puesto que las personas privadas de la libertad deben recibir un tratamiento adecuado, que permita el goce de sus derechos, evitando cualquier práctica discriminatoria. Es importante que exista concienciación

302 Natalia Alejandra Mora Navarro. Abogada. Máster en Criminología y ciencias forenses por la Universidad Pablo de Olavide, España. Doctorada en Derecho por la Universidad Pablo de Olavide, España. Docente del Instituto de Altos Estudios Nacionales – IAEN. Ecuador. Correo: natalia.mora@iaen.edu.ec

sobre este tema y la implicación de los funcionarios públicos y las entidades de gobierno involucradas, pues sin un compromiso institucional poco se puede lograr.

Palabras clave: delincuencia, encarcelamiento femenino, género, problemas.

Abstract

This document begins with a brief historical tour to explain the situation about women in prisons, then briefly addresses the main problems faced by those in this situation and tries to show the current panorama of the issue and future challenges.

The prison treatment of women has been transformed by many factors, such as the development of feminist criminology and the influence of gender discourse in the international arena in recent decades.

It is necessary that from the States, there is a willingness to implement real changes, since people deprived of their liberty must receive an adequate treatment, which allows the enjoyment of their rights, avoiding any discriminatory practice. It is important that there is awareness on this issue and the involvement of public officials and the government entities involved, because without institutional commitment, little can be achieved.

Key words: crime, female imprisonment, gender, problems.

Introducción

Este artículo aborda un tema de gran interés y actualidad, inicia con una breve síntesis que recoge la situación de la mujer reclusa en España destacando sus rasgos más característicos, los problemas que se evidencian hasta nuestros días y los avances y logros en la materia, sobre todo a partir de los aportes de Concepción Arenal y Victoria Kent, quienes realizaron importantes acciones que transformaron el sistema penitenciario de su tiempo.

Más adelante, en este documento, se abordan los principales problemas a los que se enfrenta la mujer privada de la libertad, quienes por lo general provienen de los sectores más desfavorecidos de la sociedad y han tenido pocas oportunidades de acceder a la educación y al mercado laboral.

Asimismo, se insiste en que la mujer tiene rasgos diferenciadores, como la condición de maternidad y que muchas veces las madres son parte de

familias monoparentales, siendo ellas las únicas personas a cargo de los hijos menores de edad, aquí se evidencia que se deben precautelar los derechos de los niños a quienes el Estado les debe procurar cuidado y protección.

Es importante resaltar que existen normas internacionales que establecen parámetros que deben ser respetados por parte de los Estados para garantizar el respeto de los más elementales derechos de las mujeres privadas de la libertad.

La situación de la mujer reclusa en España. Recorrido histórico

El encarcelamiento de la mujer ha recibido poca atención, que se justificaba primero en un número menor frente a los reclusos varones y porque históricamente el castigo para ellas tenía un sentido diferente, a veces fundamentado principalmente en un sentido moralizante y disciplinario (Ballesteros y Almeda, 2015).

Las instituciones que habían sido constituidas para la reclusión de mujeres se guiaban por valores y principios particulares, ya que históricamente el castigo penal de hombres y mujeres ha seguido líneas diferentes.

En España, el primer documento escrito que habla sobre el presidio de las mujeres es el que realizó la monja Magdalena de San Jerónimo, en el que se pretendía brindar asistencia a las mujeres que no tenían temor de Dios, en este caso no se hablaba de cárceles, sino de las llamadas casas galera, que estaban bajo la dirección de órdenes religiosas (Almeda, 2017). En este sentido, la privación de la libertad no era una respuesta justa, aplicada por la infracción de una norma, sino que simplemente era una práctica arbitraria y desproporcionada para mantener bajo control a mujeres que no cumplían un papel determinado o se revelaban contra las normas de corte religioso.

A finales del siglo XIX surgió la obra llamada *El visitador del preso*, escrita por Concepción Arenal, quien hace fuertes críticas acerca de las condiciones de vida que afrontan las mujeres privadas de libertad.

Entre sus principales aportes se destacan los siguientes: su propuesta de creación de órganos especializados y profesionales para trabajar en el ámbito penitenciario, ya que creía indispensable contar con funcionarios formados adecuadamente para esa delicada función.

También consideró imprescindible reducir la masificación en las prisiones y mejorar las instalaciones para hacerlas más dignas, evidenció la necesi-

dad de que se ofrezca atención especial a las personas que salían de prisión, por lo que planteó una política sobre asistencia post penitenciaria (Navarro, 2018). Concepción Arenal vivió entre 1820 y 1893 y aún en nuestros días su pensamiento es de gran actualidad en el ámbito del respeto a los derechos de los privados de la libertad.

Victoria Kent nació en 1898 y murió en 1987, fue directora general de prisiones en España en 1931 por un año y en su gestión transformó el sistema penitenciario, marcando un antes y un después.

Entre las medidas que impulsó están las de la suspensión de celdas de castigo, prohibió el uso de grilletes, hierros y cadenas para evitar el movimiento de la persona, autorizó que existan visitas íntimas, consintió en que existan permisos de salida, dio apertura a que se practique la libertad de culto en prisión, pidió la salida de las órdenes religiosas y prohibió que éstas gestionen la administración de las cárceles de mujeres, estableció que las personas de setenta años de edad no debían permanecer encarceladas y dispuso su libertad, aumentó el presupuesto destinado a la alimentación de las personas privadas de la libertad, dispuso que se coloquen buzones para recoger quejas dirigidas a la Dirección General de Instituciones penitenciarias (Navarro, 2018), con el fin de ofrecer una vía de comunicación con la administración y para poder recabar información sobre los problemas de los centros carcelarios, lo cual manifiesta su interés por dar una mejor atención a las personas involucradas.

Estas, y otras medidas propuestas por Victoria Kent, demuestran su interés por mejorar estos espacios y ofrecer un trato digno a las personas a través de la garantía de la práctica de derechos que antes les habían sido negados.

Posteriormente, durante la dictadura franquista no existían condiciones para desarrollar o difundir investigaciones que cuestionen el sistema carcelario (Almeda, 2017). Durante esos cuarenta años los rasgos característicos fueron la imposición de disciplina y moralidad, las actividades dentro de la prisión tenían un carácter marcado por los estereotipos de lo que representa ser mujer, en un sentido ideal desde la visión masculina y de acuerdo a los parámetros de la época.

También, en cierto modo, el control penal estaba diferenciado para el hombre y para la mujer, a la que se le exigía mantener roles específicos, impuestos desde la sociedad, de modo que se esperaba que la mujer a través de

su conducta preserve la honestidad, el amor maternal, la fidelidad conyugal, y la inobservancia de estos valores estaba plasmada en delitos recogidos por la norma penal, algunos ejemplos son: el aborto, el infanticidio, entre otros (Vasilescu, 2018). Esto demuestra que el Derecho Penal se utilizó como un instrumento de poder para controlar a la mujer e imponer un determinado comportamiento social.

En el año 1941 se creó el Patronato de Protección de la mujer, orientado en políticas dirigidas al fortalecimiento de parámetros que tenían como eje la honestidad femenina, por lo que se concebía como una opción viable el internamiento, cuando, por ejemplo, las mujeres, especialmente jóvenes incurrieran en escándalo público.

En casos como este se consideraba no sólo eran transgresoras de una norma jurídica, sino que quebrantaban el ideal de lo que representaba ser mujer, por lo que eran doblemente infractoras (Ballesteros y Almeda, 2015) afectando la norma legal y la moral marcada por una fuerte influencia de la religión mayoritariamente aceptada que en este caso era la católica.

En este sentido, la mujer considerada delincuente había afectado los cánones de convivencia social y también su lugar natural en el hogar y en labores de cuidado de la familia, desde su papel de esposa, madre o hija, por lo que su conducta, se consideraba de una desviación (Ariza e Iturralde, 2017) y consecuentemente el estigma que las marcaba era particularmente negativo.

El Ministerio de Justicia español, en 1963, estableció que la instrucción para la mujer reclusa se complementase con las escuelas hogar, orientadas principalmente a la formación de amas de casa (Mapelli, 2013). Lo anterior evidencia que las políticas aplicadas sobre las mujeres mantenían las mismas prácticas limitantes sostenidas por la estructura social de la época.

En la década de los noventa luego de denuncias de observadores externos se empezaron a evidenciar cambios, en especial con el traslado de reclusas a nuevos centros femeninos, sin embargo, se han mantenido instalaciones basadas en la neutralidad de género, de manera que los módulos tienen el mismo diseño, las opciones de formación y trabajo son idénticas, por lo que las limitaciones de los centros penitenciarios continúan presentes y las mujeres siguen ocupando un lugar secundario y a veces invisible, ya que las decisiones en materia penitenciaria se toman en mayor medida atendiendo a las necesidades de los hombres. (Ballesteros y Almeda, 2015). En España en

la actualidad existen módulos especiales para mujeres, adaptadas en cárceles para hombres y a nivel nacional únicamente se cuenta con cuatro cárceles de mujeres, que son las prisiones de Ávila, Madrid I mujeres, Alcalá de Guadaira-Sevilla y Wad Ras-Barcelona (Navarro, 2018).

En cuanto a medidas adoptadas desde el Estado, en el 2008 se aprobó un programa de acciones para la igualdad entre mujeres y hombres en el ámbito penitenciario y estuvo vigente hasta el 2011, su propósito principal fue el de frenar cualquier práctica discriminatoria y ofrecer opciones para que el tiempo dentro de la prisión, permita que a futuro exista una adecuada reinserción social, se implementaron medidas como la creación de una comisión técnica para dar seguimiento a los programas implementados, proyectos de nuevas instalaciones, atención a las mujeres víctimas de violencia, y planes de mediación familiar, entre otros (Ballesteros y Almeda, 2015).

Esta breve descripción permite ver que este tema ha experimentado transformaciones, pero aún quedan muchos problemas y retos por superar, ya que las mujeres que afrontan una pena privativa de libertad al interior de una cárcel, en su mayoría pertenecen a grupos especialmente vulnerables, siendo una realidad que no ha cambiado a lo largo de la historia, ya que en la cárcel están las mujeres a las que la sociedad les ha negado otros espacios y oportunidades.

Por lo antes dicho, es importante que exista concienciación sobre este tema y un compromiso de cambio, pues se ha demostrado que las transformaciones pueden surgir de las luchas sociales, el interés de la colectividad, de los aportes ofrecidos por las investigaciones académicas, de la acción de colectivos sensibles con en esta causa y de la implicación de los funcionarios públicos y las entidades de gobierno involucradas, pues sin un compromiso institucional poco se puede lograr.

La mujer privada de libertad y los principales problemas que afronta

En esta parte nos acercamos al abordaje de los principales problemas y retos que varias investigaciones recogen en el estudio de este tema.

Es claro que los cambios en el sistema son el resultado de la influencia del feminismo criminológico, informes emitidos por organismos internacionales y por el planteamiento de una idea de igualdad construida con atención al género.

En los años sesenta y principios de los setenta surgen estudios críticos sobre la delincuencia y prisión de mujeres, sobre todo desde el mundo anglosajón, con trabajos de sociólogas y criminólogas tanto de Inglaterra como de Estados Unidos de América y Canadá, todo esto, cuando los movimientos feministas se fortalecían en el mundo occidental y se hacían más notorios, estas propuestas irrumpen en un espacio académico en el que existían muy pocos trabajos de investigación que abordaban este tema y los que lo hacían usaban argumentos biologicistas y sexistas para explicar las razones de la delincuencia femenina (Almeda, 2017).

Los trabajos de estas investigadoras cuestionan con firmeza las causas sociales de la delincuencia y critican el modelo androcéntrico en el que se argumenta el sistema penal y la criminología, luego llegarían nuevas reflexiones en los años ochenta y noventa en donde aparecen nuevas líneas teóricas y desafíos.

Varios estudios realizados en Francia e Italia entre los años ochenta y noventa aportan investigaciones sobre las cárceles de mujeres, incluyendo impactantes testimonios de reclusas y demostrando con argumentos la existencia de prácticas discriminatorias, vejatorias y estigmatizadoras. La mayoría de estas investigaciones se enmarcan en lo que se conocería como criminología crítica feminista (Almeda, 2017).

A partir de los años ochenta se evidenció con mayor claridad un cambio en cuanto al discurso penal y criminológico pues antes de esta década, no se había fortalecido suficientemente una perspectiva de género y las corrientes de pensamiento más progresistas tampoco abordaban este tema; sin embargo, una fuerte corriente feminista impulsó la aparición de estudios en este campo, siendo especialmente críticos frente a las formas de control social aplicadas a las mujeres y a los hombres (Ariza e Iturralde, 2017).

La criminología feminista es sensible a las particulares condiciones que viven las mujeres, por lo que se debería procurar que la cárcel no sea un elemento más de opresión, pero en la práctica suele serlo.

La criminóloga Rosa del Olmo hace valiosas aportaciones en cuanto a que el pensamiento criminológico a partir de los años setenta incorporó una perspectiva de género con reflexiones teóricas de gran valor, superando las tesis basadas en identidad física y características biológicas, para hablar en su lugar de la construcción social de lo masculino y lo femenino. También

es preocupante que a pesar de que la criminalidad femenina es un tópico transcendental y las cifras muestran un notable incremento, otros temas han adquirido mayor relevancia e impacto como los que se refieren a violencia doméstica o el acoso sexual, entre otros (Del Olmo, 1985).

Con frecuencia se ha excluido a la criminalidad femenina como tema de reflexión académica, al enfocar la atención en la mujer como sujeto pasivo del delito y no como sujeto activo, es decir, que se ha dado un mayor énfasis a la figura de la mujer en su papel de víctima del delito. En consecuencia, al no hablar de estas mujeres que han cometido delitos, se estaría frente a un grupo olvidado o invisible (Del Olmo, 1985).

La criminología feminista pretende ver a la mujer como un sujeto de investigación, descubriendo los problemas que afrontan, a partir de sus testimonios como víctimas y como condenadas en el sistema de justicia penal, para proponer la discusión de temas como la discriminación y prácticas misóginas, o los factores que crean abandono y estigmatización. Por lo que se analiza tanto el factor de género, como los aspectos sociales, económicos y étnicos en la coyuntura actual del sistema penal (Leite, 2018).

Las mujeres reclusas son un grupo en riesgo de exclusión social, puesto que el ingreso en prisión da como resultado que la mujer sea excluida y su situación se agrava respecto de su condición anterior a la entrada en prisión (Novo, Barreiro y Espada, 2014), por lo que aumentan sus posibilidades de marginación y pobreza.

Este tema requiere un análisis que considere diferentes ejes de discriminación como el género, la clase, la edad, la discapacidad, que concurren en un contexto específico en el caso de la población carcelaria femenina (Ballesteros y Almeda, 2015).

El discurso de género en el sistema carcelario expresa que las cárceles son lugares en los que hay víctimas, ya que se trata de personas con bajo nivel educativo y que en muchos casos han afrontado maltrato, abusos, explotación sexual, entre otros., todo lo cual, es muestra de que han vivido y siguen afrontando difíciles condiciones en su día a día.

En los centros carcelarios, las prácticas como cacheos por drogas con frecuencia son más agresivas con las mujeres y pueden desencadenar en prácticas lesivas a su integridad, sobre todo cuando no se realizan en las condiciones adecuadas y cumpliendo con protocolos sanitarios y técnicos adecuados

que, en todo momento, precautelen el respeto a la persona. A lo anterior se suma que las mujeres reclusas también en ocasiones podrían ser expuestas a prácticas vejatorias o incluso sufrir abusos sexuales (Ballesteros, 2016).

Otra dificultad es que las mujeres privadas de la libertad indudablemente ven afectadas en sus relaciones familiares y personales, por ser internadas en centros lejanos geográficamente a sus ambientes de arraigo familiar (Navarro, 2017), situación que se hace más intensa y dramática en el caso de mujeres extranjeras encarceladas que afrontan una situación de total desarraigo.

El perfil de las mujeres encarceladas coincide en algunos factores con el de los hombres, en cuanto a que se trata de personas jóvenes en su mayoría, en situación de marginalidad y que han tenido pocas posibilidades de acceder a oportunidades en el mercado laboral (Ariza e Iturralde, 2017).

Esto se debe también a la falta de acceso a la educación y décadas atrás podía hablarse incluso de analfabetismo, sobre todo en sectores de la población tradicionalmente marginados, en este punto, cabe mencionar que si la prisión tiene como uno de sus ejes el de la reinserción en la sociedad, una opción viable para conseguir este propósito es el de la educación (Novo, Barreiro y Espada, 2014), por lo que se trata de un medio en el que no deberían escatimarse recursos económicos y esfuerzos de las instituciones involucradas en esta área.

Entre las mujeres encarceladas también están presentes discapacidades físicas y psíquicas pero estas circunstancias no suelen ser visibilizadas por lo que a menudo son desatendidas. (Ballesteros y Almeda, 2015). Todo esto evidencia que, si bien las condiciones carcelarias son complejas, representan una carga más pesada para la mujer, pues inclusive sus necesidades de salud son distintas.

Entre los principales problemas está el de que se plantean tratamientos y políticas desarrolladas con criterios neutros, pensando en un recluso varón, pero al tratarse de un tema que involucra a mujeres, es indispensable referirse temas particulares de esta, como la falta de condiciones para atender el embarazo o la maternidad en prisión, o las necesidades de la madre con hijos en el exterior (Mapelli, 2013).

Muchas de las mujeres reclusas son madres y sus familias son monoparentales (Ballesteros y Almeda, 2015), por lo que la privación de la libertad implica permanecer alejadas de sus hijos por varios años, lo cual resulta es-

pecialmente difícil y traumático. Ante este tema debería existir una atención especial por parte del Estado para proteger a los hijos menores de edad y garantizar su protección y cuidado hasta que la madre pueda asumir nuevamente las labores de cuidado de los hijos menores de edad.

Como se ha dicho existen verdaderas necesidades de salud femenina de la mujer como el tema del embarazo y lactancia, pero también la mujer requiere atención especializada durante la menopausia o para la atención de enfermedades como el cáncer de mama o de útero (Barberet, 2017).

Por lo antes mencionado, está claro que las mujeres afrontan una realidad diferente como en el caso de sus derechos reproductivos, ya que según lo indican las principales investigaciones en el tema, por lo general, no existen medios o protocolos que garanticen las mejores condiciones de salud para el embarazo y el alumbramiento, tampoco para proporcionar la alimentación más adecuada en el periodo de gestación y lactancia, por lo que se trata de negligencias inadmisibles (Ariza e Iturralde, 2017) por parte del sistema.

En resumen, los problemas que han sido mencionados se incrementan por la desatención institucional, por lo que su condición de personas vulnerables se intensifica con la privación de libertad, por ello la experiencia penitenciaria es especialmente dura, ya que la mayoría ve afectados sus nexos con los hijos y la familia que están fuera.

Aunque no todas las mujeres que están en prisión son madres, el ejercicio de la maternidad forma parte de un discurso político, que trata de motivar la implementación de cambios y de reformas a nivel institucional ya que esta condición explica que las mujeres viven una realidad incomparable y particular en comparación a la de los presos varones (Ariza e Iturralde, 2017).

La condición de maternidad, es un claro elemento diferenciador, en este caso, aun cuando existen normas internacionales que abogan por evitar la entrada en prisión de los progenitores que tienen a su cargo el cuidado de sus hijos menores, también se insta a que las instituciones involucradas tutelen en debida forma los derechos de los niños, pero se suele pasar por alto el grave impacto que el ingreso en prisión puede tener sobre los hijos (Navarro, 2018).

Este tema no tiene un tratamiento uniforme en todas las legislaciones, mientras en algunos países está prohibido que los hijos permanezcan con las madres en prisión, la mayoría de ellos, si permiten que los niños en el rango de edad de entre cero y seis años permanezcan con sus madres.

Al abordar este tema se aboga por los derechos del niño y no tanto por los de la mujer que se encuentra en dicha condición. Cuando se analiza el tema desde la realidad de países menos desarrollados, si a las madres encarceladas no se les permite estar con sus hijos, estos estarían en el abandono, desprovistos de un techo y un hogar, por lo que, la permanencia de los niños junto a ellas es la única alternativa, aunque sus necesidades de salud o acceso a la educación tampoco estarían garantizadas (Barberet, 2017).

En este punto, podemos ver las dos caras de la moneda, por un lado, está el derecho del Estado a castigar y por otro la necesidad del niño de permanecer con la madre, quien en ocasiones es la única familia con la que cuenta y con quien mantiene un vínculo afectivo fundamental en su vida y necesario para su desarrollo.

En lo internacional, también hay pronunciamientos en este sentido, un ejemplo de ello está en las reglas de Bangkok, que reconocen que es probable que las mujeres sean las principales encargadas del cuidado de los hijos, además de señalar que mantener a los hijos cerca de sus madres podría aportar resultados positivos para ambos, esto sumado a que la unidad familiar se considera merecedora de protección legal (Barberet, 2017).

Existen varios modelos de familia y uno de ellos es el de la familia monoparental que es un modelo frecuente entre las mujeres privadas de la libertad, en este sentido, la madre y los hijos merecen atención, protección y cuidado por parte del Estado sin discriminación.

La mujer que entra en prisión siente no sólo la angustia de esa situación, sino que, por las pautas fijadas por los estereotipos y roles, se percibe a sí misma como negligente ante sus roles de esposa, cuidadora y madre (Navarro, 2018).

El encarcelamiento femenino en la actualidad adquiere rasgos característicos, como el del empoderamiento de las mujeres, que construyen mecanismos de resistencia, que tienen que ver con las luchas de las personas privadas de la libertad para mantener un cierto sentido de autonomía. (Ballesteros, 2016) El empoderamiento, puede aportar con herramientas para afrontar de una mejor manera los problemas estructurales tanto en prisión como en su regreso a la vida en libertad (Barberet, 2017).

Cabe destacar que, dentro de las prisiones, las organizaciones de la sociedad civil suelen realizar acciones enfocadas en la creación de redes de apoyo

para atender sus necesidades presentes y darles soporte en su proyecto de vida futura, sobre todo en cuanto a la incorporación al mundo laboral.

También en la actualidad se trabaja en temas de prevención de violencia de género, y acciones relacionadas con el fortalecimiento de su autoestima, esto puede contribuir a darles herramientas para afrontar situaciones futuras de una manera diferente (Novo, Barreiro y Espada, 2014).

Las mujeres en prisión son una minoría y un grupo con necesidades que pocas veces son atendidas en debida forma, ya que como se ha dicho el tema carcelario se planteaba desde una perspectiva indiferenciada o neutra, en este sentido es necesario que se implementen programas específicos para este grupo de población, para darles competencias que les permitan reducir su vulnerabilidad frente a situaciones de violencia o dependencia, y ofrecerles formación y herramientas de carácter preventivo, con programas que aporten auto estima, empoderamiento, aprendizaje, actividades de integración y otras prácticas encaminadas a tomar conciencia sobre su propia situación y que les permita plantear soluciones comunes a algunos de sus problemas cotidianos (Sotos, A, 2016).

Otro problema dentro de la prisión es la falta de acceso al trabajo y para las pocas mujeres que pueden acceder al este, tiene varias ventajas, en primer lugar permite a las personas involucradas adquirir aprendizaje y profesionalización, también puede ofrecer competencias para entrar en el mercado laboral en el futuro, proporciona un medio de subsistencia, y aún cuando la retribución económica sea pequeña, puede suponer un incentivo, crea nuevos espacios de relaciones sociales, puede reducir la conflictividad y puede contribuir en su autoestima.

En España un 27, 57% de mujeres privadas de libertad han accedido a un trabajo remunerado en prisión, esta cifra representa un porcentaje pequeño pero la administración penitenciaria realiza grandes esfuerzos para que más mujeres accedan a un trabajo remunerado (Navarro, 2018).

Por todo lo dicho anteriormente, cabe destacar que el derecho a castigar que tiene el Estado, no le faculta para sobrepasar límites y lesionar derechos de las mujeres privadas de su libertad al interior de las cárceles, no se les deben restringir sus derechos reproductivos, derecho de acceder a la educación, al trabajo, a una vida en condiciones de dignidad, derecho a su integridad física, sexual, psíquica, acceso a la justicia, entre otros.

El panorama internacional y el enfoque de género

Uno de los documentos más importantes al hablar de las transformaciones del sistema penitenciario es el informe emitido desde los Servicios Correccionales del Canadá en 1990, sus recomendaciones influyeron en la creación de programas de atención específica con un enfoque orientado a aspectos como la marginalidad y la pobreza, además se implementó una unidad para intervenir en casos de mujeres aborígenes. También se hace énfasis en el respeto y la dignidad, además de las responsabilidades compartidas entre los funcionarios de prisiones, voluntarios y miembros de la comunidad.

Se destaca también el proyecto MIP realizado entre 2003 y 2005 que recibió financiamiento de la Unión Europea para realizar un estudio comparativo sobre la situación de las mujeres en las prisiones de Alemania, Inglaterra, Francia, Italia, España y Hungría con un especial enfoque en su reinserción y un análisis de la eficiencia de las políticas penitenciarias en materia socio laboral (Mapelli, 2013).

También puede mencionarse el informe Corston del año 2007 en Inglaterra, que proviene de un estudio sobre los problemas que afrontan las mujeres en prisión y que dio lugar a 43 recomendaciones entre las que se destacan la necesidad de proponer alternativas no carcelarias y que exista una mayor inversión estatal en infraestructuras.

Los nuevos tiempos obligan superar la idea de neutralidad en el ámbito penitenciario, en ese sentido, en 2011, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó las Reglas de las Naciones Unidas para el tratamiento de las reclusas y medidas no privativas de la libertad para las mujeres delincuentes (Reglas de Bangkok) Resolución 64-229. En el documento se destaca que un objetivo común debe ser el de dar mejores condiciones a las reclusas y a sus hijos.

Las reglas de Bangkok son relativamente recientes, han generado comentarios positivos y representan un aporte en favor de los derechos de las mujeres, a pesar de que su falta de cumplimiento no genera sanciones, sin embargo se trata de un conjunto de pautas con las que la comunidad internacional mantiene criterios unificados, sobre parámetros básicos con los que los gobiernos pueden implementar mejores condiciones en las cárceles del mundo, siendo recomendaciones que representan un compromiso por la defensa de los derechos humanos.

Las principales críticas parten de que estas reglas no están libres de estereotipos sobre la feminidad, además de que evitan mostrar un posicionamiento firme, acerca de que las cárceles no son espacios de rehabilitación adecuados y tampoco se adopta una postura abolicionista frente a la pena de prisión (Barberet, 2017).

La Organización Internacional del Trabajo también se ha pronunciado acerca del trabajo en las prisiones y manifiesta que el trabajo penitenciario debe ser remunerado, respetuoso con normas de seguridad para el trabajador, compatible con otras actividades de formación y debe aportarle competencias para su entrada en la vida laboral al abandonar la prisión. Condición que resulta fundamental para su reinserción en la sociedad (Navarro, 2018).

Reflexiones finales

Hablar de la población carcelaria es abordar un tema complejo y en el que queda mucho por decir, se trata una denominación neutra y general que abarca a un conjunto de personas, cuyos problemas son objeto de atención de la legislación nacional y de normas internacionales, pues es claro que, el tema de las prisiones exige atención y disposiciones específicas sobre el tema.

Las personas privadas de la libertad se constituyen tanto por hombres como por mujeres, con circunstancias comunes, pero la realidad de los unos y de los otros es distinta, por lo que el sistema penitenciario debe prestar atención a las diferencias de los involucrados.

Las personas que han sido privadas de la libertad son ciudadanos y la administración pública debe prestar una atención acorde a su dignidad y respetando sus más elementales derechos.

Es indispensable que, desde el Estado, se respete la legislación que se refiere a este tema, así también los organismos nacionales competentes, deben implementar los cambios que sean necesarios para dar una mejor atención a las personas que se encuentran en esta situación, por ello, es importante que se inviertan recursos en la formación de las personas que serán funcionarios de las instituciones penitenciarias y que exista el deber de ofrecer una capacitación adecuada, esto sumado al compromiso institucional de mejorar las prácticas para el trabajo dentro del sistema penitenciario.

Es indispensable que se trabaje en la elaboración y ejecución de las políticas penitenciarias que sean necesarias para un buen funcionamiento del

sistema de rehabilitación social. Siempre recordando que se debe buscar la rehabilitación y reinserción de la persona privada de la libertad.

Las mujeres en el presidio sufren un mayor grado de estigmatización, altos niveles de sufrimiento y angustia por el distanciamiento con su entorno familiar, pareja e hijos, en el caso de estos últimos el Estado debe garantizar su protección y cuidado.

La falta de atención a las necesidades de las mujeres privadas de la libertad fortalece las prácticas de discriminación que las afectan y hace permanente su condición de vulnerabilidad.

Por lo antes dicho, es importante que las autoridades e instituciones competentes en la materia se comprometan en dar atención a las necesidades de este colectivo, tanto en los aspectos, sociales, educativos, psicológicos y de salud.

Las mujeres sometidas a la privación de la libertad son un colectivo especialmente vulnerable, en ocasiones provenientes de los sectores más desfavorecidos de la sociedad, por ello las condiciones que afrontan las mujeres, las colocan en una situación de marginalidad y exclusión, situación que se ve agravada cuando se encuentran privadas de la libertad, siendo una condición que las expone aún más a sufrir diversas formas de violencia y discriminación, por lo que se les debe ofrecer una mayor protección en el ámbito carcelario, además puede intensificarse su vulnerabilidad cuando se encuentran bajo el control de funcionarios con poca formación o valores éticos poco sólidos, por lo que podrían reproducir prácticas de maltrato y discriminación, dentro de los establecimientos carcelarios.

La falta de cumplimiento de buenas prácticas, por parte de los funcionarios que trabajan en las instituciones carcelarias, puede incentivar a que se produzcan actos de corrupción, como la exigencia del pago de una cantidad de dinero, a cambio de protección, o de algunos privilegios mínimos, con lo que se evidencia que dentro de la cárcel se podrían reproducir las mismas prácticas sociales que existen fuera, como la entrega de dinero a modo de compra de favores o por la obtención de un privilegio personal.

Los funcionarios de la administración pública, incluidos los que están a cargo de la administración del sistema carcelario, deben cumplir con las labores propias de su cargo y garantizar el respeto de los derechos de las personas que están bajo su cuidado.

Deben recibir capacitación sobre Derechos Humanos y obtener las herramientas necesarias para poner en práctica lo aprendido, comprendiendo que, mediante su trabajo diario, pueden lograr que la institución se transforme de manera positiva.

En la primera parte de este documento, al hacer un recorrido histórico de la institución carcelaria femenina, se destacan las actuaciones de personajes como Concepción Arenal y Victoria Kent, quienes hicieron un aporte positivo dentro de la administración carcelaria, con propuestas que aún en nuestros días son aceptadas y de gran actualidad. Aunque en su tiempo no se hablaba de Derechos Humanos por ser este un concepto más o menos reciente, ellas propusieron prácticas que defendían la dignidad de las mujeres privadas de la libertad, quienes eran las más vulnerables de la sociedad, las marginadas y las olvidadas.

Ha pasado mucho tiempo y los Derechos Humanos son, en la actualidad, parte de todos los ordenamientos legales de los Estados, por lo que estos se comprometen al cumplimiento de las obligaciones que de ellos se desprenden. Los derechos humanos deben aplicarse para todos los seres humanos sin excepción, esto es claro y no admite una interpretación mal intencionada para excluir a grupos determinados de la población.

Conclusiones

Todos los aspectos que han sido analizados en este documento muestran que la mujer afronta grandes dificultades al interior del sistema carcelario y que, si se analizan las cifras de la población penitenciaria, las mujeres continúan representando un porcentaje menor en comparación con los hombres privados de libertad, por ello en ocasiones se resta importancia a sus problemas y necesidades y se aplican protocolos y políticas pensadas a partir de la realidad de los hombres.

Es evidente que la gran mayoría de mujeres privadas de la libertad provienen de sectores desfavorecidos, por lo que cabe preguntarse si el Estado y sus instituciones han hecho suficientes esfuerzos por garantizar el acceso a mejores condiciones de vida para las mujeres, sobre todo para las que provienen de los sectores más empobrecidos, y a las que no se les ha garantizado el acceso a la educación, oportunidades en el mercado laboral y en general el

derecho a disfrutar de una vida digna, en donde puedan construir un proyecto de vida y satisfacer sus necesidades más elementales.

La pena de prisión dejará una huella negativa en las mujeres que pasan por ella y difícilmente se cumplirá con los objetivos de rehabilitación y resocialización, de modo que el derecho del Estado a castigar se cumple pero el precio que se paga es muy alto, sobre todo cuando se trata de personas que antes de su entrada en la cárcel tampoco contaban con la garantía de sus más elementales derechos, las mujeres pobres y las marginadas, suman a su vida la condición de presidiarias o de ex presidiarias, lo que intensifica su condición de exclusión.

Bibliografía

Almeda, E., (2017) Criminologías feministas, investigación y cárceles de mujeres en España. *Revista de Sociología*. Vol 102, No. 2, España, pp. 151-181.

Ariza, L., Iturralde, M., (2017) Mujer, crimen y castigo penitenciario. *Polit. crim.* Vol. 12, No. 24, Colombia, pp. 723-753.

Barberet, R., Jackson, R (2017) UN Rules for the Treatment of women prisoners and Non-Custodial Sanctions for women offenders (the Bangkok Rules). *Revista de Sociología*. Vol 102, No. 2, España, pp. 215-230.

Ballesteros, A., Almeda, E., (2015) Políticas de igualdad en las cárceles del siglo XXI. Avances, retrocesos y retos en la práctica del encarcelamiento femenino. *Praxis sociológica* No. 19, España, pp. 166-186.

Ballesteros, A., (2016) Redomesticidad y encarcelamiento femenino en el sistema penitenciario español. Los módulos de respeto. *Revista de Sociología*. Vol 102, No. 2, España, pp. 261-285.

Del Olmo, R., (1985) Teorías sobre la criminalidad femenina, en: Criminalidad y criminalización de la mujer en la región andina. Ed. Nueva Sociedad. Venezuela, pp. 1-181.

Leite, D., (2018)., Abandono e invisibilidade da mulher encarcerada. Neo Juris editora, 2018. Salvador/Ba. Brasil, pp. 1-138.

Mapelli, B., Herrera, M., Sordi, B., (2013) La exclusión de las excluidas. ¿Atiende el sistema penitenciario a las necesidades de género? Una visión andaluza. *Estudios penales y criminológicos*. España, pp. 59-95.

Novo, I., Barreiro M., Espada, B., (2014) Mujeres reclusas y el papel de la educación. Aportaciones arbitradas. *Revista educativa Hekademos*, 16, Año VII, diciembre 2014, España, pp. 17-24.

Navarro, C., (2018) El encarcelamiento femenino. Ed. Atelier, España, pp. 1-152.

Sotos, A., (2016) Transformación en los modos de subjetivación y relaciones de poder de las mujeres del ser mujer es. Un programa por y para mujeres en prisión. *Quaderns de ciències socials*. No. 33, España, pp. 4-31.

Vasilescu C., (2018) Razones y sinrazones para una criminología feminista. In Dret *Revista para el análisis del Derecho*. España, pp. 1-6.



Tópicos generales del derecho de las sanciones administrativas

Víctor Manuel Avilés Hernández³⁰³

Resumen

En este artículo se enuncian las principales interrogantes abiertas en Chile en lo relativo a las sanciones administrativas. Se describen las principales posiciones desde la perspectiva legislativa, dogmática y jurisprudencial. Se enmarcan las alternativas en cuanto a su naturaleza jurídica y la aplicación de la reserva de ley a su respecto, así como las nociones de responsabilidad sobre base subjetiva y ciertos tópicos relevantes en materia de prueba. Finalmente, se toma una posición al respecto, la que se fundamenta en general.

Palabras clave: Derecho administrativo sancionador, *ius puniendi*, reserva de ley, tipicidad, responsabilidad subjetiva, culpa contravencional, estándar probatorio y *onus probandi*.

Introducción

Uno de los grandes temas que se pueden asociar a la conceptualización de lo que hoy conocemos como constitucionalismo clásico es aquel relativo al control y regulación del poder. Dentro de dicha materia, podemos decir que uno de los grandes avances fue cierto consenso en la relevancia de la separación de las distintas expresiones de poder de la soberanía estatal. El para-

303 Abogado de la Universidad de Chile y profesor de Derecho Constitucional de la misma casa de estudios. Magíster en Derecho Tributario. Correo: vm_aviles@lya.cl

digma de los poderes legislativo, judicial y ejecutivo separados se impuso sin mayor cuestionamiento y, en tal condición, se ha mantenido por años. Ello, no sólo por la necesidad de disminuir la concentración de facultades, sino también como una forma de garantizar los contrapesos –*checks and balances*, para usar un anglicismo– que permiten propender tanto a un mejor gobierno cuanto a un mayor respeto de los derechos de las personas.

Siendo la idea de la separación de los poderes una de tipo sustantivo, donde no basta la mera formalidad de establecer autoridades diversas, se hace necesario que, tras de ella, exista, además, una clara separación en las funciones. En otros términos, no basta con contar con órganos independientes denominados, por ejemplo, Congreso Nacional, Tribunales de Justicia o Administración Pública, si, de otro lado, el conjunto de normas legales dota de facultades cruzadas a sus titulares.

Es por ello que, en nuestra calidad de constitucionalista, la aproximación al fenómeno de las sanciones administrativas es cauteloso y, en principio, crítico. *Ab initio*, nos cuesta aceptar que a una autoridad administrativa se le dote, además, de la facultad de juzgar y aplicar sanciones. Ello se nos hace más cuesta arriba cuando a dicha autoridad ya transformada en mixta se le faculta, por su parte, con una potestad reglamentaria autónoma. Frente a las sospechas iniciales de un retroceso, y una vez que se nos notifica del fenómeno que podemos llamar de poderes mixtos, los constitucionalistas tienen dos caminos: El rechazo o la regulación.

El primero, el de la objeción o rechazo, fundados en que, constitucionalmente, no procede el traspaso, por ejemplo, de la facultad de juzgar –entendida sustantivamente– desde los tribunales de justicia que señala la ley a una autoridad administrativa que no tiene formalmente dicha calidad. Ante dicha objeción, se levantan múltiples voces. Por ejemplo, desde el mundo del derecho procesal se nos hace notar que *tribunal* es el órgano que ejerce jurisdicción, más allá de su denominación. Es la facultad la que nominaliza al órgano, por lo que el desafío se traspasa entonces a los balances y contrapesos que se han de establecer en la regulación del mismo, a efectos de cumplir con los principios constitucionales aplicables (v. g. legalidad del órgano; debido proceso de según ley, etcétera). Asimismo, desde el mundo *ius publicista* se nos hace ver, no sin razón, que no se puede pretender la fosilización de paradigmas en cuanto a la regulación de los poderes, siendo lo relevante, de

un lado, la mejor respuesta a las necesidades públicas y, del otro, la forma en que los nuevos modelos de regulación institucional se hacen cargo de los principios constitucionales y sus garantías.

Surge así, el segundo camino, el de la regulación. Abandonada ante la evidencia y la fuerza de los hechos la idea del rechazo absoluto, se inicia entonces un camino en cuanto a consensuar las formas regulatorias adecuadas para responder a estas necesidades públicas con instituciones mixtas. Acá se abren, por lo menos, dos llaves adicionales. La primera, la que con base en una aproximación ontológica tiende a igualar la naturaleza de las sanciones administrativas a las sanciones de tipo penal y, consecuentemente, aplicar el conjunto de garantías constitucionales existentes al respecto. La segunda, la de quienes buscan la regulación del fenómeno de las sanciones administrativas desde una perspectiva –valga la redundancia– propiamente administrativa³⁰⁴. Por su lado y en tanto se define esta discusión, existen visiones más bien pragmáticas, que señalan que “no obstante su autonomía, ante la inexistencia de un cuerpo dogmático sólido en cuanto a sus principios, por razones de urgencia, deben serle aplicados, como pauta y cota máxima, aquellos que informan al Derecho Penal”³⁰⁵.

En cuanto a quienes buscan el control del fenómeno de las sanciones administrativas con base en categorías, principios y garantías ya conocidas, nuevamente, se presentan dos alternativas. Aquellos que sostienen que la aplicación de dichos principios y demás debe ser *in integrum* y con igual intensidad –sino mayor, por los desafíos propios de estas instituciones mixtas que es necesario controlar–, y aquellos que sostienen que, a partir del *quantum* de las sanciones, es posible aceptar una aplicación selectiva de principios, atenuada en su intensidad. Nos cuesta encontrar sustento normativo a esta última alternativa, la que sin duda parece razonable. No obstante, el sustento fáctico de ella colapsa, por ejemplo, cuando se constata que la intensidad de algunas sanciones típicamente administrativas –como las multas– puede ser, incluso, mayor que iguales sanciones en el mundo penal.

304 Ver, por ejemplo, a Letelier W., Raúl. “Garantías Penales y Sanciones Administrativas”. Polít. crim. Vol. 12, N° 24 (Diciembre 2017), Art. 1, pp. 622-689. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf]

305 Román, Cristián, “El Derecho Administrativo Sancionador en Chile”, *Revista de Derecho Universidad de Montevideo*, vol. 16 (2009), p. 99.

Frente a ello, dentro del derecho público, pero más bien fuera del derecho constitucional, retomando aquella vieja controversia entre regulador y regulados, aparecen quienes reclaman para el fenómeno de las sanciones administrativas un reconocimiento y consecuente regulación propiamente administrativa. Estos autores desechan la relevancia del argumento de la identidad ontológica del fenómeno de las sanciones penales y administrativas, por lo que con mayor razón no es relevante tampoco el análisis de la intensidad del control que deben de ejercer los principios constitucionales del *ius puniendi*. Por su parte, sostienen que nada impide que la regulación legal e, incluso, constitucional, evolucione, rompiendo paradigmas tradicionales para poder dar una mejor solución a fenómenos y desafíos nuevos. Así, sostienen que el fenómeno de las sanciones administrativas debe entenderse de manera totalmente independiente al derecho penal y sus garantías, con una regulación propia y novedosa, que se explica a partir de las diferentes funciones que han de desempeñar uno y otro orden. Se pone en duda, de esta forma, la supuesta existencia de un único *ius puniendi* estatal. Así, el derecho penal busca la protección de bienes jurídicos mediante una sanción grave y tributaria, por su parte, de tres finalidades –prevención general, prevención especial y retribución–, las que explican, por su parte, los principios y garantías que le dan cuerpo y forma. Por su parte, las sanciones administrativas no resguardan bienes jurídicos –o resguardan uno de ellos, esto es, el cumplimiento de las normas–, sino que buscan la satisfacción de ciertas necesidades públicas que subyacen tras el cumplimiento de las regulaciones. De allí que, con distintas intensidades, quienes siguen estas corrientes, estén dispuestos a aceptar una menor intensidad en el resguardo de las garantías individuales con tal de asegurar el cumplimiento normativo. Lo relevante acá es la vigencia de los principios base del derecho administrativo, tales como la legalidad –cada vez más atenuada o, si se quiere, modificada a una idea más amplia, pero más insegura, de juridicidad³⁰⁶– y la regulación del procedimiento administrativo a partir de ideas sustantivas (v. g. transparencia, emplazamiento, celeridad, motivación del acto, etcétera).

Más allá de la discusión conceptual que hemos pretendido resumir y clasificar, el fenómeno de las sanciones administrativas, sin duda, existe y ha

306 En este punto queremos hacer notar que la legitimidad de la actuación administrativa no se fundaría necesariamente en la existencia de una norma legal habilitante, previa y expresa, sino más bien en una visión sustancial del conjunto de normas y principios, más allá del texto legal.

tenido en muchos países –Chile no es la excepción– un desarrollo más bien inorgánico. Se ha ido regulando separadamente en distintas normas legales –la necesidad de una ley habilitante no ha sido todavía puesta en duda–, las que en todo caso simplemente se limitan a establecer sanciones para ciertos supuestos y facultar a determinados organismos para su aplicación. Luego, cada vez que se hace uso de estas facultades, se hace presente la necesidad de dotar a los respectivos procedimientos de garantías sustanciales por lo que los *ius publicistas* –con énfasis administrativistas o constitucionales– levantan nuevamente la discusión antes reseñada en busca de una cobertura constitucional y regulatoria. Así, ha sido principalmente la jurisprudencia la que ha venido decidiendo, caso a caso, la naturaleza de la institución en juego y los principios y garantías que han de operar como su límite. Lo anterior ha generado no pocas contradicciones, pero ciertamente, muchas dudas y, consecuentemente, cierta inseguridad jurídica. El caso más dramático podríamos graficarlo como aquel que rechaza la aplicación propia de las garantías del *ius puniendi* de reconocimiento y regulación constitucional –no decimos, del derecho penal– sin adscribir, en todo caso, el control del ejercicio de la facultad de aplicar sanciones administrativas a otro orden regulatorio.

Más allá de la discusión sobre la naturaleza jurídica que hemos reseñado, concretamente, se presentan dudas tales como las relativas a la vigencia en el mundo de las sanciones administrativas de instituciones tales como la legalidad de la sanción y del deber de conducta³⁰⁷; la responsabilidad sobre base subjetiva³⁰⁸; debido proceso; etcétera. Por su parte, existen además dudas sobre la aplicación de instituciones tales como la prescripción, el *non bis in idem* y el estándar de convicción que habilita, a quien tiene la facultad, para proceder a sancionar³⁰⁹.

307 Acá, las alternativas pueden ser, por ejemplo, sistemas que dotan de gran amplitud a la autoridad facultada para sancionar; aceptación de deberes de conducta establecidos mediante regulaciones administrativas con alguna –o sin ninguna– cobertura legal, etcétera.

308 Donde se puede sancionar solo la acción dolosa y excepcionalmente la culposa o, por el contrario, en donde se prescinde parcialmente de estas categorías –bastando la infracción de la norma si ella es, a su vez, imputable– o totalmente, en donde la simple infracción objetiva ha de sancionarse.

309 Así, para algunos debe aplicarse el estándar penal o de *ausencia de duda razonable* para sancionar y, para otros, uno próximo al civil, como podría ser el de *mayor probabilidad* de la ocurrencia del hecho –u omisión– que el de la no ocurrencia.

Toda esta confusión es la que marca, si se quiere, el estándar actual de la discusión en Chile. Si bien se puede decir con cierta certeza que la jurisprudencia tanto de la justicia ordinaria como del Tribunal Constitucional, en general, se ha inclinado por considerar el mundo de las sanciones administrativas como una expresión del *ius puniendi* estatal³¹⁰ y, como tal, sujeta a sus principios y garantías pero con ciertas limitaciones cuantitativas, existen cada vez más voces que desde el mundo del derecho administrativo reclaman la independencia conceptual que hemos reseñado.

Por lo mismo, soluciones como las que se han adoptado en otros países parecen abonar a la seguridad y certeza jurídica. Por ejemplo, la ley 27.444 sobre Procedimiento Administrativo General de Perú va en esa línea³¹¹. Otro tanto ocurre en Colombia, donde no sólo existe una ley especial, sino que la

310 Es decir, existiría un *ius puniendi* estatal único, con principios comunes y ramas diversas, como la penal y la administrativa.

311 Así, el artículo 230 establece una serie de principios. Señala “La potestad sancionadora de todas las entidades está regida adicionalmente por los siguientes principios especiales: 1. Legalidad. Sólo por norma con rango de ley cabe atribuir a las entidades la potestad sancionadora y la consiguiente previsión de las consecuencias administrativas que a título de sanción son posibles de aplicar a un administrado, las que en ningún caso habilitarán a disponer la privación de libertad. 2. Debido procedimiento. Las entidades aplicarán sanciones sujetándose al procedimiento establecido respetando las garantías del debido proceso. 3. Razonabilidad. Las autoridades deben prever que la comisión de la conducta sancionable no resulte más ventajosa para el infractor que cumplir las normas infringidas o asumir la sanción; así como que la determinación de la sanción considere criterios como la existencia o no de intencionalidad, el perjuicio causado, las circunstancias de la comisión de la infracción y la repetición en la comisión de infracción. 4. Tipicidad. Sólo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley mediante su tipificación como tales, sin admitir interpretación extensiva o analogía. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo pueden especificar o graduar aquellas dirigidas a identificar las conductas o determinar sanciones, sin constituir nuevas conductas sancionables a las previstas legalmente, salvo los casos en que la ley permita tipificar por vía reglamentaria. 5. Irretroactividad. Son aplicables las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de incurrir el administrado en la conducta a sancionar, salvo que las posteriores le sean más favorables. 6. Concurso de Infracciones. Cuando una misma conducta califique como más de una infracción se aplicará la sanción prevista para la infracción de mayor gravedad, sin perjuicio que puedan exigirse las demás responsabilidades que establezcan las leyes. 7. Continuación de Infracciones. Para imponer sanciones por infracciones en las que el administrado incurra en forma continua, se requiere que hayan transcurrido por lo menos treinta (30) días desde la fecha de la imposición de la última sanción y se acredite haber solicitado al administrado que demuestre haber cesado

propia Constitución Política da cuenta de la aplicación de ciertos principios al orden sancionatorio administrativo³¹².

Como hemos señalado, en el caso chileno la situación es diferente. Difícilmente hoy podría ponerse en duda algo que fue un aporte del Tribunal Constitucional, como la aplicación de las garantías del debido proceso de ley al campo de los procedimientos administrativos³¹³, lo que se complementa con la ley 18.880 que regula en términos generales y supletoriamente los mismos. Por su parte, en el caso de algunas regulaciones específicas, las soluciones legales propuestas –más allá de si son o no estrictamente compatibles

la infracción dentro de dicho plazo. 8. Causalidad. La responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable. 9. Presunción de licitud. Las entidades deben presumir que los administrados han actuado apegados a sus deberes mientras no cuenten con evidencia en contrario. 10. *Non bis in ídem*. No se podrá imponer sucesiva o simultáneamente una pena y una sanción administrativa por el mismo hecho en los casos que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento”.

312 La Ley 1437 del 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo (CPACA), desarrolla las garantías constitucionales y el procedimiento administrativo. Por ejemplo, indica que “en materia administrativa sancionatoria, se observarán adicionalmente los principios de legalidad de las faltas y de las sanciones, de presunción de inocencia, de no reformatio *in pejus* y *non bis in ídem*”. Por su parte, el art. 47 de la misma ley, al regular el procedimiento sancionatorio, reconoce el derecho a la defensa y la legalidad.

313 Por ejemplo, en materia de procedimientos administrativos disciplinarios, se pueden revisar el considerando 5° de la sentencia dictada en la causa rol 747, donde se indica: “Que, tal como ha tenido oportunidad de establecer en más de una ocasión esta Magistratura, las expresiones ‘sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción’, contenidas en el inciso quinto del numeral 3° del artículo 19 de la Carta Fundamental, deben entenderse en un sentido amplio, extendiéndolas ‘sin limitación alguna, al ejercicio de la jurisdicción esto es, el poder deber de conocer y resolver cualquier conflicto de carácter jurídico por cualquier órgano, sin que importe su naturaleza, y se refiere a sentencia no en un sentido restringido, sino como a toda resolución que decide una controversia de relevancia jurídica’ (entre otras, sentencia rol 478, de 8 de agosto de 2006). Así, en la expresión constitucional citada ha entendido incluidas resoluciones tales como la que adopta el Ministro de Transportes y Telecomunicaciones cuando otorga o deniega una concesión o un permiso de telecomunicaciones (sentencia rol 176 de 1993). En este entendido, las exigencias de racionalidad y justicia que demanda la Carta Fundamental resultan aplicables también a los procedimientos llamados a hacer efectiva la responsabilidad disciplinaria de los funcionarios judiciales, sin que resulte útil discernir la naturaleza de la función disciplinaria, acerca de la cual la doctrina sostiene importantes diferencias”. Otro tanto ocurre con el considerando 11° de la sentencia de la causa rol 783.

con la Constitución Política– dan respuesta a una serie de interrogantes que persisten en otras áreas del derecho administrativo sancionador, aportando con certeza y seguridad jurídicas al limitar de alguna forma el margen de apreciación y discrecionalidad administrativas³¹⁴. No obstante, existe un conjunto de materias de la máxima relevancia donde la situación se encuentra indefinida, lo que ha creado problemas sustantivos en algunos casos de gran relevancia pública³¹⁵.

El objeto de este trabajo es simplemente enunciar algunos de los temas en que existe cierta nebulosa jurídica en Chile, dando cuenta de su relevancia y de alguna jurisprudencia de interés. Entre ellos, la tipicidad legal de la conducta a sancionar; la responsabilidad sobre base subjetiva; el estándar de prueba exigible para aplicar sanciones, y otros.

Tipicidad legal de la conducta a sancionar

El número 3 del artículo 19 de la Constitución Política establece una garantía del derecho penal clásico, cual es la reserva de ley en cuanto a establecer acciones u omisiones que serán penadas. Dicha garantía, además, exige que la norma legal exista con anterioridad a la comisión de la acción o que se incurra en la omisión. No obstante lo anterior, a falta de otra normativa³¹⁶, y fundado en el carácter evolutivo que debe tener la interpretación de la Constitución de cara a una aplicación finalista, donde las garantías deben tener

314 Tal es el caso, por ejemplo, de la regulación de la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, tanto en su ley orgánica (ley 18.410) como en el decreto supremo 119 sobre aplicación de sanciones.

315 Por ejemplo, el denominado Caso Cascadas, donde la otrora Superintendencia de Valores y Seguros tuvo que tomar nota de los efectos de la declaración de inaplicabilidad de determinados artículos de su ley orgánica, en virtud de una sentencia del Tribunal Constitucional que le obligó, en definitiva, a morigerar sus pretensiones punitivas. Véase la sentencia dictada por dicho tribunal en la causa rol n° 3236-16, en relación con lo dispuesto en el artículo 29 del DL 3538.

316 Lo cual podría ser discutible en materia de sanciones administrativas, donde de todas formas en virtud del principio de la juridicidad consagrado en los artículos 6 y 7 de la Constitución Política, sería difícil entender como posible la aplicación de una sanción por parte de un organismo de la administración sin previa habilitación legal expresa, idea que abona a favor de quienes sostienen que la institución del sancionatorio administrativo puede construirse desde nociones ius publicistas diferentes de las penales.

sentido útil, se ha entendido en Chile que dicha norma establece, más que un resguardo del mundo penal, en sentido estricto, un principio del *ius puniendi* estatal, en términos amplios. Este *ius puniendi* abarcaría los campos propiamente penales, el administrativo y el disciplinario, los que serían especies de un mismo género. Luego, aceptada la unidad del *ius puniendi*, el desafío pasa por determinar si sus garantías se aplican o no con igual intensidad en materia de sanciones propiamente penales que en el campo de las sanciones administrativas o en las disciplinarias.

En principio, si bien la razón nos indica que puede haber una atenuación en la forma en que han de aplicarse estas garantías en los diversos ámbitos, cuesta encontrar en el número 3 del artículo 19 de la Constitución Política argumentos en este sentido. En nuestra opinión, o no existen tales, o los mismos deben fundarse en lo dispuesto en el número 2 del mismo artículo 19, en cuanto a que no se puede discriminar arbitrariamente, lo que en su sentido inverso se traduce en no tratar por el Estado de manera igual situaciones diversas. De todas formas, es precisamente en este punto, es decir la aplicación matizada y morigerada de estas garantías al sancionatorio administrativo, en el que se ha quedado la mayoría de la jurisprudencia en Chile. Ello, pese a que desde el mundo del derecho administrativo se pone en duda esta supuesta unidad conceptual del *ius puniendi* estatal y su conjunto de garantías comunes.

En materia económica y regulatoria, además del número 3 del artículo 19 ya referido, se agrega un argumento adicional que permitiría sostener, con independencia al argumento unitario del *ius puniendi*, la exigencia de una ley que describa un deber de conducta o una abstención necesaria. En efecto, el número 21 del artículo 19 de la Constitución Política, establece de un lado la libertad de desarrollar actividades económicas, con ciertos límites y, del otro, la necesidad de respetar las normas legales que las regulan. De esta última expresión se podría extraer el argumento reseñado. En todo caso, quedaría abierta la discusión sobre si *norma legal* significa ley en el sentido estricto y si, además, es la ley entendida de tal forma la que debe regular *in integrum* la materia, sin la posibilidad de la colaboración reglamentaria. En general, la mayoría de la jurisprudencia y doctrina acepta la colaboración del reglamento, sea o no en virtud de una remisión expresa del legislador, a efec-

tos de complementar la ley en aspectos de detalle³¹⁷, que no ha podido prever el legislador o no ha resultado conveniente hacerlo, sin que sea posible que se creen nuevos deberes sin cobertura legal (*ex novo*)³¹⁸.

317 En sentencia de la Corte Suprema, *Eccol Limitada en contra del Fisco de Chile* (2012) rol n° 2968-10, se indica: “la naturaleza de las contravenciones administrativas, en las que confluyen componentes técnicos, dinámicos y sujetos a variabilidad en el tiempo, hace imposible su síntesis descriptiva en un precepto general como lo es una Ley, de modo que el principio de tipicidad al traspasarse al ámbito sancionatorio de la Administración admite ciertos grados de atenuación”, “debe entenderse que la predeterminación de los comportamientos que configuran infracciones administrativas se satisface con la exigencia que en la ley se describa el núcleo esencial de las conductas censurables, pudiendo éstas precisarse y complementarse en aspectos no sustanciales por normas emanadas de una autoridad distinta a la legislativa, como es el Ejecutivo, por vía de decretos y reglamentos, en ejercicio de la potestad reglamentaria de ejecución que le compete”. Por su parte, en la sentencia dictada en la causa rol n° 479 el TC expresa que “debe aclararse ahora que la vigencia del principio de legalidad en el campo del derecho administrativo sancionador no impide que la administración pueda legítimamente sancionar conductas cuyo núcleo esencial se encuentre descrito en una ley y más extensamente desarrollado en normas reglamentarias”.

318 A modo de ejemplo, el Tribunal Constitucional declaró improcedente que el Servicio Agrícola y Ganadero aplicare sanciones en virtud de infracciones al reglamento. Así, en la sentencia dictada en el rol n° 244 de 1996, sobre la Ley de Caza, se revisa la constitucionalidad del siguiente artículo: “Artículo 37. El conocimiento y castigo de los delitos a que se refieren los artículos 30 y 31 corresponderá al juez del crimen competente. Asimismo, el Servicio Agrícola y Ganadero será competente para conocer y sancionar administrativamente las contravenciones a esta ley o a su reglamento, en conformidad a lo dispuesto en la ley N° 18.755”. Aquí se termina reconociendo la aplicación de los principios del *ius puniendi* al mundo de las sanciones administrativas –concretamente la necesidad de que exista una ley que contenga a lo menos el núcleo esencial de lo que ha de sancionarse–, pues se señala: “10°. Que, entre ellos, es necesario destacar los principios de legalidad y de tipicidad, los cuales no se identifican, sino que el segundo tiene un contenido propio como modo de realización del primero. La legalidad se cumple con la previsión de los delitos e infracciones y de las sanciones en la ley, pero la tipicidad requiere de algo más, que es la precisa definición de la conducta que la ley considera reprochable, garantizándose así el principio constitucional de seguridad jurídica y haciendo realidad, junto a la exigencia de una ley previa, la de una ley cierta; 11°. Que, en este sentido, ambos principios se encuentran consagrados en los incisos séptimo y octavo del N° 3° del artículo 19, de la Carta Fundamental, de acuerdo con los cuales “Ningún delito se castigará con otra pena que la que señale una ley promulgada con anterioridad a su perpetración, a menos que una nueva ley favorezca al afectado”, y “Ninguna ley podrá establecer penas sin que la conducta que se sanciona esté expresamente descrita en ella.”; 12°. Que, de esta forma, la Constitución precisa de manera clara que corresponde a la ley, y solo a ella, establecer al menos el núcleo esencial de las conductas que se sancionan, materia que es así, de exclusiva y excluyente reserva legal, en términos tales, que no

Así las cosas, sea en virtud del principio de la tipicidad legal en materia de conductas sancionadas sea en virtud de la reserva de ley en materia de regulación de la actividad económica, resulta muy poco probable que en ausencia absoluta de una ley pueda sostenerse la aplicación de una sanción administrativa. Las discusiones se dan, más bien, en cuanto a la densidad que debe tener la normativa³¹⁹.

Una de las preocupaciones que aparece recurrentemente en la especie, tiene que ver con la necesidad de conciliar las garantías de los particulares con el debido cumplimiento de la función pública allí donde se hace necesario, al efecto, la aplicación de la sanción. En la posición de quienes sustentan un claro distanciamiento de la idea de unidad del *ius puniendi*, las finalida-

procede a su respecto ni siquiera la delegación de facultades legislativas al Presidente de la República, de conformidad con lo que dispone el artículo 61, inciso segundo, de la Constitución Política; 13°. Que, por otra parte, el artículo 6° de la Carta Fundamental dispone, en su inciso primero que “los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella”, obligación que la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, impone específicamente, en su artículo 2°, a todos los órganos de la Administración del Estado; 14°. Que, en consecuencia, el artículo 37 permanente, inciso segundo, del proyecto en análisis, al atribuir competencia al Servicio Agrícola y Ganadero para conocer y sancionar administrativamente no solo “las contravenciones a esta ley”, sino también “a su reglamento”, resulta contraria a la Constitución Política al vulnerar la reserva legal que las normas constitucionales antes indicadas consagran, en relación con las conductas que pueden ser objeto de sanción; 15°. Que, por tanto, la frase “o a su reglamento” contemplada en el inciso segundo del artículo 37 permanente del proyecto sometido a control, es inconstitucional”.

- 319 De otro lado, el propio Tribunal Constitucional en fallo del caso CGE Distribución, del año 2013, dictado en la causa rol 2264-12, indica: “en cuanto a la especificidad, la norma indica con claridad cuál es la autoridad que puede emitir las órdenes e instrucciones: la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. Enseguida, establece con precisión cuáles son las empresas obligadas a acatar dichos actos: empresas, entidades o personas naturales, sujetas a la fiscalización o supervisión de la Superintendencia. También señala, con claridad, la conducta que se reprocha: infracciones de las leyes, reglamentos y demás normas o incumplimiento de las instrucciones y órdenes que les imparta la Superintendencia. Del mismo modo, se establecen las garantías para las personas: el procedimiento administrativo sancionatorio (artículos 17 y 18 A) y la reclamación judicial (artículo 19)”. Luego, se resalta el criterio realista que inspira estas tesis “las órdenes dadas por la Superintendencia ejecutan un mandato legal, que es imposible que pueda tener mayores niveles [sic] de precisión o densidad, dada la complejidad, dinamicidad y aspectos técnicos involucrados en estos asuntos. De ahí que la ley convoque a la complementación de la Administración, facultándola para impartir órdenes que concreten deberes legales”.

des públicas y particularmente la eficiencia normativa cobran especial relevancia, relajando incluso el estándar de revisión de una eventual sanción a aplicarse. Estas teorías han tenido algún reconocimiento jurisprudencial³²⁰.

Concluyendo, podríamos decir que este tópico de la discusión jurídica se mueve derechamente en dos niveles diferentes. De un lado, en la cancha de quienes asumen que existe un único *ius puniendi* estatal, el debate se centra en determinar si existen argumentos para matizar la aplicación de las garantías propias del mismo en el campo de las sanciones administrativas. De otro lado, en la cancha de quienes extraen completamente de la esfera del *ius puniendi* constitucional –el que conceptúan más bien como derecho penal– las normas sobre sanciones administrativas y buscan construir un pliego de garantías a partir de las categorías propias del derecho administrativo, tales como juridicidad, procedimiento regulado y motivación del acto final.

En nuestra opinión, sea en virtud del principio de la tipicidad de las conductas a sancionar, sea en virtud de la juridicidad de la actuación administrativa, o sea en virtud de la reserva de ley en materia de regulación del ejercicio de la actividad económica, la conclusión es la misma: Debe existir una ley que señale qué acción u omisión se puede sancionar. Por ello, desde el punto de vista práctico, la discusión se desliza hacia determinar qué densidad debe contener la regulación legal. Al respecto, somos de la opinión de que, por lo menos, el núcleo esencial de la conducta debe estar determinado legalmente, debiendo, además, entregar la misma ley elementos que regulen la actuación complementaria por parte del reglamento, lo que sería válido. Por su parte, la autoridad administrativa puede entrar a precisar la norma legal, sin espacio para la discrecionalidad, complementándola en aspectos de detalle o

320 Así, la Corte Suprema, en *Essbio con SEREMI Salud*, rol n° 7397-12, en sentencia de 2013, señaló que el análisis de la tipicidad en materia del DAS debe orientarse a la “eficiencia del derecho de modo que las situaciones contenidas encuentren su justa regulación jurídica” [...] “la ductilidad del principio de legalidad de cara a la aplicación de la tipicidad en contextos diversos al del derecho penal, no sólo contagia la perspectiva deductiva en la que de ordinario discurre el esfuerzo jurisdiccional criminalístico, sino, y sobre todo, la mira inductiva” [...] “No se trata ya tanto de un esfuerzo por comprobar si en la realidad enjuiciada se cuenta con los elementos del precepto castigador – deducción– sino, más propiamente, de hurgar en el espectro normativo cuál sea el modo que se advierte mayormente legítimo para sancionar una conducta claramente prohibida –inducción–” [...] “La diferencia salta a la vista: la piedra angular se desplaza desde la disposición represora hacia el quehacer infractor”.

coyuntura cuya fosilización no resulta conveniente ni posible en la ley. Lo esencial es que la misma norma legal contemple elementos que permitan evaluar si, por su parte, la autoridad administrativa en la complementación reglamentaria ha cumplido o no con su mandato. Sólo de esta manera, por medio del control judicial del ejercicio de esta actividad complementaria de la administración, se puede resguardar la idea de reserva de ley sin traspasar a los jueces la labor regulatoria.

El enfoque práctico anterior, mismo que nos lleva a una conclusión que creemos equilibrada, no es excusa para soslayar que emitamos un parecer sobre el asunto que creemos de fondo: Desde una perspectiva de los derechos fundamentales, nos resulta casi imposible sostener que no existe una igualdad ontológica entre el mundo de las sanciones penales y las administrativas. Ambas implican una afección institucional a un derecho o libertad del individuo, aplicada coercitivamente por el Estado, luego de un procedimiento iniciado a consecuencia de una acción u omisión del sujeto que se estima contraria al ordenamiento jurídico. Superada así la idea de una diferencia cualitativa, al menos en nuestro sistema, ni siquiera el argumento cuantitativo nos parece válido, desde el punto de vista de que las multas que la ley habilita para la aplicación administrativa tienen una intensidad, por mucho, superior a aquellas tradicionalmente establecidas en el Código Penal. Luego, la única barrera sería la aplicación de sanciones privativas de libertad, en principio. Existiendo una unidad ontológica, creemos que se produce como consecuencia que los principios del derecho penal clásico que contemplan nuestras constituciones resultan aplicables al orden administrativo. Ello, por cuanto más allá de la terminología empleada, la interpretación constitucional no puede fosilizarse en virtud de que sus normas se han generado en entornos donde las sanciones eran tradicionalmente aplicadas por los tribunales, y no hacerse cargo del engrosamiento, en el tiempo, de las facultades sancionadoras de la administración. Así, la interpretación constitucional ha de obedecer a sus propios principios y, entre ellos, principalmente, al finalista. Este último establece que las normas se han de interpretar de cara a un objetivo, maximizar las garantías individuales. Aquí, reconocemos, se hace necesario un análisis normativo superior para poder concluir, avanzando, que la aplicación de los mismos principios tiene necesariamente diferente intensidad en el orden administrativo que en el orden penal. A este respecto,

al menos en nuestra normativa constitucional, somos de la opinión que la respuesta viene dada por lo señalado en las normas sobre igualdad ante la ley y no discriminación, las que más concretamente se expresan en la idea de *proporcionalidad*. No puede aplicarse de igual forma un mismo principio a situaciones de diversa entidad o naturaleza. Por ello, a partir de esta noción –que podríamos llamar generalidad en sentido inverso– se hace razonable la aplicación atenuada de los mismos principios al orden de las sanciones administrativas.

De otro lado, los argumentos sobre que la diferenciación ontológica entre penas, propiamente tales, y sanciones administrativas, debe construirse a partir de reconocer finalidades diferentes, si bien novedosa, no nos parece clara, absoluta ni correcta. En efecto, según estas tesis, las normas penales buscarían resguardar bienes jurídicos, en tanto que las normas que facultan para aplicar sanciones administrativas sólo buscarían dar eficacia a las regulaciones y, de ello, se seguirían ciertas consecuencias asociadas, en general, a una relajación de los principios de la reserva de ley, culpabilidad y presunción de inocencia, entre otros. Esta diferencia nos parece artificial en sí misma, toda vez que la actividad regulatoria siempre se establece en torno a un objetivo asociado a un bien jurídico, por lo que el cumplimiento de la misma se traduce en tal. De no existir un bien jurídico tras la norma regulatoria, ella sería carente de causa y posiblemente ilegítima. De otro lado, las consecuencias que los autores extraen de esta supuesta finalidad diferente, nos parecen más cuestionables. En efecto, suele asociarse a este postulado la rebaja en el estándar de prueba y la posible aceptación de falsos positivos, es decir, de sanciones aplicadas a personas que no han incurrido en la infracción. Esta visión utilitarista de los derechos de las personas concretas, para el resguardo de una supuesta función pública desvinculada de los bienes jurídicos, nos parece francamente un retroceso inaceptable.

En conclusión, la reserva de ley –en su expresión de *tipicidad*– es válida como principio en el orden de las sanciones administrativas, siendo aceptable la complementación reglamentaria para precisar lo que, si bien ha sido definido por la voluntad del legislador, no ha podido o no ha sido conveniente plasmar concretamente en la ley. La administración, en tal caso, no ejercería discrecionalidad y, por ello, su actividad podrá ser revisada judicialmente en cuanto a si se ha cumplido o no con el mandato legal.

Responsabilidad sobre base subjetiva

Se trata acá de determinar si la sanción administrativa es la consecuencia que debe experimentar un sujeto –*responsabilidad*– por existir una acción u omisión que (i) le resulta sólo atribuible objetivamente (*causalidad*), o (ii) se requiere además establecer que dicha conducta –o sus resultados– son atribuibles subjetivamente al autor, en calidad de dolo o a lo menos de culpa.

Para algunos autores, sólo procederá la sanción administrativa si existe dolo o culpa comprobada de un sujeto. Para otros, estos elementos no son relevantes ni aplicables en materia de sanciones administrativas³²¹. En el campo intermedio –y probablemente en el con más adeptos– la discusión pierde relevancia, detrás de la idea de presunción del conocimiento de las normas, de la de *culpa infraccional*³²² o de la mera *contravención*. En otros términos, siempre que se incumple una norma, hay una conducta culposa –en el peor caso– o al menos se puede presumir culpa, siendo irrelevante rendir prueba al respecto –o invirtiéndose el *onus probandi*– y debiéndose acreditar, para que proceda la exculpación, que la conducta u omisión no es imputable fácticamente al sujeto, en virtud de haber operado fuerza mayor. De otro lado, para muchos autores, en el campo de las regulaciones económicas especializadas, existiría una dificultad adicional para excluir la culpabilidad, esto es, el conocimiento de las normas de los sujetos pasivos. Así, operaría una suerte de *derecho penal de autor*, donde ciertas condiciones del sujeto harían, casi imposible, su exculpación. Las hipótesis de *error de prohibición* no serían factibles, en consecuencia, en este ámbito de la actividad.

Para otros autores, más que culpa o dolo, lo que debe analizarse es si existe “capacidad administrativa” y causalidad. Por ejemplo, en Chile, Cordero

321 Suele citarse al respecto a Roxin, quien habría señalado “el injusto criminal merece un especial juicio de desvalor ético, mientras el ilícito administrativo se agota en la mera desobediencia a una orden administrativa”.

322 Cordero Vega, señala al respecto: «Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del derecho administrativo sancionador al de la noción de la culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa; lo cual se ve agravado en los casos que se trate de sujetos que cuenten con una especialidad o experticia determinada, donde el grado de exigencia a su respecto deberá ser más rigurosamente calificado». Cordero Vega, Luis, en Lecciones de derecho administrativo. Santiago. Legal Publishing.

Vega sostiene que “un sistema objetivo o estricto no viola el principio constitucional de la presunción de inocencia. En efecto, la Constitución Política de la República prohíbe presumir de derecho la responsabilidad penal, mas no la civil, [lo que] no hace sino reflejar modernas tendencias del Derecho de Daños contemporáneo, centrado en la víctima más que en el castigo del autor”. Esta noción fue recogida por la Corte Suprema en la sentencia dictada en la causa rol n° 3468-2008.

De todas formas, es relevante tomar nota que, en ciertas regulaciones especiales, ha sido la propia ley la que ha establecido el elemento subjetivo, sea como un requisito para que proceda la aplicación de sanciones sea como un elemento necesario de considerar al momento de determinar la graduación completa de las mismas. Tal es el caso, por ejemplo, de la regulación contenida en la ley 18.410, relativa a la Superintendencia de Electricidad y Combustibles³²³. Esta ley sin duda reconoce el elemento subjetivo como relevante con relación a la aplicación de sanciones, sea como calificante de su entidad o de la gravedad de la infracción o, en su caso, como elemento o requisito de la procedencia misma de la sanción, conforme se desprende de la regulación complementaria contenida en el decreto supremo 119 de 1989, Ministerio de Economía.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia, la Corte Suprema ha entendido que el orden de las sanciones administrativas es uno propio de la responsabilidad subjetiva, la que subyace como hemos indicado, tras la noción de la responsabilidad infraccional o contravencional. Así lo ha indicado en las sentencias dictadas en el rol n° 7130-2009, de enero de 2010 y en el rol N° 474-2009, de 27 de mayo de 2011. Estimamos que la idea de culpa infraccional es interesante, puesto que invierte la carga de la prueba. Por medio de ella, sobre la base de la presunción de conocimiento de la norma infringida, es el acusado el que debe acreditar un elemento exculpante y, si lo logra, no debe ser sancionado. Así, este tipo de culpa no conlleva desconocer la

323 Esta normativa es particularmente interesante, por cuanto desarrolla varios aspectos de los que, en general, se mantienen en la nebulosa argumentativa para el resto de los órdenes. Entre ellos, por ejemplo, existen elementos precisos que acotan o reglan la discrecionalidad administrativa al momento de determinar el tipo de sanción aplicable y, en su caso, la entidad de la misma. Esta ley ha marcado un fuerte contraste con otras normas, como por ejemplo, la que existían en materia de mercados de valores.

base subjetiva de la sanción. En el fallo del caso “AGUAS ARAUCANIA S. A. CON COMISIÓN NACIONAL DEL MEDIO AMBIENTE se razona así pues se indica: “Décimo sexto: (...) que la reclamante no acreditó la ocurrencia del caso fortuito como tampoco haber empleado la diligencia que le imponía la RCA 94-2001 respecto del deber de cuidado y que, en consecuencia, se hizo acreedora a la sanción que le fue impuesta, aplican correctamente la noción de culpa infraccional”³²⁴. Es decir, precisamente por haber responsabilidad subjetiva, que, comprobado el incumplimiento normativo por parte del sujeto, opera una presunción de culpa, por lo que es el acusado el que entonces debe acreditar que fue diligente u operó una fuerza mayor.

La discusión sobre esta materia se ha hecho presente en varios países. En general, podríamos decir que en España, Colombia y Perú se ha aceptado la idea de que, para que proceda la sanción, a lo menos debe existir culpa. De otro lado, esta materia presenta desafíos especiales, por ejemplo, en los casos de responsabilidad por mera inobservancia o de poca monta, responsabilidad subsidiaria o solidaria y responsabilidad de las personas jurídicas. Todos estos tópicos requieren de un análisis especial.

Desde nuestra perspectiva, el elemento subjetivo es un requisito de la conducta para que proceda una sanción administrativa, sin que sea óbice el que

324 El mismo fallo continúa señalando: “Décimo quinto: Que la noción de culpa infraccional también ha sido recogida por la doctrina de Derecho Administrativo, que en base a la doctrina anteriormente expuesta y a lo sostenido en jurisprudencia de esta Corte, ha señalado: “Al analizar la legislación regulatoria, se puede constatar que gran parte de estas normas, cuyo incumplimiento es la causa que motiva la puesta en acción de las facultades sancionadoras de los órganos administrativos sectoriales, están configuradas de manera que imponen a los administrados regulados una serie de obligaciones dentro del marco de las actividades que desarrollan [...] Estas exigencias típicas y objetivas de cuidado que se establecen, a fin de cautelar la gestión de intereses generales en materias especialmente reguladas, colocan a los entes objeto de fiscalización en una especial posición de obediencia respecto a determinados estándares de diligencia, cuya inobservancia puede dar lugar a la aplicación de las sanciones respectivas” [...] Al ser el legislador, o bien la autoridad pública, según el caso, quien viene en establecer el deber de cuidado debido en el desempeño de las actividades tipificadas, cabe asimilar el principio de culpabilidad del Derecho Administrativo Sancionador al de la noción de la culpa infraccional, en la cual basta acreditar la infracción o mera inobservancia de la norma para dar por establecida la culpa; lo cual se ve agravado en los casos que se trate de sujetos que cuenten con una especialidad o experticia determinada, donde el grado de exigencia a su respecto deberá ser más rigurosamente calificado” (Cordero Vega, Luis, Lecciones de Derecho Administrativo. Editorial Legal Publishing Chile, 2015. pp. 503-504)”.

opere una presunción que podríamos llamar de *simplemente legal*, en cuanto a que en principio debe asumirse que la infracción de la norma es al menos imputable, en calidad de culpa, al sujeto.

Onus probandi, estándar de prueba requerido para sancionar y otros temas relativos los medios de convicción

Ya hemos tomado nota de que, asumida la noción de *culpa infraccional* como propiamente subjetiva, opera en los hechos una inversión de la carga de la prueba, de suyo, que, sin más antecedentes, procedería la sanción. Ahora, la pregunta válida es determinar quién tiene la carga de la prueba en cuanto a acreditar la ocurrencia de la infracción de la norma. Es evidente que la misma sólo puede corresponder a la autoridad administrativa que pretende la infracción y, normalmente, es en el período de informaciones previas que se levantan de manera anterior a la formulación de cargos, en donde se recaban gran parte de los elementos de convicción necesarios. Es por ello que no parece razonable sostener que, en las etapas posteriores a la formulación de cargos, el imputado pueda permanecer en una posición de espectador frente a los medios de convicción que le han sido expuestos. Al contrario, existiendo objetivamente una contravención, poderosas razones jurídicas y de lógica obligan al afectado a desplegar una actividad probatoria tendiente a demostrar que no se le puede reprochar negligencia. Esta circunstancia cambia radicalmente si la autoridad pretende la aplicación de la sanción en base al dolo, caso en el cual es la propia administración la que debe producir la prueba necesaria adicional de suyo que, sin la misma, no puede sancionarse. Esta conclusión es válida, sea por defecto –es decir, en los casos en que se puede sancionar por dolo o culpa– sea para el caso en que la descripción normativa del deber de conducta sólo puede satisfacerse en los hechos en virtud de un acto doloso.

Ahora bien, teniendo a la vista los antecedentes y elementos de convicción, se presenta otro desafío, cual es determinar qué grado de convicción debe formarse la autoridad para que pueda proceder a sancionar. Aquí, no vemos que exista un impedimento constitucional para establecer una diferencia entre los ámbitos penales y los propiamente administrativos, pero ello no es a consecuencia de una visión utilitarista del sujeto. Es sabido que nuestro sistema, por una definición de rango legal, adopta un estándar probatorio o

de convicción alto en materia penal, de suyo que, existiendo una *duda razonable*, no puede condenarse y pasarse por sobre la presunción de inocencia. Luego, la pregunta es cuál es el estándar aplicable al ámbito de las sanciones administrativas. En nuestra opinión, más allá de ser conveniente una definición legal expresa adoptada sobre la materia, mientras la misma no exista nos parece que procedería la aplicación del estándar propiamente civil, esto es, de *prueba prevalente* o de *mayor probabilidad*. Mientras en materia penal no resultan aceptables los *falsos positivos* –siendo preferible dejar libre a un culpable que encarcelar a un inocente–, en tanto las sanciones administrativas no llegan a afectar bienes jurídicos tales como la libertad personal, sí pueden ser aceptables los mismos en mayor medida en el caso de las sanciones administrativas. Ello, claramente, morigerado por la intensidad de la sanción finalmente aplicada.

Finalmente, resta mencionar otras dudas que se han presentado en materia de medios de convicción. Por ejemplo, cuáles son posibles; cómo puede proporcionárselos la administración; puede la autoridad calificar *ex ante* la pertinencia o impertinencia de una diligencia probatoria solicitada por el afectado, etcétera.

En general, podríamos decir que, al respecto, se han venido aplicando las normas del derecho común sobre medios de prueba, procediendo medidas intrusivas sólo allí cuando la ley lo ha permitido expresamente y previo control judicial. En cuanto a la posibilidad que sea la propia autoridad administrativa la que califique *ex ante* la pertinencia de producir la prueba, nuestra opinión es contraria, aunque debemos tomar nota de que así ocurre en la práctica³²⁵. Cosa diferente podría resultar el rechazo de la prueba solicitada por sobreabundante, lo que estimamos procedente, sólo si tras de ello existe un reconocimiento administrativo que el punto mismo se debe tener por acreditado o se funda, de manera adecuada y no mermante formal, la decisión.

325 Por ejemplo, en materia de energía, la ley 18.410 señala que junto con la formulación de descargos, procede la solicitud de medidas probatorias, las que pueden ser rechazadas fundadamente por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles. En los hechos, dicha autoridad no accede normalmente a las medidas probatorias solicitadas en sede administrativa, lo que entrega poderosos argumentos al afectado en el momento de cuestionar la motivación final del acto sancionatorio.

Conclusiones

El objetivo de estas notas es más bien modesto. Simplemente, por medio de ellas se busca dar cuenta –conforme la realidad chilena– de algunos de los desafíos y discusiones centrales del derecho administrativo de las sanciones, describir las principales posiciones a su respecto y, todo ello, sin soslayar el dar nuestra opinión sobre cada uno de los puntos. Los puntos tratados no son, por su parte, los únicos, pero sí creemos que son los centrales, si desde el punto de vista del derecho comparado se trata. Hay, por lo demás, ciertas particularidades locales, como la inexistencia de una norma de caducidad o prescripción de la acción sancionatoria de carácter general y supletoria, que estimamos de menos interés para un artículo de esta especie.

Más allá de las diferentes posiciones, existe un claro consenso en Chile en cuanto a la necesidad de tomar una definición legal, general y supletoria sobre esta materia, de manera orgánica. Sin duda, cualquiera sea la opción que se adopte, esto es, la construcción de un derecho de las sanciones a partir de ideas propias del derecho administrativo –procedimiento, motivación, fundamentación y juridicidad– o del *ius puniendi*, serán la certeza y la seguridad jurídica de los ciudadanos las que serán objeto de mayor respeto.

Chile se encuentra en deuda en esta materia, incluso si se le compara con los países de la región andina. El camino recorrido por Colombia es, sin duda, un ejemplo que deberá tenerse en consideración.



Integridad y estrategia como objetivos básicos de la contratación pública en la UE y su materialización en la legislación española: de la potestad a la obligación

José Manuel Martínez Fernández³²⁶

Sumario:

- La eficiencia social como objetivo de la contratación pública
- El principio de integridad: la transparencia como antídoto contra la corrupción
- La utilización estratégica de la contratación pública:
- Criterios sociales y ambientales en todos los contratos públicos
- Fomento de la innovación empresarial a través de la contratación pública.
- Medidas para facilitar la participación de las pymes en los contratos públicos
- Conclusiones

Resumen

La Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, (LCSP) exige concebir la contratación pública no como un fin en sí

326 Doctor en Derecho, Vicesecretario General del Ayuntamiento de Valladolid. Profesor invitado Maestría en Derecho Administrativo. Correo: jmmfernandez@ava.es

mismo, sino como un instrumento para implementar con los recursos que se gestionan mediante contratos las políticas nacionales y comunitarias en materia social, medioambiental, de innovación y de promoción de las pequeñas y medianas empresas. Y ello en un marco de integridad que garantice el destierro de las prácticas corruptas en la contratación pública y la máxima concurrencia en igualdad de condiciones. La nueva Ley da ofrece mecanismos jurídicos para ello y exige a todos los entes del sector público adoptar medidas específicas para alcanzar esos objetivos. Analizamos en este trabajo ese mandato y las herramientas para materializarlo.

La legislación colombiana sobre contratación pública ha ido introduciendo exigencias en esta línea al menos desde la Ley 1150, de 2007, acentuadas, especialmente en prevención de la corrupción, con la Ley 1882/2018.

Abstract

Law 9/2017 of November 8, on Contracts of the Public Sector (LCSP), transposed into the Spanish legal system the directives of European Parliament and Council 2014/23/EU and 2014/24/EU, of February 26, requires to conceive public procurement not as an end in itself, but as an instrument to implement, with the resources that can be managed through contracts, national and Community policies concernig social, environmental, innovation and promotion matters small and medium-sized enterprises. All that actions must be done, within a framework of integrity that ensure the banishment of the corruption in public procurement and the high turnout on equal terms. The new Law provides legal mechanisms to do so, and requires all entities of the public sector to adopt specific measures to achieve those objectives. We analyze in this work that mandate and the tools to materialize it.

The colombian public procurement laws had incorporated rules to achieve this goal at least since the Law 1150/2007, increased, especialiced in protect agaisnt corrupción, with the Law 1882/2018.

1. La eficiencia social como objetivo de la contratación pública

La Ley española 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP en lo sucesivo), entró en vigor el 9 de marzo de 2018. La exposición de motivos de la Ley anticipa que su objetivo es “diseñar un sistema de contratación pública, más eficiente, transparente e íntegro”, para lo cual

se ha de conseguir “en primer lugar, lograr una mayor transparencia en la contratación pública, y en segundo lugar el de conseguir una mejor relación calidad-precio”.

Para prevenir la corrupción la Ley incrementa las exigencias de transparencia. El principio de «integridad» se proclama como uno de los principios básicos de la contratación pública en el artículo 1 de la Ley. No se trata de un mero principio programático, sino que a lo largo del articulado de la Ley se incorporan disposiciones imperativas para garantizar su materialización en todas las fases de la vida de un contrato reforzando la transparencia del procedimiento en su doble acepción, como corolario del principio de igualdad de trato, y como apertura de la información a los ciudadanos en general, y a los contratistas en particular. Además, la nueva Ley de contratos, exige a los órganos de contratación “tomar medidas adecuadas para luchar contra el fraude, el favoritismo y la corrupción” (art. 64.1).

El segundo objetivo que se marca la nueva Ley supone abordar la contratación pública no sólo como un fin en sí mismo, para cubrir las necesidades de obras, servicios y suministros en las mejores condiciones de calidad precio, sino como un instrumento al servicio de las políticas públicas que marca la «Estrategia Europa 2020, una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» (Comunicación de la Comisión de 3 de marzo de 2010). Las Directivas de contratación de 2014 han incorporado los objetivos de la Estrategia Europa 2020, disponiendo que la contratación de la Unión debe ser utilizada de manera «estratégica», para implementar con los recursos que se invierten mediante contratos, las políticas de la UE y nacionales en materia social, medioambiental, de innovación, y de promoción de la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública.

Y al igual que el principio de integridad, para tratar de que se alcance este objetivo, a lo largo de la Ley se recogen, de manera imperativa en unos casos y potestativa en otros, constantes referencias a la incorporación de criterios sociales, ambientales y de innovación, y medidas para facilitar a las pymes su participación en los contratos públicos, en las diferentes fases de la contratación: al determinar el precio del contrato y definir su objeto, como criterio de adjudicación y como condición de ejecución. Con carácter general, se impone esa obligación para todos los contratos del sector público en todos sus contratos, siempre que guarden relación con su objeto, en los artículos 1.3 y 28.2 LCSP.

En consecuencia, el principio de eficiencia en la utilización de los fondos públicos que proclama el artículo 1 de la Ley, se ha integrar con ese amplio objetivo de políticas públicas. La consecución de ambos objetivos nos permitirá alcanzar la gran meta de la contratación pública, la que podríamos denominar «eficiencia social»: “conseguir un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, garantizando al mismo tiempo un uso más eficiente de los fondos públicos” (cdo. 2 D. 2014/24).

2. Principio de integridad: la transparencia como antídoto contra la corrupción

Desde hace años, y desde varios ámbitos nacionales e internacionales, se viene denunciando que la contratación es el ámbito de la gestión pública más vulnerable a la corrupción. La corrupción detrae de entre un diez a un veinticinco por ciento de los recursos públicos que maneja contratación pública (hasta cuarenta y siete mil millones de euros anuales en España, según un estudio de la CNMC). Además del enorme coste económico directo, la corrupción tiene al menos otros tres tipos de costes: la deslegitimación del poder político; las dificultades burocráticas para emprender un negocio; y la pérdida de competitividad de las empresas.

La nueva Ley trata de hacer frente a esa situación, consagrando en el artículo 1 de la Ley del «principio de integridad» como no de los principios básicos que ha de respetarse en todos los contratos. La Ley habla expresamente de “corrupción”, “delito”, “colusión”, “prácticas ilegales” y “paraísos fiscales”, en varios preceptos (arts. 64; 69.2; 150; 226.4; 326; 332.1; 332.6 y 7; 334.2; disposición adicional 51). Las medidas para tratar de prevenir la corrupción están detrás de muchas de las novedades de la nueva Ley.

La virtualidad de la «transparencia» como antídoto contra la corrupción ha sido destacada por la doctrina científica y numerosos estudios nacionales e internacionales, y las Directivas comunitarias: “la trazabilidad y transparencia de la toma de decisiones en los procedimientos de contratación es fundamental para garantizar unos procedimientos adecuados, incluida la lucha eficaz contra la corrupción y el fraude” (Directiva 2014/24, cdo. 126).

La LCSP potencia la aplicación de la transparencia en su doble vertiente, ‘material’, como principio básico de la contratación pública, y ‘formal’, como publicación de la información para el análisis ciudadano. Ambas vertientes

de la transparencia son complementarias en la contratación pública, y contribuyen al mismo objetivo de mejorar la eficiencia y la integridad de los contratos de las entidades públicas.

El artículo 1 de la LCSP relaciona los principios a los que se ha de ajustar la contratación del sector público. El de transparencia, corolario del de igualdad de trato, permite garantizar la libre competencia mediante un tratamiento igualitario y equitativo de todos los candidatos en la adjudicación y en la ejecución del contrato, asegurando así la eficiente utilización de los fondos públicos. Todas las decisiones en cualquiera de las fases del procedimiento de contratación han de cumplir escrupulosamente el principio de la transparencia (STGUE de 16 de julio de 2014, asunto T-48/12; art. 3.2 D. 2914/23), lo que supone:

- Garantizar una configuración de los contratos que no restrinja la concurrencia
- Adjudicar con objetividad el contrato a la oferta económica y socialmente más rentable
- Asegurar el cumplimiento íntegro del contratado en las condiciones calidad, cantidad y tiempo pactado

La nueva LCSP también refuerza la transparencia como publicación de información, ‘datos abiertos’, derecho de los ciudadanos y patrón de conducta de la Administración, con remisiones a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de transparencia, acceso a la información pública y buen gobierno, y en las Leyes autonómicas y Ordenanzas municipales de similar denominación que la han precedido o seguido, e incrementando las obligaciones de información que ha de publicarse en internet en el denominado «perfil de contratante» (art. 63 LCSP).

Se pueden agrupar las medidas de la Ley para potenciar la transparencia en los procedimientos de contratación en tres tipos:

- a) Mayores exigencias de justificación de las decisiones que se adoptan a lo largo del procedimiento de contratación. Se refuerza la exigencia de acreditar adecuadamente que cualquier contrato público obedezca a una necesidad real para cuya satisfacción es imprescindible acudir al auxilio de un contratista privado, pues el primer supuesto de corrupción ligado a la contratación pública es hacer contratos que no

obedecen a una necesidad real o que podría haber sido cubierta con los recursos internos del órgano de contratación (arts. 28.2 y 116 LCSP, 118.1 para para los contratos menores). Se obliga a motivar “adecuadamente” en una «memoria justificativa del contrato»: la necesidad a cubrir; la insuficiencia de medios; la decisión de no dividir en lotes del objeto del contrato; el procedimiento de contratación; los criterios de clasificación o solvencia de los contratistas y los de valoración de las ofertas; el valor estimado del contrato. El Tribunal Supremo ha sentenciado que la omisión de esta justificación constituye un vicio de nulidad (STS de 3 de noviembre de 2011). Esa memoria justificativa se ha de publicar en el perfil de contratante (art. 63.3).

La LCSP exige a lo largo de su articulado, también, motivar cualquier decisión discrecional del órgano de contratación: el plazo de duración del contrato; la aprobación del expediente; tramitación de urgencia del mismo; las prescripciones técnicas; la valoración de las ofertas ; la aceptación o exclusión de una oferta con bajas desproporcionadas; desistir o renunciar al contrato; no invitar a todos los empresarios para un contrato derivado de un acuerdo marco; la contratación conjunta del proyecto y la ejecución de la obra; la ocupación de las obras antes de la recepción; etcétera.

b) Mayor publicación de información de la actividad contractual. La Ley incrementa las obligaciones de publicidad para que los interesados puedan concurrir en condiciones de igualdad en los procedimientos de adjudicación, y las de información general para todos los ciudadanos. Las novedades más significativas en este campo son dos:

- La exigencia de una mayor de publicidad en el «perfil de contratante», ya citado. Este ‘tablón de anuncios digital’ es único para todos los órganos de contratación del país al exigirse que todos estén alojados en la Plataforma de Contratos del Sector Público³²⁷ (o en la autonómica correspondiente que a su vez está enlazar con aquel), previéndose como causa de nulidad de derecho administrativo de

327 Similar a la SECOP de Colombia, donde ahora se han de exponer al público por cinco días los informes de análisis de los requisitos habilitantes y la evaluación de las ofertas técnicas (art. 30.30 de la Ley 80 de 1993 en la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018).

los contratos “la falta de publicación del anuncio de licitación en el perfil alojado en la PCSP” (art. 39.2.c LCSP).

- El anuncio previo del «plan anual de contratación» de cada órgano de contratación (art. 28.3 y 134). El artículo 28.4 impone que los órganos de contratación “darán a conocer su plan de contratación anual”, al menos con la relación de los contratos de mayor cuantía (los que requieren publicidad en Diario Oficial de la Unión Europea). Esta medida ayuda a los potenciales contratistas a preparar sus ofertas con mayor tiempo y facilita a los órganos de contratación la planificación de su actividad contractual.
- c) Medidas para asegurar la igualdad de trato y la competencia efectiva en los procedimientos de adjudicación. El principio de transparencia como corolario de la igualdad de trato se recoge especialmente en los artículos 1, 132, 145.5.b). Reflejo de esos principios son las prohibiciones de eludir procedimientos con concurrencia, bien alterando la cuantía o utilizando indebidamente procedimientos con publicidad o concurrencia limitada; el carácter secreto de las ofertas y la apertura secuencial de los sobres³²⁸; la forma de llevar a cabo la negociación en estos procedimientos o en el diálogo competitivo; los requisitos para la modificación, cesión o subcontratación; las medias ante los incumplimientos contractuales del adjudicatario; la composición y actuación de las mesas de contratación, etcétera.

Otras novedades importante de la LCSP en la lucha contra la corrupción es la definición y regulación del «conflicto de intereses» (art. 64.2 LCSP), prohibiendo contratar a las personas que hayan participado en la preparación del contrato deja de ser absoluta (art. 70 LCSP); el procedimiento de “redención” o *self cleaning* para eludir una previa prohibición de contratar (art. 72.5 LCSP); las medidas de detección y actuación ante prácticas colusorias, con la obligación de comunicación de las actuaciones sospechosas a la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (art. 132.3); y la composición estrictamente técnica del órgano de valoración de las ofertas (mesas de con-

328 Separación de sobres que se recoge ahora en los párrafos 20 y 30 del artículo 30.20 de la Ley colombiana 80 de 1993, con la modificación introducida por la Ley 1882 de 2018,

tratación), sin políticos, personal eventual, ni quienes hayan participado en la elaboración de la documentación técnica del contrato (art. 326.5).

Además, la Ley crea nuevos órganos para vigilar, denunciar la corrupción y proponer medidas de mejora a través principalmente de la «Estrategia Nacional de Contratación Pública» (art. 443): la «Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación» (art. 332) y el «Comité de Cooperación en materia de Contratación Pública» (art. 329).

Como crítica a la Ley, entendemos que no refuerza ni los medios ni la independencia de los órganos de control internos y externos existentes, y que el recurso especial en materia de contratación, que se ha demostrado como una herramienta extremadamente eficiente para depurar los procedimientos de contratación, aunque ha ampliado su ámbito de actuación, no se ha extendido a todos los contratos.

En todo caso, los aplicadores de la norma han de facilitar la máxima transparencia en todas las fases de todos los contratos públicos, colmando las lagunas legales con la interpretación que más favorezca la concurrencia en condiciones de igualdad, y adoptando las medidas que la ley no impone para materializar el principio de integridad y prevenir las irregularidades y la corrupción.

3. La utilización estratégica de la contratación pública

El otro gran objetivo de la nueva Ley de contratos es, como se ha anticipado, la utilización estratégica de la contratación pública, de manera que los recursos que el sector público gestiona mediante contratos, entorno al dieciocho por ciento del PIB de la UE, sirvan simultáneamente para implementar las políticas comunitarias y nacionales en materia social, medioambiental, de fomento de la innovación empresarial y de promoción de las pequeñas y medianas empresas facilitando su participación en los contratos del sector público.

Se pretende con ello plasmar en este campo de la actividad pública de la Unión, que maneja los objetivos de la citada «Estrategia Europa 2020», que se han incorporado a las Directivas sobre contratación de 2014: a) desarrollar de una economía basada en el conocimiento y la innovación empresarial, especialmente de las pymes; b) promocionar una economía más ecológica, con pocas emisiones de carbono, y que haga un uso más eficaz de los recursos;

c) fomentar una economía más competitiva, con empleo y cohesión social y territorial.

Ya antes de esas Directivas, y de la propia Estrategia Europa 2020, en España algunos poderes adjudicadores, especialmente los municipales, habían comenzado a hacer esa utilización estratégica de la contratación pública. Reflejo de ello es el Informe de la junta Consultiva de Contratación Administrativa de la Comunidad Autónoma de Aragón 17/08, de 21 de julio de 2008, que ya apuntó que “la contratación pública no puede ser considerada como un fin en sí mismo, sino que debe ser visualizada como una potestad o herramienta jurídica al servicio de los poderes públicos para el cumplimiento efectivo de sus fines o sus políticas públicas”. Ya la LCSP de 2007 contemplaba la posibilidad de introducir consideraciones sociales y medioambientales en la valoración de las ofertas, esbozaba las líneas de la compra pública de innovación y exigía en su artículo 22.2 con carácter general que “las entidades del sector público velarán por la eficiencia y el mantenimiento de los términos acordados en la ejecución de los procesos de contratación pública, favorecerán la agilización de trámites, valorarán la incorporación de consideraciones sociales, medioambientales y de innovación como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública y promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente Ley”. Este mandato se ha incorporado de forma literal al artículo 28.2 de la de 2017.

La correcta utilización de esta orientación de la contratación pública ha contribuido, especialmente las Juntas Consultivas de Contratación Administrativa, los Tribunales Administrativos de Recursos Contractuales y los órganos de fiscalización externa, todos ello bajo el paraguas de una jurisprudencia comunitaria que ha ido también marcado los límites dentro de los que ha de moverse esta utilización instrumental de la contratación pública, que no son otros que los principios generales de la contratación pública y las libertades del Tratado de Funcionamiento de la Unión europea (STJUE de 8 de junio de 2017, asunto C-296/15).

La Ley de Contratos de 2017 apuesta de manera decidida por la utilización estratégica de la contratación pública, imponiéndola con carácter general en todos los contratos del sector público: “En toda contratación pública se incorporarán de manera transversal y preceptiva criterios sociales y medioam-

bientales siempre que guarde relación con el objeto del contrato, en la convicción de que su inclusión proporciona una mejor relación calidad-precio en la prestación contractual, así como una mayor y mejor eficiencia en la utilización de los fondos públicos. Igualmente, se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como de las empresas de economía social” (art. 1.3).

A lo largo de la Ley se reitera esta demanda en las diferentes fases del procedimiento de contratación, con claros mandatos preceptivos: en la definición del objeto del contrato; con concretas prohibiciones para contratar; al determinar el precio; en la elaboración de los pliegos; al valorar las ofertas y de determinar las que pueden ser desproporcionadas; estableciendo un procedimiento especial para la compra pública de innovación; imponiéndolas como condición de ejecución; contemplando su incumplimiento como causa de resolución; o exigiendo su cumplimiento también a los subcontratistas.

Y en esta política se implica indirectamente a los nuevos organismos que crea la LCSP, como el Comité de Cooperación en materia de contratación (art. 329) y la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación (art. 332), ya que han de elaborar y aprobar la «Estrategia Nacional de Contratación Pública», entre cuyos objetivos se señalan expresamente “e) Utilizar las posibilidades de la contratación pública para apoyar políticas ambientales, sociales y de innovación”, y “f) Promover la participación de las PYME, en el mercado de la contratación pública”. Y la Junta Consultiva de Contratación Administrativa habrá también de analizar la utilización estratégica de la contratación pública en su nueva función de relación con la Comisión Europea en cumplimiento de las medidas de “Gobernanza” que marca la Directiva 2014/24 (título IV, arts. 83 a 86), en especial, en deberá analizar la participación de las pymes en la contratación pública (art. 329.4).

3.1. Criterios sociales y ambientales

La inclusión en los contratos públicos de consideraciones sociales y medioambientales se remonta, como se ha expuesto, al menos a la Ley de Contratos de 2007. Desde entonces muchas Comunidades Autónomas y especialmente Entidades Locales, han dictado normativa propia para incidir desde los contratos públicos en estos sectores las políticas públicas, especialmente en favor de las personas con discapacidad. Diferentes instituciones

públicas y privadas ofrecen de manera gratuita en internet guías y modelos de cláusulas sociales y ambientales para facilitar su inclusión en los pliegos de todo tipo de contratos. La legislación colombiana no es ajena a esta incidencia social mediante contratos públicos, y un ejemplo de ello es el artículo 20.h) de la Ley 1150 de 2007.

La LCSP 2017 ha extremado las referencias a las consideraciones sociales y ambientales, incrementándose con los pactos en el Congreso, donde la mayoría progresista sacó adelante numerosas enmiendas que refuerzan la aplicación de estos aspectos, con una triple perspectiva:

- Como obligación general. Los artículos 1.3 y 28.2, no dejan lugar a dudas sobre el carácter obligatorio de la utilización de la contratación pública para implementar las políticas sociales y medioambientales mediante los contratos públicos. Esta obligación general se impone a todo el sector público y a en todos los contratos, sin que se prevea ninguna excepción, ni siquiera en los contratos menores o en las entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores (de manera “transversal y preceptiva” “en toda contratación pública”, dice literalmente el art. 1.3).
- Como mandatos imperativos concretos. La Ley exige que determinados aspectos sociales y medioambientales sean obligatoriamente tenidos en cuenta en todos los contratos en diferentes momentos del procedimiento de contratación: impone la obligación de reservar un porcentaje de contratos para Centros Especiales de Empleo de iniciativa social o empresas de inserción; prevé definir el objeto del contrato con objetivos sociales y ambientales concretos; establece prohibiciones de contratar de tipo social; exige determinar el precio del contrato a teniendo en cuenta los costes laborales según el convenio colectivo sectorial y tener en cuenta los demás derechos sociolaborales al elaborar los pliegos de cláusulas; se ha de facilitar la información necesaria para la subrogación de los trabajadores en un nuevo contrato; la resolución de empates entre ofertas con base en criterios sociales; se han de rechazar las proposiciones anormalmente bajas por no cumplir las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral; es obligatorio tomar las medidas pertinentes para garantizar que en la ejecución de los contratos, los contratistas y subcontratistas cumplen las obligacio-

nes aplicables en materia medioambiental, social o laboral establecidas en el derecho nacional e internacional; como condición de ejecución obligatoria; y se prevé la imposiciones de penalizaciones por incumplimiento de las obligaciones sociales y medioambientales, pudiendo llegarse a la resolución de los contratos.

- Como previsiones potestativas. La Ley faculta a cada órgano de contratación para incorporar cláusulas de contenido social o, medioambiental adicionales a las obligatorias que se acaban de exponer. Además de la mayor o menor extensión de consideraciones de tipo social en la determinación del objeto del contrato y en la definición de las prestaciones objeto del contrato en los pliegos, la Ley permite que los pliegos establezcan criterios sociales y/o medioambientales en todas las fases de todos los contratos públicos: al definir las características de las prestaciones que integran el objeto del contrato; estableciendo los criterios de valoración de las ofertas de tipo social y/o medioambiental; imponiendo condiciones especiales de ejecución; y todo ello con el correspondiente régimen de penalizaciones en caso de incumplimiento por parte del adjudicatario.

La Ley no contempla, sin embargo, una sanción específica de nulidad en caso de que algún pliego no incorpore criterios sociales y medioambientales en todos los contratos por parte de algún órgano de contratación. Se podrá, en todo caso, alegar causa de anulabilidad por infracción del ordenamiento jurídico cuando se incumplan las obligaciones preceptivas que impone la Ley en los preceptos señalados.

Hay cuatro aspectos que han de tenerse en cuenta con carácter general a la hora de incluir en los pliegos criterios o exigencias de tipo social o medioambiental:

- La necesaria vinculación al objeto del contrato. La Ley exige siempre que este tipo de cláusulas “han de guardar relación con el objeto del contrato” (arts. 1.3, 145.2 y 202.1) y concreta en un sentido muy amplio el alcance de esa posible vinculación en cualquiera de los aspectos y en cualquier etapa del ciclo de vida de las prestaciones objeto del contrato (art. 145.6 LCSP, que recoge la doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por ejemplo, en sentencia de 8 de julio de

2015, asunto T-536/11). La Ley relaciona las consideraciones de tipo sociales esencialmente los trabajadores que han de ejecutar el contrato, pero entendemos que también es posible establecer este tipo de criterios para favorecer a los usuarios del bien, obra o servicio objeto del contrato.

- Los problemas de su previsión como criterio de valoración. Incide mucho en la Ley en la valoración de diferentes criterios como mejor mecanismo para lograr seleccionar la oferta con la mejor relación calidad-precio, es decir, dando preferencia criterios relacionados con la calidad en sentido amplio (incluida a calidad social y ambiental). Y en cierta medida se parece que se considera que una ponderación excesiva del criterio menor precio puede ser impedir una adecuada aplicación de criterios sociales y ambientales. Sin embargo, la Ley no impone que estos aspectos hayan de valorarse forzosamente mediante un juicio de valor y no de forma matemática. Y, de hecho, puede ser más sencillo y, sin duda, más objetivo, la valoración matemática de aspectos de tipo social, medioambiental o de calidad: ampliación del plazo de garantía; contratación del mayor número de trabajadores de determinado colectivo; mayor inversión en formación en materia de seguridad y salud; menor consumo energético; etcétera. Por otro lado, consideramos que la mejor forma de utilizar estratégicamente los contratos para implementar las políticas públicas, no es mediante los criterios de valoración, sino en la definición adecuada de las prestaciones objeto del contrato y en la determinación de su precio, y en su exigencia como condición obligatoria de ejecución: puede que lo que realmente se considere más adecuado en el ámbito social, medioambiental o de innovación en la ejecución de un contrato, no sea ofertado por el adjudicatario, y que la oferta que finalmente resulte adjudicataria, no sea la que ha ofertado las consideraciones sociales y medioambientales que se estiman más adecuadas para el contrato de que se trate.
- Los límites a la imposición o valoración de criterios sociales y medioambientales. La inclusión de criterios sociales y ambientales en los contratos, además de la necesaria vinculación con el objeto del contrato, ha de respetar los principios generales de la contratación. Los Tribunales han rechazado criterios que, bajo la excusa de una consideración social,

suponían primar el lugar de procedencia o de residencia de los trabajadores o productos: las denominadas cláusulas de arraigo territorial han sido siempre tachadas de contrarias a los principios comunitarios por los tribunales por resultar discriminatorias. También actúa como límite a la inclusión de criterios sociales y ambientales el respecto a la libertad de competencia y no introducir controles indebidos en la gestión legítima de los intereses empresariales. Y finalmente, no debe olvidarse otro principio básico al que ha de responder la contratación pública como el resto de la gestión del sector público, la eficiencia en el gasto público. La “eficiencia social” no ha de suponer un quebranto de la “eficiencia económica”. Hay que buscar un punto de equilibrio entre los objetivos sociales, medioambientales. Por otro lado, la exigencia de criterios sociales cuya formulación requiera de los licitadores la elaboración de un documento más o menos complejo, supone un problema para las pequeñas empresas, que no suelen tener ni recursos ni tiempo ello.

- Ha de verificarse el correcto cumplimiento de las obligaciones asumidas por el adjudicatario en el contrato de tipo social y medioambiental, no siempre fáciles de comprobar porque no son evidentes a simple vista en muchos casos. Pero no asegurar el cumplimiento del contrato, incluida la oferta técnica, en todos sus aspectos, supone una vulneración del principio de igualdad de trato en relación a los demás licitadores. Por ello, deben incorporarse en los pliegos los necesarios mecanismos y parámetros objetivos de control y coerción para asegurar el cumplimiento de los compromisos sociales y ambientales. La generalización del «responsable del contrato» y de la «unidad encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato» (art. 62 LCSP), junto con las multas coercitivas y la posible resolución del contrato en caso de incumplimiento graves y reiterados (arts. 192 y 211 LCSP), son esenciales para que las cláusulas sociales y ambientales resulten realmente efectivas.
- En todo caso, la mejor política social es el empleo de calidad, y a ello contribuye de manera muy activa las pymes, en especial las innovadoras, aspectos de los que nos ocupamos seguidamente.

3.2. Medidas para facilitar la participación de las pymes en los contratos públicos

La potenciación de la participación de las pequeñas y medianas empresas en la contratación pública es un objetivo esencial en la política de la comunitaria, que parte de datos económicos concretos: las pymes son el sector más amplio y que más empleo genera en el UE, pues constituyen más del 98% de las empresas de la UE (el 99,88% en España) y representan el 67% del empleo total; sin embargo, las pymes sólo gestionan en torno a un 31-38% de la contratación pública. En España, un estudio de la Fundación Civio, de 2017, constata que el 70% de los recursos de la contratación pública se adjudican a las diez mismas empresas, que solo representan el 0,01 del tejido empresarial del país.

La política comunitaria activa en fomentar la participación de las pymes en la contratación pública se remonta al menos al año 2008, con el «Código europeo de buenas prácticas para facilitar el acceso de las pymes a los contratos públicos» 25.06.200), y se refleja con claridad en las Directivas de contratación de 2014 (cdo. 124 D. 2014/24). En España se incorporó de manera general a la LCSP del año 2007, tras las recomendaciones de un informe del Ministerio de Industria del año 2005.

La Ley de Contratos del Sector Público de 2017, y ya en su exposición de motivos apunta que “se da satisfacción aquí a la necesidad de simplificación de los trámites y con ello, de imponer una menor burocracia para los licitadores y mejor acceso para las PYMES”. Se ha relatado ya el claro mandato imperativo del artículo 1.3 a todas las entidades del sector público, exigiéndoles que “en toda contratación pública [...] se facilitará el acceso a la contratación pública de las pequeñas y medianas empresas, así como a las empresas de economía social”. Y el artículo 28.2 mantiene el mandato general que en el mismo sentido se estableció la Ley anterior de contratos anterior: “Las entidades del sector público [...] promoverán la participación de la pequeña y mediana empresa (en la contratación pública) y el acceso sin coste a la información, en los términos previstos en la presente.

Las medidas activas de la LCSP para facilitar a las pequeñas y medianas empresas en las licitaciones del sector público son esencialmente las siguientes:

- «Plan anual de contratación». El artículo 28.3 exige a todas las entidades del sector público programar la actividad de contratación pública

que desarrollarán a lo largo del año o ejercicio presupuestario, dando a conocer su plan de contratación mediante un anuncio de información previa. Esto permite a las pequeñas y medianas empresas, que por lo limitado de sus medios necesitan más tiempo para preparar sus ofertas, tener más opciones de presentarse con una oferta adecuada. Nos parece que el precepto se queda muy escaso al admitir que esa publicidad se reduzca solo a los contratos que por su cuantía requieran ser publicados en el Diario Oficial de la Unión Europea, ya que, por su cuantía, estos contratos no son los más accesibles para las pymes.

- Reducción de la exigencia de solvencia empresas de nueva creación³²⁹. La LCSP (arts, 88.2, 89.1.h), excluye la exigencia de experiencia previa en contratos similares para las empresas que tengan una antigüedad inferior a cinco años, en contratos suministro y de obras de valor estimado inferior a quinientos mil euros. En todo caso, las exigencias de solvencia han de ser proporcionadas a la cuantía y características del contrato.
- Simplificación documental. Para concurrir a una licitación pública no es exigible a todos los licitadores la aportación *ab initio* de toda la documentación acreditativa de la personalidad, solvencia, representación, sino que solo el candidato propuesto como adjudicatario ha de aportar esa documentación. El artículo 140 regula la “declaración responsable”, que ha de ajustarse al formulario del Documentos Europeo único de Contratación (DEUC), y que acredita el cumplimiento de los “requisitos previos”, los relativos a las cualidades del licitador.
- Licitación de los contratos en lotes. Es esta la medida más efectiva para las empresas pequeñas y medianas realmente puedan concurrir a los contratos públicos, gracias a la adecuación de las exigencias de solvencia (o clasificación) a la cuantía y característica de cada lote. El artículo 99 impone que el fraccionamiento del objeto de los contratos en lotes ha de ser la regla general, algo que ya venían exigiendo los tribunales y

329 Ya en la Ley anterior se había admitido la acreditación de la solvencia con la experiencia de trabajos en el sector privado, medida que se ha introducido en el párrafo 50 del artículo 50 de la Ley colombiana 1150 de 2007 por la Ley 1882 de 2018.

los órganos. Aunque la ley permite excepciones a la división en lotes, debe ser una medida muy ocasional para algunos contratos cuyo objeto materialmente no permita el fraccionamiento. En todo caso, la motivación de no hacer lotes o de hacer los que se hacen, ha de incluirse en la «memoria justificativa del contrato» (arts. 99.3 y 116.4.g LCSP) que se ha de publicar en el perfil de contratante y cualquier interesado puede recurrir la decisión. El artículo 99 también prevé la limitación del número de lotes a los que una misma empresa se puede presentar o de los que puede resultar adjudicataria si se admite la concurrencia en todos. La adjudicación de contratos en lotes, y la mayor participación de las pymes tiene un resultado directo para la entidad contratante: mejores ofertas y ahorro económico directo, dado que las pymes trabajan con menores porcentajes de gastos generables y beneficio industrial que las grandes empresas, y no depender para determinados servicios u otras prestaciones de una única empresa, con lo que ante una huelga o situación de insolvencia de un adjudicatario, no se paraliza totalmente el servicio, obra o suministro. También se reducen las subcontrataciones y las ineficiencias y riesgos que suponen.

- Garantía definitiva mediante retención del precio. La Ley (art. 108.2) permite que en el pliego del contrato prevea esta modalidad de constitución de garantía en todos los contratos, salvo las concesiones de obra pública.
- Consultas preliminares al mercado de manera transparente. El artículo 115 LCSP señala expresamente que estas consultas tienen una doble finalidad: preparar correctamente los contratos consultando a asesores externos y, excepcionalmente a operadores del mercado, sobre las posibilidades para satisfacer mejor la necesidad que se trata de cubrir mediante un contrato; e informar a los operadores económicos de los planes y requisitos para concurrir al futuro procedimiento para su adjudicación. Con publicidad en el perfil de contratante y garantizando que no se falsea la competencia y los principios de no discriminación y transparencia, como medidas, además de la información sobre los participantes en las consultas, y ampliando los plazos para presentar ofertas (art. 70).

- Pago en plazo y pago anticipado. Aunque estaba previsto en la normativa anterior, es esta una de las medidas más importantes para las pequeñas y medianas empresas, que tendrán anticipar muy pocos recursos, para hacer frente a los gastos que le supone la ejecución del contrato, o incluso ninguno, si el pliego prevé, previa garantía, el pago anticipado por las actuaciones preparatorias del contrato (198.3 LCSP).
- Control de pagos por parte del adjudicatario a los subcontratistas y posible previsión del pago directo a éstos (artículos 216 y 217). La Ley prevé también la posibilidad de que la entidad contratante pueda comprobar el estricto cumplimiento del pago por parte del contratista a los subcontratistas y proveedores, estableciendo en el pliego las medidas de comprobación que vaya a realizar. También se permite que los pliegos prevean el pago directo a los subcontratistas por parte del órgano de contratación.

Además de estas previsiones de la LCSP, cada poder adjudicador puede implementar sus propias medidas adicionales para fomentar la participación de las pymes en sus contratos, lo que sin duda redundará en mejores ofertas al existir una mayor concurrencia competitiva.

La importancia que la Ley concede al fomento de la contratación con pymes se refleja en que en el informe trianual que la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado ha de remitir a la Comisión Europea dentro d las medidas de Gobernanza que impone la Directiva 2014/24, se ha de incluir la “información sobre el nivel [sic] de participación de las PYME en la contratación pública” (art. 328.4.b LCSP). Y en el mismo sentido, uno de los objetivos de la Estrategia Nacional de Contratación Pública es “promover la participación de las PYME en el mercado de la contratación pública” (art 334.2.f).

3.3. Fomento De La Innovación Empresarial Mediante La Contratación Pública

Como ya se ha indicado, la «Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador», busca promover el desarrollo de una economía basada en el conocimiento y la innovación. Por ello, el fomento de la innovación empresarial mediante la contratación pública es uno de los objetivos de las Directivas de contratación de 2014, y de la LCSP 9/2017. La

nueva ley, como la anterior, regula tres mecanismos diferentes para promover la innovación desde la contratación pública:

- La compra pública pre-comercial (PPPC)
- La compra pública de innovación (CPI)
- La incorporación de criterio de innovación en todos los contratos

El Ministerio de Economía y Competitividad ha publicado dos guías para facilitar la utilización de estas figuras y también la Comisión Europea y el CDTI ha tiene abiertas dos líneas específicas de ayudas tanto para el comprador público («innocompra») como para las empresas («innodemanda»), con las que ha financiado decenas de proyectos específicos de innovación a través de la compra pública. Por ello, se puede simplificar de manera elocuente el concepto de «compra pública de innovación» como “comprar lo que no existe con el dinero que no tengo”. Muchas CCAA han dictado normativa propia para impulsar la innovación empresarial a través de los contratos públicos (Galicia, Aragón y Cataluña, especialmente).

La LCSP de 2017 no define el concepto de innovación a sus efectos, por lo que se ha de tomar la definición que recogen las tres Directivas de Contratación, en los mismos términos: “«Innovación»: introducción de un producto, servicio o proceso nuevos o significativamente mejorados, que incluye, aunque no se limita a ellos, los procesos de producción, edificación o construcción, un nuevo método de comercialización o un nuevo método de organización de prácticas empresariales, la organización del lugar de trabajo o las relaciones exteriores, entre otros con el objetivo de ayudar a resolver desafíos de la sociedad o a apoyar la Estrategia Europa 2020 para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador” (artículos 5.13 D. 2014/23; 2.1.22 de la Directiva 2014/24; 2.18 D. 2014/25).

La LCSP de 2017 regula en su artículo 8 los “contratos de investigación y desarrollo” («Compra pública pre comercial»), como contratos excluidos de la aplicación de la Ley (salvo la aplicación de los principios generales), excepto cuando los beneficios de los servicios de investigación y desarrollo pertenezcan exclusivamente al poder adjudicador para utilizarlos en sus actividades propias y éste remunere íntegramente los servicios de investigación y desarrollo prestados. La disposición final 7ª prevé que el Consejo de Ministros reservar fondos destinados a la financiación de este tipo de negocios

y contratos relacionados con el ámbito de la Investigación, el Desarrollo y la Innovación.

Los contratos de «compra pública de innovación» están sometidos la LCSP. Ésta no los define de expresa, más allá de una referencia a aquellos que “tienen como finalidad el desarrollo de productos, servicios u obras innovadoras” (art. 177.1). Esta innovación tiene un tradicional campo de actuación en una figura tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, el «suministro de fabricación», a través del diseño a medida (a la que aluden los artículos 16.3. c) y 299 LCSP). Para facilitar la compra pública de innovación, la LCSP de 2017 introduce dos importantes novedades:

- La posibilidad de definir el objeto de los contratos no de manera ‘determinada’, sino en atención a necesidades o funcionalidades [...] cuando se estime que pueden incorporarse innovaciones tecnológicas, sociales o ambientales que mejoren la eficiencia y sostenibilidad de los bienes, obras o servicios que se contraten” (art. 99.1).
- El establecimiento de un procedimiento específico para contratar innovación: la «asociación para la innovación» (arts. 177 a 182). En este procedimiento, en una primera fase, a la que podrá concurrir cualquier empresario, se seleccionan con base en criterios objetivos de solvencia en los ámbitos de la investigación y el desarrollo y en la elaboración y aplicación de soluciones innovadoras, las empresas con las que se constituirá la ‘asociación’. Sólo los empresarios seleccionados en esta fase podrán presentar proyectos de investigación e innovación, proyectos que serán evaluados con base en criterios de calidad-precio, debiendo seleccionarse al menos a tres empresarios. Con ellos se va negociando en sucesivas fases de acuerdo con las etapas del proceso de investigación y desarrollo, en la que se habrán fijado objetivos intermedios que deberán alcanzar los socios y se pagarán las compensaciones previstas en los pliegos. Finalizadas las fases de investigación y desarrollo, si se han alcanzado los rendimientos y costes acordados, el órgano de contratación adquirirá las obras, servicios o suministros resultantes, que se hará de acuerdo con los criterios objetivos establecidos en los pliegos, si varios empresarios han llegado a la fase final. La mesa de contratación en este procedimiento incorporará personas es-

pecialmente cualificadas en la materia sobre la que verse la asociación para la innovación (art. 327 LCSP).

Aparte de este procedimiento específico, al que hay constantes referencias a lo largo de la ley, ésta prevé también que la innovación puede ser un aspecto más a tener en cuenta en todos los contratos. La exposición de motivos alude expresamente a que la ley trata de conseguir que se utilice la contratación pública como un instrumento para implementar las políticas tanto europeas como nacionales en materia de innovación (apartado III), y a la utilización de aspectos de innovación como criterio para seleccionar la mejor oferta en relación calidad-precio para obtener obras, servicios y suministros de gran calidad (apartado II). Aunque el artículo 1.3 no cita la innovación, sí lo hace el artículo 28.2: “Los entes, organismos y entidades del sector público [...] valorarán la innovación y la incorporación de alta tecnología como aspectos positivos en los procedimientos de contratación pública [...]”. A partir de estas referencias generales, la ley alude a la innovación como aspecto a tener en cuenta en los procedimientos de contratación, en todas sus fases:

- En la preparación: en la definición del objeto del contrato; como criterio de solvencia técnica); y en la definición de los pliegos de las prestaciones que integrarán ese objeto. Es especialmente relevante en esta fase la previsión de que la definición del objeto del contrato puede no hacerse mediante una solución cerrada, sino en atención a las necesidades o funcionalidades concretas que se pretenden satisfacer, lo que permitirá a los licitadores ofertar soluciones innovadoras.
- En la adjudicación: la valoración de características innovadoras; como elemento a tener en cuenta para admitir la justificación de una oferta anormalmente baja; para recurrir al procedimiento de licitación con negociación; posibilidad de prever primas o compensaciones en el en el procedimiento de diálogo competitivo.
- En la ejecución: se establece la obligatoriedad de incluir en todos los contratos al menos una condición especial de ejecución referida a consideraciones económicas relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o social; posibilidad de modificar los acuerdos marco y los contratos basados en estos para sustituir los bienes adjudicados por otros que incorporen avances o innovaciones tecnológicas que me-

joren las prestaciones o características de los adjudicado; obligación de mantener las obras en concesión según el progreso de la ciencia incorporado a las disposiciones normativas y los avances técnicos que mejoren las obras o su explotación; en los contratos de servicios de carácter social, sanitario, educativos y concesión de alguno de los servicios del anexo IV, los órganos de contratación habrán de velar por la innovación en la prestación del servicio.

Finalmente, la innovación, como el resto de aspectos de la contratación estratégica, es uno de los objetivos a para cuya consecución se han de prever medidas específicas en la «Estrategia Nacional de Contratación Pública», por lo que ha de estar presente en los trabajos del Comité de Cooperación en materia de contratación pública y de la Oficina Independiente de Regulación y Supervisión de la Contratación, que la han de elaborar y aprobar respectivamente; y también en el informe trianual que la Junta Consultiva de Contratos del Sector Público ha de remitir a la Comisión Europea.

4. Conclusiones

La nueva Ley española de Contratos del sector público 9/2017 obliga a todos los poderes adjudicadores a adoptar medidas expresas para prevenir la corrupción y garantizar la integridad mediante un procedimiento transparente y, a la vez, implementar con sus recursos las políticas públicas nacionales y comunitarias en materia social, medioambiental, de innovación y de fomento de la participación de las pymes en los contratos públicos, asegurando obras, suministros y servicios de gran calidad. Es un gran reto y a la vez una oportunidad para lograr la mayor «eficiencia social» posible con los recursos que se gestionan mediante contratos públicos.



Algunas controversias jurídicas en el delito de extorsión

Ruth Margarita Olarte Rojas

Walter Giraldo Giraldo³³⁰

Resumen

La conducta humana denominada extorsión está descrita y sancionada en el Código Penal Colombiano, en su artículo 244. Dicha conducta ha sido materia de debate en varias ocasiones en el Congreso de la República de Colombia. Es así como en el año 2006, se expidió la Ley 1121 que en su artículo 26 prescribe que a las personas procesadas por el delito de extorsión, no se les concederá ningún tipo de beneficio penal, judicial ni administrativo.

En esa medida, se expondrán aspectos normativos, jurisprudenciales y doctrinales relacionados con las rebajas de pena enlistadas en el Código Penal Colombiano y con aquéllas autorizadas vía jurisprudencial, poniendo de presente los pronunciamientos donde se vislumbra que tanto la Corte Suprema de Justicia Colombiana como jueces de inferior jerarquía, violan flagrantemente el derecho a la igualdad ante ley, vulneración que se hace evidente cuando se escrutan las disímiles interpretaciones que hacen de la prohibición legal de otorgar descuentos punitivos y subrogados penales a las personas procesadas y condenadas por este punible. No se pasa por alto en

330 RUTH MARGARITA OLARTE ROJAS, Abogada, Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito, Especialista Derecho Procesal Penal, Universidad Autónoma Latinoamericana, Medellín, Colombia. rmolarte@hotmail.com

WALTER GIRALDO GIRALDO, Abogado, Magíster en Derecho Procesal Penal y Teoría del Delito, Especialista en DD. HH. y D.I.H. Especialista Derecho Procesal UNAULA. Correo: waltergiraldogg@yahoo.es

este escrito la responsabilidad que le asiste al legislador colombiano, quien no cumple con su función de expedir leyes claras e inequívocas.

Palabras clave: Igualdad ante la ley, indemnización de perjuicios, rebaja de pena, exclusión de beneficios, extorsión, seguridad jurídica.

Abstract

Human behavior called extortion is sanctioned in Colombian criminal law, in its Article 244. This conduct has been the subject of debate on several occasions in the Congress of the Republic of Colombia. This is how in 2006, Law 1121 was passed, which in article 26 prescribes that people who are prosecuted for the crime of extortion will not be granted any type of criminal, judicial or administrative benefit.

To that extent, normative, jurisprudential and doctrinal aspects related to the penalty reductions listed in the Colombian Penal Code and those authorized by jurisprudence will be exposed, stating the pronouncements where it is envisaged that both the Supreme Court of Justice Colombiana and judges of inferior hierarchy, flagrantly violate the right to equality before the law, a violation that becomes evident when they scrutinize the dissimilar interpretations that make the legal prohibition of granting punitive discounts and criminal surrogates to the people prosecuted and sentenced for this punishable. It is not overlooked in this writing the responsibility that assists the Colombian legislator, who does not fulfill its function of issuing clear and unambiguous laws.

Keywords: Equality before the law, compensation for damages, reduction of punishment, exclusion of benefits, extortion, legal security.

Introducción

Este artículo hace un análisis jurisprudencial y normativo a partir del año 2006 sobre el punible de extorsión, con la finalidad de denunciar cómo los jueces colombianos sin distinción de jerarquía han violentado Derechos Humanos Fundamentales cuando han concedido ciertas rebajas de pena a algunos procesados y condenados por la conducta punible de extorsión, pero le han negado las mismas rebajas a otros procesados y condenados por este punible aun cuando han estado en la misma situación jurídica, en un caso

invocando como argumento la prohibición consagrada en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 y en el otro, argumentando que la prohibición no cobija la rebaja en discusión, evidenciándose así que a partir de estas interpretaciones se terminan vulnerando derechos fundamentales de los procesados y condenados por esta conducta delictiva, especialmente se estaría vulnerando el derecho que tiene todo ciudadano a ser tratado con igualdad ante la ley dado que se predica la existencia de un Estado Social de Derecho.

Sobre el particular, se debe recalcar que en la Ley 1121 de 2006, en su artículo 26, se excluyeron expresamente algunos beneficios, guardando silencio con respecto a otras rebajas a las que pueden acceder los procesados o condenados, como por ejemplo, la rebaja que se concede al condenado, por trabajar o estudiar dentro del establecimiento carcelario, también llamada “rebaja por redención”, al igual que nada se dijo sobre la “rebaja por indemnización de perjuicios” en los delitos que atentan en contra del patrimonio económico, entre otras. Al no haber sido excluidas estas rebajas, expresamente por el legislador, las mismas caen en una especie de agujero negro, es decir, el concederlas está supeditada a la valoración del intérprete, El juez, el mismo podría entender que dichas rebajas de pena son beneficio y, en esa medida, no otorgarlas, o bien, que son derechos y sí concederlas.

Otros dos temas que cobran relevancia al analizar el delito de extorsión y la prohibición de beneficios o descuentos punitivos para éste, son los siguientes: el primero, tiene que ver con el interrogante de si a los procesados por el delito de extorsión se les debe condicionar la inaplicación del incremento de pena consagrado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a que acepten cargos de acuerdo con línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia Colombiana y el otro tema que se considera relevante guarda relación con si se debe o no otorgar la libertad consagrada en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 a los condenados por el delito de extorsión a pesar de la prohibición consagrada en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, discusión que se abre a partir de la expedición de Ley 1709 de 2014. Todos estos temas no han sido ni son pacíficos en los escenarios judiciales, y he ahí la trascendencia de saber que existen estas discusiones para poder tomar partida en ella y en esa medida sentar posición.

Este artículo es el resultado de un sesgo que se hizo dentro del proyecto Convergencia de las categorías de la teoría del delito (tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad) en las decisiones de la Sala Penal de la Corte Suprema

de Justicia entre los años 2005–2015. Primera fase. Si bien es cierto el objeto general de dicha investigación fue determinar la convergencia de las categorías, también lo es, que en el procesamiento de la información relativa al delito de extorsión, el equipo de trabajo encontró que se estaba dando un trato desigual a los condenados y procesados por este delito, específicamente a partir de la interpretación que hace la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el vocablo beneficio consagrado en el artículo 269 de la ley 599 de 2000 a la hora de aplicar el Art. 26 de la Ley 1121 de 2006, por esta razón se hizo necesario hacer un estudio juicioso sobre este último tema, análisis que el lector verá reflejado en este escrito.

1. Rebajas de pena consagradas en la ley colombiana y en la jurisprudencia que han generado controversia en su interpretación y aplicación a partir de la expedición de la Ley 1121 de 2006 con relación al delito de extorsión.

1.1. Rebaja de pena por indemnización de perjuicios atendiendo a lo reglado en el artículo 269 de la Ley 599 de 2000

Código Penal Colombiano. Artículo 269. Reparación

El juez disminuirá las penas señaladas en los capítulos anteriores de la mitad a las tres cuartas partes, si, antes de dictarse sentencia de primera o única instancia, el responsable restituyere el objeto material del delito o su valor, e indemnizare los perjuicios ocasionados al ofendido o perjudicado.

Para entrar en materia hay que decir que, desafortunadamente, nuestra Corte Suprema de Justicia, no ha sido lo suficientemente coherente respecto a sus posiciones jurídicas. Ya que frente a supuestos fácticos idénticos ha tomado decisiones que se contradicen y aunque exponen sus razones, las mismas no logran constituirse en argumentos válidos a partir de los cuales se justifique una aplicación desigual de la ley. Es así que, con respecto a la rebaja de pena que regula el artículo 269 del Código Penal colombiano, para aquellas personas que indemnizan perjuicios en los delitos que atacan el patrimonio económico, entre ellos el delito de extorsión, en varios pronunciamientos la Corte Suprema de Justicia ha argumentado que dicha rebaja no se puede otorgar, al ser considerada ésta como un beneficio aplicando aquella prohibición consagrada en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. Esta misma Corte, contradiciendo sus propios argumentos, otorga la re-

baja aludida al considerarla como un derecho aduciendo que la prohibición de la Ley 1121 en su artículo 26 no abarca esta rebaja de pena, es decir, que esta rebaja no constituye un beneficio.

Con el anterior pronunciamiento se pensaba que la Corte trascegaría por esta senda, pero poco tiempo después la misma Corte vuelve y se contradice, argumentando que la rebaja en mención, es un beneficio; por tanto, no se debe otorgar. Esta ambigüedad, generada por la Corte Suprema de Justicia colombiana con sus interpretaciones y pronunciamientos disímiles bajo un mismo punto de derecho, se reproduce en las providencias de los jueces de conocimiento cualquiera sea su categoría (juez penal municipal con función de conocimiento, jueces del circuito o jueces del circuito especializados y tribunales de distritos judiciales), lo que se traduce en evidentes vulneraciones a derechos, tales como la seguridad jurídica y la igualdad ante la ley.

Las vulneraciones aludidas, se hacen evidentes a partir de una aplicación diferencial de una norma jurídica, se materializan en circunstancias en las cuales a un interno de una cárcel de nuestro país, le niegan la rebaja de pena a pesar de haber indemnizado los perjuicios ocasionados a la víctima, como se pasa a evidenciar:

En ese orden, es claro que cuando las sentencias de primer y segundo grado aplicaron la prohibición contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 para negar al procesado la rebaja prevista en el artículo 351 de la Ley 906 de 2004 y el subrogado de la suspensión condicional de la ejecución de la pena establecido en el artículo 63 de la Ley 599 de 2000 no incurrieron en violación directa de la ley sustancial, ya que la exclusión de tales beneficios deviene de la correcta aplicación de la ley vigente.

Ahora bien, observa la Sala que los juzgadores no aplicaron íntegramente la referida prohibición, pues concedieron al procesado la rebaja punitiva del artículo 269 del Código Penal por haber indemnizado integralmente a las víctimas. Evidentemente, tal descuento inadvirtió el principio de legalidad de la pena. Sin embargo, teniendo en cuenta la circunstancia de apelante único del procesado, la Corte no puede desconocer el monto de pena descontado en su favor, en respeto del principio no reformatio *in pejus*³³¹.

331 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Proceso núm. 29788, Magistrado Ponente, Augusto J. Ibáñez Guzmán, Bogotá, D. C., veintinueve de junio de dos mil ocho.

Posteriormente se emitió otro pronunciamiento donde Corte Suprema de Justicia colombiana también niega la rebaja referenciada:

Para entonces, se hallaba vigente el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, que prohíbe el otorgamiento de cualquier beneficio o subrogado de carácter legal, judicial o administrativo a los procesados por delitos de terrorismo, financiación de terrorismo, secuestro extorsivo, extorsión y conexos.

No obstante existir esta prohibición legal, el Tribunal, al conocer del recurso de apelación interpuesto por la defensa contra la sentencia de primer grado, le otorgó al procesado el beneficio de rebaja de pena por reparación integral, con total desconocimiento de la norma³³².

A pesar de existir las consideraciones antes aludidas, y cuando tan solo habían transcurrido aproximadamente tres meses, contados a partir del anterior fallo judicial, emitido en julio de 2009, otro asunto llegó a conocimiento de la Corte Suprema, en sede de Casación, en el cual a un interno, en similares condiciones que el anterior, sí le otorgaron dicha rebaja, todo porque la ley se presta para varias interpretaciones, por su imprecisión, y porque el máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, en un caso sometido a su juicio interpreta la ley de una manera y en otro caso con similitud fáctica la interpreta de otra, entonces, los subalternos o jueces de inferior rango sin tener un criterio propio, aplican la ley y los pronunciamientos de la Corte Suprema, la mayoría de las veces en contra del reo o en “*malam partem*”.

Así las cosas, resulta equívoco negar la disminución punitiva del artículo 269 a aquellas personas que, en los términos del artículo 68A, hayan sido condenadas por delitos dolosos o preterintencionales dentro de los cinco años anteriores.

Dicha rebaja no es un subrogado penal, un mecanismo sustitutivo de la pena privativa de libertad, de suspensión condicional de la ejecución de la pena o libertad condicional. Tampoco puede catalogarse dentro de los beneficios legales a los que de manera residual se refiere la norma³³³.

332 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Proceso núm. 30800 Magistrado Ponente: Dr. José Leonidas Bustos Martínez, Bogotá, D. C., primero de julio de dos mil nueve.

333 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Proceso n.º 31568. Magistrado Ponente, Alfredo Gómez Quintero Bogotá, D.C., veintiocho de octubre de dos mil nueve.

Tiempo después, se emitieron más decisiones en el mismo sentido:

Se insiste, por ser esa rebaja un derecho, no incorporado expresamente por el legislador en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006, debe ser reconocida siempre que se cumplan los presupuestos exigidos en el artículo 269 del Código Penal, con independencia del delito por el que se procede.

Así pues, la Sala, en lo sucesivo, modifica en tal sentido la interpretación sobre el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006. Su nueva hermenéutica se contrae a que se concede la reducción de pena prevista en el artículo 269 del Código Penal a quienes, siendo procesados por extorsión, repararon los perjuicios en los términos previstos por el artículo 269 del Código Penal; sin que tal situación afecte los extremos punitivos, ya que la disminución se realiza una vez individualizada la pena, y sin efectos en el término prescriptivo de la acción penal³³⁴.

Para el año 2012 la Corte Suprema de Justicia se pronunció nuevamente sobre el mismo asunto, indicando en esta sentencia, que a partir de este momento se unificaba la jurisprudencia, en el sentido de que la rebaja de pena consagrada en el artículo 269 tantas veces citado es un derecho, y no un beneficio:

Pues bien, de acuerdo con la jurisprudencia de esta Corporación, la reducción de pena por reparación prevista en el artículo 269 del Código Penal, no hace parte de las restricciones incluidas en esta normativa, por cuanto la misma no puede interpretarse como un beneficio en los términos previstos por la norma citada.

Por tanto, las prohibiciones genéricas de concesión de cualquier beneficio legal, judicial o administrativo, no incluyen tampoco la redención de pena, especialmente las contenidas en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006, 199.8 de la Ley 1098 de 2006, 32 de la Ley 1442 de 2007, 13 de la Ley 1474 de 2011 y 28 de la Ley 1453, también de 2011; por cuanto este reconocimiento está íntimamente ligado con la resocialización, como se ha manifestado, y no puede tener la categoría de simple beneficio, sino que con ella se explica, como ya se ha dicho, el objetivo

334 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal-Sala de Decisión de Tutelas n° 1- Exp 49.479. Magistrado Ponente Augusto J. Ibáñez Guzmán, aprobado acta N°255 Bogotá, D. C., diez de agosto de dos mil diez.

fundamental de la pena en el contexto del Estado social³³⁵ (Subrayado fuera de texto).

La anterior posición jurisprudencial fue de corta duración en atención a que habiendo pasado tan solo un mes, contado a partir de la fecha del anterior pronunciamiento, un honorable magistrado de la Corte Suprema de Justicia, el Dr. José Leonidas Bustos Martínez, sale a decir que, la providencia anterior del colegiado al que él pertenece, no tiene fuerza vinculante, que el asunto solo se tocó en los “dichos de paso” de la sentencia, y que, como estos lineamientos no hacen parte de la razón de la decisión, tanto jueces como magistrados, pueden apartarse de dicho criterio, argumentando legal y constitucionalmente sus decisiones.

Sobre la vinculatoriedad y fuerza normativa de la doctrina judicial que emana de la Corte Suprema de Justicia, la jurisprudencia constitucional ha acudido a la diferenciación entre los *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, predicándose la obligatoriedad únicamente respecto a ésta, mientras aquéllos, sin que resulten vinculantes, constituyen un legítimo criterio auxiliar de interpretación

La Sala ha de precisar que si bien en reciente pronunciamiento la Corte afirmó tangencialmente que al condenado privado de la libertad no se le debe negar la posibilidad de trabajar, estudiar o enseñar con consecuencias para el reconocimiento de su tiempo de privación de la libertad, también es verdad que tal aserto –con ocasión del cual podría plantearse que **la prohibición genérica de conceder cualquier beneficio judicial o administrativo** (art. 199-8 de la Ley 1098 de 2006) no cubre la redención de pena– apenas constituye un *obiter dicta*, del cual no puede reclamarse fuerza vinculante³³⁶ (Negrilla fuera de texto).

De acuerdo con lo anterior, subsiste el mismo dilema en atención a que si la ley se presta a equívocos se suscitarán las interpretaciones disímiles por lo que en el escenario judicial, no hay seguridad jurídica y, en especial, en el tema tratado en este escrito, asunto que toca con la igualdad ante la ley, el derecho a la resocialización, y con la libertad de las personas.

335 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 35767 del 2012. Magistrado Ponente, José Leonidas Bustos Martínez, aprobado acta n° 218, Bogotá D. C., seis de junio de dos mil doce.

336 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas, rad 61.489. Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez, aprobado acta número 252, Bogotá, D. C., diez de julio de dos mil doce.

El llamado que se hace es que nuestra Corte Suprema, demuestre su verdadera supremacía, que haga su trabajo, que unifique criterios para evitar que cada juez interprete la ley como bien le parezca, atentando de esta manera contra el mismo Estado de Derecho, el cual se fundamenta en el principio de legalidad.

Así ha dicho la Corte al respecto:

En efecto, conforme a la sentencia de inexequibilidad C- 836 de 2001, la Corte Suprema de Justicia, según el marco constitucional y legal, es la encargada de establecer la interpretación del ordenamiento jurídico, en tanto se trata del máximo Tribunal de la jurisdicción ordinaria, conforme a sus salas especializadas.

En tales condiciones, según lo normado en el artículo 180 de la Ley 906 de 2004, que contempla los fines de la casación, estatuye como uno de ellos “la unificación de la jurisprudencia.

De esa manera, la Sala de Casación Penal de esta Corporación, se erige en el Tribunal creado por la Constitución y la ley para unificar criterios y fijar pautas interpretativas sobre las normas que regulan el proceso penal en general.

Como se advirtió anteriormente, la fuerza normativa de las decisiones adoptadas por esta Corporación deviene: a) de la autoridad otorgada constitucionalmente al órgano encargado de unificar la jurisprudencia ordinaria; b) de la obligación de los jueces de materializar la igualdad frente a la ley y la igualdad de trato por parte de las autoridades; c) el principio de la buena fe, entendido como confianza legítima en la conducta de las autoridades del Estado; y dado el carácter decantado de la interpretación del ordenamiento jurídico que la Sala ha construido, de acuerdo con la realidad social que se pretende regular.

De igual manera, en esa decisión también se puntualizó que “la aplicación del derecho por parte de su legítimo interprete (jurisprudencia), es fuente de derecho como se afirma de la ley, en la medida en que de antaño, se aclaró que el contenido del artículo 230 de nuestra Constitución Política cuando refiere que el juez sólo está sometido al imperio de la ley, no alude únicamente a la acepción de ley formal que es la expedida por el Congreso, sino a todo el ordenamiento jurídico, en el que se incluyen por ejemplo, la jurisprudencia, la costumbre, los tratados internacionales, las convenciones colectivas, entre otros³³⁷.

337 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 35767. Magistrado Ponente, José Leónidas Bustos Martínez, Bogotá D. C., seis de junio de dos mil doce.

La anterior anotación es significativa porque puede contribuir a la seguridad de nuestro sistema jurídico, siempre y cuando la Corte Suprema de Justicia tome conciencia de la importancia que tiene su labor como máximo órgano de la jurisdicción ordinaria en lo que respecta a la unificación de la jurisprudencia.

1.2 Rebaja de pena por trabajo y estudio según lo reglado en los artículos 82 y 97 de la Ley 65 de 1993

Código Penitenciario y Carcelario. Ley 65 de 1993

El artículo 82 de la ley en comento preceptúa la figura de la redención de la pena por trabajo, así:

“El juez de ejecución de penas, y medidas de seguridad, concederá la redención de pena por trabajo a los condenados a pena privativa de libertad.

A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de trabajo. Para estos efectos no se podrán computar más de ocho horas diarias de trabajo [...].”

De otro lado, el artículo 97 de la misma ley consagra que “el Juez de Ejecución de penas, y medidas de seguridad, concederá la redención de pena por estudio a los condenados a pena privativa de la libertad. A los detenidos y a los condenados se les abonará un día de reclusión por dos días de estudio [...]”.

Vemos entonces cómo, dentro del marco de la resocialización del interno existen las actividades de trabajo y estudio para el logro de dicho fin.

Respecto a la educación, el artículo 94 de la Ley 65 de 1993, preceptúa que:

“La educación, al igual que el trabajo, constituye la base fundamental de la resocialización. En las penitenciarias y cárceles de Distrito Judicial habrá centros educativos para el desarrollo de programas de educación permanente, como medio de instrucción o de tratamiento penitenciario, que podrán ir desde la alfabetización hasta programas de instrucción superior. La educación impartida deberá tener en cuenta los métodos pedagógicos propios del sistema penitenciario, el cual enseñará y afirmará en el interno, el conocimiento y respeto de los valores humanos, de las instituciones públicas y sociales, de las leyes y normas de convivencia ciudadana y el desarrollo de su sentido moral [...].”

De la lectura de la anterior normativa, puede concluirse que la actividad de estudio puede ser realizada por el interno procesado o condenado, y que será el juez competente, bien sea el juez de conocimiento, o el juez de ejecución de penas y medidas de seguridad, quien determinará si dicha labor cumple con los requisitos exigidos para efecto de conceder la reducción de la pena.

Ahora bien, en lo que concierne a las rebajas de pena, por trabajo o estudio, de acuerdo con el Código Penitenciario y Carcelario, para aquellas personas procesadas o condenadas por el delito de extorsión, en varios pronunciamientos se ha argumentado que dichos descuentos punitivos, no se les puede otorgar, al ser considerada ésta como un beneficio. Posteriormente, la misma Corte Suprema de Justicia, contradiciendo sus propios argumentos, otorga la rebaja aludida al considerarla como un derecho. Así las cosas, se vuelven sistemáticas las vulneraciones aludidas, a partir de la aplicación diferencial de una misma norma jurídica.

En fallo del año 2012, la Corte Suprema dijo en un pronunciamiento que, a partir de este momento, unificaba su criterio, indicando que la rebaja de pena por trabajo y estudio era un Derecho, y no un beneficio; así las cosas, no entraba dentro de las prohibiciones enlistadas por el legislador en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006:

Por tanto, las prohibiciones genéricas de concesión de cualquier beneficio legal, judicial o administrativo, no incluyen tampoco la redención de pena, especialmente las contenidas en los artículos 26 de la Ley 1121 de 2006, 199.8 de la Ley 1098 de 2006, 32 de la Ley 1442 de 2007, 13 de la Ley 1474 de 2011 y 28 de la Ley 1453, también de 2011; por cuanto este reconocimiento está íntimamente ligado con la resocialización, como se ha manifestado, y no puede tener la categoría de simple beneficio, sino que con ella se explica, como ya se ha dicho, el objetivo fundamental de la pena en el contexto del Estado social³³⁸ (Subrayado fuera de texto).

Con este pronunciamiento, parecía que el tema ya estaba resuelto, sin embargo el honorable magistrado de la Corte suprema de Justicia, Dr. José

338 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 35767 del 2012. Magistrado Ponente, José Leónidas Bustos Martínez, aprobado acta n° 218, Bogotá D. C., seis de junio de dos mil doce.

Leonidas Bustos Martínez, argumenta tres meses después, contados a partir de la providencia ya relacionada que, el fallo anterior del colegiado al que él pertenece, no tiene fuerza vinculante, que el asunto solo se tocó en los *obiter dicta* de la sentencia, y que, como estos lineamientos no hacen parte de la *ratio decidendi*, tanto jueces de inferior jerarquía como magistrados, pueden apartarse de dicho criterio:

Sobre la vinculatoriedad y fuerza normativa de la doctrina judicial que emana de la Corte Suprema de Justicia, la jurisprudencia constitucional ha acudido a la diferenciación entre los *obiter dicta* y la *ratio decidendi*, predicándose la obligatoriedad únicamente respecto a ésta, mientras aquéllos, sin que resulten vinculantes, constituyen un legítimo criterio auxiliar de interpretación.

De *trabajar, estudiar o enseñar*, con consecuencias para el reconocimiento de su tiempo de privación de la libertad, también es verdad que tal aserto –con ocasión la Sala ha de precisar que si bien en reciente pronunciamiento la Corte afirmo, tangencialmente, que al condenado privado de la libertad no se le debe negar la **posibilidad** del cual podría plantearse que **la prohibición genérica de conceder cualquier beneficio judicial o administrativo** (art. 199-8 de la Ley 1098 de 2006) no cobija la redención de pena– apenas constituye un *obiter dicta*, del cual no puede reclamarse fuerza vinculante³³⁹ (Negrilla fuera de texto).

En un Estado de derecho, donde uno de sus pilares fundamentales es el principio de legalidad, no es posible que, unos casos se estén resolviendo de una manera y otros de otra, cuando los supuestos fácticos son idénticos, ya que, una cosa “no puede ser y no ser al mismo tiempo”, como nos lo enseña el principio de no contradicción. Debemos recordar que, el derecho de igualdad ante la ley, es un derecho humano fundamental y presupuesto del debido proceso, por esa razón nada justifica los tratos desiguales entre iguales.

Frente a este punto, en particular, la Corte Suprema de Justicia dijo lo siguiente:

No puede mantenerse una situación en la que un caso se resuelva de una manera y otro, con un supuesto fáctico similar, se decida de otra,

339 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas, rad 61.489. Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez, aprobado acta número 252, Bogotá, D. C., diez de julio de dos mil doce.

pues comportaría una transgresión de garantías fundamentales como el derecho a la igualdad e inestabilidad para el sistema jurídico que propende por la permanencia en el tiempo de reglas jurídicas que resuelvan los conflictos que se materializan en los casos concretos de manera uniforme, a su turno, presupuesto de confianza legítima, esto es, la expectativa de la colectividad sobre que el contenido material de los derechos y obligaciones es interpretado por los jueces de una manera consistente bajo criterios estables³⁴⁰.

Para garantizar la seguridad de nuestro sistema jurídico, el llamado que se les hace a los jueces en general, es la de observar estas directrices, así en sus sentencias se materializara la igualdad ante la ley, encarnando este derecho, en un escenario real y palpable, superando de esta manera, la mera formalidad de la norma.

1.3. Inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 en relación con los delitos excluidos de rebaja de pena y subrogados penales

Consecuente con lo que se viene hablando, se ha suscitado otra controversia judicial, en lo que hace referencia al interrogante de si se debe o no inaplicar la Ley 890 de 2004 por ser inconstitucional en relación con aquellos delitos excluidos de rebaja de pena y subrogados penales, en especial en el delito de extorsión. Esta discusión nace porque la Corte Suprema de Justicia de Colombia, en el año 2012, indicó que en lo sucesivo inaplicaría dicho aumento punitivo porque el mismo era inconstitucional dado que en su momento la constitucionalidad se sustentó en las rebajas de penas promisorias que se podían ofrecer ante la entrada inminente de un sistema de corte acusatorio y dado que esas rebajas en las que se hizo recaer la constitucionalidad no se mantuvieron, entonces el argumento en el que se había fundado la constitucionalidad había desaparecido.

Casación N° 33.254, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, Magistrado Ponente José Leonidas Bustos Martínez, Bogotá, D. C., veintisiete de febrero de dos mil trece.

340 Colombia. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación penal, radicado 34853 Magistrado Ponente Fernando Alberto Castro Caballero, Bogotá D. C., primero de febrero de dos mil doce.

“Adicionalmente, ha de precisarse que en asuntos como el aquí analizado, mal podría abstenerse la Sala de restaurar la conculcada garantía de proporcionalidad de la pena, bajo el argumento de que la Corte Constitucional declaró exequible el art. 14 de la Ley 890 de 2004. Pues, además de que la *ratio decidendi* de la sentencia C-238 de 2005 únicamente versó sobre el principio de tipicidad o estricta legalidad –en respuesta a un cargo de supuestas imprecisiones o ambigüedades de la norma–, sin que se efectuara ninguna consideración en torno a la máxima de prohibición de exceso, lo cierto es que, en el *sub exámine* la vulneración del principio de proporcionalidad de la pena, por decaimiento de los fundamentos legitimantes del aumento punitivo, entraña una inconstitucionalidad sobreviniente por nuevos hechos legales normativos, eventualidad que, según la sentencia C-287 de 2009, tiene lugar cuando “la reforma de una disposición legal implica la modificación de aspectos sustantivos del precepto o de otras regulaciones que inciden en la determinación de sus proposiciones normativas, de modo tal que la norma resultante viola disposiciones constitucionales.

Por consiguiente, a la luz de la argumentación aquí desarrollada, fuerza concluir que habiendo decaído la justificación del aumento de penas del art. 14 de la Ley 890 de 2004, en relación con los delitos incluidos en el art. 26 de la Ley 1121 de 2006 –para los que no proceden rebajas de pena por allanamiento o preacuerdo–, tal incremento punitivo, además de resultar injusto y contrario a la dignidad humana, queda carente de fundamentación, conculcándose de esta manera la garantía de proporcionalidad de la pena”.

Según el alto Tribunal, lo que llevó a autorizar un aumento de penas en delitos especiales, mediante el artículo 14 de la Ley 890 del 2004, fue una especie de populismo con el pretexto de estimular mecanismos de negociación entre el procesado y su acusador que abreviaran la duración de los procesos, para, después, negar toda posibilidad de negociación en los delitos mencionados, mediante el artículo 26 de la Ley 1121 del 2006.

A juicio del alto Tribunal, la expedición de medidas legislativas injustificadas para modificar los montos de la pena afecta el principio de proporcionalidad, que garantiza que la sanción impuesta al infractor se adecúe al tipo de daño que le causó a la sociedad.

Hasta aquí todo iba muy bien, la Corte Suprema de Justicia se estaba comportando como una verdadera garante de Derechos Fundamentales, pero no habían transcurrido ni dos meses cuando ya se estaba pronunciando de nuevo

respecto al tema, si bien ratificando el criterio anterior, de que el artículo 14 de la ley 890 de 2004 se debía inaplicar, pero ya condicionando dicha inaplicación, que en principio era por inconstitucionalidad, a que el procesado acepte responsabilidad, porque, de lo contrario, el incremento se mantiene como si la constitucionalidad o no dependiera de aceptar una extorsión judicial.

Si la Corte, se vuelve a indicar, como órgano de cierre en la jurisdicción ordinaria, expide una decisión en determinado sentido y posteriormente, en otro sentido, no es lógico que todos sus subalternos sigan y apliquen los criterios de dichas decisiones a ciegas, dado que si las instrucciones de esa máxima corporación son incoherentes, los demás jueces, con un criterio constitucional, se deben cuestionar la legitimidad de dichos pronunciamientos. Se necesitan jueces atrevidos, que tengan claro lo que significa administrar justicia, que osen hacer interpretaciones a favor de los processados, y no en contra de estos, tal y como lo manda la ley, la Constitución y los tratados internacionales.

El último fallo de la Corte Suprema es de 2018, **Sentencia 50595, mayo 16, en la cual se** sigue condicionado la inaplicación del incremento contemplado en el artículo 14 de la Ley 890 de 2004, a que la persona acepte o no cargos, cuando el argumento inicial era que se inaplicaba por ser inconstitucional. La posición que se asume para el problema jurídico que se analiza en este apartado del escrito es que el artículo 14 de la ley 890 de 2004 se debe inaplicar simplemente por ser inconstitucional frente a los delitos excluidos de rebaja de penas, y no se debe constreñir al procesado para que acepte la responsabilidad a cambio de que le inapliquen el incremento de pena que, la misma Corte Suprema, lo ha denominado desproporcionado e inconstitucional.

1.4. Procedencia de la libertad condicional reglada en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 para el delito de extorsión a partir de la expedición de la Ley 1709 de 2014

Los jueces colombianos, sin importar jerarquía, han negado la Libertad Condicional de que trata el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, para los condenados por el delito de extorsión, inclusive después de la expedición de la Ley 1709 de 2014, argumentando lo siguiente: i. Que los condenados por el delito

de extorsión según el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 tienen excluido este subrogado penal. ii. Hacen alusión a la sentencia C-073 de 2010 para decir que el artículo 26 de la Ley 1121 fue declarado exequible. iii. Invocan apartes expuestos por la Honorable Corte Suprema de Justicia, en decisión de tutela con radicado STP 4239 de 2015, para indicar que las leyes 1121 de 2006 y 1709 de 2014 coexisten, y que la segunda no derogó tácitamente la prohibición contenida en la primera de otorgar subrogados penales a los condenados por el delito de extorsión.

Otros jueces han osado por hacer interpretaciones diferentes, siendo las mismas más acordes con los criterios de humanización de la pena, sostienen que la libertad condicional de que trata el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 no está prohibida para los delitos enlistados en el artículo 68ª del Código Penal Colombiano, según lo reglado en el parágrafo núm. 1 de dicho artículo.

Veamos casos puntuales en los que se ha concedido la Libertad Condicional en delitos que en principio estaban excluidos de este sustituto penal luego de la expedición de la ley 1709 de 2014.

El juzgado primero penal del circuito, con función de conocimiento de Apartadó, Antioquia, el 30 de mayo de 2014, dentro del CUI051726100496200700153, por el delito de acto sexual, revoca decisión de primera instancia que negó libertad provisional y en su lugar concede libertad condicional de que trata el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 al argumentar que la prohibición legal de otorgar cualquier rebaja o descuento punitivo o subrogados penales, que para el caso en concreto era la de ser un delito sexual contra menor de catorce años, no aplicaba, dado que la Ley 1709 de 2014 había derogado dicha prohibición para efectos de la libertad condicional.

Allí se dijo:

1º.- Revocar la decisión de 20 de marzo del presente año emitida por el Juzgado 6º de Ejecución de penas y medidas de seguridad de Medellín, por las razones expuestas en la motivación.

2º.- En consecuencia, se concede la libertad condicional al ciudadano John Alexander David Piedrahíta, en las condiciones relacionadas en la motivación. Suscrita el acta de compromiso, el Juzgado comisionado, Penal del Circuito de Medellín –reparto–, librará la correspondiente orden de libertad. Se exonera de la constitución de caución prendaria.

3°.- Contra esta decisión no procede recurso alguno.

4°.- Se dispone la devolución de la actuación ante el Juzgado de origen.

En otro asunto, con radicado 2011 31 86 001 2009 00148, donde el problema jurídico era el mismo, el Juzgado Segundo de Ejecución de Penas y Medidas de Seguridad de Descongestión de Bucaramanga emite auto interlocutorio el 26 de junio de 2014, por el Delito de Acto sexual y revoca decisión de primera instancia que negó libertad provisional y en su lugar concede libertad condicional de que trata el artículo 64 de la Ley 599 de 2000, al argumentar que la prohibición legal de otorgar cualquier rebaja o descuento punitivo o subrogados penales, que para el caso en concreto era la de ser un delito sexual contra menor de catorce años, no aplicaba, dado que la Ley 1709 de 2014 había derogado tácitamente dicha prohibición para efectos de la libertad condicional consagrado en el artículo 64 de la Ley 599 de 2000.

Allí se resolvió:

“En razón y mérito de lo expuesto el JUZGADO SEGUNDO DE EJECUCIÓN DE PENAS Y MEDIDAS DE SEGURIDAD DE DESCONGESTIÓN DE BUCARAMANGA, administrando justicia;

RESUELVE

1. DECLARAR que DANUINSON RIVERA ORTÍZ ha cumplido una penalidad de 76 meses 08 días de prisión, de los ochenta meses de prisión a que fue condenado.
2. CONCEDER al sentenciado el sustituto de la libertad condicional en los términos y bajo las condiciones señaladas.
3. Verificado lo anterior, ORDENAR su excarcelación por cuenta de esta actuación librando la comunicación al Director del EPAMS Girón, quien deberá verificar si existen requerimientos en contra del condenado.
4. En firme el proveído, remitir por competencia las diligencias, cancelar requerimientos y oficiar al ICBF en lo forma determinada en la parte motiva.
5. PRECISAR que, contra esta providencia, proceden recursos ordinarios como se expresó, y que debe dejarse copia del auto en el archivo del juzgado”.

Así las cosas, si bien es cierto, no se puede sostener que el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006 fue derogado por la Ley 1709 del 2014, es igual de equivocado sostener que el legislador de manera caprichosa haya querido incorporar la prohibición de otorgar subrogados penales al delito de extorsión en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, cuando ya este tema había sido regulado desde el año 2006, en el artículo 26 de la Ley 1121.

Recordemos que la Ley 599 de 2000 no siempre tuvo un artículo 68 A y fue solo a partir de la expedición de la Ley 1142 de 2007 que se crea este artículo, que en principio solo consagraba la prohibición de otorgar subrogados penales y beneficios judiciales, o administrativos, para aquellas personas que tuviesen antecedentes dentro de los últimos cinco años.

Para el año 2011, el artículo 68 A fue adicionado por la Ley 1453, donde además de prohibir el otorgamiento de beneficios y subrogados penales para aquellas personas con antecedentes penales dentro de los últimos cinco años, también se estableció que dicha prohibición operaría para algunos delitos en específico. Allí no se incorporó el delito de extorsión dado que estaba ya consagrado en otra norma.

En ese mismo año 2011, se expide la Ley 1474, la cual adicionó el listado de delitos excluidos de subrogados penales en el artículo 68A, incorporando los delitos que atentaban contra la administración pública. Allí no se incorporó el delito de extorsión dado que estaba ya consagrado en otra norma.

Ya para el año 2014, se expide una ley que tiene como finalidad la descongestión de los penales colombianos, se trata de la Ley 1709 y fue esta ley la que incorporó el delito de extorsión en el listado del artículo 68 A del Código Penal. No se puede pasar por alto que ya para esta época existía una prohibición especial para este punible contenida en el artículo 26 de la Ley 1121 de 2006.

Teniendo claro que cuando se expide la Ley 1709 de 2014 existía ya la prohibición de conceder subrogados penales para el punible de extorsión, según lo reglado en el artículo 26 Ley 1121 de 2006, es legítimo entonces preguntarnos: ¿por qué hubo necesidad de plasmar nuevamente la prohibición de conceder rebajas de penas y subrogados penales para este punible, como si la primera regulación no fuese clara e inequívoca?

En este punto cobra relevancia la incorporación del delito de extorsión por la Ley 1709 de 2014, en el listado del artículo 68A de la Ley 599 del

2000, incorporación que se realizó por medio de una ley pensada y expedida para que sus efectos fueran la descongestión de las cárceles colombianas, entre otros aspectos. Nótese cómo esta ley amplía los topes en las penas para efectos de la concesión de la suspensión condicional de la ejecución de la pena, amplía los topes en las penas para efectos de la concesión de la prisión domiciliaria, y además incorpora al ordenamiento jurídico la posibilidad de solicitar prisión domiciliaria con el cincuenta por ciento de la pena cumplida e incorporo, igualmente, la posibilidad de acceder a la Libertad Condicional, así el delito estuviese enlistado en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000. “Parágrafo 1°. Lo dispuesto en el presente artículo no se aplicará a la libertad condicional contemplada en el artículo 64 de este Código, ni tampoco para lo dispuesto en el artículo 38G del presente Código”.

No es de recibo, entonces, que se diga que el hecho de que el legislador hubiese incorporado el delito de extorsión en la lista del artículo 68A no tiene relevancia jurídica, cuando a todas luces se establece que se incluyó allí para morigerar la prohibición que existía frente a la concesión de los subrogados para este punible, manteniendo la prohibición para algunos subrogados penales, pero no así para la concesión de la Libertad Condicional de que trata el artículo 64 de la Ley 599 del 2000.

Si se interpreta esa maniobra del legislador, a la luz de lo que se buscaba con la expedición de la Ley 1709 de 2014, será más acertado concluir que el delito de extorsión sigue teniendo restricciones como muchos otros punibles relacionados en el artículo 68A de la Ley 599 de 2000, pero ninguna restricción con respecto a la libertad condicional, dado que así le plació al legislador colombiano plasmando su voluntad en ese parágrafo núm. 1 del citado artículo 68A.

Conclusiones

En la Ley 599 del 2000, Código Penal Colombiano, en su artículo 10 se estipuló que: “La ley penal definirá de manera inequívoca, expresa y clara las características básicas estructurales del tipo penal”³⁴¹. Al parecer, a los legisladores, se les ha olvidado dichos presupuestos legales, en especial,

341 Ley 599 del 2000 (Código Penal Colombiano). *Diario Oficial* No. 44.097 de 24 de julio del 2000.

aquellos que hacen alusión a que la ley debe ser clara e inequívoca, lo cual tiene su razón de ser, porque de no ser así, las normas jurídicas se prestarían para varias interpretaciones y en últimas se terminan vulnerando derechos fundamentales.

La Corte Suprema de Justicia es el máximo órgano en la vía judicial ordinaria; ésta tiene entre sus deberes legales y constitucionales, la unificación de la jurisprudencia, evitando de esa manera que los operadores jurídicos, cuando administren justicia, incurran en la violación al derecho a la igualdad, aplicando la ley de una manera en unos casos y de otra manera para otros.

Se debe entender que la rebaja de pena que obtiene un procesado, cuando indemniza perjuicios en los delitos en contra del patrimonio económico especialmente para el delito de extorsión, es un *derecho* consagrado a su favor por la ley, que debe ser garantizado por el funcionario judicial. Esta rebaja de pena, se tiene “como aliciente para hacer cesar los efectos nocivos del comportamiento delictivo”³⁴².

Al mes de julio del año 2018, el criterio dominante es que la rebaja de pena que obtiene un procesado, cuando trabaja o estudia es un derecho, por lo que se debe otorgar a los procesados y condenados por delitos de extorsión.

En la actualidad, la Corte Suprema de Justicia viene condicionando la inaplicación del artículo 14 de la Ley 890 de 2004 a que los condenados por el delito de extorsión acepten responsabilidad, lo cual desconoce el principio de legalidad, dado que el artículo 14 de la Ley 890 de 2004 fue inaplicado por inconstitucional, y si es inconstitucional lo será independientemente de si la persona acepta o no cargos, por lo que cualquier condicionamiento de tal índole se constituye en una extorsión judicial.

En el escenario judicial actual subsiste la discusión de si la libertad condicional de que trata el artículo 64 de la Ley 599 de 2000 se debe otorgar o no a los condenados por extorsión, discusión que se abrió a partir de la expedición de la Ley 1709 de 2014, que adicionó el parágrafo núm. 1 al artículo 68ª de la ley 599 de 2000.

342 Colombia. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Rad. 24.817, Magistrado Ponente Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Bogotá, D. C., de 22 de junio de 2006.

Referencias

Baratta, A., (2004), “Resocialización o control social. Por un concepto crítico de «reintegración social» del condenado”, traducción de Mauricio Martínez, en Alessandro Baratta. *Criminología y sistema penal. Compilación in memoriam*. Buenos Aires: B. de F.

Binder, M., (2008), “Tensiones político-criminales en el derecho penal”, en *Revista Nuevo Pensamiento Penal*, n°. 64, (Citado por Jairo A. Ardila Espinosa, en la página 85 de la revista de la Defensoría del Pueblo, número 12).

Galain Palermo, P., (2009) *La Reparación del Daño como equivalente funcional de la pena*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung y Universidad Católica de Uruguay.

LEGISLACIÓN

Ley 65 de 1993, artículos 82, 94 y 97

Ley 599 de 2000, Código Penal Colombiano, artículos 10, 64, 68ª y 269

Ley 890 de 2004, artículo 14

Ley 1121 de 2006 artículo 26

Ley 1709 de 2014, artículo 32

SENTENCIAS CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA

Corte Constitucional. Sentencia C-425-08, Magistrado Ponente Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra, Bogotá D. C, 30 de abril de 2008.

Corte Constitucional. Sentencia C-073, Magistrado Ponente Dr. Humberto Antonio Sierra Porto, Bogotá D. C, 10 de febrero de 2010.

SENTENCIAS CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Proceso núm. 24.817, Magistrado Ponente Dr. Álvaro Orlando Pérez Pinzón, Bogotá, D. C, de 22 de junio de 2006.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Proceso núm. 29788, Magistrado Ponente Dr. Augusto J. Ibáñez guzmán, Bogotá, D. C., 29 de junio de 2008.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal. Proceso núm. 30800 Magistrado Ponente Dr. José Leónidas Bustos Martínez, Bogotá, D. C., primero de julio de 2009.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal, Proceso n.º 31568, Magistrado Ponente Dr. Alfredo Gómez Quintero, Bogotá, D. C., 28 de octubre de 2009.

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Penal-Sala de Decisión de Tutelas n° 1. Exp 49.479, Magistrado Ponente Dr. Augusto J. Ibáñez Guzmán, aprobado acta núm. 255 Bogotá, D. C., 10 de agosto de 2010.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 35767, Magistrado Ponente Dr. José Leonidas Bustos Martínez, aprobado acta n° 218, Bogotá D. C., 6 de junio de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal - Sala de Decisión de Tutelas, rad. 61.489, Magistrado Ponente Dr. José Leónidas Bustos Martínez, aprobado acta número 252, Bogotá, D. C., 10 de julio de 2012.

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación penal, radicado 34853 Magistrado Ponente Dr. Fernando Alberto Castro Caballero, Bogotá D. C Primero de febrero de 2012.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, radicado 35767, Magistrado Ponente Dr. José Leónidas Bustos Martínez, Bogotá D. C., 6 de junio de 2012.

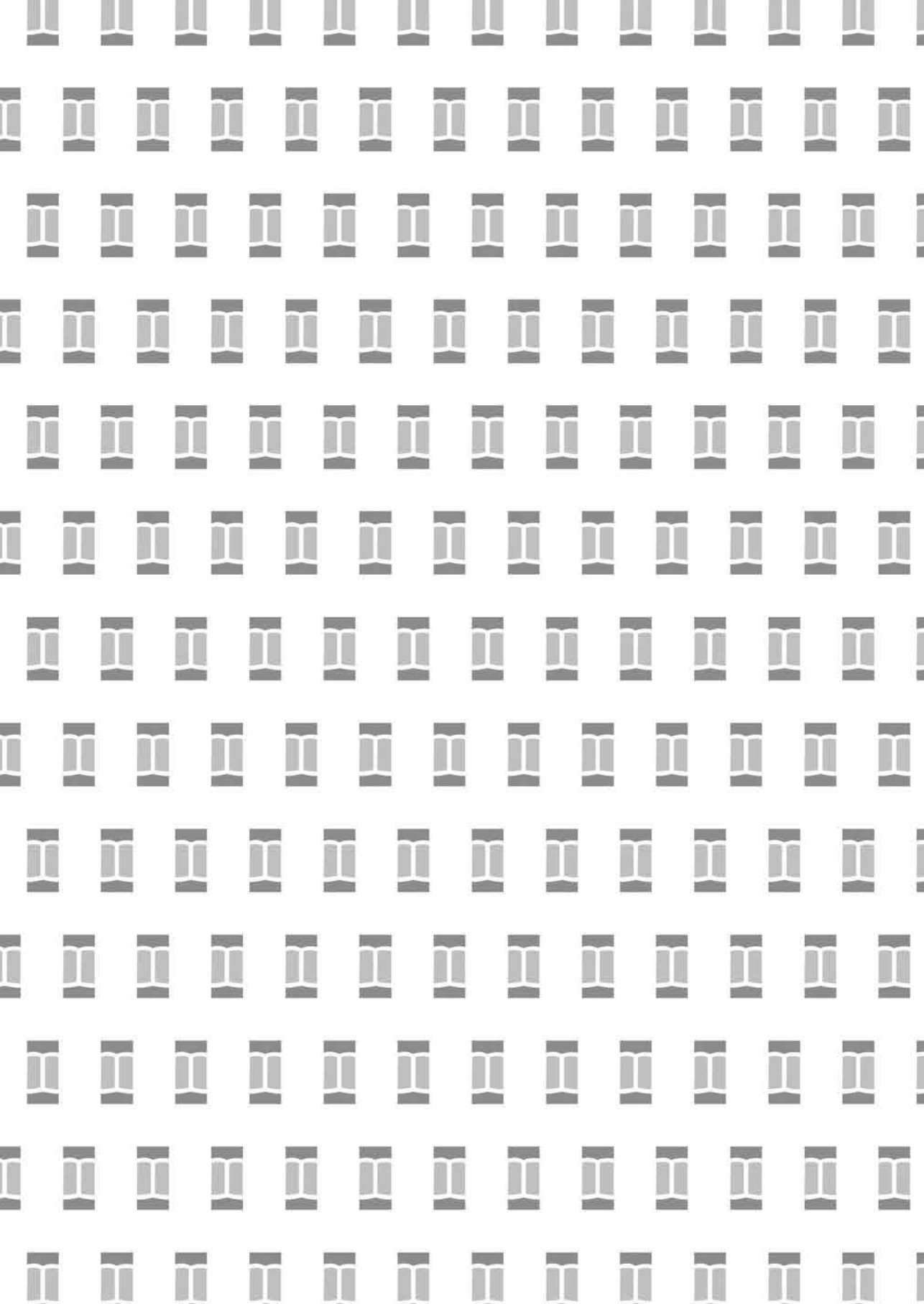


PLURIVERSO

Primera impresión junio de 2018

Para su elaboración se utilizó papel Bond Bahía 75 g.
en páginas interiores, propalcote 250 g en la carátula.

Fuentes tipográficas: ZapfEllipt BT 10,5 puntos para texto
corrido, y Swis721 Cn BT en 20 puntos para títulos.



Contenido

Editorial

César Alejandro Osorio Moreno 9

Escravidão e Sistema Penal no Império do Brasil Punição e Estrutura Social no Brasil entre 1822 e 1889

Mauricio Stegemann Dieter 13

Sexting, Pedopornografía e diritto penale

Ivan Salvadori 63

Resisting Neoliberalism in Colombia

Paul A. Chambers 127

Algunas particularidades sobre el encarcelamiento femenino

Natalia Alejandra Mora Navarro 153

Tópicos generales del derecho de las sanciones administrativas

Víctor Manuel Avilés Hernández 171

Integridad y estrategia como objetivos básicos de la contratación pública en la Unión Europea y su materialización en la legislación española: de la potestad a la obligación

José Manuel Martínez Fernández 191

Algunas controversias jurídicas en el delito de extorsión

Ruth Margarita Olarte Rojas, Walter Giraldo Giraldo 213