



Revista
Brasileira de
Direito
Processual
Penal

Volume 10 - Nº 03 - set./dez. 2024

ISSN 2525-510X



<https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3>



IBRASPP



EXPEDIENTE / MASTHEAD


EDITORES-CHEFES / EDITORS-IN-CHIEF



Prof. Dr. Vinicius Gomes de Vasconcellos (Universidade de São Paulo, São Paulo/SP; Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF; Universidade Católica de Brasília, - Brasília/DF, Brasil)  

Prof. Dr. Nereu José Giacomolli (Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre/RS, Brasil)  



EDITORES-ASSOCIADOS / ASSOCIATE-EDITORS



Prof. Dr. André Machado Maya (Fundação Escola Superior do Ministério Público do Rio Grande do Sul– Porto Alegre/RS, Brasil)  


Prof. Dra. Bruna Capparelli (Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, Bologna, Italia) 

Prof. Dr. Caíque Ribeiro Galícia (Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Faculdade Campo Grande e Faculdade Mato Grosso do Sul – Campo Grande/MS, Brasil)  

EDITORES-ASSISTENTES / ASSISTANT-EDITORS

Prof. Dr. Bruno Augusto Vigo Milanez (Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro/RJ, Brasil)  

Dra. Daniela Dora Eilberg (Escritório das Nações Unidas sobre Drogas e Crimes, Kuala Lumpur, Malásia)  

Prof. Dra. Elisa Lorenzetto (Università degli Studi di Verona, Verona, Italia) 

Prof. Dr. Felipe da Costa De-Lorenzi (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis/SC, Brasil)  

Prof. Dra. Fernanda Vilares (Fundação Getúlio Vargas, São Paulo/SP, Brasil)



Prof. Dr. Luiz Eduardo Cani (Faculdade Avantis, Balneário Camboriu/SC, Brasil)



Prof. Dra. Manuela Abath Valença (Universidade Federal de Pernambuco, Recife/PE, Brasil)



Me. Mattia Giangreco (Università degli Studi di Catania, Catania, Italia)



Dra. Michelle Barbosa de Brito (Pesquisadora independente, Belém/PA, Brasil)



Prof. Dr. Rafael de Deus Garcia (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP - Brasília/DF, Brasil)



CONSELHO EDITORIAL / EDITORIAL BOARD

Profa. Dra. Claudia Cesari, Università degli Studi di Macerata, Macerata, Italia

Prof. Dr. Gabriel Ignacio Anitua, Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina

Prof. Dr. Germano Marques da Silva, Universidade Católica de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Giulio Illuminati, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Juan Montero Aroca, Universidad de Valencia, Valencia, España

Profa. Dra. Livia Giuliani, Università degli Studi di Pavia, Pavia, Italia

Profa. Dra. Lorena Bachmaier Winter, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Manuel Monteiro Guedes Valente, Universidade Autônoma de Lisboa, Lisboa, Portugal

Prof. Dr. Máximo Langer, University of California, Los Angeles, United States

Prof. Dr. Michele Caianiello, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Paolo Ferrua, Università degli Studi di Torino, Torino, Italia

Prof. Dr. Rafael Hinojosa Segovia, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, España

Prof. Dr. Raúl Cervini, Universidad Católica de Uruguay, Montevideo, Uruguay

Prof. Dr. Renzo Orlandi, *Alma Mater Studiorum* - Università di Bologna, Bologna, Italia

Prof. Dr. Rui Cunha Martins, Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal
Prof. Dr. Stefano Ruggeri, Università degli Studi di Messina, Messina, Italia
Prof. Dra. Teresa Armenta Deu, Universidad de Girona, Girona, España
Prof. Dra. Vania Patanè, Università degli Studi di Catania, Catania, Italia

PARECERISTAS (DESTE NÚMERO) / REVIEWERS (OF THIS NUMBER)

Alberto Binder (Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina)
Ana Cristina Gomes (Universidad de Salamanca, Salamanca, Espanha)
André Rocha Sampaio (Universidade Tiradentes, Maceió, AL, Brasil)
Anna Carolina Canestraro (Universidade de São Paulo, São Paulo, SP, Brasil)
Antonio E. Ramires Santoro (Universidade Federal do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Brenno Gimenes Cesca (pesquisador independente, São Paulo, SP, Brasil)
Carlos del Río Ferretti (Universidad Católica del Norte, Antofagasta, Chile)
Carlos Viveiros (pesquisador independente, Brasília, DF, Brasil)
Carolina Costa Ferreira (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP – Brasília, DF, Brasil)
Chiavelli Facenda Falavigno (Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil)
Clarissa Guedes (Universidade Federal de Juiz de Fora, Juiz de Fora, MG, Brasil)
Diana María Ramírez Carvajal (Universidad de Medellín, Medellín, Colombia)
Dorris de Vocht (Tilburg Law School, Tilburg, Netherlands)
Fabiano da Silveira Pignata (Centro Universitário Fametro, Manaus, AM, Brasil)
Fauzi Hassan Choukr (Faculdades de Campinas - Campinas, SP, Brasil)
Fernanda Prates Fraga (Fundação Getúlio Vargas, Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Fernando Parente do Santos Vasconcelos (Instituto Brasileiro de Ensino, Desenvolvimento e Pesquisa – IDP – Brasília, DF, Brasil)
Franklyn Roger Alves Silva (Universidade Estadual do Rio de Janeiro - Rio de Janeiro, RJ, Brasil)
Gabriel Antinolfi Divan (Universidade de Passo Fundo - Passo Fundo, RS, Brasil)

Jordi Gimeno Beviá (Universidad Nacional Española a Distancia, Madrid, España)

Karolina Aksamitowska (Tallinn University, Tallinn, Estonia)

Katarzyna Wiśniewska (University of Warsaw, Warsaw, Poland)

Krisztina Karsai (University of Szeged, Szeged, Hungary)

Leonardo Costa de Paula (Faculdade Cenecista - Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, Brasil)

Leonel González Postigo (Universidad de Buenos Aires, Buenos Aires, Argentina)

Luís Gustavo Durigon (Universidade Federal de Santa Maria, Santa Maria, RS, Brasil)

Luiza Borges Terra (Universidad Pablo de Olavide, Sevilha, Espanha)

Magdalena Pacholska (independent researcher, Warsaw, Poland)

Marcos Melo (Universidade Católica de Pernambuco, Recife, PE, Brasil)

Maria Eduarda Azambuja Amaral (Universidade de São Paulo, Ribeirão Preto, SP, Brasil)

Mariana Py Muniz (Faculdades Integradas São Judas Tadeu, Porto Alegre, RS, Brasil)

Megumi Ochi (Ritsumeikan University, Kyoto, Japan)

Michele Caianiello (Università di Bologna, Bologna, Italia)

Michelle Gironda Cabrera (Pontifícia Universidade Católica do Paraná - Curitiba/PR, Brasil)

Natalia Szablewska (The Open University Law School, London, United Kingdom)

Pablo Polese de Queiroz (Universidade Federal do Mato Grosso do Sul, Campo Grande, MS, Brasil)

Patrick Cacicedo (Universidade de São Paulo - São Paulo, SP, Brasil)

Priscila Machado Martins (Universidad de los Andes, Santiago, Chile)

Rafael Francisco Marcondes de Moraes (pesquisador independente, São Paulo, SP, Brasil)

Rafael Junior Soares (Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Londrina, PR, Brasil)

Raphael Boldt de Carvalho (Faculdade de Direito de Vitória - Vitória, ES, Brasil)

Rodrigo Grazinoli Garrido (Universidade Federal do Rio de Janeiro e
Universidade Católica de Petrópolis, Petrópolis e Rio de Janeiro, RJ, Brasil)

Thomas Weigend (Universität zu Köln, Cologne, Germany)

Túlio Felipe Xavier Januário (Universidade de Coimbra, Coimbra, Portugal)

Vitor de Paula Ramos (Universitat de Girona, Girona, España)

PROJETO GRÁFICO [DIAGRAMAÇÃO E CAPA] Camila Provenzi (be.net/camilaprovenzi)

Sumário

Fundamentos de Direito Processual Penal

Fundamentals of criminal procedure

Direito da pessoa imputada ao anonimato digital

The accused person's right to digital anonymity

Jamilla Monteiro Sarkis

Persecução penal: investigação, juízo oral e etapa recursal

Criminal prosecution: investigation, public oral trial and appeal

Variações na aplicação dos acordos de não persecução penal em Maracanaú/CE: um estudo de caso sobre a dosimetria da pena de prestação pecuniária

Variations in the application of criminal non-prosecution agreements in Maracanaú/CE: a case study in the dosimetry of the pecuniary benefits penalty

Nestor Eduardo Araruna Santiago

Sidney Soares Filho

Iuri Rocha Leitão

A persecução penal dos crimes dos poderosos na América Latina: um estudo comparado entre Brasil e Chile

Prosecuting the crimes of the powerful in Latin America: a comparative study between Brazil and Chile

Chiavelli Facenda Falavigno

Claudio González-Guarda

A citação por aplicativos de mensagens (WhatsApp) no processo penal brasileiro e sua compatibilidade com o direito ao contraditório

The use of messaging apps (WhatsApp) for summons in Brazilian criminal procedure and its compatibility with the right to a fair trial

Alexandra Pinheiro de Castro

Matheus Leão Alves da Silva

En busca del reenvío perdido: Un análisis crítico de la solución prevista para la impugnación de la sentencia condenatoria en el Código Procesal Penal Federal de la República Argentina

In search of the lost retrial: A critical analysis of the procedural resolution for appeals against convictions in Federal Criminal Procedure Code of Argentina

Ernesto Matías Díaz

Teoria da Prova Penal

Criminal evidence theory

A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Uma análise do conceito, das características e das peculiaridades das provas digitais

Does obtaining digital evidence in criminal proceedings require its own legal discipline? An analysis of the concept, characteristics and peculiarities of digital evidence

Marta Saad

Helena Costa Rossi

Pedro Henrique Partata

Derechos Humanos y estándares de investigación: una mirada desde la intervención de las comunicaciones en el proceso penal cubano.

Human rights and investigation standards: a look from the intervention of communications in the Cuban criminal process.

Yenisey González Rodríguez

A aplicação do *in dubio pro societate* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma pesquisa empírica

The use of in dubio pro societate in the jurisprudence of the Supreme Federal Court: an empirical research

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw

Infiltrating virtual worlds. The regulation of undercover agents through fundamental rights

Infiltração em mundos virtuais. A regulação de agentes encobertos diante dos direitos fundamentais

Salomé Lannier

Medidas cautelares
Preventive measures

Prisión Preventiva en Chile: Presión de la Gestión del Tiempo y Estandarización

Pre-trial detention in Chile: Between Time Management and Standardization

Javier Velásquez Valenzuela

Ignacio Riquelme Espinosa

Processo Penal Internacional e Cooperação Jurídica Internacional
International Criminal Procedure and International Legal Cooperation

The ICC enters into the future: the digital-evidence revolution or evolution?

O TPI ingressa no futuro: a revolução ou evolução das provas digitais?

Hanna Kuczyńska

Digital Evidence Barriers Overcoming in the Ukrainian case: New Actors and Standards

Superando obstáculos às provas digitais no caso ucraniano: novos atores e critérios

Valery Shepitko

Mykhaylo Shepitko

Kateryna Latysh

**Fundamentos de
Direito Processual Penal**

*Fundamentals of
criminal procedure*


Direito da pessoa imputada ao anonimato digital


*The accused person's right
to digital anonymity*

Jamilla Monteiro Sarkis¹

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – Porto Alegre, RS, Brasil

jamilla.sarkis@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/5715311540839235>

 <https://orcid.org/0000-0002-2730-5950>

RESUMO: Partindo da necessidade de se ampliar, na era virtual, o rol de direitos fundamentais disponíveis à pessoa imputada na mesma proporção em que se estendem, em seu desfavor, as práticas processuais que se valem de recursos tecnológicos, o artigo propõe responder a seguinte pergunta: teria a pessoa imputada o direito ao anonimato digital? Sem desconsiderar a necessidade de intervenção estatal quando utilizado na prática de ilícitos penais, o trabalho propõe, metodologicamente, uma revisão bibliográfica interdisciplinar para conceituar as técnicas antiforenses como importantes ferramentas para proteger o direito da pessoa imputada de não produzir provas digitais em seu desfavor, destacando o anonimato como uma de suas mais eficazes ferramentas e defendendo a relevância de sua tutela jurídica na era *cyber*.

PALAVRAS-CHAVE: Anonimato; Provas Digitais; Antiforense.

ABSTRACT: *Based on the need to expand, in the virtual age, the list of fundamental rights available to the accused person in the same proportion that procedural practices that use technological resources are extended to their disadvantage, the article proposes to answer the following question: would the accused person*

¹ Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Estágio Pós-Doutoral na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada.

have the right to digital anonymity? Without disregarding the need for state intervention when used in the practice of criminal offences, the paper methodologically proposes an interdisciplinary bibliographical review to conceptualize anti-forensic techniques as important tools for protecting the right of the accused person not to produce digital evidence against them, highlighting anonymity as one of its most effective tools and defending the relevance of its legal protection in the cyber age.

KEYWORDS: *Anonymity; Digital evidence; Antiforensics.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. As ferramentas antiforenses: novo conceito para um conceito novo; 2. Anonimato das provas digitais: a técnica antiforense na prática; 3. Anonimato como direito da pessoa imputada na era *cyber*; Considerações Finais; Referências.

INTRODUÇÃO

A frase “tudo que você disser poderá e será usado contra você nos Tribunais” faz parte do roteiro de todo filme ou seriado policial desde meados da década de 1960 e é dita sempre que alguém é preso ou acusado da prática de crime. O brocardo surgiu no julgamento, realizado pela Suprema Corte dos Estados Unidos da América, do caso *Miranda v. Arizona*, ocasião na qual se fixou o entendimento de que as pessoas imputadas devem ser cientificadas acerca do direito de não produzirem provas em seu desfavor – o *nemo tenetur se detegere*.

Esse direito fundamental – consagrado, no Brasil, como a não autoincriminação² - passou a ser insuficiente quando não apenas “o que disser”, mas tudo que postar, digitar, conversar, fotografar, arquivar, gravar, filmar, curtir, *printar* ou pesquisar poderá e será usado contra a pessoa imputada.

² Sobre a não autoincriminação e a importância de sua adequação à tecnologia, veja-se: Sarkis (2024).

Em tempos de constante incremento da *surveillance*³ no ambiente *cyber*⁴, os métodos ocultos de investigação criminal⁵ – aqueles que têm como elemento principal o desconhecimento da pessoa afetada - evoluem constantemente e a passos largos. As novidades tecnológicas os tornam, cada vez mais, onipotentes, onipresentes e onisciente, úteis a identificar padrões de comportamento, a traçar perfis psicológicos, a localizar pessoas de interesse e acessar a integralidade de seus dados.

Todas essas interações entre tecnologia e processo acabam por criar conflitos e viabilizar novas formas de interação entre os sujeitos e instituições. Afinal, com a criminalidade se voltando aos espaços virtuais e com o incremento da *cyber-surveillance* nos ambientes digitais, parece natural que as atividades de persecução penal também sofram os reflexos da virada tecnológica.

Ilustra bem essa nova realidade um caso ocorrido na cidade de Swansea, no País de Gales, no qual um homem foi condenado pelo homicídio de sua esposa após a Polícia ter extraído da assistente virtual

³ Utiliza-se o termo em inglês *surveillance* diante da insuficiência, na Modernidade, do termo “vigilância”. Conforme esclarece Elias Jacob Menezes Neto (2016, p. 89), enquanto as práticas de vigilância são tão antigas quanto a própria civilização ocidental, o fenômeno da *surveillance* apenas ocorre com o surgimento de novas tecnologias, com consequências próprias – “especialmente a fluidez, a descentralização e a desterritorialização” – que possibilitam a superação da singela ideia de vigiar.

⁴ Expõe Mariah Brochado que teria sido André Marie Ampère o primeiro a adotar a expressão *cyber*, em 1834, quando designou a inauguração de “um novo rol de saberes que se ocupam do estudo do pensamento e dos meios pelos quais os homens, por intermédio da comunicação, vivem e se governam” (Brochado, 2023, p. 162). Etimologicamente, *cyber* é uma palavra inspirada no prefixo grego *kyber*, que remetia “à condução de embarcações, e vindo pelo latim a expressar também comando, governo” (Brochado, 2023, 162).

⁵ Conforme as lições de Manuel Valente (2017, p. 473), os métodos ocultos de obtenção da prova se baseiam na interseção entre dois importantes pilares sociais: primeiro, o clamor dos cidadãos – que se encontram em estado paranoico e de medo esquizofrênico – pela celeridade e “eficiência” da justiça perante fenômenos como o terrorismo, o tráfico de drogas e a criminalidade organizada. Em segundo lugar, a opção dos decisores políticos por implementar políticas criminais populares, capazes de angariar votos, mas insuficientes para solucionar o problema da criminalidade na perspectiva do Estado de Direito.

Alexa⁶, desenvolvida pela Amazon, áudios que comprovavam seu envolvimento no crime.

Exatamente por isso, pode-se afirmar que, hoje, significativa parcela das evidências produzidas contra as pessoas envolvidas nos fatos penais consistem em provas digitais. Estas são descritas por Burkhard Schafer e Stephen Mason (2017, p. 19)⁷ como aquelas que transitam pelo *cyberespaço*, ainda que naturalmente digitais ou digitalizadas.

No caso das provas físicas – como um documento impresso em papel, por exemplo – a não autoincriminação poderia ser exercida de diferentes maneiras: o papel poderia ser rasgado, descartado, queimado, rasurado. Mas, no âmbito das provas digitais, o exercício desse direito fundamental exige práticas próprias, denominadas antiforenses, e se realiza a partir da exclusão, da alteração e do anonimato de elementos digitais.

Diante desse contexto, surge a necessidade de se ampliar o rol de direitos fundamentais disponíveis às pessoas envolvidas nos fatos penais, na mesma proporção em que se estendem, em seu desfavor, as práticas processuais que se valem de recursos tecnológicos. Para os fins deste trabalho, especificamente, a pergunta para a qual se busca resposta é a seguinte: teria a pessoa imputada o direito ao anonimato digital?

Para tanto, o trabalho está dividido em três partes: (a) uma primeira, que introduz as técnicas antiforenses como importantes ferramentas para proteger o direito da pessoa imputada de não produzir provas digitais em seu desfavor; (b) uma segunda, que analisa o anonimato das provas digitais; e (c) uma terceira, que busca caracterizar o anonimato digital como um direito das pessoas imputadas que pode coexistir com o dever no Estado de investigar, processar e julgar os ilícitos penais praticados no ambiente *cyber*.

⁶ A reportagem está disponível em: <https://bit.ly/3HgfNpy>. Acesso em: 11 jun. 2024.

⁷ Conceituam os autores como provas digitais os “dados (incluindo a saída de dispositivos analógicos ou dados em formato digital) que sejam manipulados, armazenados ou comunicados por qualquer dispositivo fabricado, computador ou sistema de computador ou transmitidos por um sistema de comunicação, que tenham o potencial de tornar o relato factual de qualquer uma das partes mais provável ou menos provável do que seria sem a evidência” (Schafer; Mason, 2017, p. 19).

Metodologicamente, a pesquisa será desenvolvida a partir de revisão bibliográfica interdisciplinar, que conjuga obras jurídicas que, por si, já são dotadas de interdisciplinaridade, com textos elaborados no âmbito das Ciências da Computação e da Engenharia.

Ao final, evidencia-se que, assim como o Estado tem, diuturnamente, investido em tecnologias auxiliares às investigações em ambiente eletrônico, as pessoas usuárias de dispositivos eletrônicos têm a seu dispor diversas ferramentas que permitem a potencialização da tutela dos seus direitos no “mundo virtual”.

1. AS FERRAMENTAS ANTIFORENSES: NOVO CONCEITO PARA UM CONCEITO NOVO

Por tratar-se de tema relativamente novo, a literatura especializada nas provas digitais não desenvolveu, até então, um conceito uníssono em torno do que seria uma prática antiforense. Em trabalho conduzido por membros do Cyber Forensics Research & Education Group (Conlan; Baggili; Breitinger, 2016), foram catalogadas quatorze definições diferentes para o termo, adotadas em pesquisas publicadas entre os anos de 2002 e 2012. Em comum, todas as conceituações apresentam desvalores sobre a aplicação das técnicas antiforenses, atribuindo uma conotação negativa com tons de reprovabilidade.

Alguns exemplos seriam: “tentativa de limitar a identificação, coleta, agrupamento e validação de provas digitais” (Peron e Legary, 2005); “quaisquer tentativas de comprometer a disponibilidade ou a utilidade de provas digitais para o processo forense” (Harris, 2006); “prática de impedir uma investigação forense adequada” (Sremack e Antonov, 2007); “métodos utilizados para impedir o processo de investigação digital conduzido por investigadores forenses legítimos” (Albano, Castiglione, Cattaneo e De Santtis, 2011).

Outras definições, promovidas em trabalhos posteriores àqueles coletados por Conlan, Baggili e Breitinger também atribuem à ideia de antiforense um sentido nocivo. Para Anu Jain e Gурpal Chhabra (2014, p. 413), por exemplo, o termo consistiria em uma série de contramedidas adotadas para frustrar ou se esquivar de investigações forenses.

Já de acordo com Stephen Mason, Andrew Sheldon e Hein Dries (2017, p. 325), seria antiforense qualquer técnica, ferramenta de *hardware* ou *software* capaz de impedir, frustrar ou retardar a análise forense de um portador de dados e afetar, negativamente, a existência, a quantidade, a autenticidade ou a qualidade das provas digitais disponíveis em um dispositivo.

“Invalidar”, “comprometer”, “dificultar”, “frustrar”, “impossibilitar”, “impedir”, “disfarçar”, “falsificar”, “esquivar” e “retardar” são alguns dos verbos que, de acordo com autores e autoras da área, atribuem significado às ações antiforenses. Seu papel, nesse sentido, seria de antagonismo em relação às investigações que envolvem provas digitais.

A própria etimologia do termo “antiforense” não parece dar margem a conceitos diversos. O prefixo “anti” deriva do idioma grego antigo e denota a ideia de oposição ou contrariedade. A expressão “forense”, por sua vez, se refere à ciência aplicada pelas agências de segurança pública na solução de crimes e está, intrinsecamente, relacionada aos termos “foro” e “justiça”.

O fato de serem, à unanimidade, compreendidas como prejudiciais às investigações ou contrárias aos interesses da justiça, acaba por problematizar a utilização das práticas antiforenses. É como se qualquer mácula à obtenção de provas digitais por parte das agências de investigação devesse, necessariamente, ser vilanizada e, em última instância, combatida.

Tais conceituações, todavia, não se coadunam com o ideal democrático de que os fins da investigação criminal não devem prevalecer sobre os direitos fundamentais, inclusive o direito à não autoincriminação – em especial, no âmbito de não produzir provas em desfavor da pessoa.

Propõe-se, nessa linha, que as técnicas antiforenses sejam conceituadas como aquelas que garantem, às pessoas usuárias do ambiente *cyber*, o exercício afirmativo do direito de não produzirem contra si provas digitais. Essa definição incorpora, ao mesmo tempo, a ideia de oposição representada pelo prefixo “anti” – aqui lido como a oposição da pessoa envolvida no fato penal à produção de provas em desfavor – e o objeto da expressão “forense” – notadamente as provas digitais.

O conceito aqui proposto também se adequa à perspectiva de soberania digital (Floridi, 2020, p. 369). Trata-se de ideia multidimensional

(Belli, 2021, *e-book*) que se refere à capacidade de Estados, pessoas jurídicas e físicas⁸ de exercerem - com autonomia estratégica - controle e poder sobre as infraestruturas digitais que acessa e seus dados.

Nesse aspecto, é imperioso que usuários e usuárias do ambiente *cyber* conheçam e estejam aptos a compreender os efeitos positivos e negativos que cada escolha tecnológica determina, sendo essencial uma “visão sistêmica para entender como os diferentes elementos dos ecossistemas digitais se inter-relacionam e como desenvolver, usar e regular a tecnologia ao invés de ser regulado por ela” (Belli *et al*, 2023, p. 54).

Para os fins deste artigo, entende-se que as pessoas envolvidas em fatos penais podem exercer sua soberania digital a partir de técnicas antiforenses, as quais afirmam o direito de não produzir provas digitais desfavoráveis aos seus interesses defensivos.

São diversas as categorias antiforenses e, a esse respeito, também inexistente consenso na literatura especializada. Os professores da National Defense University Murat Gül e Emin Kugu (2017) promoveram uma pesquisa qualitativa a respeito das diferentes formas a partir das quais os autores e autoras que escreveram sobre o tema categorizaram as técnicas antiforenses, demonstrando que apesar das diferentes categorias estabelecidas por cada autor e autora no tocante às técnicas antiforenses, existem elementos que são comuns à maioria: a exclusão (ou destruição e eliminação), a alteração (ou ocultação, codificação, reorganização e substituição) e o anonimato (ou ofuscação, contracepção, codificação, codificação, criptografia e prevenção) de provas digitais.

Como três grandes categorias, a exclusão, a alteração e o anonimato agregam, em si, muitas práticas diferentes. A seguir, tendo o anonimato como foco do trabalho, serão estudadas as principais ferramentas para o emprego dessa técnica antiforense.

⁸ Válido destacar, conforme Belli *et al* (2023, p. 51) que “A soberania digital deve, portanto, ser vista como a capacidade de uma nação, de um grupo ou de uma pessoa – física ou jurídica – de entender o funcionamento da tecnologia digital e ter um controle efetivo sobre as infraestruturas e dados digitais”.

2. ANONIMATO DAS PROVAS DIGITAIS: A TÉCNICA ANTIFORENSE NA PRÁTICA

Ao introduzir o tema das técnicas antiforenses na obra que dedicaram às provas digitais, Mason, Sheldon e Dries (2017, p. 324) comentam que, assim como o desenvolvimento da papiloscopia levou os criminosos a usarem luvas durante a prática de crimes, o incremento das perícias digitais tem incentivado ações preventivas que evitem a identificação das pessoas envolvidas no fato penal.

No ambiente eletrônico, o anonimato é o principal método de proteção de informações e comunicações cujo conteúdo deseja-se proteger. Sua compreensão, porém, não pode ser confundida com outra técnica: a anonimização de dados.

De acordo com a Lei Geral de Proteção de Dados (LGPD)⁹, consideram-se anonimizados aqueles dados relativos à pessoa titular que não possa ser identificada, considerando a utilização de meios técnicos razoáveis e disponíveis na ocasião de seu tratamento (artigo 5º, inciso III).

Trata-se, na definição de Jordan Oliveira e Marília Cunha (2021, p. 161), de um esforço adotado pelo agente de tratamento de dados em fase posterior à sua criação e ao seu compartilhamento por quem detém sua titularidade e cuja reversão, ainda que difícil, é possível¹⁰.

Os autores exemplificam a ideia de anonimização a partir de um caso concreto envolvendo a empresa Netflix, que lançou um concurso para potencializar seu algoritmo de sugestão de conteúdo. Para tanto, os candidatos tiveram acesso a uma versão anonimizada da base de dados da

⁹ Válida a ressalva no sentido de que a LGPD que está em vigor no Brasil não tem aplicação aos dados relacionados à segurança pública ou à persecução penal.

¹⁰ Para o Grupo de Trabalho 29, constituído pela União Europeia para lidar com as questões relacionadas à proteção da privacidade e dos dados pessoais e que atuou até 25 de maio de 2018, com a entrada em vigor do Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados: “A anonimização constitui um tratamento posterior de dados pessoais; como tal, deve satisfazer o requisito de compatibilidade em função dos fundamentos jurídicos e circunstâncias do tratamento posterior. Além disso, os dados anônimos são, de facto, abrangidos pelo âmbito de aplicação da legislação relativa à proteção de dados, mas os titulares dos dados podem ainda ter direito à proteção ao abrigo de outras disposições (tais como as relativas à proteção da confidencialidade das comunicações)”. Disponível em: <http://bit.ly/48szaHJ>. Acesso em: 11 jun. 2024.

plataforma de *streaming*, que contava com a avaliação de filmes e séries entre o período de 1998 a 2005 (Oliveira; Cunha, 2021, p. 162).

Nessa versão anonimizada dos dados da Netflix, os candidatos tinham acesso apenas ao título do conteúdo avaliado (nome do filme ou série), à data em que foi feita a avaliação pelo usuário ou usuária da plataforma de *streaming* e a nota que foi conferida¹¹.

A anonimização, porém, não impediu que os dados fornecidos pela Netflix fossem cruzados com informações disponíveis em outra base – a do *website* Internet Movie Database – na qual usuários e usuárias se cadastram e identificam com a finalidade de avaliarem filmes e séries.

Bastou uma interface entre os dados anonimizados pela Netflix e aqueles disponíveis abertamente no *website* Internet Movie Database para que usuários e usuárias da plataforma de *streaming* que avaliaram determinados filmes em certas datas fossem identificados (Narayanan; Shmatikov, 2008).

Eis a principal diferença entre anonimização e anonimato: enquanto a anonimização é resultado de um tratamento realizado sobre os dados já criados e disponíveis e, portanto, pode ser reversível¹², o anonimato consiste em um esforço do usuário ou da usuária em relação aos seus próprios dados que se realiza antes mesmo de sua criação ou disponibilização, viabilizado por instrumentos como VPN e The Onion Routing (Tor), duas ferramentas que têm o mesmo modelo de comunicação

¹¹ A técnica de anonimização empregada, nesse caso, é a da generalização, a partir da qual “busca-se modificar as escalas ou magnitudes de um dado pessoal” (Oliveira; Cunha, 2021, p. 162). A generalização, na definição do Grupo de Trabalho 29 da União Europeia, consiste em “em generalizar, ou diluir, os atributos dos titulares dos dados através da alteração da respetiva escala ou ordem de grandeza (isto é, uma região em vez de uma cidade, um mês em vez de uma semana). Embora a generalização possa ser eficaz para impedir a identificação, não permite a anonimização efetiva em todos os casos; requer, em particular, abordagens quantitativas específicas e sofisticadas para evitar a possibilidade de ligação e inferência”. Disponível em: <http://bit.ly/48szaHJ>. Acesso em: 11 jun. 2024.

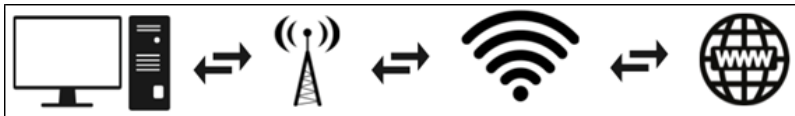
¹² Nesse sentido, escreve Bruno Bioni (2020, p. 191) que a representação simbólica de que os vínculos de identificação de uma base de dados poderiam ser completamente eliminados constitui um mito, sendo “cada vez mais recorrente a publicação de estudos que demonstram ser o processo de anonimização algo falível”.

por tunelamento¹³ e usam a tecnologia de criptografia para garantir a integridade dos dados (Ramadhani, 2018).

O acesso à internet é intermediado, em regra, pela operadora contratada pela pessoa usuária, que atribui um endereço de IP ao dispositivo e, conseqüentemente, é capaz de monitorar todas as atividades realizadas *online*.

A Figura 1 ilustra o acesso regular à internet, que se dá mediante a conexão direta entre o dispositivo da pessoa usuária (representado pelo computador), a empresa provedora (representada pela torre de transmissão), a internet (representada pelo símbolo próprio, também associado à conexão *wi-fi*) e o *website* que se quer acessar (representado pela sigla WWW, ou World Wide Web). As setas em sentido duplo indicam que, tão logo a pessoa usuária faça a requisição de acesso a determinado *website*, as informações solicitadas lhe serão transmitidas:

FIGURA 1. Conexão de internet regular



Fonte: Elaborado pela autora.

Por outro lado, quando a pessoa usuária se vale do acesso à internet com VPN, a requisição junto ao *website* que se pretende visitar é precedida por um servidor particular.

A Figura 2 ilustra o acesso à internet com a utilização de VPN, que se dá mediante a conexão inicial entre o dispositivo da pessoa usuária (representada pelo computador), a empresa provedora (representada pela torre de transmissão) e a internet (representada pelo símbolo próprio).

Mas, antes que a requisição de acesso seja encaminhada pela pessoa usuária ao *website* que pretende visitar, seus dados passam pelo servidor particular VPN (representado pela imagem de um servidor),

¹³ Técnica de interligação de diferentes redes que possibilita a comunicação entre *hosts* de protocolos diferentes (Tanenbaum, 2003, p. 328).

que pode, inclusive, criptografar as informações antes de enviá-las ao *website*. As setas em sentido duplo indicam que, tão logo a pessoa usuária faça a requisição de acesso a um determinado *website*, as informações solicitadas lhe são transmitidas:

FIGURA 2. Conexão de internet com VPN



Fonte: Elaborado da autora.

Efetivamente, ainda que seja promovida com o uso de VPN, a conexão de internet passa pela operadora contratada. A diferença é que, como todos os dados passam, inicialmente, pelo servidor VPN, o provedor não tem acesso às ações que foram praticadas pela pessoa usuária durante o uso do serviço e, com isso, desconhece informações como quantos e quais *websites* foram visitados, em qual horário e por quanto tempo, a partir de qual local etc.

Da mesma forma, o provedor do *website* visitado desconhecerá as informações (como, por exemplo, o IP e os *cookies*¹⁴) da pessoa usuária.

São diversas as opções de VPN que podem ser utilizadas por quem pretende manter anônimos seus acessos à internet. Alguns dos principais *softwares* são o ExpressVPN¹⁵, o CyberGhost¹⁶ e o TunnelBear¹⁷. A Figura 5 demonstra o funcionamento deste último aplicativo.

¹⁴ Segundo Park e Sandhu (2000), servidores e navegadores da WWW usam *cookies* para capturar informações, a fim de otimizar comunicações subsequentes. Essas informações são capazes de identificar características e preferências dos usuários, motivo pelo qual possuem elevado valor de mercado.

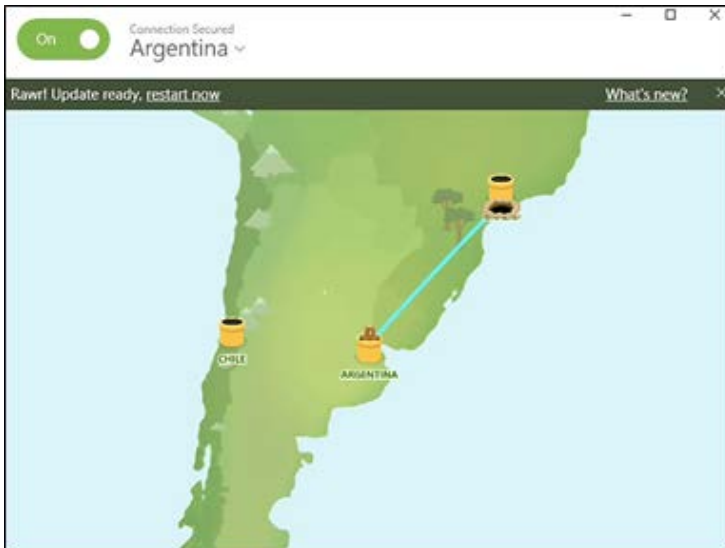
¹⁵ O ExpressVPN oferece, como funcionalidades básicas servidores em 94 países, mascaramento de endereços de IP e compatibilidade com múltiplos sistemas operacionais.

¹⁶ O CyberGhost “criptografa seu tráfego on-line e oculta seu endereço IP real, quer você esteja fazendo transmissões, baixando torrents, jogando, comprando, usando seu banco ou simplesmente navegando”.

¹⁷ O TunnelBear “criptografa sua conexão de internet para manter sua atividade online privada em qualquer rede” (Tradução nossa).

De forma lúdica, o aplicativo identifica a localização da pessoa usuária (no exemplo, o Brasil) pelo ícone de um urso. Demarcada sua posição geográfica, a pessoa usuária seleciona a qual país deseja conectar sua rede (no exemplo, a Argentina). Em seguida, o ícone do urso se movimenta até o país escolhido e ali se instala.

FIGURA 3. Conexão de internet com VPN pelo aplicativo TunnelBear



Fonte: TunnelBear (c2023).

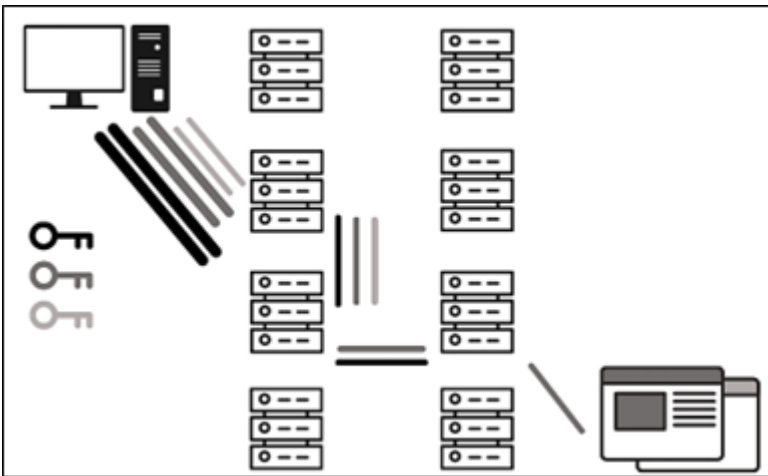
A partir do momento em que a conexão é feita a uma rede estrangeira, os dados da pessoa usuária tornam-se anônimos. Assim, quando ingressar em qualquer *website*, as informações enviadas para o provedor darão conta de que o dispositivo (que, na verdade, está no Brasil) está em outro país (Argentina). Além do anonimato, a pessoa usuária consegue, utilizando-se da VPN, visitar *sites* que não estão disponíveis em sua localidade.

A segurança da conexão pode, ainda, ser incrementada pelo Tor, tecnologia que consiste no processo de roteamento por diversas camadas (por isso, a referência à cebola, ou *onion* em inglês), nas quais os dados são criptografados em três etapas.

Com isso, o Tor é capaz de isolar cada *website* visitado e impedir rastreamentos, apagando automaticamente todos os *cookies* e registros do histórico de navegação. Além disso, ele mascara o número IP de seus usuários e obsta sua identificação e localização.

A Figura 4 ilustra o acesso à internet com a utilização do Tor. O dispositivo da pessoa usuária (representado pelo computador) trafega por meio de três servidores aleatórios (chamados nós ou relés – representados pelos diferentes servidores). O último relé do circuito é o que vai enviar os dados para a internet, já submetidos a três fases de criptografia (representadas pelas cores das três chaves) para, finalmente, conseguir acessar suas camadas (representadas pelas páginas) mais profundas:

FIGURA 4. Conexão de internet com Tor



Fonte: Elaborado pela autora, adaptado de The Tor Project¹⁸.

¹⁸ Organização sem fins lucrativos fundada em 2006 para manter o desenvolvimento da rede Tor e enfrentar a censura governamental. O *website* oficial do projeto coteja suas atividades com importantes eventos da história recente: “O Tor começou a ganhar popularidade entre ativistas e usuários aficionados por tecnologia interessados em privacidade, mas seu uso ainda era difícil por pessoas com menos intimidade com os meandros tecnológicos. Assim, em 2005, deu-se início ao desenvolvimento de ferramentas que transcendessem o proxy Tor. O desenvolvimento do Navegador Tor começou em 2008. Com o Navegador Tor, a rede Tor tornou-se mais acessível a pessoas comuns na internet e a

É exatamente pela conexão do dispositivo a diferentes nós, conforme demonstrado pela Figura 4, que as pessoas usuárias do Tor conseguem garantir seu anonimato.

O Tor, originalmente, foi desenvolvido pelo Laboratório de Pesquisa Naval dos Estados Unidos com a finalidade de acessar conteúdo bloqueado, contornar a censura e manter a privacidade de comunicações confidenciais. Hoje, consiste na principal ferramenta de acesso à *deep web* e à *dark web*.

Explicam Nazah *et al.* (2020, p. 171.797) que, enquanto a internet normalmente utilizada pode ser acessada por meio de mecanismos de busca padrão, como Google e Yahoo, existem grandes seções – chamadas de *deep web* – que não são indexadas e estão ocultadas dos mecanismos de busca padrões e correspondem a mais de noventa por cento de toda a informação disponível na internet.

A *dark web*, por sua vez, consiste em um subconjunto que representa, aproximadamente, 57% do total páginas da *deep web* e no qual se verifica, inclusive, a prática de inúmeros ilícitos penais.

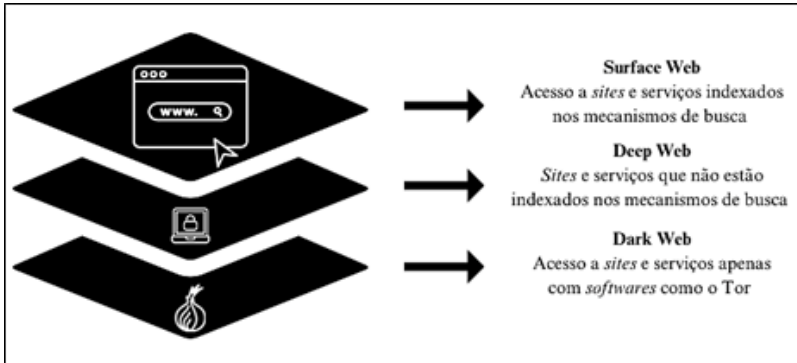
A Figura 5 representa a divisão da internet nessas três camadas. A primeira (quadro superior) ilustra a *surface web*, composta pelas páginas que são indexadas e podem ser localizadas pelos mecanismos de busca tradicionais (representados pela imagem de um buscador).

A segunda camada (quadro do meio), por sua vez, corresponde à *deep web*, capaz de acessar sites que não estão indexados (representados pela imagem de uma tela com um cadeado ao meio). Por fim, a terceira camada (quadro inferior) estampa a *dark web*, cujo acesso

ativistas, o que fez do Tor uma ferramenta fundamental durante a Primavera Árabe no final de 2010. Ele não somente protegia a identidade das pessoas online como possibilitava o acesso a recursos fundamentais, a mídias sociais e a websites bloqueados. A necessidade de ferramentas de proteção contra a vigilância em massa se tornou uma preocupação principal graças às revelações de Snowden em 2013. O Tor não somente operacionalizou as atividades de denúncia de Snowden, mas o conteúdo dos documentos revelados também assegurava que, naquela época, o Tor não podia ser quebrado. A consciência do público sobre rastreamento, vigilância e censura pode ter aumentado, porém, também aumentou a prevalência desses freios à liberdade na internet. Hoje, a rede dispõe de milhares de relés operados por voluntários com milhões de usuários ao redor do mundo. É essa diversidade que mantém seguros os usuários Tor”.

depende de *softwares* próprios, como o Tor (representado pelo símbolo do programa – uma cebola):

FIGURA 5. Divisão da internet em camadas



Fonte: Elaborado pela autora.

Nazah *et al.* (2020) elencam como oito principais atividades ilícitas disponíveis na *dark web* as seguintes: tráfico de pessoas e exploração sexual, indústria pornográfica, *marketing* de homicidas mercenários, compra e venda de entorpecentes, pornografia infantil, terrorismo, compra e venda de dados pessoais e ocultação de valores por meio de criptoativos¹⁹.

Ressaltam, igualmente, as dificuldades encontradas pelas autoridades durante as investigações que envolvem essas camadas mais profundas da internet, mencionando algumas das ferramentas disponíveis

¹⁹ Esclarecedora a definição cunhada por Ahamad, Nair e Varghese (2013, p. 43, tradução nossa): “As criptomoedas são arquivos físicos pré-computados que utilizam uma chave pública/pares de chaves privadas gerados com base em um algoritmo de criptografia específico. A chave atribui a propriedade de cada par de chaves, ou “moeda”, à pessoa que está de posse da chave privada. Esses pares de chaves são armazenados em um arquivo chamado ‘wallet.dat’, que reside em um diretório oculto padrão no disco rígido do proprietário. As chaves privadas são enviadas aos usuários usando endereços de carteira dinâmicos gerados pelos usuários envolvidos nas transações. O endereço de pagamento de destino é a chave pública do par de chaves de criptomoeda. Há uma quantidade finita de cada criptomoeda disponível na rede, e o valor de cada unidade é atribuído com base na oferta e na demanda, bem como nos níveis de dificuldade flutuantes exigidos para a mineração de cada moeda”.

para mitigar as consequências do anonimato: o rastreamento de contas em redes sociais que são potencialmente utilizadas por usuários da *dark web* e a análise do fluxo de criptomoedas (Nazah *et al.*, 2020, p. 171.804).

Válido registrar, porém, que nem toda utilização da *dark web* está relacionada à prática de condutas delituosas. Thais Sardá, Simone Natale e John Downey (2022) pesquisam o tema da *dark web* e, após a realização de trabalho empírico que analisou mais de 830 artigos publicados nos seis principais periódicos do Reino Unido, concluíram que essa tecnologia é, comumente, associada ao cometimento de crimes ou atos imorais; enquanto seus aspectos positivos, relacionados à proteção da privacidade e da liberdade de expressão são pouco mencionados.

Essa repercussão será objeto de análise no próximo item, que buscará discutir e enfrentar as principais críticas atreladas ao exercício do anonimato como técnica antiforense, com enfoque na tutela da privacidade e da intimidade, diante das práticas de *cyber-surveillance*, a ser exercida por meio do anonimato digital.

3. ANONIMATO COMO DIREITO DA PESSOA IMPUTADA NA ERA CYBER

Na era *cyber* o anonimato não pode ser visto apenas como uma técnica antiforense, empregada pela pessoa envolvida em fatos penais para evitar a produção de provas em seu desfavor. Deve, concretamente, ser percebido como um direito que demanda proteção e deriva da garantia à não autoincriminação porquanto busca assegurar, à pessoa imputada, o direito de não produzir provas digitais em seu desfavor.

Em suas primeiras expressões (Coleman, 2019, p. 568), o anonimato esteve relacionado, precipuamente, às liberdades civis – como o direito à livre associação defendido pela National Association for the Advancement of Colored People (NAACP) em meados da década de 1950, após ser obrigada, pela Suprema Corte do Alabama, a informar os dados pessoais de seus membros.

No âmbito virtual, conforme salientam Diego Machado e Danilo Doneda (2020), até o início dos anos 2000, na então era Web 1.0²⁰, os

²⁰ Os marcos Web 1.0 e Web 2.0 estão na obra de Lawrence Lessig (2009).

protocolos de internet acabaram por estabelecer o anonimato das pessoas usuárias como regra, de modo que apenas a empresa provedora dos serviços de conexão conhecia a identidade por trás da máquina.

Porém, com o advento da Web 2.0, criou-se uma gama de serviços em rede, especialmente direcionada às interações sociais, a partir das quais a ideia de “ser anônimo” deu lugar às de “ser conhecido”, “ser identificado”, “ser conectado”²¹.

Toda essa exposição (Lanier, 2018), entretanto, passou a constituir verdadeiro obstáculo ao desenvolvimento dos direitos da personalidade – inclusive, a privacidade – quando se tornou ferramenta da *cyber-surveillance*.

A literatura especializada, nesse aspecto, é uníssona ao atribuir a um evento certo o “despertar da consciência” das pessoas usuárias para essa realidade: as denúncias feitas por Edward Snowden²², que expuseram o acesso irrestrito das agências de segurança estadunidense ao tráfego de comunicações a nível mundial.

²¹ Os autores mencionam que, a partir de 2012, a principal rede social do mundo – o Facebook – passou a adotar como diretriz a *real-name policy*, ou política do nome real, que exigia de seus usuários uma identificação verdadeira como condicionante à criação do perfil.

²² O analista de sistemas da Central Intelligence Agency (CIA) atuava na National Security Agency (NSA) quando trouxe a público informações sobre a estrutura de *cyber-surveillance* estabelecida pela Agência, capaz de acessar as comunicações eletrônicas mantidas por milhões de pessoas e de coletar dados pessoais mediante a utilização de programas de espionagem. Em sua biografia, narra Snowden (2019, *e-book*, tradução nossa): “Nas profundezas de um túnel sob uma plantação de abacaxis - uma antiga fábrica de aviões subterrânea da época de Pearl Harbor - eu estava sentado em um terminal a partir do qual eu tinha acesso praticamente ilimitado às comunicações de quase todos os homens, mulheres e crianças do mundo que já haviam discado um telefone ou tocado em um computador. Entre essas pessoas estavam cerca de 320 milhões de meus concidadãos americanos, que, na condução regular de suas vidas cotidianas, estavam sendo vigiados em flagrante violação não apenas da Constituição dos Estados Unidos, mas dos valores básicos de qualquer sociedade livre. A razão pela qual você está lendo este [livro] é que eu fiz uma coisa perigosa para um homem em minha posição: Decidi contar a verdade. Coletei documentos internos do IC que evidenciavam a violação da lei pelo governo dos EUA e os entreguei a jornalistas, que os examinaram e publicaram para um mundo escandalizado”.

A partir do caso Snowden, vários outros exemplos de *cyber-surveillance* vieram à tona: Machado e Doneda (2020) citam que, em 2016, a Electronic Frontier Foundation (EFF) divulgou a existência do programa Hemisphere, operado pela operadora de telefonia AT&T e que preservava trilhões de registros de ligações; no mesmo ano, se tornou pública a existência do monitoramento, realizado pela empresa Yahoo e por ordem da Foreign Intelligence Surveillance Court (FISC), de milhares de contas de *e-mails*.

É nessa perspectiva que o anonimato passa a demandar uma tutela própria, com um modelo jurídico de proteção alicerçado na privacidade, mas com conceitos e técnicas específicos. Entende-se, portanto, como anonimato digital o direito das pessoas de se comunicarem sem serem identificadas ou rastreadas, assim como de terem o conteúdo de suas mensagens e os dados relacionados ao envio/recebimento protegidos.

Comentam Machado e Doneda (2020) que, em alguns países, o reconhecimento do anonimato digital já foi objeto de decisões pelos Tribunais Superiores, como Israel, Estados Unidos, Alemanha e Canadá. A pesquisa mais intensa realizada sobre o tema do anonimato *online*, no âmbito do Direito comparado, foi desenvolvida por Giorgio Resta (2014), cujas principais contribuições – apesar de, expressamente, não serem destinadas a fins penais²³ – estão na proposta de dois modelos regulatórios que, mesmo não sendo ideais, poderiam contribuir com a tutela jurídica desse direito.

Um primeiro, baseado na licitude do anonimato como instrumento do exercício da liberdade de expressão e voltado a “incentivar uma troca de ideias e informações o mais autônoma, livre e descentralizada possível e permitir a construção de relações sociais de forma voluntária e até mesmo definida artificialmente” (Resta, 2014, p. 173, tradução nossa).

O segundo, considerando o anonimato como uma projeção do direito à proteção de dados pessoais, de modo a contemplar “o anonimato como um critério capaz de circunscrever o escopo objetivo de aplicação do regulamento ou como um princípio geral com o qual o processamento

²³ “Além disso, o foco será exclusivamente nos problemas subjacentes à proteção civil dos direitos, enquanto a proteção criminal não será abordada” (Resta, 2014, p. 172, tradução nossa).

de dados pessoais deve estar em conformidade” (Resta, 2014, p. 178-179, tradução nossa).

No Direito brasileiro, todavia, os modelos propostos por Giorgio Resta (2014) encontram obstáculos.

Isto porque, apesar de a Lei Geral de Proteção de Dados prever a anonimização de dados pessoais como técnica de tratamento de informações sensíveis (conforme discutido no item 6.3.2), a Constituição de 1988 veda, expressamente, o anonimato (artigo 5º, inciso IV). Tal restrição, conforme preleciona Virgílio Afonso da Silva (2021, p. 170), se fundamenta na ideia de que a liberdade de expressão não é absoluta e quem a excede está sujeito a punições, sendo o anonimato uma barreira da qual resultaria impunidade.

Nada obstante à vedação constitucional, necessário situar o debate do anonimato digital na era *cyber*. Afinal, no contexto da virada tecnológica²⁴, os modelos jurídicos, hoje, precisam ser pensados a partir de um paradigma tecnológico que reconhece, especialmente, as diferenças entre os espaços de expressão existentes à época em que foi elaborada a Constituição de 1988 e os que passaram a existir, de forma legítima, com o advento da internet²⁵.

No ambiente *cyber*, portanto, a vedação constitucional ao anonimato deve ser concebida de forma restrita, sem recair sobre as pessoas usuárias da internet que não desejam ser digitalmente identificadas.

Para a categoria do anonimato digital, é necessário que se assegure o anonimato em todas as etapas da comunicação virtual (Hildebrandt, 2014, p. 33), a saber: (a) em relação à pessoa responsável pelo envio,

²⁴ Os impactos do movimento conhecido como virada tecnológica, conforme identifica Dierle Nunes (2020, p. 15-17), transcendem sua mera aplicação instrumental. Afetam, de maneira concreta, o campo processual, seja pela mudança dos institutos jurídicos, seja pelo dimensionamento de uma nova racionalidade para sua implementação, seja pela criação de novos institutos.

²⁵ Queiroz (2021, p. 256-257) comenta caso concreto em que uma empresa buscava a remoção de conteúdos negativos a respeito de seu ambiente de trabalho que foram postados no portal de recursos humanos Catho Online. Um dos comentários dizia “só aceite [trabalhar nessa empresa] se estiver muito desesperado!” Na ocasião, a empresa argumentos que embora os comentários não fossem ilícitos, o mero fato de terem sido realizados de forma anônima já caracterizavam violação constitucional.

deve ser assegurado o direito de se comunicar livremente; (b) em relação à pessoa que recebeu a comunicação, deve ser assegurado o direito de se informar livremente; (c) em relação ao conteúdo da mensagem, deve ser assegurado o direito de não ser acessado indevidamente; (d) em relação aos locais de onde foi enviada e onde foi recebida, deve ser assegurado o direito de não serem conhecidos.

Esses aspectos, para além de detalharem o papel desempenhado pelo anonimato digital em cada uma das quatro fases da comunicação (Floridi, 2014), também são relevantes na medida em que refutam o ditado popular “quem não deve, não teme”.

Evidenciam, na verdade, que qualquer troca de dados, por mais trivial que seja, tem um enorme potencial de exposição, a ponto de que quem afirma “não se importar com o anonimato porque não tem nada a esconder” se equipara a quem “não se importa com a liberdade de expressão porque nada tem a dizer” (Coleman, 2019, p. 572).

Importante salientar que, apesar de serem comumente atreladas a práticas criminosas (Sardá *et al.*, 2019, p. 588), as ferramentas como VPN ou Tor têm múltiplas funcionalidades: desde mitigar o impacto das tecnologias *online* de armazenamento de dados pessoais (por exemplo, os *cookies*) e impor um limite à lógica da *cyber-surveillance*, até possibilitar a livre manifestação por parte de dissidentes de regimes políticos autoritários.

Nesse ponto, relevante o esclarecimento de Eric Jardine, após pesquisa empírica relacionada às motivações políticas de usuários do Tor:

Dados sobre o uso da rede Tor de 2011 a 2013 sugerem que a repressão política realmente impulsiona o uso de tecnologias de concessão de anonimato. Os resultados indicam que tanto os níveis muito altos quanto os muito baixos de repressão política tendem a impulsionar mais o uso do Tor. Em outras palavras, a relação entre o nível de repressão de um país e a taxa de uso individual de tecnologias de concessão de anonimato é em forma de U (Jardine, 2018, p. 436, tradução nossa).

Obviamente, não se pretende comparar, a nível de relevância social, a prática de anonimato por uma pessoa que deseja adquirir entorpecentes com o anonimato de dados promovida por alguém que teme ser compreendido por motivos raciais, sexuais, religiosos ou políticos.

Além disso, não se nega o potencial que o anonimato agrega às práticas ilícitas. Foi pela rede Tor, por exemplo, que o Silk Road – maior mercado *online* de mercadorias ilícitas, principalmente drogas, já desoberto – operou entre 2011 e 2013²⁶.

A ideia do anonimato digital, porém, não deve ser confundida com uma tentativa de esvaziar a legitimidade investigativa do Estado. Como direito das pessoas inseridas no ambiente *cyber*, anonimato digital pode ser permitido sem deixar de reclamar a intervenção estatal quando vinculado à prática de ilícitos penais.

Ainda que represente obstáculos à atuação do Estado na persecução penal – assim como o são as luvas em relação à identificação papiloscópica ou a rasura sobre documentos físicos – o anonimato digital não anula a possibilidade de identificação e repressão a ilícitos penais.

Pelo contrário: o anonimato digital, inclusive, pode servir à função secundária de incrementar a expertise informática das Autoridades:

Iniciativas como as do *Tor Project* e outras redes anônimas (*anonymity networks*) visam atender os dois requisitos citados para promover a irrastreabilidade de seus usuários. Pode haver dificuldades para a responsabilização do sujeito que lança mão das ferramentas técnicas para atingir esse tipo de anonimato na internet e cometer atos que implicam lesão a direitos e liberdades fundamentais de outrem ou infrações penais, na medida em que identificar as pessoas imputáveis é tarefa que depende da expertise informática das autoridades de investigação, principalmente, e da observância das decisões judiciais e regras legais pelos provedores de serviço de internet. Nesses casos em que o recurso a programas de computador e outros meios técnicos ocorre de modo abusivo, é legítima a intervenção de entidades estatais, nacionais ou supranacionais, para combater e reprimir as condutas de cibercriminosos nas redes digitais (Machado; Doneda, 2020).

²⁶ O caso é objeto do documentário “Deep Web”, lançado em 2015 e dirigido por Alex Winter, que mostra os detalhes da operação policial que desmantelou o Silk Road, bem como do julgamento que condenou o administrador da plataforma, Ross William Ulbricht, à prisão perpétua.

Desse modo, o anonimato digital, por si, não seria vedado e nem consistiria uma prática ilícita; além disso, os ilícitos cuja responsabilidade se pretendesse esconder poderiam ser objeto de investigações forenses por parte das agências de Segurança Pública – desde que, repita-se, o anonimato em si não fosse impedido²⁷.

Efetivamente, o anonimato digital deve ser um direito garantido às pessoas usuárias de tecnologias como forma de proteção e antes de criarem e compartilharem os dados pessoais. Caso esse anonimato seja utilizado para fins ilícitos – e apenas depois que o forem, é legítima a busca do Estado pela identificação e atribuição de responsabilidades.

Até porque, apesar de ser frequente a associação do anonimato “exclusivamente à covardia e à evasão de responsabilização”, é falaciosa a atribuição de falta de responsabilização pessoal e aumento da criminalidade ao anonimato digital (Queiroz, 2021, p. 243).

O tema da responsabilidade no ambiente digital está em voga há pelo menos três décadas e faz lembrar a frase que diz que “na internet, ninguém sabe que você é um cachorro” (*on the internet, nobody knows you're a dog*), que acompanhou a charge publicada por Peter Steiner na revista norte-americana *The New Yorker*, em julho de 1993.

A ideia de poder ser quem quiser, sem estar atrelada a um nome, uma imagem e uma localização é uma das maiores seduções proporcionadas pelo meio *online* às pessoas usuárias da internet.

Ainda em 1996 e inspirada pela charge de Steiner, a socióloga Sherry Turkle definiu a noção de “ser quem você quiser ser” como uma

²⁷ Nesse sentido: “A interpretação da vedação constitucional ao anonimato deve preferir uma concepção restrita desse conceito, que exclua situações de anonimato meramente superficial, fraco ou aparente. Além disso, a resposta jurídica a situações de ausência de identificação do autor de uma manifestação expressiva deve privilegiar a intervenção mínima (intervenção de baixa intensidade): qualquer esforço de identificação do autor de uma manifestação pressupõe a existência de ilicitude no ato expressivo, e sua responsabilização demanda a identificação de seu autor. Tal ilicitude não se confunde com a própria ausência de identificação (ilicitude pela forma), mas se limita aos casos em que o teor da manifestação seja substantivamente ilícito, como ocorre nas calúnias, ameaças, manifestações racistas e discriminatórias em geral” (Queiroz, 2021, p. 261).

poderosa fantasia, na qual ninguém estaria limitado à própria história, que poderia ser recriada no mundo virtual com poucos cliques:

A noção de que “você é quem você finge ser” tem uma ressonância mítica. A história de Pigmalião perdura porque desperta uma fantasia poderosa: a de que não estamos limitados por nossas histórias, que podemos ser recriados ou que podemos recriar a nós mesmos. No mundo real, ficamos entusiasmados com histórias de autotransformação dramática. [...] Mas, é claro, para a maioria das pessoas, essas recriações do eu são difíceis. No [mundo virtual], entretanto, você pode escrever a autodescrição do seu personagem da maneira que desejar. Os mundos virtuais podem proporcionar ambientes para experiências que são difíceis de se obter no mundo real (Turkle, 1996, p. 162, tradução nossa).

Essa despersonalização da pessoa usuária, por sua vez, teria o potencial de diminuir o sentimento de responsabilidade pessoal. É como se, protegida por uma ficção, a pessoa se sentisse confortável para agir – no “mundo virtual” – de modo diferente em relação aos seus hábitos no “mundo real”.

De acordo com Tim Jordan (2019), contudo, esse não seria um problema a ser atribuído ao anonimato, mas sim à capacidade do “mundo virtual” de conectar uma quantidade de pessoas infinitamente maior que o “mundo real”.

O autor, com razão, comenta que a natureza do anonimato pode ser expressa em duas perguntas: “O anonimato permitirá que eu seja responsável porque garante que eu possa distribuir informações?” e “O anonimato permitirá que eu negue a responsabilidade por minhas ações e declarações?” (Jordan, 2019, p. 575, tradução nossa).

Conforme pondera Jordan, esses questionamentos não são, exatamente, uma novidade decorrente da internet – o anonimato já existia antes da WWW. Com o advento virtual, porém, passaram a cruzar a mente de mais pessoas que, a todo momento, se questionam “o que eu faria se minhas ações online pudessem ser atreladas a mim?”. Com isso, Jordan conclui que os princípios do anonimato não se alteraram no ambiente virtual, mas tão somente fizeram-se expandir.

Acerca dos argumentos que buscam relacionar o anonimato ao aumento da criminalidade *online*, explica Judith Aldridge (2019, p. 578) que, de fato, as atividades ilegais promovidas no ambiente virtual são, constantemente, incrementadas, em especial pela circulação de criptomoedas.

Pondera a autora, porém, ser uma mera presunção – que não se sustenta em dados concretos extraídos da realidade – a premissa de que a virtualização da criminalidade é negativa ou socialmente ruim.

Sendo assim, Aldridge (2019, p. 579) propõe uma nova perspectiva, a partir da qual encara o crescimento o mercado eletrônico ilícito como um benefício capaz de reduzir os danos às pessoas que consomem os produtos ilegais comercializados, assim como de diminuir a violência dessas atividades criminosas no “mundo real”.

Segundo pesquisa capitaneada pela autora (Aldridge; Stevens; Barrat, 2018), os mercados que movimentam valores em criptomoeda incentivam a avaliação (*feedback*) sobre os produtos adquiridos, na medida em que retêm os pagamentos até que a transação seja finalizada pelo consumidor, que confirma ter comprado exatamente aquilo que lhe fora anunciado (*as advertised*).

Com isso, há um substancial aumento na qualidade das mercadorias, fator que implica a redução de danos àqueles que irão consumi-las – aqui, válido o destaque especial à categoria das pessoas usuárias de substâncias entorpecentes.

Além disso, os pagamentos são normalmente mantidos em “custódia” pelo *marketplace* e liberados para os vendedores somente quando os clientes recebem suas compras. Os compradores insatisfeitos com a qualidade do produto têm o recurso de deixar um *feedback* negativo. Juntos, esses fatores podem tornar os vendedores mais responsáveis, com os compradores, por sua vez, mais propensos a obter produtos “conforme anunciado” e de melhor qualidade do que aqueles que compram off-line.

Estão surgindo evidências de pesquisas em apoio a essa possibilidade. O *feedback* dos clientes pode ser manipulado pelos vendedores, mas como a maioria dos vendedores tem pontuações de *feedback* perfeitas (5/5), parece que os medicamentos comprados no mercado de criptomoedas atendem ou excedem as expectativas da maioria dos compradores. Entrevistas com clientes de

criptomercados destacam a qualidade do produto como um dos principais motivos para o acesso a medicamentos dessa forma (Aldridge; Stevens; Barrat, 2018, p. 790, tradução nossa).

Essa mesma pesquisa (Aldridge; Stevens; Barrat, 2018) considera outro importante fator que corrobora a ideia de redução de danos pela qualidade superior dos produtos transacionados ilegalmente no mercado virtual: além das avaliações dos consumidores, exames periciais feitos na Espanha concluíram que noventa por cento das amostras de entorpecentes adquiridas no comércio virtual correspondiam ao idêntico grau de pureza anunciado.

A Figura 6 apresenta a imagem de uma tela extraída em 2022 de página da *dark web* que comercializa outros produtos ilícitos – em vez de substâncias entorpecentes, são cartões de crédito roubados.

Veja-se que, ao lado dos preços cobrados por cada produto, existe uma avaliação que é promovida pelos compradores sobre os vendedores, com os requisitos de discrição, qualidade e comunicação:

FIGURA 6. Página da *dark web* que comercializa cartões de créditos obtidos ilicitamente



Fonte: Rufio e Zoltan (2022).

Da mesma forma, para Aldridge (2019, p. 581), a migração dos mercados ilícitos para o ambiente virtual resultaria em potencial diminuição dos atos de violência. As evidências coletadas sobre o tema (Martin, 2014; 2017) sugerem que o fato de não manterem qualquer contato e de não serem capazes de se identificar entre si tornam as relações entre quem compra e quem vende mais seguras.

Desmistificadas, portanto, as noções de que o anonimato digital deslegitimaria as ações investigativas do Estado, incentivaria a falta de responsabilização criminal ou potencializaria a violência, pesa um último argumento a favor da revisão da cláusula constitucional que o veda: os riscos gerados a usuários e usuárias a partir da obrigatoriedade de identificação no ambiente *cyber*.

A compreensão desse problema, que já é objeto de debate na União Europeia (Masseno, 2023), parte da crescente “biometrização”²⁸ de espaços virtuais públicos e privados, cujo acesso somente é possível mediante a cessão, por usuários e usuárias, de elementos da sua identidade visual.

Apesar de constituírem dados pessoais sensíveis por excelência, como reconhece o artigo 5º, inciso II da LGPD, os dados biométricos têm se popularizado a ponto de serem solicitados para atividades cotidianas simples, desde o ingresso a prédios monitorados por “portarias virtuais” até o desbloqueio de *smartphones* ou acesso a serviços públicos por meio do aplicativo estatal oficial Gov.br.

Essa identificação biométrica, para além de compreender uma ferramenta de grande potencial para a *cyber-surveillance* (conforme discutido no capítulo 3 deste trabalho), também é potencialmente lesiva a usuários e usuárias na medida em que os torna vulneráveis a situações como a *deepfake*, tecnologias capazes de mesclar, combinar, substituir e sobrepor vozes, imagens e vídeo para criar registros falsos hiper-realistas (Maras; Alexandrou, 2019).

Veja-se, nesse sentido, que pesquisa conduzida pela provedora de segurança McAfee em 2023 concluiu que uma a cada quatro pessoas já foi

²⁸ A biometria proporciona o reconhecimento de pessoas com base em suas características de comportamento ou biológicas. Sistemas construídos a partir da biometria se popularizaram a partir dos anos 2000 com o uso de impressões digitais para autorizar operações bancárias ou permitir o ingresso em imóveis. Nesse sentido: Li, Jain, 2015.

vítima de algum tipo de crime, tentado ou consumado, por meio da utilização de tecnologias de *deepfake*, sendo que 77% delas afirmou ter perdido dinheiro como resultado da fraude (Artificial Intelligence [...], 2023).

Nessas circunstâncias, a vedação ao anonimato não apenas é imprestável para mitigar a criminalidade, mas acaba por fornecer elementos que lhe são úteis e dão origem a uma vasta gama de novos delitos.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A cada desenvolvimento tecnológico, uma nova plataforma de investigação oculta será estabelecida e nem sempre existirá uma tutela adequada de direitos individuais em contrapartida. Exatamente por isso, surge a necessidade de se ampliar o rol de direitos fundamentais disponíveis às pessoas envolvidas nos fatos penais, na mesma proporção em que se estendem, em seu desfavor, as práticas processuais.

A demanda pela extensão do catálogo de direitos fundamentais foi analisada, no presente artigo, a partir do direito ao anonimato digital, que não se confunde com a ideia de anonimização contida na LGDP e se caracteriza como ferramenta antiforense de grande potencial para que as pessoas envolvidas em fatos penais possam deixar de produzir provas digitais em seu desfavor.

Para a pergunta “teria a pessoa imputada o direito ao anonimato digital?”, portanto, a resposta deve ser positiva. Apesar da vedação constitucional, o anonimato digital precisa ser tutelado, em especial diante da necessidade de se reconhecer que os impactos da tecnologia sobre o Direito diferenciam os espaços de expressão que existiam à época da Constituição de 1988 daqueles em que, hoje, se desenvolvem a maior parte das interações humanas.

Além disso, a consagração do anonimato digital como direito da pessoa imputada não isentaria de responsabilidades sempre que utilizado para fins ilícitos – porém, apenas depois de o serem.

REFERÊNCIAS

AHAMAD, Shaikshakeel; NAIR, Madhusoodhnan; VARGHESE, Biju. A survey on crypto currencies. *4th International Conference on Advances in Computer Science*, Nova Delhi, p. 42-48, 2013.

ALBANO, Pietro; CASTIGLIONE, Aniello; CATTANEO, Giuseppe; DE SANTTIS, Alfredo. A novel anti-forensics technique for the android OS. *International Conference on Broadband and Wireless Computing, Communication and Applications – IEEE*, Barcelona, p. 380-385, 2011. <https://doi.org/10.1109/BWCCA.2011.62>

ALDRIDGE, Judith. Does online anonymity boost illegal market trading? *Media, Culture & Society*, v. 41, n. 4, p. 578-583, 2019. <https://doi.org/10.1177/0163443719842075>

ALDRIDGE, Judith; STEVENS, Alex; BARRATT, Monica J. Will growth in cryptomarket drug buying increase the harms of illicit drugs? *Addiction*, v. 113, n. 5, p. 789-796, 2018. <https://doi.org/10.1111/add.13899>

ARTIFICIAL Intelligence Voice Scams on the Rise with 1 in 4 Adults Impacted. Disponível em: <<https://bit.ly/3vrDsk1>>. Acesso em: 11 jun. 2024.

BELLI, Lucas. CyberBRICS: A Multidimensional Approach to Cybersecurity for the BRICS. In: BELLI, Lucas (ed.). *CyberBRICS: Cybersecurity Regulations in the BRICS Countries*. Cham: Springer International Publishing, 2021. p. 15-46.

BELLI, Lucas; FRANQUEIRA, Bruna; BAKONYI, Erica; CHEN, Larissa; COUTO, Natalia, CHANG, Sofia; DA HORA, Nina; GASPAS, Walter B. *Cibersegurança: uma visão sistêmica rumo a uma proposta de marco regulatório para um Brasil digitalmente soberano*. Rio de Janeiro: FGV Direito Rio, 2023.

BIONI, Bruno. Compreendendo o conceito de anonimização e dado anonimizado. *In: Cadernos Jurídicos*, v. 21, p. 191-201. 2020.

BROCHADO, Mariah. *Inteligência Artificial no horizonte da Filosofia da Tecnologia: técnica, ética e direito na era cibernética*. São Paulo: Dialética, 2023.

CONLAN, Kevin; BAGGILI, Ibrahim; BREITINGER, Frank. Anti-forensics: Furthering digital forensic science through a new extended, granular taxonomy. *Digital Investigation*, v. 18, p. 66-75, 2016. <https://doi.org/10.1016/j.diin.2016.04.006>

COLEMAN, Gabriella. How has the fight for anonymity and privacy advanced since Snowden's whistle-blowing? *Media, Culture & Society*, v. 41, n. 4, p. 565-571, 2019. <https://doi.org/10.1177/0163443719843867>

FLORIDI, Luciano. The Fight for Digital Sovereignty: What It Is, and Why It Matters, Especially for the EU. *Philosophy & Technology*, v. 33, n. 3, p. 369–378, 2020. <https://doi.org/10.1007/s13347-020-00423-6>

FLORIDI, Luciano. *The fourth revolution: how the infosphere is reshaping human reality*. Oxford: Oxford University Press, 2014.

GÜL, Murat; KUGU, Emin. A survey on anti-forensics techniques. *International Artificial Intelligence and Data Processing Symposium*. Malatya, p. 1-6, 2017. <https://doi.org/10.1109/IDAP.2017.8090341>

HARRIS, Ryan. Arriving at an anti-forensics consensus: examining how to define and control the anti-forensics problem. *Digital Investigation*, v. 3, n. 1, p. 44-49, 2006. <https://doi.org/10.1016/j.diin.2006.06.005>

HILDEBRANDT, Mireille. Location Data, Purpose Binding and Contextual Integrity: What's the Message? In: FLORIDI, Luciano (ed.). *Protection of information and the right to privacy-a new equilibrium?* Cham: Springer, 2014. p. 31-62.

JAIN, Anu; CHHABRA, Gurpal Singh. Anti-forensics techniques: An analytical review. *Seventh International Conference on Contemporary Computing*, Noida, p. 412-418, <https://doi.org/2014.10.1109/IC3.2014.6897209>

JARDINE, Eric. Tor, what is it good for? Political repression and the use of online anonymity-granting technologies. *New Media & Society*, v. 20, n. 2, p. 435-452, 2018. <https://doi.org/10.1177/1461444816639976>

JORDAN, Tim. Does online anonymity undermine the sense of personal responsibility? *Media, Culture & Society*, v. 41, n. 4, p. 572-577, 2019. <https://doi.org/10.1177/0163443719842073>

LANIER, Jaron. *Dez argumentos para você deletar agora suas redes sociais*. Rio de Janeiro: Intrínseca, 2018.

LESSIG, Lawrence. *Code: version 2.0*. Nova Iorque: Basic Books, 2009.

LI, Stan Z.; JAIN, Anil K. (Eds.). *Encyclopedia of Biometrics*. 2. ed. Nova Iorque: Springer, 2015.

MACHADO, Diego; DONEDA, Danilo. Direito ao anonimato na internet: fundamentos e contornos dogmáticos de sua proteção no direito brasileiro. *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, v. 7, n. 23, p. 95-140, 2020.

MARAS, Marie-Helen; ALEXANDROU, Alex. Determining authenticity of video evidence in the age of artificial intelligence and in the wake of Deepfake videos.

The International Journal of Evidence & Proof, v. 23, n. 3, p. 255-262, 2019. <https://doi.org/10.1177/1365712718807226>

MARTIN, James. *Drugs on the dark net: How cryptomarkets are transforming the global trade in illicit drugs*. Londres: Palgrave Macmillan, 2014.

MASON, Stephen; SHELDON, Andrew; DRIES, Hein. Proof: the technical collection and examination of electronic evidence. In: MASON, Stephen; SENG, Daniel (eds.). *Electronic Evidence*. 4. ed. Londres: Institute of Advanced Legal Studies, 2017. p. 285-338.

MASSENO, Manuel David. Da vigilância biométrica no Ordenamento da União Europeia (para fins de segurança em espaços acessíveis ao público): Uma perspectiva portuguesa especialmente destinada ao Brasil. *Revista do CEJUR/TJSC: Prestação Jurisdicional*, v. 11, p. 1-19, 2023. <https://doi.org/10.37497/revistacejur.v11i00.402>

MENEZES NETO, Elias Jacob de. *Surveillance, democracia e direitos humanos: os limites do Estado na era do big data*. 2016. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade do Vale do Rio dos Sinos, São Leopoldo, 2016.

NARAYANAN, Arvind; SHMATIKOV, Vitaly. Robust de-anonymization of large sparse datasets. In: *2008 IEEE Symposium on Security and Privacy*, Oakland, p. 111-125, 2008. <https://doi.org/10.1109/SP.2008.33>

NAZAH, Saiba; HUDA, Shamsul; ABAWAJY, Jemal; HASSAN, Mohammad Mehedi. Evolution of dark web threat analysis and detection: A systematic approach. *IEEE Access*, v. 8, p. 171.796-171.819, 2020. <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2020.3024198>

NUNES, Dierle. Virada tecnológica no direito processual (da automação à transformação): seria possível adaptar o procedimento pela tecnologia? In: NUNES, Dierle; LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro (orgs.). *Inteligência artificial e direito processual: os impactos da virada tecnológica no direito processual*. Salvador: Editora Juspodivm, 2020. p. 15-40.

OLIVEIRA, Jordan Vinícius; LOPES, Marília Carneiro da Cunha. Considerações sobre anonimato, pseudoanonimato e criptomoedas. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade*, Canoas, v. 9, n. 1, p. 159-176, 2021. <https://doi.org/10.18316/redes.v9i1.6749>

PARK, Joon S.; SANDHU, Ravi. Secure cookies on the Web. *IEEE Internet Computing*, v. 4, n. 4, p. 36-44, 2000. <https://doi.org/10.1109/4236.865085>

PERON, Christian; LEGARY, Michael. Digital anti-forensics: emerging trends in data transformation techniques. *Center for Education and Research in Information Assurance and Security*, West Lafayette, 2005

QUEIROZ, Rafael Mafei Rabelo. Liberdade de expressão na internet: a concepção restrita de anonimato e a opção pela intervenção de menor intensidade. *Suprema: Revista de Estudos Constitucionais*, Brasília, v. 1, n. 1, p. 241-266, 2021. <https://doi.org/10.53798/suprema.2021.v1.n1.a24>

RAMADHANI, Erika. Anonymity communication VPN and Tor: a comparative study. *Journal of Physics*, v. 983, 2018. <https://doi.org/10.1088/1742-6596/983/1/012060>

RESTA, Giorgio. Anonimato, responsabilità, identificazione: prospettive di diritto comparato. *Diritto dell'informazione e dell'informatica*, Milano, v. 30, n. 2, p. 171-205, 2014.

SARDÁ, Thais; NATALE, Simone; DOWNEY, John. Inventing the dark Web: Criminalization of privacy and the apocalyptic turn in the imaginary of the Web. *First Monday*, v. 27, n. 11, 2022. <https://doi.org/10.5210/fm.v27i11.12691>

SARDÁ, Thais; NATALE, Simone; SOTIRAKOPOULUS, Nikos; MONAGHAN, Mark. Understanding online anonymity. *Media, Culture & Society*, v. 41, n. 4, p. 557-564, 2019. <https://doi.org/10.1177/0163443719842074>

SARKIS, Jamilla Monteiro. *Não autoincriminação: uma (re)leitura constitucional na era tecnológica da cyber-surveillance*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2024.

SCHAFER, Burkhard; MASON, Stephen. The characteristics of electronic evidence. In: MASON, Stephen; SENG, Daniel (eds.). *Electronic Evidence*. 4th ed. Londres: University of London Press - Institute of Advanced Legal Studies, 2017. p. 18-35.

SILVA, Virgílio Afonso da. *Direito constitucional brasileiro*. São Paulo: Edusp, 2021.

SNOWDEN, Edward. *Permanent Record*. Londres: Pan Macmillan, 2019. *E-book*.

SREMACK, Joseph; ANTONOV, Alexandre. Taxonomy of anti-computer forensics threats. *It-Incident Management & It-Forensics*, Bonn, p. 103-112, 2007.

TANENBAUM, Andrew. *Redes de Computadores*. 4. ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2003.

TURKLE, Sherry. Parallel Lives: Working on Identity in Virtual Space. In: GRODIN, Debra; LINDLOF, Thomas (eds.). *Constructing the self in a mediated world*. Thousand Oaks: Sage Publications, 1996. p. 156-177.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Editorial dossiê “Investigação preliminar, meios ocultos e novas tecnologias”. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 3, n. 2, p. 473-482, maio/ago. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.82>

Authorship information

Jamilla Monteiro Sarkis. Doutora em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais, em Estágio Pós-Doutoral na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul. Mestre em Direito pela Universidade Federal de Minas Gerais. Advogada. jamilla.sarkis@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: O presente trabalho foi realizado com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior - Brasil (CAPES) - Código de Financiamento 001.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 14/06/2024
- Desk review and plagiarism check: 15/07/2024
- Review 1: 08/08/2024
- Review 2: 14/08/2024
- Review 3: 15/08/2024
- Preliminary editorial decision: 06/09/2024
- Correction round return: 08/09/2024
- Final editorial decision: 29/09/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SARKIS, Jamilla M. Direito da pessoa imputada ao anonimato digital. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1044, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1044>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Persecução penal:
investigação, juízo
oral e etapa recursal**


*Criminal prosecution:
investigation, public
oral trial and appeal*


Variações na aplicação dos acordos de não persecução penal em Maracanaú/CE: um estudo de caso sobre a dosimetria da pena de prestação pecuniária

Variations in the application of criminal non-prosecution agreements in Maracanaú/CE: a case study in the dosimetry of the pecuniary benefits penalty

Nestor Eduardo Araruna Santiago¹


Universidade de Fortaleza, Fortaleza/CE, Brasil
nestorsantiago@unifor.br


 <http://lattes.cnpq.br/4516474580462451>

 <https://orcid.org/0000-0002-2479-7937>

Sidney Soares Filho²


Universidade de Fortaleza, Fortaleza/CE, Brasil
sidney@unifor.br


 <http://lattes.cnpq.br/9218335907593806>

 <https://orcid.org/0000-0002-7743-4574>

Iuri Rocha Leitão³

Universidade de Fortaleza, Fortaleza/CE, Brasil
iurirl@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3992338292885801>

 <https://orcid.org/0000-0001-8117-3429>

¹ Doutor em Direito, com estágio pós-doutoral. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Professor Associado da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, Brasil.

² Doutor em Direito. Professor Doutor da UNIFOR, Fortaleza, Ceará, Brasil.

³ Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza-CE (UNIFOR). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Promotor de Justiça no Estado do Ceará.

Resumo: O presente trabalho examina a aplicação dos Acordos de Não Persecução Penal (ANPPs) realizados no Município de Maracanaú entre 01/01/2022 e 31/12/2022, visando identificar se há isonomia na aplicação da sanção de prestação pecuniária. Avalia-se o impacto da Lei n.º 13.964/19, que introduziu o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) e permitiu a prestação pecuniária nos acordos penais, possibilitando discricionariedade nas negociações, mas sem estabelecer critérios fixos para a sua aplicação. A pesquisa empírica foi conduzida em 2022 nas promotorias criminais de Maracanaú-CE e envolveu o levantamento de dados e subsequente comparação e análise. Os resultados indicam discrepâncias no uso dos ANPPs entre as unidades ministeriais e, em certos casos, diferenças significativas nos valores estipulados nas prestações pecuniárias, levantando questões sobre a observância do princípio da isonomia. Revelou-se uma disfuncionalidade concreta da justiça penal negociada e, mais amplamente, do sistema de persecução penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: acordo de não persecução penal; isonomia; Maracanaú; prestação pecuniária; pesquisa empírica.

ABSTRACT: *This work examines the application of the Criminal Non-Prosecution Agreements (ANPPs) carried out in the Municipality of Maracanaú between 01/01/2022 and 12/31/2022, aiming to identify whether there is equality in the application of the monetary benefit sanction. The impact of Law no. 13,964/19, which introduced the Criminal Non-Persecution Agreement (ANPP) and allowed monetary benefits in criminal agreements, allowing discretion in negotiations, but without establishing fixed criteria for its application. The empirical research was conducted in 2022 at the criminal prosecutor's offices in Maracanaú-CE and involved data collection and subsequent comparison and analysis. The results indicate discrepancies in the use of ANPPs between ministerial units and, in certain cases, significant differences in the values stipulated in the pecuniary benefit, raising questions about compliance with the principle of equality. A concrete dysfunctionality of negotiated criminal justice and, more broadly, of the Brazilian criminal prosecution system was revealed.*

KEYWORDS: *non-criminal prosecution agreement; isonomy; Maracanaú; pecuniary benefit; empirical research.*

SUMÁRIO: Introdução. 1. A liberdade para aplicações das cláusulas nos Acordos de Não Persecução Penal no Brasil. 2. As propostas de

prestação pecuniárias oferecidas pelas 1ª, 5ª e 6ª Promotorias de Justiça nos Acordos de Não Persecução Penal em Maracanaú-CE. 2.1. Comparação dos dados, critérios e isonomia das prestações pecuniárias. 2.2.1. Crimes dos artigos 297 c/c 304 do CP. 2.2.2 Crimes do artigo 14 da lei n.º 10.826/2003. 2.2.3. Crimes do artigo 180 caput do CP. 2.2.4 Crimes do artigo 155 em suas formas qualificadas. 2.2.5 Crimes do artigo 306 do Código de Trânsito. Conclusões. Referências.

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem como foco principal a análise dos ANPPs firmados na Comarca de Maracanaú no período de 01/01/2022 a 31/12/2022, particularmente no que tange à prestação pecuniária acordada. Esta investigação, ao mergulhar nos detalhes de cada acordo, tem como objetivo aferir se a aplicação da lei penal ocorreu de forma isonômica entre os investigados, garantindo, assim, a justiça e a equidade em situações análogas.

As análises surgem a partir de uma preocupação recentemente expressa na doutrina que levanta questionamentos sobre a possibilidade de tratamentos desiguais entre investigados no momento da realização do ANPP em razão de critérios discricionários dos órgãos ministeriais, gerando o que se nomeia de *discricionarietà despótica* (VASCONCELLOS, 2022, p. 41). O estudo almeja confirmar ou refutar tal hipótese, bem como fornecer *insights* sobre a aplicação do princípio da isonomia nos acordos processuais, com foco nos valores estabelecidos como penas pecuniárias.

Diante da grande quantidade de membros atuantes no Ministério Público no Estado do Ceará e o escopo deste estudo, utiliza-se corte metodológico para possibilitar o levantamento dos valores referentes as prestações pecuniárias e sua análise, adotando-se comarca de lotação profissional de um dos autores – Maracanaú-CE - onde se verificou, na prática, possível ocorrência de acordos dispare no decorrer de sua atuação funcional. Foram analisados os ANPPs em que foram pactuadas prestações pecuniárias no período de 01.01.2022 a 31.12.2022, bem

como outras cláusulas que permitam a visão integral do negócio penal firmado, durante o período de 01(um) ano, para que se tivesse um retrato aproximado da discricionariedade atribuída aos membros do Ministério Público em sua atuação negocial.

Conforme a Portaria n.º 7126/2023/SEGE da Procuradoria Geral de Justiça do Estado do Ceará (CEARÁ, 2023), no referido município existem 03 (três) promotorias de justiça com atribuições criminais que utilizam o Acordo de Não Persecução Penal no exercício de suas funções, quais sejam: 1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú, 5ª Promotoria de Justiça de Maracanaú e 6ª Promotoria de Justiça de Maracanaú. As demais promotorias com atuação em matéria penal atuantes no município não utilizam o instituto, vez que atuam perante o Tribunal do Júri (crime de alta gravidade com pena mínima superior a quatro anos), o Juizado Especial Criminal e Vara Especializada de Violência Doméstica, em que há vedação legal para a aplicação do ANPP (art. 28, §2º, I e IV do Código de Processo Penal – CPP).

Quanto ao método utilizado, consigna-se que as informações foram levantadas a partir de requerimentos formulados no dia 12/01/2023, direcionados as promotorias de justiça referidas, mediante os e-mails institucionais: <1promo.maracanau@mpce.mp.br>, <5promo.maracanau@mpce.mp.br> e <6promo.maracanau@mpce.mp.br>, solicitando, com base na lei n.º 12.527/2011 (lei de acesso a informação), os dados de todos os processos criminais em trâmite nas referidas promotorias entre os dias 01/01/2022 a 31/12/2022: número do processo, nome do investigado, qualificação, antecedentes, cor da pele, delito investigado, data do fato, condições pactuadas, valores, data do acordo celebrado com o Ministério Público e se o acordo está pendente de análise por parte do Poder Judiciário, se foi homologado ou se teve decisão rejeitando ou determinando nova remessa ao *Parquet* para retificação (LEITÃO, 2023).⁴

As solicitações foram respondidas nos dias, 13/01/2023 (1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú), 13/01/2023 (5ª Promotoria de Justiça

⁴ Dados disponíveis em: LEITÃO, Iuri; SANTIAGO, Nestor; SOARES FILHO, Sidney. Variations in the application of criminal non-prosecution agreements in Maracanaú/CE: a case study in the dosimetry of the pecuniary benefits penalty. Figshare, dataset, 2024. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.27041881.v1>

de Maracanaú) e 17/01/2023 (6ª Promotoria de Justiça de Maracanaú), ao e-mail: <iurirl@hotmail.com>, através de certidões oficiais expedidas pelos respectivos órgãos. Os processos descritos em cada certidão foram acessados através da plataforma E-SAJ do Tribunal de Justiça do Estado do Ceará. Confirmados os dados, estes foram inseridos em tabelas e gráficos, visando facilitar as comparações, análises e conclusões. As tabelas com todos os dados coletados integram a pesquisa (LEITÃO, 2023).

Para atingirmos o escopo deste trabalho deve-se perquirir: quais os parâmetros adotados pela 1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú, 5ª Promotoria de Justiça de Maracanaú e 6ª Promotoria de Justiça de Maracanaú, entre janeiro e dezembro de 2022 para estabelecer, dentro dos Acordos de Não Persecução Penal, os valores propostos para uma prestação pecuniária proporcional ao crime praticado? Os acordos realizados respeitam a isonomia na aplicação da lei penal para casos semelhantes no mesmo período e local?

Considerando os resultados que uma pesquisa empírica pode fornecer e visando atingir o escopo deste trabalho, procura-se constatar se há parâmetros isonômicos adotados pela 1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú, 5ª Promotoria de Justiça de Maracanaú e 6ª Promotoria de Justiça de Maracanaú, para estabelecer, dentro do ANPP, os valores propostos para uma prestação pecuniária proporcional ao crime praticado. A análise empírica procura aferir se os acordos realizados utilizaram critérios uniformes e objetivos e respeitaram a isonomia na aplicação da lei penal para casos semelhantes no mesmo lapso temporal.

Para a compreensão do tema tratado, no primeiro item discorrer-se-á sobre a liberdade para a negociação de cláusulas no Acordo de Não Persecução Penal, oriunda da discricionariedade do Ministério Público na formulação das propostas e sua pactuação e os reflexos negativos que este atributo pode causar nas cláusulas pactuadas nos ANPPs. No segundo item, serão abordadas as propostas das prestações pecuniárias oferecidas pelas 1ª, 5ª e 6ª Promotorias de Justiça de Maracanaú nos Acordos de Não Persecução Penal no período pesquisado. Descreveremos os delitos investigados e valores fixados nas prestações pecuniárias. Realizaremos a comparação desses valores, considerando as condições econômicas dos investigados, tipos de delitos, circunstâncias dos crimes e eventuais critérios utilizados. Por fim, a comparação dos dados coletados

nos acordos permitirá aferir a ocorrência de isonomia nas propostas de prestação pecuniárias entre os investigados e da proporcionalidade das condições pactuadas.

Os tratamentos não isonômicos dados aos investigados pelo sistema de justiça eventualmente identificado nos ANPPs devem auxiliar o Ministério Público do Estado do Ceará no aperfeiçoamento de sua atuação, mediante a implementação de uma política-institucional voltada para primar pela unidade nas atuações das Promotorias de Justiça Criminais de todo o estado.

1 LIBERDADE PARA A NEGOCIAÇÃO DE CLÁUSULAS NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

A redação trazida no artigo 28-A, *caput*, do CPP, qual seja, “desde que necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime” utiliza as expressões do artigo 59 do Código Penal (CP), sem entretanto fazer referência ao dispositivo e aos 08 (oito) fatores nele previstos que norteiam a aplicação da pena pelo juiz. Percebe-se a ausência de requisitos objetivos para basilar a atuação do membro do Ministério Público na busca por uma sanção penal negociada, proporcional, justa e sobretudo isonômica (ABRAÃO; LOURINHO, 2020, p. 343). O resultado é uma ampla discricionariedade na fixação das propostas postas em negociação, notadamente as prestações pecuniárias. Percebe-se a falta de requisitos claros que permitam o exercício do controle da própria conveniência, legalidade e constitucionalidade, no âmbito interno do próprio Ministério Público (ABRAÃO; LOURINHO, 2020, p. 346).

O legislador estabeleceu condições equivalentes a sanções penais (incisos III e IV do artigo 28-A) ou, até mesmo, equivalentes efeitos da condenação (incisos I e II do artigo 28-A), com o atributo típico de penas. O inciso V prevê ainda a possibilidade de o Ministério Público propor condições não previstas no art. 28-A do CPP, ou seja, o rol é exemplificativo, e não taxativo.

O inciso IV trouxe a prestação pecuniária como uma das condições possíveis de serem negociadas no ANPP. A redação prevê que o valor da prestação pecuniária deve ser estipulado nos termos do artigo 45 do

Código Penal e será destinada a entidade pública ou de interesse social, a ser indicada pelo juízo da execução, que tenha, preferencialmente, como função proteger bens jurídicos iguais ou semelhantes aos aparentemente lesados pelo delito. Por sua vez, o artigo 45 do CP, delimita que a prestação pecuniária terá valor mínimo de 01 (um) salário e máximo de 360 (trezentos e sessenta) salários mínimos. Ao contrário da pena de multa que prevê o critério dia-multa previsto no artigo 49 do Código Penal, a pena pecuniária se limita ao artigo 45 do CP.

Em razão da “tradução” do instituto, que segue a lógica da *common law* (LANGER, 2017, p. 6), onde a liberdade para negociação entre estado e réu é ampla, o estabelecimento de valores proporcionais as condições financeiras dos investigados e que sejam respostas efetivas aos bens jurídicos tutelados devem ser objeto de análise para a construção de conceitos e parâmetros uniformes que minimizarão aplicação díspares para situações semelhantes e desproporcionais na fixação das penas pecuniárias. Esse contexto é agravado pela discricionariedade dada pela legislação aos membros do Ministério Público para a elaboração das propostas para o acordo, o que pode gerar propostas e acordos discrepantes para fatos semelhantes, ferindo a isonomia (VASCONCELLOS, 2022, p. 44). Observa-se também a impossibilidade de revisão do mérito das propostas de acordo, incluindo as prestações pecuniárias, bem como a falta de parâmetros legais para o controle de legalidade e constitucionalidade por parte do judiciário. Os poucos precedentes a este respeito⁵, por certo, dificultam a análise de outros magistrados e a elaboração de precedentes visando uniformizar e estabelecer parâmetros jurisprudenciais de proporcionalidade sobre os valores das penas pecuniárias inseridas nos ANPPs.

O § 14º do artigo 28-A do CPP, prevê a possibilidade de o investigado, no caso de recusa por parte do Ministério Público em propor o ANPP, requerer a remessa dos autos à órgão superior, na forma do artigo 28 do CPP. O dispositivo tem inegável escopo de possibilitar a revisão e controle interno da decisão discricionária mitigada dos seus membros na oferta da proposta, nos moldes do que ocorre no pedido de arquivamento

⁵ TRF-4 - RCCR: 50005190320224047005 PR 5000519-03.2022.4.04.7005, Relator: Carlos Eduardo Thompson Flores Lenz, Data de Julgamento: 27/04/2022, Oitava Turma.

de inquérito policial. É verdade que o dispositivo, na prática, pode pontualmente corrigir alguns distorções. Entretanto, como a decisão ainda é do Ministério Público, especificamente dos membros que atuam em segundo grau, percebe-se que a discricionariedade vinculada ainda permanece. Na verdade há a substituição de um posicionamento discricionário mitigado por outro, ambos sem os requisitos legais objetivos que possibilitem um controle fundamentado mais preciso, o que traz margem para pactuação de prestações pecuniárias não isonômicas, prejudiciais aos investigados e seus direitos fundamentais, pelo simples voluntarismo do representante do Ministério Público e diminuta capacidade do investigado.

A tradução da justiça penal negociada (LANGER, 2017, p.19), acarretou, como não poderia ser diferente, modificação no ordenamento jurídico do estado que lhe incorporou. A inovação legislativa possui conteúdo normativo próprio da lógica do sistema *common law* e fundamentação teórica nesse sistema. A recepção de institutos de outros ordenamentos jurídicos, notadamente os de tradições diferentes, são complexos e demandam uma análise profunda acerca de sua compatibilidade constitucional e, em regra, impõem uma adequação no ordenamento jurídico inovado para sua adaptação a cada realidade e a coexistência frente os princípios do sistema de persecução penal. Na prática esse “sincretismo” de sistemas pode dar ensejo a aplicações desarrazoadas e sem critérios transparentes de acordos criminais (BIZZOTO; SILVA, 2020, p. 11), dando azo à transgressões aos direitos fundamentais. Até o domínio dos aspectos teóricos e práticos do instituto, a concretização de seus conceitos através de precedentes judiciais, muitos erros podem ser cometidos (JULIO, 2019, p. 32).

No Brasil, a adoção da transação penal, suspensão condicional do processo e o ANPP acabou por mitigar princípios existentes no sistema de persecução penal brasileiro, como o da obrigatoriedade da ação penal. A mitigação de um princípio sempre será uma alteração dentro da unidade de um sistema, vez que altera a lógica do princípio unificador e, por conseguinte, o método adotado por este na reconstrução dos fatos e prestação jurisdicional, podendo causar uma disfuncionalidade neste.

2 AS PROPOSTAS DAS PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS OFERECIDAS PELAS 1ª, 5ª E 6ª PROMOTORIAS DE JUSTIÇA DE MARACANAÚ NOS ACORDOS DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL

Neste tópico analisar-se-á a atuação e manifestação das 1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú, 5ª Promotoria de Justiça de Maracanaú e 6ª Promotoria de Justiça de Maracanaú. Registre-se que o Ato normativo n.º 145/2020/PGJ-CE, que regulamenta provisoriamente o trâmite do Acordo de Não Persecução Penal no âmbito do Ministério Público do Estado do Ceará, não trata sobre critérios na negociação das prestações pecuniárias ou atuação uniforme dos membros (CEARÁ, 2020).

2.1 METODOLOGIA DO LEVANTAMENTO DE DADOS, VALORES LEVANTADOS E ANÁLISE DESSES VALORES

Ao todo, entre os dias 01/01/2022 a 31/12/2022, foram realizados 66 (sessenta e seis) Acordos de Não Persecução Penal nas unidades ministeriais de Maracanaú. A 1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú realizou 08 (oito) Acordos de Não Persecução Penal, a 5ª Promotoria de Justiça de Maracanaú pactuou 24 (vinte e quatro) Acordos de Não Persecução Penal e a 6ª Promotoria de Justiça de Maracanaú firmou 34 (trinta e quatro) Acordos de Não Persecução Penal (LEITÃO, 2023).

No que tange aos crimes objetos dos acordos penais, deve-se destacar que, para fins de classificação destes e avaliação das prestações pecuniárias inseridas neles, visando o objeto da pesquisa, será utilizado como critério o *caput* do referido dispositivo legal e eventual qualificadora inserida neste, não se distinguindo os diversos tipos de qualificadoras existente em um delito. A título de exemplificação, será classificado apenas como furto qualificado, tanto o delito inserido no artigo 155 § 4º, I do CP, como o previsto no artigo 155 § 4º, II do CP, não se fazendo subdivisões entre os tipos de qualificadora de cada crime, vez que possuem a mesma pena em abstrato. Destaca-se também, que em diversas ocasiões um único Acordo de Não Persecução Penal abrangeu mais de um crime, como por exemplo: um acordo firmado na 1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú em 24/02/2022, inquérito n.º

0051858-36.2021.8.06.0117, tendo como objeto os delitos previstos nos artigos 180 *caput* do Código Penal Brasileiro e art.12 da Lei nº10.826/03. Este acordo somente será objeto de comparação com outro que tenha abrangido os mesmos delitos.

Observa-se que do total dos 66 (sessenta e seis) ANPPs firmados pelas três promotorias pode-se classificar os mesmos quanto aos tipos de delitos que foram objetos de pactuação, da seguinte forma: 21 (vinte e um) falsificações e uso de documentos falsos, 09 (nove) portes de armas de fogo, 05 (cinco) receptações, 05 (cinco) furtos em suas formas qualificadas, 02 (dois) conduzir veículos sob influência de álcool, 01 (um) maus tratos com animais, 01(um) uso de documento falso, 01 (um) poluição ambiental por lançamento de resíduos, 01 (um) posse de arma de fogo e receptação, 01 (um) venda de bebidas alcoólicas para menores, 01 (um) dano qualificado, desobediência e conduzir veículo sob influência de álcool, 01(um) homicídio culposo de trânsito, sem carteira de habilitação e sem prestar socorro, 01(um) homicídio culposo de trânsito no exercício da profissão, 01 (um) lesão corporal no trânsito e conduzir veículo sob influência de álcool, 01 (um) conduzir veículo sob influência de álcool, desacato e resistência, 01(um) conduzir veículo sob influência de álcool, lesão corporal e conduzir veículo gerando perigo de dano, 01(um) adulteração de sinal de veículo automotor, conduzir veículo sob influência de álcool e resistência, 01(um) conduzir veículo sob influência de álcool e lesão corporal no trânsito majorada pela influência de álcool, 01(um) conduzir sob influência de álcool, desobediência e desacato, 01 (um) conduzir veículo sob influência de álcool nos termos do §1º do Código de Trânsito Brasileiro, 01(um) receptação culposa, 01(um) resistência, desobediência e desacato, 01(um) gerar perigo de vida mediante explosão, 01(um) dano qualificado por lesão ou grave ameaça e lesão corporal, 01 (um) receptação e desobediência, 01 (um) crime contra a ordem econômica, 01(um) furto qualificado e corrupção de menores e 01(um) lesão corporal e furto (LEITÃO, 2023).

Observa-se que o delito com maior ocorrência nos ANPPs são os previstos nos artigos 304 e 297 do Código Penal. Analisando os 21 (vinte e um) acordos penais, constata-se que 19 (dezenove) Acordos de Não Persecução Penal decorreram em face do uso de supostos atestados

médicos falsos no âmbito das relações trabalhistas entre os empregados e empregadores das indústrias existentes no distrito industrial do município de Maracanaú-CE. Os 19 (dezenove) acordos referidos, originaram-se de inquéritos instaurados a partir de comunicações da Justiça do Trabalho de Maracanaú-CE e ensejaram a elevada ocorrência dos crimes previstos nos artigos 304 e 297 do Código Penal (LEITÃO, 2023).

A segunda maior ocorrência objeto dos ANPPs foram as previstas no artigo 14 da Lei nº 10.826/03, totalizando 09 (nove) acordos. A terceira e quarta maior ocorrência são dos crimes do artigo 180 *caput* do Código Penal, totalizando 05 (cinco) acordos e do artigo 155 do Código Penal, em suas formas qualificadas, totalizando 05(cinco) acordos penais (LEITÃO, 2023).

No que tange às condições econômicas dos investigados, observa-se que não foram colhidas informações precisas quanto à renda mensal. Entretanto, foram coletados dados das profissões dos investigados. Embora a profissão não seja um dado preciso quanto a condição econômica do investigado, somado a outras informações como endereço e propriedade, pode dar um indicativo da condição social deste, o que, para fins deste trabalho e avaliação da capacidade econômica destes em adimplir prestação pecuniária, torna-se útil.

Os demais Acordos de Não Persecução Penal, cujo a ocorrência tenha se dado apenas uma vez, não podem ser comparados sendo desnecessário sua citação. Destaca-se que, assim como os crimes que tiveram maior ocorrência nesta pesquisa, mantêm-se um padrão de cumulação de medidas, notadamente a prestação pecuniária e a prestação de serviço à comunidade, somando-se estas, ocasionalmente, outras medidas específicas de cada caso concreto, como a reparação de danos às vítimas e a suspensão do exercício de conduzir veículo automotor por 03(três) meses, nos crimes de trânsito (LEITÃO, 2023).

Com relação as prestações pecuniárias, assim como os crimes que tiveram maior ocorrência nesta pesquisa, observa-se a utilização de diversos valores, não se conseguindo identificar um critério ou padrão uniforme de atuação que se justifique os valores pactuados nos Acordos de Não Persecução Penal analisados.

QUADRO 01. Delito x Variação dos valores nas prestações pecuniárias

Delito	Investigados	Valor a pagar	Prestação de serviço a comunidade
art. 304 e 297 do Código Penal	19 investigados	R\$: 1.260,00	período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços
	01 investigado	R\$: 7.200,00	pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços
	01 investigado	R\$: 1.212,00	04 (quatro) meses
artigo 14 da Lei nº 10.826/03	03 investigados	R\$ 1.212,00	08 (oito) meses
	01 investigados	R\$1.212,00	01 (um) ano e (quatro) meses
	02 investigados	01(um) salário mínimo	-
	01 investigado	-	08 (oito) horas por semana, em local designado pela Central de Penas e Medidas Alternativas
	01 investigado	R\$ 18.000,00	correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços
	01 investigado	-	01 (um) ano de prestação de serviço à comunidade
artigo 155, em suas formas qualificadas, do Código Penal	02 investigados	R\$1.212,00	08 (oito) meses
	01 investigado	R\$ 600,00	08 (oito) meses
	01 investigado	R\$ 500,00	-
	01 investigado	R\$ 4.363,00	-

Delito	Investigados	Valor a pagar	Prestação de serviço a comunidade
receptação	03 investigados	R\$1.212,00	04 (quatro) meses
	01 investigado	R\$1.212,00	08 (oito) meses
	01 investigado	R\$ 2.000,00	04 (quatro) meses
artigo 306 do Código de Trânsito	01 investigado	R\$ 1.796,00	pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços
	01 investigado	1.212.000	-

Fonte: dados da pesquisa elaborado pelos autores deste trabalho (LEITÃO, 2023).

Realizada a análise destes dados, passar-se-á a comparação entre eles, com enfoque nas prestações pecuniárias pactuadas, seus valores ou sua não inserção no ANPP, considerando a capacidade econômica do investigado, os fatos e a data, visando aferir a isonomia nas condições pactuadas entre os delitos investigados nas unidades do Ministério Público do Estado do Ceará pesquisadas.

2.2 COMPARAÇÃO DOS DADOS, CRITÉRIOS E ISONOMIA DAS PRESTAÇÕES PECUNIÁRIAS

A comparação será realizada mediante análise dos ANPPs divididos em tópicos por tipos de crime, visando facilitar a identificação e comparação das condições estipuladas em cada espécie de delito.

2.2.1 CRIMES DO ARTIGO 304 c/c ARTIGO 297 DO CÓDIGO PENAL

O crime de maior ocorrência no período da pesquisa foi o do artigo 304 c/c artigo 297 do Código Penal. Observa-se que 21 (vinte e um) dos investigados cometeram, em tese, o delito referido. Destes, 19 (dezenove) firmaram ANPP se obrigando à prestar serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução e pagar prestação pecuniária no valor de R\$ 1.260,00

(um mil e duzentos e sessenta reais), valor mínimo previsto na forma dos artigos 28-A, IV do Código de Processo Penal e 45 §1º do Código Penal, com vencimento da primeira parcela até 30 (trinta) dias após a audiência de homologação do acordo (LEITÃO, 2023).

Quanto aos outros 02 investigados, um prestará serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços e reparará o dano, em local a ser indicado pelo juízo da execução e pagará prestação pecuniária no valor de R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais) e o outro prestará serviços à comunidade por período correspondente a 04 (quatro) meses, à razão de 08 (oito) horas por semana, em local designado pela Central de Penas e Medidas Alternativas e pagará prestação pecuniária no valor de R\$1.212,00 (um mil, duzentos e doze reais) (LEITÃO, 2023).

Comparando as prestações pecuniárias firmadas no âmbito dos acordos acima relatados, vislumbra-se que 19 (dezenove) inseriram prestação pecuniária com valores idênticos e 01(um) muito aproximado. Tendo uma prestação pecuniária apresentado valor destoante, bem superior aos demais, totalizando R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais). Os 20 (vinte) acordos que apresentaram valores idênticos ou aproximados, foram pactuados por investigados que possuem condições financeiras equivalentes. Nenhum possui profissão cujo exercício demande diploma de nível superior, ou, de alguma forma, conste nos autos que tenha condição financeira que destoasse dos demais investigados. Estes investigados são: 02 (dois) auxiliares de produção, 03 (três) operadores de máquinas, 02 (dois) vigilantes, 02 (dois) desempregados, 01 (um) técnico da informação, 01 (um) promotor de vendas, 01 (um) operador de produção, 01 (um) empilhador, 01(um) operador, 01 (um) cortador, 01 (um) auxiliar de expedições, 01 (um) costureiro, 01 (um) porteiro, 01(um) policial militar e 01 (um) designer (LEITÃO, 2023).

O investigado que firmou a prestação pecuniária no valor de R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais), é comerciante, possui 46 (quarenta e seis) anos de idade, sexo masculino, sem informação de cor, residente em Fortaleza/CE. Consta que o investigado citado dirigia um veículo automóvel Volkswagen, modelo gol, ano 2002 e ao parar em uma *blitz* para averiguação de regularidade do veículo, apresentou uma carteira nacional de habilitação falsa (LEITÃO, 2023).

A condição financeira do autuado, pelo que consta dos autos e das informações coletadas, não diverge dos demais investigados pelo mesmo delito, como: um policial militar residente em Maranguape/CE, um designer que trabalha em uma agência de comunicação em Maracanaú e residente em Pacatuba/CE ou um técnico da informação residente em Maracanaú. Aquele cometeu, em teste, o mesmo delito dos demais investigados objetos desta comparação, artigo 304 c/c artigo 297 do Código Penal, estando, portanto, sujeito as mesmas penas privativas de liberdade que os demais 20 (vinte) investigados.

Como exposto no item 01 (um), a prestação pecuniária deve ser fixada atentando à situação financeira do acusado de modo a não prejudicar sua vida financeira, tampouco, deve ser fixada em valor irrisório que sequer seja sentida como sanção. A fixação da prestação pecuniária deve guardar proporcionalidade com a pena privativa de liberdade aplicada.

Analisando as circunstâncias do caso concreto não se vislumbra nenhum fundamento, nos moldes do artigo 45, §1º do Código Penal ou até mesmo dos 08 (oito) fatores presentes no artigo 59 da lei substantiva penal, para pactuação de cláusula tão destoante dos demais Acordos de Não Persecução Penal realizadas no Município de Maracanaú no período pesquisado. Percebe-se que para os demais investigados foram estipulados nos Acordos de Não Persecução Penal as prestações pecuniárias mínimas, equivalentes à 01 (um) salário mínimo, enquanto para o investigado que apresentava condições financeiras aproximadas, o valor de R\$ 7.200,00 (sete mil e duzentos reais), equivalente à, aproximadamente, 06 (seis) salários mínimos.

Apesar de o ANPP que previu prestação pecuniária no valor mais alto se tratar de uso de uma carteira nacional de habilitação falsa perante os agentes de segurança pública do estado, enquanto os demais tratam-se de uso de atestados médicos falsos perante os empregadores, e que essa diferença poderia ter influenciado nas tratativas do negócio penal ante a necessidade, na visão dos pactuantes, de estipular valor adequado à especificidade do caso concreto, visando proteger, de forma suficiente, o bem jurídico tutelado, vislumbra-se que deve se compreender que o instrumento em análise não serve para tutelar eventual gravidade abstrata (LAI, 2020, p. 181) causada pela direção do investigado sem a licença para dirigir, vez que tal conduta, sem o necessário perigo de dano, é atípico.

Não se pode com base em uma avaliação do potencial perigo em abstrato gerado pelo uso de um documento falso para dirigir sem capacidade técnica, concluir que a pena pecuniária que deve ser pactuada e arcada pelo investigado seja aproximadamente 06 (seis) vezes maior do que os demais investigados. Não constam nos autos que a conduta do investigado tenha sido reprovável, ter causado danos a terceiros ou, de forma concreta, ter produzido consequências relevantes.

Seria aceitável, dentro de uma perspectiva negocial, que a circunstância apresentada tivesse o condão de majorar a proposta e consequente pactuação da prestação pecuniária em o dobro ou até mesmo o triplo do valor dos negociados pelos demais investigados. Vislumbra-se injustificável, entretanto, a fixação de uma prestação pecuniária quase 06 (seis) vezes mais elevada que os demais investigados, sem qualquer circunstância fática mais grave que fundamente tamanha diferença. Apesar da liberdade interpretativa concedida ao Ministério Público, o ANPP não pode ser instrumento de decisionismos e arbitrariedades interpretativas, ou seja, um mundo jurídico em que cada um interpreta como melhor lhe convém (RESENDE, 2020, p. 1562).

2.2.2 CRIMES DO ARTIGO 14 DA LEI Nº 10.826/03

Passar-se-á a analisar a prestação pecuniária no crime que foi o segundo maior em quantidade de ANPP. Como exposto no gráfico 02 (dois), o segundo delito de maior ocorrência no período da pesquisa foi o do artigo 14 da Lei nº 10.826/03. Entre os 09 (nove) investigados que celebraram ANPP quanto ao delito citado, contata-se que 07 (sete) pactuaram prestações pecuniárias inserindo também prestações de serviços à comunidade com variação no período da prestação de serviço. Outro pactuou no ANPP à perda da fiança anteriormente paga para o estado e prestação de serviços à comunidade. E o último celebrou Acordo de Não Persecução Penal, sem previsão de prestação pecuniária, prevendo apenas 01 (um) ano de prestação de serviço à comunidade em local a ser indicado pelo juízo da execução.

Vislumbra-se mesmo tendo como objeto a mesma prática delitiva, houve diversos formatos de Acordos de Não Persecução Penal, havendo acordos prevendo apenas pagamento de prestação pecuniária, outros

prevendo apenas prestação de serviço e outros prevendo ambos. A 1º Promotoria de Justiça de Maracanaú firmou 03 (três) ANPPs. Em 02 (dois) deles previu apenas a prestação pecuniária equivalente à 01 (um) salário mínimo, enquanto no outro previu apenas prestação de serviço à comunidade, sem qualquer prestação pecuniária. A 5º Promotoria de Justiça de Maracanaú, por sua vez, firmou 05 (cinco) ANPPs face o delito do artigo 14 da lei nº 10.826/03, sendo que em 04 (quatro) constou a prestação pecuniária equivalente à um salário mínimo, bem como a prestação de serviços à comunidade variando entre 08 (oito) meses à 01(um) ano e 04 (quatro) meses e 01 (um) previu a perda da fiança paga no valor de R\$ 1.200,00 (um mil e duzentos reais) e prestação de serviço comunitária de 04 (quatro) meses. A 6º Promotoria de Justiça de Maracanaú, previu um ANPP, constando prestação de serviço à comunidade ou a entidades públicas por período correspondente à pena mínima cominada ao delito diminuída de um a dois terços, em local a ser indicado pelo juízo da execução, bem como prestação pecuniária no valor R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais).

Há uma atuação não uniforme entre as unidades ministeriais nos Acordos de Não Persecução Penal referente ao delito do artigo 14 da lei nº 10.826/03. A 5º Promotoria de Justiça de Maracanaú e a 6º Promotoria de Justiça de Maracanaú, nos exercícios de suas discricionariedades, propõem e somente celebraram ANPPs com prestações pecuniárias e prestações de serviços, cumulativamente. Já a 1º Promotoria de Justiça de Maracanaú, no âmbito de sua discricionariedade, somente propõe e celebra ANPP com prestação pecuniária ou prestação de serviços, alternativamente.

Os investigados que tiveram seus inquéritos distribuídos para as 5º e 6º Promotorias de Justiça de Maracanaú e convergiram vontades para a realização do negócio penal, tiveram que negociar condições mais severas do que os investigados que tiveram seus inquéritos distribuídos para a 1º Promotoria de Justiça de Maracanaú. Estes se depararam com tratativas em que se discutia apenas uma condição para a pactuação do instrumento.

Comparando as prestações pecuniárias firmadas no âmbito dos acordos acima relatados, vislumbra-se que 06 (seis) inseriram prestações pecuniárias nos acordos no valor de R\$1.212,00 (mil duzentos e doze reais), equivalente a um salário mínimo, enquanto 01 (um) pactuou a

prestação pecuniária no valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), equivalente à 15 (quinze) salários mínimos. Outro investigado pactuou a perda de fiança anteriormente prestada na esfera policial no valor de R\$ 1.200,00 (mil e duzentos reais) e outro não inseriu prestação pecuniária no ANPP, utilizando unicamente a prestação de serviços à comunidade.

Entre os seis 06 (seis) acordos objetos do delito de porte de arma que apresentaram prestações pecuniárias em valores idênticos a um salário mínimo, observa-se que 05 (cinco) foram pactuados por investigados que possuem condições financeiras equivalentes. Nenhum destes possui profissão cujo exercício demande diploma de nível superior, ou, de alguma forma, conste nos autos que tenha patrimônio e condição financeira que destoasse dos demais investigados, tratando-se de: 01(um) gerente comercial, 01 (um) operador de máquina, 01 (um) comerciante, 01 (um) mecânico e 01 (um) gesseiro. Assim a fixação do valor mínimo previsto na forma dos artigos 28-A, IV do Código de Processo Penal e 45 §1º do Código Penal, atende à necessidade de tutelar de forma eficaz.

Entretanto, em relação ao investigado cujo a profissão é empresário, os autos apontam que este possuía uma condição econômica mais favorável. O investigado referido é empresário, empregando vários funcionários, possuindo 31 (trinta e um) anos de idade, sexo masculino, sem informação de cor, residente em uma casa própria em Maracanaú, Ceará. Consta que este dirigia um veículo automóvel Mitsubishi, modelo L-200, e ao parar em uma *blitz* para averiguação de regularidade do veículo, foi detido com uma pistola de calibre ponto quarenta.

Constata-se que no caso a fixação do valor mínimo previsto na forma dos artigos 28-A, IV do Código de Processo Penal e 45 §1º do Código Penal, apesar de atender a relação com a pena abstrata prevista no delito, não foi condizente com a situação econômica do investigado, apresentando-se como insuficiente para tutelar o bem penal, mostrando-se irrisório perante o contexto delitivo praticado e sua condição financeira. A prestação fixada no ANPP é desproporcional, e, portanto, não isonômica, com relação aos outros 05 (cinco) investigados referidos, que possuem condições financeiras inferiores ao empresário e praticaram os delitos em circunstâncias semelhantes. Este acordo, até a data da coleta dos dados da pesquisa, não foi objeto de análise pelo judiciário.

Registre-se ainda que a não isonomia entre os Acordos de Não Persecução Penal analisados se concretiza também na ausência da prestação pecuniária em um dos negócios penais pesquisados. Em um dos ANPPs firmados pela 1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú, onde o investigado era um profissional autônomo, não se fixou qualquer valor de prestação pecuniária, limitando-se o ANPP a prestação de serviços à comunidade, o que é bem menos severo do que os demais investigados que nas mesmas condições econômicas, cometeram o mesmo delito, na mesma cidade, no mesmo ano, em circunstâncias semelhantes e em razão da unidade ministerial que o inquérito foi distribuído, tiveram que além de prestar o serviço à comunidade, pagar uma prestação pecuniária no valor de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais).

Constata-se também que um ANPP firmado na 6ª Promotoria de Justiça de Maracanaú, apresentou prestação pecuniária com valor destoante, bem superior aos demais, totalizando R\$ 18.000,00 (dezoito mil) reais. O investigado possui nível superior, enquanto os demais, não apresentam profissão cujo exercício dependa de diploma superior. O investigado referido é engenheiro, com 51 (cinquenta e um) anos de idade, sexo masculino, sem informação de cor, residente em Fortaleza, Ceará. Consta que este, ao ser parado em uma *blitz* no posto da Polícia Rodoviária Estadual para averiguação de regularidade do veículo, foi detido com uma pistola calibre trezentos e oitenta.

A despeito de o investigado possuir nível superior, verifica-se que a prestação pecuniária foi firmada em valor bastante superior aos demais investigados, o que demanda uma avaliação mais apurada sobre a proporcionalidade e isonomia das condições pactuadas pelas partes. Analisando as circunstâncias do caso concreto não se vislumbra nenhuma culpabilidade exacerbada ou consequências do crime que justifiquem pactuação de cláusula tão destoante dos demais Acordos de Não Persecução Penal realizadas na comarca no período pesquisado. Percebe-se que para os demais investigados foram estipulados nos ANPPs prestações pecuniárias mínimas, equivalentes à 01 (um) salário mínimo, enquanto para o investigado o valor de R\$ 18.000,00 (dezoito mil reais), equivalente à 15 (quinze) salários mínimos.

Compreende-se que as circunstâncias aferidas, dentro do espaço da discricionariedade regrada dos Promotores de Justiça, têm o condão

de majorar a proposta e consequente pactuação da prestação pecuniária em valor mais alto do que o negociado pelos demais investigados. Vislumbra-se injustificável entretanto, a fixação de uma prestação pecuniária quase 15 (quinze) vezes mais elevada que os demais investigados, onde constam: gerente comercial, autônomo e comerciante. Os elementos indicativos acerca da condição financeira do investigado não autorizam a conclusão de que este tenha capacidade financeira tão acima dos demais, apta a justificar o pagamento de prestação pecuniária bem mais elevada.

2.2.3 CRIMES DO ARTIGO 180 *CAPUT* DO CÓDIGO PENAL

Passar-se-á a analisar a prestação pecuniária nos dois crimes que atingiram o terceiro maior número de Acordos de Não Persecução Penal. Dois delitos tiveram a terceira maior ocorrência no período da pesquisa, a receptação, artigo 180 *caput* do Código Penal e o furto, artigo 155 do Código Penal, em suas formas qualificadas. Passa-se a analisar primeiramente o delito de receptação. Entre os 05 (cinco) investigados que celebraram ANPP quanto ao delito previsto no artigo 180 *caput* do Código Penal, constatou-se que 04 (quatro) pactuaram prestações pecuniárias inserindo também prestações de serviços à comunidade com variações no período da prestação de serviço. Outro celebrou no ANPP a perda da fiança anteriormente paga para o estado e prestação de serviços à comunidade.

Vislumbra-se que quanto a este artigo específico, as cláusulas pactuadas foram homogêneas, seguindo o mesmo padrão nos ANPPs, onde 04 (quatro) acordos previram pagamento de prestação pecuniária no valor de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais) e prestação de serviços à comunidade entre 04 (quatro) à 08 (oito) meses. Apenas 01 (um) acordo previu a perda da fiança prestada em favor do estado, no valor de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais) e prestação de serviços à comunidade pelo período de 04 (quatro) meses. Todos os 05 (cinco) Acordos de Não Persecução Penal foram celebrados pela 5ª Promotoria de Justiça de Maracanaú. Quanto a condição econômica, observa-se que os pactuantes possuíam capacidade econômica aproximada, consistindo em: mecânico, marceneiro, estudante, autônomo e pedreiro.

2.2.4 CRIMES DO ARTIGO 155 DO CÓDIGO PENAL EM SUAS FORMAS QUALIFICADAS

Neste tópico, será analisado o crime do artigo 155 do Código Penal em suas formas qualificadas. Um dos 03 (três) crimes mais comuns durante o período da pesquisa foi o furto qualificado. Cinco investigados celebraram Acordos de Não Persecução Penal (ANPP) para este crime, com variações nas condições dos acordos. Entre os investigados, 03 (três) pactuaram ANPPs com prestações pecuniárias e serviços à comunidade, com diferentes períodos de serviço. Um investigado celebrou ANPP apenas com a reparação do dano. Outro investigado concordou com a reparação do dano e serviços à comunidade. Mesmo envolvendo o mesmo crime, houve diversos formatos de ANPPs, com alguns incluindo prestações pecuniárias e serviços à comunidade, outros com reparação do dano e serviços à comunidade e um com apenas a reparação do dano.

A 1ª Promotoria de Justiça de Maracanaú celebrou 01 (um) ANPP com reparação do dano no valor de R\$ 500,00 (quinhentos reais). A 5ª Promotoria de Justiça de Maracanaú celebrou 03 (três) ANPPs, sendo 02 (dois) com prestação pecuniária de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais) e 08 (oito) meses de serviços à comunidade, e 01 (um) com reparação do dano de R\$ 600,00 (seiscentos reais) e 08 (oito) meses de serviços à comunidade. A 6ª Promotoria de Justiça de Maracanaú celebrou 01 (um) ANPP com prestação pecuniária de R\$ 4.363,00 (quatro mil trezentos e sessenta e três reais) e serviços à comunidade. Os investigados tratados pela 1ª Promotoria tiveram apenas a reparação do dano como condição no ANPP. Os investigados tratados pela 5ª e 6ª Promotorias tiveram que negociar com condições mais severas, incluindo prestação pecuniária e serviços à comunidade ou reparação do dano e prestação pecuniária.

Comparando as prestações pecuniárias nos acordos, 02 (dois) investigados pagaram R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais), equivalente a um salário mínimo, enquanto 01 (um) pagou R\$ 4.363,00 (quatro mil trezentos e sessenta e três reais) equivalente a 3,5 (três e meio) salários mínimos. Entre os acordos com prestações pecuniárias de 01 (um) salário mínimo, 02 (dois) foram assinados por investigados com condições financeiras semelhantes, não possuindo profissões de nível superior e sem evidências de diferenças significativas em seu patrimônio.

No entanto, o ANPP com prestação pecuniária de R\$ 4.363,00 (quatro mil trezentos e sessenta e três reais) foi desproporcional em relação à condição econômica do investigado, que tinha uma situação financeira semelhante aos outros. Este investigado trabalha em um comércio local e cometeu um furto de objetos de baixo valor para sustentar seu vício em drogas. Apenas o último ANPP, com prestação pecuniária elevada, foi submetido ao controle do Poder Judiciário e homologado, apesar da manifesta desproporcionalidade. Observa-se uma falta de análise da isonomia entre os acordos firmados pelos investigados. Também é notável que um dos acordos não incluiu prestação pecuniária, limitando-se à reparação do dano, o que é menos severo em comparação com os demais investigados nas mesmas condições econômicas, que tiveram que pagar uma prestação pecuniária e realizar serviços à comunidade. Essas diferenças nos acordos levantam questões sobre a consistência e a equidade na aplicação da lei nos casos de ANPPs relacionados a furtos qualificados.

2.2.5 CRIMES DO ARTIGO 306 DO CÓDIGO DE TRÂNSITO BRASILEIRO

Será analisado o delito do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Conforme o Gráfico 02 (dois), o quarto delito mais comum durante o período da pesquisa foi o do artigo 306 do Código de Trânsito Brasileiro. Dos 02 (dois) investigados que concordaram com o Acordo de Não Persecução Penal (ANPP) para esse delito, um concordou em prestar serviços à comunidade ou entidades públicas, pagar uma quantia em dinheiro, perder a fiança paga anteriormente e ter sua habilitação suspensa por 30 (trinta) dias. O outro celebrou um ANPP que incluía uma prestação pecuniária e a perda do valor pago como fiança. Observou-se que, embora ambos tenham cometido o mesmo delito, foram acordadas condições diferentes nos ANPPs. O primeiro ANPP tinha quatro cláusulas mais rigorosas, incluindo uma prestação pecuniária mais alta, serviços à comunidade, perda da fiança e suspensão da habilitação, enquanto o segundo tinha apenas duas cláusulas, uma prestação pecuniária menor e a perda da fiança.

Ambos os acordos foram estabelecidos pela 6ª Promotoria de Justiça de Maracanáu. O primeiro ANPP estipulou uma prestação pecuniária de R\$ 1.796,00 (mil setecentos e noventa e seis) e a perda de uma fiança

de R\$ 2.500,00 (dois mil e quinhentos reais), enquanto o segundo previa uma prestação pecuniária de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais) e a perda de uma fiança de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais). O primeiro investigado, apesar de concordar com condições mais severas, não apresentou uma condição econômica significativamente diferente do segundo investigado. Ambos eram autônomos, sem profissões que exigissem diploma de nível superior e sem evidências de diferenças financeiras substanciais. Não há nenhuma circunstância nos autos apontando para reprovação exacerbada da conduta do primeiro investigado ou que o delito cometido por este tenha produzido consequências graves.

Portanto, a fixação de uma prestação pecuniária superior ao salário mínimo no primeiro ANPP não condizia com a situação econômica do investigado e os elementos dos autos, criando uma falta de equidade em relação ao segundo investigado que cometeu o mesmo delito. Isso se torna mais evidente quando se considera que o primeiro investigado pagou mais do que o dobro da fiança perdida. Os dois acordos foram avaliados pelo Poder Judiciário e homologados em datas diferentes, concluindo que preenchiam os requisitos legais e não eram inadequados, insuficientes ou abusivos.

É importante observar que a falta de equidade entre os acordos também se reflete na inclusão de serviços à comunidade e na suspensão da habilitação por 30 (trinta) dias apenas no primeiro acordo. Em resumo, a prestação pecuniária proposta e acordada no primeiro ANPP não foi isonômica em relação ao segundo investigado com condições econômicas e fáticas semelhantes, o que destaca a desigualdade entre os acordos.

CONCLUSÃO

Após a análise dos dados podemos concluir que, apenas nos ANPPs que tiveram como objeto os delitos previstos no artigo 180 *caput* do Código Penal, foi possível identificar um padrão uniforme na atuação do Ministério Público. O delito referido teve 05 (cinco) ocorrências no período da pesquisa. A 5ª Promotoria de Justiça de Maracanaú foi responsável por realizar estes 05 (cinco) acordos. Neles foram identificados investigados com condições econômicas semelhantes, estabelecendo

sempre um padrão de prestação pecuniária no valor de R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais) e prestações de serviço à comunidade com variação mínima em 04 (quatro) meses nos acordos. O único acordo que não inseriu a prestação pecuniária nas cláusulas, previu no ANPP a perda de fiança anteriormente paga na esfera policial no mesmo valor, qual seja R\$ 1.212,00 (mil duzentos e doze reais), tendo o investigado, portanto, se obrigado a mesma quantia financeira dos demais. Neste último acordo também foi previsto prestação de serviços à comunidade no período de 04 (quatro) meses.

Nos inquéritos que deram origem a estes acordos não constava qualquer fato que apontasse que as condições pactuadas entre estes teriam sido desproporcionais. Constatou-se que os investigados negociaram a partir de propostas padronizadas e, após a convergência de vontade das partes, chegaram em acordos com condições semelhantes, proporcionais às suas condições econômicas e as circunstâncias dos delitos investigados.

O fato de todos os ANPPs cujos objetos foram os delitos de recepção terem sido realizados pelo mesmo órgão ministerial teve influência decisiva para a pactuação uniforme, vez que a atuação reiterada de uma unidade com a utilização do mesmo critério em todas as investigações que tramitaram na referida promotoria concretizou a isonomia entre os investigados, preservando seus direitos fundamentais.

Em relação aos demais delitos que tiveram mais de uma ocorrência na pesquisa, 21 (vinte e um) artigos 304 e 297 do Código Penal, 09 (nove) artigos 14 da Lei nº 10.826/03, 05 (cinco) artigos 180 *caput* do Código Penal, 05 (cinco) artigos 155 do Código Penal, em suas formas qualificadas, 02 (dois) artigos 306 Código de Trânsito, não foi possível identificar um padrão de atuação uniforme e proporcional do Ministério Público. Apesar de se aferir que em alguns acordos as condições financeiras dos investigados são claramente levadas em consideração para a proposta, negociação e fixação das prestações pecuniárias, não é possível identificar a existência de um critério minimamente uniforme na atuação das três unidades ministeriais pesquisadas quando se deparam com os mesmos delitos em circunstâncias de culpabilidade, reprovabilidade e consequências semelhantes. Ao contrário, pode-se afirmar que, com exceção as hipóteses dos artigos 180 *caput* do Código Penal, não é possível identificar um padrão de atuação nos acordos.

O que se observa é que, dentro do limite da discricionariedade existente nos artigos 28-A, IV do Código de Processo Penal e 45 do Código Penal, cada ANPP é proposto e convencionado de forma casuística, sem orientação dos fatores existentes no artigo 59 do Código Penal, lançando mão de arbitramentos próprios para o caso específico, sem maiores preocupações com parâmetros ou requisitos que foram utilizados anteriormente em casos similares. Assim, em regra, pode-se afirmar que na cidade de Maracanaú entre janeiro e dezembro de 2022, as unidades do Ministério Público do Estado do Ceará não adotaram parâmetros para estipular propostas e estabelecer, dentro dos Acordos de Não Persecução Penal, valores de prestações pecuniárias proporcionais aos crimes praticados.

Além disso, entre janeiro e dezembro de 2022, os ANPPs realizados não respeitaram a isonomia na aplicação da lei penal para casos semelhantes no mesmo lapso temporal, estabelecendo condições discrepantes e desproporcionais para investigados em situações semelhantes, ferindo seus direitos fundamentais, expondo, concretamente, uma disfuncionalidade da justiça penal negociada e de parte do sistema de persecução penal brasileiro.

A justiça penal negociada, apesar de seu espaço de barganha e consenso, não foi idealizada como um instrumento para fragilizar princípios constitucionais, isonomia e os direitos fundamentais dos investigados. O ANPP há que se traduzir em um instrumento seguro de concretização do direito material, devendo para tanto, ser utilizado, notadamente pelo Ministério Público, de forma uniforme e racional.

A constatação identificada aponta que esta situação pode estar ocorrendo em outras unidades do Ministério Público brasileiro, tendo o condão de ensejar transgressões aos direitos fundamentais de grandes números de investigados. Imperioso prosseguir esta pesquisa a nível estadual e nacional, com o objetivo de aferir a ocorrência do fenômeno em outros estados. Na hipótese de confirmação do caráter nacional do problema indicado nesta pesquisa, sugere-se alteração normativa visando estabelecer o critério dia-multa, conforme previsto no artigo 49 do Código Penal, como balizador das propostas e pactuação das prestações pecuniárias no âmbito do ANPP. A modificação se justifica pela equivalência legal feita entre a multa e a prestação pecuniária no ordenamento jurídico brasileiro, bem como que o sistema dia-multa é consolidado no

ordenamento jurídico brasileiro e jurisprudência, sendo utilizado sem ensejar disfuncionalidade no sistema de persecução penal.

A situação identificada há que ser corrigida, sob pena da atuação dos integrantes do sistema de justiça deslegitimarem a utilização do instrumento ao ponto em que este se torne um indutor para uma persecução penal disfuncional. A correção é possível, como se pode extrair nos acordos que trataram das hipóteses do artigo 180 *caput* do Código Penal. A adoção de uma atuação mais uniforme, padronizada e com critérios mais definidos para cada delito e suas circunstâncias, demonstra que é possível otimizar a utilização do instituto.

O Ministério Público do Estado do Ceará deve aperfeiçoar sua atuação, notadamente nas promotorias de justiça criminais de Maracanaú, mediante ações político-institucionais voltadas para a coordenação e padronização das atuações dos órgãos, orientando a atuação destes através do Centro de Apoio Operacional Criminal, mediante elaboração de normas internas, recomendações e notas técnicas acerca das condições, critérios, valores e padrões, a serem realizados nas propostas e pactuações nos âmbitos dos Acordos de Não Persecução Penal, criando subsídios para o aperfeiçoamento da atuação de seus órgãos na justiça penal negociada.

REFERÊNCIAS

ABRAÃO, Pauliane do Socorro Lisboa; LOURINHO, Victória A. dos Santos. O acordo de não persecução penal e a discricionariedade do ministério público. *In*: BRASIL. Ministério Público Federal. Câmara de Coordenação e Revisão. *Inovações da Lei nº 13.964, de 24 de dezembro de 2019*. Brasília: MPF, 2020.

BIZZOTO, Alexandre; SILVA, Denival Francisco da. *Acordo de Não Persecução Penal*. São Paulo: Dialética, 2020.

CEARÁ. Ministério Público do Estado do Ceará. *Portaria nº 7126*, de 20 de janeiro de 2023a. Fortaleza, CE, 20 fev. 2023.

CEARÁ. Ministério Público do Estado do Ceará. Ato Normativo nº 145/2020/PJG-CE, de 07 de dezembro de 2020. *Ato Normativo*. Fortaleza, CE, 07 dez. 2020.

DEMERCIAN, Pedro H.; MALULY, Jorge A. *Teoria e Prática dos Juizados Especiais Criminais*. São Paulo: GEN, 2008.

JULIO, Maurício Duce. Los Procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas em Chile: resultados de una investigación empírica. *Revista de Derecho (Coquimbo)*, v. 26, 2019. ISSN:0718-9753.

LAI, Sauvei. Primeiras impressões sobre o acordo de não persecução penal. *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*. Rio de Janeiro, n. 75, p. 179-186, 2020.

LANGER, Máximo. Dos Transplantes Jurídicos às Traduções Jurídicas: a globalização do *plea bargaining* e a tese da americanização do processo penal. *Delictae: Revista de Estudos Interdisciplinares sobre o Delito*, v. 2, n. 3, p. 19-115, jul./dez. 2017.

LEITÃO, Iuri Rocha. *Variações na aplicação dos acordos de não persecução penal em Maracanaú: um estudo de caso*. 2023. 128f Fortaleza. Disponível em: <https://biblioteca.sophia.com.br/terminal/9575/acervo/detalhe/581782>. Acesso em: 23 out. 2023.

LEITÃO, Iuri; SANTIAGO, Nestor; SOARES FILHO, Sidney. Variations in the application of criminal non-prosecution agreements in Maracanaú/CE: a case study in the dosimetry of the pecuniary benefits penalty. Figshare, dataset, 2024. <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.27041881.v1>

MILAGRES, Marcelo de Oliveira; CRISTÓFORO, Pablo Gran. *Juizado especial criminal*. Indaiatuba-SP: Editora Foco, 2021.

RESENDE, Augusto César Leite de. direito (subjeto) ao Acordo de Não Persecução Penal e Controle Judicial: Reflexões Necessárias. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 6, n. 3, p. 1543-1582, set./dez. 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.347>

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. Juizado Especial Criminal: Experiência que deu certo. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 12, p. 18-123, out./dez. 1995.

VASCONCELLOS, Vinicius G. *Acordo de Não Persecução Penal*. São Paulo: RT, 2022.

Authorship information

Nestor Eduardo Araruna Santiago. Doutor em Direito, com estágio pós-doutoral. Professor Titular da Universidade de Fortaleza. Professor Associado da Universidade Federal do Ceará, Fortaleza, Ceará, Brasil. nestorsantiago@unifor.br.

Sidney Soares Filho. Doutor em Direito. Professor Doutor da UNIFOR, Fortaleza, Ceará, Brasil. Sidney@unifor.br

Iuri Rocha Leitão. Mestre em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza-CE (UNIFOR). Especialista em Direito Constitucional e Processo Constitucional pela Universidade Estadual do Ceará (UECE). Promotor de Justiça no Estado do Ceará. iurirl@hotmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Nestor Eduardo Araruna Santiago:* conceptualization, methodology, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Sidney Soares Filho:* conceptualization, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Iuri Rocha Leitão:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 23/01/2024
- Desk review and plagiarism check: 20/02/2024
- Review 1: 23/04/2024
- Transfer to V10N3: 29/04/2024
- Review 2: 13/08/2024
- Review 3: 26/08/2024
- Preliminary editorial decision: 02/09/2024
- Correction round return: 17/09/2024
- Final editorial decision: 29/09/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SANTIAGO, Nestor E. A.; SOARES FILHO, Sidney; LEITÃO, Iuri R. Variações na aplicação dos acordos de não persecução penal em Maracanaú/CE: um estudo de caso sobre a dosimetria da pena de prestação pecuniária. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e969, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.969>




License Creative Commons Attribution 4.0 International.


A persecução penal dos crimes dos poderosos na América Latina: um estudo comparado entre Brasil e Chile

Prosecuting the crimes of the powerful in Latin America: a comparative study between Brazil and Chile

Chiavelli Facenda Falavigno¹


Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, SC, Brasil
chiavelli.falavigno@gmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/9833644727888072>

 <http://orcid.org/0000-0002-7264-2171>

Claudio González-Guarda²

Universidade do Chile – Santiago, Chile
claudiogonzalez@gobierno.uchile.cl

 <http://orcid.org/0000-0002-1561-4641>

RESUMO: O presente artigo parte do marco teórico da criminalidade dos poderosos para analisar as reações político-criminais geradas por fatos de grande repercussão envolvendo esse tipo de criminalidade em dois países da América Latina, quais sejam, Chile e Brasil. Os eventos concretos são o denominado caso de colusão de farmácias e de financiamento partidário fraudulento no Chile, e no Brasil, os eventos que redundaram na chamada Operação Lava jato. A investigação é qualitativa, e as metodologias utilizadas serão o estudo de caso e a análise comparada. Busca-se responder a seguinte pergunta: qual a reação político-criminal adotada por cada país e quais foram suas

¹ Estágio pos doutoral em política legislativa penal pela Universidade de Málaga, Doutora em direito penal pela USP com sanduíche pela Universidade de Hamburgo, professora adjunta de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina.

² Dr. en Derecho y Ciencias sociales por la Universidad de Málaga. Profesor Asistente de la Facultad de Gobierno de la Universidad de Chile.

consequências? O objetivo principal da pesquisa é verificar semelhanças e diferenças entre o ocorrido nos dois países, constatando os principais motivos pelos quais, no Brasil, não houve o aproveitamento da janela de oportunidade para realizar mudanças efetivas e estruturais no enfrentamento do fenômeno. O artigo se divide nas seguintes etapas: a) definição das principais características da criminalidade dos poderosos e das dificuldades em sua teorização, mapeamento e enfrentamento; b) uma breve descrição do ocorrido no Chile e no Brasil, respectivamente; c) análise comparada das principais diferenças entre as reações político-criminais ocorridas nos dois países, bem como suas possíveis explicações.

PALAVRAS-CHAVES: criminalidade dos poderosos; reação político-criminal; criminalidade na América Latina; delitos econômicos; operação Lava Jato.

ABSTRACT: *This article draws on the theoretical framework of the Crimes of the powerful to analyze the political and criminal reactions generated by high-profile events involving this type of criminality in two Latin American countries, Chile and Brazil. The specific events are the so-called case of collusion of pharmacies and of fraudulent party financing in Chile, and in Brazil, the events that will result in the Lava Jato Operation. This is a qualitative investigation. The methodologies used will be case studies and comparative analysis. The main question is: what is the political-criminal reaction adopted by each country and its consequences? The main objective of the research is to verify similarities and differences between what happened in the two countries, and to ascertain the main reasons why, in Brazil, the window of opportunity was not used to make effective and structural changes in dealing with the phenomenon. The article is divided into the following stages: a) definition of the main characteristics of the criminality of the powerful and the difficulties in theorizing, mapping and dealing with it; b) a brief description of what happened in Chile and Brazil, respectively; c) a comparative analysis of the main differences between the political criminal reactions in the two countries, as well as their possible explanations.*

KEYWORDS: *Crimes of the powerful; political criminal reaction; criminality in Latin America; economic crimes; Car Wash Operation.*

INTRODUÇÃO

O estudo da criminalidade dos poderosos, sobretudo em países do sul global, onde suas consequências são sofridas de forma mais contundente, tem se tornado uma prioridade na agenda das ciências criminais, seja do ponto de vista dogmático, criminológico ou político-criminal. Hoje, comportamentos criminosos como corrupção, crimes financeiros e outros com alto poder de danificar estruturas sociais, individuais e políticas, são normalmente enquadrados na nomenclatura (CHAMBLISS, 1989; ROTHE & KAUZLARICH, 2016).

A verdade é que o crime dos poderosos é um conceito que começa a ganhar corpo numa literatura cada vez mais abundante (BARAK, 2015a). Este conceito, certamente ainda difuso, permitiu-nos, de qualquer forma, enquadrar um conjunto de comportamentos criminosos para os quais a ideia de crime de colarinho branco parece estreita (BRAITHWAITE, 1985).

Compreender quais condutas e atores fazem parte desse fenômeno, quais os critérios que o definem (se as características do agente, a lesão ao bem jurídico já consagrado na norma, a perspectiva das vítimas e do dano social etc.) e quais os dados reais de ocorrência dessa forma de criminalidade (e as dificuldades em gerar tais dados) é essencial para que se possa refletir a respeito das diversas formas de enfrentar o fenômeno do ponto de vista da reação político-criminal.

Das muitas ideias expressas na literatura sobre o crime dos poderosos, é que, apesar da certeza de sua existência, e mesmo de investigações criminais abertas contra esses “agentes poderosos”, a impunidade estrutural continua a ser mantida (GRACIA-MARTIN, 2003) ou a impunidade sistêmica (FIEDRICHS, 2015). Talvez a manifestação mais evidente de impunidade seja a resistência do sistema penal em sofrer modificações para punir ou ampliar condutas ligadas ao crime de poderosos. Esta imobilidade do sistema ocorre apesar da existência de “eventos criminais críticos”, como grandes casos de corrupção ou crime corporativo.

A reação político criminal não se confunde com a opinião pública, pois ocorre de forma mais institucionalizada e orgânica (PONT, 1984, p. 221), podendo ser subdividida basicamente em dois grupos de estratégias: preventivas e repressivas. As estratégias preventivas, nesses casos, se dão muitas vezes com a participação do setor privado, como ocorre na

implementação dos chamados programas de integridade. Estes também podem gerar efeitos após a prática delitiva, com o uso de instrumentos como as investigações internas, ou mesmo o pleito de que a adesão a ditos programas possa, eventualmente, minorar a culpabilidade dos agentes.³

No que tange às estratégias repressivas, estas se refletem principalmente por meio da criminalização dessas condutas. Contudo, a visão macroestrutural de dita criminalidade traz à luz uma complexidade que vai além da categorização normativa, levando ao questionamento de se é, de fato, possível a sua punição efetiva, diga-se, a responsabilização de seus atores centrais. Isso por que dita criminalidade se encontra indissociavelmente ligada ao sistema econômico vigente e seus estímulos por lucro e consumo. Seus perpetradores são, na maioria das vezes, pessoas que se encontram não apenas plenamente integrados a esse sistema, mas também ocupando seus cargos de poder e participando de seus principais centros decisórios, como gestores de governos ou CEO de grandes corporações.

Nesse trabalho, diferentes reações político-criminais geradas em dois países da América Latina após escândalos envolvendo criminalidade corporativa são comparadas. Busca-se responder à seguinte questão: qual a reação político-criminal adotada em cada país e quais foram suas consequências? Enquanto, no primeiro caso, a repercussão dos fatos levou à alteração legislativa específica para o setor, no segundo, o manejo político das investigações e da ação penal resultou na perda da janela de oportunidade de um debate racional e não contingente sobre a matéria.

1. METODOLOGIA

A pesquisa é de caráter qualitativo, uma vez que procura explorar e aprofundar as consequências político-criminais que determinados episódios de criminalidade dos poderosos que ocorreram nos países estudados. Serão utilizadas duas metodologias: a) o estudo de caso e b) o método comparado. Se entende que, em regra, a pesquisa multi-métodos permite uma análise mais completa do objeto estudado. Essa combinação

³ Posicionamento adotado na dosimetria de sanções administrativas pelo artigo 7º, VIII, da Lei 12.846, a chamada Lei Anticorrupção brasileira.

é sugerida quando há poucas unidades de análise (N=2), mas possuem alta riqueza de conteúdo (GERRING, 2007; LANDMAN, 2008).

Com os estudos de caso, se pretende realizar o exame do que ocorreu naquela situação específica descrita a respeito dos pontos centrais abordados, não havendo o escopo de se extrair teorias gerais ou de se descrever em detalhes todos os fenômenos envolvidos em cada contexto. De acordo com o escopo desse trabalho, serão priorizados os relatos a respeito da reação político-criminal. O trabalho não tem como objetivo analisar o processo ou alguma decisão judicial específica. Será priorizada a descrição do contexto em que as decisões foram tomadas, o que será feito dentro dos limites desse artigo.

Por fim, a análise comparada se dá com o pequeno número de casos (o ocorrido no Chile e no Brasil), que serão harmonizados, verificando-se: a) se podem ser entendidos como exemplos do mesmo fenômeno (tipo de criminalidade) e b) se é possível mapear as razões que justifiquem as diferenças na reação político-criminal ocorrida em cada caso (COLLIER, 1992, p. 24-31). Como se sabe, nos últimos anos tem havido um desenvolvimento crescente da política criminal comparada (CAVADINO & DIGNAN, 2006; LAPPI-SEPPÄLLÄ, 2008; DÍEZ-RIPOLLÉS & GARCÍA-ESPAÑA, 2020), embora os seus fundamentos ainda se baseiem principalmente no que está posto por outras disciplinas, especialmente pela ciência política (BECERRA, 2023). A verdade é que o método comparativo permitirá, no caso, determinar os padrões de semelhanças e diferenças em um pequeno número de casos (COLLIER, 1992), maximizando suas semelhanças para observar os diferentes resultados ocorridos no Chile e no Brasil. Além disso, permite avaliar e interpretar esses casos a partir de uma perspectiva teórica, em nossa pesquisa “o crime dos poderosos” (BAUTISTA, 2019). Em terceiro lugar, facilita o controle das generalizações de cada caso específico (SARTORI, 1994).

O recorte geográfico se justifica pela perspectiva decolonial, partindo-se da premissa que, em que pese grande parte das corporações tenham sua sede financeira em países do norte, são os países do sul global os locais onde ocorre a maior parte de seus delitos, onde são sofridos os danos e onde reside o maior número de vítimas (VIEIRA, 2018, p. 2). Sobre as escolhas de Chile e Brasil, para além de serem os países onde pesquisam os autores desse artigo, tem-se algumas características

semelhantes, como a adesão ao neoliberalismo, o fato de serem países bastante industrializados na região e a ocorrência, em ambos, de recentes escândalos de criminalidade corporativa envolvendo setor público e privado. Brasil ainda se destaca por ser um dos principais polos econômicos da América Latina, detentor do maior PIB, e pelo caráter transnacional de seus delitos empresariais. Chile é o país que possui o maior IDH da região, e no qual foi publicada, no ano de 2023, lei precursora no trato da questão central desse trabalho.

Tais premissas podem ser esquematizadas nos seguintes critérios:

a) Critério geográfico: ambas são sociedades do sul global, portanto, poderíamos estudá-las dentro do mesmo prisma epistêmico (VIEIRA, 2018). Isto é relevante porque o quadro teórico dos crimes dos poderosos foi especialmente desenvolvido no chamado norte global, tornando urgente o desenvolvimento desta agenda de investigação no nosso contexto.

b) Critério de crise sócio-política: em ambos os países estes episódios criminológicos conduziram a crises político-sociais profundas, o que é relevante para ver os fatores que promoveram ou omitiram transformações institucionais. Além disso, os casos comparados ocorreram em períodos próximos.

c) Critério do modelo econômico: embora com nuances, ambos os países podem ser descritos como capitalistas, com forte acento de neoliberalismo. Isto é relevante porque os casos de crimes cometidos por poderosos selecionados estão fortemente relacionados com a falta de regulação do modelo econômico ou ocorrem nas zonas cinzentas da relação público-privada;

d) Critério de cultura jurídica: os sistemas jurídicos penais em ambos os contextos, apesar das suas diferenças, são herdeiros da mesma matriz do direito penal continental europeu. O que nos permite observar as reformas da legislação penal em ambos os contextos, peça-chave para avaliar a reação política criminosa que comparamos.

Os casos foram escolhidos por serem exemplos do fenômeno ora tratado que ocorreram em períodos semelhantes e geraram grande repercussão midiática. Ainda, levou-se em consideração que o surgimento do crime de poderosos e sua “reação político-criminosa”, seja por ação ou omissão, ganhou destaque em ambos os contextos nacionais (caso de conluio no Chile e da Lavajato no Brasil, por exemplo). Portanto, ambos

os episódios se tornam sugestivos objetos de pesquisa. Da mesma forma, este objeto oferece informações ricas; acessibilidade e relevância teórica.

O marco teórico utilizado para a análise dos dados será o da Criminalidade dos Poderosos, ancorando-se o conceito central na perspectiva de Gregg Barak e nos desenvolvimentos posteriores de suas ideias, enfatizando-se a perspectiva de pesquisadoras e pesquisadores sul americanos, pelos motivos já indicados. O ponto será aprofundado no tópico a seguir.

2. CRIMINALIDADE DOS PODEROSOS: CONCEITUAÇÃO E PRINCIPAIS PROBLEMAS NO SEU MAPEAMENTO E ENFRENTAMENTO

Delimitar os critérios que podem caracterizar a criminalidade dos poderosos se faz importante para os passos seguintes dessa investigação.

Em termos teóricos, é comum que se relacione a criminalidade dos poderosos aos chamados crimes de colarinho branco, que tem em Sutherland sua primeira referência, por meio da teoria da associação diferencial (SUTHERLAND, 1940, p. 10). No entanto, ainda que se possa vislumbrar características semelhantes nos dois fenômenos, estas ideias não se confundem.

O próprio Sutherland utiliza o termo “White-collar crime” em diferentes sentidos e com significados diversos, não havendo suficiente definição a seu respeito. Sua aplicação prática muitas vezes abrange atores que não são exatamente detentores de poder, como casos de desvio de dinheiro por funcionários de empresas (FREIDRICH, 2015, p. 43; RUGGIERO, 2001, p. 164). Para ANIYAR DE CASTRO, estes seriam falsos delitos de colarinho branco (190, p. 80).

Em que pese também faça referências às vítimas dessa criminalidade (SUTHERLAND, 1940, p. 9), a teoria de Sutherland se centra mais na descrição de agentes e condutas (BENSON, 2009, p. 19) que na análise do panorama econômico, o que também se explica pela época de seu desenvolvimento. Pode-se, então, interseccionar ou relacionar as duas conceituações, mas jamais sobrepor-las.

Para BARAK, a compreensão da criminalidade dos poderosos se dá à luz do contexto econômico e político do capitalismo, sendo tipicamente cometida por organizações bem estabelecidas no setor público

ou privado em violação a direitos de trabalhadores, mulheres, crianças, pagadores de impostos, consumidores, mercados, sistemas políticos e ecológicos etc. (2015a, p. 4). Outro ponto importante é o processo de vitimização, que não se dá de forma atomizada, mas rotineira, o que é ideologicamente normativo e culturalmente aceito como “custos” do mundo *business*, seus efeitos colaterais (BARAK, 2015b, p. 105). Sobre os agentes, para além do alto status e respeitabilidade mencionados por Sutherland, aqui há também elevada liberdade e acesso a muitos recursos, o que possibilita atribuir definições criminosas a outros e repelir as que lhe são atribuídas (RUGGIERO, 2007, p. 165).

Tendo em vista o recorte geográfico feito na análise de casos desse *paper*, é essencial a ênfase a autoras latino americanas que também tem contribuído de forma determinante para a compreensão do fenômeno. COLOGNESE e BUDO associam dita criminalidade com “a combinação de pessoas, capitais, economia e política para a consecução de determinados fins dentro de um sistema de controle montado para preservar as estruturas de propriedade e de poder”, o que inclui como agente não apenas as corporações, mas também o próprio Estado (2018, p. 63-68; FREIDRICH, 2015, p. 44; CHAMBLISS, 1989, p. 184, MACHADO e QUEZADO, 2020, p. 77). MEDEIROS e SILVEIRA adotam o seguinte conceito: “uma ação ou omissão ilegal ou socialmente prejudicial e danosa contra o indivíduo ou a sociedade produzida na interação de atores envolvidos em estruturas organizacionais e interorganizacionais, na busca de objetivos corporativos de uma ou mais corporação de negócios, resultando em prejuízos imateriais ou materiais aos seres vivos e às atividades humanas” (2017, p. 41). Para VALDES-RIESCO, estão abrangidas não apenas condutas criminosas, mas praticas prejudiciais em geral, cometidas por indivíduos ou instituições em posições e redes privilegiadas (2020, p. 2). Nesse sentido, não devemos esquecer a literatura latino-americana que vem abordando os crimes de Estado, que em sua essência são estritamente crime dos poderosos (ZAFFARONI, 2012). Na mesma linha, hoje estão sendo abertos na região estudos sobre crimes estatais e empresariais contra o meio ambiente, genericamente chamados de “criminologia verde” (RODRIGUEZ- GOYES, 2021).

Do exposto, se podem extrair alguns indicadores que serão utilizados nessa investigação para o enquadramento dos delitos analisados nos estudos de caso:

a) sistema econômico e finalidade: delitos que ocorrem no contexto político e econômico do capitalismo neoliberal, e que tem por finalidade o aumento do acúmulo de capital por parte das empresas e a manutenção do próprio sistema;

b) condutas: atos que podem constituir delitos no sentido normativo, mas que não se resumem a isso, englobando também práticas prejudiciais que, considerando os filtros do próprio sistema penal, não estejam tipificadas na legislação;

c) agentes: indivíduos e organizações detentoras de grande poder e prestígio não apenas econômico, mas social e político, que estejam inseridos em redes de influência e que possam atuar para blindar-se da responsabilização criminal (inclusive dificultando a tipificação de seus atos);

d) vitimização e danos: vítimas que, em sua maior parte, constituem grupos vulneráveis em diversas escalas (perspectiva econômica, racial, de gênero, geográfica etc.) e danos que podem ser materiais e imateriais, e que muitas vezes não são facilmente conectados no tempo como causa-efeito (danos ambientais, por exemplo).

Outro ponto marcante de dita criminalidade que vem apontado por muitos autores é a quase inexistência de dados empíricos e de pesquisas sobre o tema nos anos anteriores, mesmo no campo da criminologia (BARAK, 2015a, p. 1). As causas são muitas, inclusive de índole política, ideológica e econômica, como o pouco financiamento público e privado para investigar o tema, a dificuldade de acesso a dados referentes a essa forma de criminalidade e a blindagem realizada por governos, corporações e advogados para evitar danos reputacionais ou perda de poder (VALDES-RIESCO, 2020, p. 2).

Sobre o primeiro ponto, a mercantilização do ensino e da pesquisa gera a dependência de financiamentos para a sua realização, tornando os centros reféns das agendas de interesse das organizações fomentadoras (TOMBS e WHYTE, 2002, p. 218). No que tange aos últimos dois pontos, estes afetam de forma determinante as metodologias empíricas, com o pouco acesso a dados e documentos e a pouca participação de atores nas pesquisas (TOMBS e WHYTE, 2002, p. 219). Isto sem dúvida influencia, como destacaram alguns autores, a invisibilidade científica do crime praticado por agentes poderosos (LYNCH, MCGURRIN & FENWICK, 2004).

Por fim, é importante mencionar que a dificuldade no mapeamento desses delitos, somada ao fato de que muitos de seus atores se encontram em centros decisórios - inclusive no que tange ao desenho político-criminal, como membros do Executivo e do Legislativo -, se reflete frontalmente no pouco desenvolvimento de medidas efetivas de prevenção e enfrentamento dessa criminalidade. Dita influencia, muitas vezes, pode impedir a tipificação de algumas condutas ou promover a adoção de leis propositalmente pouco efetivas. Essa constatação fundamental, para muitos autores, a necessidade de que haja uma mudança de perspectiva na conceituação dessa forma de criminalidade, deixando-se de lado a concepção de comportamento definido pela lei penal para adotar a de comportamento gerador de dano social (dentre outros, MACHADO e QUEZADO, 2020, p. 77).

Não há, a título de América Latina, políticas integradas ou sistematizadas de investigação e sancionamento destas condutas, e nem sequer definições conceituais uniformes construídas por um debate oficial coletivo, como se depreende desse tópico, mesmo que, muitas vezes, as consequências possam ultrapassar as fronteiras de uma nação.⁴

Em termos de reações político-criminais, a complexidade de estruturar um sistema punitivo focado nessa parcela de crimes decorre de muitos dos fatores já apontados, somado a uma dificuldade de que seus perpetradores sejam de fato vistos como criminosos pela opinião pública. Para além disso, a imaterialidade dos danos decorrentes provoca um sentimento de indignação social mais efêmero nesses casos que em outros relacionados à criminalidade clássica, o que dificulta a sustentação de um movimento contínuo capaz de alterar a ordem legislativa. Assim, fatos semelhantes ocorridos em países vizinhos do sul global redundaram em reações sociais e institucionais bastante diferentes, conforme se passa a expor.

3. O CASO CHILENO

A partir da década de 2000, alguns casos envolvendo criminalidade corporativa se tornaram conhecidos no Chile, especificamente na

⁴ Faça-se aqui a ressalva à atuação do GAFILAT, nos questões envolvendo lavagem de capitais.

intersecção entre o crime corporativo e a corrupção política ligada ao financiamento ilegal de partidos políticos. A verdade é que estes casos representaram um profundo questionamento do modelo econômico chileno; especialmente pelo sentimento de abuso que diversas empresas ligadas à elite do país teriam cometido. Essa série de “abusos empresariais” e seu conluio com o poder político para diversas literaturas teria influenciado de alguma forma as condições que deram origem ao alarme social de 2019 (SOMMA et al, 2020; JIMÉNEZ-YAÑEZ, 2020).

Mas, além da indignação dos cidadãos, estes casos tiveram efeito na reação político criminal destinada a este tipo de crime. Assim, direta ou indiretamente contribuíram e aceleraram a construção de uma agenda de criminalização do crime empresarial. Isto foi concluído em 2023 com a aprovação de uma profunda modificação do código penal, criando assim um estatuto especial para crimes econômicos e ambientais no Chile, a lei n. 21.595.

Embora seja impossível detalhar aqui todos os casos ocorridos, alguns deles ficaram conhecidos como casos de conluio entre farmácias e supermercados, e outros como caso Penta-SQM. Este último conjunto de casos teve inicialmente maior repulsa dos cidadãos, uma vez que envolviam o financiamento ilegal de campanhas políticas naquele momento.

Sobre o primeiro deles, em 2008, por meio de um acordo de delação, uma rede de Farmácias reconhece o conluio de preços com outras duas grandes cadeias de farmácias, por meio do qual houve o ganho de 10 a 20 milhões de dólares. Frise-se que o mercado se encontrava concentrado de tal forma que as três redes eram responsáveis por 92% das vendas no setor, e a colusão ocorre após um período de “guerra de preços” entre as três empresas. A ideia seria um aumento paulatino e concomitante, de forma a recuperar os descontos feitos sem que o público se desviasse a apenas uma delas, e em prejuízo dos consumidores, por tratar-se de produto de consumo inevitável. Os Laboratórios participavam coordenando e monitorando o esquema, e realizando comunicações entre seus participantes. A lista de produtos em que ocorreria a subida de preços chegou a contar com 222 medicamentos (AHUMADA y ASTUDILLO, 2009)⁵.

⁵ Para mais detalhes: <https://www.ciperchile.cl/2009/04/09/el-dossier-del-caso-farmacias-asi-se-subieron-los-precios-segun-fasa/>.

Sendo um âmbito que afeta a maioria das pessoas, houve uma grande indignação, levando a um boicote com efeitos práticos e uma série de demandas coletivas, além das condenações (WINTER ETCHEBERRY, 2013, p. 94). À época, não havia uma figura penal específica para o caso, e se gerou um sentimento de desconfiança geral no sentido de que a prática podia ser vista como inerente à atuação econômica das empresas no mercado.

Sobre o segundo caso, tem-se que, em 2014, se descobriu um esquema sistemático de financiamento de campanhas políticas em que conglomerados financiavam grupos políticos afins (Penta) ou realizavam essas ações de modo transversal (SQM). Dito caso atraiu a atenção massiva da imprensa em 2014 e 2015. Posteriormente, a extensão do caso Penta a partidos vinculados à administração da presidente Bachelet levou o sistema político a uma grande crise, o que provocou a formação de uma Comissão (Engel) para propor medidas preventivas a escândalos de corrupção e vínculos entre negócios e política (BASCUÑAN e WILENMANN, 2023, p. 36).

Talvez este tenha sido um dos casos que mais intensamente afetou a legitimidade tanto do sistema como das instituições políticas, pois deixou instalada a ideia de impunidade para os responsáveis por estes crimes. Assim, os proprietários do grupo Penta, Carlos Eugenio Lavín e Carlos Alberto Delano, foram condenados por crimes fiscais cada um a quatro anos de liberdade supervisionada intensiva, multa de 857.084.267 pesos e, como parte das condições da pena substitutiva, participação num programa de formação sobre ética na gestão empresarial, que a longo prazo foi entendido em termos irônicos como “aulas de ética” (VALENZUELA, 2023, pp. 67-68).

Muitas legislações de índole econômica foram sendo feitas nesse período, motivadas por pressões populares e midiáticas geradas em decorrência dos casos citados,⁶ o que culminou na atual lei de Delitos Econômicos de 2023.

Essa lei tem uma origem política que também decorre das sequelas dos casos de financiamento ilegal, com a percepção popular de impunidade e privilégios no setor demonstradas em pesquisas e por meio de

⁶ Lei 21.121, 21.132, 21.412, 21.325, 21.459, 21.488, 21.240 etc.

manifestações, sobretudo no ano de 2019 (BASCUÑAN e WILENMANN, 2023, p. 38). Conforme WINTER ETCHEBERRY, os dados passam a apontar que, ao menos no Chile, a perspectiva de Sutherland de que os criminosos de colarinho branco são vistos como bons cidadãos começa a ser superada (2013, p. 92).

Ditos movimentos geraram, inclusive, declarações expressas do governo pela necessidade de uma legislação que prevenisse os abusos do sistema capitalista, em uma perspectiva que via a necessidade de manter a ética em uma economia assumidamente neoliberal (Agenda anti abusos, aulas de ética a economistas no caso Penta etc.)⁷. O ponto de vista dessa política vai ao encontro das criminalizações também realizadas nos Estados Unidos no setor econômico, admitindo inclusive, em termos dogmáticos, a relativização de institutos do sistema de direito penal tradicional (HERNÁNDEZ, 2005, p. 111). No entanto, se contrapõe à perspectiva decolonial, que entende a criminalidade econômica como uma decorrência das finalidades do próprio sistema neoliberal.

Após duas moções parlamentares, deu-se origem a um projeto que foi deixado a cargo de um grupo de professores. Em uma reunião inicial, foi explicado a esse grupo que as críticas centrais das manifestações públicas se davam pela desconfiança na justiça e no Estado em geral. Os deputados entendiam que, mesmo com algumas alterações legislativas já realizadas, ainda havia dificuldades de persecução de crimes econômicos e que se estava diante de uma oportunidade política de apoio transversal para uma agenda que melhorasse o tratamento do tema, apostando em um projeto específico e de elevado nível técnico (BASCUÑAN e WILENMANN, 2023, p. 39).

Em que pese não houvesse interesse do Executivo em uma reforma orgânica ou tempo para uma mudança total do Código Penal, o grupo de professores aproveitou trabalhos que foram feitos em projetos de um novo Código nos anos 2003, 2015 e 2018 (BASCUÑAN e WILENMANN,

⁷ Presidente Piñera presenta agenda anti abusos por un trato digno y justo: se establecen penas de cárcel efectiva para la colusión de bienes de primera necesidad como alimentos y remedios - Prensa Presidencia. Acesso em 01.12.2023. <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2019/04/04/controladores-de-penta-inician-clases-de-etica-este-viernes-en-la-universidad-adolfo-ibanez/>. Acesso 04.12.2023.

2023, p. 40). O anteprojeto então foi elaborado durante dezembro de 2019 e janeiro de 2020, sendo aprovado em ambas as Casas legislativas em 2023, após algumas modificações e uma série de reuniões com setores e organizações implicadas (Comissão para o Mercado Financeiro, Superintendência do Meio Ambiente, Serviço Nacional do Consumidor, Confederação de Produção e Fomento, Unidade Anticorrupção do Ministério Público Federal etc.). A Lei, de número 21.595, foi questionada pela Confederação de Produção e Comércio junto à Corte Constitucional chilena, sendo ratificada sua constitucionalidade.⁸

Nota-se que o trabalho teve caráter bastante técnico, em que pesem os acordos políticos realizados em seu tramite, bastante comuns no setor legislativo. A ideia dos juristas envolvidos foi, de fato, realizar mudanças gerais para o melhoramento do funcionamento do sistema de justiça penal na persecução e sanção da criminalidade econômica, ancorando-se em quatro pilares: adequar o sistema de determinação da pena a essa criminalidade, reformar o sistema de sanções pecuniárias e inabilitações no caso de crimes econômicos, alterar o regime de responsabilidade penal de pessoas jurídicas e perfectibilizar e complementar o direito penal econômico substantivo⁹ (BASCUNÁN e WILENMANN, 2023, p. 40).

Em resumo, o caso chileno poderia ser um caso de “sucesso parcial” na criminalização do crime dos poderosos, porque, embora tenha sido alcançada uma transformação substancial do Código Penal, isso não esteve necessariamente ligado a uma melhoria na as investigações no sistema de justiça criminal. Em todo o caso, os fatores que influenciaram este sucesso parcial são muito circunstanciais, destacando-se o papel de

⁸ <https://www.t13.cl/noticia/politica/tc-descarta-inconstitucionalidad-proyecto-sobre-delitos-economicos-empresarios-19-7-2023>. Acesso em 01.10.2024.

⁹ “De acuerdo a lo expuesto, el propósito de esta moción consiste en adecuar y sistematizar los diversos delitos de naturaleza económica mediante: (a) la generación de un sistema de determinación de penas privativas de libertad adecuado al tipo de criminalidad de que se trata; (b) reforma general al sistema de consecuencias pecuniarias y de inhabilitación vinculadas a la criminalidad económica; (c) perfeccionamiento del régimen de responsabilidad penal de personas jurídicas; (d) perfeccionamiento y complementación del derecho penal económico sustantivo”. (Documentacao completa disponible em_ Historia de La Ley::Historia de la Ley (bcn.cl). Acesso em 01.12.2023)

alguns especialistas da área do direito econômico, que viram uma oportunidade para promover a necessidade desta mudança. Mas além disso, as condições de crítica que os cidadãos fizeram ao modelo neoliberal e a necessidade de evitar futuros abusos fizeram com que as forças políticas temessem novos alarmes sociais. De certa forma, ocorreu um paradoxo: o medo de que o modelo capitalista neoliberal desmoronasse, terminou por pressionar para que ocorressem melhoras à classificação dos crimes dos poderosos, especialmente nas esferas econômica e ambiental.

4. O CASO BRASILEIRO

Os exemplos de criminalidade corporativa no Brasil são inúmeros, e datam dos mais diversos períodos da história nacional. Podem-se citar, nos últimos anos, alguns dentre os que tiveram maior repercussão midiática, como o caso Mensalão, que redundou na Ação Penal n. 470, e os casos Brumadinho e Mariana, que resultaram em graves danos ambientais. Todavia, pelo limite desse trabalho, o estudo se centrará nos fatos que desencadearam a Operação Lava Jato e suas demais decorrências.

Em março de 2014, houve a junção de quatro investigações paralelas que já estavam em curso para apurar desvios de recursos públicos e crimes contra o sistema econômico e financeiro. Nessa ocasião, foram cumpridos diversos e numerosos mandados em dezessete cidades de seis estados do Brasil. Em um primeiro momento, os fatos investigados diziam respeito à atividade de quatro doleiros, que operariam no mercado de câmbio de forma paralela praticando condutas de lavagem de dinheiro e evasão de divisas (ambas tipificadas no Brasil) em nome de pessoas físicas e jurídicas. Pelo avançar das investigações, constatou-se que a Administração Pública também participava do esquema, sobretudo por meio de contratos licitatórios fraudulentos e superfaturados com grandes empreiteiras e a Petróleo Brasileiro S. A (Petrobrás), em uma espécie de cartel que envolvia o pagamento de propinas (LOPES, 2020, p. 47-50).

Em outubro do mesmo ano, é publicada matéria na Revista Veja no sentido de que a então presidente Dilma Rousseff e seu antecessor, Luiz Inácio Lula da Silva, ambos do Partido dos Trabalhadores (PT), sabiam de tudo, agravando o cenário de revolta contra a corrupção e

de desconfiança em relação às instituições (LOPES, ALBUQUERQUE e BEZERRA, 2020, p. 380). Frise-se que o país já enfrentava manifestações populares desde 2013.

É importante mencionar, ainda, que a competência da 13ª Vara Federal de Curitiba se estendeu para a maioria dos casos, tendo como responsável à época o juiz Sérgio Moro. A participação de agentes políticos levou o Judiciário a ganhar protagonismo nas discussões sobre o caso, inclusive com o desmembramento do processo referente a alguns réus para tribunais superiores, em função do foro privilegiado. Os dados da Operação se encontram publicados no site do Ministério Público Federal, redundando em bilhões recuperados aos cofres públicos.¹⁰ O mesmo órgão encabeçou a campanha “Dez Medidas contra a corrupção”, propondo um projeto de Lei que visava a endurecer a persecução de delitos que envolvam o patrimônio público.¹¹

Sabe-se que o Brasil possui uma Lei que regula o Crime Organizado (n. 12.850 de 2013), a qual disciplina diversos meios probatórios que podem ser utilizados na investigação de crimes complexos. Contudo, essa legislação tem uma aplicação reiterada na jurisprudência no que tange a delitos de tráfico de drogas, não sendo muito comum sua associação a delitos econômicos,¹² pelos motivos que já se expos ao longo desse trabalho, sobre a benevolência do Legislativo e do Judiciário em relação aos réus de delitos corporativos.¹³

Os desdobramentos políticos que se seguem deixam ainda mais clara a condução da questão. Em 2016, ocorre o *impeachment* de Dilma Rousseff. Jair Bolsonaro começa sua campanha presidencial em 2018, entre polêmicas, como a divulgação midiática por parte do juiz Sérgio

¹⁰ Resultados — Caso Lava Jato (mpf.mp.br). Acesso em 04.12.2023.

¹¹ Portal da Câmara dos Deputados (camara.leg.br). Acesso em 04.12.2023.

¹² Uma breve pesquisa de jurisprudência realizada em 04.12.23 no site do Superior Tribunal de Justiça com as palavras “organização criminosa” e “ordem econômica” redundou em 541 resultados. Se são utilizadas as palavras “organização criminosa” e “tráfico de drogas”, resultam 9.223 acórdãos, o que já sinaliza a política criminal diversa aplicada a ambos os setores.

¹³ A crítica aqui se refere à comparação com os dados de encarceramento, inclusive em sede de prisão preventiva, sofridos pelos acusados de delitos patrimoniais e relacionados a drogas no Brasil, disponíveis no site do INFOPEN.

Moro de áudios que envolviam membros do partido do candidato opositor, qual seja, o PT, com os fatos investigados na Operação Lava Jato (LIMA e LINHARES, 2021, p. 382). Em dita eleição, ademais, Bolsonaro se apropria do discurso anticorrupção e antissistema, sendo uma de suas principais plataformas eleitorais, com a associação da Lava Jato ao PT. A opinião pública, revoltada com os escândalos e sem a resposta esperada das instituições, acaba por dar à mídia o papel de tribunal. A sobreposição da justiça e da figura idealizada de um juiz - que sai de sua imparcialidade para ser herói - começa a ser construída em oposição à própria política, que é vista com aversão, pois associada ao mal da corrupção, dando força a um candidato que seja *outsider* e, por isso, antissistema, “esse sistema corrupto” (LOPES, ALBUQUERQUE e BEZERRA, 2020, p. 380-382). Deltan Dal’Agnol,¹⁴ um dos principais representantes do Ministério Público na Lava Jato, declara que 2018 seria a batalha final contra a corrupção, atribuindo a mudança política como a solução dessa forma de criminalidade.¹⁵ Jair Bolsonaro é eleito. Em 2019, uma série de diálogos entre Deltan e Moro são revelados, colocando em xeque a perspectiva de imparcialidade no processo.

Em conclusão bastante elucidativa sobre o ocorrido, cita-se MACHADO e QUEZADO (2020, p. 75):

Un fenómeno particularmente interesante es comprender como el tema se proyecta en la actuación del sistema de justicia. Se nota la disputa entre narrativas que ocupan tanto el debate político como académico. Por un lado, algunos magistrados y fiscales son alzados a la condición de protagonistas nacionales de la lucha contra la corrupción y las élites del poder económico (Dallagnol, Martello, 2016, p. 2016–2018; Praça, 2017). De otro, el discurso del lawfare denuncia las estrategias nada ortodoxas de la justicia para la persecución penal y sugieren el sesgo contra los partidos de izquierda. En 2020, se hacen más evidentes las contingencias y complejidad de los escenarios en que actúan estos grupos, cuando el fiscal general del gobierno Bolsonaro se enfrenta directamente a

¹⁴ Frise-se que Deltan deixa o Ministério Público e é eleito deputado federal em 2022, sendo posteriormente cassado.

¹⁵ <https://veja.abril.com.br/politica/dallagnol-2018-sera-batalha-final-da-operacao-lava-jato/>. Acesso em 04.12.2023.

los fiscales y a los funcionarios destacados en la referida operación, proyectando las disputas internas e intereses políticos existentes, de distintos colores ideológicos (Folha de S. Paulo, 4 de agosto, 2020).

Importante mencionar, ainda, as sucessivas denúncias de abuso de poder por parte do Judiciário nesse contexto do que se denominou *Lavajatismo*, com a adoção de discursos anticorrupção para fundamentar restrições de garantias, tendo em vista a pressão social cada vez mais forte exercida sobre esse órgão para “combater a corrupção”, que passa a ser muito mais associada aos governos passados que às empresas e corporações. Esse movimento leva, aliás, a um descrédito público de membros do Judiciário quando estes anulam algum processo ou absolvem algum réu no caso, com sucessivos ataques, principalmente ao Supremo Tribunal Federal (FERNANDES e SANTANA, 2020, p. 1379).

A doutrina critica ainda, como outra consequência da Operação, a instrumentalização de regras processuais penais para fins políticos, com o atropelamento de garantias legais em nome de uma maior eficiência persecutória em geral (GLOECKNER e SILVEIRA, 2020, p. 1167; BOLDT, 2020, p. 1213), o que termina por não se restringir à criminalidade econômica. A ação voluntarista de alguns atores do Judiciário, em um contexto com ampla margem de discricionariedade, como na definição de órgãos competentes e de trâmites prioritários, escancara o combate seletivo da corrupção, colocando em evidência a falácia de eficiência que se constrói apenas com base em dados quantitativos (RODRIGUES, 2019, p. 218). A reflexão a respeito do fato de interpretações judiciais poderem suplantar alterações legislativas como mecanismo de combate à criminalidade econômica, sobretudo à corrupção, também se torna relevante (PRADO e MACHADO, 2021, p. 41), sobretudo pelo risco de que isso ocorra de forma casuística, ou de que ditas interpretações depois sejam utilizadas para outras formas de criminalidade em que não haveria déficit punitivo (como a patrimonial e a relacionada ao tráfico de drogas).

Após a referida eleição, Sergio Moro deixa a magistratura e assume o cargo de Ministro da Justiça do Presidente Jair Bolsonaro. Nesse posto, avança com um projeto de lei que fica conhecido como Pacote Anticrime, o qual propõe uma série de alterações legislativas em diferentes diplomas legais, não restrito (a dizer a verdade, com poucas referências) ao

campo econômico. O Pacote é aprovado em meio a uma série de acordos políticos e apensamentos em 2019 (Lei n. 13.964), perdendo muitas de suas características originárias. Em termos de criminalidade econômica, traz poucas alterações específicas, terminando por incorporar institutos benéficos, como o acordo de não persecução penal, e também punitivos, como a chamada perda alargada de bens em delitos com pena máxima superior a seis anos.

5. A PERDA DA JANELA DE OPORTUNIDADE NO CASO BRASILEIRO: CAUSAS E CONSEQUÊNCIAS

Como um passo inicial da análise, é importante que se saliente que os fatos tratados nos dois tópicos se adequam aos critérios cunhados na primeira parte da pesquisa na definição de criminalidade dos poderosos. Tanto a colusão de farmácias e o financiamento fraudulento partidário no Chile, quanto os contratos licitatórios fraudulentos envolvendo empresas públicas e privadas no Brasil possuem as características já referidas: contexto do sistema econômico e finalidade de acúmulo de capital, condutas tipificadas ou moralmente reprováveis em termos econômicos, agentes detentores de grande poder e respeitabilidade e capazes de blindar a própria responsabilização e danos em grande escala que terminam por vitimizar a população mais vulnerável, seja por meio de aumento de preços, seja por meio de desvio e mau uso de recursos públicos.

Contudo, a questão que se propõe nesse tópico é: por quais motivos se conseguiu levar adiante, no Chile, um debate mais técnico¹⁶ e a confecção de uma legislação específica voltada à criminalidade corporativa e, no Brasil, se perdeu essa janela de oportunidade, com o paulatino esvaziamento da Lava Jato a partir de 2018? São muitos os pontos que devem ser considerados nessa discussão.

No Chile, alguns fatores contribuíram, como o trabalho prévio já existente no Legislativo em discussões anteriores referentes à reforma

¹⁶ Como em todo processo legislativo, não se ignora que nem todos os professores considerados especialistas no tema foram chamados a contribuir na elaboração do projeto, pois a formação de ditas comissões sempre possui algum caráter discricionário.

do Código Penal. Ainda, destaca-se a comissão formada por professores, estudiosos do tema, e a assunção da perspectiva de que a atuação economicamente antiética é um problema. Ou seja, ainda que se entenda ser defensável a manutenção do capitalismo neoliberal, se assume a perspectiva de que as fraudes devem ser evitadas de forma a fortalecer o sistema, acreditando-se que é possível a construção de um capitalismo que funciona e que seja regulado, o que se dá por meio da criminalização dura das condutas que destoam das boas práticas. Ainda, não houve uma discussão centrada na ideia de corrupção por parte de governo ou partido, sendo as empresas também incluídas como fatores determinantes para a ocorrência dos ilícitos.

No caso brasileiro, se pode observar claramente o manejo político da operação (*lawfare*), não havendo um debate racional, sistemático e técnico sobre o problema da criminalidade corporativa, que não envolve apenas a corrupção. A falta de isenção quase que absoluta dos implicados no tema, como juízes, agentes políticos, policiais e procuradores, sendo que mesmo a maioria dos professores eram também advogados, impossibilitou uma construção sólida a respeito da análise do contexto econômico que gera esse tipo de criminalidade. Ocorre a perda de janela de oportunidade para o debate sistemático e a criação de uma estratégia que ao menos se proponha a resolver os casos futuros, pela falta de interesse político em organizar os resultados para novas aplicações. As interpretações pontuais de regras processuais pelo Judiciário no lugar de uma proposta legislativa – construção de uma agenda, em termos políticos legislativos - se baseia na ideia de análise caso a caso, desconsiderando a existência do fenômeno da criminalidade corporativa em si. O que mais se aproxima dessa discussão, contudo sem um debate que inclua outras instituições, são as propostas do Ministério Público (PL 4850 de 2016), que por partirem de um órgão acusatório, enfrentam resistência e oposição de demais agentes implicados na discussão.

Não há interesse, portanto, em mudanças que levem de fato à responsabilização de classes mais altas, e ocorre a pessoalização do problema na figura de alguns “bodes expiatórios”, como se a questão estivesse resolvida após as novas eleições. Ou seja, prima-se por punir alguns indivíduos, como se estes fossem a real causa do problema. No caso brasileiro, ainda, a transnacionalidade e a participação de agentes

públicos leva a discussão à esfera internacional, também não havendo o aproveitamento para se pensar uma política efetiva de prevenção a essa criminalidade em escalas supranacionais. A associação do problema da corrupção a determinado partido político gera um desvio ideológico de todo o cenário, que se reflete no aproveitamento político do candidato subsequente, momento em que a operação perde fôlego.

O que se vislumbra em comum entre os dois casos é que nenhum dos dois países questiona o modelo econômico vigente como uma das principais causas do problema.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na presente pesquisa, partiu-se do conceito de criminalidade de colarinho branco e de criminalidade dos poderosos para construir-se alguns critérios que possam definir o último fenômeno, com apoio em bibliografia do norte e do sul global, sendo este último onde ocorrem a maioria das consequências dessas condutas. Em um segundo momento, analisaram-se fatos ocorridos no Chile e no Brasil, respectivamente, relacionados a essas formas delituosas, descrevendo-se as diferentes reações sociais e institucionais – político-criminais - delas decorrentes.

Ao final, conclui-se que o manejo político e a perspectiva casuística adotada no Brasil resultou na perda da janela de oportunidade para a construção de um debate racional e sistemático sobre o tema e para a propositura de alguma estratégia de prevenção ou repressão generalizante e voltada ao futuro para o enfrentamento de ditas condutas, que devem ser analisadas como fenômenos que se reiteram no contexto do neoliberalismo. Já no caso chileno, houve a propositura de uma lei específica aprovada em 2023, a qual adota a estratégia repressiva, define crimes, condutas e agentes.

O êxito de dita legislação só poderá ser medida futuramente; no entanto, trata-se de uma proposta, o que não ocorre no Brasil por meio do Pacote Anticrime, que disciplina diversas matérias e não aprofunda o debate especificamente sobre a criminalidade corporativa, eis que contaminado por um contexto que reduz todo o ocorrido ao discurso de “corrupção partidária”.

REFERENCIAS

AHUMADA BARAHONA, Aracelli Maccarena; ASTUDILLO ALEGRIA, Jacqueline Jesus. Prácticas de colusión en el mercado chileno: casos de farmacias y lecherías. 2009.

AMARAL MACHADO, Bruno; QUEZADO, Marina. La criminalidad de los poderosos: Bergalli y el debate sobre los daños sociales. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2020, n° 21. Junio-Julio (pp.67-80). <http://dx.doi.org/10.2307/j.ctvt1tqcxdj.18>

BARAK, Gregg. *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. New York: Routledge, 2015a. <http://dx.doi.org/10.4324/9781315815350>

BARAK, Gregg. The Crimes of the Powerful and the Globalization of Crime. *Revista Brasileira de Direito*, v. 11, n. 2, pp. 104-114, jul./dez., 2015b. <http://dx.doi.org/10.18256/2238-0604/revistadedireito.v11n2p104-114>

BASCUÑAN, Antonio; WILENMANN, Javier. *Derecho Penal económico chileno*, Tomo I: La ley de delitos económicos. Santiago: DER Ediciones, 2023.

BAUTISTA, J. (2019). Los conceptos en la política latinoamericana comparada. *Espiral (Guadalajara)*, 26(74), 9-48. <https://doi.org/10.32870/espiral.v26i74.7055>

BECERRA MUÑOZ, J. “Los estudios comparados en política criminal. Una revisión sistemática de la bibliografía en 6 países europeos”, en *Diálogos sobre cuestiones problemáticas de las ciencias penales*. Juan Muñoz Sánchez, Octavio García Pérez, Ana Isabel Cerezo Domínguez, Elisa García España (dirs.). Tirant lo Blanch, 2023. p. 33-56.

BENSON, Michael L; SMPSON, Sally S. *White-Collar Crime: an Opportunity perspective*. New York: Routledge, 2009.

BOLDT, Raphael. Maxiprocessos criminais, corrupção e mídia: uma análise a partir da operação lava jato. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1209–1237, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.385>

BRAITHWAITE, J, (1985). White Collar Crime. *Annual Review of Sociology* 11, 1-25.

CASTRO, Lolita Aniyar de. “El delito de cuello blanco en América Latina: una investigación necesaria.” (1980). In: *ILANUD al día (San José)*. Año:1980. Periodo: May-Ago. Volumen n. 3. Número 8. Paginación:79-81.

CAVADINO, M. y DIGNAN, J. (2006): *Penal Systems: A comparative approach*. Sage.

CAVADINO, Mick; DIGNAN, James (2006): *Penal Systems* (London: Sage Publications).

CHAMBLISS, Willian. *State-Organized Crime- The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address*”, en “*Criminology*”, Vol. 27, N. 2. http://dx.doi.org/10.1007/978-1-4757-9829-6_3

CHAMBLISS, William J. (1989) “*State-Organized Crime- The American Society of Criminology, 1988 Presidential Address*”, en “*Criminology*”, Vol. 27, N. 2, p. 183.

COLLIER, D. *Método Comparativo. Revista Uruguaya de Ciencia Política*, n. 5, p. 21-46, 2 nov. 1992.

COLOGNESE, Mariângela Matarazzo Fanfa; BUDÓ, Marília De Nardin. Limites e possibilidades da criminologia crítica nos estudos dos crimes dos Estados e dos mercados. *Revista de Direitos e Garantias Fundamentais*, v. 19, n. 1, p. 55-90, 2018. <http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.v19i1.1071>

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis, & GARCÍA ESPAÑA, Elisa. (2020). RIMES: Un instrumento de comparación de políticas criminales nacionales desde la exclusión social. *Política criminal*, 15(30), 670-693. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000200670>

FERNANDES, Daniel Fonseca; SANTANA, Tainan Bulhões. Discursos sobre a corrupção nas votações do Supremo Tribunal Federal (2015-2017). *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1345–1387, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.432>

FRIEDRICHS, David O. Crimes of the powerful and the definition of crime. In: BARAK, Gregg (edit.). *The Routledge International Handbook of the Crimes of the Powerful*. New York: Routledge, 2015a. <http://dx.doi.org/10.4324/9781315815350>

GERRING, John, (2007). *Case Study. Principles and Practices*. Cambridge University Press.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; SILVEIRA, Felipe Lazzari da. A transnacionalização da corrupção e a instrumentalização política do processo penal. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 6, n. 3, p. 1135–1174, 2020. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v6i3.421>

GRACIA MARTÍN, L. (2003): *Prolegómenos para la lucha por la modernización y expansión del Derecho Penal y para la crítica del discurso de resistencia*, Tirant lo Blanch.

HERNÁNDEZ, Héctor, “*Perspectivas del derecho penal económico en Chile*”, Persona y Sociedad, Vol. XIX N° 1 (2005), pp. 101-134.

JIMÉNEZ-YAÑEZ, C. (2020). # Chiledespertó: causas del estallido social en Chile. *Revista Mexicana de Sociología*, 82(4).

LANDMAN, Todd, (2008). *Issues and Methods in Comparative Politics*. An Introduction. Londres, Routledge: 3-22.

LAPPI-SEPPÄLÄ, Tapio. “Trust, Welfare, and Political Culture”, en: TONRY, Michael (Ed.) *Crime and Justice*. Chicago: University of Chicago Press, 2008.

LIMA, Martonio Mont’Alverne Barreto; LINHARES, Emanuel Andrade. ““Medidas excepcionais para tempos excepcionais”: a Operação Lava Jato e a erosão democrática brasileira.” *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito* (2022): n. 3, v. 13. pag. 370-389. <http://dx.doi.org/10.4013/rechtd.2021.133.07>

LOPES, Iara Maria Machado. *O Sistema penal brasileiro em tempos de lavajatismo*. Florianópolis: EMAIS, 2020.

LOPES, M. S., ALBUQUERQUE, G., & BEZERRA, G. M. L. (2020). “2018, a batalha final”: Lava Jato e Bolsonaro em uma campanha anticorrupção e antissistema. *Civitas - Revista De Ciências Sociais*, 20(3), 377–389. <https://doi.org/10.15448/1984-7289.2020.3.37248>

MEDEIROS, C. R. de O.; SILVEIRA, R. A. da (2017). Organizações que matam: uma reflexão a respeito de crimes corporativos. *Organizações & Sociedade*, 24(80), 39–52. <https://doi.org/10.1590/1984-9230802>

PONT, Luis Marcó del and T Juan Pegoraro. “Delincuencia empresarial y reacción social: el caso argentino.” (1984). Disponível em: *Delincuencia empresarial y reacción social: el caso argentino* - CORE Reader. <http://dx.doi.org/10.18235/0012684>

PRADO, Mariana Mota; MACHADO, Marta R. de Assis. Uso do direito penal para combater a corrupção: potencial, riscos e limitações da Operação Lava Jato. Trad. Matheus Barros. *Revista Direito GV*, São Paulo, v. 17, n. 2, maio/ago. 2021. <http://dx.doi.org/10.1590/2317-6172202119>

RODRIGUES, Fabiana Alves. *Operação Lava Jato: aprendizado institucional e ação estratégica na Justiça Criminal*. 2019. Dissertação (Mestrado em Ciência Política) - Faculdade de Filosofia, Letras e Ciências Humanas, Universidade de São Paulo, São Paulo, 2019. <https://doi.org/10.11606/D.8.2020.tde-14022020-163817>

RODRÍGUEZ GOYES, D. (2024). Environmental Crime in Latin America and Southern Green Criminology. *Oxford Research Encyclopedia of Criminology*.

ROTHER, Dawn & KAUZLARICH, David. (2016). Crimes of the powerful and introduction. Routledge.

RUGGIERO, Vincenzo. It's the economy, stupid! Classifying power crimes. *International Journal of the Sociology of Law*, n. 35, pp. 163–177, 2007. <http://dx.doi.org/10.1016/j.ijsl.2007.05.002>

SARTORI, G. (1994). “Comparación y método comparado”, en G. Sartori, y L. Morlino (eds.), *La comparación en las ciencias sociales*. (pp. 27-48). Madrid: Alianza.

SOMMA NM, BARGSTED M, DISI PAVLIC R, et al. (2020) No water in the oasis: The Chilean spring of 2019–2020. *Social Movement Studies* 1–8

SUTHERLAND, Edwin H. “White-Collar Criminality.” *American Sociological Review*, vol. 5, no. 1, 1940, pp. 1–12. JSTOR, <https://doi.org/10.2307/2083937>

TOMBS, S., WHYTE, D. Unmasking the Crimes of the Powerful. *Critical Criminology* 11, 217–236 (2003). <https://doi.org/10.1023/B:CRIT.0000005811.87302.17>

VALDÉS-RIESCO, Amalia (2020) Can the subaltern speak in criminology? Analysing the production of knowledge on crimes of the powerful in the 21st century through Latin American postcolonial lenses. *International Journal for Crime, Justice and Social Democracy*. Advance online publication. <https://doi.org/10.5204/ijcjsd.v10i1.1513>.

VALENZUELA, Sebastian. Corrupción. 2023. <https://academiajudicial.cl/wp-content/uploads/2024/02/MD64-Corrupcion.pdf>

VIEIRA, Flavia. Colonialismo e governo empresarial no sul global. In: *Revista Internacional de Direitos Humanos e empresas*. Vol. II, n. 1, Ago-Jan, 2018.

WINTER ETCHEBERRY, J. (2013). Derecho penal e impunidad empresarial en Chile. *Revista De Estudios De La Justicia*, (19), pp. 91–125. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i19.36188>

Authorship information

Chiavelli Facenda Falavigno. Estágio pos doutoral em política legislativa penal pela Universidade de Málaga, Doutora em direito penal pela USP com sanduiche pela Universidade de Hamburgo, professora adjunta de Direito Penal e Processo Penal da Universidade Federal de Santa Catarina. chiavelli.falavigno@gmail.com

Claudio Gonzalez-Guarda. Profesor Asistente de la Facultad de Gobierno de la Universidad de Chile. Director del Centro de Estudios en Seguridad Ciudadana de la misma Universidad. Abogado. claudiogonzalez@gobierno.uchile.cl

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Agradeço à CAPES, pelo apoio financeiro concedido à autora desse texto, Chiavelli Falavigno, para a realização de estágio de pesquisa no Centro de Estudos em Segurança Cidadã, na Faculdade de Governo da Universidade do Chile. (Chiavelli)

Este artículo se insere dentro do projeto Fondecyt N° 11241238 “la persecución penal del crimen organizado en Chile. Un estudio sobre las unidades de alta complejidad y crimen organizado del Ministerio Público”, financiado pela Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile (ANID). (Claudio)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Chiavelli Facenda Falavigno*: conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, writing – review and editing, final version approval.
- *Claudio González-Guarda*: conceptualization, methodology, validation, writing – review and editing final, version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 16/05/2024
- Desk review and plagiarism check: 16/06/2024
- Review 1: 12/08/2024
- Review 2: 14/09/2024
- Preliminary editorial decision: 28/09/2024
- Correction round return: 21/10/2024
- Final editorial decision: 23/10/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

FALAVIGNO, Chiavelli F.; GONZÁLEZ-GUARDA, Claudio. A persecução penal dos crimes dos poderosos na América Latina: um estudo comparado entre Brasil e Chile. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1020, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1020>




License Creative Commons Attribution 4.0 International.


A citação por aplicativos de mensagens (WhatsApp) no processo penal brasileiro e sua compatibilidade com o direito ao contraditório

The use of messaging apps (WhatsApp) for summons in Brazilian criminal procedure and its compatibility with the right to a fair trial

Alexandra Pinheiro de Castro¹


Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil
alexandrapinheiro@gmail.com


 <http://lattes.cnpq.br/1874830059638824>

 <http://orcid.org/0009-0001-4787-0236>

Matheus Leão Alves da Silva²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – São Paulo, SP, Brasil
matheusleao@hotmail.com

 <http://lattes.cnpq.br/3539353926492267>

 <http://orcid.org/0009-0009-3273-5048>

RESUMO: O artigo traz estudo sobre o direito à comunicação dos atos processuais como consectário lógico e pressuposto do direito ao contraditório e, a partir daí, busca compreender se a flexibilização das formalidades na citação, notadamente com a crescente utilização de aplicativos de mensagens, sem previsão legal, é compatível com o processo penal acusatório. Utiliza-se metodologia qualitativa, a partir de dados empíricos, com a coleta de julgados do STJ e STF acerca da citação por *WhatsApp* para se averiguar como as Cortes Superiores brasileiras têm tratado da matéria. Busca-se responder aos seguintes questionamentos: como se construiu a aceitação da flexibilização nas formalidades da citação na jurisprudência das Cortes Superiores? Esse

¹ Mestranda em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Defensora Pública do Estado de São Paulo.

² Mestrando em Direito Processual Penal pela PUC-SP. Advogado.

movimento é compatível com o direito ao contraditório? Ao final, concluiu-se que a notória flexibilização das formalidades da citação é verificável empiricamente no STJ e STF e tem sido operacionalizada sem as cautelas necessárias, o que é incompatível com o sistema processual penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: citação; WhatsApp; processo penal; contraditório.

ABSTRACT: *The article presents a study on the right to service of process as a logical consequence and prerequisite of the right to a fair trial. From this starting point, it seeks to understand whether the loosening of procedural requirements for summons, particularly with the growing use of messaging apps without legal provision, is compatible with the accusatory criminal procedure. A qualitative methodology is employed, based on empirical data, by collecting rulings from Brazilian higher courts (STJ and STF) on the use of WhatsApp for summons to investigate how this issue has been addressed. The following questions are explored: how did the acceptance of the relaxation of summons formalities in the higher courts' jurisprudence develop? Is this compatible with the right to a fair trial? In conclusion, the study found that the increasing loosening of procedural requirements for summons is empirically verifiable in the STJ and STF and has been implemented without the necessary precautions, which is incompatible with the right to a fair trial.*

KEYWORDS: *Summons; WhatsApp; criminal procedure; right to a fair trial.*

INTRODUÇÃO

A comunicação desempenha papel central na constituição da sociedade, sendo em contexto social que o processo comunicativo ocorre. Este processo é composto pelo ato de comunicar propriamente dito, pela informação e pela compreensão³. A transmissão de uma mensagem não garante que sua essência seja plenamente captada, sendo a compreensão, portanto, elemento constitutivo da própria comunicação.

³ Cf. LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas* (tradução de Ana Cristina Arantes Nasser). 2ª ed. Petrópolis: editora Vozes, 2010, p. 293 e ss.

Em tempos pré-históricos, a comunicação era restrita às interações presenciais, limitadas pelos sentidos como a fala, audição, visão e gestos. O alcance dessas interações marcava os limites da troca de ideias e pensamentos.

A invenção da escrita representou um marco na história da civilização, por permitir a transmissão de ideias para além das limitações de tempo e espaço e também por garantir o registro duradouro do conhecimento. Mais tarde, a imprensa possibilitou a disseminação em massa da comunicação e o acesso ampliado ao saber.

Com os avanços tecnológicos, a comunicação fez-se instantânea independentemente da distância. A um clique, acessa-se qualquer informação e a comunicação é possível e imediata por mais distante que estejam os interlocutores.

A tecnologia que revolucionou a comunicação irradiou profundos reflexos na vida cotidiana, o que é objeto de estudo das mais diversas áreas do conhecimento⁴. Assim, era de se esperar que a transformação dos meios de comunicação irradiasse reflexos também no Direito e tais têm sido observados em diferentes aspectos, entre eles, mais especificamente no que diz respeito ao processo, no uso de aplicativos de mensagens instantâneas, como o *WhatsApp*, para a prática de atos de comunicação processual.

No âmbito do Processo Penal, a crescente utilização de aplicativos eletrônicos de mensagens instantâneas para efetuar atos de comunicação do processo requer uma análise cuidadosa, tanto porque ainda não há regulamentação legal da matéria no Brasil, mas também porque é essencial que qualquer inovação na prática de atos jurídicos processuais esteja acompanhada de respeito aos princípios do contraditório e da ampla defesa, consagrados pela Constituição Federal de 1988 (Art. 5º, LV).

Portanto, por um lado, é mesmo esperado que o avanço tecnológico e a ampliação do acesso às diferentes ferramentas de comunicação digital tenham reflexos no processo, o que não é ruim: um processo moroso e custoso é prejudicial à sociedade e também ao próprio acusado, afinal,

⁴ São fartos os estudos, por exemplo, sobre o impacto de aplicativos de comunicação instantânea nas áreas da Pedagogia, Psicologia, Medicina, Jornalismo, dentre outros.

também a duração razoável do processo consiste em direito fundamental (inciso LXXVIII, do Art. 5º, CF). Por outro lado, as inovações processuais não podem implicar na supressão de direitos.

No Brasil, o tema ganha especial relevância após decisões judiciais das Cortes Superiores permitirem a citação por *WhatsApp* no processo penal, a despeito de previsão em lei federal.

Assim, após exposição acerca da metodologia empregada para análise jurisprudencial, o artigo aborda a importância dos atos de comunicação processual no processo penal acusatório, com enfoque no estudo do conteúdo do direito ao contraditório.

Estuda-se, em seguida, como se dá a cuidadosa disciplina dos atos de comunicação processual no processo penal, sendo dada ênfase à citação – considerando ser esse o mais importante ato de comunicação processual no procedimento penal, justamente porque é este que visa garantir, à pessoa acusada, ciência de ação penal oferecida em seu desfavor.

Depois, expõe-se como se tem flexibilizado as exigências procedimentais relativas aos atos de comunicação processual nas Cortes Superiores. O estudo jurisprudencial, com metodologia qualitativa, formada a partir de dados empíricos, revela como têm decidido os Tribunais Superiores pátrios em relação à utilização do *WhatsApp* para citação, o que se fez buscando responder ao questionamento: como se construiu a aceitação da flexibilização nas formalidades da citação na jurisprudência das Cortes Superiores?

Ao final, traça-se a seguinte reflexão: a flexibilização relativa à forma dos atos de comunicação processual, com a utilização de aplicativos de mensagem instantânea sem previsão legal, é compatível com a tutela do direito ao contraditório e à ampla defesa no Brasil?

1. METODOLOGIA

O presente estudo conta com análise de jurisprudência dos Tribunais Superiores. Buscou-se compreender como se deu a construção do entendimento que tem flexibilizado as formalidades relativas à citação, permitindo-se a utilização de aplicativos de mensagem instantânea para prática de atos de comunicação processual, a despeito de previsão legal.

Houve opção por se dar enfoque às decisões especificamente relacionadas à citação, mais importante ato de comunicação processual no processo penal, não só porque este é o ato de comunicação mais relevante do processo, mas também porque é previsível que o comportamento decisório relacionado à forma da citação orientará os procedimentos relativos aos demais atos de comunicação processual, é dizer, se existe flexibilização nas formalidades na citação, ato de maior relevância no processo, esse movimento será observado, da mesma forma, em relação às intimações e notificações.

As decisões do STJ e do STF foram acessadas, pelo sistema de busca dos sites das Cortes, com a utilização dos parâmetros de pesquisa “citação *WhatsApp*”. Optou-se pela utilização da palavra-chave “*WhatsApp*” justamente pelo interesse em se analisar atos de comunicação processual realizados com a utilização de aplicativos de mensagens de comunicação instantânea, sendo notório que o *WhatsApp* é o mais utilizado no Brasil, o que permitiu que se refinasse os resultados.

A busca no site do STF, utilizando o parâmetro “citação *WhatsApp*”, resultou, até 18 de março de 2024, em 71 decisões monocráticas. Dessas, foram excluídas as decisões relativas a matérias não processuais penais e aquelas em que não houve apreciação da questão relativa à citação/intimação por aplicativo de mensagens (por haver entendimento de que houve supressão de instância, por exemplo). Feitas as exclusões, foram analisados três julgados do STF.

Optou-se por não se fazer qualquer filtro temporal, considerando-se o interesse em se observar se a pandemia afetou ou não o entendimento relativo à flexibilização das formalidades de citação e intimação. De todo modo, os resultados encontrados datam a partir de 2021.

A busca no site do STJ, utilizando o parâmetro “citação *WhatsApp* nulidade”, com filtro de órgãos julgadores específicos relativos às Quinta e Sexta Turmas (aquelas de competência criminal) resultou, até 18 de março de 2024, em 396 decisões monocráticas e 13 acórdãos. Foi colhida amostra de 40 decisões, tidas por representativas e suficientes considerando-se a padronização destas e também o dado de se referirem a cerca de 10% dos julgados achados. Acrescentou-se, aqui, o termo “nulidade” a fim de se conseguir refinar a busca, em razão da diversidade de resultados cujo conteúdo incluía menção à citação e também a mensagens de *WhatsApp*

não necessariamente relacionados. A base de dados construída com a pesquisa está depositada em repositório de acesso público⁵.

2. COMUNICAÇÃO DOS ATOS PROCESSUAIS COMO CONSECUTÁRIA LÓGICA DO DIREITO AO CONTRADITÓRIO

Já não é novidade que o direito ao contraditório nem sempre esteve correlato aos sistemas processuais.

Com a ascensão do poder eclesiástico e o absolutismo dinástico na Europa, sedimentou-se, a partir do século XII, o sistema inquisitório, amplamente sustentado pela noção do “sequestro de Deus”. Nesse contexto, o *dominus*, figura que tinha autoridade no processo inquisitorial, não apenas interpretava a vontade divina, mas também concentrava o poder em si, decidindo sobre o desfecho do processo com autoridade religiosa e jurídica. Qualquer resistência à sabedoria inquisitorial do *dominus* era vista como inimiga do bem e aliada do mal. Embora as ordálias tivessem sido superadas, a busca pela verdade se deu principalmente por meio de interrogatórios estruturados em *questiones*, nos quais o uso da tortura foi amplamente empregado para extrair respostas que atendessem às expectativas do *dominus*, abandonando-se, assim, a cientificidade em ascensão em favor da *inquisitio*⁶.

Na Idade Média, tolheu-se boa parte das construções principiológicas do processo penal, até então, acusatório⁷. O tribunal do Santo

⁵ Banco de dados disponível em: <https://doi.org/10.6084/m9.figshare.26972410.v1>

⁶ Cf. ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *O inimigo no direito penal*. 3ª ed. (6ª reimpressão). Rio de Janeiro: editora Revan, 2019, p. 38-43.

⁷ Em verdade, o sistema acusatório é o mais vetusto na história da humanidade. Sua instrumentalização se dava por meio da acusação (pública ou privada), da defesa do réu e do magistrado. Tal modelo, que primava pela separação de funções, era aplicado pelos povos germânicos, na Grécia, etc. Este foi substituído pelo arbítrio inquisitório, cujas raízes remontam ao *cognitio extra ordinem* proveniente do direito romano: “Impregnado de autoritarismo, o sistema inquisitivo, na fase histórica em que foi aplicado, constitui instrumento de iniquidade e injustiças. Nele, não se respeitavam os direitos do acusado, seu *status dignitatis* e sua incolumidade física. Empregando a tortura, para obter a confissão do réu (que era a rainha das provas); desconhecendo os direitos

Ofício representa, nesse sentido, verdadeiro retrocesso na história da humanidade. Ali, observava-se a aglutinação de funções entre julgar, defender e acusar, a consequente parcialidade do órgão julgador, ausência de presunção de inocência e desrespeito ao contraditório. Os procedimentos eram, não apenas sigilosos, senão secretos; marcados pela colheita da prova sem a presença do réu, que, diga-se, era tido como um objeto e não sujeito de direitos.

O contraditório judicial – ato de contradizer – se define exatamente como ferramenta contenciosa à arbitrariedade, situando-se como verdadeiro limite ao Estado. É o contraditório que impõe a necessidade de ouvir a outra parte antes de se proferir decisão. É com o contraditório que se observa a aplicabilidade da equação ciência e resistência, coibindo-se, portanto, a parcialidade. Surge, aqui, a máxima do *auditur et altera pars*⁸. Não é à toa que Fazzalari alude que processo é “um procedimento elaborado em contraditório”⁹.

Foi apenas com a superação da Inquisição e a ascensão dos princípios iluministas, como o garantismo e a defesa dos direitos individuais, que o direito ao contraditório emergiu como princípio fundamental do processo justo.

Assim, superada a mentalidade inquisitorial (ou, ao menos, boa parte dela¹⁰), tem-se, como característica essencial do processo penal

mais elementares do acusado, para poder defender-se, o sistema inquisitivo, marcado pela violência e pelo arbítrio, constitui, na história da Justiça Penal, uma fase triste, [...] e de ignominiosa lembrança” (MARQUES, José Frederico. *In: Tratado de Direito Processual Penal*. Vol. I. 1ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 1980, p. 80 e ss.).

⁸ Em tradução livre: “ouça-se a outra parte”.

⁹ *In: Il Processo Ordinario di Cognizione*. Vol I. Turim: editora Utet/Ristampa, 1990, p. 153.

¹⁰ A análise da sistemática constitucional deixa claro que o processo penal deve ser interpretado unicamente sob o viés de um sistema acusatório e a nova disposição do Art. 3º-A, do CPP, reforça essa premissa, reafirmando a inadmissibilidade do sistema inquisitorial. No entanto, é notável que esse modelo ainda não foi completamente superado. Alberto M. Binder aponta exatamente que: “[...] Pero el hecho de que se la considere actualmente inadmissible no significa que haya desaparecido [o sistema inquisitorial]. Al contrario; todavía, en la práctica del proceso penal, es frecuente que no se repare en los medios para averiguar la verdad; la investigación se convierte así en una especie de campo

acusatório, a asseguaração de respeito a princípios e garantias fundamentais responsáveis por tentar equacionar a díspar posição entre todo o poderio estatal e a fragilidade (impotência) do réu. Dentre esses, está, em posição de suma importância, o pilar do contraditório.

No âmbito de sua teoria garantista, Ferrajoli afirma que o contraditório é uma das garantias fundamentais que limita o poder punitivo do Estado. Considera-se que o contraditório deve ser assegurado por meio de um conjunto de outras garantias processuais, como a publicidade, a oralidade, a legalidade ou ritualização dos procedimentos e a motivação das decisões judiciais. Esses elementos formam o que se chama de “garantias das garantias”, os quais conferem concretude ao contraditório e garantem que o processo seja justo e equilibrado¹¹.

O garantismo de Ferrajoli, que deita raízes no Iluminismo, preconiza a limitação do poder estatal em todas as suas dimensões, com ênfase na primazia dos direitos fundamentais (particularmente a proteção da liberdade contra os abusos do poder), indicando-se que se deve assegurar a efetiva concretização do direito ao contraditório, evitando-se que este se torne um postulado retórico e enfraquecido¹².

Percebe-se que, tão importante quanto a previsão do direito ao contraditório - erigido por Ferrajoli como o décimo axioma fundamental em sua teoria, expresso no princípio *Nulla probatio sine defensione*¹³ -, é a sua efetiva concretização no âmbito do devido processo legal¹⁴.

Nossa Constituição Federal erigiu o contraditório, ao lado da ampla defesa, ao *status* de direito fundamental (*vide* Art. 5º, LV) e este é também, em termos internacionais, garantia convencional, consoante

minado, de conjunto de trampas que se tienden delante del imputado para tratar de sorprenderlo y provocar así su confesión” (*Introducción al derecho procesal penal*. 2ª ed. Buenos Aires: editora Ad-Hoc, 1999, p. 176).

¹¹ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 91.

¹² FERRAJOLI, Luigi. *Garantias*. *Revista do Ministério Público*, nº 85, p. 10-11, ano 22, janeiro/março, 2001.

¹³ Em tradução livre: “nenhuma prova sem defesa”.

¹⁴ FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014, p. 567.

estipulado no Art. 8.1., da Convenção Americana de Direitos Humanos (Dec.-Lei nº 678/1992).

A comunicação dos atos processuais é essencial à viabilização do contraditório e, por esse motivo, têm duplo papel: deve ser enxergada, por um lado, como verdadeiro pressuposto do contraditório, mas também é consectária lógica deste direito.

A atenção à comunicação dos atos processuais penais tem raiz, justamente, na superação do modelo puramente inquisitório e sua importância dialoga diretamente com o estabelecimento do contraditório como direito fundamental: as formas de comunicar ao acusado os atos do processo são importantes para que se garanta o direito de presença, o direito de resposta, o direito à informação, dentre outros desdobramentos do contraditório.

A comunicação dos atos processuais surge como faceta dos princípios constitucionais do devido processo legal (CF, Art. 5º, LIV) e da publicidade (CF, Art. 5º, LX) - verdadeira antítese dos processos secretos. Como bem lembrado por Canotilho, “o segredo não é compatível com as liberdades e direitos do homem¹⁵”. Beccaria já aludia que o sigilo é a arma mais eficaz da tirania¹⁶. Além desses, é faceta da ampla defesa e, sobretudo, do contraditório judicial (CF, Art. 5º, LV), sem embargo de tratar-se de uma garantia convencional (Dec.-Lei nº 678/92, Art. 8.2.b – Convenção Americana de Direitos Humanos, com previsão do direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada)¹⁷.

A importância de se ter atenção com a comunicação dos atos processuais é lógica: “não há como defender-se, e assim garantir um justo processo resguardando o contraditório, daquilo que não se sabe, quicá

¹⁵ Nessa senda, o autor ainda aponta que o *procedimento justo* tende a densificar-se como *procedimento comunicativamente justo*, impondo a necessidade de criação de mecanismo para efetivar uma comunicação, inclusive pré-procedimentais (Cf. Canotilho, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: editora Almedina, 2003, p. 514 e s., grifos do autor).

¹⁶ Cf. BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: editora Edipro, 2015, 37.

¹⁷ Noutras Convenções, referem-se, no que tange à informação de modo prévio e pormenorizado: “no mais curto prazo”, vide Art. 6.3.a da Convenção Europeia de Direitos Humanos; e “sem demora”, vide Art. 14.3.a do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos.

daquilo cujo qual sequer fora comunicado¹⁸”. Daí, pois, pode-se asseverar que a comunicação dos atos processuais instrumentaliza o contraditório judicial. Nessa senda, Guillén aponta que o processo penal se “*desarrollá en régimen de igualdad de las partes y contradicción, garantizada por un sistema de citaciones y notificaciones*¹⁹”.

A comunicação dos atos processuais funciona, portanto, para garantir ao indivíduo que não seja processado (em sentido *lato*) sem a sua ciência, permitindo-lhe, de resto, que tenha conhecimento pleno das decisões judiciais e dos atos de instrução durante todo o processo²⁰. Ficam, aqui, consubstanciados os fundamentais direito à informação; o direito de participação reacionária e o direito de interferência nas decisões judiciais.

Importante ressaltar que, se, de um lado, ao Estado, é obrigatória a comunicação de atos no processo, doutro é facultado ao réu o atendimento a estes atos, notadamente porque o indivíduo não pode ser compelido a tomar parte na produção de provas contra si (*nemo tenetur se detegere*), gozando do direito ao silêncio (CF, Art. 5º, LXII e Dec.-Lei nº 678/92, Art. 8.2.h), sempre sob o manto da presunção de inocência (CF, Art. 5º, LVII e Dec.-Lei nº 678/92, Art. 8.2). É dizer, em que pese

¹⁸ Sobre a temática, Joaquim C. Mendes de Almeida perora que “graças a elas [garantias processuais do contraditório], o autor não pode mover a ação sem que o réu desta tenha notícia; o réu não pode reagir sem que de sua contestação o autor tenha ciência; nenhuma alegação se faz, nenhuma prova produz qualquer dos litigantes sem que o adversário as conheça; e o juiz não examina pedidos ignorados por um dos contendores e não dá despacho, nem lavra sentenças de que não mande cientificar as partes. Dessa forma é que pode a contrariedade efetivar-se ficando as partes, no correr do feito, a par de todos os seus atos e termos” (MENDES DE ALMEIDA, Joaquim C. In: A Contrariedade na Instrução Criminal, 1937, p. 107 *apud* NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 18ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 1987, p. 198).

¹⁹ GUILLÉN, Victor Fiaren. *Principios básicos para un proyectado ‘código-tipo’ para los países iberoamericanos y sus relaciones com los derechos fundamentales*. In: Revista de Derecho Procesal, nº 1, 1990, p. 15 e s.). Em tradução livre: “Desenvolver-se em regime de igualdade entre as partes e contraditório, garantido por um sistema de citações e notificações”.

²⁰ Nessa esteira: SANCHEZ, Rafaela Bueno e Silva; DEMECIANO, Thiago de Oliveira. Direito a um processo público e direito à informação. In: PEREIRA, Cláudio José Langroiva, et. al. (cords.). *Impacto na jurisprudência interamericana nas garantias processuais: Um diálogo Argentina-Brasil*. 1ª ed. São Paulo: editora Quartier Latin, 2022, 254-5.

ser imperativo ao Estado não evitar esforços para comunicar alguém dos atos do processo, ao interessado é facultado seu comparecimento em juízo, sendo sua ausência tida como meio de autodefesa negativa²¹, lembrando-se, sempre, da indisponibilidade da defesa técnica.

A comunicação dos atos processuais, pelos reflexos que irradia em relação ao direito à ampla defesa e contraditório, deve atender à finalidade para a qual foi prevista, de modo que é mister que seja realizada dentro de um espaço de tempo que permita ao acusado promover sua defesa da melhor forma que lhe compete²². Mas não é só. Para se resguardar efetivamente o contraditório, é imprescindível que o acusado tome conhecimento de modo explícito e efetivo acerca do ato que lhe foi informado, cuidando-se para que a comunicação não tenha cunho meramente formal²³.

Vetusta e obsoleta era a aplicação, no processo penal²⁴, dos efeitos da revelia (rebelia) e da contumácia (grave teimosia), originárias do processo civil²⁵. Esta caracterizava-se quando o réu era devidamente

²¹ Cf. LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 2018, p. 103.

²² Cf. SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: editora J. de Oliveira, 2001, p. 19.

²³ Cf. SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: editora J. de Oliveira, 2001, p. 18/19.

²⁴ Vide disposições nos Arts. 79, § 2º, 564, III, g e o parágrafo único do Art. 610, todos do CPP, preveem ainda a terminologia em comento, em que pese a alteração na primitiva redação do Art. 366, que previa a figura da revelia até 1996 quando fora alterada pela Lei nº 9.271, extirpando-a. No que concerne à interpretação ao Art. 367, CPP, cedejo a preferência dogmática pela adjetivação – ausência.

²⁵ Falava-se ainda em “pena de revelia” (interpretação dada à primitiva redação do Art. 369, CPP), cindindo-se frontalmente com a presunção de inocência. Não raros autores utilizavam tal terminologia e toda a principiologia voltada ao grave fato – visto por eles – de o réu homiziar quando de seu chamamento ao processo, para furtar-se a aplicação da lei penal. Ary Azevedo Franco disserta que: “Temos, ainda, e expressamente, que, afiançado ou não, se o acusado, ciente de que deve ir a juízo, seja por citação, seja por intimação, e não o fizer por motivo justificado, sofrerá a pena de revelia, que é, fora de dúvida, uma pena, agora, porém, muito atenuada pela obrigatoriedade em que fica o juiz de dar um defensor ao réu, quando este ausente, como dispõe o parágrafo único do art. 396” (*In*: Código de Processo Penal. 1º Volume: Comentários

comunicado sobre o processo (através de quaisquer métodos de comunicação) e deixava de atender (ou comparecer) ao chamamento: presumir-se-ia sua confissão, aclamando-se que *contumax pro convicto et confesso habetur*. Em um Estado Democrático de Direito, que preza por um processo penal justo, não só constitucional, mas convencional, tais acepções não são mais aceitáveis, muitos menos vistas como penalidades: o acusado possui o pleno direito de calar-se, inclusive porque presumidamente inocente, e “qual seria pois a razão de comparecer ao ato, se ficaria, ao final, em silêncio?”²⁶.

3. MEIOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL NO BRASIL – CITAÇÃO, INTIMAÇÃO E NOTIFICAÇÃO

É através dos meios de comunicação do ato processual que se consubstancia o direito à informação, o qual, como já exposto alhures, é pilar do direito ao contraditório. É com a citação, notificação e intimação que se garante a segurança jurídica necessária de que foram enviados os esforços previstos na lei para cientificar o indivíduo de determinado ato.

Os referidos atos de comunicação processual, citação, notificação e intimação, são distintos, não só em suas finalidades, mas nas consequências de sua concretização e, para os fins do presente estudo, necessário traçar explanação breve acerca de cada um dos institutos.

3.1. CITAÇÃO

A citação é o meio ordinário da comunicação quando do início do processo penal. Apenas com sua concretização, tem-se por formado o processo (*vide* CPP, Art. 363, *caput*). Esse ato solene é o marco determinante para que o *arguido* – como se diz em Portugal – tenha condições de refutar as alegações contra si imputadas²⁷.

aos arts. 1 a 393, seguidos de formulários correspondentes. 6ª ed. Rio de Janeiro: editora revista forense, 1956, p. 439).

²⁶ NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: editora Forense/GEN, 2020, p. 757.

²⁷ Nessa esteira: FERRAJOLI, Luigi. *Direito...*, *op. cit.*, p. 559.

O vocábulo é oriundo do termo *cientificação*, vale dizer, tornar aquela pessoa, alvo da determinação, ciente de algo. No direito romano, utilizava-se a expressão “*in jus vocatio*”, designando a ideia de chamamento (do réu) a juízo²⁸.

A citação carrega consigo o binômio “ciência e defesa”. É por meio da citação que o acusado exerce seu direito constitucional à informação, recebendo comunicação sobre sua posição de sujeito passivo de persecução penal (é dizer, uma denúncia ou queixa foi recebida em face desse indivíduo) e que este é o momento inicial para o exercício de seu direito constitucional ao contraditório e ampla defesa.

Em termos clássicos, Eduardo Espinola Filho define a citação no processo penal como:

ato oficial, pelo qual, no início da ação penal, se dá ciência ao acusado de que contra ele se movimenta essa ação, chamando-o a vir a juízo, ver-se processar e fazer sua defesa²⁹”.

A concretização da citação é imperativa, não apenas para a consagração do *actus trium personarum*³⁰, mas também porque, se houver inobservância do mais importante ato de comunicação processual, o processo estará fulminado da nulidade disposta no Art. 564, III, e, CPP. É dizer, na inexistência ou mesmo em sua existência despida de validade, haverá nulidade processual. Contudo, vale recordar que:

“a falta ou a nulidade da citação, da intimação ou notificação estará sanada, desde que o interessado compareça, antes de o ato consumir-se, embora declare que o faz para o único fim de argui-la. O juiz ordenará, todavia, a suspensão ou o adiamento do ato, quando reconhecer que a irregularidade poderá prejudicar direito da parte” (*ex vi* CPP, Art. 570).

²⁸ Cf. BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*. Artigos 197 a 423 do Código, com Doutrina, elucidicações práticas e casos julgados. Vol. II. Porto Alegre: editora Livraria do Globo – Barcellos, Bertaso & Cia., 1942, p. 373.

²⁹ *In: Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Comentários aos Arts. 201 a 380. Vol. III. 1ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: editora Freitas Bastos, 1942, p. 408.

³⁰ Em tradução livre: ato de três pessoas

Adota-se, aqui, o princípio da instrumentalidade das formas, em que se preza que o ato, atingida sua finalidade, não deve ser declarado nulo.

A disciplina da citação, no CPP, é cuidadosa quanto à forma.

Dar-se-á citação por duas formas, citação real ou citação ficta (presumida).

A citação real é a regra. É somente a partir dela que se pode atestar a plena ciência, por parte do réu, acerca do conhecimento do teor da ação. A citação pessoal ocorre na pessoa do réu e pode ocorrer: I) Por mandado; II) Por carta precatória; III) Por requisição; IV) Por carta rogatória; V) Por carta de ordem.

Dentre as formas ordinárias de citação, convém trazer à baila que a citação por mandado é preferível – e a regra – pela oficialidade que o ato impõe. Esta é feita através de oficial de justiça sempre que o réu se encontre na mesma circunscrição da competência territorial do juízo (CPP, Art. 351). Distintamente do que ocorre no Processo Civil, em que o ato alcança sua finalidade quando houver citação, tanto do réu, quanto de seu representante legal ou mesmo procurador (CPC, Art. 242, *caput*, última parte), no processo penal, somente o réu pode ser citado. Contudo, calha recordar que se, antes do ato citatório, for exaurido o incidente de insanidade mental, constatando-se a inimputabilidade do réu, além de nomear-se *curador*, a citação proceder-se-á na pessoa desse (CPP, Art. 151) – é o que se denomina de citação imprópria.

Os requisitos intrínsecos da citação, quais sejam, nome do juiz; nome do querelante nas ações iniciadas por queixa; nome do réu, ou, se for desconhecido, os seus sinais característicos; a residência do réu, se for conhecida; o fim para qual é feita a citação; o juízo e o lugar, o dia e a hora em que o réu deverá comparecer; a subscrição do escrivão e a rubrica do juiz, estão insculpidos na redação do Art. 352 do CPP. Os requisitos extrínsecos, que concernem à forma do cumprimento do ato, quais sejam, leitura do mandado ao citando pelo oficial e entrega de contrafé, na qual se mencionará dia e hora da citação; declaração do oficial, na certidão, da entrega da contrafé, e sua aceitação ou recusa –, tem previsão no Art. 357 do mesmo *códex*.

O CPP também traz disposições sobre a citação por precatória (art. 353 e seguintes), por requisição, no art. 358 (que diz respeito a acusados militares) e por rogatória (art. 369, CPP).

O minucioso regramento relativo à citação pessoal não se dá sem motivos: é patente que existe, na lei, preocupação com que o acusado tenha acesso efetivo ao teor da acusação e que seus termos sejam compreendidos, para que, assim, a defesa possa ser exercida apropriadamente. Nesse sentido, só se pode concluir que a exigência legal de que o oficial de justiça faça a leitura da denúncia ao citando, além de lhe entregar a contrafé, constituem manifestações cristalinas da preocupação com o acesso à informação, pressuposto da ampla defesa.

É notório que existe, na lei, preocupação com a compreensão do ato por parte do citando, o que faz sentido, lembrando-se que a compreensão é parte integrante do próprio conteúdo do conceito de “comunicação”.

Assim, seria possível cogitar ser dispensável a leitura, por parte do oficial, do texto da denúncia à pessoa citada, se considerássemos que ele recebe a contrafé e pode, assim, lê-la a qualquer momento. No entanto, o legislador quis ter certeza de que, mais do que receber a cópia da denúncia, o citando ouviria o seu conteúdo após leitura oral, o que parece ser absolutamente razoável, inclusive em razão das altas taxas de analfabetismo funcional no Brasil³¹.

É importante, portanto, compreender que o respeito aos requisitos da citação não traduz mero formalismo, mas, pelo contrário, guarda importância estritamente relacionada ao acesso ao conteúdo da acusação e com os esforços de se garantir a compreensão da informação- algo que, repita-se, relaciona-se com o conteúdo do conceito de comunicação.

A citação ficta ou presumida é assaz excepcional. Utiliza-se a citação ficta de forma extraordinária, quando exauridas as tentativas de localização pessoal do acusado. Tal modalidade pode ocorrer: I) Por edital; e II) Por hora certa.

A citação por hora certa, acrescida ao CPP pela Lei nº 11.719, de 2008, especificamente no art. 362, é de constitucionalidade duvidosa,

³¹ Dados do IBGE apontam que, em 2022, 5,6% da população é considerada analfabeta funcional, sendo que, destes, 5,3 milhões vivem no Nordeste. Entre os pretos e pardos, 7,4% são analfabetos: <https://agenciadenoticias.ibge.gov.br/agencia-noticias/2012-agencia-de-noticias/noticias/37089-em-2022-analfabetismo-cai-mas-continua-mais-alto-entre-idosos-pretos-e-pardos-e-no-nordeste>

em que pese a questão ter sido decidida no Tema 613, do STF³². Aqui, o oficial de justiça, constatando que o réu se oculta para não ser citado, adota o rito da citação por hora certa do CPC e o processo segue com a nomeação de defensor dativo ao acusado.

A referida modalidade de citação ficta é problemática não só porque viola o art. 8º, 2. b, da Convenção Americana de Direitos Humanos, que dispõe que toda a pessoa tem direito à comunicação prévia e pormenorizada da acusação formulada, mas também porque a presunção de ocultação, levantada por oficial de justiça em avaliação subjetiva, casuística e de difícil controle, não parece ter guarida em processo penal que é regido, em todos os seus aspectos, pela presunção de inocência.

A constitucionalidade da citação por hora certa, como já se afirmou, foi decidida ainda em 2017. De todo modo, mesmo que se considere válida tal modalidade de citação, até mesmo a citação por hora certa tem forma minuciosa prescrita em lei, a exemplo de haver determinação, extraída do CPC, de que a contrafé seja enviada por Correios ao acusado. De resto, a citação por hora certa, necessário afirmar, não induz, por si só, revelia, de modo que a intimação pessoal do acusado para todos os atos do processo é mandatória, ainda que tenha sido ele citado por hora certa. Assim, ainda que citado por hora certa tem o acusado direito a ser comunicado dos demais atos do processo.

³² No julgamento do RE nº 635145, reconhecida a repercussão geral, decidiu-se pela constitucionalidade da citação por hora certa do art. 362, do CPP. Os argumentos contrários a essa modalidade de citação são sobretudo relacionados à violação da isonomia de tratamento: a citação por edital não implica na revelia, ao revés, culmina na suspensão do processo, bem como o curso do prazo prescricional (CPP, Art. 366, o que se dá, justamente, pela fragilidade da presunção de ciência da acusação publicada em edital. Por qual motivo, então, consequência distinta na citação por hora certa -que é também forma presumida de conhecimento da acusação? A Convenção Interamericana de Direitos Humanos (Dec.-Lei nº 678/1992), que preconiza a garantia da comunicação prévia e pormenorizada ao réu formulada (Art. 8.2.b), parece incompatível com o seguimento do processo após citação por hora certa. Por tais motivos, surgem inúmeras correntes alegando a inconstitucionalidade e inconvenionalidade, em razão da dilaceração da ampla defesa e do contraditório. Nessa esteira: SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma Processual Penal de 2008*. São Paulo: editora RT, 2008, p. 19 e ss).

A citação por edital está disposta no artigo 365 e seguintes, do CPP e consiste em instrumento de publicização da acusação, para que o acusado, que não foi localizado pessoalmente, possa, eventualmente, acessar seus termos.

Viu-se, portanto, que a citação é revestida de formalidades que existem por motivos específicos estritamente relacionados ao direito ao contraditório, à ampla defesa e ao devido processo legal.

Nada obstante, constata-se que não há expressa previsão legal no CPP sobre a utilização de meios tecnológicos para efetivar a comunicação dos atos processuais.

A Lei nº 11.419/2006, que trata da informatização dos processos judiciais, em seu artigo 6º, prevê a utilização de meios eletrônicos para as citações em geral, excetuando, peremptoriamente, os processos “criminais e infracionais”³³. Não houve desídia legislativa sobre a temática, mas verdadeira deliberação pela exclusão de meios eletrônicos para citações nesse formato no processo penal.

3.2 INTIMAÇÃO E NOTIFICAÇÃO.

As intimações e notificações também se encontram no grupo funcional da citação: são meios de comunicação processual utilizados para resguardar o direito ao contraditório (em sentido *lato*). Possuem previsão legal no Capítulo II do Título X (das citações e intimações), que cuida, especificamente, das intimações nos arts. 370 e ss., CPP.

A intimação, no processo penal, possui, de certa maneira, similitude com o conceito deste mesmo instituto no processo civil³⁴. Contudo, é mais adequado conceituá-la como ato que dá ciência à parte sobre um determinado acontecimento judicial preexistente, concomitante ou superveniente, que a afeta, direta ou indiretamente.

³³ *In verbis*: “Art. 6º Observadas as formas e as cautelas do art. 5º desta Lei, as citações, inclusive da Fazenda Pública, *excetuadas as dos Direitos Processuais Criminal e Infracional*, poderão ser feitas por meio eletrônico, desde que a íntegra dos autos seja acessível ao citando” (grifos nossos).

³⁴ Consoante o Art. 269, CPC, a intimação: “é o ato pelo qual se dá ciência a alguém dos atos e dos termos do processo”.

A notificação, em que pese a opção legislativa em dissociar um instituto doutro – causando verdadeira confusão terminológica –, situa-se de forma semelhante à própria intimação. Há quem defenda que, na intimação, a comunicação se perfaz para informar um ato passado, enquanto a notificação se dá para comunicar sobre um ato futuro, sujeitando-se o seu não atendimento a um ônus. Daí, pois, aludem que é preferível utilizar o termo “notificação” quando se pretende informar uma testemunha sobre a data da audiência – sob pena de se determinar a condução coercitiva –; enquanto que a intimação serviria para comunicar o réu da sentença que lhe fora proferida (CPP, Art. 392)³⁵. Percebe-se que, para essa corrente, a distinção não é meramente imbuída por fator temporal (ato já realizado *versus* ato que será realizado), mas também no que tange sua consequência. O não atendimento da intimação acarretaria a perda da possibilidade de acompanhar um determinado ato; na notificação estar-se sujeito a um ônus caso não atendido o comando judicial.

A atecnia legislativa é muito criticada na dogmática nacional. Há autores que sustentam que, em verdade, notificação e intimação são a mesma ferramenta, apenas com terminologias – infelizes – distintas³⁶. Outros autores reclamam a diferença perene como aludido *supra*.

Calha recordar que, em relação aos procedimentos dessas formas de comunicação do ato processual, no que for aplicável, as disposições gerais da citação são extensivas às intimações e notificações, consoante a própria disposição do *caput* do Art. 370, CPP. Assim, aplica-se toda a principiologia atinente à citação às demais formas de comunicação processual.

³⁵ Nesse sentido: MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000, p. 436.

³⁶ Cf. PACHELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 14ª ed. São Paulo: editora Juspodivm, 2022, p. 1032; NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal*. 5ª ed. Rio de Janeiro: editora Forense, 2024, p. 412. *Passim*.

4. ATOS DE COMUNICAÇÃO PROCESSUAL REALIZADOS POR APLICATIVOS DE MENSAGENS E A EXPERIÊNCIA BRASILEIRA

Já se observou que as exigências relativas à forma de realização de citação e intimação não são triviais: o legislador foi minucioso em relação aos requisitos intrínsecos e extrínsecos dos atos de comunicação processual, o que, só se pode concluir, está relacionado com a preocupação com o acesso efetivo do acusado ao teor da acusação. Sabe-se, outrossim, que não há, no Código de Processo Penal ou em lei esparsa, autorização para uso de aplicativo de mensagens para realização de atos de comunicação processual no Brasil.

No processo civil brasileiro, a situação é distinta. A Lei 14.195/21 alterou a redação do art. 246, do CPC, para determinar que a citação deve, prioritariamente, ser feita por meio eletrônico, utilizando-se endereços eletrônicos existentes no banco de dados do Poder Judiciário. Diante da ausência de confirmação do recebimento da citação, tem lugar a citação por correio, oficial de justiça, dentre outros (art. 246, parágrafo 1º-A, CPC). Mesmo no processo civil, que tem premissas radicalmente diversas daquelas que sustentam o processo penal, a citação por *WhatsApp*, ao arrepio de previsão legal específica, não é tranquila. Yarshell, ao refletir sobre a citação por aplicativo no processo civil, conclui que:

“No âmbito das citações, aspectos concernentes à própria tecnologia do *WhatsApp* dificultariam seu uso generalizado para fins citatórios. Contudo, havendo prévia ciência do citando quanto ao uso da plataforma, a qual se refletiria no prévio cadastramento do número de telefone em base de dados do Poder Judiciário ou em negócio jurídico processual feito com a contraparte, a utilização da ferramenta se mostraria adequada à finalidade citatória” (...).³⁷

Chen, refletindo sobre a citação eletrônica no processo civil norte-americano, anota que a comunicação eletrônica é “time-efficient”,

³⁷ YARSHELL, Flávio Luiz; Becerra, Eduardo de Carvalho. *Citação por WhatsApp: disciplina legal dos modos de citação e reflexões sobre o potencial uso dessa ferramenta no processo*. Revista de Processo. vol. 343. ano 48. p. 45-56. São Paulo: Ed. RT, setembro 2023, p. 56

“inexpensive” e “reliable”³⁸, sendo notório que as Cortes americanas têm autorizado métodos alternativos de citação no processo civil a partir do julgamento, pela Suprema Corte, do caso *Mullane v. Central Hanover Bank & Trust Co*, ainda em 1950.

Diferentemente do que pode ocorrer com a flexibilização da comunicação de atos processuais em outros âmbitos (como no processo civil), é no sistema penal que se encontra a possibilidade da perda da liberdade. Afinal, a pretensão pública, nesse contexto, está sempre relacionada à liberdade de uma pessoa. Portanto, a formalidade do ato processual penal assume função muito relevante, pois instrumentaliza garantias de direitos fundamentais, não podendo ser confundida com outras pretensões menos restritivas. A formalidade do ato, no processo penal, instrumentaliza garantia fundamental³⁹.

³⁸ Em tradução livre: eficiente em relação ao tempo, não custosa e confiável. Em: CHEN, Annie. *Electronic Service of Process: A Practical and Affordable Option*. (2016). Cornell Law School J.D. Student Research Papers. 39, p. 2-3.

³⁹ Em que pese serem mais conhecidos no âmbito do direito penal material, Claus Roxin e Bernd Schünemann, ao comentar sobre o princípio – alemão – da *formalidade* para o processo penal, apontam que a formalidade, lastreada como uma garantia, não pode ser simplesmente contornada, mas respeitada. Quaisquer vulnerações a tais garantias, no âmbito penal, mostram-se como verdadeiro abalo à democracia, – afinal, apontam ser o Processo Penal o sismógrafo de um Estado Democrático de Direito – e por isso, diferentemente de outros âmbitos, que podem ser guiados por uma interpretação evolutiva, o processo penal deve tornar-se estático e reativo no que tange à supressão de garantias fundamentais. Apontam que: “Los límites de la facultad de intervención estatal, que protegen al inocente en contra de persecuciones injustas y de excesivas restricciones de la libertad, y, que también deben garantizar al culpable la salvaguardia de todos sus derechos de defensa, caracterizan al *principio de formalidad* del procedimiento. Aun cuando una-sentencia logre establecer la culpabilidad del acusado, el juicio solo será adecuado si lo es conforme a la norma procesal (principio-de formalidad), y en el caso de que ninguna garantía procesal formal del procedimiento haya sido vulnerada-de manera perjudicial para el imputado, En un proceso penal de un Estado de Derecho, el resguardo al principio de formalidad no es menos importante que la condena al culpable y que la restauración de la paz jurídica. Ello necesita en cuanto a sus efectos en el Derecho procesal penal una explicación más detallada, la misma que se realiza a continuación” (ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Dario Rolón e Mario Amoretti. (Título original: *Strafverfahrensrecht*, 29ª ed. Completamente renovada de la obra iniciada y

Claudia Cesari aponta que:

“[...]Si può e si deve, quindi, ragionare sui possibili spazi applicativi dei prodotti più avanzati dell'evoluzione tecnologica nel processo, per non lasciarsi sfuggire l'opportunità di garantire ai sistemi maggiore efficacia ed efficienza, ma anche per valutarne i rischi, nell'ottica di una tempestiva predisposizione delle necessarie garanzie. In questa prospettiva, sarà indispensabile rileggere le garanzie esistenti in chiave innovativa, ma anche congegnarne di nuove, per strutturare la tutela dei diritti umani e i principi cardine del giusto processo in modo adeguato ad affrontare il modificarsi della realtà processuale in sintonia con l'evoluzione del sistema verso una società tecnologicamente nuova [...]”⁴⁰.

É esperado que o avanço tecnológico e a ampliação do acesso às diversas ferramentas de comunicação digital tenham impacto também no processo penal, o que não é necessariamente negativo. Um processo lento onera a sociedade e prejudica também o próprio acusado, tanto assim que a razoável duração do processo é um direito fundamental (inciso LXXVIII, Art. 5º, CF). Assim, é sim sensata a ideia de se reinterpretar e também criar novas garantias, para adequá-las a uma sociedade tecnologicamente nova. Todavia, isso não pode implicar na supressão de direitos, especialmente considerando-se que a forma, no processo penal, tem especial relevância.

continuada hasta la 8ª ed. de 1967 por Eduardo Kern) 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editora Didot, 2019, p. 58 e 68).

⁴⁰ CESARI, Claudia. Editoriale: *L'impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite*. Revista Brasileira de Direito Processual Penal, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1167-1188, set./dez. 2019, p. 1185. “Pode-se e deve-se, portanto, raciocinar sobre os possíveis espaços de aplicação dos produtos mais avançados da evolução tecnológica no processo, para não perder a oportunidade de garantir que os sistemas sejam mais eficazes e eficientes, mas também para avaliar os riscos, com vistas a um fornecimento oportuno das garantias necessárias. Nessa perspectiva, será indispensável reinterpretar as garantias existentes de forma inovadora, mas também criar novas, para estruturar a proteção dos direitos humanos e os princípios fundamentais do devido processo legal de maneira adequada para lidar com a realidade processual em transformação, em sintonia com a evolução do sistema em direção a uma sociedade tecnologicamente nova (Tradução Livre)”.

De todo modo, parece seguro inferir que a utilização de aplicativos de comunicação eletrônica para atos processuais contribui, efetivamente, para a agilidade temporal no curso do processo e também para a economia de recursos, sendo salutar, não só à sociedade, mas também ao acusado, que meios de tornar o processo mais eficiente sejam implementados. Não por outro motivo, em outros locais, esforços para a digitalização do processo têm vindo acompanhado de previsões legais para a utilização de meios de comunicação eletrônica para prática de atos de comunicação processual. É o caso, por exemplo, da Espanha e seu recente Real Decreto-ley 6/2023, aprovado em dezembro de 2023, que gerou alguns reflexos na *Ley de Enjuiciamiento Criminal*, inclusive no que se refere a atos de comunicação processual.

Na Espanha, assim, atualmente, existe previsão de que as comunicações processuais no processo penal sejam preferencialmente realizadas por meios eletrônicos. Planchadell-Gargallo explica que:

Las comunicaciones procesales, en cualquiera de sus modalidades, se practicarán por medios electrónicos; identificando la persona interesada un dispositivo electrónico y una dirección de correo electrónico para el envío de información y avisos de actos de comunicación. De no poderse llevar a cabo por vía electrónica, se practicará en las demás formas previstas en la ley, pero incorporándose al expediente judicial electrónico. El Punto Común de Actos de Comunicación, que debe garantizarse por las administraciones competentes, es pieza clave de este sistema⁴¹.

As reformas no processo espanhol, que culminarão na utilização de aplicativos eletrônicos de comunicação processual, serão graduais

⁴¹ Em tradução: As comunicações processuais, em qualquer de suas modalidades, serão realizadas por meios eletrônicos, sendo a pessoa interessada responsável por identificar um dispositivo eletrônico e um endereço de e-mail para o envio de informações e avisos de atos de comunicação. Caso não seja possível realizá-las por via eletrônica, serão feitas nas demais formas previstas pela lei, mas incorporadas ao processo judicial eletrônico. O Ponto Comum de Atos de Comunicação, que deve ser garantido pelas administrações competentes, é uma peça fundamental deste sistema. Em: PLANCHADELL-GARGALLO, Andrea: Breves apuntes sobre digitalización del proceso penal español a la luz de la reciente reforma Revista Brasileira de Direito Processual Penal. 2024. 10.(2), p. 14.

e, como lembrado por Calaza López, limitados por diversas exceções e condicionantes, que, inclusive, podem restringir a plena implementação das modificações propostas, devido a restrições materiais, técnicas e humanas nos tribunais do País⁴². Nesse sentido, nota-se que as comunicações processuais serão preferencialmente eletrônicas, mas dependente de sistema próprio, em que a parte interessada indicará meio eletrônico pelo qual será informada de atos processuais.

Como na Espanha, muitos outros Países, a exemplo de Itália⁴³, Estados Unidos⁴⁴ e Polônia⁴⁵ têm passado por processos de modernização, com esforços no sentido da digitalização dos processos e adequação dos procedimentos a inovações tecnológicas que buscam torná-los mais eficientes, movimento que se acelerou após a pandemia COVID-19- quando os usos de meios virtuais no processo cresceram, dada a necessidade sanitária de diminuição de contato físico. No entanto, também nesses, a prática de atos de comunicação processuais dirigidos aos acusados é tratada com cautela.

No país italiano, que tem passado por reformas significativas a partir do Decreto Legislativo n. 150/2022 (“Reforma Catarbia”), sempre com vistas à eficiência e economia de recursos, o *Codice di Procedura Penale* sofreu algumas alterações, justamente, em seu *Titolo V*, do *Libro II*, que trata das comunicações processuais. Verifica-se, ali, a previsão de comunicações por meio eletrônico, sendo essas obrigatórias para entidades privadas, e para o querelante, que deve indicar um e-mail certificado já na propositura da ação (art. 153- bis)⁴⁶. Estabelece-se, de resto, a prioridade

⁴² CALAZA LÓPEZ, Sonia. Nueve ejes de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencia (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10 (1), *Diario La Ley*, núm. 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024.

⁴³ BIRAL, MARIANNA. The Italian Route towards Digitalisation of Criminal Proceedings. The Latest Developments in the Field of Remote Justice. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. 2024. 10.(2).

⁴⁴ TURNER, Jenia. Remote Criminal Justice. *Texas Tech Law Review*, vol. 53, 2021, p. 197-270.

⁴⁵ SAKOWICZ, Andrzej e ZIELINSKI, Sebastian. Em direção a um sistema de justiça criminal digitalizado: exemplo da Polônia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. 2024. 10 (2).

⁴⁶ Posta Elettronica Certificata (PEC) é um sistema de e-mail legalmente reconhecido na Itália, utilizado para garantir a autenticidade e integridade das comunicações eletrônicas.

por métodos telemáticos de comunicação (art 148). Existe ali, apesar dos anseios por imprimir eficiência ao processo, cuidadosa disciplina da comunicação dos atos processuais dirigidos ao acusado (art.157, art. 157 bis), inclusive com previsão de uso de notificações eletrônicas, mas apenas no caso de prévia indicação de endereço certificado pelo acusado⁴⁷.

Já se observou que, no Brasil, a despeito da ausência de previsão legal, tem sido crescente a utilização de formas alternativas de comunicação de atos processuais, o que se observa notadamente com o uso do aplicativo instantâneo de mensagens *WhatsApp*, prática que tem ocorrido antes mesmo da pandemia COVID-19.

A aceitação de utilização de aplicativos de mensagens para a prática de atos de comunicação processual é verificável empiricamente. Pesquisa jurisprudencial nos sítios eletrônicos do STJ e STF revela que a utilização do *WhatsApp* é amplamente aceita, desde que obedecidos alguns requisitos.

No julgamento do HC 641.887-DF, relatado pelo Min. Ribeiro Dantas, julgado em 09/03/2021, suscitou-se a nulidade da citação, considerando-se a utilização do *WhatsApp* para o ato. A questão foi submetida ao colegiado e a 05ª Turma, por unanimidade, concedeu a ordem para anular a citação. Aduziu-se que, no caso concreto em análise, não era possível deduzir-se tratar-se, efetivamente, do citando (inclusive pela ausência de foto no *WhatsApp*). Apesar da anulação da citação, já aqui foi estabelecida a premissa de que “não seria adequado fechar os olhos para a realidade. Excluir peremptória e abstratamente a possibilidade de utilização do *WhatsApp* para fins da prática de atos de comunicação processuais penais, como citação e intimação, não se revelaria uma postura comedida”. Apesar da anulação da citação no caso concreto, o julgamento no referido HC é precedente consolidado da 05ª Turma do STJ no sentido da permissividade de citação por aplicativo de mensagens.

Vê-se, no mesmo HC 641.887-DF, de março de 2021, preocupação com a importância da verificação da identidade do citando, não havendo, todavia, no corpo da decisão, preocupação específica com a ciência e, principalmente, compreensão do ato por parte do citando. De resto, já ali foi estabelecida a premissa de que a realidade impunha

⁴⁷ <https://www.gazzettaufficiale.it/dettaglio/codici/codiceProceduraPenale/>

uma postura mais comedida em relação às formalidades de citação e intimação, o que já indicava tendência de flexibilização da forma de citação e intimação.

Com a demonstração da ocorrência de “ciência inequívoca” por parte por citando, passou-se a permitir, de forma corriqueira, a citação por *WhatsApp*.

Foi no julgamento do Agravo Regimental no Recurso em *Habeas Corpus* nº 141. 245-DF, julgado em 09/03/2021 e publicado em 15/03/2021, que se estabeleceu, no âmbito do STJ, os parâmetros para aceitação da citação por *WhatsApp*, os denominados “três critérios de verificação”.

Interessante observar que, no corpo da decisão do AgRg em RHC, tomada pela 05ª Turma do STJ, aduziu-se que alguns óbices poderiam ser mencionados para se impedir a utilização, no processo penal, do *WhatsApp*, entre eles a competência privativa de União para legislar sobre o processo-algo sem o que não se poderia cogitar-se da citação por aplicativo. Ainda assim, ficou ali sedimentado não se poder “fechar os olhos à realidade”, mormente considerando-se que o processo penal é regido pelo princípio “*pas nullité sans grief*”. Estabeleceu-se, ali, a necessidade de se observar a concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário: número de telefone, confirmação escrita, foto individual.

A partir desse julgado, passou-se a aceitar, corriqueiramente, a citação por *WhatsApp*, desde que ficasse comprovado, preferencialmente com os “três elementos de verificação”, a identidade do citando e a “ciência inequívoca” do ato.

A óbvia casuística envolvida na análise acerca dos tais “três elementos de verificação” é problemática: em quais casos a foto do citando no aplicativo de mensagens pode ser considerada elemento verificador válido? Qual a nitidez exigível da imagem? Em que hipóteses pode ser considerada válida a confirmação escrita do destinatário? O envio de *emoji* ou de letra isolada, por exemplo, pode ser considerado sinal válido de confirmação de leitura? E a indicação de leitura feita pelo próprio aplicativo (com sinalização de setas em azul, por exemplo)?

A resposta a tais questionamentos escancara a necessidade de que haja disposição legal a respeito das formas eletrônicas de comunicação processual para que a validade do ato fuja à necessidade de análise casuística.

Na amostra colhida no presente estudo, de 40 decisões do STJ que apreciaram a alegação de nulidade da citação pela utilização do *WhatsApp*, houve declaração de nulidade da citação em 06 processos, o que representa 15% (quinze por cento) dos casos⁴⁸. Vale assinalar, entretanto, que, mesmo nos casos de anulação da citação, tal se deu porque não havia comprovação da ciência inequívoca e da consequente comprovação da identidade do citando. Nos demais casos, considerou-se válida a citação pela comprovação de ciência inequívoca e suposta ausência de prejuízo.

Interessante observar que diversas decisões mencionam, ao aceitarem a citação por *WhatsApp* no processo penal, a aprovação, por parte do CNJ, da utilização desse aplicativo como ferramenta de intimações⁴⁹. Isso ocorreu, efetivamente, no julgamento do Procedimento de Controle Administrativo (PCA) de n. 0003251-94.2016.2.00.0000. No referido expediente, julgado ainda em 2017, questionou-se a vedação, por parte da Corregedoria do Tribunal de Justiça de Goiás, da utilização do *WhatsApp* para intimações. O CNJ, de fato, julgou procedente o pedido do juiz requerente, ratificando a Portaria Conjunta n. 01/2015, do Juizado Especial Cível e Criminal da Comarca de Piracanjuba-GO, que previa a possibilitação de utilização do *WhatsApp* para intimações.

Ocorre que a leitura da decisão do CNJ, no referido PCA, indica que a decisão foi tomada em caso concreto que envolvia intimações (e não citação) em processos em curso no Juizado Especial, eis que Portaria Conjunta objeto do PCA foi emitida no Juizado Especial de Piracanjuba-GO e dizia respeito, portanto, tão somente, a processos do JEC/JECRIM. Mais do que isso: é premissa da decisão do CNJ o dado de que os procedimentos da Lei n. 9099/95 são regidos pelos princípios da oralidade, simplicidade, informalidade, economia processual e celeridade, havendo disposição

⁴⁸ HC 699654/SP de 16/11/2021, HC 679962 / PR de 05/10/2021, HC 652068 / DF, de 24/08/2021, HC 641877 / DF, de 09/0/2021, RHC 159560/RS de 03/05/2022 e HC 695308, de 31/01/2024.

⁴⁹ Pesquisa utilizando como parâmetro “0003251-94.2016.2.00.0000” revela a existência de 35 decisões monocráticas e 3 acórdãos no STJ com referência a esse processo na ementa. Por todos: AgRg no REsp 2089247 / PR, de 21/11/2023; AgRg no HC 764835 / RJ de 12/09/2023 e HC 679962 / PR, de 08/10/21.

específica, no art. 19, da referida Lei, da utilização de “qualquer outro meio idôneo de comunicação”.

Sendo assim, as premissas utilizadas pelo CNJ para aprovação de utilização do *WhatsApp* no PCA n. 0003251-94.2016.2.00.0000 são muito específicas, eis que dizem respeito a procedimentos de JECRIM e são relacionadas tão somente a intimações, de modo que não parece lógico utilizar esse precedente para embasar a admissão de utilização de *WhatsApp* para citações nos processos do procedimento comum ordinário e sumário.

A menção ao precedente do CNJ para validação de citações por *WhatsApp*, em que pese tal tenha premissas muito específicas e não aplicáveis ao procedimento ordinário e sumário, evidencia, mais uma vez, a necessidade de que haja disposição em lei a respeito das comunicações dos atos processuais por meio de aplicativos de mensagens, de modo a se ter segurança jurídica quanto à viabilidade de tal instrumento.

As decisões do STF acerca da aceitação da citação por *WhatsApp* se dão no mesmo sentido daquelas exaradas pelo STJ: sem comprovação do prejuízo e constatada a ciência inequívoca do citando, é válida a citação por *WhatsApp*.

Note-se que, no curso do HC 219496/AL, de 06/09/2022, relatado pelo Min. Edson Fachin, entendeu-se válida a citação do acusado por *WhatsApp*, eis que o ato estaria respaldado por ato normativo do Tribunal de Justiça de Alagoas e havia comprovação de ciência inequívoca, notadamente porque foi usado o telefone constante no Sistema de Automação da Justiça, sendo que cópias foram enviadas pelo aplicativo e o acusado informou ter advogado. No entanto, embora a resposta à acusação tenha sido apresentada pela Defensoria Pública, manteve-se a conclusão de validade do ato.

Questionável o entendimento das Cortes Superiores em relação à ausência de prejuízo e presunção de ciência inequívoca em casos em que o acusado não constitui defensor e não comparece a qualquer ato do processo. É evidente que existe a possibilidade de o acusado ter recebido a informação pelo aplicativo de mensagens e não ter entendido o teor daquilo que foi transmitido, risco que diminui quando a citação é pessoal (até pela exigência de leitura da denúncia e entrega física da contrafé).

Em verdade, parece temerário, ainda que haja efetiva “comprovação de ciência inequívoca”, que se aceite como válida citação de acusado que não constitui defensor e não comparece a qualquer ato do processo, sendo julgado à revelia: nessas hipóteses, não há como se ter certeza de que o ato cumpriu com sua finalidade, qual seja, a de comunicar efetivamente, de modo que, nesses casos, não se deveria aceitar como válida a citação.

Por outro lado, efetivada a citação por *WhatsApp*, se a pessoa acusada comparece aos atos processuais, ainda que defendida por Defensor Público ou dativo, pode-se deduzir que o ato cumpriu sua finalidade sem violação ao contraditório e à ampla defesa, situação muito distinta daquela que se apresenta quando o réu citado por *WhatsApp* não constitui defensor e é julgado à revelia.

Válido lembrar que a menção a normativas internas de Tribunais locais com disposições sobre utilização de aplicativo de mensagens não atende à legalidade (art. 22, I, da CF) e à necessidade de se conferir segurança jurídica aos atos processuais.

Pelos julgados pesquisados, percebe-se, no âmbito do STF, maior flexibilidade em relação à permissão de citação por *WhatsApp*— até mesmo se comparado com o STJ, porque os atos citatórios ali têm sido considerados válidos mesmo sem os tais “três elementos de verificação” estabelecidos pelo STJ.

Verifica-se que a citação por *WhatsApp* tem sido amplamente aceita nas Cortes Superiores e é possível observar tendência de flexibilização dos “três requisitos de verificação” no STF: ali, a ausência de comprovação de prejuízo e a suposta ciência inequívoca têm se revelado suficientes para validação do ato citatório por aplicativos de mensagens.

CONCLUSÕES

O direito ao contraditório, tanto constitucional quanto convencional, é indisponível. As normas legais não existem por acaso; elas estão embasadas em uma estrutura de garantias que sustentam as formalidades processuais.

Analisou-se, aqui, a importância do contraditório judicial e sua relação com a comunicação dos atos processuais no sistema processual

penal. A transição do sistema inquisitório para o acusatório e a ascensão do contraditório como ferramenta fundamental de limitação do poder estatal delineiam a importância que se deve dar aos atos de comunicação processual.

A comunicação dos atos processuais está estritamente relacionada com às garantias de informação, à participação e defesa efetiva do acusado, daí sua importância. Não é por outro motivo que o CPP tem disciplina cuidadosa em relação à forma e requisitos das citações: a citação é, a um só tempo, pressuposto e consectário lógico do contraditório e da ampla defesa.

Apesar da disciplina detalhada dos atos de comunicação processual no CPP, observa-se uma tendência crescente de flexibilização dessas formalidades no Brasil, especialmente com a permissão do uso de aplicativos de mensagens como o *WhatsApp*.

Embora o avanço tecnológico e a revolução nas formas de comunicação tenham impactos positivos no processo, como a redução de sua morosidade, é preocupante a forma como essa flexibilização tem ocorrido sem respaldo legal adequado no Brasil, o que diverge de movimentos que ocorrem em outros Países, como na Espanha e Itália. A análise da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (STJ) e do Supremo Tribunal Federal (STF) revelou que tem sido amplamente aceita a citação por meio do *WhatsApp*: estabelecida a premissa de que a realidade impõe o uso dessa ferramenta, a jurisprudência consolidou-se no sentido de admitir o uso do aplicativo de mensagens mesmo para o ato de comunicação processual mais importante do processo.

No STJ, foi estabelecida a exigência de atendimento a critérios específicos para validação da citação, com o preenchimento de “três requisitos de verificação”, a indicar a efetiva conferência da identidade do citando e a ciência inequívoca do ato, o que seria verificável pela concorrência de três elementos indutivos da autenticidade do destinatário, quais sejam, o número de telefone, confirmação escrita, foto individual.

Notou-se, de resto, que há equívocos na construção argumentativa jurisprudencial relativa à permissão de uso do *WhatsApp* no STJ, a exemplo de se mencionar suposta autorização do CNJ para citação no processo penal, o que se deu, todavia, em procedimento que dizia respeito a procedimentos no JECRIM e tão somente para intimações

(PCA n. 0003251-94.2016.2.00.0000), o que, mais uma vez, escancara a necessidade de que haja regulamentação legal da matéria.

Em 15% dos casos analisados, as citações foram anuladas pela falta de certeza quanto à identidade do citando e à “ciência inequívoca” do ato. No STF, a abordagem é ainda mais flexível, admitindo-se a citação por *WhatsApp* com base em uma análise casuística, focada na ausência de prejuízo.

Observou-se, ademais, que a “ausência de comprovação de prejuízo” tem sido responsável pelo afastamento das alegações de nulidade na grande maioria dos casos, muito sob o manto do princípio da instrumentalidade das formas que rege a prova do prejuízo.

A flexibilização irrestrita dos atos de comunicação processual, especialmente no que diz respeito às citações, levanta dúvidas sobre sua compatibilidade com a proteção constitucional e convencional ao contraditório e à ampla defesa. Se, por um lado, o uso de aplicativos de mensagens pode acelerar o processo e reduzir custos, é essencial garantir que os princípios fundamentais do processo penal sejam respeitados.

Diante disso, não parece razoável considerar válida a citação por *WhatsApp* (ou outros meios como *Telegram*, *Instagram*, *Skype*, *Facebook*, *e-mail*, *Twitter* etc.) quando o acusado não constitui defensor e é julgado à revelia, sendo representado pela Defensoria Pública. Nessas hipóteses, é mais seguro e consentâneo com a tutela constitucional da ampla defesa e do contraditório, deduzir que a ausência de citação pessoal (com leitura oral da denúncia e entrega física da contrafé) pode ter tido efeito na compreensão do acusado acerca do ato citatório.

Por outro lado, nos casos em que o acusado, citado por *WhatsApp*, constitui defensor e comparece a todos os atos do processo, o aplicativo de mensagens se revela útil- em que pese ainda seja recomendável, para se fugir de análises casuísticas de validade e se garantir segurança jurídica aos atos processuais, que haja regulamentação legal adequada da matéria.

Conclui-se que a banalização na aceitação da flexibilização das formalidades da citação por *WhatsApp* tem sido levada a cabo sem a cautela necessária, o que é incompatível com o direito fundamental ao contraditório.

É essencial, para que se admita flexibilização nas formalidades da citação, que haja previsão legal de utilização de *WhatsApp* (ou outro

meio eletrônico análogo) e que, mais do que se verifique a identidade do citando, seja possível inferir que houve, por parte do acusado, compreensão do ato processual- o que é da própria natureza do conceito de “comunicação”.

Imperioso ter cautela com o fluxo das comunicações modernas no processo penal, de modo que elas possam ser utilizadas, trazendo celeridade ao procedimento, sem se flexibilizar irrestritamente as formalidades de atos que são pressupostos e consectários do contraditório judicial. Se o STJ consolidou o entendimento de que é “preciso ter postura comedida” com relação às formalidades dos atos de comunicação processual, é necessário, agora, ter postura comedida com relação à banalização do uso do *WhatsApp*.

REFERÊNCIAS

BECCARIA, Cesare. *Dos delitos e das Penas*. Tradução de Paulo M. Oliveira. 2ª ed. São Paulo: editora Edipro, 2015.

BINDER, Alberto M. *Introducción al derecho procesal penal*. 2ª ed. Buenos Aires: editora Ad-Hoc, 1999.

BIRAL, Marianna. The Italian Route towards Digitalisation of Criminal Proceedings. The Latest Developments in the Field of Remote Justice. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. 2024. 10.(2). <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.1007>

BORGES DA ROSA, Inocêncio. *Processo Penal Brasileiro*. Artigos 197 a 423 do Código, com Doutrina, elucidações práticas e casos julgados. Vol. II. Porto Alegre: editora Livraria do Globo – Barcellos, Bertaso & Cia., 1942.

CALAZA LÓPEZ, Sonia. Nueve ejes de la reforma de la Justicia penal y una clave asistencia (casi existencial: El facilitador judicial) no suman 10 (1), *Diario La Ley*, núm. 10469, Sección Tribuna, 19 de marzo de 2024.

CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 7ª ed. Coimbra: editora Almedina, 2003.

CESARI, Claudia. Editoriale: L’impatto delle nuove tecnologie sulla giustizia penale – un orizzonte denso di incognite. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, vol. 4, n. 3, p. 1167-1188, set./dez. 2019. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.292>

CHEN, Annie. Electronic Service of Process: A Practical and Affordable Option. (2016). *Cornell Law School J.D. Student Research Papers*. 39. Disponível em http://scholarship.law.cornell.edu/lps_papers/39. Acesso em 29 de abril de 2024.

ESPINOLA FILHO, Eduardo. *Código de Processo Penal Brasileiro Anotado*. Comentários aos Arts. 201 a 380. Vol. III. 1ª ed. Rio de Janeiro/São Paulo: editora Freitas Bastos, 1942.

FAZZALARI, Elio. *Il Processo Ordinario di Cognizione*. Turim: editora Utet/Ristampa, 1990, vol. 1.

FERRAJOLI, Luigi. Garantias. *Revista do Ministério Público*, nº 85, ano 22, janeiro/março, 2001.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e razão: teoria do garantismo penal*. 4ª ed. São Paulo: editora Revista dos Tribunais, 2014.

FRANCO, Ary Azevedo. *Código de Processo Penal*. 1º Volume: Comentários aos arts. 1 a 393, seguidos de formulários correspondentes. 6ª ed. Rio de Janeiro: editora revista forense, 1956.

GUILLÉN, Victor Fiaren. *Principios básicos para un proyectado 'código-tipo' para los países iberoamericanos y sus relaciones com los derechos fundamentales*. In: *Revista de Derecho Procesal*, nº 1, 1990.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal*. 15ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 2018.

LUHMANN, Niklas. *Introdução à Teoria dos Sistemas* (tradução de Ana Cristina Arantes Nasser). 2ª ed. Petrópolis: editora Vozes, 2010.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de Direito Processual Penal*. 1ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 1980, vol. I.

MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Processo Penal*. 10ª ed. São Paulo: Editora Atlas, 2000.

NORONHA, Edgard Magalhães. *Curso de Direito Processual Penal*. Atualizada por Adalberto José Q. T. de Camargo Aranha. 18ª ed. São Paulo: editora Saraiva, 1987.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19ª ed. Rio de Janeiro: editora Forense/GEN, 2020.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 14ª ed. São Paulo: editora Juspodivm, 2022.

PEREIRA, Cláudio José Langroiva, et. al. (cords.). *Impacto na jurisprudência interamericana nas garantias processuais: Um diálogo Argentina-Brasil*. 1ª ed. São Paulo: editora Quartier Latin, 2022.

PIOVESAN, Flávia; FACHIN, Melina Girardi; MAZZUOLI, Valério de Oliveira. *Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: editora Forense, 2019.

PLANCHADELL-GARGALLO, Andrea: Breves apuntes sobre digitalización del proceso penal español a la luz de la reciente reforma *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. 2024. 10.(2), p. 14. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.992>

ROXIN, Claus; SCHÜNEMANN, Bernd. *Derecho Procesal Penal*. Traducción de Dario Rolón e Mario Amoretti. 1ª ed. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: editora Didot, 2019.

SAKOWICZ, Andrzej e ZIELINSKI, Sebastian. Em direção a um sistema de justiça criminal digitalizado: exemplo da Polônia. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 10, n. 2, 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i2.995>

SILVA, Ivan Luís Marques da. *Reforma Processual Penal de 2008*. São Paulo: editora RT, 2008.

SILVA, Marco Antônio Marques da. *Acesso à justiça penal e estado democrático de direito*. São Paulo: editora J. de Oliveira, 2001.

TURNER, Jenia. Remote Criminal Justice. *Tex-as Tech Law Review*, vol. 53, 2021, p. 197-270. Disponível em: http://texastechlawreview.org/wp-content/uploads/53-Book-2_Turner.PUBLISHED.pdf, acesso em 16 de setembro de 2024.

YARSHELL, Flávio Luiz; Becerra, Eduardo de Carvalho. Citação por WhatsApp: disciplina legal dos modos de citação e reflexões sobre o potencial uso dessa ferramenta no processo. *Revista de Processo*. vol. 343. ano 48. p. 45-56, set. 2023.

Authorship information

Alexandra Pinheiro de Castro. Master's student in Criminal Procedural Law at PUC-SP. Public Defender in the State of São Paulo alexandrapinheiro@gmail.com

Matheus Leão Alves da Silva. Master's student in Criminal Procedural Law at PUC-SP. Lawyer. matheuslleao@hotmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Alexandra Pinheiro de Castro:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Matheus Leão Alves da Silva:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 29/04/2024
- Desk review and plagiarism check: 20/05/2024
- Review 1: 27/07/2024
- Review 2: 08/08/2024
- Review 3: 11/08/2024
- Preliminary editorial decision: 05/09/2024
- Correction round return: 20/09/2024
- Final editorial decision: 29/09/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

CASTRO, Alexandra P.; SILVA, Matheus L. A. A citação por aplicativos de mensagens (*WhatsApp*) no processo penal brasileiro e sua compatibilidade com o direito ao contraditório. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1013, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1013>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


En busca del reenvío perdido: Un análisis crítico de la solución prevista para la impugnación de la sentencia condenatoria en el Código Procesal Penal Federal de la República Argentina

In search of the lost retrial: A critical analysis of the procedural resolution for appeals against convictions in Federal Criminal Procedure Code of Argentina

Ernesto Matías Díaz¹

Universidad de Buenos Aires – Buenos Aires, Argentina

ernestodiaz@derecho.uba.ar

 <http://orcid.org/0009-0004-4621-8483>

RESUMEN: El artículo desarrolla un argumento normativo contra la regla de prohibición del reenvío en la instancia de impugnación de sentencia en el Código procesal penal federal de la República Argentina. Según el artículo, esta regla trae como consecuencia que solo aquellos recurrentes inocentes desde un punto de vista fáctico podrán acceder a una revisión de su condena. El razonamiento desarrollado en el artículo identifica a esa regla con el fenómeno del *Inocentrismo* y la defensa de la inocencia real como valor primordial del proceso penal. Para tales efectos, el artículo analiza tanto la literatura representativa del Movimiento de Inocencia y sus propuestas de reforma, como las críticas que se dirigen a estos. Con este marco teórico, el artículo expone que una serie de valores identificados con el concepto de inocencia jurídica y el debido proceso no obtienen una debida atención en la instancia de impugnación de sentencia en el Código procesal penal federal de la República Argentina. Finalmente, el artículo

¹ Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires) y doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Docente de grado y de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

postula que la previsión del reenvío ampliaría las posibilidades de solución adecuada para los distintos supuestos de injusticia en el proceso penal.

PALABRAS CLAVE: Reenvío; *Inocentrismo*; Debido Proceso; Presunción de inocencia; Justicia procedimental.

ABSTRACT: *This article presents a normative argument against the ban on retrial in the appellate stage in the Federal Criminal Procedure Code of the Argentine Republic. According to the article, this rule results in only factually innocent appellants being able to seek a review after conviction. The rationale behind the article bonds this rule with the phenomenon of Innocentrism and the defense of actual innocence as the primary value of the criminal process. To this end, the article analyses both the representative literature of the Innocence Movement and its reform proposals, and the critiques of these. With this theoretical framework, the article argues that a series of values identified with the concept of legal innocence and due process do not receive due attention in the appellate stage in the Federal Criminal Procedure Code of Argentina. Lastly, the article posits that the provision of retrial would broaden the possibilities for adequate resolution for different cases of injustice in the criminal process.*

KEYWORDS: *Retrial; Innocentrism; Due Process; Presumption of Innocence; Procedural Justice.*

CONTENIDO: Introducción; 1. La presunción de la inocencia jurídica como derecho de todo imputado; 2. *Inocentrismo*. Reformas procesales enfocadas en la inocencia fáctica; 3. La prohibición del reenvío. Razones y consecuencias; 4. Críticas y paralelismos; 4.1. Relativización de la inocencia jurídica en cuanto a la justicia del resultado; 4.2. Relativización de la inocencia jurídica en cuanto a la justicia del procedimiento; 5. Restitución del reenvío; 5.1. Posibles objeciones; 5.2. De la necesidad axiológica a la posibilidad jurídica; 5.3. Regulación y aplicación del reenvío; Conclusiones; Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

En Argentina, el nuevo Código Procesal Penal Federal (en adelante, CPPF)², en el marco de la regulación de las impugnaciones y el control de las decisiones judiciales, prevé en su art. 365 la prohibición del reenvío.³ Puntualmente, y en lo que aquí interesa, la prohibición del reenvío implica que, cuando se trata de la impugnación de la sentencia definitiva de condena, los jueces revisores deben siempre emitir una decisión final que confirme la condena recurrida o que disponga la absolución de la persona imputada. No hay otra alternativa para resolver una impugnación, sin importar cuál sea el motivo en el que esta se base.

En el presente artículo indagaré en las repercusiones de esta novedosa regulación procesal a la luz del concepto de presunción de inocencia jurídica. Según esta conceptualización de la presunción de inocencia, la persona imputada puede ser considerada jurídicamente culpable si y solo si la determinación fáctica de su culpabilidad en el procedimiento fue realizada de manera legal y por las autoridades competentes (Packer, 1968, p. 167-168). La inocencia jurídica es un concepto basado en la idea elemental de que en el proceso penal la precisión del resultado del juicio, relacionada con la protección de la inocencia real, no es todo lo que importa (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 614).⁴

A fin de realizar el cometido mencionado en el párrafo inmediato anterior, ubicaré el análisis de la prohibición de reenvío dentro de una perspectiva teórica basada en el fenómeno del *Inocentrismo* (Medwed,

² DECRETO N° 118/2019 B.O. 8/2/2019 por el cual se aprueba el texto ordenado del CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL, aprobado por la Ley N° 27.063 con las incorporaciones dispuestas por la Ley N° 27.272 y las modificaciones introducidas por la Ley N° 27.482, el que se denominará “CÓDIGO PROCESAL PENAL FEDERAL (T.O. 2019)”.

³ Art. 365.- Prohibición de reenvío. Los jueces deberán resolver sin reenvío. Si por efecto de la decisión adoptada debiera cesar la prisión u otra medida de coerción sobre el imputado, se ordenará su cese inmediato o la medida que corresponda.

⁴ Los autores citan el voto disidente del juez Marshall en la causa “Bagley”, donde se afirmó que la apariencia de la justicia del procedimiento, basada en valores distintos a la precisión del resultado, debe importar para la revocación del veredicto de culpabilidad. Ver, United States v. Bagley, 473 U.S. 667 (1985), p. 701.

2008; Castillo Val, 2013). Este fenómeno es considerado una consecuencia del llamado Movimiento de Inocencia surgido en los EE.UU. al calor del descubrimiento de una gran cantidad de casos de personas inocentes condenadas en forma errónea, principalmente, gracias a la utilización de la prueba de ADN. Si bien el Movimiento de Inocencia provocó, entre otras cosas, una mayor atención sobre el funcionamiento real del sistema penal en los EE.UU., también propició un giro hacia reformas limitadas por la racionalización de una reducción de condenas de personas inocentes desde el punto de vista fáctico (Raymond, 2001, p. 453).

Sostendré que la regulación procesal que prohíbe el reenvío del caso para la reedición del debate y para la emisión de una nueva decisión sobre el fondo de la cuestión en el proceso penal posa su atención en el valor de la inocencia real por sobre todas las cosas; y, en este sentido, coincide con la lógica y el fundamento del fenómeno del *Inocentrismo*. A partir de allí, identificaré ciertas críticas dirigidas a este fenómeno como posibles de ser trasladadas a la propia prohibición del reenvío en el CPPF. Particularmente, resaltaré aquellas referidas a la reducción del sentido de la inocencia en la instancia revisora de la sentencia definitiva de condena.

Siguiendo con esta línea, argumentaré que el concepto de inocencia jurídica, que engloba una serie de valores distintos y complementarios, todos comprometidos con el debido proceso, requiere la operatividad del reenvío en la instancia de control de las decisiones judiciales. El reenvío debe ser visto como una herramienta necesaria para dar solución a ciertos motivos de error que justifican impugnaciones contra sentencias definitivas de condena. Su reconocimiento sirve a los efectos de resguardar valores distintos a la mera determinación precisa de los hechos en el proceso penal. Pero, al propio tiempo, su previsión como herramienta necesaria para algunos casos de impugnación no desmiente la trascendencia de tal determinación para el sistema.

Es que del sostenimiento de la presunción de inocencia jurídica no se sigue que todo error detectable en la condena o en el procedimiento en el cual se obtuvo esa decisión tenga como desenlace inevitable la absolución de la persona imputada. Por ello, la posición defendida en el presente texto también desmiente que haya razones de peso para pensar que, ante todo quebrantamiento de reglas procesales, la solución que corresponda dictar en la instancia de impugnación sea siempre una absolución.

Estructuraré el trabajo del siguiente modo: en primer lugar, en el punto I desarrollaré el concepto de inocencia jurídica como elemento integrante del sentido correcto del derecho a la presunción de la inocencia. Después, en el punto II, expondré los pilares en los que se asientan el *Inocentrismo* y sus propuestas de reforma basadas en una perspectiva que da preminencia a la noción de inocencia factual o real por sobre la jurídica. En el punto III, presentaré las implicancias de la prohibición del reenvío del caso a una instancia previa o inferior. En el punto IV, haré una breve recopilación de las críticas que han recibido tanto el *Inocentrismo* como sus sugerencias de reforma. También, identificaré la prohibición del reenvío con el *Inocentrismo* y sus críticas. En el punto siguiente, punto V, fundaré la necesidad de restablecer el reenvío como solución para aquellos motivos de agravio distintos a la comprobada inexistencia de pruebas suficientes para determinar la culpabilidad. Finalmente, expondré la conclusión del desarrollo del artículo.

I.- LA PRESUNCIÓN DE LA INOCENCIA JURÍDICA COMO DERECHO DE TODO IMPUTADO

Si bien el punto escapa largamente al objeto del presente artículo, vale decir que existen razones de índole política, moral o jurídica para justificar un sistema penal. En este marco, una diferenciación deviene relevante: aquella que distingue, por un lado, entre la noción de pena estatal y su justificación, y, por otro, la de la aplicación de cada pena (Pérez Barberá, 2014, p. 8). La justificación de esta última lleva en sí la consideración de valores del proceso penal, de su desarrollo y de su resultado, de modo tal que la decisión condenatoria comprendida en la aplicación de una pena pueda ser justificada y aceptada en cada caso por la persona contra la cual se dirige (Resnick, 1977, p. 213-214). Aquí desarrollaré una posición normativa, no empírica,⁵ sobre los criterios de

⁵ Para una posición basada en la descripción de datos de la realidad, (Tyler, 2006). Según el autor, mientras más graves e importantes son las condenas de los casos penales, más importancia tienen para la aceptación de las decisiones las cuestiones vinculadas con la justicia procedimental, aun cuando se trate de resultados desfavorables (p. 105-107). En este sentido, las personas definen a estas cuestiones en función de su capacidad para influir en

aceptabilidad de una condena penal como explicativos de su justicia; y, junto con ello, un análisis sobre las resonancias jurídicas —i.e., presunción de inocencia, debido proceso— de un determinado concepto moral —i.e., justicia del procedimiento.

Es una premisa ampliamente compartida aquella según la cual una persona tiene derecho a no ser declarada ni tratada institucionalmente como culpable hasta que una decisión de condena no sea dictada en un procedimiento que respete una serie de valores comprometidos con la dignidad humana (Maier, 2004, p. 487-489). A partir de una lectura ligera, puede colegirse sin conflicto que esta aseveración se enmarca en una idea de presunción de inocencia íntimamente relacionada con el debido proceso (Ho, 2012). Ello nos lleva a reflexionar sobre el sentido del respeto por las reglas del debido proceso en la consecución de una condena penal. Esta noción de inocencia, obviamente, no se reduce a la mera comprobación fáctica de un resultado correcto mediante un procedimiento epistemológico fiable. Son valores relacionados con la dignidad humana aquellos comprometidos con la determinación de culpabilidad y el dictado de una condena. En este sentido, Ulväng remarca la relación entre la protección que debe brindar la presunción de inocencia en el proceso penal y la operatividad de las garantías procesales, y afirma que la presunción de inocencia protege a las personas imputadas inocentes de la posibilidad de ser condenadas, pero también protege a las personas culpables de la posibilidad de ser condenadas con base en prueba insuficiente o en un procedimiento injusto (2014, p. 470).

A fin de deshilvanar esta relación entre inocencia y debido proceso deben marcarse varios puntos. En primer lugar, hay que tener en cuenta que el juicio penal representa un caso paradigmático de justicia procesal imperfecta. Resulta imposible que en el ámbito legislativo se sancionen normas jurídicas que definan un procedimiento que lleve siempre, en

los resultados (visión instrumental). Pero también rescatan aspectos que no tienen nada o tienen poco que ver con los resultados (visión deontológica). De hecho, valores comprometidos con esta última visión tienen un mayor peso en la aceptación de los resultados y la consideración de la legitimidad de las autoridades (p. 175). Las personas valoran la ausencia de prejuicios, haber sido tratadas con dignidad y respeto, la experiencia de haber sido escuchados y que sus presentaciones hayan sido atendidas aun cuando estas no hayan influido en el resultado (p. 276).

todos los casos, a un resultado justo —v.gr., la condena del culpable y la absolución del inocente— (Rawls, 1995, p. 90). El rasgo característico de este tipo de juicios, y de la justicia procesal imperfecta en general, es que, si bien existe un criterio independiente para el resultado correcto o justo —i.e., *solo* corresponde la condena del culpable—, no hay ningún procedimiento factible que conduzca a él con seguridad —i. e., posibilidad de que se condene a un inocente—. Siempre puede cometerse una injusticia en el resultado.

En segundo lugar, la conceptualización del juicio como un caso de justicia procedimental imperfecta no niega la diferencia de significado entre una condena a una persona inocente y la absolución de un culpable (Dripps, 1990, p. 608). Sólo cuando condenamos y castigamos a un inocente causamos un daño moral a un ciudadano por medio del resultado del juicio (Dworkin, 2012, p. 112). Por ello, en la determinación del resultado, las normas procesales pertinentes —v.gr., estándar de prueba— deben dirigirse a privilegiar la absolución del culpable por sobre la condena del inocente. El debido proceso debe incorporar reglas procesales que den cuenta del valor de la protección de la inocencia contra condenas erróneas para *todos los imputados* (Kitai, 2003, p. 1187).

En tercer lugar, tal conceptualización del proceso no impide, sino que, por el contrario, propicia, en atención a la especial trascendencia del resultado condenatorio,⁶ una mirada interna de justificación de la decisión resultante del juicio (Ho, 2008, p. 52-84). Esta mirada interna hace a la moralidad del proceso mediante el cual se llega a una condena y tiene fundamental importancia frente al ciudadano al cual se refiere esta decisión para ser aceptada (Duff, Farmer, Marshall, & Tadros, 2007, p. 203). Debe procurarse el resultado correcto en un proceso jurídicamente correcto; dicho en términos *rawlsianos*: debe procurarse la evitación de una condena injusta mediante un enfoque puramente procesal, mediante la aplicación de todas las garantías procesales (Rosler, 2017, p. 69).

⁶ No se trata solo de un resultado como mero hallazgo, descubrimiento o conclusión fáctica. Se trata de la decisión que finaliza el proceso implicando una acción del Estado: un reproche a una persona con consecuencias ulteriores para sus derechos fundamentales —v.gr., libertad, integridad, honor— (Resnick, 1977, p. 212-213).

Es la necesidad de justificación de la condena como acción aflictiva estatal la que impone al debido proceso un análisis conglobado de la justicia del resultado y la justicia del procedimiento, sin perjuicio del carácter distintivo desde el punto de vista conceptual de estas nociones (Resnick, 1977, p. 207).

La justicia del procedimiento no se explica a partir de la consecución de un resultado correcto. Un resultado correcto puede ser alcanzado mediante un procedimiento en el que se hayan violado las reglas del debido proceso: una persona puede recibir un juicio injusto, ser declarada culpable y efectivamente ser culpable desde un punto de vista real o fáctico (Resnick, 1977, p. 212).⁷

Resnick presenta el caso en el que hay que elegir entre dos procedimientos (A y B), cada uno de ellos reduce el riesgo de error de condenas de inocentes con el mismo estándar. Aun así, en el ejemplo, el procedimiento B es más preciso que A, pues condena una mayor proporción de personas culpables desde el punto de vista fáctico. *Ceteris paribus*, sería racional preferir a B por sobre A; pero si B llega a esos resultados mediante el empleo de medios moralmente repudiables, entonces las cosas no se mantienen constantes o iguales. “Si en ese procedimiento se utilizan torturas, confesiones coactas, registros y requisas ilegales, violación de comunicaciones entre imputado y su abogado, entre otros medios, entonces debemos elegir A” (Resnick, 1977, p. 218).

Desde este punto de vista, una condena puede ser considerada injusta si fue dictada respecto de una persona inocente desde el punto de vista fáctico.⁸ El mismo adjetivo corresponde ligar a la determinación *insuficiente* de la culpabilidad ya se trate, desde un punto de vista fáctico, de una persona culpable o inocente.⁹ Así también será injusta la determinación

⁷ El debido proceso debe expresar nuestra intuición de que las condenas no deben ser obtenidas a través de medios que contrarían nuestro sentido de justicia (Resnick, 1977, p. 217). También (Meyerson, 2015, p. 242).

⁸ El caso de una condena dictada en contra de una persona inocente desde el punto de vista fáctico se trata de una injusticia más allá del cumplimiento de todas las reglas del debido proceso. Es que la verdad, como criterio de justicia del resultado, es siempre independiente de su justificación en el proceso (Pérez Barberá, 2020).

⁹ Se trata de las condiciones de suficiencia probatoria que hacen a la aceptabilidad de ese resultado condenatorio por parte de la persona imputada. Tienen

suficiente de culpabilidad respecto de una persona culpable desde el punto de vista fáctico, si esa determinación fue realizada mediante la violación de su dignidad u otros valores *positivizados* en la Constitución que no se relacionan con la fiabilidad del resultado del proceso —v.gr., libertad del imputado de no declarar en su contra—. ¹⁰

De acuerdo con el concepto de inocencia jurídica, una condena injusta en todos los términos antes explicados es institucionalmente intolerable. El sistema no podría legitimarla ante el propio ciudadano representativo que prestó su consentimiento para ser juzgado solo en base al respeto de *todos* los valores comprendidos en la idea de debido proceso.

Pero en contra de algunas opiniones como las de Duff, Farmer, Marshall y Tadros (2007, p. 89), del hecho de que el conocimiento requerido en el proceso penal deba ser obtenido mediante un método determinado —i.e., inocencia jurídica—, no se sigue que no pueda distinguirse entre justicia del resultado y justicia del procedimiento. Si el efecto comunicante de una absolución es que la presunción de inocencia no ha sido derrotada (Duff, Farmer, Marshall, & Tadros, 2007, p. 84), este debe surgir por las razones adecuadas, aquellas vinculadas con la insuficiencia del conocimiento de la culpabilidad del imputado, es decir, la evitación del daño moral provocado por una condena a una persona

un fundamento que necesariamente se refiere a su efecto en un resultado condenatorio justo. Resnick distingue a estas prácticas como prácticas procesales razonables (*fair procedural practices*). Su establecimiento y fijación están sujetos a un cálculo utilitario de costos y beneficios (Resnick, 1977, p. 220). Sin embargo, tal análisis también debe respetar un umbral mínimo de prohibición de intercambio utilitario, demandado por la protección de la inocencia (Veleda, 2023).

¹⁰ Resnick califica a estas formas o prácticas procesales como prácticas procesales justas (*just procedural practices*). Su caracterización como prácticas propias de nuestro sentido de justicia significa que estas son buenas por sí mismas, constitutivas de la idea de un tratamiento justo y no pueden estar sujetas a intercambios utilitarios con relación a los resultados (Resnick, 1977, p. 220; Meyerson, 2015, p. 253).

inocente.¹¹ La dificultad para justificar una absolución con motivo en la vulneración de un valor ajeno al resultado demuestra este punto.¹²

El interés público en la condena y aplicación de la pena por la comisión de un delito cuenta con legitimidad necesaria si observa *todos aquellos valores* (Maier, 2004, p. 475); y ello también debe ser respetado. El proceso penal ha sido instituido para la consecución de un fin público legítimo, al que todos los ciudadanos han prestado un acuerdo que debe ser respetado cuando efectivamente puede ser tenido como tal en el caso concreto.¹³

En definitiva, la convivencia de valores de distinta naturaleza o caracterización y la intolerabilidad antes mencionada no inhiben la presencia de *distintas soluciones* que permitan una adecuada reparación del valor afectado por una condena injusta y, en consecuencia, una correcta decisión final que contemple adecuada y armónicamente el sentido de tales valores y su incidencia en la decisión penal. En otras palabras, no toda violación de un valor al que el imputado subordinó una justa determinación de culpabilidad debe llevar indefectiblemente a una decisión absolutoria (Larkin & Stimson, 2023, p. 31).

II.- INOCENTRISMO. REFORMAS PROCESALES ENFOCADAS EN LA INOCENCIA FÁCTICA

El *Inocentrismo* da nombre a una perspectiva teórica, axiológico-jurídica, sobre el proceso penal. Esta tiene origen en el Movimiento de

¹¹ En este punto, los autores parecen asimilar el efecto comunicante de la absolución con el de la anulación de una condena (Duff, Farmer, Marshall, & Tadros, 2007, p. 84), sin reparar en los valores de distinta naturaleza y proyección inmersos en la noción de presunción de inocencia jurídica, que obligarían a diagramar salidas diferentes para los distintos supuestos de su afectación (Larkin & Stimson, 2023).

¹² Dificultad reflejada en la falta de previsión de decisiones de este tipo —i.e., absolución o sobreseimiento por violación de principios procesales— en las leyes procesales.

¹³ Este sustrato —“*abstract justice*” — no modifica por sí solo el carácter del sistema penal como cuestión de política pública, ni mide la omisión de castigar al culpable de otro modo que no sea un laxo, ineficiente o mal ejercicio de una función pública (Grey, 1977, p. 185).

Inocencia surgido al calor de la gran cantidad de casos de condenas erróneas descubiertos en los EE.UU. (Medwed, 2008, p. 1549). Básicamente, el *Inocentrismo* se asienta en la idea de que la protección contra condenas erróneas de las personas realmente inocentes (*actually innocent*) debe ser la meta suprema del sistema de justicia penal (Thomas III, 2008, p. 52-55). Es con relación a esa meta que deben ser juzgadas y analizadas las reglas del procedimiento y las políticas legislativas en materia procesal penal (Risinger & Risinger, 2011-2012, p. 870; Findley, 2011-2012, p. 913).¹⁴

La incidencia del *Inocentrismo* no es meramente teórica, pues este forma parte de un amplio proyecto político, cuyo eje transformador se afina en la centralidad de los asuntos relacionados con la inocencia real de las personas al momento de discutir sobre temas procesales en los más variados ámbitos, ya sea en la prensa, la academia, los tribunales y las legislaturas (Medwed, 2008, p. 1549; Zalman, 2011, p. 137).¹⁵ Las reformas procesales que surgen de este eje temático, se esgrime, van más allá de la dicotomía acusatorio – inquisitivo (Findley, 2011-2012, p. 935), o, mejor dicho, quienes las promueven no dudan en postular como principal meta a la evitación de condenas erróneas, aunque tales reformas tengan una raigambre o connotación inquisitiva (Mosteller, 2011, p. 354; Roach, 2010, p. 424-440; Findley, 2011-2012, p. 935). De hecho, muchas de las propuestas provenientes del *Inocentrismo* o identificadas con este podrían ser catalogadas con este apelativo.¹⁶

En lo que respecta a la instancia de impugnación de la sentencia de condena, el *Inocentrismo* parte de la premisa de que la instancia

¹⁴ Desde esta perspectiva se afirma que nadie puede discutir seriamente que los inocentes fácticos son distintos de los inocentes jurídicos y que, por lo mismo, el sistema debe tener una preocupación especial por los primeros (Castillo Val, 2013, p. 253).

¹⁵ Los protagonistas involucrados en esta perspectiva llegan a decir que el movimiento para la protección de los inocentes “se ha convertido en el movimiento de derechos civiles del siglo veintiuno” (Medwed, 2008, p. 1550).

¹⁶ En los EEUU diversos análisis críticos han remarcado cómo las formas adversariales resultan un campo fértil para la generación de casos de condenas erróneas. Al respecto, (Pizzi, 1999). Específicamente, sobre las causas de condenas erróneas identificadas como propias de una concepción adversarial del proceso penal (Givelber, 2011; Mosteller, 2010; Roach, 2009; Zalman & Grunewald, 2015).

de apelación desde lo formal en los EE.UU. se ha estructurado excesivamente o casi exclusivamente para la corrección de errores procedimentales, sin prestar debida atención a la meta primordial del proceso: la evitación de las condenas de personas realmente inocentes. Aun así, el *Inocentrismo* también denuncia que, como un obstáculo adicional, las doctrinas y estándares utilizados para la revisión de esos errores procedimentales han puesto umbrales de admisibilidad demasiado exigentes para los apelantes, sobre todo a los fines de acreditar el carácter nocivo o perjudicial del error procedimental invocado. Ya sea que se trate de la doctrina del error inocuo (*harmless error doctrine*), o bien del estándar más específico de defensa ineficaz (*ineffective assistance of counsel*) o del de violación de los deberes del fiscal de mostrar la prueba favorable a la defensa (*Brady violation*), el *Inocentrismo* cuestiona que los tribunales de apelación han analizado esos estándares desde una presunción o sesgo de culpabilidad, y, por lo tanto, se han preguntado, para examinar la nocividad del error, si el impugnante puede demostrar su inocencia, y no estrictamente si el error ha contribuido o ha tenido efecto en el veredicto de culpabilidad (Garret, 2005, p. 59).¹⁷

Entonces, el *Inocentrismo* critica fuertemente que las personas inocentes condenadas se han visto impedidas ilegítimamente de obtener una protección en la instancia de impugnación (Roach, 2010, p. 435), e incluso en la tramitación de aquellos caminos indirectos referidos a errores procedimentales caracterizados como causas contributivas de condenas erróneas (Findley, 2009, p. 603; Anderson, 2011, p. 392).

Dentro de este marco puede ser entendida la posibilidad propiciada por el *Inocentrismo* tendiente a reconocer una mayor penetración de los tribunales revisores en el control de aspectos vinculados con la valoración probatoria y la estructuración fáctica de la decisión del juicio. Es que,

¹⁷ Resulta paradójal que estas doctrinas hayan nacido y se hayan desarrollado al calor del argumento según el cual existen demasiadas revocaciones de condenas debido a meros tecnicismos (Anderson, 2011, p. 393; Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 610-618). Cabe agregar que tales parámetros u otros similares fueron y son aplicados de forma más o menos discrecional por los sistemas de apelaciones dentro del proceso penal ((Lafave, Israel, King & Kerr, 2009, p. 726-737; Diaz, 2019, p. 36-37 y 82-84; Garret, 2005, p. 59; Findley, 2009, p. 595 y Anderson, 2011, p. 396).

en la instancia de impugnación, la protección de la inocencia real de los imputados demanda la negación de una deferencia injustificada hacia esa decisión (Findley, 2009, p. 606; Risinger, 2004, p. 1314).

También puede mencionarse en este contexto la posibilidad de trasladar o anticipar planteos de inocencia real propios de procedimientos colaterales a la instancia de apelación (Findley, 2009, p. 604). En sintonía con ello, debe destacarse la posibilidad de introducir nuevos hechos y producir prueba en la instancia de impugnación de la sentencia, para así demostrar la inocencia de la persona imputada (Findley, 2011-1012, p. 604-605). Similar posibilidad también puede ser dirigida a poner de relieve un motivo jurídico-procesal o probatorio directa o indirectamente —v.gr., prueba sobre la existencia de motivos de una defensa ineficaz— vinculado con la generación de condenas de inocentes (Findley, 2009, p. 608-624; Diaz, 2019, p. 75).

Con respecto a esto último, resulta interesante recordar que el *Inocentrismo*, en lo que respecta a esta etapa de impugnación, posa su interés primordialmente en la corrección de las condenas de personas imputadas inocentes, y, en particular, en el control de los aspectos fácticos y probatorios de las sentencias *erróneas*. De allí que la profundización en la revisión de una decisión por motivos jurídico-procesales y la redefinición de sus correspondientes estándares se sustenta en la verificación empírica de que algunos de esos motivos tienen una vinculación directa con la generación de condenas erróneas. Cabe decir entonces que al *Inocentrismo* y a sus proyectos de reforma les preocupan errores procesales tales como la defensa técnica ineficaz o la violación del deber del fiscal de revelar prueba de cargo porque estos errores son identificados como causas de las condenas de personas inocentes (Findley, 2009, p. 599; Gross, 2008, p. 183 y ss.; Garret, 2008, p. 57 y ss.; Anderson, 2011, p. 396 y ss.).

También, el *Inocentrismo* se erige como superador de la dicotomía jurídico-axiológica estructurada sobre la disputa entre un modelo del Debido Proceso y el del Control del Delito (Findley, 2008-2009). Tan es así que puede apreciarse cierta jactancia en el hecho de que la mayoría de las reformas propuestas desde el *Inocentrismo*, concebidas dentro de un modelo de la Fiabilidad (*Reliability Model*), son diseñadas para reducir las condenas de los inocentes y aumentar las de los culpables (Findley, 2008-2009, p. 141 y ss.; Medwed, 2008, p. 1568).

Puede concederse a esta posición cierta parte de razón en cuanto a que estas reformas no conllevan sacrificios en términos de condenas de personas realmente culpables. Ahora bien, el punto que quiero remarcar es que sí pueden generar una pérdida de fuerza y alcance en términos de protección global de garantías procesales de la persona imputada, sobre todo en la instancia de impugnación de la sentencia de condena.

Esta perspectiva alimenta la búsqueda de soluciones procesales que distinguen y priorizan a una clase de imputados: aquellos inocentes desde un punto de vista fáctico (Findley, 2008-2009, p. 142 y ss.). El problema continúa en cuanto también utiliza ese lente de priorización de la inocencia real para estimar ciertas reglas cuyo sentido viene dado por el resguardo de valores identificados con la dignidad humana y la autonomía personal, al margen de sus posibles aportes en términos epistémicos y protectorios de la inocencia real.

El *Inocentrismo* procura no solo enfatizar el valor de la protección de la inocencia real, sino que, al hacerlo, también altera el sentido del fundamento de ciertas reglas procesales, con el perjuicio que ello tiene para un reconocimiento pleno de las garantías procesales que dan forma al debido proceso. Por caso, la interpretación sobre el fundamento de la regla que prohíbe la declaración coercitiva del imputado vira hacia sus escasos aportes epistemológicos (Findley, 2008-2009, p. 162-168). De allí el peligro de que la violación de tal regla solo sea considerada relevante cuando efectivamente no brinde aportes epistemológicos de calidad. Como derivación lógica de este razonamiento, podemos mencionar también un riesgo de subordinación de los efectos procesales que tiene la violación de esta regla a la inexistencia de pruebas suficientes sobre la culpabilidad. De acuerdo con esta derivación lógica, para la generación de la invalidez de una condena que toma en cuenta una confesión realizada bajo coerción, debería analizarse no solo la efectiva afectación de ese derecho constitucional, sino también, y al mismo tiempo, si la condena cuenta o no con un fundamento probatorio suficiente a fin de brindar conocimiento de calidad sobre la culpabilidad fáctica de la persona (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 619-620; Hughes, 2011, p. 1097).

No se trata de una confusión de los fundamentos axiológico y epistemológico, sino de la primacía de uno sobre el otro.¹⁸

El modelo de la Fiabilidad diseñado por el *Inocentrismo* toma distancia del fundamento del modelo del Debido Proceso y de la idea de presunción de inocencia jurídica (Packer, 1968, p. 167-168). La idea de Debido Proceso como modelo procesal da cuenta de un procedimiento de determinación de la culpabilidad donde una serie de valores individuales relacionados o derivados de la dignidad humana, junto con la protección de la inocencia, se plantan como obstáculos frente al poder penal estatal (Packer, 1968, p. 165 y ss.).¹⁹

Por ello, cuando el *Inocentrismo* erige a la inocencia real como único valor a resguardar y como único motivo de justicia en el ámbito del proceso penal y, en particular, en la instancia de control de la decisión de condena, se avizoran problemas de infrainclusividad.

III.- LA PROHIBICIÓN DEL REENVÍO. RAZONES Y CONSECUENCIAS

Tradicionalmente, el reenvío como solución de una impugnación de una sentencia definitiva ha sido explicado en función de la imposibilidad —ante la constatación de una irregularidad en su dictado o en algún acto que la precede— de dictar una nueva decisión sobre el objeto de la acusación en el marco de un proceso diagramado alrededor del debate oral, público, continuo y contradictorio, regido por el principio de inmediatez (Ziffer, 2005, p. 503). “Nunca una audiencia es idéntica a otra” (Maier, 2013, p. 281) es la premisa a partir de la cual se construyó el argumento acerca de la necesidad del reenvío.

Básicamente, el reenvío desde esta perspectiva ha sido entendido como la reglamentación de un correcto deslinde de funciones entre el tribunal revisor y aquel competente para actuar en el debate, en virtud de

¹⁸ Según Castillo Val (2013, p. 253), la importancia de la distinción entre inocentes fácticos e inocentes jurídicos radica en el enfoque de las preocupaciones epistémicas que deben existir en el proceso.

¹⁹ Claro está que esas condiciones y los valores implicados pueden quitar precisión al resultado del juicio (Damaska, 1973, p. 579).

la competencia limitada del primero. El principio de inmediación, en este entendimiento, impuso una supuesta imposibilidad del tribunal revisor para ingresar en el control de la valoración de la prueba y determinación de los hechos.

Pero la aparición del recurso contra la sentencia de condena como una garantía que titulariza la persona imputada, entre otras cosas, ha llevado a un desmontaje del concepto de inmediación mediante un análisis que lo ubica primordialmente como un medio o contexto para la producción de la prueba, y no como un principio absoluto de valoración de la prueba y estructuración de los hechos (Ferrer Beltrán, 2007, p. 65). El argumento que ha triunfado en esta reducción del alcance del principio de inmediación es que este no impide que el tribunal revisor proceda al control de las conclusiones fácticas de la sentencia del juicio y sus respectivas consideraciones.²⁰

Justamente, como consecuencia de esta posibilidad, el propio tribunal revisor en algunas situaciones se encontraría en condiciones de resolver sobre el fondo de la acusación tras haber anulado la sentencia de condena oportunamente impugnada (Pastor, 2004).

Este procedimiento de parte de un tribunal revisor ha sido denominado “*sentencia integradora compleja*” (Pastor, 2001, p. 146). De acuerdo con este, un tribunal, tras descartar por inválida la motivación original del fallo impugnado, y “basándose en la racionalidad del discurso probatorio de la sentencia de mérito”, descompone sus elementos, descarta los inapropiados, incorpora los erróneamente desestimados y reconstruye todo el cuadro probatorio (Pastor, 2004, p. 52). De acuerdo con esta opinión, el control de la valoración probatoria en toda su amplitud —control de las premisas inferenciales y de sentido— y la elaboración propia de los resultados probatorios cuando se denuncie un error en la apreciación de la prueba no debe limitarse al control de prueba documental o similar —v.gr., registros fílmicos o materiales de declaraciones testimoniales—. No existe ninguna razón lógica ni jurídica para no extender este mecanismo a supuestos para los cuales, en la instancia de control de la sentencia, a fin de apreciar el error denunciado y construir su propia valoración, se deba

²⁰ CSJN, Fallos: 328:3399.

producir ante el propio tribunal revisor la prueba limitada y requerida para resolver si el error motivo del recurso ha existido o no.

Cabe afirmar entonces que los argumentos que acompañan a la idea de *sentencia integradora compleja* y que llevan a una supresión del reenvío necesariamente limitan esta supresión a los casos en los que se discute, con o sin la producción de nuevas pruebas, la errónea determinación fáctica de la culpabilidad. Su operatividad se basa en las exigencias de la protección de la inocencia en conexión con un entendimiento pleno de la revisión integral de la sentencia de condena (Pastor, 2004, p. 52 y 53), mas no en la imposibilidad jurídica de realizar un nuevo juicio. La operatividad de la sentencia integradora compleja no implica la imposibilidad de reeditar completamente el juicio en otra instancia, cuando ello sea necesario.

Solo en los casos en los que se discute la errónea o insuficiente determinación de la culpabilidad de la persona, ya sea porque hay nueva prueba referida a la inocencia de la persona imputada que no pudo ser oportunamente obtenida ni valorada, o bien porque se denuncia una errónea justificación probatoria de la condena, el tribunal revisor tiene razones para, y también la necesidad de, resolver sobre el fondo del asunto. Ello podrá suceder, vale aclarar, si efectivamente se encuentra en condiciones epistemológicas óptimas para tomar una decisión de esta naturaleza.

Se debe diferenciar entre la forma de gestionar un motivo de un remedio judicial y el canal de resolución de tal impugnación. Es que, por ejemplo, del hecho de que se deba producir prueba en la instancia de impugnación para analizar una afectación a un derecho o garantía del imputado —v.gr., prueba de que uno de los jueces del debate se ausentó de la audiencia— no se deriva como necesario canal de resolución *una sentencia integradora compleja*.²¹ No todos los vicios o irregularidades se relacionan con la determinación de culpabilidad hecha en la sentencia, o bien no todos permiten que el tribunal revisor cuente con las condiciones epistémicas óptimas para dictar una sentencia de mérito sobre la acusación —i.e., condena/absolución—.

²¹ El CPPF en su art. 362, párr. 3º, establece la posibilidad de que una prueba útil y pertinente sea requerida por el impugnante.

De acuerdo con el art. 365, CPPF, el reenvío como canal de respuesta a una impugnación del imputado dirigida contra una sentencia de condena se encuentra literalmente “*prohibido*”. Por consiguiente, los jueces, tras conocer el recurso y el motivo de injusticia que este lleva consigo, deben resolver sin posibilidad de reeditar el debate en la instancia correspondiente y ante el tribunal competente para ello.²² Aquí aparecen los interrogantes referidos a cuál debe ser la solución adecuada, en el marco del procedimiento que ha prohibido el instituto del reenvío, en caso de que las impugnaciones referidas en el párrafo inmediato anterior triunfen en la demostración de la clase de afectación que denuncian, y por qué.

En primer lugar, no podemos obviar el razonamiento según el cual del hecho de que se haya detectado un error procedimental que permitió una decisión perjudicial para el imputado no se sigue necesariamente que este último deba ser absuelto. El interés público involucrado en la cuestión penal, es decir, el de todos nosotros como comunidad en la persecución y castigo de los delitos debe ser atendido en condiciones de legitimidad. Una decisión absolutoria solo puede ser dictada cuando la determinación fáctica del objeto de la imputación o su valoración jurídica indiquen la inexistencia de responsabilidad penal, o cuando estas sean, en rigor, materialmente imposibles —v.gr., prescripción de la acción penal, vencimiento del plazo razonable de juzgamiento penal—.

Entonces, dejando de lado el supuesto de subsunción jurídica absolutoria, en la instancia de impugnación la absolución solo puede ser dictada cuando la estructuración de los hechos, válidamente realizada aquí como consecuencia directa e indirecta del motivo de un recurso, exija que se declare libre de responsabilidad penal a la persona oportunamente

²² A su vez, tal prohibición parecería verse reforzada con el sentido del art. 130, CPPF, cuyo enunciado dispone que “si la invalidez [de un acto procesal] se fundase en la violación de una garantía establecida en favor del imputado, el procedimiento no podrá retrotraerse a etapas anteriores”. Aunque, en rigor, el sentido de esta norma parece dirigido a evitar el vicio, del cual advertía Maier (2013, p. 41-43), arraigado en la práctica procesal por lo menos de la Argentina, consistente en que los jueces, antes de la realización del debate, al notar la existencia de un error en la etapa inicial del procedimiento, declaraban la nulidad de todo lo actuado con posterioridad a tal error y todo el proceso comenzaba nuevamente, evitando llegar así a una definición sobre la culpabilidad de la persona imputada.

condenada en el juicio—v.gr., supuesto de exclusión probatoria cuyo resultado lleva ineludiblemente a la falta de determinación de la culpabilidad más allá de la duda razonable—. ²³

Ello no puede ser predicado respecto de todos los motivos de impugnaciones contra sentencias de condena. Por lo pronto no puede hacerlo con relación a la situación en la cual la impugnación del condenado sólo ha llevado a discusión la corroboración de una afectación, en el desarrollo del proceso penal que culminó con su condena, de un derecho o garantía basado en un valor distinto a la protección de la inocencia y que no implica como consecuencia una determinación fáctica sobre el objeto de la acusación en la instancia de revisión. El respeto por el interés público en la persecución penal y la falta de incidencia de la protección de la inocencia así lo imponen. ²⁴

²³ Carece de peso suficiente el argumento según el cual, *dado que el CPPF nada dice más allá de la prohibición de reenvío*, el sistema diagramado para la instancia de impugnación de sentencia obligaría a absolver cada vez que se detecta un error en el procedimiento. En primer lugar, la decisión absolutoria en la propia lógica del CPPF, salvo casos de extinción de la acción penal, está reservada para los supuestos en los cuales los jueces “encuentren inocente” al imputado (art 303, CPPF). En segundo lugar, el argumento aquí criticado llevaría a situaciones *contraintuitivas* o generaría un problema de *sobreinclusividad*. Por ejemplo, en un caso de abuso sexual grave, cualquier error procedimental que diera motivo a una impugnación de la condena, aunque sea de naturaleza *infraconstitucional* (art. 358 inc. a, CPPF), podría llevar a la absolución de una persona imputada a pesar del gran caudal de prueba existente en su contra. No puede perderse de vista que el CPPF suprimió toda diferenciación entre nulidades absolutas y relativas (arts. 129 a 133). Por último, la prohibición del reenvío no hace distinciones entre los recursos de los diferentes sujetos procesales, por eso esta postura despierta serias dudas con respecto a la solución que correspondería dar a un recurso de la parte querellante contra una absolución por el que denuncia una irregularidad procesal.

²⁴ Estas dos circunstancias impiden pensar, a diferencia de lo sostenido por Pastor (2012, p. 317-345), que toda corroboración en la instancia de impugnación de un supuesto de irregularidad en el trámite del proceso representa una deslegitimación tal del Estado que conlleve la imposibilidad de realizar un nuevo debate e imponga como única salida la absolución del recurrente. Los supuestos a los que me refiero no configuran situaciones que desvirtúan la posición moral desde la cual juzgar a los ciudadanos por sus hechos nocivos, de modo tal que todo juicio penal se vea impedido. Para decirlo con las palabras de Duff, no se trata de impedimentos para un juicio, esto es, para que una persona rinda cuentas de sus actos y su culpabilidad sea juzgada (2015, p.75-80).

Pero tampoco surge como derivación inevitable el mantenimiento de la condena. Se trata, como hemos visto, de un supuesto de injusticia procedimental que afecta un valor vinculado con la dignidad humana del imputado, a cuyo respeto él mismo supeditó la aceptabilidad de la condena (Jackson & Summers, 2012, p. 24). De allí que el sistema no puede hacer caso omiso, por ejemplo, de la corroboración de que el defensor del imputado pasó gran parte del debate dormido o de que no se brindó al imputado la posibilidad de decir las últimas palabras, y, en consecuencia, mantener la condena solo porque en la instancia revisora no se acreditó además que el imputado es inocente. Si el respeto por tal valor es una condición de justicia de la realización del proceso penal, la consecuencia jurídica no puede ser el mantenimiento del resultado condenatorio a pesar de la existencia de esa violación.

Todo lo visto hasta acá permite afirmar que el peligro de la supresión del reenvío es que solo habilitaría revisiones de las decisiones cuando puedan ser canalizadas mediante el procedimiento de *sentencia integradora compleja*. En rigor, el sistema solo consideraría un recurso cuando se demuestren motivos que puedan dar lugar a esa vía de solución de la instancia de impugnación, y sólo cuando estén presentes las condiciones óptimas para ello.

IV.- CRÍTICAS Y PARALELISMOS

El *Inocentrismo*, sus fundamentos y sus propuestas han sido blanco de diversas críticas de distinta naturaleza. Aquí me interesa destacar aquellas que tienen influencia en la etapa recursiva de cara al análisis de la prohibición de reenvío establecida en el CPPF.

El *Inocentrismo*, a partir de la situación expuesta por los casos de condenas erróneas descubiertos en los últimos treinta años, ha usado como bandera de sus cuestionamientos y propuestas a la necesidad de proteger la inocencia real de las personas imputadas: que estas personas no sean condenadas por hechos que no cometieron.²⁵ Con ello, este

²⁵ “La clase de inocentes que ha llamado la atención del público y de las esferas políticas es la inocencia ‘pura’, con las exoneraciones basadas en la prueba de

movimiento ha generado a los ojos del público y de los futuros juzgadores una *supercategoría procesal* que refleja a los protagonistas de los casos de condenas erróneas revelados: *los imputados realmente inocentes* (Hughes, 2011, p. 1089).²⁶ Sin embargo, esto es cuestionado, en tanto la postulación de esta categoría como figura emblemática de referencia de las reformas y el funcionamiento del sistema podría derivar en una dinámica en la cual, en la consideración de los juzgadores, solo los *verdaderamente inocentes* desde un punto de vista fáctico serían merecedores de una decisión favorable. Ello repercute de forma negativa tanto en la justicia del resultado como en la del procedimiento. Por consiguiente, afecta la noción de inocencia jurídica vinculada con el debido proceso.

En primer lugar, esta situación podría llevar a un desplazamiento o minimización de la obligación de absolver ante la presencia de una duda razonable sobre la culpabilidad de la persona imputada. “Cualquier otro resultado distinto a la inocencia factual del imputado no sería lo suficientemente bueno como para justificar una absolución” (Raymond, 2001, p. 457).

En el mismo sentido, la evidencia de que la inocencia de los imputados sale a la luz siempre y cuando se adopten los mecanismos procesales adecuados para la incorporación de las pruebas pertinentes para ello —v.gr., ADN—, podría generar implícitamente una carga en los imputados para acreditar la condición de inocentes fácticos, ya que podría entenderse que, al contar, vía reformas procesales, con los medios para ello, quienes son realmente inocentes podrán demostrarlo de forma fácil y accesible (Bandes, 2008, p. 9; Raymond, 2001, p. 454). Los juzgadores podrían esperar que aquellos verdaderamente inocentes lo demuestren. Posiblemente, quienes no puedan hacerlo correrán el riesgo de ser considerados culpables.

ADN como el paradigma de las condenas ‘erróneas’” (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 598).

²⁶ La categoría *inocente* da cuenta de un espacio de disputas de sentido, con múltiples proyecciones. El Movimiento de Inocencia trae consigo situaciones en las cuales personas condenadas fueron declaradas finalmente inocentes. Como afirma Bandes, ser considerado inocente en este contexto no cuadra con la noción jurídica de no culpabilidad como resultado absolutorio de un juicio, propia del concepto de inocencia jurídica (Bandes, 2008, p. 6).

Por último, la centralidad de los casos de imputados inocentes desde el punto de vista fáctico podría implicar la devaluación de otros principios y valores distintos a la protección de la inocencia, pero que, aun así, hacen al juzgamiento justo de una persona en un Estado de Derecho (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 610 y 615). La postulación de la inocencia real como valor central y primordial tiene como consecuencia involuntaria —o bien, deliberada (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 609-618)²⁷— la minimización de la importancia de otros valores constitucionales (Mosteller R., 2010, p. 2). Por consiguiente, una defensa o queja basada en un derecho como la intimidad, la integridad o la autonomía de la persona, a los ojos de los jueces, podría carecer del atractivo o de la fuerza de un planteo que gira en torno a que el acusado no cometió el hecho imputado (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 616). Así también, argumentos referidos a violaciones constitucionales o procedimentales y sus consecuencias no directamente vinculadas con una más fiable determinación de los hechos podrían no tener peso al momento de proyectar reformas procesales.²⁸

²⁷ Steiker & Steiker identifican, antes del surgimiento del Movimiento de Inocencia, una previa “revolución” de la inocencia a nivel de la Corte Suprema de los EEUU, de sentido conservador (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 609-618). Ellos explican que como una reacción a la mirada expansiva que tuvo la denominada Corte “Warren” sobre los derechos procesales reconocidos en la Carta de derechos de los EEUU, las denominadas Corte “Burger” y Corte “Rehnquist” pusieron el foco del análisis constitucional sobre la incidencia de tales derechos en los objetivos del proceso penal, principalmente, en la búsqueda de la verdad, y no en la defensa de los derechos constitucionales *per se*. Los autores refieren que a partir de ese momento surgió una suerte de repudio a la mirada que identificaba al proceso penal como un ámbito propicio para reparar vejaciones de derechos por parte de los agentes estatales o para promover valores abstractos, aun cuando la reivindicación de esas reparaciones o de esos valores se realizara a expensas de la búsqueda de la verdad en las determinaciones de culpabilidad (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 612).

²⁸ Desde un punto de vista del control de constitucionalidad y de los procedimientos establecidos a ese efecto, se esgrime que la postulación de la búsqueda de ajustadas determinaciones de culpabilidad o inocencia, como meta o valor exclusivo en el análisis constitucional del desarrollo del procedimiento penal, reduce y distorsiona el alcance de ciertos valores constitucionales como la dignidad, la equidad y la autonomía, hasta el punto de negar su operatividad cuando estos contradicen aquella búsqueda. La inocencia real es usada también como condición procedimental o bien como un criterio de admisibilidad para acceder a este tipo de revisión. De este modo, en este contexto cuando la inocencia real pasa a ser el único valor constitucional por

Con este bagaje de críticas, podemos ver que el CPPF impone a los jueces del tribunal revisor de la sentencia la prohibición de reenviar la causa a la instancia previa o inferior para dar solución a los recursos. El CPPF deja como única salida acotada a una decisión de mérito del tribunal de impugnación, i.e., *la sentencia integradora compleja*. Al no haber reenvío, no hay ninguna posibilidad de reedición del debate.

Al igual que el sustrato fundamental apreciable en el *Inocentrismo*, esta particular regulación que veda el reenvío de la causa parece asentarse a primera vista en una base garantista dada por la revisión amplia e integral de la sentencia de condena y la protección de los inocentes. Con la prohibición del reenvío y la necesidad de resolver directamente en la instancia de impugnación sobre la pretensión punitiva principal, el trámite del CPPF procura la corrección sin dilaciones indebidas de la mayor injusticia que puede darse en el proceso penal: *la condena de la persona inocente*. Pero de ello se puede inferir que, en este punto, el CPPF en la instancia de impugnación privilegia, hasta un grado de exclusividad, a la inocencia real: *solo aquellas personas que no cometieron el hecho delictivo imputado podrán verse favorecidas en la instancia de impugnación*.²⁹

Repárese en que el CPPF, en lo que respecta a la decisión que debe tomar respecto de cualquier recurso el tribunal de impugnación, solo regula la prohibición del reenvío, nada más. A partir de ello puede entenderse que el tribunal de impugnación debe resolver todo recurso, de forma alternativa, mediante la confirmación de la condena previa o mediante la absolución del impugnante, en base únicamente a las razones propias de una u otra situación, i.e., si hay prueba suficiente para absolver

rescatar en el proceso penal, desde un punto de vista material, se reduce el alcance y sentido de otros valores y de las exigencias constitucionales propias de un proceso penal, a la par que, desde un punto de vista procedimental, se estrecha el ámbito de revisión de los errores que comprometen valores constitucionales y se limitan los propios procedimientos judiciales previstos a ese efecto. La justeza o fiabilidad (*accuracy*) del resultado del juicio penal se ha convertido en el puntapié y en la finalización del análisis constitucional (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 613).

²⁹ Las preocupaciones sobre la inocencia real ya en su propia formulación prescinden de las protecciones debidas por el sistema a *toda clase de imputados*, para promover un entendimiento según el cual el control de sentencia solo debe ser accesible para aquellos que pueden justificar la probabilidad de la inocencia real (Steiker & Steiker, 2004-2005, p. 615).

y si esta puede ser valorada válidamente en esa instancia. Por consiguiente, aquí podrían replicarse una serie de problemas o interrogantes similares a aquellos predicados con respecto a las reformas procesales propiciadas por el *Inocentrismo*.

IV.I. RELATIVIZACIÓN DE LA INOCENCIA JURÍDICA EN CUANTO A LA JUSTICIA DEL RESULTADO

En primer lugar, una concepción de la inocencia real emparentada con imputados totalmente ajenos a los hechos objeto de la acusación podría llevar a exigir al recurrente, para lograr la absolución en la instancia de impugnación, la demostración de su inocencia real, y no solo una duda razonable sobre su culpabilidad (Bandes, 2008, p. 13). Cabe recordar que el CPPF no establece nada respecto de las condiciones y estándares de la *necesaria* decisión de mérito del tribunal de impugnación.

Aun teniendo en cuenta la genérica alusión al principio *in dubio pro imputado* en la parte general del CPPF,³⁰ esta ausencia de estándares en la diagramación de la instancia de impugnación para decidir la eventual absolución del imputado resulta más problemática de lo que puede pensarse a primera vista.

El CPPF, por un lado, en el art. 358, inc. c, prevé la posibilidad de recurrir una sentencia de condena por carencia de motivación suficiente o cuando esta fuera contradictoria, irrazonable o arbitraria. La ausencia de un estándar específico para la sentencia de mérito del tribunal revisor por este supuesto, junto con la prohibición de reenvío, podría llevarnos a equipar la posición de este órgano a la de la CSJN cuando decide *directamente* la absolución de una persona imputada. Es decir, ya que los jueces con funciones de casación no pueden reenviar el caso a otra instancia para una nueva sustanciación del debate, su criterio para evaluar un caso de falta de, o errónea, motivación de la condena podría ser asimilado al

³⁰ El art. 11, CPPF prevé el principio según el cual en caso de duda se estará a lo que sea más favorable al imputado, sin ninguna mención sobre algún criterio referido a su ámbito material o temporal de operatividad. Sobre el origen y la deriva de este vidrioso principio, (Sarrabayrouse, 2001; Sarrabayrouse, 2020).

que tiene la CSJN cuando trata situaciones *de extrema arbitrariedad en la motivación de una condena*.³¹

Por otro lado, a través de la remisión del art. 358, inc. i, el CPPF permite la impugnación de la condena cuando con posterioridad a su dictado sobrevinieran o se descubrieran nuevos hechos o elementos de prueba que, solos o unidos a los ya examinados en el proceso, hicieran *evidente* que el hecho no existió, que el condenado no lo cometió o que el hecho cometido no es punible.

Estas posibilidades nos llevan a enfatizar nuevamente que la regulación de una decisión de mérito como única forma de responder a todos los motivos en los que puede basarse un recurso implica un peligro de valorar primordialmente la inocencia real de las personas imputadas. Este reemplazo del concepto de inocencia jurídica por el de inocencia real es altamente problemático. El concepto jurídico de inocencia lleva en sí una protección para *todas* las personas imputadas, en tanto exige la corroboración de su culpabilidad más allá de la duda razonable como una obligación estatal que rechaza un requerimiento hacia la persona imputada para que demuestre que es *evidentemente* inocente, o para que demuestre un supuesto de extrema arbitrariedad en la motivación de una condena.

IV.II. RELATIVIZACIÓN DE LA INOCENCIA JURÍDICA EN CUANTO A LA JUSTICIA DEL PROCEDIMIENTO

En segundo lugar, cabe decir que las conclusiones sobre la relevancia del concepto de inocencia jurídica también exponen una —otra— importante tensión respecto de la diagramación del CPPF en esta instancia. Es que la determinación de la culpabilidad jurídica, en tanto reverso de la inocencia jurídica, representa la observancia de todos los derechos y garantías de las personas imputadas en el desarrollo del procedimiento, estén o no directamente vinculados con la condena de una persona inocente desde un punto de vista puramente fáctico. Desde esta visión, la condena errónea es aquella que se dicta tras la vulneración durante el proceso penal de esos derechos y garantías, de cualquiera

³¹ CSJN, Fallos: 339:1493.

de ellos (Hughes, 2011, p. 1090). Y esto, justamente, no se encuentra contemplado en la estructuración de la impugnación en el CPPF.

En el CPPF, condena errónea solo es aquella dictada contra una persona inocente desde el punto de vista fáctico. En el contexto del sistema recursivo del CPPF, no hay impugnación triunfante, o quizás ni siquiera admisible, sin la posibilidad de absolución de la persona imputada. No tiene sentido revisar una decisión de condena por un motivo desconectado de esa posibilidad.

De allí que puede ser dicho que la estructuración de la impugnación en el CPPF se enfoca solo en la determinación de la verdad, y no en la amplia defensa de los derechos procesales de las personas imputadas. En el trámite del CPPF, la existencia del error procedimental, ya sea constitucional o *infraconstitucional*, debería venir acompañada de la demostración de la inocencia de la persona imputada.

Esto representa un estrechamiento subrepticio del ámbito de control de la sentencia de condena. Más allá de la regulación de distintos motivos de impugnación, como ser, la ocurrencia de errores procedimentales de orden constitucional o *infraconstitucional*, si el impugnante pretende la revisión exitosa de su condena, es decir, aquella que lleve a su revocación, debe demostrar *siempre* que no hay mérito sustantivo suficiente que justifique el mantenimiento de esa decisión. La revisión de la decisión se ve ciertamente limitada en tanto la persona imputada no puede lograr el control de la regularidad del proceso en sí, esto es, la observancia de las normas que lo regulan para la obtención de una decisión válida.

Visto ello desde otra perspectiva, en el CPPF solo son revisables y revocables las condenas que no encuentran un grado de corroboración suficiente en un caudal probatorio válido surgido del juicio. En rigor, ello representa una exigencia para la admisibilidad de las impugnaciones.³² A

³² Toda vez que el CPPF, junto con la prohibición de reenvío, mantiene la previsión de una serie de motivos no relacionados directamente con la determinación de culpabilidad —v.gr., art. 358, inc. a), CPPF: *si se alegara la inobservancia de un precepto o garantía constitucional o legal*—, se pueden precisar aún más los efectos de esta prohibición y decir que ella tiene un impacto en el juicio de admisibilidad de las impugnaciones. Es que ello lleva a la necesidad de reclamar o postular siempre, como motivo de admisibilidad de toda

partir de la prohibición del reenvío, el agravio de la decisión condenatoria ya no se explica solo por la incidencia de un error en una decisión que afecta los intereses de la persona y su situación en el proceso. Este ahora debe ser *reconceptualizado* como un perjuicio real producto de un error nocivo para la inocencia, es decir, un error que en definitiva derivó en una condena de una persona inocente.

V.- RESTITUCIÓN DEL REENVÍO

Tal como fue propuesto en la Introducción, si el foco de atención es puesto sobre todo en la mencionada *relativización de la inocencia jurídica en cuanto a la justicia del procedimiento*, cabe inferir que la noción de presunción de inocencia jurídica, como concepto vinculado con la justicia del procedimiento y del resultado en el debido proceso y, por consiguiente, con la aceptabilidad de la sentencia de condena, reclama la restitución del reenvío de la causa como salida procesal en la instancia de impugnación.³³

Es que de esta forma se podrá dar solución a un cúmulo de errores que no pueden ser considerados de manera adecuada en la instancia de impugnación desde un único prisma compuesto por el par dicotómico condena-absolución. Al representar una salida procesal para la reparación de vulneraciones de valores distintos a la determinación precisa de la culpabilidad, el reenvío permite una armonización con la noción de inocencia jurídica como centro de la presunción de inocencia y el debido proceso.

impugnación, la inocencia de la persona imputada. Ante la prohibición del reenvío, cualquier planteamiento de una impugnación sin ese extremo —i. e., inocencia del imputado—, más allá del motivo en el que se base —i. e., violación de la garantía de defensa técnica eficaz porque el abogado defensor se quedó dormido a lo largo del debate—, no tiene otra vía de solución distinta a la confirmación de la condena; en rigor, ni siquiera debe dar lugar a la revisión de la decisión y, por lo tanto, no debe ser admisible.

³³ La posibilidad del reenvío puede ser predicada sin necesidad de ingresar en la discusión sobre los posibles límites que, en función de garantías constitucionales que titulariza el imputado —v. gr., derecho de defensa, derecho al recurso, prohibición de *reformatio in pejus*—, tiene el tribunal del reenvío al momento de dictar la nueva decisión sobre el fondo del asunto (Ziffer, 2005, p. 512-519). Al respecto, CSJN, Fallos: 329:1447.

Esto aleja obviamente el sentido de la operatividad del reenvío de las necesidades implicadas en el principio de inmediación. Es más, dada la necesidad de no sobrevalorar la inmediación (Andrés Ibanez, 2015, p. 272), el reenvío del caso a la instancia de juicio, como solución para la corrección de una sentencia, en un principio, no sería siempre predicable respecto de una incorrecta o insuficiente determinación de los hechos objeto del proceso penal.

V.I. POSIBLES OBJECIONES

Alguien podría objetar que la enunciación de valores propios y privativos de la idea de justicia procedimental distintos del resultado llevaría conceptualmente a definir ciertas absoluciones como injustas desde el punto de vista procedimental y, por consiguiente, a postular la posibilidad del imputado de recurrir sentencias absolutorias, algo ajeno a nuestro sistema procesal. Esta posible objeción obliga a una serie de distinciones.

Cabe decir antes que nada que este trabajo se centra en la aceptabilidad, como criterio de justicia, de la sentencia de condena, y en las implicancias que tiene la justicia del proceso en ese particular objeto, pues esta decisión resulta una acción aflictiva estatal. Dicho ello, en cuanto a la noción de agravio en el proceso penal, podemos ver que la delicada posición del imputado obliga a distinguir que su perjuicio viene dado, cualquiera haya sido su postura en el proceso —v.gr., confesión del hecho—, por el sentido de la decisión, esto es, por el carácter adverso de la decisión para con su interés jurídicamente protegido (Maier, 2013, p. 286-287). A partir de ello puede entenderse con facilidad que solo esa decisión agravante o perjudicial puede ser atacada porque fue obtenida en un proceso que no respetó valores fundamentales para la dignidad de la persona —técnicamente, su motivo del agravio—, más allá de la justeza o fiabilidad del resultado de culpabilidad contenido en esa decisión.

Otra posible objeción podría consistir en que la revocación de una condena por la afectación de valores distintos o no conectados directamente con la corrección del resultado amplía innecesariamente los motivos de litigación a asuntos procedimentales periféricos, resta peso

al objetivo principal o preeminente del proceso penal —i.e., llegar a una decisión correcta que condene al culpable al propio tiempo que absuelva al inocente— y genera excesivos costos a la política de persecución penal (Stuntz, 1997, p. 4). En primer lugar, tal como fue justificado oportunamente, esos motivos se vinculan con la propia tarea de juzgar en el marco del debido proceso y el respeto por los criterios de justicia procedimental. En segundo lugar, cabe recordar que la justificación de la revocación de una condena en virtud de la afectación de valores como los mencionados no conlleva ni lógicamente ni jurídicamente la absolución de la persona imputada. Todo lo contrario. Tal justificación solo implica la insostenibilidad de una condena obtenida por medios ilegítimos y la necesidad de la realización de un juicio donde se respeten los valores comprometidos con el juzgamiento penal, así como la búsqueda de resultados correctos a los fines de cumplir con el interés público en el castigo por la comisión de delitos. En tercer lugar, es necesario precisar que no todos los errores procedimentales configuran una violación de valores como la dignidad, la autonomía y el derecho a ser tratado con igual consideración y respeto. Tampoco lo son todos los errores que suceden en el debate —v.gr., incumplimiento de las formas procesales relacionadas con la declaración de testigos que cuentan con facultades de abstención— (Maier, 2013, p. 50).

Sin embargo, cuando se trata de esta especial clase de errores, la reparación de los valores afectados, como ya fue explicado, no puede someterse a una transacción o intercambio de costos-beneficios para el interés público punitivo. En términos *dworkinianos*, se trata de una cuestión de derechos, y no de una pura cuestión de política pública (Dworkin, 2012, p. 104; Dworkin, 1984, p. 289; Dworkin, 2014, p. 401-402).

Aun en un supuesto hipotético extremo en el cual una persona fue condenada en virtud de un acervo probatorio calificado *a priori* como abrumador —v.gr., numerosos testigos de cargo, prueba de ADN que confirma rastros del imputado en el cuerpo de la víctima, informe pericial incriminatorio—, pero tras un debate en el cual no le fue dada al imputado la posibilidad de decir sus últimas palabras, resulta clara la afectación de un valor —v.gr., dignidad, autonomía, derecho a ser tratado con igual consideración y respeto— no intercambiable o sujeto a transacciones con respecto a la eficiencia de la función pública de perseguir y castigar

la comisión de delitos. El mantenimiento de la condena en los términos antes apuntados no se haría cargo de la injusticia en el procedimiento y ello podría ser reclamado por la persona condenada para aceptar una decisión de este tipo (Duff, Farmer, Marshall, & Tadros, 2007, p. 99). La justa reparación de esa situación es clara: el reenvío para la realización de un nuevo debate por pedido del propio interesado.

Esta conclusión podría ser extendida a otras situaciones en las cuales operan derechos de dual imbricación, es decir, derechos con proyección en la justicia del resultado y en la justicia del procedimiento —v.gr., derecho de defensa; derecho a controlar la producción de prueba—. ³⁴ Aquí el análisis también podría ser dual. Si es verificada la afectación del valor identificado con el resultado en el derecho de defensa —v.gr., objeción inválida para ejercer un planteo que con demostrada certeza llevaba a la absolución del imputado—, su reparación puede consistir en la absolución del recurrente en la etapa de impugnación. Ahora bien, cuando no se encuentre en juego este aspecto del derecho —v.gr., porque no pudo ser demostrado—, el valor ajeno al resultado también presente detrás de la misma garantía exige el reenvío como solución adecuada. De esa forma, se respeta el valor vinculado con el resultado correcto del juicio y a la vez se resuelve la injusticia del procedimiento. ³⁵

³⁴ El argumento por el cual una afectación al derecho a controlar la prueba de cargo puede ser inocua ante un acervo probatorio abrumadoramente fiable significa que, en esas mismas condiciones, tal derecho al control de la prueba de cargo no es procesalmente relevante (Jackson & Summers, 2012, p. 340-341). Pero llevado al extremo el argumento, este podría justificar un caso en el que se impida, sin consecuencias para el proceso, *todo* y cualquier ejercicio de defensa del imputado, en tanto se considere que existe prueba abrumadora fiable en su contra (Meyerson, 2015, p. 247-249).

³⁵ Ante esta postura podría plantearse una posible objeción. Podría afirmarse que el derecho de defensa solo puede tener operatividad y relevancia procesal en función del resultado del juicio. De hecho, podría decirse que las manifestaciones del derecho de defensa se miden en función de su pertinencia con respecto a la demostración del objeto del proceso —v.gr., solo es admisible un pertinente ofrecimiento de prueba de descargo—. Pero tal aseveración solo implica una modulación del derecho de defensa en el ámbito procesal: el derecho a participar y ejercer facultades de resistencia de la pretensión acusatoria, siempre que estas sean pertinentes con respecto al objeto del proceso. Tal modulación no desmiente su conceptualización de derecho basado en valores tales como la dignidad de la persona imputada, ni, por consiguiente,

De no procederse de esta forma, pueden quedar sin solución injusticias procedimentales graves y evidentes en pos de mantener un resultado *a priori* correcto —v.gr., confesión bajo tortura en un caso donde existe abrumadora prueba de cargo residual e independiente—, y, con ello, queda desmentida la propia existencia de un derecho a un trato justo independiente de un derecho a un resultado correcto o justo.

Además, la posibilidad de mantener incólume en la instancia de revisión de sentencia un resultado condenatorio *a priori* correcto, a pesar de las graves injusticias procedimentales, puede llevar a una deriva *relativizadora* de las garantías procedimentales. Si solo se postulara el valor de una garantía en función de su aporte a la fiabilidad del resultado, su quebrantamiento o violación solo tendría incidencia cuando implicara un cambio en el sentido del resultado. Pero esta visión instrumentalista en la instancia de revisión de condenas permitiría a los operadores de las instancias inferiores vulnerar en todo momento garantías constitucionales, si al hacerlo pueden *predecir* que ello no alterará el resultado final del debate —v.gr., un juez podría negar en todo debate la posibilidad para que la defensa técnica controle un testimonio de cargo siempre que considere que ya se produjo prueba de cargo suficiente—.

V.II. DE LA NECESIDAD AXIOLÓGICA A LA POSIBILIDAD JURÍDICA

La presunción de inocencia jurídica abarca una serie de valores que pueden tener relación o no con la correcta determinación de la culpabilidad del imputado. En la etapa de revisión de condena, no todo motivo de injusticia debe dar lugar a una solución absolutoria. La operatividad del reenvío da cuenta de ello. Los motivos que lo habilitan nada dicen sobre la falta de acreditación de la culpabilidad. En todo caso, otras razones jurídicas deberían esgrimirse para postular esa solución absolutoria como necesaria en un contexto en cual no se conoce si la culpabilidad se encuentra insuficientemente probada.

convierte a las defensas procesales en meras condiciones instrumentales de un resultado correcto. Ni el art. 18 de la CN ni el art. 8.2 CADH reconocen un derecho de defensa condicionado a que su ejercicio realice un aporte a la fiabilidad del resultado.

Sin desconocer la existencia de opiniones en principio disonantes (Vargas, 2023), resulta plausible decir que el reenvío no representa en sí mismo una violación de la garantía contra el doble juzgamiento por un mismo hecho.³⁶ La revocación de la sentencia de condena por la irregularidad del trámite, en virtud de un recurso de la persona imputada o interpuesto a su favor, no puede ser subsumida en el enunciado que establece esta garantía del ciudadano frente al ejercicio de la pretensión punitiva estatal.³⁷ Es más, tampoco podría aludirse a un riesgo indebido de una segunda persecución penal (Ziffer, 2005, p. 516).³⁸ En estos casos la impugnación importa un reclamo de que la decisión condenatoria, más allá del acierto o error de la determinación fáctica, es producto de un trámite en el que se violaron derechos y garantías constitucionales. La forma de reparar ese reclamo es justamente la realización de tal trámite.³⁹

³⁶ Si el derecho al recurso contra una sentencia de condena significa el derecho a un nuevo juicio (Maier, 2004, p. 483) queda *a priori* descartado un argumento que sostenga la imposibilidad jurídica de un juicio de reenvío que siga a un recurso triunfante del imputado.

³⁷ El art. 8.4, CADH dispone: *El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos*. Ni siquiera se darían todas las condiciones —v.gr., absolución recurrida por el acusador— que la CSJN sugirió al darle un generoso alcance a esta garantía, i.e., sin reparar en el recaudo de *firmeza* (CSJN, Fallos 333:1687). Al respecto, (Díaz, 2014).

³⁸ Riesgo que en los términos del art. 5, CPPF, que reconoce con amplitud esta garantía, surgiría cuando alguien es perseguido penalmente [tras una absolución] o condenado más de una vez por el mismo hecho.

³⁹ De hecho, para poner de resalto cierta inconsistencia en la posición que aprecia un nuevo juicio prohibido en todo juicio de reenvío, podría argumentarse que la noción de *la sentencia integradora compleja*, como reverso procesal de la prohibición del reenvío en el CPPF, incluye en sí *un nuevo juicio*, pero en la instancia revisora. El supuesto nuevo juicio implicado en el reenvío ahora inexistente se desarrollaría de todos modos, no ante el tribunal de la instancia inferior, sino ante el propio tribunal “superior” revisor (art. 8.2, h, CADH). Es que el debate cuyo desarrollo se pretende impedir por innecesario o, peor, por aflictivo del principio del *ne bis in idem*, se produce de todos modos en la instancia de control o revisión. Podríamos conjeturar que una respuesta a este punto haría hincapié en las demoras ahorradas con este procedimiento, en la supuesta mayor capacidad del tribunal superior y en la caracterización de este segundo juicio como uno limitado por los motivos válidos correctamente introducidos en la impugnación (Pastor, 2004, p. 3). Pero, aun así, esto último solo restringiría el ámbito de la pertinencia y relevancia de la prueba a producir en ese *segundo* juicio a

En la situación planteada en este artículo, la persona imputada no cuenta con un derecho a la estabilidad de una posición exculpatoria frente a un nuevo ejercicio de una pretensión punitiva estatal por los mismos hechos, y tampoco con un derecho a una absolución, en tanto no se encuentran presentes las condiciones jurídicas y epistemológicas necesarias para ello.⁴⁰ Distinto podría ser el caso en el que la revisión de la condena por motivos fácticos o jurídico-procesales implique en sí misma una determinación o inferencia de la inocencia del imputado que imponga su necesaria absolución (Barry, 2012, p. 562-577; Jones, 2010, p. 453; Larkin & Stimson, 2023, p. 52).

Además, ese mismo carácter de solución procesal para los casos antes mencionados habilita la propia revisión fructífera de estos y, con ello, permite un reconocimiento del derecho a la revisión integral y amplia de la sentencia de condena. La garantía contemplada en el art. 8.2., h, CADH ha sido interpretada como aquella que permite una revisión integral y amplia de la sentencia de condena en todos sus aspectos, fácticos y jurídicos. El reenvío permitiría la revisión eficaz de los aspectos jurídicos que involucren valores distintos a la corrección del resultado de culpabilidad. A la par respetaría al interés público en el castigo por la comisión de delitos, en tanto no brindaría una solución que cancele sin justificación la posibilidad de condenar válidamente al autor del delito.

Por cierto, no existe una relación conceptual entre reenvío y afectación del plazo razonable de juzgamiento válido de una persona. Obviamente, al negar la identificación del reenvío con un segundo juzgamiento prohibido, esta última garantía resulta relevante, pero la conexión entre reenvío y duración irrazonable del proceso es meramente contingente. Aun cuando por razones de estricta justicia no resulte razonable descontar el tiempo insumido por una impugnación de la

desarrollarse ante el tribunal superior, y con ello quizás la cantidad y los costos de su producción. Nada más.

⁴⁰ La diferencia es notoria entre un caso de absolución —suficientemente probada o justificada— que es revocada por un recurso del fiscal que se funda en un error procesal y aquel otro de revocación de condena que reedita el debate ante el desconocimiento de un valor atado a la justicia procedimental del imputado (Larkin & Stimson, 2023, p. 52).

defensa que triunfa en la revisión de la condena, del hecho de que se produzca un reenvío del caso para la realización de un nuevo juicio o la emisión de una nueva sentencia no se sigue necesariamente que el plazo de duración razonable del juzgamiento se encuentre agotado. Habrá que tener en cuenta en cada caso concreto los criterios legales o jurisprudenciales para apreciar si efectivamente existe la posibilidad de proseguir con el ejercicio de la pretensión punitiva en ese proceso.⁴¹

V.III. REGULACIÓN Y APLICACIÓN DEL REENVÍO

La opción de reenviar el caso (a) o bien de resolver un recurso mediante la confirmación de la condena del juicio o el dictado de la absolución (b) no puede ser completamente regulada de forma previa y exhaustiva. Debe definirse en cada impugnación de acuerdo con las particulares circunstancias fácticas y jurídicas que se presenten.⁴²

Por lo pronto, estas dos soluciones no pueden ser distinguidas a partir de la naturaleza procesal o sustantiva de los motivos de agravio. Piénsese, por ejemplo, en el motivo de error vinculado con una omisión en la valoración de prueba de descargo decisiva. Podría ser definido como un error de naturaleza procesal, pero cuya solución definitiva en la instancia de impugnación podría resultar en la absolución de la persona antes condenada.

Tampoco podrán ser necesariamente diferenciadas en atención a si el error es identificado como propio de la instancia del debate o bien de la sentencia de condena.⁴³ Repárese, por ejemplo, en el caso en el cual

⁴¹ CSJN, Fallos: 333:1987.

⁴² Resulta claro que la imprecisa caracterización del CPPF como *acusatorio* o *adversarial* no puede significar una razón relevante para imponer una salida u otra a los recursos del imputado en el proceso penal. De hecho, sistemas procesales que podrían ser catalogados como *adversariales* —v.gr., sistema federal de los EE.UU.— reconocen de modo pacífico el reenvío como solución adecuada para algunos supuestos de impugnación contra decisiones condenatorias, ya se trate de mociones o bien de apelaciones (Lafave, Israel, King & Kerr, 2009, p. 624 y 649).

⁴³ Una postura contraria, *a priori*, en (Pérez Barberá, 2023, p. 410-429). Sin embargo, la discrepancia es solo aparente ya que el autor, si bien asume que la gran mayoría de casos de nulidades de sentencia deben ser resueltos

la impugnación encuentra un motivo de agravio en las consideraciones fácticas o jurídicas contradictorias de una sentencia, pero que nada dice ni demuestra en torno a la insuficiencia de la prueba de cargo. En ese supuesto, ante la eventual necesidad de que otros jueces distintos a los que anteriormente condenaron dicten una nueva sentencia en base a las pruebas del caso, y esas pruebas sean inaccesibles para los jueces revisores, el reenvío podría ser la salida adecuada.

Además, esta posibilidad no se encuentra atada a la caracterización del error como fáctico o jurídico. Ha sido demostrado que esta diferenciación no es decisiva a los fines de determinar la amplitud de la revisión de la sentencia de condena (Pastor, 2001, p. 129). En el mismo sentido, tampoco es concluyente para definir, al margen del motivo esgrimido, la salida adecuada a una revisión triunfante. De hecho, los ejemplos más representativos de motivos procesales que deberían provocar un reenvío —v.gr., afectación de la imparcialidad del juzgador— se basan en situaciones fácticas cuya verdad debe ser predicada y probada.

Del mismo modo, el carácter intencional o accidental del error que conforma un motivo de agravio tampoco es un criterio válido de definición de la salida correcta para un recurso (Larkin & Stimson, 2023, p. 35).

Por último, la factibilidad o no del reenvío no viene dada por la caracterización de un error en términos de práctica procedimental irrazonable o inequitativa (*unfair procedural practice*), por su influencia en la justicia o fiabilidad del resultado, o bien, en términos de práctica procedimental injusta (*unjust procedural practice*), por su relación con la justicia del procedimiento (Resnick, 1977, p. 220). Cabe precisar que estas categorías no son excluyentes entre sí. Ante una situación procesal determinada pueden solaparse. Por ejemplo, el ejercicio de coerción para lograr la declaración del imputado puede ser calificado como una práctica procesal irrazonable que tiene un efecto en la merma

sin reenvío, reconoce supuestos excepcionales en los que esa posibilidad podría ser necesaria (p. 412). De ahí que él podría estar de acuerdo con la imposibilidad de regular de manera general y absoluta la prohibición del reenvío ante la existencia de nulidades en la sentencia de condena. Eso sí, ello podrá determinarse caso por caso bajo la regencia de ciertas variables generales, v.gr., la evitación de una “desventaja” para el imputado recurrente (p. 411).

de la fiabilidad del resultado al adjudicar erróneamente un alto valor a esa prueba, y al mismo tiempo puede ser concebido como una práctica procesal injusta que resiente nuestro básico sentido de justicia referido al tratamiento del imputado y su libertad para emitir declaraciones durante el proceso.⁴⁴ Con ello quiero remarcar que la posible identificación de un error procesal con la justeza o fiabilidad del resultado no nos dice todo sobre la forma adecuada de reparación de un error. Si la posibilidad de resolver directamente sobre el fondo del asunto en la instancia de apelación necesita la presencia de las condiciones jurídicas y epistemológicas propias para evaluar el mérito sustantivo de una acusación—v.gr., pretensión impugnativa en ese sentido, paridad de condiciones epistemológicas de valoración de toda la prueba necesaria para la decisión, verificación de un error referido al resultado del debate y acreditación de la imposibilidad de arribar a una decisión distinta a la requerida—, la mera identificación de un error con la fiabilidad del resultado configura una condición insuficiente para determinar esa solución procesal. Repárese en el supuesto en el cual se denuncie la violación del principio de imparcialidad al haber existido alrededor de la persona que juzgó en la instancia de debate serias razones de temor de parcialidad —v.gr., por compartir durante años, todos los domingos, el mismo equipo de fútbol con el fiscal—. Esta sola consideración implica una violación del principio del debido proceso; el

⁴⁴ En un proceso adversarial, una regla derivada del derecho de defensa, como ser aquella referida al control de la prueba de cargo, parece razonablemente identificada con la corrección o fiabilidad del resultado (Resnick, 1977, p. 222). Sin embargo, esa identificación no explica mucho del problema que pretendemos analizar en este trabajo. Me explico. A mayor cercanía del proceso de que se trate con un modelo acusatorio o adversarial, mayor sería la posibilidad de influencia de un error de este tipo en el resultado, y mayores, por lo tanto, las posibilidades de solucionarlo mediante una sola salida procesal. Pero lo más importante es que esta relación entre violación de una derivación del derecho de defensa y resultado incorrecto sigue siendo meramente contingente, puede o no darse (Meyerson, 2015, p. 247). Incluso cuando pueda ser reconocida esa relación en algún caso, tampoco niega la identificación intrínseca entre el reconocimiento de esta posibilidad de defensa y la dignidad de la persona humana. Lo que sí es relevante para el presente trabajo es que esta identificación intrínseca y constitutiva de la justicia del procedimiento no sería suficientemente abarcada por aquella única salida procesal. El derecho de defensa ha sido reconocido en las constituciones sin tener en miras un modelo procesal acusatorio o inquisitivo.

fundamento de la regla que reglamenta la garantía puede, de algún modo, estar relacionado a la fiabilidad del resultado; y, sin embargo, la reparación de ese error referido a la determinación de culpabilidad contraria a la inocencia jurídica no conlleva la absolución del imputado, sino un nuevo juicio ante jueces que garanticen su imparcialidad al imputado. La acreditación de la violación de la garantía de imparcialidad pone en evidencia un error procesal vinculado con el derecho a ser juzgado ante jueces imparciales, pero no, por sí misma, la insuficiente corroboración de la culpabilidad de la persona imputada.

En definitiva, el desarrollo teórico del concepto de sentencia integradora compleja permite apreciar, por un lado, la dificultad para delimitar completa y detalladamente en una previsión legal general todos los supuestos englobados en esta posibilidad, y, por otro, los grandes riesgos de dejar sin reparación a las vulneraciones de valores no relacionados directamente con la determinación fiable de la culpabilidad.

Sin perjuicio de ello, la explicitación teórica del contenido fundamental de este concepto brinda los elementos necesarios que deben ser tenidos en cuenta para su funcionamiento en el caso concreto. Esta posibilidad exige una serie de condiciones que deben ser analizadas caso por caso, tras haberse desarrollado la vía recursiva y haberse demostrado un error en la decisión recurrida. Pero, justamente, y a diferencia de lo entendido por el legislador nacional argentino, la necesaria corroboración en cada caso concreto de condiciones de operatividad sin las cuales esta salida procesal no puede funcionar razonablemente brinda una pauta clara sobre su carácter particular, impropio de una regulación previa absoluta. .

Por lo pronto, dentro de esas condiciones podemos mencionar: 1) la postulación y demostración de un motivo de injusticia del resultado ya sea de manera principal o secundaria/derivada, junto con una paridad de condiciones entre órgano revisor y órgano emisor de la decisión, por lo menos en la parte de la decisión o de sus consideraciones referida al motivo de agravio de la impugnación; y 2), aun cuando no se dieran los supuestos anteriores, si se presentase un supuesto de extinción de la acción penal.

CONCLUSIÓN

En el recorrido de los puntos del presente artículo argumenté que la presunción de inocencia jurídica impone el tratamiento conjunto, mas no entreverado, de la justicia del resultado y la justicia del procedimiento en el marco del debido proceso. Postulé que ello incide en la configuración de los motivos de injusticia y en las soluciones procesales posibles.

En este contexto, justifiqué que en la lógica existente detrás de la prohibición del reenvío en el CPPF una condena errónea solo es aquella dictada contra una persona inocente desde el punto de vista fáctico. Junto con ello, demostré que el reconocimiento del reenvío sirve a los efectos de resguardar valores distintos a la mera determinación verdadera de los hechos en el proceso penal y a dar solución a diferentes clases de injusticias. Además, especifiqué que, al impedir absoluciones injustificadas, su operatividad confirma la trascendencia de tal determinación para el sistema penal.

BIBLIOGRAFÍA

ANDERSON, Helen. Revising Harmless Error: Making Innocence Relevant to Direct Appeals. *Texas Wesleyan Law Review*. Vol. 17, p. 391-402, 2011. <https://doi.org/10.37419/TWLR.V17.I4.1>

ANDRÉS IBANEZ, Perfecto. *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del estado constitucional*. Madrid: Trotta, 2015. <http://dx.doi.org/10.20318/eunomia.2016.3300>

BANDES, Susan. Framing Wrongful Convictions. *Utah Law Review*. Vol. 5, p. 5-24, 2008. <https://ssrn.com/abstract=1034472>

BARRY, Jordan. Prosecuting The Exonerated: Actual Innocence And The Double Jeopardy Clause. *Stanford Law Review*. Vol. 64, No. 3., p. 535-588, 2012. <https://www.jstor.org/stable/41511100>

CASTILLO VAL, Ignacio. Enjuiciando al proceso penal chileno desde el inocentrismo (algunos apuntes sobre la necesidad de tomarse en serio a los inocentes). *Política Criminal* Vol. 8, p. 249-313, 2013. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007>

DAMASKA, Mirjan. Evidentiary Barriers to Conviction and Two Models of Criminal Procedure: A Comparative Study. *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 121, No. 3, p. 506-589, 1973. <https://doi.org/10.2307/3311301>

DIAZ, Ernesto Matías. La tensión entre el derecho al recurso de la víctima y las garantías constitucionales del imputado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación. *Revista de Derecho Penal y Procesal Penal*, 1121, 2014.

DIAZ, Ernesto Matías. *Sobre la verdad y la protección de la inocencia en el proceso penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017.

DIAZ, Ernesto Matías. *Condenas erróneas en los Estados Unidos. Análisis de la cuestión desde el ámbito recursivo del sistema de justicia penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2019.

DRIPPS, Donald. Beyond the Warren Court and Its Conservative Critics: Toward a Unified Theory of Constitutional Criminal Procedure. *University of Michigan Journal Law Reform*. Vol. 23, p. 591-640, 1990. <https://repository.law.umich.edu/mjlr/vol23/iss4/2>

DUFF, Antony. *Sobre el castigo*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2015.

DUFF, Antony; FARMER, Lindsay; MARSHALL, Sandra; TADROS, Victor. *Trial on Trial*. Vol. 3. Oxford: Hart Publishing, 2007.

DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona: Ariel, 1984.

DWORKIN, Ronald. *Una cuestión de principios*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2012.

DWORKIN, Ronald. *Justicia para erizos*. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2014.

FERRER BELTRÁN, Jordi. *La valoración racional de la prueba*. Madrid: Marcial Pons, 2007.

FERRER BELTRÁN, Jordi. Sobre el deber de motivación de las decisiones probatorias y el juicio por jurados. La sentencia V.R.P., V.P.C. y otros v.s Nicaragua de la Corte IDH. *Quaestio facti*, p. 359-382, 2020. https://doi.org/10.33115/udg_bib/qf.i0.22381

FINDLEY, Keith. Toward a New Paradigm of Criminal Justice: How the Innocence Movement Merges Crime Control and Due Process. *Texas Tech Law Review*. Vol. 41, p. 133-175, 2008. Disponible en: <https://www.researchgate.net/publication/309346882_Toward_a_new_paradigm_of_criminal_justice_How_the_innocence_movement_merges_crime_control_and_due_process>.

FINDLEY, Keith. Innocence Protection in the Appellate Process. *Marquette Law Review*, p. 591-636, 2009. <https://scholarship.law.marquette.edu/mulr/vol93/iss2/10>

FINDLEY, Keith. Adversarial Inquisitions: Rethinking the Search of Truth. *New York Law School Journal*. Vol. 56, p. 911-941, 2012. <https://dx.doi.org/10.2139/ssrn.1904588>

GARRET, Brandon. Innocence, Harmless Error, and Federal Wrongful Conviction Law. *Wisconsin Law Review*, p. 35-114, 2005. https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3867

GARRET, Brandon. Judging Innocence. *Columbia Law Review*. Vol. 108, p. 55, 2008. https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3863

GIVELBER, Daniel. The Adversary System and Historical Accuracy. Can we do better? In: WESTERVELT, Sandra; HUMPHREY, John. *Wrongly convicted. Perspectives on failed justice*. New Jersey: Rutgers University Press, p. 253-268, 2011.

GREY, Thomas. Procedural fairness and substantive rights. *Nomos*. Vol. 18 *DUE PROCESS*, p. 182-205, 1977. <http://dx.doi.org/10.18574/nyu/9780814768884.003.0011>

GROSS, Samuel. Convicting the Innocent. *Annual Review of Law & Social Science*. Vol 4, p. 173-192, 2008. <https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.4.110707.172300>

HO, Lai Hock. *A Philosophy of Evidence Law*. Oxford: Oxford University Press, 2008.

HO, Lai Hock. The Presumption of Innocence as a Human Right. In: ROBERTS, Paul; HUNTER, Jill. *Criminal Evidence and Human Rights: Reimagining Common Law Procedural Traditions*. Oxford: Hart Publishing, p. 259-281, 2012.

HUGHES, Emily. Innocence Unmodified. *North Carolina Law Review*, p. 1083-1124, 2011. <http://scholarship.law.unc.edu/nclr/vol89/iss4/2>

JACKSON, John; SUMMERS, Sarah. *The Internalisation of Criminal Evidence. Beyond the Common Law and Crivil Law Tradition*. Cambridge: Cambridge University Press, 2012.

JONES, Cynthia. A reason to doubt: The supression of evidence and the inference of innocence. *Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 100, p. 415-474, 2010. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol100/iss2/3>

KITAI, Rinat. Protecting the guilty. *Buffalo Criminal Law Review*, p. 1163-1187, 2003. <https://doi.org/10.1525/nclr.2003.6.2.1163>

LAFAVE, Wayne; Israel, Jerold; King, Nancy; Kerr, Orin. *Principles of Criminal Procedure: Post-Investigation*, St. Pauls: West, 2009.

LARKIN, Paul & STIMSON, Charles, Remedying Criminal Trial Errors: Retrial or Acquittal in Smith v. United States? *Federalist Society Review*, Vol. 24, p. 28-53, 2023. Disponible en: < [Disponible en: < https://fedsoc.org/fedsoc-review/remedying-criminal-trial-errors-retrial-or-acquittal-in-smith-v-united-states >](https://fedsoc.org/fedsoc-review/remedying-criminal-trial-errors-retrial-or-acquittal-in-smith-v-united-states) .

MAIER, Julio. *Derecho procesal penal. Fundamentos. Tomo I*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2004.

MAIER, Julio. *Derecho Procesal Penal. Parte General Tomo III*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 2013.

MEDWED, Daniel. Innocentrism. *University of Illinois Law Review*. Nro. 5, p. 1549-1572, 2008. Disponible en: <<https://illinoislawreview.org/print/volume-2008-issue-5/innocentrism/>>.

MEYERSON, Denise. The Moral Justification for the Right to Make Full Answer and Defence. *Oxford Journal of Legal Studies*. Vol. 35, p. 237-265, 2015. <https://doi.org/10.1093/ojls/gqu024>

MOSTELLER, Robert. Why Defense Attorneys Cannot, but Do, Care About Innocence. *Santa Clara Law Review*. Vol. 50, p. 1-78, 2010. <https://ssrn.com/abstract=1381003>

MOSTELLER, Robert. Failures of the American Adversarial Systema to Protect the Innocent and Conceptual Advantages in the Inquisitorial Design for Investigative Fairnes. *North Carolina Journal of International Law*, p. 320-364, 2011. <https://ssrn.com/abstract=1523431>

PACKER, Herbert. *The Limits of the Criminal Sanction*. Stanford: Stanford University Press, 1968.

PASTOR, Daniel. *La Nueva Imagen de la Casación Penal*. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2001.

PASTOR, Daniel. La casación española y la sentencia integradora compleja. Un caso inteligente de superación de los límites tradicionales del recurso. *LA LEY. Revista Jurídica Argentina -C - Supl. Penal*, p. 50-55, 2004.

PASTOR, Daniel. *Tendencias: hacia una aplicación más imparcial del derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 2012.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Problemas y perspectivas de las teorías expresivas de la pena. Una justificación deontológica de la pena como institución. *Indret. Revista para el análisis del derecho*, p. 1-43, 2014. Disponible en: <<https://indret.com/problemas-y-perspectivas-de-las-teorias-expresivas-de-la-pena/>>.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel. Prueba legítima y verdad en el proceso penal I: la independencia metafísica de la verdad. *Isonomía. Núm. 52*, p. 5-29, 2020. <https://doi.org/10.5347/isonomia.v0i52.173>.

PÉREZ BARBERÁ, Gabriel, Recursos. In MAIER, Julio, PASTOR, Daniel, PÉREZ BARBERÁ, Gabriel & SARRABAYROUSE, Eugenio, *Derecho Procesal Penal*. T. IV. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2023.

PIZZI, William, *Trials without Truth: Why Our System of criminal trials has become an expensive failure and what we need to rebuild it*, New York: N.Y. Univ. Press, 1999.

RAWLS, John. *Teoría de la Justicia. Segunda edición*. México: Fondo de Cultura Económica, 1995.

RAYMOND, Margaret. The Problem with Innocence. *Cleveland State Law Review*. Vol. 49, p. 449-463, 2001. <https://engagedscholarship.csuohio.edu/clevstlrev/vol49/iss3/10>

RESNICK, David. Due Process and Procedural Justice. *Nomos. Vol. 18 DUE PROCESS*, p. 206-228, 1977. <https://doi.org/10.18574/nyu/9780814768884.003.0012>

RISINGER, Michael. Unsafe Verdicts: The Need for Reformed Standards for the Trial and Review of Factual Innocence Claims. *Houston Law Review*. Vol. 41, p. 1281-1336, 2004. <https://ssrn.com/abstract=610665>

RISINGER, Michael; RISINGER, Lesley. Innocence is Different: Taking Innocence into Account in Reforming Criminal Procedure. *New York Law School Review*, p. 869-908, 2012. <https://ssrn.com/abstract=1783941>

ROACH, Kent. Wrongful Convictions: Adversarial and Inquisitorial Themes. *North Carolina Journal of International Law and Commercial Regulation*. Vol. 35, p. 388-446, 2010. <https://ssrn.com/abstract=1619124>

ROSLER, Andrés. Si Ud. quiere una garantía, compre una tostadora. *En Letra: Derecho penal. Año III, número 5*, p. 62-102, 2017.

SARRABAYROUSE, Eugenio. La evolución hitórica del principio “in dubio pro reo” en Alemania. Consecuencias para la determinación de su ámbito de aplicación. In LASCANO, Carlos (Dir.), *Nuevas formulaciones en las ciencias penales. Homenaje a Claus Roxin*. Córdoba: Lerner, p. 823-854, 2001.

SARRABAYROUSE, Eugenio. La duda en el proceso y en el derecho penal. In LEDESMA, Ángela, *El debido proceso penal*, Vol 6. Buenos Aires: Hammurabi, p. 21-66, 2020.

STEIKER, Carol; STEIKER, Jordan. The Seduction of Innocence: The Attraction and Limitations of the Focus on Innocence in Capital Punishment Law and Advocacy. *Journal of Criminal Law & Criminology*. Vol. 95, p. 587-624, 2005. <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/jclc/vol95/iss2/7>

STUNTZ, William. The Uneasy relationship Between Criminal Procedure y Criminal Justice. *The Yale Law Journal*, p. 6-76, 1997. <https://doi.org/10.2307/797276>

THOMAS III, George. *The Supreme Court On Trial: How American Justice System Sacrifices Innocent Defendants*. Michigan: University of Michigan Press, 2008.

ULVÄNG, Magnus. Criminal and Procedural Fairness: Some Challenges to the Presumption of Innocence. *Criminal Law and Philosophy*. Vol. 8 (2), p. 469-484, 2014. <https://doi.org/10.1007/s11572-013-9259-0>

VARGAS, Nicolás. *Ne bis in idem y juicio de reenvío*. Buenos Aires: Didot, 2023.

VELEDA, Diana. Sobre a possível (in)variabilidade do estandar de prova penal. Consequencias de uma aproximação nao puramente utilitarista. In: VAZQUEZ, Carmen; DE PAULA RAMOS, Vitor. *Debatendo com Ferrer. Standars de prova e subjetivismo em xeque*. Londrina: Thoth, 2023.

ZALMAN, Marvin. An Integrated Model of Wrongful Conviction. *Albany Law Review*. Vol. 74, p. 101-160, 2011. <https://ssrn.com/abstract=2899488>

ZALMAN, Marvin & GRUNEWALD, Ralph, Reinventing the Trial: The Innocence Revolution and Proposals to Modify the American Criminal Trial, *Tex. A&M L. Rev.*, Vol. 3, p. 189-259, 2015. <https://doi.org/10.37419/LR.V3.I2.2>

ZIFFER, Patricia. El derecho al recurso y los límites del juicio de reenvío. In: BERTOLINO, Pedro. *Estudios en homenaje al Dr. Francisco J. Dalbora* Buenos Aires: Lexis Nexis, p. 501-522, 2005.

Authorship information

Ernesto Matías Díaz. Abogado (Universidad Nacional de Córdoba), especialista en Derecho Penal (Universidad de Buenos Aires) y doctor en Derecho (Universidad de Buenos Aires). Docente de grado y de posgrado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Dirección de contacto: ernestodiaz@derecho.uba.ar

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Agradezco a Nicolás Escandar, Pablo Larsen, Santiago López, Diana Veleda y Agustín Varela por la lectura de un borrador previo y, fundamentalmente, por sus comentarios. Cabe agradecer a los participantes del seminario de la cátedra del profesor Dr. Daniel Pastor en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, por la discusión de este trabajo y las críticas recibidas. Doy muchas gracias también a Martín Vázquez por toda la colaboración brindada y sus *útiles* sugerencias. Finalmente, agradezco a las personas que de forma anónima evaluaron el texto para su publicación.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 25/07/2024
- Desk review and plagiarism check: 28/07/2024
- Review 1: 29/07/2024
- Review 2: 09/08/2024
- Preliminary editorial decision: 05/09/2024
- Correction round return: 18/09/2024
- Final editorial decision: 29/09/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

DÍAZ, Ernesto Matías. En busca del reenvío perdido: Un análisis crítico de la solución prevista para la impugnación de la sentencia condenatoria en el Código Procesal Penal Federal de la República Argentina. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1082, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1082>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Teoria da Prova Penal


Criminal evidence theory


A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Uma análise do conceito, das características e das peculiaridades das provas digitais

Does obtaining digital evidence in criminal proceedings require its own legal discipline? An analysis of the concept, characteristics and peculiarities of digital evidence

Marta Saad¹


Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil
martasaad@usp.br


 <http://lattes.cnpq.br/3199855414351538>

 <http://orcid.org/0000-0001-5363-390X>

Helena Costa Rossi²


Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil
helena.rossi@usp.br


 <http://lattes.cnpq.br/6022530640899053>

 <https://orcid.org/0009-0004-3436-9807>

Pedro Henrique Partata³

Universidade de São Paulo – São Paulo/SP, Brasil
pedro.mortoza@usp.br

 <http://lattes.cnpq.br/9431614773439500>

 <https://orcid.org/0009-0008-1318-8950>

-
- ¹ Professora Doutora de Direito Processual Penal da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, nos cursos de graduação e pós-graduação. Doutora (2007) e Mestre (2002) em Direito Processual Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. Conselheira do InternetLab. Coordenadora adjunta da ESEM – Escola de Segurança Multidimensional, da USP. Ex-Presidente e ex-Conselheira do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM). Ex-Presidente da Rede Ibero Americana de Advocacia Criminal. Advogada.
 - ² Graduada em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e mestranda em Direito Processual Penal no Programa de Pós-Graduação da mesma instituição, vinculada ao Departamento de Direito Processual. Advogada.
 - ³ Graduado em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo e mestrando em Direito Processual Penal no Programa de Pós-Graduação da mesma instituição, vinculado ao Departamento de Direito Processual. Advogado.

RESUMO: O presente artigo analisa o tema das provas digitais, e objetiva responder à pergunta: a obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Mediante estudo bibliográfico e legislativo, o artigo busca responder à pergunta analisando, em particular, as características distintivas das provas digitais, os principais direitos fundamentais afetados pelas medidas de obtenção dessas provas, e duas formas de obtenção de dados digitais específicas, a saber, a busca e a apreensão de dispositivos informáticos e o acesso oculto e remoto mediante *hacking* governamental e uso de *malware*. Ao fim, conclui-se que a legislação deve prever requisitos mínimos para a obtenção de provas digitais, a balizar as decisões judiciais que autorizam o emprego dos meios de obtenção dessas provas, ou seja, responde-se à pergunta positivamente: a obtenção de provas digitais demanda uma disciplina jurídica própria no processo penal brasileiro.

PALAVRAS-CHAVE: Prova digital; direitos fundamentais; disciplina legal; formas de obtenção de dados digitais.

ABSTRACT: *This article analyzes the theme of digital evidence, and aims to answer the question: does obtaining digital evidence in Brazilian criminal proceedings require its own legal discipline? Through bibliographic and legislative study, the article seeks to answer the question by analyzing, in particular, the distinctive characteristics of digital evidence, the fundamental rights affected by measures to obtain this evidence, and two ways of obtaining specific digital data, namely, the search and seizure of computer devices and hidden and remote access through government hacking and malware. In the end, it is concluded that the legislation must provide minimum requirements for obtaining digital evidence, to guide judicial decisions that authorize the means of obtaining this evidence, that is, the question is answered positively: digital evidence does require a legal discipline of its own in Brazilian criminal proceedings.*

KEYWORDS: *Digital evidence; fundamental rights; legal discipline; ways of obtaining digital data.*

SUMÁRIO: Introdução; 1. O que são provas digitais; 2. Quais direitos fundamentais são afetados na obtenção de provas digitais; 2.1. Inviolabilidade da intimidade e vida privada; 2.2. Inviolabilidade do domicílio; 2.3. Inviolabilidade dos sigilos de correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefôni-

cas; 2.4. Autodeterminação informativa e inviolabilidade dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais; 2.5. Integridade e confiabilidade dos sistemas informáticos; 3. Como as provas digitais podem ser obtidas; 3.1. Apreensão do suporte físico; 3.2. Acesso oculto e remoto; 4. Problematização; Considerações finais; Referências.

INTRODUÇÃO

O presente artigo científico pretende analisar o tema das provas digitais no âmbito do processo penal, e objetiva responder à seguinte pergunta: a obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria?

Para responder a questão, em primeiro lugar, o artigo analisa o que são as provas digitais, objetivando atingir maior clareza terminológica sobre as principais questões atinentes às provas digitais, com especial atenção às características que marcam essa espécie de prova e as diferenciam daquelas classificadas como analógicas.

Em segundo lugar, o estudo analisa os principais direitos fundamentais afetados a partir do acesso a dados digitais, destacando-se as garantias expressamente positivadas pelo texto constitucional – como as inviolabilidades da intimidade, da vida privada, do domicílio e dos sigilos das diversas formas de comunicação, bem como a autodeterminação informativa –, e outras decorrentes do princípios constitucionais e do Direito Internacional dos Direitos Humanos, como a integridade e a confiabilidade dos sistemas informáticos.

Em terceiro lugar, o estudo analisa duas das principais formas de obtenção de dados digitais no âmbito do processo penal: a primeira, que pressupõe a apreensão do suporte físico no qual as informações estão armazenadas; e a segunda, que permite o acesso aos dados de forma remota e oculta (destacando-se as práticas de *hacking* governamental e utilização de *malware*). Neste ponto, serão discutidos, em termos práticos, as especificidades de cada uma dessas formas de acesso, bem como serão apontados os indicadores da insuficiência normativa da legislação brasileira para regulamentar a execução desses meios de obtenção de prova.

Finalmente, o estudo desenvolvido no artigo permite responder à pergunta originalmente formulada no sentido de que a obtenção de provas digitais no processo penal exige disciplina jurídica própria, que preveja hipóteses, requisitos e procedimentos particulares.

A presente análise foi baseada em estudo bibliográfico, amparado em artigos científicos e na doutrina especializada, assim como na revisão das disposições legais existentes no ordenamento jurídico brasileiro atual. Para responder à pergunta formulada e atingir o objetivo central do presente artigo foram instrumentais, portanto, a abordagem crítica da doutrina pertinente ao tema e dos marcos normativos vigentes, subsumindo-se as situações concretas das diferentes formas de obtenção das provas digitais ao direito posto, destacando-se os principais impasses e as possíveis formas de resolução condicionadas à legalidade.

1. O QUE SÃO PROVAS DIGITAIS?

Define-se prova digital, ou *digital evidence*, como “os dados em forma digital (no sistema binário) constantes de um suporte eletrônico ou transmitidos em rede de comunicação, os quais contêm a representação de fatos ou ideias”.⁴ A definição, como proposta, designa *fonte de prova*,⁵ isto é, “pessoas ou coisas das quais pode-se conseguir a prova (*rectius*, o elemento de prova)”.⁶ Todavia, não é incomum que a expressão também seja utilizada para designar *elemento de prova*, ou seja, os “dados objetivos que confirmam ou negam uma asserção a respeito de um fato que interessa à decisão da causa”.⁷

⁴ VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Tese (Doutorado em 2012) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012, p. 63.

⁵ *Idem, ibidem*, p. 63.

⁶ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Notas sobre a terminologia da prova* (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; DE MORAES, Zanoide (Coords.), *Estudos em homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005, p. 308.

⁷ *Idem, ibidem*, p. 307.

O atributo “digital” não decorre da simples utilização de dispositivo informático no encaminhamento ou na produção do elemento de prova. Do contrário, quaisquer documentos poderiam ser classificados como provas digitais. Essa qualificação é relativa apenas ao próprio arquivo informático, pois liga diretamente o conteúdo da informação (que importa à persecução penal) à manipulação eletrônica de números. A capacidade representativa de fatos ou ideias vincula-se, portanto, a um processo interpretativo, que atribui um sentido humanamente compreensível a uma linguagem não natural.⁸

A prova digital, contrapondo-se às provas ditas *analógicas*, é marcada por características distintivas.⁹ A *imaterialidade*, por exemplo, diz respeito à “natureza impalpável” da prova, pois os dados em formato digital não são nada além de impulsos de corrente elétrica,¹⁰ aos quais se atribui um sentido informacional após um processo de interpretação de uma linguagem não natural.¹¹ Por ser imaterial, aponta-se também a *volatilidade* como característica: os dados digitais são frágeis e podem sofrer variações (propositais ou involuntárias), bastando, para tanto, a simples modificação da sequência numérica que os compõe.¹²

As provas digitais também apresentam integral *desprendimento do suporte físico* onde estão registradas, de modo que as informações produzidas e/ou armazenadas podem ser transferidas para outros dispositivos ou formas de armazenamento sem perder sua essência.¹³ Esta característica liga-se diretamente com a *suscetibilidade de clonagem*, o que

⁸ BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 343, jun. 2021, p. 7.

⁹ VAZ, Denise. *Op. cit.*, p. 67 a 70 (nota 4). Em regra, aponta-se como características a imaterialidade, a volatilidade, o desprendimento do suporte físico, a suscetibilidade de clonagem e a necessidade de intermediação. Todavia, outros autores apontam características adicionais. Marcello Daniele menciona a dispersão, a promiscuidade e a modificabilidade, dentre outras. DANIELE, Marcello. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 66, n. 2, 2011, p. 283 a 298.

¹⁰ VAZ, Denise. *Op. cit.*, p. 68 (nota 4).

¹¹ BADARÓ, Gustavo. *Op. cit.*, p. 7 (nota 8).

¹² *Idem, ibidem*, p. 7.

¹³ VAZ, *Op. cit.*, p. 148 (nota 4).

significa dizer que estes dados permitem a realização de cópias – fiéis, idênticas e infinitas – dos arquivos digitais,¹⁴ desde que se promova o espelhamento dos elementos coletados. Por fim, aponta-se a *necessidade de intermediação*¹⁵ de equipamento: como o dado digital é uma simples sequência numérica que, isoladamente, pouco significa para o ser humano, torna-se necessário o uso de equipamentos que processem essas informações e as disponibilizem em linguagem natural, compreensível ao ser humano.¹⁶

Em razão dessas características típicas, a utilização das provas digitais na persecução penal exige cuidados procedimentais com objetivo de assegurar a confiabilidade e a autenticidade dos elementos de prova.¹⁷ Afinal, se o processo, em uma concepção racionalista,¹⁸ serve como instrumento de reconstrução histórica de um fato pretérito com objetivo de atingir uma resposta judicial que se aproxime, na maior medida possível, à verdade, os elementos de prova devem ser autênticos e confiáveis. Assim, importa estabelecer rigorosos critérios de cadeia de custódia da prova digital, eis que as suas características distintivas informam que são vulneráveis a erros (conscientes ou não) e exigem, via de regra, intervenção técnica para a sua coleta.¹⁹

¹⁴ *Idem, ibidem*, p. 69.

¹⁵ *Idem, ibidem*, p. 69 e 70.

¹⁶ BADARÓ, Gustavo. *Op. cit.*, p. 7 (nota 8).

¹⁷ Especificamente sobre a cadeia de custódia das provas digitais, cf.: BADARÓ MASSENA, Caio. A propósito da cadeia de custódia das provas digitais no processo penal: breves notas sobre lógica da desconfiança, assimetria informacional e direito de defesa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 31, n. 368, 2023. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/506>. Acesso em: 17 jun. 2024.

¹⁸ Ferrer-Beltrán afirma que “há uma relação teleológica entre prova e verdade, de modo que a verdade se configura como objetivo institucional a ser alcançado mediante a prova no processo judicial”. FERRER-BELTRÁN, Jordi. Prova sem convicção: standards de prova e devido processo. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: JusPodivm, , 2022, p. 22.

¹⁹ BADARÓ MASSENA, Caio. *Op. cit.*, p. 19 (nota 17).

2. QUAIS DIREITOS FUNDAMENTAIS SÃO AFETADOS NA OBTENÇÃO DE PROVAS DIGITAIS?

A obtenção de provas digitais tensiona uma série de direitos fundamentais²⁰ positivados no texto constitucional e outros decorrentes dos princípios constitucionais e do direito internacional dos direitos humanos, como os analisados a seguir.

Antes, convém destacar que a afetação a direitos fundamentais não é exclusividade das provas digitais. As ditas provas analógicas também afetam uma série de direitos e garantias. Com a realização de uma busca domiciliar, por exemplo, para viabilizar a apreensão de um contrato simulado, a intimidade do investigado é inegavelmente restringida. No entanto, considerando-se os avanços tecnológicos das últimas três décadas e a popularização das novas tecnologias, uma série de problemas jurídicos relativos ao uso dos dados e metadados produzidos durante utilização de aparelhos eletrônicos surgiu.

Hoje em dia, com a possibilidade de obtenção e monitoramento de conversas privadas travadas entre dois ou mais interlocutores, da localização (por vezes em tempo real) de usuários de determinados dispositivos ou aplicativos, dos padrões de comportamento e de consumo, dentre outras informações potencialmente dotadas de relevância social e interesse econômico, a afetação a aspectos sensíveis da dignidade humana, como a privacidade e a intimidade, além da própria proteção de dados, aumentou exponencialmente, gerando a necessidade de tutela e alguma espécie de regulamentação jurídica.

Em síntese, em razão da massiva quantidade de informações produzidas e armazenadas em dispositivos eletrônicos, o potencial de afetação aos direitos fundamentais exacerbou-se. Esse contexto colocou em xeque a suficiência do arcabouço legislativo e da interpretação jurisprudencial para fazer frente às novas demandas, em nível nacional

²⁰ Joaquín Delgado Martín, por exemplo, destaca a intimidade pessoal, o segredo das comunicações, o direito à autodeterminação informativa, bem como a inviolabilidade do domicílio e o direito à imagem. DELGADO MARTÍN, Joaquín. La prueba digital. Concepto, clases, aportación al proceso y valoración. *Diario La Ley*, n. 6, Sección Ciberderecho, abr. 2017.

e internacional, a partir da análise dos direitos fundamentais atingidos mediante a obtenção de provas digitais.

2.1. INVIOABILIDADE DA INTIMIDADE E VIDA PRIVADA

Nos termos do artigo 5º, X, da Constituição da República, são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O direito à vida privada também está previsto nas convenções internacionais de direitos humanos, como a Convenção Americana de Direitos Humanos (artigo 11.2)²¹, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos (17.1)²² e a Convenção Europeia de Direitos Humanos (artigo 8º).²³ Vale lembrar que todas elas garantem a proteção da lei contra ingerências a tal direito.²⁴

Segundo José Afonso da Silva, o direito consagrado no texto constitucional abarca todas as manifestações da esfera íntima, privada e da personalidade, razão pela qual a privacidade pode ser entendida como o conjunto de informações que o indivíduo mantém sob seu controle, podendo decidir se as comunicará a terceiros e em quais condições.²⁵

A conceituação do direito à privacidade (entendido em seus âmbitos mais ou menos reservados, da intimidade à vida privada), como

²¹ Artigo 11. Proteção da honra e da dignidade 2. Ninguém pode ser objeto de ingerências arbitrárias ou abusivas em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais à sua honra ou reputação.

²² Artigo 17.1. Ninguém poderá ser objeto de ingerências arbitrárias ou ilegais em sua vida privada, em sua família, em seu domicílio ou em sua correspondência, nem de ofensas ilegais às suas honra e reputação.

²³ Artigo 8º 1. Qualquer pessoa tem direito ao respeito da sua vida privada e familiar, do seu domicílio e da sua correspondência.

²⁴ Convenção Americana de Direitos Humanos: “Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas.” (11.3); Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos: “Toda pessoa terá direito à proteção da lei contra essas ingerências ou ofensas.” (17.2) e Convenção Europeia de Direitos Humanos: “Não pode haver ingerência da autoridade pública no exercício deste direito senão quando esta ingerência estiver prevista na lei (...)” (8.2).

²⁵ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*, 11ª ed. São Paulo, Malheiros, 1996, p. 202.

faculdade de impedir com que terceiros tenham acesso a esferas de exclusividade do particular,²⁶ dialoga com o que a doutrina brasileira identifica como a origem histórica do direito à privacidade.²⁷ Especificamente, remonta à publicação, em 1890, do artigo *The right to privacy* na *Harvard Law Review*, em que os autores Samuel Warren e Louis Brandeis buscaram compreender os limites para a exposição da imagem das pessoas na imprensa. Os autores concluíram que essa proteção dizia menos respeito à propriedade e mais à inviolabilidade da personalidade, conceituando a privacidade como o “direito de ser deixado só”.²⁸

Sob essa perspectiva, o direito à privacidade assume um aspecto de liberdade negativa, que é própria do particular, e pode ser imposta a terceiros. O intenso fluxo de dados digitais, porém, reclama atualização dessa perspectiva para que o direito continue a proteger o indivíduo em toda a extensão de sua personalidade, que hoje existe também no mundo digital.

Assim, a doutrina atualizada entende que o direito à privacidade deve assumir uma perspectiva mais relacional e positiva, no sentido de exigir-se do Estado prestações positivas para a proteção do direito e para garantia do controle pessoal das próprias informações.²⁹ Nesse sentido, o direito à privacidade passa a relacionar-se com os demais direitos que asseguram a proteção aos dados pessoais no ordenamento jurídico, deles não podendo se dissociar.

²⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 88, jan./dez. 1993, p. 439-459.

²⁷ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011 e GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1983.

²⁸ WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, pp. 193-220, 1890.

²⁹ DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011 e GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, v. 156, jun. 2019, p. 353 a 393.

Assim, ainda que não haja previsão expressa nesse sentido no artigo 5º, X, da Constituição da República, a limitação desse direito fundamental deve rigorosamente estar prevista em lei, o que é reforçado pelo inciso LXXIX do mesmo artigo 5º, inserido ao rol de direitos fundamentais pela Emenda Constitucional n.º 115/2022, como tratado a seguir, uma vez que a privacidade, como não poderia deixar de ser, dialoga hoje com a proteção mais ampla conferida aos dados pessoais.

2.2. INVOLABILIDADE DO DOMICÍLIO

A Constituição, em seu artigo 5º, inciso XI, determina que a casa é asilo inviolável do indivíduo. O domicílio delimita um espaço físico em que o indivíduo desfruta da sua privacidade em suas várias expressões, onde não deve sofrer a intromissão de terceiros.³⁰

A busca domiciliar e, eventualmente, a busca pessoal restringem esse direito.

Cleunice Pitombo ensina que a restrição dos direitos afetados pelas buscas e apreensões apenas se justifica pela “necessidade e imprescindibilidade da perquirição criminal”, sendo indispensável, para que seja válida e eficaz, “a reta observância dos requisitos e dos limites legais” a fim de evitar buscas infundadas e exploratórias. Assim, a autora conclui que melhor seria que, além das modalidades conhecidas, fossem disciplinadas “outras formas de busca diminuindo o abuso e arbítrio, na persecução penal”.³¹

Em diálogo com o tema dos dados digitais, convém ponderar que a tecnologia permite o armazenamento de dados em uma proporção inigualável às coisas de existência material, que podem ser obtidas em medidas de busca e apreensão de objetos materiais.

Uma vez que as normas que disciplinam as buscas domiciliares (artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal) são baseadas no mundo de existência física e material, cujo grau de invasividade entendemos

³⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Editora Saraiva, 2011, p. 289.

³¹ PITOMBO, Cleunice. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 125.

ser significativamente menor, a equiparação do acesso a dados digitais com uma busca domiciliar é imprópria e insuficiente, e dá ensejo à relativização inadequada e desproporcional de direitos,³² desrespeitando a singularidade que deveria ser exigida no caso.

2.3. INVIOABILIDADE DO SIGILO DAS COMUNICAÇÕES

O artigo 5º, XII, da Constituição da República, prevê que é inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

A Lei n.º 9.296/1996 regulamentou a questão, dispondo sobre os requisitos para execução das interceptações telefônicas e telemáticas. Segundo o seu artigo 2º da referida Lei, a interceptação só poderá ocorrer quando houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal (inciso I), a prova não puder ser feita por outros meios disponíveis (inciso II) e o fato investigado constituir infração penal punida com pena de reclusão (inciso III). A medida deverá ser autorizada de forma fundamentada, não podendo exceder o prazo de quinze dias, renováveis uma vez comprovada a sua indispensabilidade (artigo 5º).

A edição da Lei de Interceptações foi fruto de entendimento jurisprudencial firmado no *Habeas Corpus* nº 69.912/RS, no sentido de que o Código de Telecomunicações não previa as hipóteses e a forma capazes de legitimar a exceção à inviolabilidade das comunicações prevista no inciso XII do artigo 5º da Constituição da República, não possuindo “densidade normativa suficiente”³³ e não suprindo exigência de lei específica.

³² ZILLI, Marcos. A prisão em flagrante e o acesso de dados em dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade. In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*, São Paulo: InternetLab, v. 1, 2018, p. 88.

³³ SIDI, Ricardo. *A interceptação das comunicações telemáticas no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016, p. 230-231.

Com relação à interceptação das comunicações telemáticas, há, portanto, regramento a estabelecer minimamente os parâmetros para a execução desse meio de obtenção de prova.

Com relação às comunicações armazenadas em caixas de correio eletrônico ou aplicativos de mensagem instantânea, todavia, há divergência doutrinária acerca da proteção conferida a esses dados.³⁴ Isso porque, com o avanço das tecnologias, torna-se virtualmente impossível a distinção entre o momento de fluxo de uma comunicação e o momento de seu armazenamento.³⁵

Assim, ainda que se admita que o direito à inviolabilidade do sigilo das comunicações esteja suficientemente regulado em lei, há uma parcela das comunicações humanas, aquelas já armazenadas, que constituem dados digitais sensíveis, hoje desprotegidos por lei infraconstitucional e sujeitos a acessos desmedidos em razão da falta de limites legais específicos e próprios.³⁶

³⁴ QUITO, Carina. As quebras de sigilo telemático no processo penal e o paradoxo do acesso irrestrito às comunicações armazenadas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovani dos Santos (Coord.). *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

³⁵ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O alcance da proteção do sigilo das comunicações no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*, São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021, p. 97-105.

³⁶ Acerca do tema, argumentando pela necessidade de atualização da proteção conferida às comunicações armazenadas, assim como por um maior rigor nas disposições legais destinadas a regulamentar as intervenções mais graves em direitos fundamentais, ver: MENDES, Gilmar Ferreira; PINHEIRO, Jurandi Borges. Interceptações e privacidade: novas tecnologias e a Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*, São Paulo: Saraiva, v. 1, 2015; BADARÓ, Gustavo Henrique. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*, São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021 e MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Uso de softwares espíões pela polícia: prática legal?* Jota, publicado em 04/06/2015, atualizado em 07/06/2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espioes-pela-policia-pratica-legal-04062015>>. Acesso em: 26 fev. 2023.

2.4. AUTODETERMINAÇÃO INFORMATIVA E INVIOLABILIDADE DOS DADOS PESSOAIS, INCLUSIVE NOS MEIOS DIGITAIS

O direito à autodeterminação informativa tem origem na doutrina e na jurisprudência alemãs.³⁷ Embora o desenvolvimento conceitual do mencionado direito fundamental tenha ocorrido de forma gradual, o caso concreto submetido ao Tribunal Constitucional Alemão (*Bundesgerichtshof*, ou *BVerfG*)³⁸ que motivou o reconhecimento expresso da autodeterminação informativa envolvia uma lei, promulgada em 1982, que previa a realização de um censo populacional no ano seguinte.³⁹ Tal dispositivo teve sua constitucionalidade questionada perante a Suprema Corte, que reconheceu a constitucionalidade parcial da norma, declarando a inconstitucionalidade de algumas disposições.⁴⁰

Naquela oportunidade, o *BVerfG* reconheceu que, “tendo em vista as condições do moderno processamento de dados, a proteção do indivíduo contra levantamento, armazenagem, uso e transmissão irrestritos de seus dados pessoais é abrangida pelo direito geral da personalidade”.⁴¹ Especificamente sobre o conteúdo do direito fundamental, o Tribunal estabeleceu que a autodeterminação informativa “garante o poder do indivíduo de decidir ele mesmo, em princípio, sobre a exibição e o uso de seus dados pessoais”.⁴²

Considerando-se que a autodeterminação informativa está diretamente vinculada à sistemática de proteção conferida à privacidade e aos dados pessoais, pode-se dizer que esse direito fundamental encontra

³⁷ MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, out./dez. 2020, p. 10 a 13.

³⁸ O precedente é mencionado na doutrina e na jurisprudência alemãs como “BVerfGE 65, 1 (Volkszählung)”.

³⁹ MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005, p. 233 e 234.

⁴⁰ *Idem, ibidem*, p. 234.

⁴¹ *Idem, ibidem*, p. 234.

⁴² *Idem, ibidem*, p. 234.

guardada constitucional decorrente do regime e dos princípios adotados pela Constituição da República.⁴³

Esse direito fundamental encontra ainda relação direta com a própria dignidade da pessoa humana, em sua dimensão de autodeterminação individual e decorre da indissociável necessidade de proteção do indivíduo ante à sua contínua exposição aos riscos de comprometimento da sua autodeterminação informacional em um contexto de processamento massivo de dados pessoais em meios digitais.

A propósito, os dados pessoais correspondem a toda informação relacionada a uma pessoa identificada ou identificável, incluindo nome, sobrenome, endereço, estado civil, filiação, endereços IP, dados de localização, informações de navegação e pesquisa na internet, histórico de compras, de interações em redes sociais, entre outras.⁴⁴

Nos termos da Lei Geral de Proteção de Dados (nº 13.709/2018), dado pessoal é toda “informação relacionada a pessoa natural identificada ou identificável” (artigo 5º, I). Adota-se concepção ampla sobre o conceito, que inclui as informações que permitem a associação direta com a pessoa e aquelas que permitem a sua identificação mediante processos de cruzamento de dados, desde que esse procedimento ocorra dentro de parâmetros de razoabilidade.⁴⁵

A possibilidade de acesso a dados digitais de diversas naturezas, somada ao seu cruzamento massivo, levou ao gradual reconhecimento de que os dados pessoais merecem proteção constitucional específica, o que ocorreu em 2022 com a inclusão do inciso LXXIX ao rol de direitos fundamentais do artigo 5º da Constituição da República, o qual assegura o direito à proteção dos dados pessoais, inclusive nos meios digitais, nos termos da lei, sendo certo que ainda não há, no ordenamento jurídico

⁴³ Confira-se: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 6393/DF. Relatora: Min. Rosa Weber. Brasília, 07 de maio de 2020. Disponível em: <https://encurtador.com.br/qyHW3>. Acesso em: 07 dez. 2023.

⁴⁴ PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: Comentários à Lei n. 13.709/2018 - LGPD*. Editora Saraiva, 2020, p. 25 e 26.

⁴⁵ BIONI, Bruno. *Xequemate: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015, p. 17, 27 e 31.

brasileiro, lei geral de proteção de dados para tratamento de dados para fins de segurança pública e investigação criminal

2.5. INTEGRIDADE E CONFIABILIDADE DOS SISTEMAS INFORMÁTICOS

O direito fundamental à confiabilidade e integridade dos sistemas informáticos também tem origem germânica.⁴⁶ O seu surgimento e reconhecimento expresso está diretamente relacionado com a implementação de novos métodos ocultos de investigação: de forma resumida, o caso que culminou no reconhecimento deste direito fundamental pelo *BVerfG* versava sobre a edição de uma lei que previa a possibilidade de infiltração em dispositivos informáticos, aproveitando-se de vulnerabilidades, para obtenção de elementos informativos que pudessem subsidiar a atuação dos órgãos de inteligência estatal.⁴⁷

Em 2008, a inconstitucionalidade da norma foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional. Naquela oportunidade, também a partir do direito geral de personalidade, a Corte reconheceu o direito fundamental à garantia da confiabilidade e integridade de sistemas informáticos, por considerar que o direito à autodeterminação informativa não seria suficientemente protetivo aos cidadãos.⁴⁸

Gleizer, Montenegro e Viana lecionam que esse direito assegura que “o indivíduo precisa ter uma mínima confiança de que o Estado não pode, na ausência de base legal e de certos pressupostos, monitorá-los e acessá-los arbitrariamente”. Ou seja, ao passo que o direito à autodeterminação informativa protege os dados em si, isto é, as próprias informações, o direito à integridade e confiabilidade protege os dispositivos utilizados rotineiramente pelos cidadãos de ingerências estatais sem base legal.⁴⁹

⁴⁶ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. *A infiltração online no processo penal: notícia sobre a experiência alemã*. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 3, 2019, p. 1.488. Disponível em: <<https://revista.ibraspp.com.br/RB-DPP/article/view/278>>. Acesso em: 2 mai. 2023.

⁴⁷ *Idem, ibidem*, p. 1.488.

⁴⁸ *Idem, ibidem*, p. 1.493.

⁴⁹ GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. São Paulo: Marcial Pons, 2021, p. 130-131.

O artigo 5º, §2º, da Constituição da República, prescreve que “os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte”. Trata-se de uma cláusula geral, de caráter abrangente, que permite o reconhecimento de direitos fundamentais não expressamente previstos pelo constituinte originário.⁵⁰ Por força desse dispositivo, reconhece-se a integridade e a confiabilidade dos sistemas informáticos, por sua relevância para a própria proteção de dados, como direito fundamental materialmente integrante da ordem constitucional, o qual pode vir a ser restringido em casos de obtenção de dados digitais.

3. COMO AS PROVAS DIGITAIS PODEM SER OBTIDAS?

Uma vez descritos o direitos possivelmente vulnerados em razão da utilização de provas digitais, impõe-se analisar as formas mediante as quais as provas digitais podem ser obtidas, em especial considerando-se os diversos e variados meios, como (i) interceptação telemática; (ii) coleta após apreensão do dispositivo eletrônico; (iii) requisição a terceiros, usualmente os provedores de conexão e aplicações da internet⁵¹ e (iv) instalação sub-reptícia de *softwares* espíões para acesso direto ao dispositivo eletrônico (*malware*).⁵² De maneira mais detalhada, serão

⁵⁰ PIOVESAN, Flavia. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*, 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 115.

⁵¹ Essa divisão é semelhante à divisão que propõe Orin Kerr em: KERR, Orin S. *Digital Evidence and the new Criminal Procedure*. *Columbia Law Review*. v. 105, 2005, p. 279-318. Disponível em: https://www.jstor.org/stable/4099310?read-now=1&seq=15#page_scan_tab_contents. Acesso em: 23 abr. 2023.

⁵² Maria Thereza Rocha de Assis e Daniel Marchionatti também indicam como formas de acesso a dados digitais a interceptação telemática e a requisição de informações a terceiros, acrescentando a busca e apreensão on-line, o mandado de busca reversa e o *roving bug* (espécie de software malicioso que permite acessar e habilitar funcionalidades como câmera e microfone). MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e BARBOSA, Daniel Marchionatti. *Dados digitais: interceptação, busca e apreensão e requisição*. In WOLKART, Erik Navarro, et al. *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: RT, 2020, p. 478.

analisadas abaixo duas das principais formas de acesso a dados digitais, a saber: a apreensão do suporte físico e o acesso oculto e remoto (mediante *hacking* governamental ou o uso do *malwares*).⁵³

3.1. APREENSÃO DO SUPORTE FÍSICO

Embora usualmente realizadas na sequência uma da outra, a busca e a apreensão são, em verdade, medidas autônomas, que podem ocorrer separadamente.⁵⁴ A busca é meio de obtenção de prova que visa à localização de pessoas ou coisas. Segundo o Código de Processo Penal, pode haver busca domiciliar e busca pessoal.⁵⁵ A apreensão, por sua vez, constitui ato de apossamento de coisas, tornando-as indisponíveis, sob custódia do Estado, enquanto importarem à persecução penal. Trata-se de medida processual complexa, podendo ser utilizada como medida cautelar ou como meio coercitivo de prova, com objetivo assecuratório.⁵⁶ Pode haver busca com apreensão; busca sem apreensão, quando a busca é mal-sucedida; e apreensão sem busca, quando o bem é entregue independentemente de apreensão.

No cotejo com o mundo digital, convém destacar que as provas digitais não são percebidas a olho nu. Assim, as buscas somente são capazes de identificar os dispositivos informáticos em seus componentes externos, como os *smartphones*, *tablets*, computadores e *hard drives*. Isso significa que a autorização para a apreensão dos dispositivos é insuficiente para que os dados neles contidos sejam acessados.⁵⁷

⁵³ A interceptação telemática não será objeto do presente estudo, porque já há ampla produção acadêmica sobre o tema. Por sua vez, a requisição a terceiros também não será analisada, porque o procedimento de requisição em si não é detalhado na Lei de Interceptações ou no Marco Civil da Internet, mas no Código de Processo Civil, que apresenta a forma mais próxima da requisição de exibição de coisa ou documento a terceiro, prevista nos artigos 380, II, e 401 a 404 do Código de Processo Civil. *Idem, ibidem*, p. 499.

⁵⁴ SMANIO, Gianluca Martins. *Vigilância policial em meio digital: entre o garantismo e a eficiência*. Curitiba: Juruá, 2022, p. 170-171.

⁵⁵ PITOMBO, Cleunice, *Op. cit.*, p. 123 (nota 30).

⁵⁶ PITOMBO, Cleunice, *Op. cit.*, p. 239 (nota 30).

⁵⁷ COSTA, Helena Regina Lobo da. LEONARDI, Maciel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, São Paulo, v. 19, n. 88, jan./fev. 2011, p. 213.

A autorização para o acesso aos dados em si deve ser fundamentada em elementos concretos que permitam concluir que (i) os vestígios digitais de um determinado crime encontram-se, de fato, em um sistema informático e (ii) que esses vestígios serão úteis e necessários para os fins da investigação. Do contrário, permitir-se-á que ocorra o levantamento de sigilos protegidos pela Constituição da República sem a devida e fundamentada autorização judicial.⁵⁸

Ocorre que a ausência de parâmetros legais claros para a coleta de dados digitais presentes nos dispositivos informáticos apreendidos resulta em autorizações judiciais genéricas para o acesso a todo e qualquer conteúdo armazenado nesses dispositivos.⁵⁹

Ricardo Gloeckner e Daniela Dora alertam que “o fato de que não há legislação específica sobre o acesso ao conteúdo do celular é diverso da afirmação de que se trata de um conteúdo de acesso ‘livre’ às autoridades públicas”⁶⁰. A justaposição de aplicativos diversos, capazes de armazenar um sem-número de dados pessoais de naturezas distintas em apenas um dispositivo eletrônico reclama, no nosso entender, não apenas autorização judicial precisa, mas sim previsão legal anterior suficiente, com a indicação em lei capaz de conferir aos magistrados parâmetros mínimos para a tomada de decisão, e aos indivíduos preceitos objetivos para a impugnação de medidas abusivas.

A aplicação direta do artigo 240 e seguintes do Código de Processo Penal, que versam sobre busca e apreensão física, para o acesso a dados em dispositivos eletrônicos implica equiparação entre coisas materiais e dados, muito embora o grau de invasividade seja significativamente maior nos meios digitais – o que aumenta o potencial de afetação a direitos fundamentais. Assim, a utilização da mesma disciplina, com o mesmo

⁵⁸ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. *Op. cit., passim* (nota 28).

⁵⁹ AZEREDO, João Fábio. *Sigilo das comunicações eletrônicas diante do Marco Civil da Internet*. In: DE LUCCA, Newton. *Direito & Internet*, v. 3, tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015, p. 222.

⁶⁰ GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. *Op. cit., passim* (nota 28).

grau de rigor, para situações que atingem a privacidade em diferentes níveis, tem como efeito a flexibilização de direitos.⁶¹

Diferentemente do mundo digital, a casa possui um espaço físico delimitado. A busca domiciliar que ali se realiza não é irrestrita e a autorização de ingresso não implica autorização para a devassa de todo o espaço.⁶² Por outro lado, o desenvolvimento das tecnologias de armazenamento de dados permite que um dispositivo eletrônico mantenha grande quantidade de dados sobre uma pessoa, que podem ultrapassar, incomparavelmente, os limites do domicílio.

Destaca-se que, no caso dos dados digitais, a prática aponta para uma *inversão* dos institutos da busca e da apreensão. Enquanto no mundo físico, geralmente, se buscam e, depois, se apreendem os elementos relevantes para a investigação, no mundo digital, o que se vê é o acesso e a coleta generalizados de todo e qualquer conteúdo presente em um dispositivo, para, somente depois, selecionarem-se aqueles relevantes para a investigação, ocorrendo verdadeira devassa, em proporções muito maiores do que as medidas executadas no mundo físico.⁶³

A elevada quantidade de dados e a expectativa de privacidade que recai sobre eles demanda, portanto, controle mais rígido para o acesso a dados digitais presentes em dispositivos eletrônicos, não sendo equiparável à mera busca e apreensão.

⁶¹ WANDERLEY, Gisela Aguiar. Privacidade e cidadania: os limites jurídicos da atividade investigativa e a legalidade do acesso policial a aparelhos celulares. In: ANTONIALLI, Dennys; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*, São Paulo: InternetLab, v. 2, 2019, p. 125-126.

⁶² ZILLI, Marcos. *Op. cit.*, p. 89 (nota 31).

⁶³ Rafael Francisco França pondera que antes da apreensão formal e exame pericial, o conteúdo de um *smartphone* permanece desconhecido, nem sempre sendo possível definir o que poderá ser acessado para análise. Ainda assim, autorizações genéricas a todo o conteúdo podem constituir verdadeiras devassas à privacidade do usuário (implicando, inclusive, restrição ao direito à não incriminação em certos casos), sendo a solução mais racional, a princípio, a indicação dos tipos de dados que podem ser idôneos e necessários para o atingimento das finalidades da persecução. FRANÇA, Rafael Francisco. *Balancing Self-Incrimination and Public Safety: A Comparative Analysis of Compelled Smartphone Unlocking in Brazilian and U.S. Legal Systems. Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, set./dez. 2023, p. 1374.

Conforme avançam as tecnologias, os operadores do direito enfrentam o desafio de encontrar o sensível equilíbrio entre o direito à privacidade e a necessidade de investigação e efetividade da segurança pública por parte do Estado, especialmente em situações em que a apreensão e consequente acesso a *smartphones* e outros dispositivos informáticos pode levar ao conhecimento de uma extensa gama de dados pessoais sensíveis do usuário.

Entendemos que essas circunstâncias sublinham a importância do devido processo e da adesão a procedimentos legais na obtenção de provas digitais, onde a autorização judicial devidamente balizada por lei serve como um mecanismo crucial para equilibrar as necessidades investigativas com a proteção de direitos fundamentais.⁶⁴

3.2. ACESSO OCULTO E REMOTO

Além da apreensão do suporte físico nos quais os dados digitais estão armazenados, a evolução tecnológica permite, hoje, o acesso e apreensão desses dados de forma oculta e remota.

Diante do fortalecimento da criminalidade organizada e do aumento da ocorrência de crimes transnacionais, é natural que o Estado, com objetivo de maximizar seu potencial de investigação, tente valer-se de novas tecnologias, cada vez mais eficientes e invasivas, para acessar dispositivos e sistemas informáticos, buscando alcançar dados e informações que possam ter utilidade para a persecução criminal.⁶⁵

Assim, tornou-se tecnologicamente viável que, de forma escamoteada, os agentes de persecução explorem vulnerabilidades dos sistemas-alvo para acessar informações, inclusive aquelas protegidas por sigilo, driblando mecanismos estabelecidos de criptografia.⁶⁶ Nesse contexto, duas medidas para obtenção de dados podem ser destacadas: o *hacking* estatal e a infiltração por *malware*⁶⁷.

⁶⁴ *Idem, ibidem*, p. 1410-1411.

⁶⁵ SMANIO, Gianluca. *Op. cit.*, p. 193 (nota 53).

⁶⁶ SMANIO, Gianluca. *Op. cit.*, p. 192 e 193 (nota 53).

⁶⁷ Sobre o tema, Carlos Hélder Mendes assinala: “Embora sejam metodologias similares em suas funcionalidades investigativas, o ‘Hacking’ e o uso de

Através do hackeamento estatal, os órgãos de investigação infiltram-se de forma oculta e remota em algum dispositivo e/ou sistema de interesse, valendo-se de falhas e aberturas previamente identificadas.⁶⁸ Essa prática depende, necessariamente, de conexão com a internet⁶⁹. Um exemplo desta atuação é a quebra de uma senha de acesso, que permite o ingresso no dispositivo informático alvo de modo a viabilizar o acesso a arquivos protegidos.⁷⁰

Os *malwares*⁷¹, por sua vez, são programas instalados⁷² no sistema alvo, inseridos, evidentemente, sem autorização prévia do investigado.⁷³ Registra-se que a instalação desses *softwares* visa a promover a abertura de uma espécie de portal de acesso remoto, conhecido como “mecanismo de acesso excepcional”⁷⁴ ou *backdoor*.⁷⁵ A partir desta abertura, as informações podem ser acessadas e transmitidas.

Malware pelo Estado se diferenciam justamente pelo fato de que a primeira não se procede mediante a instalação de software em dispositivos informáticos, se tratando de um “acesso remoto não autorizado” possível e vinculado à utilização da internet. Por tal aspecto é limitado ao período de conexão, o que diferencia substancialmente as duas espécies”. MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. *Malware do Estado e processo penal: a proteção de dados informáticos face à infiltração por software na investigação criminal*. Dissertação (Mestrado em 2018) – PUCRS, Porto Alegre, 2018, p. 129.

⁶⁸ SMANIO, Gianluca. *Op. cit.*, p. 193 (nota 53).

⁶⁹ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. *Op. cit.*, p. 129 (nota 66).

⁷⁰ SMANIO, Gianluca. *Op. cit.*, p. 193 (nota 53).

⁷¹ Uma completa diferenciação entre os tipos de *malwares* pode ser conferida em: RAMALHO, David Silva. *Métodos ocultos de investigação criminal em ambiente digital*, Coimbra: Almedina, 2017, p. 320 a 322.

⁷² As formas de instalação e o mecanismo de funcionamento dos *malwares* também são amplamente descritos por David Silva Ramalho. *Idem, ibidem*, p. 322 a 324.

⁷³ MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. *Op. cit.*, p. 129 (nota 66).

⁷⁴ LIGUORI, Carlos. *Direito e criptografia: direitos fundamentais, segurança da informação e os limites da regulação jurídica da tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2022, p. 251.

⁷⁵ Carlos Hélder Mendes explica que *backdoors* são “formas ocultas de acessar o sistema do computador infectado de maneira remota, enviando os mecanismos de autenticação existente, possibilitando assim, que o terceiro – investigador – acesse informações (como senhas e logins) ou monitore as atividades do usuário do sistema alvo infectado”. MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. *Op. cit.*, p. 130 (nota 66).

Essa instalação pode ocorrer a partir de um comportamento ativo do usuário (como clicar em um *link* malicioso, por exemplo) ou a partir da inserção de algum *hardware* no dispositivo alvo (acoplamento de um pen-drive, por exemplo). Fato é que, uma vez instalado, o *malware* independe de acesso constante à internet para execução de suas funcionalidades típicas.⁷⁶

Dessa forma, mesmo sem internet, o *software* pode seguir executando suas funções até que, por exemplo, o computador-alvo restabeleça sua conexão com a internet, a fim de que os dados sejam, enfim, transmitidos.⁷⁷ Ainda, esses dados podem ser transmitidos por outras formas, como o *bluetooth*, ou a própria retirada de *hardware* (um HD, com informações coletadas, por exemplo).⁷⁸

Ambas as práticas permitem o exercício de funcionalidades absolutamente invasivas, com a coleta massiva de dados do alvo, afetando, por isso, os direitos fundamentais à privacidade, à inviolabilidade do domicílio, à inviolabilidade das comunicações, à autodeterminação informativa e à integridade dos sistemas informáticos

A partir da utilização de *malwares*, por exemplo, os agentes de persecução penal podem executar diversas funcionalidades,⁷⁹ tais como: interceptar comunicações telemáticas (obtendo os dados na ponta, não em fluxo); efetuar buscas por dados armazenados ou produzidos; encetar captação ambiental, gravando áudio, pelo microfone do dispositivo, e vídeo, por sua *webcam*; estabelecer formas de vigilância *online*, acompanhando as atividades travadas pelo alvo em ambiente digital; realizar observação em tempo real mediante o monitoramento por vídeo; obter a geolocalização do investigado.⁸⁰

⁷⁶ *Idem, ibidem*, p. 130.

⁷⁷ *Idem, ibidem*, p. 130.

⁷⁸ SMANIO, Gianluca. *Op. cit.*, p. 193 (nota 53).

⁷⁹ A relação entre as funcionalidades afetadas por cada tipo de software pode ser conferida em: RAMALHO, David Silva. *Op. cit.*, p. 320 a 322 (nota 70).

⁸⁰ SMANIO, Gianluca. *Op. cit.*, p. 194 a 198 (nota 53).

Quando comparados a outros meios de obtenção de prova legalmente previstos e disciplinados,⁸¹ como a busca e a apreensão, e a interceptação telefônica e telemática, por exemplo, a diferença entre o grau de afetação dos direitos fundamentais e os procedimentos para recolhimento das informações de interesse demonstram a incapacidade de fundamentar a utilização de *hacking* e *malwares de lege lata*.

Por exemplo, na interceptação telemática tradicional, um agente externo, de forma passiva, acessa o fluxo das informações trocadas entre os participantes do processo comunicacional. Ao contrário, uma interceptação efetuada a partir de *malware* instalado no dispositivo ou mediante *hacking* pela quebra da senha do e-mail permitem que o investigador, de forma ativa, capte o dado na origem (antes mesmo do envio), ou no destino. Ainda, essa captação é direta e executada internamente ao sistema, corrompendo-o.⁸²

Por isso, tendo em vista o grau de invasividade, a eventual utilização dessas técnicas depende de norma habilitadora expressa, que regule hipóteses, pressupostos, requisitos, forma de execução, tempo de duração e, sobretudo, que discipline a preservação da cadeia de custódia dos elementos, com demonstração dos procedimentos técnicos executados, com objetivo de assegurar a autenticidade e a confiabilidade dos elementos recolhidos.

De forma crítica, analisando a prática de *Online-Durchsuchung* na Alemanha e a possível aplicação de mecanismo semelhante no Brasil, Luís Greco e Orlandino Gleizer concluem que “se levarmos a sério a ideia de reserva de lei insculpida no art. 5, II, CF, basta verificar que inexistente dispositivo expresso que autorize a medida, para concluir que ela é inadmissível entre nós”.⁸³

Nessa linha, sob a ótica de uma sociedade politicamente organizada que regula seu processo judicial mediante valores basilares,

⁸¹ Por todos, conferir: RIBEIRO, Gustavo Alves Magalhães; CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso; FUMACH, Débora Moretti. O malware como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.723>

⁸² SMANIO, Gianluca. *Op. cit.*, p. 195 (nota 53).

⁸³ GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. *Op. cit.*, p. 1.497 (nota 45).

devemos ponderar os benefícios e os problemas decorrentes da utilização de técnicas como o *hacking* e o *malware*. De um lado, é inegável que essas tecnologias possibilitam um ganho epistêmico relevante: diante do elevado potencial de obtenção de informações que enriquecem o acervo probatório da persecução penal, práticas como as descritas ampliam exponencialmente as capacidades de investigação, sobretudo em face da criminalidade organizada e transfronteiriça.

De outro, precisamos estabelecer, de forma inequívoca, quais são as formas, limites e procedimentos aceitáveis. Afinal, existem problemas epistêmicos e processuais relevantes a partir da utilização dessas tecnologias. Por exemplo: uma vez acessado, o sistema alvo torna-se corrompido. Por isso, são necessárias formas de regulação que, diante das características das provas digitais, permitam assegurar a confiabilidade e autenticidade dos elementos obtidos.

4. PROBLEMATIZAÇÃO

O desenvolvimento deste estudo permitiu identificar que, em razão das características peculiares das provas digitais, cuidados procedimentais particulares são necessários para que elas possam ser obtidas, admitidas, produzidas e valoradas. Nesta linha, Gustavo Badaró destaca que a integridade do elemento de prova digital relaciona-se, de forma direta e intransponível, com a força probatória desse elemento, influenciando seu potencial epistêmico para a reconstrução dos fatos.⁸⁴ Assim, por serem as provas digitais frágeis, voláteis e sujeitas às alterações e dissipações, voluntárias ou não, é imprescindível que o legislador estabeleça um regimento específico para as provas digitais, definindo de forma clara os procedimentos de obtenção, admissão, produção e valoração.⁸⁵

Com relação às características das provas digitais, portanto, já surgem elementos a indicar a necessidade de uma disciplina particular.

⁸⁴ BADARÓ, Gustavo. *A cadeia de custódia da prova digital*. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janáina Roland; REICHEL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). *Direito probatório*. Londrina: Editora Toth, 2023, p. 174-175 e 180.

⁸⁵ *Idem, ibidem*, p. 174-175 e 180.

Analisados os direitos fundamentais que são tensionados pela obtenção de dados digitais, depreendemos, em segundo lugar, que a ausência de regulamentação específica – apesar de, em abstrato, significar uma proibição absoluta de ingerência estatal nos direitos fundamentais –, que leve em conta as singularidades e o grau de tensionamento imposto aos direitos fundamentais, implica, em verdade, acessos desmedidos a dados pessoais armazenados. Apesar do gradual reconhecimento dos riscos causados pelo cruzamento massivo de dados, inexistente, hoje, lei infraconstitucional que regulamente as hipóteses, a forma e os limites para a obtenção e o tratamento de dados pessoais no âmbito das atividades de segurança pública e perseguição penal.

A propósito, ainda que a aprovação da Lei nº 13.709/2018 (Lei Geral de Proteção de Dados) represente um paradigma na proteção de dados pessoais no Brasil, estabelecendo ampla estrutura de proteção regulatória, com princípios e medidas de caráter organizacional, as operações de tratamento de dados para fins exclusivos de segurança pública e atividades de investigação e repressão de infrações penais foram excluídas do âmbito de aplicação da LGPD (artigo 4.º, III), estando pendentes os debates sobre a LGPD Penal,⁸⁶ que seria apta, em tese, a preencher tal lacuna.⁸⁷

Finalmente, ao analisar em termos práticos duas formas de obtenção de dados digitais, o presente estudo identificou que (i) a ausência de parâmetros legais claros para a coleta de dados digitais presentes nos dispositivos informáticos apreendidos pode resultar em autorizações judiciais genéricas para o acesso a todo e qualquer conteúdo armazenado nesses dispositivos, com conseqüente violação dos direitos relacionados à privacidade e (ii) as formas de acesso oculto e remoto, como as práticas de *hacking* e a utilização de *malware* não encontram a mínima regulamentação.

⁸⁶ Acerca do Anteprojeto de Lei de Proteção de Dados Pessoais para Segurança Pública e Perseguição Penal de 2020 e o Projeto de Lei nº 1.515/2022, ver: <https://lapin.org.br/wp-content/uploads/2022/11/Nota-tecnica-Analise-comparativa-entre-o-anteprojeto-de-LGPD-Penal-e-o-PL-15152022-1.pdf>.

⁸⁷ ABREU, Jacqueline de Souza. Tratamento de dados pessoais para segurança pública: contornos do regime jurídico pós-LGPD. In: Bioni, Bruno; Doneda, Danilo *et all.* (Coord.) *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021, p. 585-590.

Buscando soluções para a esses impasses, a doutrina já sugere o estabelecimento de *parâmetros procedimentais mínimos* a balizar a execução dos meios de obtenção de provas digitais.

Diogo Malan, por exemplo, se refere a um *roteiro normativo* para guiar a decisão judicial que autoriza o emprego dos métodos ocultos de investigação, que exija (i) a delimitação objetiva quanto ao fato naturalístico em apuração e (ii) a delimitação subjetiva quanto ao nome e qualificação das pessoas que suportarão os efeitos jurídicos, ao local de execução e ao meio técnico operacional a ser utilizado.⁸⁸

Gilmar Mendes e Jurandi Pinheiro lecionam que se deve avançar não no sentido da previsão legal específica sobre cada nova tecnologia, mas da formulação de um *modelo de regulação* que estabeleça *requisitos mínimos* para o acesso aos dados, contendo (i) rol de crimes a autorizar as medidas e permitir elencá-las de acordo com a sua gravidade, oferecendo possível solução ao conflito de subsidiariedades;⁸⁹ (ii) prazo máximo de duração da medida; (iii) forma de registro dos dados obtidos; (iv) restrição na divulgação dos dados e (v) sistemas de acompanhamento do cumprimento desses requisitos.⁹⁰

Ainda que não se possa olvidar as críticas doutrinárias no sentido de que legislações muito específicas podem ser tornar rapidamente

⁸⁸ Diogo Malan fez referência ao “roteiro normativo” em palestra apresentada ao InternetLab em 02.09.2020. Segundo o professor, a apresentação foi feita com base em texto de Enrique Bacigalupo e na jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. MALAN, Diogo. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento à criminalidade organizada. In: CRUZ, Francisco Brito; SIMÃO, Bárbara (org.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital*: doutrina e prática em debate. São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021, p. 115-116.

⁸⁹ Gustavo Badaró leciona que como os meios de obtenção de provas só podem ser utilizados quando não houver outro meio menos gravoso para o atingimento dos objetivos da investigação, isso leva a uma “colisão de subsidiariedades”. Essa questão pode ser solucionada a partir do grau de afetação que o meio de obtenção de prova causa aos direitos fundamentais ou a partir da previsão de crimes específicos a autorizar cada tipo de medida. BADARÓ, Gustavo. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Coord.). *Crime organizado*: análise da Lei 12.850/2013. São Paulo: Marcial Pons, 2017, p. 14.

⁹⁰ MENDES, Gilmar Ferreira; PINHEIRO, Jurandi Borges. *Op. cit.*, p. 250 (nota 35).

obsoletas com o avanço das tecnologias,⁹¹ vale lembrar que a lei serve como salvaguarda de direitos fundamentais e como limitação à atividade dos agentes estatais, devendo conter limites materiais e procedimentais precisos à ingerência estatal, garantindo a observância de um rito racionalmente constituído, com maior segurança jurídica e confiança epistêmica da prova.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

O acesso a dados digitais inegavelmente afeta direitos fundamentais muito caros à liberdade individual e à convivência pacífica em uma sociedade democrática. A ausência de parâmetros específicos a regulamentar a obtenção das provas digitais propicia terreno fértil para a violação desses direitos. Assim, entendemos que o elevado volume de dados e a expectativa de privacidade que recai sobre eles exige controle mais rígido a ser definido, inescapavelmente, mediante lei específica. A previsão de parâmetros legais mínimos, mas claros, a balizar diferentes formas de acesso a dados digitais que representam diferentes graus de invasividade a direitos fundamentais garante o estabelecimento de um processo penal mais justo, com mais racionalidade, previsibilidade, segurança jurídica e limites às ingerências estatais. Conclui-se, portanto, que a obtenção de provas digitais demanda disciplina jurídica própria no processo penal.

REFERÊNCIAS

ABREU, Jacqueline de Souza. Tratamento de dados pessoais para segurança pública: contornos do regime jurídico pós-LGPD. In: Bioni, Bruno; Doneda, Danilo *et al.* (Coord.) *Tratado de Proteção de Dados Pessoais*, 2ª ed., Rio de Janeiro: Editora Forense, 2021.

AZEREDO, João Fábio. Sigilo das comunicações eletrônicas diante do Marco Civil da Internet. In: DE LUCCA, Newton. *Direito & Internet*. v. III, tomo II. São Paulo: Quartier Latin, 2015.

⁹¹ LOUREIRO, João Carlos. Constituição, tecnologia e risco(s): entre medo(s) e esperança(s). In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. COELHO, Alexandre Zavaglia P. (coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2015, v. 1, p. 68.

BADARÓ, Gustavo. A cadeia de custódia da prova digital. In: OSNA, Gustavo; SARLET, Ingo Wolfgang; MATIDA, Janaina Roland; REICHELTL, Luis Alberto; JOBIM, Marco Félix; RAMOS, Vitor de Paula (org.). *Direito probatório*. Loderina: Editora Toth, 2023.

BADARÓ, Gustavo Henrique. O debate constitucional sobre privacidade, intimidade e proteção de dados no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021.

BADARÓ, Gustavo. Hipóteses que autorizam o emprego de meios excepcionais de obtenção de prova. In: AMBOS, Kai; ROMERO, Eneas (Coord.). *Crime organizado: análise da Lei 12.850/2013*. São Paulo: Marcial Pons, 2017.

BADARÓ, Gustavo. Os standards metodológicos de produção na prova digital e a importância da cadeia de custódia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, ano 29, n. 343, jun. 2021.

BADARÓ MASSENA, Caio. A propósito da cadeia de custódia das provas digitais no Processo Penal: breves notas sobre lógica da desconfiança, assimetria informacional e direito de defesa. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 31, n. 368, 2023. Disponível em: <https://publicacoes.ibccrim.org.br/index.php/boletim_1993/article/view/506>. Acesso em: 17 jun. 2024.

BIONI, Bruno. *Xequemate: o tripé da proteção de dados pessoais no jogo de xadrez das iniciativas legislativas no Brasil*. São Paulo: GPoPAI/USP, 2015.

COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

COSTA, Helena Regina Lobo da; LEONARDI, Maciel. Busca e apreensão e acesso remoto a dados em servidores. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*. São Paulo, v. 19, n. 88, jan./fev. 2011.

DANIELE, Marcello. La prova digitale nel processo penale. *Rivista di Diritto Processuale*, v. 66, n. 2, 2011.

DELGADO MARTÍN, Joaquín. *La prueba digital: concepto, clases, aportación al proceso y valoración*. Diario La Ley, n. 6, Sección Ciberderecho, abr. 2017. Não paginado. Disponível em: <<https://diariolaley.laleynext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAiMTUzMDI7WY1KLizPw-8WYMDQ3MDE0NDkEBmWqVLFnJIZUGqbVpiTnGqWnJOamKRS2JJqnNiTm-peSmKRbUhRaSoAYE02pkwAAAA=WKE#I12>>. Acesso em: 20 set. 2024.

DONEDA, Danilo. A proteção de dados pessoais como um direito fundamental. *Espaço Jurídico*, Joaçaba, v. 12, n. 2, jul./dez. 2011.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. O alcance da proteção do sigilo das comunicações no Brasil. In: BRITO CRUZ, Francisco; SIMÃO, Bárbara (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021.

FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. Sigilo de dados: o direito à privacidade e os limites à função fiscalizadora do Estado. *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo*. São Paulo, v. 88, jan./dez. 1993, p. 439-459. <https://doi.org/10.11606/issn.2318-8235.v88i0p439-459>

FERRER-BELTRÁN, Jordi. *Prova sem convicção: standards de prova e devido processo*. Tradução: Vitor de Paula Ramos. São Paulo: JusPodivm, 2022.

FRANÇA, Rafael Francisco. Balancing Self-Incrimination and Public Safety: A Comparative Analysis of Compelled Smartphone Unlocking in Brazilian and U.S. Legal Systems. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 9, n. 3, p. 1371-1420, set./dez. 2023. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.867>

GLEIZER, Orlandino; MONTENEGRO, Lucas; VIANA, Eduardo. *O direito de proteção de dados no processo penal e na segurança pública*. São Paulo: Marcial Pons, 2021.

GLOECKNER, Ricardo Jacobsen; EILBERG, Daniela Dora. Busca e apreensão de dados em telefones celulares: novos desafios diante dos avanços tecnológicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 27, v. 156, jun. 2019.

GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Notas sobre a terminologia da prova (reflexos no processo penal brasileiro). In: YARSHELL, Flávio Luiz; DE MORAES, Zanoide (Coods.). *Estudos em Homenagem à Professora Ada Pellegrini Grinover*. São Paulo: Editora DPJ, 2005.

GRECO, Luís; GLEIZER, Orlandino. A infiltração online no processo penal: notícia sobre a experiência alemã. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 5, n. 3, pp. 1483–1518, 2019. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v5i3.278>

GRINOVER, Ada Pellegrini. *Liberdades públicas e processo penal: as interceptações telefônicas*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 1983.

KERR, Orin S. *Digital Evidence and the new Criminal Procedure*. *Columbia Law Review*. v. 105, pp. 279-318, 2005. <https://doi.org/10.18574/nyu/9780814739334.003.0013>

LIGUORI, Carlos. *Direito e criptografia: direitos fundamentais, segurança da informação e os limites da regulação jurídica da tecnologia*. São Paulo: Saraiva, 2022.

LOUREIRO, João Carlos. Constituição, tecnologia e risco(s): entre medo(s) e esperança(s). In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. COELHO, Alexandre Zavaglia P. (coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2015.

MALAN, Diogo. Métodos ocultos, devido processo e o enfrentamento à criminalidade organizada. In: CRUZ, Francisco Brito; SIMÃO, Bárbara (org.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*. São Paulo: InternetLab, v. 4, 2021.

MARTINS, Leonardo (org.). *Cinquenta anos de jurisprudência do Tribunal Constitucional Federal alemão*. Montevideo: Konrad-Adenauer-Stiftung, 2005.

MENDES, Carlos Hélder C. Furtado. *Malware do Estado e processo penal: a proteção de dados informáticos face à infiltração por software na investigação criminal*. Dissertação (Mestrado em 2018) – PUCRS, Porto Alegre, 2018, p. 129.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de Direito Constitucional*, São Paulo: Editora Saraiva, 2011.

MENDES, Gilmar Ferreira; PINHEIRO, Jurandi Borges. Interceptações e privacidade: novas tecnologias e a Constituição. In: MENDES, Gilmar Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang; COELHO, Alexandre Zavaglia P. (Coord.). *Direito, inovação e tecnologia*. São Paulo: Saraiva, v. 1, 2015.

MENDES, Laura Schertel Ferreira. Autodeterminação informativa: a história de um conceito. *Revista Pensar*, Fortaleza, v. 25, n. 4, out./dez. 2020. <https://doi.org/10.5020/2317-2150.2020.10828>

MENDES, Laura Schertel Ferreira. *Uso de softwares espíões pela polícia: prática legal? Jota*, publicado em 04/06/2015, atualizado em 07/06/2015. Disponível em: <<https://www.jota.info/opiniao-e-analise/artigos/uso-de-softwares-espies-pela-policia-pratica-legal-04062015>>. Acesso em: 26 fev. 2023.

MOURA, Maria Thereza Rocha de Assis e BARBOSA, Daniel Machionatti. Dados digitais: interceptação, busca e apreensão e requisição. In: WOLKART, Erik Navarro, et al. *Direito, Processo e Tecnologia*. São Paulo: RT, 2020.

PINHEIRO, Patrícia Peck. *Proteção de dados pessoais: comentários à Lei n. 13.709/2018 - LGPD*. São Paulo: Saraiva, 2020.

PIOVESAN, Flavia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*, 14ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

PITOMBO, Cleunice. *Da busca e da apreensão no processo penal*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

QUITO, Carina. As quebras de sigilo telemático no processo penal e o paradoxo do acesso irrestrito às comunicações armazenadas. In: LUCON, Paulo Henrique dos Santos; WOLKART, Erik Navarro; LAUX, Francisco de Mesquita; RAVAGNANI, Giovanni dos Santos (Coord.). *Direito, processo e tecnologia*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2020.

RIBEIRO, Gustavo Alves Magalhães; CORDEIRO, Pedro Ivo Rodrigues Velloso; FUMACH, Débora Moretti. O *malware* como meio de obtenção de prova e a sua implementação no ordenamento jurídico brasileiro. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, v. 8, n. 3, 2022. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v8i3.723>

SIDI, Ricardo. *A Interceptação das comunicações telemáticas no processo penal*. Belo Horizonte: D'Plácido, 2016. <https://doi.org/10.11606/D.2.2014.tde-04032015-082717>

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 11. ed. São Paulo, Malheiros, 1996.

SMANIO, Gianluca Martins. *Vigilância policial em meio digital: entre o garantismo e a eficiência*. Curitiba: Juruá, 2022.

VAZ, Denise Provasi. *Provas digitais no processo penal: formulação do conceito, definição das características e sistematização do procedimento probatório*. Tese (Doutorado em 2012) – Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, São Paulo, 2012. <https://doi.org/10.11606/t.2.2012.tde-28052013-153123>

WANDERLEY, Gisela Aguiar. Privacidade e cidadania: os limites jurídicos da atividade investigativa e a legalidade do acesso policial a aparelhos celulares. In: ANTONIALLI, Dennys; FRAGOSO, Nathalie (eds.). *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*, São Paulo. InternetLab, v. 2, 2019.

WARREN, Samuel; BRANDEIS, Louis. The right to privacy. *Harvard Law Review*, v. 4, n. 5, 1890, p. 193-220. <https://doi.org/10.1080/10811680.2020.1805984>

ZILLI, Marcos. A prisão em flagrante e o acesso de dados em dispositivos móveis. Nem utopia, nem distopia. Apenas a racionalidade. In: ANTONIALLI, Dennys; ABREU, Jacqueline de Souza. *Direitos fundamentais e processo penal na era digital: doutrina e prática em debate*, São Paulo: InternetLab, v. 1, 2018.

Authorship information

Marta Cristina Cury Saad Gimenes. PhD Professor of Criminal Procedural Law at the Faculty of Law of the University of São Paulo. PhD (2007) and Master (2002) in Criminal Procedural Law from the Faculty of Law of the University of São Paulo. Graduated in Law from the Faculty of Law of the University of São Paulo. Former President and former Advisor of the Brazilian Institute of Criminal Sciences (IBCCRIM). Former President of the Ibero-American Criminal Advocacy Network. Lawyer. martasaad@usp.br.

Helena Costa Rossi. Graduated in Law from the Faculty of Law of the University of São Paulo and a master's student in Criminal Procedural Law in the Postgraduate Program of the same institution, linked to the Department of Procedural Law. Attorney. helena.rossi@usp.br.

Pedro Henrique Partata. Graduated in Law from the Faculty of Law of the University of São Paulo and a master's student in Criminal Procedural Law in the Postgraduate Program of the same institution, linked to the Department of Procedural Law. Attorney. pedro.mortoza@usp.br.

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: this article is the result of a research developed in the postgraduate activities of the postgraduate program at the Faculty of Law of the University of São Paulo. More specifically, it derives from the studies carried out in the subject: DPC5845 - Critical Study of the Means of Evidence and Obtaining Evidence in Criminal Procedure in 2023.

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Marta Cristina Cury Saad Gimenes:* writing – review and editing, final version approval.
- *Helena Costa Rossi:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Pedro Henrique Partata:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 21/07/2024
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2024
- Review 1: 07/08/2024
- Review 2: 26/08/2024
- Review 3: 01/09/2024
- Preliminary editorial decision: 06/09/2024
- Correction round return: 21/09/2024
- Final editorial decision: 29/09/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SAAD GIMENES, Marta C.; ROSSI, Helena C.; PARTATA, Pedro H.. A obtenção das provas digitais no processo penal demanda uma disciplina jurídica própria? Uma análise do conceito, das características e das peculiaridades das provas digitais. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1071, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1071>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Derechos Humanos y estándares de investigación: una mirada desde la intervención de las comunicaciones en el proceso penal cubano.

*Human rights and investigation standards: a look from the
intervention of communications in the Cuban criminal process.*

Yenisey González Rodríguez¹

Universidad de Granma, Bayamo, Cuba

ygonzalezr1976@gmail.com

 <http://orcid.org/0009-0003-4675-7789>

RESUMEN: El propósito del artículo es argumentar, desde una mirada a los derechos humanos de intimidad y del secreto de las comunicaciones, la trascendencia de los principios de legalidad, proporcionalidad y estricta necesidad, como estándares de investigación, que informan la intervención de las comunicaciones en el proceso penal cubano y el rol que en ello desempeña el Fiscal para garantizar la licitud de tales actos de investigación, a partir de los retos impuestos por la ley 143 del 2021 "Del Proceso Penal". Se plantea como problema de investigación ¿Cuáles son los estándares de investigación en los que deben sustentarse las intervenciones de las comunicaciones en el proceso penal cubano, que garanticen el ejercicio de los derechos de intimidad y del secreto de las comunicaciones? Como hipótesis se enuncia la existencia de estándares de investigación en las intervenciones de las comunicaciones en el proceso penal cubano, garantizarían el ejercicio de los derechos de intimidad y del secreto de las comunicaciones. Se utilizaron los métodos de investigación el de análisis-síntesis, el histórico-jurídico y el análisis exegético y como técnica la revisión de documentos, los que nos permitieron ofrecer las consideraciones finales sobre el tema.

¹ Licenciada en Derecho en la Universidad de Oriente (1999). Master en Derecho Penal (2007). Doctoranda en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial de Granma, República de Cuba. Profesora Asistente, Universidad de Granma, República de Cuba.

PALABRAS CLAVES: derechos humanos; intervención de las comunicaciones; fiscalía; control de la investigación.

ABSTRACT: *The purpose of the article is to argue, from a look at the human rights of privacy and the secrecy of communications, the significance of the principles of legality, proportionality and strict necessity, as investigative standards, which inform the intervention of communications in the Cuban criminal process and the role that the Prosecutor plays in this to guarantee the legality of such investigative acts, based on the challenges imposed by Law 143 of 2021 "On criminal proceedings". It is posed as a research problem: what are the research standards on which the interventions of communications in the Cuban criminal process must be based, which guarantee the exercise of the rights of privacy and the secrecy of communications? As a hypothesis, the existence of investigative standards in the interventions of communications in the Cuban criminal process is stated, which would guarantee the exercise of the rights of privacy and the secrecy of communications. The research methods of analysis-synthesis, historical-legal and exegetical analysis were used, as well as document review, which allowed us to offer final considerations on the topic.*

KEYWORDS: *human rights; intervention of communications; prosecutor's office; control of the investigation.*

SUMARIO: Introducción. I. Derechos Humanos: derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones: una mirada necesaria. II. La intervención de las comunicaciones y los estándares de investigación. II.1. Principio de legalidad. II.2. Principio de proporcionalidad. II.3. Principio de necesidad. III. La Fiscalía y el control de la investigación. Consideraciones Finales. Referencias.

INTRODUCCIÓN.

La producción, empleo y eficacia del material probatorio en el proceso cognoscitivo al que ha de someterse el proceso penal debe cumplir con determinadas exigencias, presupuestos y limitaciones de fuerza vinculante y función protectora y garantista, cuyo eje central lo constituyen los derechos humanos internacionalmente reconocidos

(ARMIENTA; CAMARGO, 2015) y en Cuba aquellos que declaró en tal condición la Constitución de la República de Cuba² entre ellos, los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

El tema en la actualidad se presenta con un mayor nivel de incidencia en la práctica procesal, aunque con diferente intensidad en los ordenamientos jurídicos de los Estados. La investigación criminal en el proceso penal no puede prescindir del empleo de los nuevos métodos que la ciencia y la tecnología han hecho usuales en la vida cotidiana. Uno de los actos, que son expresión de esta trascendencia, son las intervenciones de las comunicaciones, las que no pueden permanecer olvidadas por las leyes penales, pues cada vez con mayor frecuencia constituirán fuentes a las que habrán de ir los órganos de investigación en su acercamiento a la pretendida verdad.

Uno de los tópicos más complejos que ha traído a los predios del proceso penal el empleo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, es el relativo a la intervención de las comunicaciones realizadas entre dos o más personas, utilizada como acto de investigación, métodos o técnica especial de investigación, que posibilita en determinados sucesos ofrecer una respuesta más efectiva a las nuevas manifestaciones de la criminalidad, sin que en modo alguno ello suponga vulneración de derechos y garantías y menos aún olvido de los principios que ha de caracterizar su empleo y los estándares de investigación.

Dentro del Debido Proceso encontramos un conjunto de derechos que todo Estado debe mirar con especial atención, entre ellos los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones³, los que constituyen dimensiones de los derechos humanos que protegen la vida privada de las personas.

Al decir de Díaz (2006, p.125),

Su estudio presenta un notable interés, ya que desde esa concepción “clásica” ha tenido que evolucionar notablemente y de forma acelerada, en cierto modo en paralelo al impresionante desarrollo que han adquirido los propios medios técnicos para la comunicación

² Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial No.5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019. (GOC-2019-406-EX5).

³ Se conoce además como “inviolabilidad de la correspondencia”.

entre las personas, merced a las llamadas genéricamente “nuevas tecnologías”

Los ordenamientos procesales han evolucionado para asumir el desarrollo de la informática y las comunicaciones, a partir de las definiciones de los requisitos, presupuestos y estándares de investigación, diseñados inicialmente para la correspondencia postal, que ahora se extienden a las modernas formas y vías existentes, cuyo cumplimiento deben asegurarse para que las intervenciones de las comunicaciones que se realicen no sean ilícitas. (MUÑOZ, 1997; QUINTERO, 1991; ROXIN, 2000; FERNÁNDEZ, 2013)

En la doctrina (MUÑOZ, 1997; REBOLLO, 2005; RIVES, 2010; RICHARD, 2011) se identifican variedad de formas de intervención de las comunicaciones. En correspondencia con el medio de comunicación utilizado, la forma de intervención será distinta, pero en todos los casos su aplicación debe ser de carácter excepcional, justificada, proporcional con las necesidades reales de la investigación destinada a la búsqueda de la verdad, con el cumplimiento de los principios, derechos y garantías del Debido Proceso, entre ellos, el estricto cumplimiento de los principios de legalidad, de respeto a la dignidad humana y del cumplimiento de las garantías de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.

Corresponde entonces a los órganos de investigación y a la Fiscalía ofrecer los objetos de prueba obtenidos de estas fuentes a los órganos jurisdiccionales, a los que han de ofrecerse con las garantías necesarias para su valoración posterior en el consensuado momento cumbre del proceso penal. Se trata de que los resultados que se ofrezcan al juzgador no incluyan menoscabo a los derechos de los sujetos sobre los que se han practicado ni de los principios en los que se sustenta el debido proceso penal para el logro de una convicción judicial, obtenida a través de medios de prueba concretos, específicos y lícitos.

Para el adecuado tratamiento de esta problemática, resulta imprescindible determinar en cuál situación se encuentra el ordenamiento jurídico procesal cubano en materia penal para que los intervinientes en el proceso puedan cumplir con las exigencias de un proceso penal garantista frente a posibles ilicitudes probatorias en los actos de investigación y de

manera muy especial, por la frecuencia de su empleo a nivel social en los supuestos de intervención de las comunicaciones.

El consenso sobre el tema del control de la investigación penal y esencialmente de los actos que afectan derechos humanos, como tendencia a nivel internacional, se realiza en vía judicial, son dos modelos los que distingue la doctrina: el control jurisdiccional y el control fiscal. Quizás sea este último el menos acogido en los ordenamientos jurídicos penales internacionales, pero no totalmente en desuso, y en el caso de Cuba, ha sido el adoptado por su ley procesal. El papel de la fiscalía en el control de la investigación se erige entonces como esencial para el logro de tales propósitos.

En Cuba no son frecuentes los estudios doctrinales, dogmáticos y los criterios de la jurisprudencia relacionados con los actos de investigación en el proceso penal en sentido general y de manera particular con la intervención de las comunicaciones. En el ámbito normativo, la Ley 143 del 2021 “Del Proceso Penal” hereda como precedente, la inexistencia de regulaciones referidas a los estándares de investigación que deben cumplirse y que son imprescindibles para que el órgano facultado para ejercer el control logre garantizar el ejercicio de los derechos humanos de los implicados, con especial atención a los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Los argumentos expuestos nos permiten exaltar la importancia, actualidad, novedad y pertinencia del tema que compartimos.

Se plantea como problema de investigación: ¿Cuáles son los estándares de investigación en los que deben sustentarse las intervenciones de las comunicaciones en el proceso penal cubano, que garanticen el ejercicio de los derechos de intimidad y del secreto de las comunicaciones?

El objeto de estudio lo constituyen las intervenciones de las comunicaciones y como campo de acción, las intervenciones de las comunicaciones en el proceso penal cubano.

La respuesta anticipada a este problema se enuncia en la hipótesis siguiente: La existencia de estándares de investigación en las intervenciones de las comunicaciones en el proceso penal cubano, garantizarían el ejercicio de los derechos de intimidad y del secreto de las comunicaciones.

Bajo estas premisas las ideas que se exponen en el presente artículo tienen como objetivo argumentar, desde una mirada a los derechos

humanos de intimidad y secreto de las comunicaciones, la trascendencia de los principios de legalidad, proporcionalidad y estricta necesidad, como estándares de investigación, que informan la intervención de las comunicaciones y el rol que en ello juega el Fiscal para garantizar la licitud de tales actos de investigación.

En la investigación se utilizaron los siguientes métodos:

- **Análisis-síntesis:** Contribuyó al estudio de los argumentos teóricos y doctrinales de las intervenciones de las comunicaciones y de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones, que fundamentan y legitiman la necesidad de su utilización con la observancia de los principios que informan el debido proceso penal.
- **Histórico-jurídico:** Se utilizó para estudiar el tracto histórico en las concepciones teóricas de las intervenciones de las comunicaciones y de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones.
- **Análisis Exegético:** De utilidad para el examen de las diferentes normas jurídicas internacionales y las que desde el punto de vista histórico han regido en Cuba en materia de intervención de las comunicaciones en el proceso penal.
- **Se utilizó como técnica la revisión de documentos:** Fueron revisadas fuentes bibliográficas actuales del tema seleccionado, así como las Resoluciones emitidas por la Fiscalía General de la República de Cuba, que regulan la actuación de la Fiscalía como órgano responsabilizado con el control de la investigación penal.

La metodología utilizada nos permitió arribar a las consideraciones finales que compartimos.

I. DERECHOS HUMANOS: DERECHOS A LA INTIMIDAD Y AL SECRETO DE LAS COMUNICACIONES: UNA MIRADA NECESARIA.

Dentro del catálogo de derechos humanos, en el tema que nos ocupa, el punto de partida ineludible es el reconocimiento de los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. De esta forma, existe una

garantía que protege las comunicaciones entre las personas, de manera que cualquier supuesto admisible de interceptación⁴ de las mismas se presenta como excepcional, y rodeado de límites, requisitos y garantías. “Dado que esa práctica afecta a un derecho fundamental, y solo el cumplimiento de esos requisitos y garantías permitirá que esa afectación no se convierta en vulneración” (DÍAZ, 2011, p.159).

Los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones encuentran reconocimiento en la Declaración Universal de Derechos Humanos⁵, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁶ y en otras legislaciones internacionales⁷.

En la revisión realizada de fuentes doctrinales comprendimos que, en el tratamiento de los derechos a la intimidad y al secreto de

⁴ En la doctrina procesal se emplean indistintamente los términos intervención, interceptación e intercepción. A los efectos de la investigación, resulta intrascendente las diferencias en estos términos. Así se asume el de intervención.

⁵ Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948, en París. Disponible en https://www.un.org/es/documents/udhr/UDHR_booklet_SP_web.pdf, consultado 12 de octubre del 2023 que define en su artículo 12: nadie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación. Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra tales injerencias o ataques.

⁶ Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos, Burócratas, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2015, p. 266 y 267. Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante Resolución 2200 A (XXI) del 16 de diciembre de 1966. Artículo 17: nadie sería objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y reputación

⁷ Véase El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, que en su artículo 8 dice: «1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho, sino en tanto en cuanto esta injerencia éste prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás».

las comunicaciones, existen dos posiciones contrapuestas: una parte considera que el derecho al secreto de las comunicaciones es una manifestación del derecho a la intimidad, y otros apuntan que son derechos independientes entre sí.

Entre los autores que asumen la primera posición encontramos a Rodríguez (1997, p.23) quien considera que:

El derecho al secreto de las comunicaciones debe ser tratado como un aspecto del derecho a la intimidad que merece reconocimiento como derecho autónomo y que para poder valorar adecuadamente el derecho al secreto de las comunicaciones y la importancia de su protección no ha de perderse de vista, que en última instancia, nos encontramos ante un aspecto de la intimidad.

En la misma línea autores como (DÍAZ, 2007, p.160) sostienen que “es evidente la vinculación entre el secreto de las comunicaciones y la intimidad personal y familiar.; el secreto de las comunicaciones pretende proteger la comunicación directa y garantizar en todo caso una comunicación privada”. Otros autores (JIMÉNEZ, 1987; RÀFOLS, 1992; MARTÍNEZ DE PISÓN, 1993; MONTERO, 1999; MUÑOZ DE MORALES, 2005; MORENO, 2010; RIVES, 2010; LÓPEZ, 2012) apuntan que son derechos independientes entre sí. Califican al derecho a la intimidad como un concepto material, que distingue y protege lo más íntimo de las personas frente a terceros, mientras que el derecho al secreto de las comunicaciones lo consideran como un concepto formal, destinado a salvaguardar al proceso de comunicación en sí, sin diferenciar si el contenido y sus mensajes son íntimos o no.

Ambos derechos comparten una finalidad común de garantía de las relaciones personales, pero el objeto es distinto”. (BELDA, 1998, p.170).

Nos afiliamos a la segunda posición al considerar que son derechos independientes, con objetos de protección y alcances diferenciados. Se vulnera el derecho al secreto de las comunicaciones tanto cuando se interviene una comunicación como cuando se conoce el contenido de la misma, si se realiza violando las exigencias establecidas en los ordenamientos jurídicos de los Estados. Tal como sostiene Muñoz de Morales (2005, p.169),

Motivación, idoneidad, y concurrencia de indicios, se configuran como requisitos constitucionales del derecho al secreto de las comunicaciones. El derecho a la intimidad contempla la facultad que tiene toda persona para mantener reservada y protegida su vida privada, evitando cualquier intervención o intromisión que pueda vulnerar su esfera personal. Se trata de un derecho que protege la vida de las personas, su honor, su imagen y su vida íntima en general. Por otra parte el derecho al secreto de las comunicaciones es un derecho más específico. Consiste en la garantía de que las comunicaciones realizadas, en este caso por vía telefónica, no serán intervenidas o interceptada por terceros sin el consentimiento de los involucrados. Se trata de una protección a la confidencialidad de las comunicaciones, evitando que sean escuchadas o conocidas por terceros no autorizados.

Es esta, a decir del autor, una efectiva protección al derecho al secreto de las comunicaciones que ha de ser tenida en cuenta por los sujetos en el proceso penal, criterio que compartimos

La Constitución de la República de Cuba del 2019 reconoce que “todas las personas tienen derecho a que se les respete su intimidad personal y familiar, su propia imagen y su voz, su honor e identidad personal”⁸, así como la inviolabilidad de la correspondencia y demás formas de comunicación⁹.

“Solo pueden ser interceptadas o registradas mediante orden expresa de autoridad competente, en los casos y con las formalidades establecidas en la ley. Los documentos o informaciones obtenidas con infracción de este principio no constituyen prueba en proceso alguno”¹⁰, lo que constituye presupuesto de nulidad procesal frente a la obtención ilícita de información mediante la intervención de las comunicaciones. Estas disposiciones nos ubican en mejores condiciones para enfrentar

⁸ Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial No.5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019. (GOC-2019-406-EX5). Artículo 48.

⁹ Con la expresión demás formas de comunicación se protege el secreto de las comunicaciones telefónicas en sus diferentes variantes y toda comunicación actual como la que se establece por vía de internet.

¹⁰ Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial No.5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019. (GOC-2019-406-EX5). Artículo 50.

lo que significa para la investigación criminal la intervención de las comunicaciones.

En el texto constitucional se advierte la presencia del reconocimiento expreso del derecho a la intimidad, lo que supone una ventaja frente a la protección de los derechos y garantías a la luz del proceso penal y su fase investigativa. Es trascendental destacar además la presencia del reconocimiento del derecho a la información, preceptos que avalan sin dudas los fundamentos que se sostienen a nivel internacional en el tema. Los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones están relacionados con el valor supremo de dignidad humana, reconocido en la Constitución de la República de Cuba cuando definió que: “la dignidad humana es el valor supremo que sustenta el reconocimiento y el ejercicio de los derechos y deberes consagrados en la Constitución, los tratados y las leyes”¹¹

La protección de la privacidad y la confidencialidad de las comunicaciones son fundamentales para que los individuos se desarrollen libremente, sin temor a ser vigilados o controlados constantemente. En Cuba el ejercicio de los derechos de las personas solo está limitado por los derechos de los demás, la seguridad colectiva, el bienestar general, el respeto al orden público, a la Constitución y a las leyes . La correcta protección de estos derechos, en el ámbito del derecho penal, se garantiza además de lo dispuesto en el texto constitucional, con lo preceptuado en la Ley 143 del Proceso Penal, normas jurídicas fundamentales que permiten mostrar un sistema de justicia respetuoso de los Derechos Humanos.

II. LA INTERVENCIÓN DE LAS COMUNICACIONES Y LOS ESTÁNDARES DE INVESTIGACIÓN.

La intervención de las comunicaciones históricamente se ha utilizado en el ámbito operativo de diferentes países, tanto para investigar delitos comunes como para penetrar en las redes relacionadas con el crimen organizado, de ahí los profundos debates que históricamente se

¹¹ Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial No.5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019. (GOC-2019-406-EX5). Artículo 40.

han sostenido con relación a su licitud. Logró su reconocimiento como técnica especial de investigación en la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada, Convención de Palermo¹², aprobada en el 2000, lo que ha traído como consecuencia que los Estados las incorporen a las normativas internas.

Uno de los conceptos más completos de la doctrina es el que ofrece López-Fragoso (1991, p. 24), para quien, las intervenciones de las comunicaciones son:

Aquellas medidas instrumentales restrictivas del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones privadas, ordenadas y ejecutadas en la Fase de Instrucción de un proceso penal bajo la autoridad del órgano jurisdiccional competente, frente a un imputado, u otros sujetos de los que éste se sirva para comunicarse, con el fin de, a través de la captación del contenido de lo comunicado o de otros aspectos del proceso de comunicación, investigar determinados delitos, averiguar al delincuente y, en su caso, aportar al juicio determinados elementos probatorios.

Estas ideas trasladan que no toda comunicación tiene por qué ser íntima, pero sí secreta, dado que lo que se está protegiendo por el derecho fundamental en cuestión es el proceso de comunicación y no lo que se transmite.

Consideramos que por intervención de las comunicaciones debe entenderse a todo acto de investigación que se realice durante la fase de investigación en el proceso penal, mediante el cual, el sujeto procesal encargado de disponer y controlar su realización, limita el ejercicio de los derechos a la intimidad y del secreto de las comunicaciones del imputado,

¹² Resolución 55/25 de la Asamblea General de Naciones Unidas, 15 de noviembre del 2000, artículo 20: “Siempre que lo permitan los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico interno, cada Estado Parte adoptará, dentro de sus posibilidades y en las condiciones prescritas por su derecho interno, las medidas que sean necesarias para permitir el adecuado recurso a la entrega vigilada y, cuando lo considere apropiado, la utilización de otras técnicas especiales de investigación, como la vigilancia electrónica o de otra índole y las operaciones encubiertas, por sus autoridades competentes en su territorio con objeto de combatir eficazmente la delincuencia organizada”, Centro Internacional de Viena, Austria.

con el cumplimiento de determinados estándares de investigación, entre los que se encuentran los principios de legalidad, proporcionalidad y estricta necesidad, a los que dedicaremos un breve espacio.

II.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

“En el proceso penal, el principio de legalidad, se fundamenta esencialmente en la obligación que tiene el Estado de perseguir toda conducta que revista características de delito según los elementos de tipicidad contenidos en la legislación vigente” (MENDOZA, 2014, p. 1999). A partir de lo anterior se interpreta que toda restricción de derechos humanos deba encontrarse legalmente prevista. Por su parte, Vives Antón (1983, p. 54) apunta que:

La declaración constitucional de inviolabilidad de los derechos significará, que estos no pueden ser disminuidos ni menospreciados en su contenido por la legislación ordinaria, que el legislador ordinario no puede imponer condiciones que no se encuentren sometidas a otra traba que la representada por el reconocimiento de los mismos derechos en otras personas

Las intervenciones de las comunicaciones solo deben realizarse en las investigaciones de ilícitos penales de carácter grave, donde se debe lograr la correcta ponderación entre la necesidad de la restricción o limitación de los derechos humanos que confluyen y los medios o vías que se utilizarán en la práctica del acto de investigación en sí.

Nos sumamos a la valoración de que “el criterio de gravedad deja en manos del juez un margen de discrecionalidad, en ocasiones exagerado, que puede dar lugar a decisiones desproporcionadas, por lo que las leyes procesales deben contener referencia a las infracciones que darían lugar a la intervención” (MUÑOZ DE MORALES, 2005, p. 167).

Este autor ofrece variantes interesantes para evitar la incorrecta valoración del criterio de gravedad. Considera que tres son las posibilidades que se presentan de *lege ferenda*: a) en primer lugar, podría optarse por el establecimiento de una lista cerrada que indicase cada uno de los delitos susceptibles de intervención, fuera de la cual la medida estaría vedada.

b) en segundo lugar, podría utilizarse un sistema mixto, es decir, un catálogo de delitos junto a una disposición que convirtiera la lista en un *numerus apertus* y c) en tercer lugar, debería dejarse una cláusula abierta sin fijación de la pena acudiendo otros criterios como el de la modalidad comisiva del delito.

Para nosotros la solución más acertada parte de reconocer que “cualquier regulación que importe una restricción en los derechos humanos debe ser llevada a cabo a través de una norma general y no de fuentes de igual jerarquía que no cumplan los requisitos de aquella, o de normas de inferior jerarquía” (TALAVERA, 2021, p.22).

II.2. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

El principio de proporcionalidad es la ponderación entre los intereses en la investigación y la limitación de los derechos, la que sólo debe realizarse en correspondencia con las exigencias del Debido Proceso Penal.

Las medidas limitativas de derechos fundamentales “son aquellas intromisiones vulneradoras prima facie del ámbito de protección de los derechos fundamentales, lo que conforma el supuesto de hecho de dichos derechos, que precisan, por este motivo, de justificación de acuerdo con el principio de proporcionalidad”. (CABEZUDO, 2004, p.29).

El sujeto procesal encargado de aprobar y controlar la intervención de las comunicaciones deberá realizar la necesaria ponderación de los bienes jurídicos e intereses en conflicto o colisión, por un lado la necesidad de esclarecer e investigar el hecho que reviste caracteres de delito y por otro, la evaluación objetiva de los derechos que serán limitados.

II.3. PRINCIPIO DE ESTRICTA NECESIDAD

Los sujetos procesales que pueden restringir derechos humanos, definidos en cada ordenamiento jurídico, deben tener en cuenta que la medida sea necesaria. A los fines de la investigación penal, y sustentado en la búsqueda de la verdad, pueden limitarse los derechos, sin embargo, esta limitación ha de estar plenamente justificada en el interés público de la propia investigación del delito, y la determinación de hechos

relevantes para el proceso, siendo esta causa legítima que justifica la realización, por ejemplo, de intervenciones de las comunicaciones. “Solo es posible encontrar justificación en los actos de investigación que afectan derechos, dentro de las exigencias, presupuestos y limitaciones establecidas en la Constitución y el resto del ordenamiento jurídico” (RUIZ, 1993, p.17).

Deben los decisores acordar la medida de intervención de las comunicaciones cuando “los objetivos de la investigación se dificulten gravemente si no se recurre a este medio de investigación. La intervención de las comunicaciones no debe ser la regla general, sino la excepción, por lo que se limita a la investigación de delitos graves, previa realización de un riguroso análisis de su viabilidad” (CASABIANCA, 2016, p.236).

Se debe evaluar que toda limitación a un derecho humano sea adecuada para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Determinar “la necesidad de verificar si la medida restrictiva de un derecho tiene un fin legítimo, y si dicha restricción es adecuada al objetivo o fin pretendido” (ZOCO, 2014, p.97)¹³. Así, se considerará idónea una diligencia de intervención de las comunicaciones cuando de ella cabe esperar resultados útiles para proseguir con las investigaciones y el debido esclarecimiento de los hechos imputados.

Atendiendo a estos estándares de investigación, la resolución que autoriza la intervención de las comunicaciones deberá contener los elementos esenciales que permitan definir la identidad de la o las personas que serán afectadas en el ejercicio de sus derechos, el lugar donde se realizará la intervención, el objeto de la misma, la forma de intervención, alcance, el tiempo de duración, la argumentación de los estándares de investigación de legalidad, necesidad y proporcionalidad y sus resultados.

La resolución debe ser motivada, donde se realice el juicio de ponderación entre el derecho restringido o limitado y el interés que se persigue en la investigación, del cual se evidencie la necesidad de acordar la medida de investigación.

Pérez-Cruz (2010, p.309) señala que

¹³ ZOCO ZABALA, Cristina, La intervención judicial de las comunicaciones ¿privadas?, Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, p. 97.

La motivación ha de ser especialmente cualificada para aquellas resoluciones judiciales que limitan derechos fundamentales de la persona que, entre otros extremos, ha de referirse a la concurrencia de indicios reveladores de la existencia de un delito de que se trate, así como de la participación en el mismo del investigado cuyos derechos o libertades públicas han de quedar afectados¹⁴.

A pesar de las complejidades que derivan de sus exigencias formales como condiciones para la adquisición de valor probatorio, no pueden los procesos penales contemporáneos dejar de prestar atención a la práctica de estos actos de investigación, que formando parte de la protección que ofrecen las constituciones a los derechos humanos, resultan una exigencia propia de estos tiempos. Irradia su protección hacia aspectos tan trascendentes para el ser humano como su intimidad, la que puede verse seriamente afectada por estas prácticas, aún y cuando no forma parte de la relación jurídica, ni es propiamente su persona de interés como sujeto para el proceso penal.

III. LA FISCALÍA Y EL CONTROL DE LA INVESTIGACIÓN.

Los estudios realizados demuestran que los modelos de ordenación y control, de la investigación penal son el modelo de control de la Fiscalía y los modelos de control jurisdiccional, este último con diferentes denominaciones del sujeto encargado, entre ellos los más generales: juez de instrucción, juez de garantías o juez de control.

El modelo de justicia cubano, en la fase de investigación, se caracteriza por la intervención, claramente definida, de varios sujetos procesales, a los que les corresponde garantizar el respeto a los derechos y garantías establecidos en la Constitución de la República. Los órganos encargados de la investigación y la instrucción penal son la Policía, la Instrucción Penal y la Fiscalía.

¹⁴ PÉREZ-CRUZ, Martín; XULIO-XOSÉ FERREIRO; PINOL José y SEOANE José, Derecho procesal penal, 2.a ed., Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 309.

El instructor penal es el responsable de la planificación y ejecución de la fase preparatoria, mientras que el Fiscal realiza el control de la investigación penal, ejercita la acción penal pública en representación del Estado, al propio tiempo que vela por el estricto cumplimiento del principio de legalidad, para lo cual se determina como sujeto activo en la toma de decisiones frente a los actos de investigación, y su consecuente control durante la fase preparatoria.

El ordenamiento jurídico procesal penal cubano adoptó la posición del control Fiscal en desarrollo de lo preceptuado en la Constitución de la República de Cuba del 2019, donde al señalar los roles asignados a la Fiscalía, ponderó de manera especial la actividad de control de la investigación penal en primer orden. Así, desde el principio de Legalidad aplicado a la investigación penal debe garantizar la licitud de los actos de investigación para que en su momento puedan convertirse en actos de prueba y ser incorporados al proceso a través de los medios de prueba establecidos. Esencialmente de aquellos considerados necesarios y pertinentes para el ejercicio de la acción penal, como premisa que además condiciona su validez para el juzgador y con ello la seguridad jurídica de las decisiones judiciales.

Por ello declara el texto constitucional que “La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado que tiene como misión fundamental ejercer el control de la investigación penal y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado, así como velar por el estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales por los órganos del Estado, las entidades y por los ciudadanos.”¹⁵

El 7 de diciembre del 2021 se publicó en la Gaceta Oficial de la República de Cuba la Ley 143 “Del Proceso Penal”¹⁶ que entró en vigor el 1ro de enero del año 2022, norma en la que las misiones, tareas y funciones de la Fiscalía General de la República se acrecientan, en número y complejidad. Adquiere mayores dimensiones su participación en condición de sujeto y parte de una relación jurídica de naturaleza contradictoria.

¹⁵ Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial No.5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019. (GOC-2019-406-EX5). Artículo 156.

¹⁶ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140)

La función de control de la investigación en el proceso penal incluye en sí misma la verificación del cumplimiento de la Legalidad, prestando especial atención a las exigencias que forman parte de las particularidades de los diferentes actos que lo componen. La intervención de las comunicaciones es uno de los actos que siendo propios de la investigación y dimensionado hoy su empleo en los procesos penales, requieren del estricto control por parte de la Fiscalía, en un contexto en el que se decidió en el sistema de administración de la justicia penal en Cuba prescindir de la vía judicial para ello. Es esta una decisión que exige de este órgano una adecuada ponderación entre los roles dispuestos por el mandato constitucional en aras del logro de la efectiva protección de los derechos y garantías de las personas que de cualquier manera acuden a la relación jurídica en la que se sustenta el proceso penal.

Compleja resulta la misión para un sistema eminentemente acusatorio de que sean comprendidas en su dimensión adecuada la necesidad de fortalecimiento de las garantías y derechos de los acusados, pues las particularidades de esta forma de enjuiciamiento no solo supone la clara distinción entre las funciones de acusar y de juzgar, sino que a su vez exige el fortalecimiento de las funciones y misiones del sujeto procesal que ha de llevar adelante la titularidad del ejercicio de la acción penal, sobre la cual estará cada vez más al margen de participación alguna el juzgador como órgano imparcial. De ahí que sea exigencia tanto en el orden sustantivo como en el procesal limitar el ejercicio del poder punitivo del Estado y fortalecer las garantías de su contraparte, favoreciendo así el cumplimiento de importantes principios procesales.

Consideramos que el proceso penal cubano está dotado de fortalezas que posibilitan que sea la Fiscalía la que asuma el rol de ordenar y controlar las intervenciones de las comunicaciones y de otros actos de investigación que limitan los derechos de intimidad y del secreto de las comunicaciones.

Entre esas fortalezas encontramos que la Constitución de la República a la que hacíamos referencia, además de establecer las funciones de la Fiscalía General de la República, estableció que es un órgano que constituye una unidad orgánica indivisible y con independencia funcional, subordinada al Presidente de la República. Sus órganos se organizan verticalmente en toda la nación, subordinados solamente a la Fiscalía

General de la República y son independientes de todo órgano local, lo que implica que en la toma de decisiones no debe obedecer más que al cumplimiento de las normas jurídicas vigentes para cada caso en particular.

Otros aspectos que refuerzan el control fiscal lo constituyen el hecho de que los cargos principales de este órgano, dígame el Fiscal General de la República y los vicefiscales generales son elegidos y pueden ser revocados por la Asamblea Nacional del Poder Popular, órgano al que también rinden cuenta de su gestión, como órgano supremo del poder de Estado, que representa a todo el pueblo y expresa su voluntad soberana. Con posterioridad a la vigencia de la Ley del proceso penal, se dictó la Ley No. 160 de 13 de enero del 2023, Ley de la Fiscalía General de la República¹⁷ en cuyo texto se reproducen las esencias del mandato constitucional y se declara como misión fundamental del órgano “ejercer el control de la investigación penal”¹⁸, en una relación ponderada de manera privilegiada, con una concepción diferente a la que en su día declaró su predecesora, la Ley No. 83 de 11 de julio de 1997.

El ejercicio de la misión de la Fiscalía General de la República, en su ley orgánica, se sustenta en la conducta ética de los directivos, fiscales y demás trabajadores que aseguran su gestión, basadas en los valores y principios de actuación, relativos al patriotismo, dignidad, lealtad, probidad, humanismo, profesionalidad y responsabilidad. Cómo garantizar entonces el cumplimiento de los estándares de investigación en la intervención de las comunicaciones y que el control fiscal asumido en el ordenamiento procesal cubano sea efectivo?

Una rápida mirada a los contenidos de la nueva Ley del Proceso Penal cubano, nos indica que se incluye la intervención de las comunicaciones como acto de investigación en tres modalidades: la considerada tradicional, como registro de documentos, interceptación y registro de la correspondencia¹⁹, la captación y grabación de comunicaciones orales y

¹⁷ Ley 160 de la Fiscalía General de la República. Gaceta Oficial No.5 Ordinaria de 13 de enero de 2023. (GOC-2023-56-05).

¹⁸ Ley 160 de la Fiscalía General de la República. Gaceta Oficial No.5 Ordinaria de 13 de enero de 2023. (GOC-2023-56-05). Artículo 3.

¹⁹ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículos 317 y siguientes.

de la imagen mediante la utilización de dispositivos electrónicos²⁰ y las técnicas especiales de investigación.²¹ Para todas ellas, y con igual alcance, se exige el cumplimiento de las exigencias del debido proceso; sin embargo, no ha de ser idéntica la actuación de la Fiscalía para la autorización de su práctica, la verificación del cumplimiento de los requisitos que se exigen para su autorización, su control y hasta la utilización de los resultados que de ella pueden derivar, pues cada una de ellas posee sus especificidades y no tenerlas en cuenta puede traer consigo vulneraciones a importantes derechos constitucionales como son la intimidad personal y el secreto de las comunicaciones.

En el caso específico del registro de documentos, interceptación y registro de la correspondencia, se dispone que “la autoridad competente puede ordenar el registro de documentos y correspondencia, en cualquier soporte, del imputado o de otras personas, cuando existan indicios de que de esta diligencia podría resultar el descubrimiento o la comprobación del hecho delictivo que se investiga o de sus circunstancias”²².

Se dispone además que “puede ordenarse por la autoridad competente la interceptación de la privada vinculada con el imputado o tercero civilmente responsable, en cualquier soporte, si existen indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho delictivo o circunstancias importantes relacionadas”.²³ Del análisis de esta formulación se puede afirmar que no es posible intervenir comunicaciones en ninguna de sus variantes de sujetos que no posean la condición o status procesal a que hace referencia el precepto, lo cual en determinados procesos penales pudiera constituir una limitación en su empleo o generar nulidades de carácter absoluto como resultado de su utilización.

²⁰ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículos 325 y 326.

²¹ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículos 327 y siguientes.

²² Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículo 317.

²³ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículo 320.

En la modalidad de la captación y grabación de comunicaciones orales y de la imagen mediante la utilización de dispositivos electrónicos se da por sentado que “los resultados de la aplicación de los medios técnicos e informáticos que posibilitan las grabaciones de audio, video e imágenes encaminadas a probar la existencia del delito, la participación de los intervinientes o cualquier otra circunstancia con trascendencia jurídico penal, pueden ser incorporados al proceso como prueba documental, teniendo como presupuesto su legalidad y como límite, el respeto a los valores relacionados con la dignidad humana regulados en la Constitución de la República. La información captada por cámaras públicas de video vigilancia puede incorporarse al proceso penal y la que se capte en lugares o establecimientos privados abiertos al público; en este último caso, siempre que se anuncie la instalación de sistemas de video vigilancia o las cámaras estén colocadas en lugares visibles; también pueden incorporarse las imágenes captadas en domicilios por cámaras colocadas por su dueño.”²⁴

Y en el caso de las técnicas especiales de investigación, entendidas como “los métodos para la obtención de la información que utilizan recursos técnicos, tecnológicos, humanos o de otras características, acorde a la actividad delictiva de que se trate, aplicados por los encargados de la investigación y la instrucción penal”,²⁵ si se define que “el instructor penal es el encargado de solicitar al fiscal la aprobación para el empleo de dichas técnicas, mediante escrito en el que fundamente la necesidad y el alcance de su aplicación a partir de las particularidades del hecho investigado, sus intervinientes y lesividad, y las razones que justifican su utilización. Corresponde al Fiscal General de la República autorizar la aplicación de dichas técnicas, cuando es el fiscal quien realiza la investigación o la instrucción del expediente de fase preparatoria, cuando estas se utilizan para investigar hechos cuyo destino sea el exterior o cuando se deriven de actos de cooperación penal internacional”²⁶.

²⁴ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículo 325

²⁵ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículo 327

²⁶ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículo 329.1.2

“Excepcionalmente, cuando por las circunstancias del caso no resulte posible obtener la autorización con anterioridad a la aplicación de estas técnicas, el instructor penal o el fiscal, según corresponda, en el plazo de veinticuatro horas, contadas a partir del momento de su aplicación, solicita autorización para continuar, mediante escrito en el que fundamenta la pertinencia, el alcance y las razones que imposibilitaron su autorización previa”²⁷.

Para la ejecución de este acto de investigación en el resto de los supuestos en que así se considere, se requiere la aprobación del Fiscal Jefe Provincial, para lo cual han de tenerse presente los principios: “a) Principio de Subsidiaridad: se aplica solamente si no existen otros métodos de investigación convencional que posibiliten que el delito sea detectado o sus intervinientes identificados.

b) Principio de Necesidad: sólo se utiliza atendiendo a los fines de la investigación en relación con la importancia del delito investigado.

c) Principio de Proporcionalidad: se usa sólo si la protección del interés público predomina sobre la protección del interés privado.

d) Principio de Especialidad: la información recolectada solamente es conocida por la autoridad competente y utilizada en el proceso, para probar la acusación que fue materia de la investigación. Excepcionalmente es utilizada para el esclarecimiento de otros delitos.

e) Principio de Reserva: las actuaciones referidas a las técnicas especiales de investigación sólo son de conocimiento de los funcionarios autorizados por ley”²⁸.

Con la entrada en vigor de la Constitución de la República de Cuba, promulgada el 10 de abril de 2019, se sistematizó que “el Estado cubano reconoce y garantiza a la persona el goce y el ejercicio irrenunciable, imprescriptible, indivisible, universal e interdependiente de los derechos humanos, en correspondencia con los principios de progresividad,

²⁷ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140). Artículo 330

²⁸ Resolución 7 del 2022 de la Fiscal General de la República de Cuba, Procedimiento para el trabajo del fiscal en los Procesos Penales

igualdad y no discriminación. Su respeto y garantía es de obligatorio cumplimiento para todos.”²⁹

Para la materialización de esta garantía, en la disposición transitoria décima del texto constitucional, e previó el perfeccionamiento del sistema de normas jurídicas y se dispuso que “El Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular, en el plazo de dieciocho meses de entrada en vigor de la Constitución, presenta a la Asamblea Nacional del Poder Popular...las propuestas de modificaciones a la Ley de Procedimiento Penal...”³⁰, lo que se hizo efectivo con la Ley No. 143 de 2021³¹, Ley del Proceso Penal, aún y cuando en alguna de sus regulaciones sea susceptible de perfeccionamiento. La trascendencia de las regulaciones contenidas en la ley de trámites procesales, impuso la necesidad de actualizar y perfeccionar la aplicación de las normas generales para el trabajo del fiscal en los procesos penales en las circunstancias actuales, con el debido seguimiento y control por parte de los jefes encargados de exigir por su cumplimiento. Donde se responsabiliza a los jefes de realizar el seguimiento y control.

Al normar la Fiscal General de la República la actividad del órgano referida a los procesos penales, realizó un reconocimiento expreso del papel del Fiscal en el cumplimiento de los principios del debido proceso, precisando la responsabilidad del Fiscal que ejerce el control de la investigación de cumplir y hacer cumplir aquellos que guardan estrecha relación con la investigación. Se incluye dentro de esta valoración los que se encuentran vinculados con la práctica de intervención de las comunicaciones como acto propio de la actividad investigativa. Se destaca en esta normativa los efectos que de su incumplimiento pueden derivarse, que trascienden a su desvalor y a su declaración de actos nulos de manera absoluta.

Si bien resulta plausible la regulación de la intervención de las comunicaciones en la Ley del Proceso Penal de Cuba, aprobada en el

²⁹ Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial No.5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019. (GOC-2019-406-EX5). Artículo 41.

³⁰ Constitución de la República de Cuba. Gaceta Oficial No.5 Extraordinaria de 10 de abril de 2019. (GOC-2019-406-EX5). Disposición Transitoria Décima.

³¹ Ley 143 del Proceso Penal. Gaceta Oficial No.140 Ordinaria de 7 de diciembre de 2021. (GOC-2021-1073-0140).

2021, pues no deja lugar a dudas su legitimidad para el proceso penal, el tiempo de vigencia y de aplicación de sus preceptos en la práctica judicial cubana vienen indicando que aún es susceptible de perfeccionamiento. Notoria es además la utilidad de este acto de investigación, en la búsqueda de la pretendida verdad procesal que interesa al proceso. Se trata de la exigencia al proceso penal de asumir los retos impuestos por el desarrollo tecnológico a nivel internacional, con sus particularidades en el entorno nacional, por ser esta parte de la realidad social a la que resulta imposible no prestar atención en los predios del derecho penal por las afectaciones que ello puede producir a importantes derechos y garantías de rango constitucional como son los derechos a la intimidad y al secreto de las comunicaciones. Como afirma Gómez-(2024, p.30)

Las nuevas tecnologías llevan consigo cambios y uno de estos es el cambio en las posturas jurídicas y en la ley, el derecho debe seguir los pasos de las innovaciones tecnológicas, en el campo de la protección de datos se hace necesario estar a la vanguardia de las nuevas tendencias internacionales, no se trata de enfrentar el desarrollo digital con el derecho, sino de pintar nuevos senderos.³²

CONSIDERACIONES FINALES

Los análisis realizados nos permitieron dar respuesta al problema de investigación y corroborar la hipótesis planteada: la existencia de estándares de investigación en las intervenciones de las comunicaciones en el proceso penal cubano, garantizarían el ejercicio de los derechos de intimidad y del secreto de las comunicaciones. . En la ejecución de las diferentes modalidades del acto de investigación objeto de estudio y en el empleo de sus resultados como material probatorio para el proceso penal, se dimensiona de manera especial el rol de la Fiscalía en cada una de las funciones que en su día fueran asignadas por la Constitución de la República de Cuba del 2019.

³² GÓMEZ-GÓMEZ, Christian Camilo. (2023). “Protección de datos personales recuperados en internet o dispositivos electrónicos en el proceso penal colombiano” En: Revista CES Derecho. Vol. 15. No. 1, enero a abril de 2024. p. 30. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7236>.

Llevar las reflexiones aquí realizadas el mensaje a los fiscales de que, en cumplimiento de su responsabilidad de encontrar la pretendida verdad procesal, se hace imprescindible prestar especial atención al respeto a los derechos humanos y garantías fundamentales de todos los involucrados en el proceso penal, pues nos encontramos ante un acto de investigación que frente al derecho a la intimidad y al secreto de las comunicaciones se nos muestra polémico tanto en su contenido como en sus formas de hacer.

Así se ha de lograr en la actuación del órgano responsabilizado con la persecución penal una adecuada ponderación entre los principios de excepcionalidad, necesidad y proporcionalidad bajo estrictas condiciones de legitimidad para la obtención de la información que las referidas fuentes de prueba pueden aportar al proceso penal. Exige además tener muy en el punto de mira dónde se encuentran los límites a la afectación de los derechos humanos que derivados de las referidas prácticas se puedan producir de aquellos que la ley suprema decidió proteger.

Esta es una contribución que además de dimensionar la trascendencia que en el orden procesal posee la actividad probatoria, ofrece un conjunto de valoraciones acerca de la actuación de los fiscales frente a este acto de investigación. Ese es el reto: no dejar de utilizar los crecientes avances tecnológicos en el esclarecimiento de los hechos delictivos y hacer de la actividad probatoria en el proceso penal una herramienta de garantía en la construcción y defensa de nuestro Estado Socialista de Derecho y Justicia Social.

REFERENCIAS

ABEL LLUCH, Xavier; RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Estudios sobre prueba penal*. Volumen III. Actos de investigación y medios de prueba en el proceso penal: diligencias de instrucción, entrada y registro, intervención de comunicaciones, valoración y revisión de la prueba en vía de recurso. Madrid: La Ley, 2013.

ALCOCEBA GIL, J. Manuel. Los estándares de científicidad como criterio de admisibilidad de la prueba científica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 4, n. 1, p. 215-242, jan. /abr. 2018. <http://dx.doi.org/10.22197/rbdpp.v4i1.120>

ARMENTA DEU, Teresa. Regulación legal y valoración probatoria de fuentes de prueba digital (correos electrónicos, WhatsApp, redes sociales): entre la insuficiencia y la incertidumbre. *Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política*. <https://doi.org/10.7238/idp.v0i27.3149>

ARMIENTA HERNÁNDEZ, Gonzalo; CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael. *Los derechos humanos en América Latina y Europa, Pacto Internacional de los derechos civiles y políticos*. Burócratas, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2015.

BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. Prólogo al libro de MARTÍN MORALES, Ricardo. *El régimen constitucional del secreto de las comunicaciones*. Madrid: Civitas, 1995.

BELDA, Enrique. El derecho al secreto de las comunicaciones. *Parlamento y Constitución*, Ciudad Real, Anuario n.º 2, p. 170, 1998.

BUJOSA VADELL, Lorenzo M. Tecnologías ambientales y delitos ambientales. *Revista Electrónica de Direito Processual*, Brasil, vol.20, n.3, p.268-292, 2019. <http://doi.org/10.12957/redp.2010.45021>

BUJOSA VADELL, Lorenzo M.; BUSTAMANTE RÚA, Mónica M.; TORO GARZÓN, Luis O. La prueba digital producto de la vigilancia secreta: obtención, admisibilidad y valor en el proceso penal en España y Colombia. *Revista Brasileña de Derecho Procesal Penal*, v. 7 n. 2, 2021. <https://doi.org/10.2217/rbdpp.v7i2.482>

CABEZUDO, María José. *La inviolabilidad, del domicilio y el proceso pena*. Madrid: lustel, 2004.

CASABIANCA, Paola. *Las intervenciones telefónicas en el sistema penal*, Barcelona: JMB Bosch Editor, 2016. <http://doi.org/10.14201/gredos.129391>

CASANOVA MARTÍ, Roser. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Barcelona: JMB Bosch Editor, 2014.

DÍAZ REVORIO, Javier. El derecho fundamental al secreto de las comunicaciones. Derecho PUCP, núm.59, 2006, p.126. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima, Perú.

FERNÁNDEZ ROMO, Rodolfo Máximo. Las Técnicas especiales de investigación criminal en la lucha contra la delincuencia organizada contemporánea. In: Goite Pierre, Mayda. *Temas de Derecho y Proceso penal, desde una perspectiva jurídico penal contemporáneo en el enfrentamiento a la criminalidad organizada*. La Habana: UNIJURIS, 2013.

FREIRE MONTERO, A. F. La intervención de las comunicaciones telemáticas en el contexto digital. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 130, 139-167, 2024. <https://doi.org/10.18042/cepc/redc.130.05>

GIMENO SENDRA, Vicente. *La intervención de las comunicaciones. En Proceso y Constitución*. Lima: ARA Editores, 2011.

GÓMEZ-GÓMEZ, Christian C. Protección de datos personales recuperados en internet o dispositivos electrónicos en el proceso penal colombiano *Revista CES Derecho*. Vol. 15. No. 1, p. 17-30, enero a abril de 2024. <https://dx.doi.org/10.21615/cesder.7236>

GÓMEZ COLOMER, J. L. y otros. *Derecho jurisdiccional III. Proceso penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2019.

GÓMEZ COLOMER, J. L. El proceso penal español a comienzos del siglo XXI. *Revista para el análisis del derecho*, 1/2017, 3-59.

JIMÉNEZ CAMPO, J. La garantía constitucional del secreto de las comunicaciones, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 20, p. 41, Mayo a Agosto, 1987.

LÓPEZ BARJA DE QUIROJA, J. *Tratado de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. Navarra: Thomson Aranzadi, 2012.

LÓPEZ-FRAGOSO ÁLVAREZ, T. *Las intervenciones telefónicas en el proceso penal*. Madrid: Colex, 1991.

MARTÍNEZ DE PISÓN CAVERO, José María. *El derecho a la intimidad en la jurisprudencia constitucional*. Madrid: Civitas, 1993.

MENDOZA DÍAZ, Juan. *Derecho Procesal Parte General*. La Habana: Félix Varela, 2014.

MONTERO AROCA, J. *La intervención de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal* Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

MORENO CATENA, V. *Garantía de los derechos fundamentales durante la investigación penal*. En VV.AA. Problemas actuales del proceso penal y derechos fundamentales. Bilbao: Universidad de Deusto, 2010.

MUÑOZ DE MORALES ROMERO, M. Hacia la cobertura legal de las intervenciones telefónicas en el ordenamiento jurídico español: la reforma del art. 579 LECrim. *Boletín de la Facultad de Derecho*, núm. 27, p. 59, 2005.

ORTIZ PRADILLO, J. C. Europa: auge y caída de las investigaciones penales basadas en la conservación de datos de comunicaciones electrónicas. *Revista General de Derecho Procesal*, 52, p. 1-28, 2020.

REBOLLO DELGADO, L. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid, 2005.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Estudios sobre Prueba Penal*. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba. Madrid, 2011.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid: Mc Graw Hill, 1997.

RIVES SEVA A.P. *Intervención de las comunicaciones en el proceso penal*. Barcelona: 2010.

PERALES ASCENSIÓN, Elvira. *Derecho al secreto de las comunicaciones*. Madrid: lustel, 2007.

PÉREZ-CRUZ, Martín; XULIO-XOSÉ FERREIRO; PINOL José y SEOANE José. *Derecho procesal penal*. 2a ed., Navarra: Civitas-Thomson Reuters, 2010.

RÀFOLS LLACH, J. Autorización judicial para la instalación de aparatos de escucha, transmisión y grabación en lugar cerrado. *Cuadernos de Derecho Judicial*, núm. 1, p. 560, 1992.

QUINTERO OSPINA, T. *Las pruebas en materia penal*. Bogotá, 1991.

REBOLLO DELGADO, L. *El derecho fundamental a la intimidad*. Madrid, 2005.

RICHARD GONZÁLEZ, Manuel. *Estudios sobre Prueba Penal*. Volumen II. Actos de investigación y medios de prueba. Madrid, 2011.

RIVES SEVA, A. P. *La intervención de las comunicaciones en el proceso penal*. Barcelona: Bosch, 2010.

RODRÍGUEZ RUIZ, B. *El secreto de las comunicaciones: tecnología e intimidad*. Madrid: McGraw-Hill, 1998.

ROXIN, C. *Derecho Procesal Penal*. Buenos Aires: Bs. As, 2000.

TALAVERA ELGUERA, Pablo. *La búsqueda de las fuentes de prueba y restricción de derechos fundamentales*. Pacífico Editores S.A.C. 2021.

VARONA JIMÉNEZ, A. Aspectos relevantes de la interceptación de las comunicaciones telefónicas en el proceso penal español. *Ius Inkarrri: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política*, n. 9, p.159-172, 2020. <http://doi.org/10.31381/iusinkarri.vn9.3687>

VIEJÓ-GONZALES Freddy Eduardo. Goce a plenitud de los Derechos Humanos, en materia penal, en relación al respeto del Derecho Constitucional de las reglas del debido proceso. *Revista Científica Arbitrada de Investigación en Comunicación, Marketing y Empresa REICOMUNICAR*. Vol. 7, Núm. 13 (Ed. Enero – Junio 2024). <https://doi.org/10.46296/rc.v7i13.0208>

VIVES ANTÓN, Tomás Salvador. *Estado de Derecho, en Comentarios a la legislación penal, Derecho penal y constitución*. Madrid: T.I., 1983.

ZOCO ZABALA, Cristina. *La intervención judicial de las comunicaciones ¿privadas?*. Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, 2014.

Authorship information

Yenisey González Rodríguez. Licenciada en Derecho en la Universidad de Oriente (1999). Master en Derecho Penal (2007). Doctoranda en Ciencias Jurídicas, Universidad de Oriente, Santiago de Cuba. Fiscal Provincial de la Fiscalía Provincial de Granma, República de Cuba. Profesora Asistente, Universidad de Granma, República de Cuba. ygonzalezr1976@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 30/04/2024
- Desk review and plagiarism check: 04/05/2024
- Correction round return 1: 04/05/2024
- Review 1: 29/08/2024
- Review 2: 02/09/2024
- Review 3: 02/09/2024
- Preliminary editorial decision: 28/09/2024
- Correction round return 2: 13/10/2024
- Final editorial decision: 14/10/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 3

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

GONZÁLEZ RODRÍGUEZ, Yenisey. Derechos Humanos y estándares de investigación: una mirada desde la intervención de las comunicaciones en el proceso penal cubano. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1014, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1014>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


A aplicação do *in dubio pro societate* na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma pesquisa empírica


The use of in dubio pro societate in the jurisprudence of the Supreme Federal Court: an empirical research

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw¹

Centro Universitário Maurício de Nassau – Recife, PE, Brasil

gustavo.kershaw@mppe.mp.br

 <http://lattes.cnpq.br/3119698214921044>

 <https://orcid.org/0000-0003-2505-5502>

RESUMO: Em processos de competência do Tribunal do Júri, cortes brasileiras aplicam, na fase de pronúncia, o brocardo *in dubio pro societate*. Tal prática suscita controvérsias doutrinárias e jurisprudenciais. Como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem aplicado e interpretado o princípio do *in dubio pro societate* em seus julgados? A pesquisa se desenvolve com a análise qualitativa de 37 (trinta e sete) julgados do STF sobre a matéria. Como resultados desta pesquisa constatou-se: a inexistência de previsão constitucional expressa do *in dubio pro societate*, tratando-se de uma construção jurisprudencial relacionada com a competência constitucional do Tribunal do Júri; a prova a amparar a decisão de pronúncia, quanto aos indícios de autoria, deve ser a prova judicial, produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, vedada a decisão de pronúncia com base unicamente em elementos colhidos na fase investigatória; o *standard* de prova exigido para que se considerem como suficientes os indícios de autoria é a preponderância da prova, ou seja, o conjunto de provas judiciais que incrimina o acusado deve preponderar sobre a prova que o absolveria para que, assim, se justifique sua submissão ao julgamento pelo júri.

¹ Mestre em Criminologia e Justiça Criminal pela Universidade de Edimburgo (Reino Unido) e Mestre em Perícias Forenses pela Universidade de Pernambuco. Professor de Processo Penal na UNINASSAU – Centro Universitário Maurício de Nassau, Recife. Pesquisador voluntário na Birkbeck, Universidade de Londres. Promotor de Justiça do Ministério Público de Pernambuco.

PALAVRAS-CHAVE: processo penal; tribunal do júri; in dubio pro societate; prova; Supremo Tribunal Federal.

ABSTRACT: *In jury trials, Brazilian courts apply, during the first phase of the trial by jury, the legal maxim in dubio pro societate. Such practice sparks academic and jurisprudence controversies. How has the Supreme Federal Court (STF) applied and interpreted the principle of in dubio pro societate in its rulings? The research unfolds through qualitative analysis of 37 judicial cases from the STF on the subject. This research reached the following conclusions: there is no express constitutional provision for in dubio pro societate, it being a jurisprudential construct related to the constitutional competence of the jury; the evidence supporting the decision at the end of the first phase of the procedure, regarding the person who committed the crime, must be the evidence produced under the scrutiny of adversarial proceedings, with decisions solely supported by elements gathered in the investigation being prohibited; the standard of proof required to consider indications of the author of an offense is the preponderance of evidence, that is the set of evidence incriminating the accused must outweigh the evidence that would exonerate them, justifying their submission to trial by jury.*

KEYWORDS: criminal process; jury; in dubio pro societate; evidence; Supremo Tribunal Federal.

SUMÁRIO: Introdução; 1. A fase da pronúncia e o *in dubio pro societate*: situando o problema; 2. Procedimentos metodológicos; 3. Resultados; 3.1 Há amparo constitucional do *in dubio pro societate* e compatibilidade com a presunção de inocência? 3.2 A regra do *in dubio pro societate* tem relação com a competência do Tribunal do Júri? 3.3 Qual é a natureza ou finalidade da decisão de (im)pronúncia? 3.4 Qual é o *standard* probatório aplicável na fase de pronúncia quanto aos indícios de autoria? Considerações finais.

INTRODUÇÃO

A Constituição da República estabeleceu a competência do Tribunal do Júri para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Com efeito, o art. 5º, inciso XXXVIII, defere à lei organizar o júri, para a

especial finalidade de realizar o julgamento dos crimes dolosos contra a vida. Também conhecido como “júri popular” tal designação revela um dos aspectos mais particulares dessa instituição, que é a sua composição por pessoas da comunidade.

A participação do cidadão no Tribunal do Júri é resultado do princípio democrático, em que o povo participa diretamente dos espaços de poder – democracia participativa. A participação popular no Poder Judiciário, que se materializa singularmente por meio do júri, é um dos fundamentos de sua própria existência. É por meio do envolvimento no júri que o cidadão é trazido ao coração do sistema de justiça criminal, proporcionando legitimidade democrática aos veredictos e inserindo, no julgamento popular, valores da comunidade, para além de um sistema legal profissionalizado (DORAN, 2002, p. 380; PACELLI, 2020, p. 886). Nas palavras de Lenio Streck (2001, p. 763), “o júri deve ser entendido como um importante mecanismo democrático, precisamente porque permite o resgate de uma dimensão tão cara ao direito e à realização da justiça: a participação popular”. Essa compreensão foi expressa em alguns julgamentos pelo Supremo Tribunal Federal (STF), segundo o qual² “o Júri é uma instituição voltada a assegurar a participação cidadã na Justiça Criminal”.

A Constituição também assegura, no art. 5º, inciso LVII, que ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória, consagrando a presunção de inocência. A presunção de inocência é uma garantia civilizatória, valor político-jurídico e princípio

² Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 176933. Relator(a): Min. Celso de Mello, Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 20 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436436/false>. Acesso em: 28 abr. 2024; Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 117076. Relator(a): Min. Celso de Mello, Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 20 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436433/false>. Acesso em: 14 set. 2024; Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 185068. Relator(a): Min. Celso de Mello, Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 20 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436447/false>. Acesso em: 14 set. 2024

basilar do processo penal, que “quando estruturado, interpretado e aplicado, há de seguir o signo da dignidade e dos direitos essenciais da pessoa humana” (GIACOMOLLI, 2018, p. 894).

Assim, tanto a competência do júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida quanto a presunção de inocência desfrutam de proteção constitucional e, como direito fundamental, ambas têm status constitucional de cláusula pétrea (art. 60, §4º, inciso IV, da CRFB/88), exigindo do intérprete e aplicador do Direito, a sua compatibilização com racionalidade e fundamentação.

Juízos e tribunais brasileiros têm aplicado, na fase de pronúncia, que encerra a primeira etapa do processo de julgamento de crimes dolosos contra a vida, o brocardo jurídico *in dubio pro societate*. Em sua literalidade, a expressão latina significa “na dúvida, pró-sociedade” ou “na dúvida, em favor da sociedade”. Para além da tradução e da interpretação literais do brocardo, é relevante compreender se há respaldo constitucional para sua aplicação e, sendo o caso, qual a sua correta interpretação à luz do ordenamento constitucional.

O tema ganha importância atual uma vez que a aplicação dessa regra tem suscitado controvérsias no campo doutrinário e, cada vez mais, no âmbito dos tribunais brasileiros. Como o Supremo Tribunal Federal (STF) tem aplicado e interpretado o princípio do *in dubio pro societate* em seus julgados? No presente estudo, de natureza descritiva-documental, busca-se compreender o sentido e alcance do *in dubio pro societate* a partir da análise qualitativa de julgados do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria.

1. A FASE DA PRONÚNCIA E O *IN DUBIO PRO SOCIETATE*: SITUANDO O PROBLEMA

O Código de Processo Penal (CPP) prevê que o júri se desenvolve em duas fases: a de formação da culpa ou o *judicium acusationi* (1ª fase) e a de julgamento em sentido estrito ou *judicium causae* (2ª fase). Na prática, ao fim da primeira fase, analisa-se a admissibilidade da acusação a partir da prova produzida em juízo. A conclusão do juízo para fins de admissibilidade da acusação se dá a partir da resposta a duas indagações

extraídas do art. 413 do CPP. São elas: 1) há prova da materialidade do fato? e 2) há indícios suficientes de autoria ou de participação? Caso estejam reunidos os requisitos previstos em lei, respondendo-se positivamente a ambas as indagações, a pessoa acusada é pronunciada e submetida a julgamento pelo júri, momento no qual há o julgamento propriamente dito – a segunda fase. Nas palavras de José Frederico Marques, é durante a fase de formação da culpa que se examina a admissibilidade da acusação formulada contra o réu e, “desde que haja elementos nos autos que justifiquem a pronúncia da pessoa acusada, instaura-se o *judicium causae* durante o qual é o réu submetido ao julgamento pelo Tribunal do Júri” (MARQUES, 2000, p. 187).

A decisão de pronúncia demanda fundamentação adequada, em observância ao que dispõe o art. 93, inciso IX da Constituição. Ao impor ao Estado-juiz o dever de fundamentar suas decisões, a Constituição “procura assegurar uma garantia ao acusado em entender que o juízo está exercendo sua função de maneira imparcial e racional nos termos do sistema legal vigente” (ANDRADE; SANTIAGO; CAMINHA, 2021, p. 529). Se toda decisão judicial deve ser fundamentada, com mais razão aquelas que restringem ou tem o potencial de restringir direitos devem o ser. Indubitavelmente, submeter alguém ao julgamento popular é decisão que necessita de esforço argumentativo, no sentido de justificar, com base nas provas, a decisão do juízo – pela pronúncia ou impronúncia.

Quando da análise da admissibilidade de uma acusação de crime de competência do júri, é imprescindível buscar a conciliação entre a observância à competência do júri e a presunção de inocência. Essa tarefa não será fácil a depender das circunstâncias do caso concreto. Muitas vezes, à luz das evidências coletadas ao longo da instrução criminal, o juízo pode se deparar com situações nas quais correria o risco de sacrificar a competência do júri, deixando de submeter uma causa ao seu juízo natural, ou, ao privilegiar tal competência, poderia ferir a presunção de inocência e mandar para julgamento pelo júri alguém contra quem não há evidências suficientes. É por esta razão que se faz indispensável a fundamentação da decisão, expondo-se os motivos a partir da prova produzida.

Contudo, abundam decisões de pronúncia que carecem de fundamentação adequada e lançam mão do brocardo *in dubio pro societate*, como um “coringa” que, quando utilizado, parece tornar desnecessária

a fundamentação. Os juízes e tribunais, ao invocarem o *in dubio pro societate*, muitas vezes deixam de fundamentar as decisões de pronúncia valendo-se dessa prática de cunho retórico, encaminhando, indiscriminada e quase automaticamente, procedimentos para o Tribunal do Júri (DIAS; ZAGHLOUT, 2017; DIAS, 2021; CAMPOS, 2006; ALMEIDA, 2018). A pesquisa tem apontado que sua utilização acarreta riscos de inversão do ônus da prova no processo penal (incumbência da acusação), vilipendiando a presunção de inocência (CARMO; SANTIAGO, 2022), uma lógica que, portanto, seria perversa (FERREIRA RODRIGUES PEREIRA, 2011).

Nos manuais acadêmicos, por exemplo, podemos encontrar críticas em Paulo Rangel (2018), Aury Lopes Júnior (2020), Renato Brasileiro de Lima (2020) e na obra sobre o tema de Rafael Fecury Nogueira (2018).

Aury Lopes Júnior (2020, p. 596), por exemplo, leciona que

a presunção de inocência e o *in dubio pro reo* não podem ser afastados no rito do Tribunal do Júri. Ou seja, além de não existir a mínima base constitucional para o *in dubio pro societate* (quando da decisão de pronúncia), é ele incompatível com a estrutura das cargas probatórias definida pela presunção de inocência.

Por outro lado, juristas como Edilson Mougenot (2019, p. 848) e Norberto Avena (2020, p. 1592) destacam o papel importante do *in dubio pro societate* como regra a ser aplicável na fase da pronúncia, respectivamente:

Assim, nessa decisão apenas se reconhece a existência de um crime e a presença de suficientes indícios da responsabilidade do réu, apontando-se a direção a ser seguida pela ação penal. Na dúvida, cabe ao juiz pronunciar, encaminhando o feito ao Tribunal do Júri, órgão competente para o julgamento da causa. Nessa fase vigora a máxima *in dubio pro societate*.

Reitera-se que, neste momento processual, vigora o princípio *in dubio pro societate*. Isto quer dizer que, existindo qualquer dúvida quanto à ocorrência das causas que implicam o afastamento da competência do júri, cabe ao juiz pronunciar o réu. Não se ignora, por certo, a existência de corrente apregoando a não incidência do postulado *in dubio pro societate*, e sim, também nesta fase do processo dos crimes dolosos contra a vida, do *in dubio pro reo*. Tal

orientação, porém, é minoritária e não possui fôlego nos Tribunais Superiores, onde persiste o entendimento de que “a decisão de pronúncia constitui juízo de admissibilidade da acusação, não exige a certeza necessária à condenação”, sendo que “eventuais dúvidas, nessa fase, devem ser solucionadas sempre à luz do princípio *in dubio pro societate*”

Eugênio Pacelli (2021, p. 917), Pacelli e Fischer (2021, p. 1884) e Guilherme Nucci (2020, p. 1466) também tecem críticas ao *in dubio pro societate*, mas, numa posição intermediária, oferecem uma releitura em busca da compreensão do instituto que se adeque ao ordenamento constitucional. Respectivamente:

É costume doutrinário e mesmo jurisprudencial o entendimento segundo o qual, nessa fase de pronúncia, o juiz deveria (e deve) orientar-se pelo princípio do *in dubio pro societate*, o que significa que, diante de dúvida quanto à existência do fato e da respectiva autoria, a lei estaria a lhe impor a remessa dos autos ao Tribunal do Júri (pela pronúncia). Na essência, é mesmo assim. Mas acreditamos que por outras razões. Parece-nos que tal não se deve ao *in dubio pro societate*, até porque não vemos como aceitar semelhante princípio (ou regra) em uma ordem processual garantista.

Compreendemos que, num sistema orientado por uma Constituição garantista, não poderia em sua essência o princípio invocado servir como supedâneo para a submissão ao Tribunal Popular. De fato, a regra é a remessa para julgamento perante o juízo natural nessas circunstâncias (eventual dúvida). Mas não pelo *in dubio pro societate*. Parece-nos que esse é o fundamento preponderante: como regra, apenas o Tribunal do Júri é quem pode analisar e julgar os delitos dolosos contra a vida (também os conexos – art. 78, I, CPP). É dizer, o juiz natural para a apreciação dos delitos contra a vida é o Tribunal do Júri, a quem, como regra (salvo nas hipóteses de absolvição sumária ou desclassificação), deverá ser regularmente encaminhado o processo.

A expressão *in dubio pro societate* (na dúvida, em favor da sociedade) é mais didática do que legal. Não constitui um princípio do processo penal, ao contrário, o autêntico princípio calca-se na prevalência do interesse do acusado (*in dubio pro reo*). Mas tem o sentido eficiente de indicar ao juiz que a decisão de pronúncia não

é juízo de mérito, porém de admissibilidade. Por isso, se houver dúvida razoável, em lugar de absolver, como faria em um feito comum, deve remeter o caso à apreciação do juiz natural, constitucionalmente recomendado, ou seja, o Tribunal do Júri.

O *in dubio pro societate*, geralmente referenciado como princípio, tem ampla e histórica utilização no cotidiano forense. Também há muito a doutrina tem criticado seu uso (ver, por exemplo: NASSIF, 1997; SILVA, 2001; RANGEL, 2002; PITOMBO, 2003; SILVA, 2003; PERES, 2005). Mais recentemente, o movimento que propõe sua revisão, releitura ou mesmo sua extinção da prática judicial brasileira tem encontrado espaço em decisões do STF, objeto da presente análise.

2. PROCEDIMENTOS METODOLÓGICOS

O presente trabalho é resultado de pesquisa descritiva-documental, tendo como fonte primária o acervo de acórdãos do STF. A escolha por este tribunal se deu em razão de a presente pesquisa analisar a interpretação constitucional da competência do júri e da presunção de inocência. Neste sentido, apesar de todos os juízes e tribunais brasileiros realizarem interpretação constitucional, a interpretação constitucional definitiva recai sobre o Supremo (STRECK, 2018), o que justifica a escolha desta Corte em precedência sob os demais tribunais brasileiros.

Para o presente estudo, utilizamos como fonte o repositório *on-line* de jurisprudência do STF³. No campo de busca lançou-se o argumento *in dubio pro societate* e, como ferramenta de refino, assinalou-se acórdãos, para que o resultado exibisse apenas decisões colegiadas de ambas as Turmas e do Tribunal Pleno. Não houve limitação de tempo, de modo que todos os acórdãos disponíveis no repositório *on-line*, independentemente de data de julgamento, puderam ser selecionados. Foram obtidos, como resultado inicial, 79 (setenta e nove) acórdãos. A razão da escolha de acórdãos, e não decisões monocráticas, deu-se para fins de incluir apenas decisões que envolvessem a interpretação coletiva da Corte (Turmas e

³ Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search>

Tribunal Pleno), em oposição às decisões monocráticas, desprovidas de colegialidade (ARGUELHES; RIBEIRO, 2018).

Em seguida, todos os acórdãos foram analisados com o objetivo de inclusão ou exclusão no estudo. Como critérios de exclusão, foram descartados todos os acórdãos que não eram pertinentes à aplicação da regra *in dubio pro societate* na fase de pronúncia. Assim, foram excluídos os acórdãos que se referiam a utilização da regra em outros contextos, como, por exemplo, recebimento da denúncia, julgamento e aplicação de eventual pena, requisitos da prisão, revisão criminal, aplicação da regra em outros ramos do direito, bem como acórdãos que não tratam do tema, mas o argumento de busca constava relacionado na indexação e, por isso, retornou na pesquisa. Foram excluídos 42 (quarenta e dois) acórdãos.

Ao final do processo de seleção, 37 (trinta e três) acórdãos foram identificados como de interesse para o estudo. Os acórdãos foram lidos e analisados na forma de “inteiro teor”, ou seja, a partir de seus relatórios e votos, seja do relator, seja de outros integrantes do Tribunal⁴.

A pesquisa teve como foco a busca por resposta às seguintes questões: 1) Há amparo constitucional do *in dubio pro societate* e compatibilidade com a presunção de inocência? 2) A regra tem relação com a competência do Tribunal do Júri? 3) Qual é a natureza ou finalidade da sentença de (im)pronúncia? E, por fim, 4) qual é o standard probatório aplicável na fase de pronúncia quanto aos indícios de autoria?

Este trabalho possui algumas limitações, dentre elas o fato de que o repositório on-line do STF pode não disponibilizar todas as decisões da Corte, sobretudo as mais antigas e que não tenham passado pelo processo de digitalização/informatização dos autos. Ademais, o resultado da busca depende de uma correta indexação do tema por quem faz o cadastro do julgado no sistema. Por fim, é importante mencionar que muitos julgamentos sobre a temática se dão por meio de decisões monocráticas dos ministros (um total de 1.260 quando da pesquisa) e que, na ausência de impugnação, não são submetidas aos órgãos colegiados. A análise de decisões monocráticas, como anteriormente explicado, não entrou no escopo deste estudo porque buscou-se a compreensão colegiada do tribunal.

⁴ A planilha de dados e os critérios de inclusão e exclusão pode ser consultada em <https://doi.org/10.48331/scielodata.DCONZG>.

3. RESULTADOS

Inicialmente, destaca-se que no processo de análise para efeitos de inclusão e exclusão, foi possível constatar a inexistência de pronunciamento da composição plenária do Tribunal, de modo que nesta temática só foram localizados julgamentos pelas 1ª e 2ª turmas do STF. Na presente seção, indicaremos as conclusões a partir da análise da fundamentação utilizada pelos ministros com o objetivo de extrair o entendimento da Corte sobre as questões da pesquisa.

3.1 HÁ AMPARO CONSTITUCIONAL DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* E COMPATIBILIDADE COM A PRESUNÇÃO DE INOCÊNCIA?

Até 2019, ambas as Turmas convergiam pela compatibilidade do *in dubio pro societate* com a Constituição.

Na apreciação do HC 113156⁵, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, na 2ª Turma, o Tribunal repeliu a alegação de colisão entre o princípio *in dubio pro societate* e a presunção inocência entre os citados princípios. Igualmente, quando do julgamento do ARE 986566 AgR⁶, de relatoria do Ministro Ricardo Lewandowski, a 2ª Turma anota a compatibilidade do *in dubio pro societate* com a presunção de inocência. Posteriormente, de maneira bastante explícita, no julgamento do ARE 1082664 ED-AgR⁷, o relator, Ministro Gilmar Mendes, afirmou o respaldo

⁵ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 113156. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 14 mai. 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 mai. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur231708/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁶ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 986566. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 21 ago. 2017. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 30 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372249/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁷ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1082664. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 26 out. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 06 nov. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur393855/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

constitucional, ou seja, a compatibilidade do *in dubio pro societate* à luz do ordenamento constitucional brasileiro, *in verbis*: “Volto a registrar, ainda, que, nos crimes dolosos contra a vida, o princípio *in dubio pro societate* é amparado pela Constituição Federal, de modo que não há qualquer inconstitucionalidade no seu postulado”.

Este mesmo entendimento fora expressado no julgamento do ARE 788457 AgR⁸, em que o relator, Ministro Luiz Fux, da 1ª Turma, afirmou a compatibilidade entre o *in dubio pro societate* e a presunção de inocência. Sob relatoria da Ministra Rosa Weber, localizamos os julgados do ARE 873294 AgR⁹ e do ARE 817710 AgR¹⁰ em que aplicada a regra.

No âmbito da 2ª Turma, todavia, em março de 2019, o colegiado modificou seu entendimento. No julgamento do ARE 1067392¹¹, relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, o colegiado passa a entender pela falta de amparo normativo para a aplicação do *in dubio pro societate*. Na análise do RHC 151475 AgR¹², relatado pela Ministra Cármen Lúcia, há até mesmo uma penitência da Ministra por haver aplicado o princípio, o qual passa

⁸ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 788457. Relator(a): Min. Luiz Fux, 13 mai. 2014. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 28 mai. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur265626/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁹ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 873294. Relator(a): Min. Rosa Weber, 15 set. 2017. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 27 set. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur374329/false>. (Acesso em 07 jun. 2024)

¹⁰ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma) Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 817710. Relator(a): Min. Rosa Weber, 25 ago. 2017. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 06 set. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372907/false>. (Acesso em 07 jun. 2024)

¹¹ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário com Agravo n. 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 26 mar. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 02 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

¹² Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 151475. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 03 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 nov. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur415369/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

a considerar de aplicação “proscrita”, ser “falacioso”, “equivocado” e “sem qualquer amparo constitucional ou legal”. Novamente, quando do julgamento do HC 180144¹³, sob relatoria do Ministro Celso de Mello, o Supremo aponta a incompatibilidade da regra do *in dubio pro societate* com a presunção de inocência.

Já a 1ª Turma do STF permanecia firme no sentido da adequação constitucional na aplicação do *in dubio pro societate*. É o que se percebe quando da análise do ARE 1216794 AgR-ED¹⁴, do ARE 1220865 AgR¹⁵, do ARE 1244706 AgR¹⁶, do ARE 1250182 AgR¹⁷ e do ARE 1250182 AgR¹⁸, processos nos quais a regra foi aplicada.

¹³ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 180144. Relator(a): Min. Celso de Mello, 10 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434611/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

¹⁴ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Embargos de Declaração no Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1216794. Relator(a): Min. Luiz Fux, 27 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 out. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur412793/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

¹⁵ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1220865. Relator(a): Min. Luiz Fux, 27 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 out. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur412806/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

¹⁶ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1244706. Relator(a): Min. Luiz Fux, 20 dez. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 fev. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur419035/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

¹⁷ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1250182. Relator(a): Min. Luiz Fux, 21 fev. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435909/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

¹⁸ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1250182. Relator(a): Min. Luiz Fux, 21 fev. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 mar. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur435909/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

No ano de 2021, no entanto, a 2ª Turma, ao analisar o RHC 192846 AgR¹⁹, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, retorna ao entendimento para considerar a conformação da regra à luz do ordenamento constitucional e, além disso, afirmou-se que a aplicação desse princípio não colide com a presunção de inocência. Do acórdão extrai-se que “o princípio *in dubio pro societate* deve prevalecer na sentença de pronúncia, de modo que não existe, neste ato, ofensa ao princípio da presunção de inocência, uma vez que objetiva-se garantir a competência constitucional do Tribunal do Júri”.

Mesmo entendimento fora repetido pela 2ª Turma quando do julgamento, em 2022, do HC 215283 AgR²⁰ e do HC 212550 AgR²¹, ambos de relatoria do Ministro Nunes Marques

Há uma evidente contradição entre o conteúdo dos julgados ARE 1067392²² e RHC 192846²³, ambos emanados da 2ª Turma do Supremo e de um mesmo relator, o Ministro Gilmar Mendes. E percebe-se, como apontado, julgados conflitantes de distintos relatores na 2ª Turma. Essas contradições causam insegurança jurídica, o que demanda uma análise

¹⁹ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 192846. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 24 mai. 2021. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 27 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434611/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

²⁰ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 215283. Relator(a): Min. Nunes Marques, 10 out. 2022. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 out. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur471326/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

²¹ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 212550. Relator(a): Min. Nunes Marques, 09 mai. 2022. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 mai. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur464342/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

²² Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário com Agravo n. 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 26 mar. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 02 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

²³ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 192846. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 24 mai. 2021. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 27 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434611/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

mais aprofundada a fim de encontrar pontos de distinção entre elas. Essa análise será realizada quando do tópico *standard* de prova para a pronúncia.

Como conclusão, é possível dizer que a 1ª Turma do Supremo Tribunal Federal considera que há amparo constitucional para a regra do *in dubio pro societate*, assim como sua compatibilidade com a presunção de inocência. A 2ª Turma, todavia, tem julgados conflitantes, sendo os mais recentes no sentido de que a regra deve prevalecer na sentença de pronúncia, de modo que não existe, neste ato, ofensa ao princípio da presunção de inocência, uma vez que se objetiva garantir a competência constitucional do Tribunal do Júri.

A análise dos julgados acima permite concluir, também, que a despeito da inexistência de dispositivo constitucional expresso que contemple o *in dubio pro societate*, a aplicação desta regra seria uma decorrência da competência constitucional do Tribunal do Júri para julgamento dos crimes dolosos contra a vida. No tópico seguinte, pode-se visualizar a estreita relação entre o *in dubio pro societate* e a competência do Júri na visão do STF.

3.2 A REGRA DO *IN DUBIO PRO SOCIETATE* TEM RELAÇÃO COM A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL DO JÚRI?

Vários julgados do STF relacionam, diretamente, a aplicação da regra do *in dubio pro societate* com a necessidade da preservação da competência do Tribunal do Júri. É o que se observa quando do julgamento em 1996 do HC 73512²⁴, pela 1ª Turma, relatado pelo Ministro Ilmar Galvão, em que o Tribunal buscou evitar um “inquestionável prejuízo à competência constitucional do Tribunal do Júri para apreciar a questão de mérito”, solucionando a questão com a aplicação do *in dubio pro societate*. Também no mesmo sentido o julgamento do RE 540999²⁵, da 1ª Turma,

²⁴ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus n. 73512. Relator(a): Min. Ilmar Galvão, 23 abr. 1996. Diário da Justiça, Brasília, DF, 01 jul. 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118226/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

²⁵ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Extraordinário n. 540999. Relator(a): Min. Menezes Direito, 22 abr. 2008. Diário de Justiça Eletrônico,

relatado pelo Ministro Menezes Direito, oportunidade em que a Corte destacou que a aplicação do brocardo *in dubio pro societate* “destina-se, em última análise, a preservar a competência constitucionalmente reservada ao Tribunal do Júri”. Seguiram este entendimento os julgados referentes ao HC 113156²⁶, ao ARE 986566 AgR²⁷ e ao RHC 192846 AgR²⁸, todos da 2ª Turma do Supremo, bem como o ARE 1088359 AgR, da 1ª Turma²⁹.

Como conclusão, pode-se afirmar que ambas as turmas do STF enxergam uma relação direta entre a regra do *in dubio pro societate* e a necessidade de preservação da competência do Tribunal do Júri. Assim, a despeito da inexistência de uma norma constitucional expressa, o entendimento do STF é no sentido de que a preservação da competência do Tribunal do Júri, esta sim de cunho constitucional, explicaria a existência da regra analisada.

3.3 QUAL É A NATUREZA OU FINALIDADE DA DECISÃO DE (IM)PRONÚNCIA?

Esta temática se relaciona com a função desempenhada, no processo, pela fase de pronúncia, ou seja, qual a sua finalidade no procedimento

Brasília, DF, 20 jun. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur3214/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

²⁶ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 113156. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 14 mai. 2013. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 mai. 2013. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur231708/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

²⁷ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 986566. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 21 ago. 2017. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 30 ago. 2017. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur372249/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

²⁸ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 192846. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 24 mai. 2021. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 27 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434611/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

²⁹ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1088359. Relator(a): Min. Luiz Fux, 20 abr. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 07 mai. 2018. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur384493/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

escalonado do Tribunal do Júri. Ambas as turmas entendem que nessa fase é realizado mero juízo de admissibilidade da acusação, não se confundindo com o julgamento da causa. Esse aspecto ganha relevância a partir do momento em que haveria *standards* (ou graus, níveis) de prova distintos para ambas as etapas. A decisão de pronúncia/impronúncia teria a finalidade de dirimir se há evidência suficiente para submissão da pessoa acusada ao julgamento pelo júri. É por esta razão que muitos julgados se referem a essa fase como um “filtro”.

Esse é o entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal e, neste aspecto, não há divergência, ou seja, a sentença de pronúncia materializa um juízo de admissibilidade da acusação e não o julgamento propriamente da causa. Nos julgamentos do HC 80917³⁰, HC 83130³¹, do HC 147106 AgR³² e do HC 179201 AgR-segundo³³, de ambas as turmas, a fase de pronúncia foi explicitamente definida como juízo de admissibilidade.

Na apreciação, pela 1ª Turma, do HC 73512³⁴, ainda em 1996, anotava-se que “a pronúncia deve evitar converter um mero juízo fundado de suspeita, que a caracteriza, num inadmissível juízo de certeza,

³⁰ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 80917. Relator(a): Min. Carlos Velloso, 23 out. 2001. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 dez. 2001. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur100870/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

³¹ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário n. 83130. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 25 nov. 2003. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 07 mai. 2004. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur13140/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

³² Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 147106. Relator(a): Min. Luiz Fux, 05 jun. 2018. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 26 fev. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur398838/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

³³ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 179201. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 20 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436388/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

³⁴ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus n. 73512. Relator(a): Min. Ilmar Galvão, 23 abr. 1996. Diário da Justiça, Brasília, DF, 01 jul. 1996. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur118226/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

onde haveria inquestionável prejuízo à competência constitucional do Tribunal do Júri”.

Da mesma forma, quando do julgamento do ARE 1067392³⁵, do RHC 117076 AgR³⁶, do HC 178856³⁷, do HC 176933³⁸, do ARE 1280954 AgR-segundo³⁹ e do HC 162929 AgR⁴⁰, todos da 2ª Turma, sobre a função da pronúncia na primeira fase do procedimento do Júri, a Corte estabelece que seria “um filtro processual, que busca impedir o envio de casos sem um lastro probatório mínimo da acusação, de modo a se limitar o poder punitivo estatal em respeito aos direitos fundamentais” e importância para “limitação do poder e redução de risco de abusos”.

Nessa decisão, o magistrado julga a admissibilidade da acusação ou o exame da viabilidade da acusação, analisando se é admissível a acusação

³⁵ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário com Agravo n. 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 26 mar. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 02 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

³⁶ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Ordinário em Habeas Corpus n. 117076. Relator(a): Min. Celso de Mello, Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 20 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436433/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

³⁷ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus 178856. Relator(a): Min. Celso de Mello, 10 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434610/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

³⁸ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 176933. Relator(a): Min. Celso de Mello, Redator(a) do acórdão: Min. Gilmar Mendes, 20 dez. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 18 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436436/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

³⁹ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma) Segundo Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1280954. Relator(a): Min. Edson Fachin, 23 nov. 2021. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 10 jan. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur458020/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

⁴⁰ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 162929. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski. Redator(a) do acórdão: Min. André Mendonça, 05 jun. 2023. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 02 ago. 2023. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur484274/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

e, conseqüentemente, remetendo o caso à apreciação do Tribunal do Júri (NUCCI, 2020. p. 1464). Tal compreensão implica, mais uma vez, que não se trata de um julgamento de mérito que, como visto, por imposição constitucional, é reservado ao Tribunal do Júri. Esta conclusão também é extraída do comando legal contido no art. 413, do CPP, o qual prevê que o juízo, fundamentadamente, pronunciará a pessoa acusada, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria (LIMA, 2020, p. 1467).

Portanto, segundo entendimento pacificado no Supremo Tribunal Federal, a sentença de pronúncia materializa juízo de admissibilidade da acusação, não se confundindo com o julgamento do mérito da pretensão acusatória o qual, por competência constitucionalmente definida, cabe ao Tribunal do Júri. Como decorrência, os *standards* de prova exigidos são diferentes.

3.4 QUAL É O STANDARD PROBATÓRIO APLICÁVEL NA FASE DE PRONÚNCIA QUANTO AOS “INDÍCIOS DE AUTORIA”?

Conforme constatado na pesquisa, a aplicação da regra *in dubio pro societate* não serve para fins de análise quanto à materialidade do fato. Em relação à materialidade exige-se prova cabal. É o que fica evidenciado a partir da leitura do art. 413 do CPP e do julgamento do HC 81646⁴¹, pela 1ª Turma, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence:

o aforismo *in dubio pro societate* que - malgrado as críticas procedentes à sua consistência lógica, tem sido reputada adequada a exprimir a inexigibilidade de certeza da autoria do crime, para fundar a pronúncia -, jamais vigorou no tocante à existência do próprio crime, em relação a qual se reclama esteja o juiz convencido (BRASIL, 2002).

⁴¹ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus n. 81646. Relator(a): Min. Sepúlveda Pertence, 04 jun. 2002. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 09 ago. 2002. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur99960/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

Em relação aos indícios suficientes de autoria, destaca-se o entendimento da 2ª Turma do STF no sentido de que, para a pronúncia, os indícios de autoria devem estar presentes ou serem confirmados na fase judicial, a qual se realiza sob o crivo do contraditório e da ampla defesa. No julgamento do HC 180144⁴², a 2ª Turma da Corte afirmou a impossibilidade de a pronúncia ter como único suporte probatório os elementos de informação produzidos, unilateralmente, na investigação:

O sistema jurídico-constitucional brasileiro não admite nem tolera a possibilidade de prolação de decisão de pronúncia com apoio exclusivo em elementos de informação produzidos, única e unilateralmente, na fase de inquérito policial ou de procedimento de investigação criminal instaurado pelo Ministério Público.

Para o colegiado, neste mesmo julgamento, seria “inaceitável, desse modo, a prolação de decisão de pronúncia cujo único suporte probatório resida em elementos de informação constantes de procedimentos estatais revestidos de caráter unilateral”.

Também no julgamento do HC 179201 AgR-segundo⁴³, da 2ª Turma, a relatora, Ministra Cármen Lúcia, observa do caso concreto que:

os depoimentos colhidos na fase inquisitorial não foram confirmados em juízo, não podendo ser usados, sem a necessária reiteração e confirmação, como os únicos indícios para se concluir pela possibilidade jurídico processual de submeter alguém a julgamento pelo tribunal do júri, sob pena de contrariedade aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

⁴² Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 180144. Relator(a): Min. Celso de Mello, 10 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434611/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁴³ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 179201. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 20 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436388/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

Por outro lado, no julgamento do HC 212550 AgR⁴⁴, da 2ª Turma, relatado pelo Ministro Nunes Marques, o Tribunal afirmou que não há desrespeito à regra do art. 155 do CPP quando a decisão de pronúncia não se baseia exclusivamente em elementos produzidos na fase policial, mas também em provas reunidas na fase judicial e que evidenciaram a existência de indícios suficientes de autoria. Do inteiro teor, extrai-se que:

a decisão de pronúncia não se fundamentou apenas em elementos produzidos na fase policial, mas foi lastreada, sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, em provas reunidas na fase judicial, as quais evidenciaram a existência de indícios suficientes de ser o ora agravante o autor dos fatos.

Pode-se concluir, como ponto de partida sobre o tipo de prova admissível para a pronúncia, que somente a prova judicial é aceita para fundamentação da decisão de pronúncia e que também a prova judicial combinada com os elementos informativos da fase da investigação é válida para a pronúncia. Por conseguinte, a jurisprudência do STF não admite que a decisão de pronúncia esteja baseada exclusivamente nos elementos informativos da fase da investigação.

Em relação ao grau de suficiência, a 1ª Turma do STF, quando do julgamento do RE 540999⁴⁵, afirmou que “para a prolação da sentença de pronúncia, não se exige um acervo probatório capaz de subsidiar um juízo de certeza a respeito da autoria do crime” e que basta, “nos termos do artigo 408⁴⁶ do CPP, que haja indícios de sua autoria”.

⁴⁴ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental em Habeas Corpus n. 212550. Relator(a): Min. Nunes Marques, 09 mai. 2022. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 mai. 2022. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur464342/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

⁴⁵ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Recurso Extraordinário n. 540999. Relator(a): Min. Menezes Direito, 22 abr. 2008. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 20 jun. 2008. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur3214/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁴⁶ Destaco que a antiga redação do art. 408 do CPP dizia “se o juiz se convencer da existência do crime e de indícios de que o réu seja o seu autor, pronuncie-lo-á, dando os motivos do seu convencimento”. A atual disciplina da matéria está no art. 413 do CPP que diz que o juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios

No julgamento do ARE 1304605 ED-Agr⁴⁷, também da 2ª Turma, o Tribunal fala de “fortes indícios de autoria” e que se os indícios forem “inconsistentes” deve o juízo impronunciar a pessoa acusada por ferir a presunção de inocência. Eis o excerto:

Na decisão de pronúncia, havendo fortes indícios de autoria e materialidade, o acusado deve ser pronunciado. No entanto, se tais indícios forem inconsistentes, deve-se impronunciar o réu e não aplicar o adágio forense *in dubio pro societate*, por ferir a garantia constitucional da presunção de inocência.

Nesse caminho, a insuficiência das provas é o que motivou a não aplicação da regra *in dubio pro societate* pelo STF quando do julgamento, pela 1ª Turma, do HC 95068⁴⁸. Nesse julgado, se avaliava a imputação do crime de abortamento não consentido, a qual recaía sobre um médico da rede pública de saúde. No entendimento do colegiado, não havia elementos de materialidade e autoria que justificassem a pronúncia e, por isso, rechaçou decisão da corte estadual que havia aplicado, indevidamente, a regra do *in dubio pro societate*. Relevante a transcrição de parte do acórdão:

Na concreta situação dos autos, enquanto o Juízo da Vara do Júri de [...] rechaçou a tese da materialidade delitiva, embasado no mais detido exame das circunstâncias do caso, o voto condutor do acórdão do Tribunal de Justiça do Estado [...] (acórdão que pronunciou o paciente contra até mesmo a manifestação do Ministério Público Estadual) limitou-se a reproduzir, *ipsis literis*, os termos da denúncia. Reprodução, essa, que assentou, de modo

suficientes de autoria ou de participação. Assim, a lei atual fala em “indícios suficientes” de autoria de modo que o adjetivo “suficientes” visa reforçar, intensificar a valoração dos indícios.

⁴⁷ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Agravo Regimental nos Embargos de Declaração no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1304605. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, 12 mai. 2021. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 14 mai. 2021. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur446226/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁴⁸ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus n. 95068. Relator(a): Min. Carlos Britto, 17 mar. 2009. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 15 mai. 2009. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur86374/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

totalmente alheio às contingências fáticas dos autos, a prevalência absoluta da máxima *in dubio pro societate*.

No julgamento do HC 110433⁴⁹, a 1ª Turma teve o cuidado de verificar que a decisão de pronúncia efetivamente explicitou em que se baseava a prova da materialidade (perícias tanatoscópicas e exames em local de homicídio) e os indícios de autoria (prova testemunhal e quebras de sigilo telefônico), analisando o grau de suficiência da prova.

No julgamento do ARE 1067392⁵⁰, da 2ª Turma, quanto ao *standard* de prova para a fase da pronúncia, anotou-se explicitamente que “a decisão de pronúncia requer uma preponderância de provas, produzidas em juízo, que sustentem a tese acusatória, nos termos do art. 414, CPP”. Mais à frente, pontua-se que:

diante de um estado de dúvida, em que há uma preponderância de provas no sentido da não participação dos acusados nas agressões e alguns elementos incriminatórios de menor força probatória, impõe-se a impronúncia dos imputados, o que não impede a reabertura do processo em caso de provas novas (art. 414, parágrafo único, CPP).

De igual maneira, na apreciação do RHC 151475 AgR⁵¹, a 2ª Turma do STF ressalta a necessidade da “existência de indícios suficientes de autoria ou de participação” e de “fundamentação mínima do conjunto probatório coligido em juízo”.

⁴⁹ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus n. 110433. Relator(a): Min. Luiz Fux, 09 abr. 2014. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 29 abr. 2014. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur262229/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁵⁰ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário com Agravo n. 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 26 mar. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 02 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁵¹ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário com Agravo n. 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 26 mar. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 02 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

Por sua vez, no julgamento do HC 174400 AgR-segundo⁵² e do HC 174400 AgR⁵³, da 1ª Turma, ressaltou-se que:

a jurisprudência desta Corte reconhece que a decisão de pronúncia é informada pela máxima *in dubio pro societate*, de modo que o exame aprofundado e exauriente do acervo probatório é tarefa a ser empreendida na fase do Júri. Para que a pronúncia seja decretada, bastam elementos que indiquem um mínimo lastro probatório para a acusação, ainda que ausente prova cabal do crime.

O atual entendimento sobre *standard* de prova para a pronúncia pode ser extraído também do seguinte excerto do julgamento, pela 2ª Turma, do HC 179201 AgR-segundo⁵⁴:

Sem dúvidas, para a pronúncia, não se exige uma certeza além da dúvida razoável, necessária para a condenação. Contudo, a submissão de um acusado ao julgamento pelo Tribunal do Júri pressupõe a existência de um lastro probatório consistente no sentido da tese acusatória. Ou seja, requer-se um *standard* probatório um pouco inferior, mas ainda assim dependente de uma preponderância de provas incriminatórias.

⁵² Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 174400. Relator(a): Min. Roberto Barroso, 24 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 dez. 2019. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417088/false>. Acesso em: 28 abr. 2024

⁵³ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 174400. Relator(a): Min. Roberto Barroso, Redator(a) do acórdão: Min. Alexandre de Moraes, 24 set. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 12 dez. 2019. Disponível em <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur417123/false>. Acesso em: 07 jun. 2024.

⁵⁴ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 179201. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 20 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436388/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

Tal entendimento foi afirmado também pela 1ª Turma no julgamento do ARE 1380579⁵⁵:

[...] tanto o 1º grau como o TJ [...] são claríssimos: a pronúncia de [...] é sustentada pela dúvida sobre a ocorrência do crime de homicídio e a tese de suicídio não foi comprovada de maneira cabal, pois a hipótese acusatória é amparada minimamente, o que dá ensejo à aplicação do *in dubio pro societate* [...] Com razão, portanto, o Tribunal estadual, que assentou: em não havendo prova cabal acerca da ocorrência de uma das hipóteses elencadas no art. 415 e incisos do Código de Processo Penal, e presente uma versão que corrobora a tese acusatória, à míngua de um conjunto probatório que exsurja, indubitavelmente, a tese de suicídio da vítima, a manutenção da decisão de pronúncia é medida que se impõe (BRASIL, 2023).

Parece-nos superado, assim, o entendimento encontrado nos julgamentos do HC 107801⁵⁶ e do HC 132036⁵⁷, da 1ª e 2ª Turma, respectivamente, nos quais se afirma que “somente acusações manifestamente improcedentes não serão admitidas” para julgamento pelo júri.

Diante destes julgados e do teor do art. 413 do CPP, ambas as Turmas do STF posicionam o *standard* de prova necessário à pronúncia como de preponderância de prova (*preponderance evidence* ou *sufficient evidence of probable cause*), com a particularidade de que “os indícios de autoria devem se manter suficientes mesmo depois da produção de provas

⁵⁵ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Agravo Regimental no Recurso Extraordinário com Agravo n. 1380579. Relator(a): Min. Alexandre de Moraes, 08 nov. 2022. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 abr. 2023. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur477388/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁵⁶ Supremo Tribunal Federal (1ª Turma). Habeas Corpus n. 107801. Relator(a): Min. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, Redator(a) do acórdão: Min. Luiz Fux, 06 set. 2011. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 13 out. 2011. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur199907/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁵⁷ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 132036. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 29 mar. 2016. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 25 abr. 2016. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur346152/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

pela defesa e da apresentação de seus argumentos” (ANDRADE, 2021, p. 189). Gustavo Badaró (2023, p. 247) esclarece que na *preponderance evidence* ou *sufficient evidence of probable cause* do direito estadunidense, a “preponderância de provas, também conhecida como mais provável que não, significa simplesmente a probabilidade de um fato ter ocorrido”.

Portanto, somente havendo preponderância da prova incriminatória quanto à autoria, é que é possível que haja a pronúncia, nos termos do art. 413 do CPP e em conforme com o entendimento do Supremo Tribunal Federal. Inexistindo, todavia, a preponderância da prova incriminatória quanto à autoria, não há que se falar em *in dubio pro societate*, pois, neste caso, deve prevalecer a presunção de inocência e, consequentemente, a impronúncia.

Três casos em que não houve aplicação do *in dubio pro societate* estão relacionados com a temática do *standard* de prova.

No julgamento do ARE 1067392⁵⁸, submetido à 2ª Turma e relatado pelo Ministro Gilmar Mendes, três pessoas foram acusadas pelo crime previsto no art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, do Código Penal, por haverem agredido a vítima (chutes, pontapés e uso de instrumento contundente), causando-lhe lesões que foram a causa do óbito, dias após o fato, no hospital. Em relação a um dos acusados, na instrução judicial foi colhida prova testemunhal que corroborava a tese acusatória, pois se tratava de testemunhas presenciais que confirmaram a autoria, motivo pelo qual fora pronunciado. Já em relação a dois dos acusados, as testemunhas presenciais afirmaram que não viram as agressões partirem deles. Havia, por outro lado, duas testemunhas (mãe e a esposa da vítima) que, em juízo, afirmaram que ouviram a vítima dizer, no hospital em que internada, que os dois a teriam agredido. Havia, também o depoimento que confirmava o envolvimento dos réus nas declarações de uma testemunha que fora ouvida somente perante a autoridade policial.

Apesar destes elementos, a 2ª Turma do STF entendeu que a prova produzida era insuficiente para a pronúncia de dois dos acusados,

⁵⁸ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Recurso Extraordinário com Agravo n. 1067392. Relator(a): Min. Gilmar Mendes, 26 mar. 2019. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 02 jul. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur427698/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

confirmando a decisão de impronúncia do juízo de instrução e que havia sido objeto de reforma pelo Tribunal de Justiça local. A decisão, portanto, se baseou em *standard* de prova, no sentido de que não foi atingida a preponderância de prova necessária para a pronúncia porque as provas colhidas em juízo seriam testemunhos “de ouvir dizer” (*hearsay testimony*).

Em outro caso submetido à corte, por meio do HC 180144⁵⁹, duas pessoas foram denunciadas pelo crime previsto no art. 121, § 2º, I, do Código Penal. Na primeira fase do procedimento do Júri, foi realizada a audiência de instrução na qual foi realizado tão somente o interrogatório dos acusados, sem que fossem ouvidas quaisquer testemunhas em sede de instrução criminal. Quando da análise do caso, no encerramento da primeira fase do júri, os réus foram pronunciados.

A 2ª Turma entendeu que a decisão de pronúncia não poderia estar apoiada unicamente em elementos de prova colhidos em sede pré-processual – neste caso, investigação penal promovida pela Polícia Judiciária – por não observarem o contraditório e a ampla defesa. Assim, tal circunstância impediria a submissão dos acusados ao julgamento pelo júri.

Na apreciação do HC 179201 AgR-segundo⁶⁰, o STF analisou a acusação contra uma pessoa pelo delito previsto no art. 121, § 2º, IV, do Código Penal, em sua forma tentada (art. 14, II, do Código Penal). Segundo narrado no relatório e voto, a única testemunha ouvida, em sede judicial, foi um policial militar que atendeu à ocorrência, e ele teria afirmado nada ter visto e nada saber dos fatos. Em seu depoimento em sede de investigação, contudo, havia afirmado ter atendido à ocorrência e, naquela oportunidade, ouvido a confissão do acusado. Na investigação também haviam sido colhidos outros elementos indiciários como o

⁵⁹ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Habeas Corpus n. 180144. Relator(a): Min. Celso de Mello, 10 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 22 out. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur434611/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

⁶⁰ Supremo Tribunal Federal (2ª Turma). Segundo Agravo Regimental no Habeas Corpus n. 179201. Relator(a): Min. Cármen Lúcia, 20 out. 2020. Diário de Justiça Eletrônico, Brasília, DF, 17 nov. 2020. Disponível em: <https://jurisprudencia.stf.jus.br/pages/search/sjur436388/false>. Acesso em: 28 abr. 2024.

depoimento da vítima e uma testemunha presencial. Estes testemunhos, contudo, não puderam ser repetidos em juízo.

O Tribunal de Justiça local e o Superior Tribunal de Justiça concluíram pela existência de indícios mínimos da autoria, apesar de colhidos esses elementos apenas na fase inquisitorial e não repetidos em juízo. Para a relatora, neste cenário, os depoimentos colhidos na fase investigativa, por não haverem sido confirmados em juízo, não poderiam ser utilizados para fundamentar a pronúncia, sob pena de contrariedade aos princípios do contraditório e da ampla defesa.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A utilização do *in dubio pro societate* tem enfrentado diversas críticas da doutrina processual penal e de julgados das cortes nacionais.

Apesar de ao longo dos anos, o *in dubio pro societate* ter sido aplicado majoritariamente pelas turmas do Supremo Tribunal Federal, constata-se que, recentemente, sua invocação tem sofrido crítica acen-tuada, sobretudo no âmbito da 2ª Turma.

A análise dos julgados examinados neste estudo, nos leva às seguintes conclusões:

1) Não há previsão constitucional expressa do *in dubio pro societate*, tratando-se de uma construção jurisprudencial, cuja existência e eventual aplicação estão relacionadas com a competência constitucional do Tribunal do Júri.

2) O *in dubio pro societate* é visto, majoritariamente, como compatível com a presunção de inocência, desde que a decisão de pronúncia examine e valere a prova da materialidade e os indícios suficientes de autoria, conforme o *standard* probatório aplicável a essa fase processual (item 4).

3) A prova a amparar uma decisão de pronúncia, quanto aos indícios suficientes de autoria, deve ser a prova judicial, produzida sob o crivo do contraditório e da ampla defesa, vedada a decisão de pronúncia amparada unicamente em elementos colhidos na fase investigatória.

4) O *standard* de prova exigido para que se considerem como suficientes os indícios de autoria (art. 413 do CPP) é a preponderância da prova. Assim, o conjunto de provas judiciais que incrimina o acusado

deve preponderar para que esteja justificada sua submissão ao julgamento pelo júri – *in dubio pro societate*. Somente esta preponderância é capaz de afastar a presunção de inocência que deve nortear a atividade judicante. Inexistindo, todavia, a preponderância da prova incriminatória quanto à autoria, não há que se falar em *in dubio pro societate*, pois, neste caso, deve prevalecer a presunção de inocência – *in dubio pro reo* – e, consequentemente, a impronúncia.

Por fim, cabe salientar que não há decisões do plenário do STF que tenham analisado a aplicabilidade ou não da regra do *in dubio pro societate*. As decisões sobre a temática se concentram nos órgãos fracionários da Corte. Por demandar a análise da compatibilidade constitucional de sua aplicação, traria segurança jurídica decisão desta Corte em sede de controle concentrado de constitucionalidade ou precedente vinculante, sobretudo diante de decisões contraditórias de seus órgãos fracionários.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, Carlos Alberto Garcete de. Tribunal do júri, pronúncia e falácia do *in dubio pro societate*. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 26, n. 307, p. 15-17, 2018.

ANDRADE, João Henrique; SANTIAGO, Nestor Eduardo Araruna; CAMINHA, Uinie. Decisão de admissibilidade da denúncia no Superior Tribunal de Justiça: uma pesquisa quali-quantitativa. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Porto Alegre, v. 7, n. 1, p. 511-534, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i1.389>.

ANDRADE, Flávio da Silva. *Standards de prova no processo penal: os critérios de suficiência probatória, sua sistematização e a aplicabilidade do proof beyond a reasonable doubt no Brasil*. 2021. Tese (Doutorado) - Universidade Federal de Minas Gerais, Faculdade de Direito, Belo Horizonte, 2021.

ARGUELHES, Diego Werneck; RIBEIRO, Leandro Molhano. Ministrocrazia: O Supremo Tribunal individual e o processo democrático brasileiro. *Novos estudos CEBRAP*, São Paulo, v. 37, n. 1, 2018. <https://doi.org/10.25091/S01013300201800010003>

AVENA, Norberto. *Processo penal*. 12. ed. São Paulo: Método, 2020.

BADARÓ, Gustavo Henrique. *Epistemologia judiciária e prova penal*. 2a ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Thomson Reuters Brasil, 2023.

CAMPOS, Walfredo Cunha. A falácia do in dubio pro societate na decisão de pronúncia. *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 14, n. 164, p. 18, 2006.

CARMO, Paulo César Oliveira do; SANTIAGO, Nestor Eduardo. In dubio pro societate e a inversão do ônus da prova no processo penal: um olhar a partir do garantismo. *Revista Eletrônica de Direito Processual*, Rio de Janeiro, v. 23, n. 2, p. 985-1004, 2022. <https://doi.org/10.12957/redp.2022.62752>

DIAS, Paulo Thiago Fernandes; ZAGHLOUT, Sara Alacoque Guerra. A máxima do 'in dubio pro societate' e a violação ao dever de motivação das decisões penais. In: GIACOMOLLI, Nereu José; STEIN, Carolina; SAIBRO, Henrique (org.). *Processo penal contemporâneo em debate*. II vol. Florianópolis: Empório do direito, 2017. p. 97-111.

DIAS, Paulo Thiago Fernandes. *A decisão de pronúncia baseada no in dubio pro societate: um estudo crítico sobre a valoração da prova no processo penal constitucional*. 2. ed. Florianópolis: Emais, 2021.

DIAS KERSHAW, Gustavo H. A aplicação do 'in dubio pro societate' na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma pesquisa empírica, *SciELO Data*, 2024. <https://doi.org/10.48331/scielodata.DCONZG>

DORAN, Sean. Trial by jury. In: MCCONVILLE, Mike; WILSON, Geoffrey. *The Handbook of The Criminal Justice Process*. Oxford: Oxford University Press, 2002. p. 379-401.

GIACOMOLLI, Nereu. Art. 5º, LVII. In: MENDES, Gilmar Ferreira; CANOTILHO, José Joaquim Gomes; STRECK, Lenio Luiz; LEONCY, Leo Ferreira; SARLET, Ingo Wolfgang. *Comentários à Constituição do Brasil*. São Paulo: Saraiva; Almedina, 2018. p. 887-897

LIMA, Renato Brasileiro de. *Manual de processo penal: volume único*. 8. ed. rev., ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2020.

LOPES JUNIOR, Aury. *Direito processual penal*. 17. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*, 2ª ed., vol. III. Campinas: Millenium, 2000.

MOUGENOT, Edilson. *Curso de processo penal*. 13. ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

NASSIF, Aramis. *O júri objetivo*. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.

NOGUEIRA, Rafael Fecury. *A decisão de Pronúncia no processo penal brasileiro: valoração da prova e limites à motivação*. Rio de Janeiro: Lumen juris, 2018.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Código de Processo Penal Comentado*. 19. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PACELLI, Eugênio. *Curso de processo penal*. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

PACELLI, Eugênio; FISCHER, Douglas. *Comentários ao Código de Processo Penal e sua Jurisprudência*. 13. ed. São Paulo: Atlas, 2021.

FERREIRA RODRIGUES PEREIRA, Marcio. Acusar ou não acusar? In dubio pro societate é(?) a solução. Uma perversa forma de lidar com a dúvida no processo penal Brasileiro. *Revista Da Defensoria Pública Da União*, v. 1, n. 4, p. 62-74, 2011. <https://doi.org/10.46901/revistadadpu.i04.p%p>

PERES, César. Sentença de Pronúncia: In dubio pro societate? *Boletim IBCCRIM*, São Paulo, v. 12, n. 146, p. 14-15, 2005.

PITOMBO, Sérgio Marcos de Moraes. Pronúncia in dubio pro societate. *Revista da Escola Paulista da Magistratura*, v. 4, n. 1, p 9-23, 2003.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

RANGEL, Paulo. *Tribunal do júri: visão linguística, histórica, social e jurídica*. 6. ed., rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2018.

SILVA, Evandro Lins e. Sentença de pronúncia. *Boletim IBCCRIM*. São Paulo, v.8, n.100, p. Encarte AIDP, 2001.

SILVA, Sidney Rosa da. Tribunal do júri - aplicabilidade do princípio da presunção de inocência diante do princípio do in dubio pro reo e in dubio pro societate, levando-se em conta o princípio da razoabilidade. *Revista de Direito do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro*, Rio de Janeiro, v. 56, n. 1, p. 400-405, 2003.

STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2018.

STRECK, Lenio Luiz. *Tribunal do Júri: símbolos e rituais*. 4. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

Authorship information

Gustavo Henrique Holanda Dias Kershaw. Master in Criminology and Criminal Justice from the University of Edinburgh (United Kingdom) and Master in Forensic Analysis from the Universidade de Pernambuco. Lecturer in Penal Process at UNINASSAU – Centro Universitário Maurício de Nassau, Recife. Honorary Research Fellow at Birkbeck, University of London. Public Prosecutor at the Ministério Público do Estado de Pernambuco. gustavo.kershaw@mppe.mp.br

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: The author would like to express gratitude to the editorial board and the reviewers for their valuable contributions and insightful feedback, which significantly enhanced the quality of this work. Their thoughtful suggestions were instrumental in refining the article, and the author deeply appreciates their time and expertise.

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; he/she/they also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 16/05/2024
- Desk review and plagiarism check: 15/06/2024
- Review 1: 12/08/2024
- Review 2: 13/08/2024
- Preliminary editorial decision: 05/09/2024
- Correction round return 1: 15/09/2024
- Preliminary editorial decision 2: 16/09/2024
- Correction round return 2: 15/10/2024
- Final editorial decision: 16/10/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

KERSHAW, Gustavo H. A aplicação do 'in dubio pro societate' na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: uma pesquisa empírica. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1018, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1018>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Infiltrating virtual worlds. The regulation of undercover agents through fundamental rights

Infiltração em mundos virtuais. A regulação de agentes encobertos diante dos direitos fundamentais

Salomé Lannier¹

University of Luxembourg, Luxembourg

salome.lannier@uni.lu

 <https://orcid.org/0009-0003-3650-7866>

ABSTRACT: As virtual worlds become increasingly integrated into daily life, law enforcement authorities face new challenges in adapting criminal procedure to these immersive digital environments. This paper explores how undercover operations might be conducted in virtual worlds, focusing on the legal frameworks governing traditional and cyber infiltration in France and Spain, in parallel with selected European Court of Human Rights' case law. Which opportunities these legal frameworks offer for investigations in virtual worlds, and how should they be balanced with the right to privacy and the right to a fair trial? In Spain, cyber infiltration is part of a unified framework, whereas France treats traditional and cyber infiltration as distinct. Both countries offer broader opportunities for virtual world investigations through cyber infiltration's flexible scope and authorization. However, traditional infiltration grants undercover agents wider powers that may better align with the unique dynamics of virtual worlds. Therefore, a mixed regime may be needed for effective investigations in these environments. The case law of the European Court of Human Rights underscores the importance of evaluating the proportionality of these measures, particularly with the right to privacy, regarding their regulation, and the right to a fair trial, regarding the risk of entrapment.

¹ Postdoctoral researcher at the University of Luxembourg. PhD in Private Law and Criminal Sciences.

KEYWORDS: virtual worlds; investigation; undercover agents; infiltration; cyber infiltration.

RESUMO: *Conforme os mundos virtuais se tornam cada vez mais integrados à vida cotidiana, as autoridades de persecução penal enfrentam novos desafios na adaptação do processo penal a esses ambientes digitais imersivos. Este artigo analisa como operações encobertas podem ser conduzidas em mundos virtuais, com foco nos marcos legais que regem a infiltração tradicional e cibernética na França e na Espanha, em paralelo com a jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos. Quais oportunidades esses marcos legais oferecem para investigações em mundos virtuais e como devem ser equilibradas com o direito à privacidade e o direito a um julgamento justo? Na Espanha, a infiltração cibernética faz parte de um regime unificado, enquanto a França trata a infiltração tradicional e cibernética como distintas. Ambos os países oferecem amplas oportunidades para investigações em mundos virtuais por meio da flexibilidade do escopo e autorização da infiltração cibernética. No entanto, a infiltração tradicional concede aos agentes infiltrados poderes mais amplos, que podem estar mais alinhados com as dinâmicas únicas dos mundos virtuais. Portanto, pode ser necessário um regime misto para investigações eficazes nesses ambientes. A jurisprudência do Tribunal Europeu de Direitos Humanos destaca a importância de avaliar a proporcionalidade dessas medidas, especialmente em relação ao direito à privacidade, quanto à sua regulamentação, e ao direito a um julgamento justo, quanto ao risco de indução ao crime.*

PALAVRAS-CHAVE: mundos virtuais; investigação; agentes encobertos; infiltração; infiltração digital.

1. INTRODUCTION: INVESTIGATING IN VIRTUAL WORLDS

As the use of virtual worlds, or metaverses, intensifies, virtual criminality and offenses facilitated by these technologies will increasingly present familiar challenges (e.g., jurisdiction, encryption) while also introducing new ones, particularly the adaption of criminal procedure to immersive environments. This paper aims to explore the implementation of investigative actions within virtual worlds. Law enforcement authorities (LEAs) may find it particularly necessary to enter virtual worlds

anonymously. Accordingly, this paper focuses on the deep dive of police officers in virtual environments, specifically through the application of undercover operations' legal frameworks to these settings.²

Traditionally, criminal procedure has regulated the activities of undercover agents through offline infiltration measures. However, the identification and repression of criminal behaviors online have underscored the need for a new investigative tool: cyber infiltration. In some jurisdictions, such as France, this distinction has resulted in two separate investigative measures, each governed by distinct regulatory frameworks. In others, such as Spain, legislation has integrated both offline and cyber infiltration into a single provision, treating cyber infiltration as a specific extension of traditional infiltration. These different legislative approaches offer varying opportunities for investigating offenses in metaverses, though both face similar challenges in maintaining proportionality, particularly concerning their interference with fundamental rights.

To set the context, the introduction will first provide an overview of the current state of research on the impact of virtual worlds on criminal law and criminal procedure (section 1.1), followed by a presentation of the research question and the structure of the analysis (section 1.2).

1.1. CRIMINAL LAW AND VIRTUAL WORLDS: STATE-OF-THE-ART

The European Commission defines virtual worlds as “persistent, immersive environments, based on technologies including 3D and extended reality (XR), which make it possible to blend physical and digital worlds in real time, for a variety of purposes such as designing, making simulations, collaborating, learning, socializing, carrying out transactions or providing

² This concept has been depicted in science fiction, notably in the fourth episode of the first season of the Japanese series *Psycho-Pass*, titled “Nobody Knows Your Mask”, which aired on 2 November 2012. In this episode, detectives investigate the murder of a man whose popular virtual avatar continues to operate online after his death. To gather information about the murderer, one of the detectives infiltrates a virtual community, albeit using her personal avatar. She shares details of the investigation with another well-known avatar, trusting that the anonymity of the virtual world protects the identity of the user behind it. However, the informant is ultimately murdered by the same killer.

entertainment”.³ This paper focuses on a specific example within the broader category of metaverses: a virtual environment where a person can connect, for instance, *via* a Virtual Reality (VR) headset, to embody a chosen character and interact within that space. Such environments might include VR games or virtual representations of cities (so-called “cityverses”), allowing users to, for example, access public services.

To date, the literature has primarily focused on predicting the evolution of crimes within metaverses.⁴ It explores potential new forms of theft and counterfeiting that may emerge or be facilitated,⁵ examines whether virtual sexual assault can be classified as such under current legal frameworks,⁶ and considers how terrorists and money launderers might exploit virtual worlds to commit offenses.⁷ Additionally, it questions whether cybercrimes 4.0, including hacking, will differ significantly

³ EUROPEAN COMMISSION. COM(2023) 442/final: *Communication - An EU initiative on Web 4.0 and virtual worlds: a head start in the next technological transition*. EU, 2023.

⁴ ELSHENRAKI, Hossam Nabil. *Forecasting Cyber Crimes in the Age of the Metaverse*. IGI Global, 2023; HABER, Eldar. *The Criminal Metaverse*. *Indiana Law Journal*. v. 99, n. 3, p. 843–891. 2024.

⁵ DREMLIUGA, Roman; PRISEKINA, Natalia; YAKOVENKO, Andrei. *New Properties of Crimes in Virtual Environments*. *Advances in Science, Technology and Engineering Systems Journal*. v. 5, n. 6, p. 1727–1733, 2020. <https://doi.org/10.25046/aj0506206>; HALLEVY, Gabriel. *Criminal liability for intellectual property offenses of artificially intelligent entities in virtual and augmented reality environments*. In: BARFIELD, Woodrow; BLITZ, Marc J. (eds.). *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*. Edward Elgar Publishing, 2018. p. 389–419.

⁶ DANAHER, John. *The law and ethics of virtual sexual assault*. In: BARFIELD, Woodrow; BLITZ, Marc J. (eds.), *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*. Edward Elgar Publishing, 2018. p. 363–388; MALHOTRA, Vinayak. *That’s Assault! Extension of Criminal Law to the Metaverse*. *SSRN Scholarly Paper*. 2023. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4595652>.

⁷ YALCIN-ISPIR, Aybike. *The Metaverse and Terrorism*. In: ESEN, Fatih Sinan; TINMAZ, Hasan; SINGH, Madhusudan (eds.), *Metaverse: Technologies, Opportunities and Threats*. Singapore: Springer Nature, 2023. p. 275–284; KARAPATAKIS, Andreas. *Virtual worlds and money laundering under EU law: The inadequacy of the existing legal framework and the challenges of regulation*. *New Journal of European Criminal Law*. v. 10, n. 2, p. 128–150, 2019. <https://doi.org/10.1177/2032284419841711>. n. 2, p. 128.

or pose similar challenges to those faced today.⁸ Alongside these substantive criminal law issues, online criminal behaviors have already been challenging LEAs for years. Difficulties arise in identifying crimes and perpetrators, assessing the competent jurisdiction,⁹ investigating offenses, collecting evidence,¹⁰ and proving liability.¹¹ Many of these challenges are not entirely new, as LEAs have been grappling with them since the rise of global efforts to combat offenses facilitated by information technologies such as the Web 3.0.¹²

In all areas of crime policing, LEAs will increasingly depend on private entities, particularly online service providers, to obtain data or access restricted online environments. In this context, the recent

-
- ⁸ YADIN, Gilad. Beyond unauthorized access: laws of virtual reality hacking. In: BARFIELD, Woodrow; BLITZ, Marc J. (eds.). *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*. Edward Elgar Publishing, 2018. p. 340–362.
- ⁹ SCHAENGOLD, Zachary. Personal Jurisdiction over Offenses Committed in Virtual Worlds Comments and Casenotes. *University of Cincinnati Law Review*. v. 81, n. 1, p. 361–386, 2012; SINGH, Prachi; RAJPUT, Dev Karan. Metaverse: Surging Need for Competent Laws with Increasing Metaverse Crimes. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5 Issue 5, p. 712-724, 2022. <https://doi.org/10.1000/IJLMH.113621>.
- ¹⁰ EL-KADY, Ramy Metwally. Investigating Forensic Evidence in Metaverse: A Comparative Analytical Study. In: ELSHENRAKI, Hossam Nabil. *Forecasting Cyber Crimes in the Age of the Metaverse*. IGI Global, 2024. p. 227–258; KIM, Donghyun; OH, Subin; SHON, Taeshik. Digital forensic approaches for metaverse ecosystems. *Forensic Science International: Digital Investigation*. v. 46, p. 301608, 2023. <https://doi.org/10.1016/j.fsidi.2023.301608>; SEO, Seunghee; SEOK, Byoungjin; LEE, Changhoon. Digital forensic investigation framework for the metaverse. *The Journal of Supercomputing*. v. 79, n. 9, p. 9467–9485, 2023. <https://doi.org/10.1007/s11227-023-05045-1>.
- ¹¹ LEVINE, Alec. Play Harms: Liability and the Play Conceit in Virtual Worlds Comment. *McGeorge Law Review*. v. 41, n. 4, p. 929–966, 2009; BOVENZI, Gian Marco. MetaCrimes: Criminal accountability for conducts in the Metaverse. In: *Companion Proceedings of the ACM Web Conference 2023*. New York, NY, USA: Association for Computing Machinery, 2023. p. 565–567. <https://doi.org/10.1145/3543873.3587535>.
- ¹² MCKENZIE MARSHALL, Angus; TOMPSETT, Brian Charles. The metaverse—Not a new frontier for crime. *WIREs Forensic Science*. v. 6, n. 1, p. e1505, 2024. <https://doi.org/10.1002/wfs2.1505>; UNODC. *Comprehensive Study on Cyber-crime*. United Nations, 2013.

European Regulation on electronic evidence¹³ represents a significant development by facilitating direct cooperation between States and foreign online service providers providing services within the European Union (EU). While many questions remain regarding its implementation and the role of online service providers in balancing law enforcement requests with the protection of human rights,¹⁴ the regulation allows LEAs to directly request data critical to their investigations. For example, instead of conducting a physical search of a person's location who is interacting in virtual worlds, LEAs could directly request the relevant data from the appropriate online service providers.

However, the direct implementation of investigatory measures by LEAs, without reliance on the private sector, is likely to remain a crucial component of investigations in virtual worlds. Just as police patrols the internet, officers may patrol virtual worlds to monitor user behavior more generally or to observe specific spaces or data. This could lead to the initiation of investigations for flagrant offenses or the gathering of evidence for ongoing cases. In virtual worlds, LEAs could choose to appear in uniforms, as they do in the physical world, or they could operate covertly, "dressed" as civilians or in avatars not identifiable as law enforcement agents. As long as virtual worlds do not require avatars to conform to a person's real-life appearance, LEAs will not need to rely on private actors to create their undercover characters.

Despite the growing interest of legal scholars in virtual worlds, little attention has been given to the early stages of investigation, particularly, the implementation of investigative measures within the

¹³ Regulation (EU) 2023/1543 of the European Parliament and of the Council of 12 July 2023 on European Production Orders and European Preservation Orders for electronic evidence in criminal proceedings and for the execution of custodial sentences following criminal proceedings.

¹⁴ TOSZA, Stanisław. Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors. *Computer Law & Security Review*. v. 43, p. 105614, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105614>; TOSZA, Stanisław. Mutual Recognition By Private Actors In Criminal Justice? E-Evidence Regulation And Service Providers As The New Guardians Of Fundamental Rights. *Common Market Law Review*. v. 61, n. 1, 2024. <https://doi.org/10.54648/cola2024005>. p. 105614. 2021. DOI 10.1016/j.clsr.2021.105614.

metaverse. Over the years, national criminal procedure codes have introduced new digital investigation measures to combat cybercrime. These measures are broadly defined as any act of investigation aimed at obtaining data,¹⁵ understood as any representation of information “regardless of the nature or content of the information and the technical format of presentation”.¹⁶ Among the more invasive measures are legal hacking or remote searches, which allow LEAs to collect data while operating in the physical world, often with the help of advanced software. However, many of these measures are designed for investigations conducted in the physical world. As LEAs immerse their agents in virtual worlds, existing investigatory measures may require reinterpretation. For instance, body and domicile searches might be adapted to virtual environments, with LEAs directly accessing the virtual storage of an avatar as part of their investigative efforts.

To begin with, LEAs would be “wise to start building experience with establishing a presence online in virtual worlds”.¹⁷ However, anonymous investigations present a significant challenge for criminal procedure. The concept of LEAs interacting anonymously—i.e., undercover agents engaging with individuals under false identities—was originally drafted for the physical world, where such interactions involve the agent’s physical presence and a fabricated identity, as in traditional infiltration. This approach has not been substantially reconsidered despite the evolution of criminal procedure and the introduction of a new investigative tool: cyber infiltration, or investigation under pseudonym. This measure allows agents to interact through online platforms, such as forums, where a virtual identity is required.

¹⁵ ROUSSEL, Bruno. *Les investigations numériques en procédure pénale*. PhD thesis. Université de Bordeaux, 2020. Available at: <<https://theses.hal.science/tel-02947825>>. Access on: November 8, 2023.

¹⁶ ART. 29 WORKING PARTY. *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*. EU, 2007.

¹⁷ EUROPOL. *Policing in the metaverse: what law enforcement needs to know : an observatory report from the Europol innovation lab*. EU Publications Office, 2022. Available at: <<https://data.europa.eu/doi/10.2813/81062>>. Access on: September 18, 2023.

1.2. RESEARCH QUESTION AND STRUCTURE OF THE PAPER

This paper addresses the following research questions: Which opportunities bring legal frameworks for traditional and cyber infiltration to investigate in virtual worlds? How should these frameworks be balanced with the right to privacy and the right to a fair trial? It aims to evaluate the potential application of both frameworks in virtual worlds through a comparative analysis of Spanish and French national legislation. Under these frameworks, undercover agents could ensure the secrecy of investigations in virtual worlds by employing traditional infiltration techniques (known as *agente encubierto* in Spain or *infiltration* in France) or cyber infiltration (referred to as *agente encubierto informático* in Spain or *enquête sous pseudonyme* in France). As previously noted, despite their geographic proximity, Spain and France have taken different legislative approaches to regulating undercover operations. In France, traditional infiltration and cyber infiltration are treated as distinct investigative measures, whereas in Spain, both are governed by a unified framework, with cyber infiltration providing a specific regime for agents operating exclusively online. Given the hybrid nature of virtual worlds—combining elements of both the offline world and Web 3.0—these environments may expose both the opportunities and limitations of these differing legislative techniques. However, as a result of this focus, the scope of this paper is predominantly centered on Western European perspectives, potentially limiting its applicability to broader, global contexts and diverse legal frameworks.

Furthermore, these investigative measures must be examined in light of the case law of the European Court of Human Rights (ECtHR) to ensure an appropriate balance between the public interest in crime investigation and prosecution and the protection of fundamental rights. Surveillance measures, by their nature secretive, inherently interfere with several provisions of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, particularly Article 6, which guarantees the right to a fair trial, and Article 8, which protects the right to respect for private life. Despite differences in their regulation of undercover operations, both countries still fall short in fully aligning their procedural laws with the complex requirements set forth by the ECtHR, as explained below.

Section 2 provides a brief overview of the legal provisions examined in this paper and their potential application to investigations within virtual worlds. Section 3 outlines the legal framework for authorizing undercover investigations, both in physical and online contexts. On one hand, the suitability of these frameworks will be evaluated in the context of virtual world investigations. On the other hand, the legal basis of these measures will be analyzed in relation to the case law of the ECtHR on the right to privacy, assessing their proportionality and necessity in democratic societies. Section 4 will then delve into the implementation of powers granted to undercover agents in metaverses. Since traditional and cyber infiltrations do not confer the same powers to its agents, this section will highlight existing challenges and the additional concerns that may raise as they are applied in virtual worlds. Of particular interest is the potential serious interference with the right to a fair trial, especially given the heightened risk of entrapment in online environments. Finally, section 5 will conclude by summarizing the opportunities and limitations of the current legal provisions, offering insights into their applicability and areas for improvement in the context of virtual world investigations.

2. SPANISH AND FRENCH LEGAL PROVISIONS ON UNDERCOVER OPERATIONS

This section briefly introduces the legal provisions examined in this paper for undercover operations in investigating criminal offenses: traditional infiltration (section 2.1) and its cyber counterpart (section 2.2).

2.1. INFILTRATION

Infiltration is not a recent addition to most criminal procedure codes. Generally, this investigative measure allows a police officer to assume a false identity to monitor specific individuals, often by establishing contact with them or their associates.

In Spain, this measure was introduced by the Organic Law 5/1999, of 13 January, which amended the Criminal Procedure Law to improve investigative actions related to illegal drug trafficking and other serious offenses.

A similar technique was introduced earlier in France through Law No. 91-1264 of 19 December 1991, aimed at strengthening the fight against drug trafficking.¹⁸ This law was later significantly modified and expanded by Law No. 2004-204 of 9 March 2004, which adapted the justice system to evolving crimes.

As the titles of these reforms suggest, undercover operations have been internationally recognized as particularly effective in investigating drug trafficking, notably through control deliveries,¹⁹ corruption,²⁰ and organized crime.²¹ Initially imported from the United States during the “War on Drugs”,²² this method now enjoys dedicated legal frameworks across European countries, which could also be applicable for investigations within metaverses. Undercover agents in Spain are regulated by Article 282 bis of the Criminal Procedure Law (*Ley de Enjuiciamiento Criminal*, LEC), while in France, they are governed by Articles 706-81 to 706-87 of the Criminal Procedure Code (*Code de Procédure Pénale*, CPP).

These frameworks may prove relevant as investigative measures are extended to virtual environments. Infiltrated agents in metaverses would be assigned a false identity that includes not only a name or pseudonym but also an entirely different virtual alter ego. Given that the integration of agents into virtual worlds extends beyond merely adopting a pseudonym, it may be more appropriate to pursue traditional infiltration rather than cyber infiltration. This approach would better safeguard their real identities while collecting information in virtual worlds, ensuring the

¹⁸ QUÉMÉNER, Myriam. Fasc. 1110 : Infiltrations numériques et enquêtes sous pseudonyme. *JurisClasseur Communication*. 2024.

¹⁹ See Article 11 of the 1988 United Nations Convention against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substances.

²⁰ GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. v. 3, n. 2, p. 511–536. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.64>.

²¹ See Article 20 of the 2000 United Nations Convention against Transnational Organized Crime; DEL POZO PÉREZ, Marta. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de enjuiciamiento criminal española. *Criterio jurídico*. No. 6, p. 267–310, 2006.

²² NADELMANN, Ethan. *Cops Across Borders - The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*. Pennsylvania: Penn State University Press, 1993.

secrecy of the investigation. The traditional infiltration measure appears more suitable for police undercover operations in virtual worlds, as these environments often necessitate the visible presence of a person or their avatar. However, this technique was not originally designed to allow LEAs to interact covertly in online settings. Consequently, a specific regulatory framework for cyber infiltration has been developed to address the unique challenges posed by virtual environments.

2.2. CYBER INFILTRATION

Cyber infiltration a relatively recent investigative measure, remains largely unregulated. Its introduction has been driven by the online evolution of criminal behaviors and the needs for LEAs to access specific cyberspaces under a false identity. For instance, cyber infiltrations have been deemed essential in combating crimes such as the production and dissemination of child sexual abuse materials²³ and terrorism.²⁴ Broadly speaking, cyber infiltration refers to online interactions by a police officer using a pseudonym.

²³ CAROU-GARCÍA, Sara. Cibercriminalidad e investigación policial. El agente encubierto informático. In: SANZ DELGADO, Enrique, FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (eds.), *Tratado de delincuencia cibernética*. Thomson Reuters Aranzadi, 2021. p. 825–864; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana. Investigar y castigar la pornografía infantil gracias al agente encubierto informático. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. n. 154, p. 3, 2022; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana. El agente encubierto informático en la lucha contra la pornografía infantil. In: GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier; FAGGIANI, Valentina (eds.), *Lucha contra la criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022. p. 367–390; VALIÑO CES, Almudena. El agente encubierto informático y la ciberdelincuencia. El intercambio de archivos ilícitos para la lucha contra los delitos de pornografía infantil. In: BUENO DE MATA, Federico (ed.), *Fodertics 5.0.: estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*. Granada: Comares, 2016. p. 275–285; VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. La nueva figura del agente encubierto online en la lucha contra la pornografía infantil. Apuntes desde la experiencia en Derecho Comparado. In: CEDEÑO HERNÁN, Marina (ed.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

²⁴ MAYAUD, Yves. Terrorisme – Poursuites et indemnisation. *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*. 2023.

In Spain, there is no dedicated article in the LEC that specifically regulates cyber infiltration. Instead, its introduction stems from the amendment of Article 282 bis on traditional infiltration by Organic Law 13/2015 of 5 October 2015, which aimed to strengthen procedural guarantees and regulate technological investigative measures. Consequently, cyber infiltration is classified under the broader category of undercover operations, albeit with specific conditions.

In France, the measure for cyber infiltration was initially introduced by Law no. 2007-297 of 5 March 2007, focusing on delinquency prevention and targeting offenses such as pimping and child pornography. The legal framework was later expanded to encompass other offenses, particularly terrorism, by Law no. 2014-1353 of 13 November 2014, which reinforced provisions relating to the fight against terrorism. The current iteration of the regulation was established through the creation of Article 230-46 of the CPP by Law no. 2019-222 of 23 March 2019, as part of the programming for the justice system for the period 2018-2022.

Considering that the legislature has adopted specific provisions, in France, or exceptions to the traditional infiltration framework, in Spain, for cyber infiltration, it may be appropriate to apply these new regulations to secret investigations in virtual worlds. In these settings, agents would not interact physically with other individuals, which could mitigate potential impacts on their personal lives. Since agents do not need to establish direct, face-to-face relationships or immerse themselves in potentially dangerous environments, the risk to their personal safety and the likelihood of their real identities being compromised are minimized. These provisions could thus be viewed as an initial framework for conducting covert deep dives into virtual worlds as an investigative measure. However, two criticisms emerge. First, the binary distinction between infiltration in the real world and cyber infiltration in the online realm is becoming increasingly blurred. Offenders are often aware that certain online spaces are subject to monitoring or infiltration by LEAs. Moreover, online interactions, especially on social media platforms or communication applications, now extend beyond mere text messages to include exchanges of videos, images, and audio messages. Consequently, agents may need to conceal

their true identities or physical appearances, particularly when posing as individuals who do not look resemble them, such as children. Second, the investigative measure of cyber infiltration is relatively new and lacks detailed regulation. Its adequacy for investigating in virtual worlds may therefore be called into question, as these technologies are designed to digitally represent physical interactions.

However, to evaluate the adequacy of both measures, the following sections will outline their respective regimes while considering the requirements of the ECtHR. Although there is a pressing need for LEAs to implement such measures in metaverses, it is essential that these measures are balanced with fundamental rights. Undercover agents pose a particular threat to the right to a fair trial, as protected under Article 6.1 of the European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.²⁵ However, this interference is not automatic; it depends on “the presence of clear, adequate and sufficient procedural safeguards [to] set permissible police conduct aside from entrapment”.²⁶ These procedural safeguards have been extensively developed concerning the right to data protection and privacy. Indeed, investigative measures interfere to Article 8 of the same convention, particularly when executed without the knowledge of the person under investigation.²⁷ Therefore, this analysis, grounded in the ECtHR’s criteria for ensuring the proportionality of such investigative measures, will facilitate a discussion on the appropriateness of employing one method over the other for investigations in virtual worlds.

²⁵ See, particularly, ECtHR. *Teixeira De Castro v. Portugal*. 1998. 22064/13, 20763/08, 57325/13, 54294/09, 65133/11, 22326/11, 35845/13, 26220/06, 33045/09, 16178/07, 59187/09, 65525/09, 36773/13, 32993/13, 74694/12, 26578/08, 24073/13, 35432/13, 499/08, 46311/09, 77813/12, 25834/10, 58193/10, 9134/10.

²⁶ ECtHR. *Ramanauskas v. Lithuania (no. 2)*. 2018. 55146/14.

²⁷ ECtHR. *Klass and others v. Germany*. 1978. 5029/71. ; *Leander v. Sweden*. 1987. 9248/81. ; *Kruslin v. France*. 1990. 11801/85. ; *Amann v. Switzerland*. 2011. 27798/95.

3. BALANCING UNDERCOVER OPERATIONS IN VIRTUAL WORLDS AND THE RIGHT TO PRIVACY

To ensure the proportionality of an investigative measure, the law must clearly define the regulations governing secret measures and adhere to an expanding list of criteria established by the ECtHR.²⁸ Specifically, the procedures and conditions required for deploying undercover agents, whether in physical settings or online, are critical to evaluating their appropriateness for investigating crimes in virtual worlds. This paper will therefore focus on the material scope of the measure (section 3.1), its temporal scope (section 3.2) and the procedures for authorization (section 3.3).

3.1. UNDERCOVER OPERATIONS: FOR WHICH OFFENSES?

First, undercover agents represent an exceptional measure that interferes with the right to privacy by potentially gathering substantial amounts of data related to the lives of the investigated persons and others in their environment. Consequently, such operations should be authorized in a proportional manner, specifically for designated offenses or based on defined criteria, in order to delineate the material scope of the measure in a foreseeable manner.²⁹

In Spain, infiltration operations can only be authorized for investigations pertaining to organized crime, which is defined as the “association of three or more persons to carry out, on a permanent or reiterated basis, conduct aimed at committing” an exhaustive list of offenses.³⁰ For example, this list includes various types of trafficking

²⁸ For a summary of these criteria, see, for instance, ECtHR. *Centrum För Rättvisa v. Sweden*. 2021. 35252/08.

²⁹ ECtHR. *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom (2)*. 2021. 58170/13, 62322/14 and 24960/15.

³⁰ Article 282 bis.4 of the LEC. However, there is a lack of uniformized drafting of the concept throughout the LEC and the Criminal Code (*Código penal*). Indeed, interception of communications (Article 588 ter a of the LEC in relation with Article 579.1.2°) and audio and image recording (Article 588 quater b.2.a.2°) rely on the notion of “criminal group or organization”,

(e.g., humans, organs, endangered species, drugs, weapons), currency counterfeiting, and terrorism. Such offenses can be facilitated through communication channels or directly perpetrated in virtual worlds (e.g., virtual shops for illegal drugs). However, these represent only a small fraction of all potential offenses for which evidence could be located in metaverses.

Similarly, Article 706-81 of the French CPP refers to an exhaustive list of offenses set forth in Articles 706-73 and 706-73-1 of the same code. These encompass offenses typically committed by organized groups, similar to those enumerated in the Spanish framework, as well as other serious offenses committed by organized groups, such as murder or rape. In France, an “organized group” is defined as an aggravating circumstance as “any grouping formed or any agreement established with a view to the preparation, characterized by one or more material facts of one or more offenses”.³¹ This definition, however, does not specify the number of individuals involved or the temporal basis of the organization. As courts utilize diverse criteria that are not harmonized by the French High Court (*Cour de cassation*),³² this concept remains a subject of significant criticism.³³

Beyond this theoretical concern, which could affect the foreseeability of the law, it is crucial to acknowledge that not all offenses committed or facilitated within virtual worlds will satisfy the legal criteria for organized crime. While multiple actors may be involved in these offenses, the division of tasks and expertise among individuals does not necessarily indicate the existence of an “agreement” or a coordinated effort

defined as a “group formed by more than two persons on a stable basis or for an indefinite period of time, who, in a concerted and coordinated manner, shares various tasks or functions for the purpose of committing offenses”, Article 570 bis of the Criminal Code.

³¹ Article 132-71 of the Criminal Code (*Code pénal*).

³² With the exception of Cour de Cassation. 2016. 16-81.834.

³³ VERGÈS, Etienne. La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mai 2004. *Actualité juridique Pénal*. p. 181, 2004; GODEFROY, Thierry. The Control of Organised Crime in France: A Fuzzy Concept but a Handy Reference. In: FIJNAUT, Cyrille; PAOLI, Letizia (eds.), *Organised crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and beyond*. Springer, 2006. p. 763.

that characterizes a criminal organization. For instance, one individual might engage in the concealment of illegal funds (money laundering) as a “professional” illegal activity, without awareness of the underlying offense. Consequently, the applicability of measures designed to combat organized crime will significantly depend on the specific criminological patterns observed within virtual worlds, particularly regarding whether such patterns exhibit the requisite level of coordination or cooperation to be classified as organized criminal activity.

In contrast, a cyber infiltration can be authorized to investigate a broader range of offenses, thereby providing greater flexibility for investigations within virtual worlds. In Spain, cyber infiltrations can be authorized for any offenses committed by a criminal group or organization, as well as for terrorism-related offenses,³⁴ meaning that the exhaustive list of offenses applicable to traditional infiltration does not pertain to this measure. Furthermore, cyber infiltration may be authorized for any intentional offenses that carries a penalty of at least three years of imprisonment, encompassing a substantial proportion of criminal offenses. Finally, the measure can be employed to investigate “offenses committed by means of computer tools or any other information or communication technology or communication service”,³⁵ which could potentially cover virtually any offenses occurring within virtual worlds.

Likewise, in France, a cyber infiltration may be authorized to investigate any offense “punishable by imprisonment committed via electronic communications”,³⁶ which encompasses the majority of criminal activities occurring in virtual environments.

Cyber infiltration thus presents greater opportunities for investigations within virtual worlds. However, certain critiques from the Spanish literature have highlighted the absence of a threshold for imprisonment regarding offenses committed online.³⁷ This lack of a

³⁴ Article 282 bis.6 of the LEC referring to Article 588 ter a, referring to Article 579.1 of the same law.

³⁵ Article 282 bis.6 of the LEC referring to Article 588 ter a of the same law.

³⁶ Article 230-46 of the CPP.

³⁷ BUENO DE MATA, Federico. *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019; VELASCO NÚÑEZ,

specific threshold may not adequately justify the proportionality of the measure, particularly as it grants undercover agents extensive powers that can significantly infringe on individual privacy. Given the digitalization of human activities, the necessity of LEAs to operate in online environments is undeniable. Nevertheless, the intrusiveness and secrecy of their powers in online spaces, including metaverses, must remain proportional to the objectives of the investigation and the safeguarding of fundamental rights. A more detailed discussion of these powers will be provided in section 4.

3.2. UNDERCOVER OPERATIONS: FOR HOW LONG?

Second, undercover operations should be restricted to a specific duration. In France, traditional infiltration can be authorized for up to four months.³⁸ In Spain, the law imposes a six-month limit for both cyber and traditional infiltrations.³⁹ However, in Spain, this time frame refers specifically to the use of the false identity and is not directly tied to the overall duration of the operation. While both countries allow for the renewal of the authorization under the same conditions, neither legal framework establishes a maximal duration, despite this being a criterion emphasized by the ECtHR.⁴⁰ Of particular concern is that the French CPP does not impose a time limit for cyber infiltrations.

Eloy; SANCHÍS CRESPO, Carolina. *Delincuencia informática: tipos delictivos e investigación: con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*. Tirant lo Blanch, 2019; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites. El registro de los sistemas informáticos. In: BUENO DE LA MATA, Federico; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada (eds.), *La nueva reforma procesal penal: derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*. Valencia: Tirant lo blanch, 2018. p. 135–168; BACHMAIER WINTER, Lorena. Registro remoto de equipos informáticos en la Ley Orgánica 13/2015: algunas cuestiones sobre el principio de proporcionalidad. In: CEDEÑO HERNÁN, Marina (ed.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, , 2017. 2019. Thomson Reuters Aranzadi: Cizur Menor (Navarra

³⁸ Article 706-83 of the CPP.

³⁹ Article 282 bis.1 of the LEC.

⁴⁰ ECtHR. *Szabó and Vissy v. Hungary*. 2016. 37138/14.

Despite the ECtHR's criteria, establishing a time limit for both cyber and physical infiltrations can be challenging, as it largely depends on the outcome of the operation, both in the physical and virtual worlds. However, allowing unlimited undercover operations in virtual worlds risks enabling secret and continuous surveillance of specific places. While such a measure might be justified by the need to protect national security—thereby permitting more serious interferences with fundamental rights—it may not be proportionate to allow police officers to engage indefinitely and secretly with users in virtual world. The European Court of Justice (ECJ) has developed a hierarchy of public interest objectives, notably in its rulings on data retention and access,⁴¹ which could offer useful guidance in regulating secret operations or other intrusive investigative powers conducted by various authorities (administrative, police, judicial, or intelligence) in metaverses.

3.3. UNDERCOVER OPERATIONS: INITIAL AUTHORIZATION

Third, although undercover agents are highly intrusive, they can be authorized by various judicial authority, including judges or public prosecutors. In both Spain and France, either an investigative judge or a prosecutor can authorize traditional infiltration. However, in Spain, a prosecutor must immediately inform the investigative judge upon authorizing the measure.⁴² Interestingly, in Spain, only an investigative judge can approve cyber infiltration, despite its potentially lesser impact on fundamental rights due to the absence of physical investigation.⁴³ This safeguard is sensible, given that cyber infiltration can be authorized for a broader range of offenses. In France, however, there is no requirement for an initial authorization for cyber infiltration; police officers can implement the measure directly, provided they are specially empowered

⁴¹ Originally in ECJ, *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others*. 2014. C-293/12, C-594/12. The criteria of the ECJ have been systematized in *Bundesrepublik Deutschland v SpaceNet AG and Telekom Deutschland GmbH*. 2022. C-793/19, C-794/19.

⁴² Article 282 bis.1 of the LEC.

⁴³ Article 282 bis.6 of the LEC.

and when “the needs of the inquiry or investigation so justify”.⁴⁴ This absence of judicial authorization may constitute as a direct violation of the ECtHR’s case law.⁴⁵

While allowing prosecutors or police officers to authorize or initiate the measure enhances its flexibility, particularly when time-sensitive, it raises concerns about compliance with the ECtHR’s requirements. The court has stipulated that intrusive investigations should be authorized by an independent body, even if non-judicial.⁴⁶ To date, the ECtHR has determined that French prosecutors lack independence,⁴⁷ and the independence of Spain’s prosecutors has been similarly criticized in Spanish legal scholarship.⁴⁸

This initial authorization should also ensure that the legal conditions for implementing the measure are met and address any elements not explicitly by law, such as the precise duration of the operation.

In cases of emergency, the absence of initial authorization might be justified to protect the interests of the investigation, particularly when immediate entry of a police officer into a virtual world is required. According to ECtHR case law, postponing authorization is permissible in urgent situations, provided that the concept of “emergency” does not grant an “unlimited degree of discretion” to LEAs.⁴⁹ However, the complete lack of authorization for such a measure, or authorization granted solely by a prosecutor, raises significant concerns regarding its compliance with fundamental rights.

⁴⁴ Article 230-46 of the CPP.

⁴⁵ ECtHR. *Klass and others v. Germany*. 1978. 5029/71; ECtHR. *Roman Zakharov v. Russia*. 2015. 47143/06.

⁴⁶ ECtHR. *Weber and Saravia v. Germany*. 2006. 54934/00; *Szabó and Vissy v. Hungary*. 2016. 37138/14.

⁴⁷ ECtHR. *Moulin v. France*. 2010. 37104/06.

⁴⁸ BUENO DE MATA, Federico. *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 2019. However, another part of the literature considers that an authorization by a prosecutor is proportional as long as there is a judicial control, EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes. El agente encubierto. *Revista de derecho UNED*. n. 17, p. 251–286, 2015. <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16277>.

⁴⁹ ECtHR. *Roman Zakharov v. Russia*. 2015. 47143/06.

4. BALANCING THE POWERS OF UNDERCOVER AGENTS IN VIRTUAL WORLDS AND THE RIGHT TO A FAIR TRIAL

The powers granted to undercover agents are especially important when evaluating the suitability of these frameworks for virtual worlds (section 4.1). While these powers must be broad enough to facilitate the collection of information relevant to investigations within virtual environments, the ECtHR establishes a clear boundary: they must not lead to entrapment (section 4.2).⁵⁰

4.1. INVESTIGATORY POWERS OF UNDERCOVER AGENTS

In Spain, undercover agents, for a traditional infiltration, are generally authorized “to act under a false identity and to acquire and transport the objects, effects, and instruments of the crime and to defer their seizure”.⁵¹ However, a specific judicial authorization is required “when investigative actions may affect fundamental rights”.⁵² This applies to actions that restrict constitutional rights, such as the inviolability of the home, secrecy of communications, seizure of publications, and the right to association.⁵³ For example, paragraph 7 of Article 282 bis specifies that recording images and conversations between the agent and the suspect requires such additional authorization.

In France, for a traditional infiltration, undercover agents may surveil suspects “by assuming the role of a co-perpetrator, accomplice, or fence”, using a false identity.⁵⁴ They are also authorized to “acquire,

⁵⁰ ECtHR. *Teixeira De Castro v. Portugal*. 1998. 22064/13, 20763/08, 57325/13, 54294/09, 65133/11, 22326/11, 35845/13, 26220/06, 33045/09, 16178/07, 59187/09, 65525/09, 36773/13, 32993/13, 74694/12, 26578/08, 24073/13, 35432/13, 499/08, 46311/09, 77813/12, 25834/10, 58193/10, 9134/10; ECtHR. *Ramanauskas v. Lithuania (no. 2)*. 2018. 55146/14.

⁵¹ Article 282 bis.1 of the LEC.

⁵² Article 282 bis.3 of the LEC.

⁵³ Articles 18.2 and 3, 20.5 and 22.4 of the Spanish Constitution, see EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes. El agente encubierto. *Revista de derecho UNED*. n. 17, p. 251–286, 2015. <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16277>.

⁵⁴ Article 706-81 of the CPP.

hold, transport, deliver, or issue substances, goods, products, documents, or information derived from or used in the commission of offenses”, and “use or provide to persons committing these offenses legal or financial means as well as means of transport, deposit, accommodation, storage, and telecommunications”.⁵⁵ This broader scope of powers, absent in the Spanish legislation, is particularly useful for enabling agents to use specific telecommunications methods, such as those utilized by offenders in virtual worlds, including dark worlds.

In Spain, cyber infiltration operates under the general framework of traditional infiltration, with Article 282 bis.6 granting additional powers to agents operating online. These agents are authorized to “exchange or send illegal files by reason of their content” or “analyze the results of the algorithms applied for the identification of such illegal files”, but only with specific judicial authorization. Given the potentially large amount of data collected from virtual worlds, automated processing becomes particularly important, necessitating a clear legal basis for its lawfulness.⁵⁶ This provision implicitly refers to, for example, the automatic identification of child sexual abuse material. However, algorithms might also be employed for other purposes, such as detecting suspicious transactions or behaviors: the law therefore does not encompass all technical possibilities.

In France, cyber infiltration offers two general investigative powers to agents. They can “participate in electronic exchanges, including with individuals suspected of committing offenses”, and “extract or preserve data on individuals suspected of committing offenses as well as any evidence”.⁵⁷ After securing approval from the prosecutor or an investigative judge, agents can exercise two additional powers. First, they may “acquire any content, product, substance, sample, or service,

⁵⁵ Article 706-82 of the CPP.

⁵⁶ Article 8 of the Directive (EU) 2016/680 of the European Parliament and of the Council of 27 April 2016 on the protection of natural persons with regard to the processing of personal data by competent authorities for the purposes of the prevention, investigation, detection or prosecution of criminal offences or the execution of criminal penalties, and on the free movement of such data.

⁵⁷ Article 230-46.1° and 2° of the CPP.

or transmit any content in response to a specific request”.⁵⁸ This gives French agents broader capabilities than their Spanish counterparts, who are limited to illegal files or objects related to the offense. Spanish legal scholars suggest that agents should be able “to operate in the socio-economic sphere by opening current accounts or engaging in electronic transactions”.⁵⁹ Expanding agents’ powers would allow them to better navigate virtual worlds, which replicate many aspects of real-life interactions. Second, in France, agents may provide suspected perpetrators with “legal or financial means as well as means of transport, deposit, accommodation, storage, and telecommunications”.⁶⁰ However, the framework is more restrictive compared to traditional infiltration, as agents directly cannot use these means themselves.

A critical question surrounding the investigative powers of undercover agents relates to the geographical scope of these powers. Investigative measures are typically national in scope and should be confined to a state’s territory due to the principle of state sovereignty. For example, in France, undercover agents are authorized to operate only within national borders, under the infiltration framework.⁶¹ Similarly, the Spanish High Court (*Tribunal Supremo*) has emphasized that any infiltration conducted by foreign agents within Spain, outside of the framework of formal criminal cooperation, constitutes a breach of supranational rules and national regulations governing infiltration operations.⁶² However, online spaces, including many virtual worlds,⁶³ lack clear geographical boundaries or direct ties to any specific state.

In Spain, cyber infiltration permits agents to operate only in “communications maintained in closed communication channels”, a term that remains undefined. Some legal scholars interpret this to mean that “Internet browsing in forums and open communications by the

⁵⁸ Article 230-46.3° of the CPP.

⁵⁹ LEÓN CAMINO, Arantza. Modo de actuación del agente encubierto virtual. *Claves Jurídicas*. n. 1, p. 28–48, 2024.

⁶⁰ Article 230-46.4° of the CPP.

⁶¹ Article 706-82 of the CPP.

⁶² Tribunal Supremo. 2009. 154/2009. However, in that case, the High Court still deemed the evidence constitutionally admissible.

⁶³ Excluding augmented reality which is directly related to a physical space.

Judicial Police does not imply interference in any fundamental right”,⁶⁴ thus requiring neither authorization nor identification. According to this interpretation, entering virtual worlds would likely involve some form of identification, thereby qualifying these spaces as closed communication channels. However, within virtual worlds, certain areas might be viewed as public, accessible to all users, while others could be considered “extra” closed, restricted to individuals with a specific identification procedure. Other scholars⁶⁵ draw upon the Spanish Constitutional Court’s rulings, which are informed by the ECtHR’s case law to define privacy. A communication channel is regarded as open if “there could not be a reasonable expectation of confidentiality arising from the use of the installed program”⁶⁶. Thus, the degree of privacy would depend on the affordances (design features) of virtual worlds and the privacy settings chosen by users. For spaces deemed open, judicial authorization or oversight would not be necessary, provided that no other fundamental rights are infringed.

4.2. LIMITATION OF UNDERCOVER AGENTS’ POWERS

While the frameworks governing undercover operations grant significant powers to agents these powers must be limited, particularly to prevent violations of the right to a fair trial.⁶⁷ Specifically, the ECtHR emphasizes that officers must “confine themselves to investigating criminal activity in an essentially passive manner”, and should not influence the target to incite commit an offense they would not otherwise have

⁶⁴ VILLAR FUENTES, Isabel. El agente encubierto informático: reto legislativo pendiente en un escenario digitalizado. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminales*. n. 6, p. 197–228, 2022.

⁶⁵ SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana. Investigar los delitos en la red a través del agente encubierto informático. In: MERINO CALLE, Irene; HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro; LARO GONZÁLEZ, María Elena (eds.), *Desafíos del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*. Ediciones Universidad de Valladolid, 2022. p. 267–278.

⁶⁶ For instance, Tribunal Supremo. 2013. 241/2012.

⁶⁷ Article 6.1 of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms.

committed.⁶⁸ The court refers to such violations as entrapment,⁶⁹ police incitement,⁷⁰ or *agent provocateur*⁷¹.

The ECtHR applies a substantive test to assess the conduct of undercover agents.⁷² First, it requires a clear legal framework with sufficient safeguards, similar to those needed for the protection of the right to privacy, as outlined in section 3. The court particularly examines whether the law provides a “clear and foreseeable procedure for authorizing investigative measures”,⁷³ which, while not necessarily judicial, must exist.⁷⁴ This is problematic in France, where cyber infiltration lacks any formal authorization requirement. The court also assesses the supervision of these measures, which may be judicial⁷⁵ but could also be conducted by a prosecutor.⁷⁶ In France, the prosecutor oversees cyber infiltration,⁷⁷

⁶⁸ ECtHR. *Ramanauskas v. Lithuania*. 2008. 74420/01.

⁶⁹ ECtHR. *Vanyan v. Russia*. 2005. 53203/99.

⁷⁰ ECtHR. *Teixeira De Castro v. Portugal*. 1998. 22064/13, 20763/08, 57325/13, 54294/09, 65133/11, 22326/11, 35845/13, 26220/06, 33045/09, 16178/07, 59187/09, 65525/09, 36773/13, 32993/13, 74694/12, 26578/08, 24073/13, 35432/13, 499/08, 46311/09, 77813/12, 25834/10, 58193/10, 9134/10.

⁷¹ ECtHR. *Schenk v. Switzerland*. 1988. 57572/16.

⁷² If this first test is not conclusive, the court checks if the applicant had the opportunity to challenge the admissibility of the evidence, an issue that falls outside of the scope of this paper, ECtHR. *Matanović v. Croatia*. 2017. 2742/12; *Bannikova v. Russia*. 2010. 18757/06.

⁷³ ECtHR. *Teixeira De Castro v. Portugal*. 1998. 22064/13, 20763/08, 57325/13, 54294/09, 65133/11, 22326/11, 35845/13, 26220/06, 33045/09, 16178/07, 59187/09, 65525/09, 36773/13, 32993/13, 74694/12, 26578/08, 24073/13, 35432/13, 499/08, 46311/09, 77813/12, 25834/10, 58193/10, 9134/10.

⁷⁴ However criticized by ORMEROD, David; ROBERTS, Andrew. The Trouble with Teixeira: Developing a Principled Approach to Entrapment. *International Journal of Evidence & Proof*. v. 6, n. 1, p. 37–61. 2002. <https://doi.org/10.1177/136571270200600103>.

⁷⁵ ECtHR. *Vanyan v. Russia*. 2005. 53203/99.

⁷⁶ ECtHR. *Miliniene v. Lithuania*. 2008. 74355/01.

⁷⁷ Article 230-46 of the CPP. However, the literature advocates for a judicial supervision of the measure, BRIGANT, Jean-Marie. Mesures d’investigation face au défi numérique en droit français. In: FRANSSSEN, Vanessa; FLORE, Daniel; STASIAK, Frédéric (eds.), *Société numérique et droit pénal : Belgique, France, Europe*. Bruylant, 2019.

whereas in Spain, an investigative judge performs this role.⁷⁸ In both countries, the supervising magistrate is either the judge or prosecutor who authorized a traditional infiltration.⁷⁹

Second, the ECtHR scrutinizes the implementation of the operations to ensure agents do “not incite”⁸⁰ criminal behavior. This includes examining, on the one side, the behavior of the suspect to establish “objective suspicions” about their involvement in criminal activities.⁸¹ LEAs must demonstrate “good reasons for mounting the covert operation”,⁸² such as suspicion or evidence of the suspect’s involvement in the crime under investigation.⁸³ The mere existence of a criminal record is insufficient;⁸⁴ instead, there must be verifiable “pre-existing criminal intent”.⁸⁵ On the other side, agents must remain passive participants, merely observing and not provoking the criminal acts. A key factor in this evaluation is the nature of the first contact between the undercover agent and the individual or group under investigation.⁸⁶ In virtual worlds, undercover agents must carefully navigate their actions to avoid any conduct that could be classified as entrapment, which would violate the right to a fair trial.

In Spain, undercover agents are exempt from criminal liability for actions taken during their operations, as long as these actions remain proportional and do not amount to “provocation to crime”.⁸⁷ The risk of entrapment is particularly high when agents are involved in sharing

⁷⁸ Article 282 bis.6 of the LEC.

⁷⁹ Article 282 bis.1 of the LEC and Article 706-81 of the LEC.

⁸⁰ ECtHR. *Khudobin v. Russia*. 2006. 59696/00.

⁸¹ ECtHR. *Bannikova v. Russia*. 2010. 18757/06.

⁸² ECtHR. *Ramanauskas v. Lithuania*. 2008. 74420/01.

⁸³ ECtHR. *Teixeira De Castro v. Portugal*. 1998. 22064/13, 20763/08, 57325/13, 54294/09, 65133/11, 22326/11, 35845/13, 26220/06, 33045/09, 16178/07, 59187/09, 65525/09, 36773/13, 32993/13, 74694/12, 26578/08, 24073/13, 35432/13, 499/08, 46311/09, 77813/12, 25834/10, 58193/10, 9134/10.

⁸⁴ ECtHR. *Constantin and Stoian v. Romania*. 2009. 23782/06, 46629/06.

⁸⁵ ECtHR. *Vanyan v. Russia*. 2005. 53203/99.

⁸⁶ ECtHR. *Sequeira v. Portugal (dec.)*. 2003. 73557/01. ; *Sepil v. Turkey*. 2013. 17711/07.

⁸⁷ Article 282 bis.5 of the LEC.

illegal files,⁸⁸ but the required judicial authorization is viewed as an appropriate safeguard to assess and mitigate this risk.⁸⁹ The regulation of entrapment has largely been left to the courts,⁹⁰ with the Spanish High Court setting clear principles, summarized in a 2019 ruling.⁹¹ The court specified that there is not entrapment if the criminal intent existed independently of the agent's involvement. In other words, the agent's role is strictly investigative, reacting to the actions of the suspect rather than inciting them. "The work of the undercover agent does not aim at the commission of the crime. The agent is limited to checking the actions of the subject, collecting evidence of crimes already committed or being committed [...], and even carrying out some activities of collaboration with the investigated person".⁹² The court outlined three key elements of entrapment: (1) an objective element, where the agent's provocation leads the target to act in response, with the aim of arresting them; (2) a subjective element, where the agent creates the intent to commit a crime in the suspect; and (3) a material element, where the operation is fully controlled by the police, hence there is no risk or endangerment to the protected legal right.⁹³

In France, both infiltration and cyber infiltration provisions prohibits agents from inciting criminal activity.⁹⁴ However, the provision

⁸⁸ VALIÑO CES, Almudena. El agente encubierto informático y la ciberdelincuencia. El intercambio de archivos ilícitos para la lucha contra los delitos de pornografía infantil. In: BUENO DE MATA, Federico (ed.), *Fodertics 5.0.: estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*. Granada: Comares, 2016. p. 275–285.

⁸⁹ RIZO GÓMEZ, Belén. La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. In: ASECIO MELLADO, José María; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (eds.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Tirant lo Blanch, 2017. p. 97–123.

⁹⁰ Some authors would prefer to have this topic regulated in the LEC, BELLIDO PENADÉS, Rafael. *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)*. Tirant lo Blanch, 2020.

⁹¹ Tribunal Supremo. 2019. 65/2019.

⁹² Tribunal Supremo. 2019. 65/2019.

⁹³ Tribunal Supremo. 2019. 65/2019.

⁹⁴ Articles 706-81 and 230-46 of the CPP.

for cyber infiltration only applies to operations that require prior authorization,⁹⁵ which creates inconsistency as any action could potentially result in entrapment. French law operates under the principle of freedom of proof, and all evidence must be obtained fairly.⁹⁶ However, the French High Court's case law on entrapment has been inconsistent.⁹⁷ In one case involving a child pornography website created by the US LEAs, which identified⁹⁸ one offender in France, the court initially ruled the evidence inadmissible as well as all subsequent evidence.⁹⁹ In a subsequent ruling in the same case, the court confirmed that the evidence was unfair as there was no prior suspicion.¹⁰⁰ In another case involving a forum for bank card fraud created by US LEAs, which identified one user located in France, the court admitted the evidence, despite the absence of prior suspicion, due to the suspect's active participation.¹⁰¹ This suggests that the court places greater emphasis on the suspect's demonstrated criminal intent. The mere connection to a child pornography website does not prove the criminal intent; based on the principle *in dubio pro reo*, a connection can be interpreted as a mistake.¹⁰² In contrast, if the suspect actively

⁹⁵ Article 230-46.3° and 4° of the CPP.

⁹⁶ Article 427 of the CPP.

⁹⁷ QUÉMÉNER, Myriam. Les spécificités juridiques de la preuve numérique. *Actualité juridique Pénal*. p. 63, 2014; PERRIER, Jean-Baptiste. Le fair-play de la preuve pénale. *Actualité juridique Pénal*. p. 436, 2017; LEPAGE, Agathe. Provocation sur Internet - La distinction entre provocation à la preuve et provocation à la commission d'une infraction à l'épreuve d'Internet. *Communication Commerce électronique*. n. 9, 2014. For a list of case law admitting or excluding fair or unfair proofs, see VLAMYNCK, Hervé. La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière. *Actualité juridique Pénal*. p. 325, 2014.

⁹⁸ The loyalty of proof applies to all the evidence brought to the court, independently of whether it was obtained by French law enforcement authorities or abroad.

⁹⁹ Cour de cassation. 2007. 06-87.753.

¹⁰⁰ Cour de cassation. 2008. 08-81.045.

¹⁰¹ Cour de Cassation 2014. 13-88.162.

¹⁰² FRANCILLON, Jacques. Infractions relevant du droit de l'information et de la communication. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. v. 2014/3. n. 3. p. 577, 2014. <https://doi.org/10.3917/rsc.1403.0577>; BUISSON, Jacques. Contrôle de l'éventuelle provocation policière : création d'un site pédo-pornographique un policier, même étranger. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. p. 663, 2008.

writes messages after accepting an invitation to join a forum, it proves their criminal intent. The court utilizes evidence on the *actus reus* to demonstrate the *mens rea*. A further case involved blackmail over a sex tape, where a police officer posed as a friend of the victim to gather evidence. Initially, the High Court ruled the operation unfair due to the officer's use of a pseudonym and his initiation of some conversations,¹⁰³ but a later ruling reversed this, stating that the crime would have occurred regardless of the agent's actions.¹⁰⁴ This lack of consistency in French case law creates legal uncertainty for both infiltration and cyber infiltration operations. In France, the distinction between a lawful undercover operation and entrapment remains unclear.

European and national case law on entrapment will thus have a significant impact on how undercover agents operate in virtual worlds. Although they are granted considerable powers, it remains ambiguous which actions require additional authorization. Such authorizations are crucial for determining whether an agent's conduct could amount to entrapment.

5. CONCLUSIONS

The rapid evolution of virtual worlds as integral components of daily human activities necessitates a parallel development in the capabilities of LEAs to operate in these environments. As criminal behaviors extend into virtual realms, LEAs will increasingly seek to conduct undercover operations within these spaces, enabling them to gather evidence and assess risks without always relying on data requests to online service providers. Legal frameworks for traditional and cyber infiltration provide significant opportunities to investigate criminal activities in virtual worlds. On the one hand, traditional infiltration grants broader powers to undercover agents, which may align well with the complex dynamics of virtual worlds. On the other hand, cyber infiltration frameworks offer a more flexible scope, allowing investigations into a wider range of offenses,

¹⁰³ Cour de cassation. 2017. 17-80.313.

¹⁰⁴ Cour de cassation. 2019. 18-86.767.

particularly those committed online. Undercover agents will likely play a crucial role, either by adapting traditional infiltration techniques to the virtual sphere or through the use of the cyber infiltration, the latter being particularly well-suited to the nature of many virtual platforms. However, the immersive qualities of virtual environments—amplified by technological advancements that blur the lines between the physical and digital—may make the case for extending physical infiltration frameworks into these virtual settings. In virtual worlds, undercover agents may operate with a dual nature: acting physically-like by transporting virtual objects or virtually-like by exchanging data. This hybrid nature highlights the need for a fusion of legal frameworks that govern both traditional and cyber infiltration.

Such a merger is further justified by the shared challenges that these forms of infiltration face, particularly in avoiding entrapment and ensuring that the agents' conduct remains within legal boundaries. Indeed, these expanded opportunities raise concerns about the right to privacy and the right to a fair trial, especially when there is a lack of clear authorization procedures or limits on the duration of operations, as emphasized by the ECtHR. To ensure proportionality, the law must clearly define the scope, duration, and authorization of undercover operations, with particular attention to avoiding entrapment. Moving forward, a mixed regime that combines elements of both traditional and cyber infiltration may be necessary to navigate the unique affordances of virtual worlds while safeguarding fundamental rights. One area that requires urgent attention is the authorization and oversight processes, which currently do not adequately consider the public interest, or the severity of the potential rights violations involved. The regulation of undercover agents follows a binary division between their implementation offline or online and does not take into account the types and amount of data that can be gathered. This challenge is further compounded in virtual worlds, where the absence of geographical limitations allows LEAs unprecedented access to any digital space, complicating the application of traditional or cyber infiltration measures. Jurisdictional boundaries, which are well-defined in the physical world, become ambiguous in virtual spaces, raising proportionality concerns for national law enforcement efforts. Existing frameworks for both traditional and cyber infiltration

fail to address this complexity, necessitating a thorough reevaluation of how LEAs operate across virtual borders. Tackling these challenges is critical to ensure the admissibility of evidence in court.

This paper provides an introductory reflection on the need to adapt criminal procedure to accommodate investigations in virtual worlds, but much remains to be explored. Key unresolved issues include the admissibility of evidence collected in virtual environments and the potential conflicts with the right to privacy and the right to a fair trial, as studied here. The ECtHR has emphasized that the regulation of such matters is primarily the responsibility of national laws,¹⁰⁵ yet this remains a contentious issue in the context of cross-border criminal cooperation within the EU. The European Law Institute's Proposal for a Directive on the Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings marks a step forward, but further refinement is needed.¹⁰⁶

Additional challenges arise when virtual operations translate into physical courtroom procedures, such as ensuring a fair trial, protecting the identity of undercover agents (whether through anonymous or open testimony), and managing the vast amount of data collected.¹⁰⁷ Future legal challenges may also emerge from novel forms of infiltration, such as law enforcement-controlled bots or invisible avatars operating within virtual spaces. Moreover, the visible presence of law enforcement in virtual worlds, where agents are identified as such, introduces new dilemmas—particularly concerning their interactions with private policing entities, which are becoming more prevalent in these environments.

In conclusion, as LEAs expand their operations into virtual worlds, the balance between effective policing and the protection of fundamental rights must be carefully managed. The proliferation of surveillance, whether conducted by public or private actors, underscores the urgent

¹⁰⁵ ECtHR. *Schenk v. Switzerland*. 1988. 57572/16.

¹⁰⁶ BACHMAIER WINTER, Lorena and SALIMI, Farsam. P-2020-21: *ELI Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*. European Law Institute, 2023.

¹⁰⁷ ECtHR. *Van Wesenbeeck v. Belgium*. 2017. 67496/10, 52936/12. See Article 282 bis.2 of the LEC and Articles 706-86 and 706-87 of the CPP.

need for a comprehensive regulatory framework that addresses these novel challenges while safeguarding the fundamental rights of individuals.

REFERENCES

ART. 29 WORKING PARTY. *Opinion 4/2007 on the concept of personal data*. EU, 2007.

BACHMAIER WINTER, Lorena. Registro remoto de equipos informáticos en la Ley Orgánica 13/2015: algunas cuestiones sobre el principio de proporcionalidad. In: CEDEÑO HERNÁN, Marina (ed.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Cizur Menor (Navarra) : Aranzadi, 2017.

BACHMAIER WINTER, Lorena; SALIMI, Farsam. P-2020-21: *ELI Proposal for a Directive of the European Parliament and the Council on Mutual Admissibility of Evidence and Electronic Evidence in Criminal Proceedings. Draft Legislative Proposal of the European Law Institute*. European Law Institute, 2023.

BELLIDO PENADÉS, Rafael. *La captación de comunicaciones orales directas y de imágenes y su uso en el proceso penal (propuestas de reforma)*. Tirant lo Blanch, 2020.

BOVENZI, Gian Marco. MetaCrimes: Criminal accountability for conducts in the Metaverse. In: *Companion Proceedings of the ACM Web Conference 2023*. New York, NY, USA: Association for Computing Machinery, 2023. p. 565–567. <https://doi.org/10.1145/3543873.3587535>

BRIGANT, Jean-Marie. Mesures d'investigation face au défi numérique en droit français. In: FRANSSEN, Vanessa; FLORE, Daniel; STASIAK, Frédéric (eds.), *Société numérique et droit pénal : Belgique, France, Europe*. Bruylant, 2019.

BUENO DE MATA, Federico. *Las diligencias de investigación penal en la cuarta revolución industrial: principios teóricos y problemas prácticos*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, , 2019.

BUISSON, Jacques. Contrôle de l'éventuelle provocation policière : création d'un site pédo-pornographique un policier, même étranger. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. p. 663, 2008.

CAROU-GARCÍA, Sara. Cibercriminalidad e investigación policial. El agente encubierto informático. In: SANZ DELGADO, Enrique; FERNÁNDEZ BERMEJO, Daniel (eds.), *Tratado de delincuencia cibernética*. Thomson Reuters Aranzadi, 2021. p. 825–864.

Cour de cassation. 2007. 06-87.753; 2008. 08-81.045; 2014. 13-88.162; 2016. 16-81.834; 2017. 17-80.313; 2019. 18-86.767

DANAHER, John. The law and ethics of virtual sexual assault. In: BARFIELD, Woodrow; BLITZ, Marc J. (eds.). *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*. Edward Elgar Publishing, 2018. p. 363–388.

DEL POZO PÉREZ, Marta. El agente encubierto como medio de investigación de la delincuencia organizada en la Ley de enjuiciamiento criminal española. *Criterio jurídico*. n. 6, p. 267–310, 2006.

DREMLIUGA, Roman; PRISEKINA, Natalia; YAKOVENKO, Andrei. New Properties of Crimes in Virtual Environments. *Advances in Science, Technology and Engineering Systems Journal*. v. 5, n. 6, p. 1727–1733, 2020. <https://doi.org/10.25046/aj0506206>

ECJ, *Digital Rights Ireland Ltd v Minister for Communications, Marine and Natural Resources and Others and Kärntner Landesregierung and Others*. 2014. C-293/12, C-594/12; *Bundesrepublik Deutschland v SpaceNet AG and Telekom Deutschland GmbH*. 2022. C-793/19, C-794/19.

ECtHR. *Klass and others v. Germany*. 1978. 5029/71; *Leander v. Sweden*. 1987. 9248/81; *Schenk v. Switzerland*. 1988. 57572/16; *Kruslin v. France*. 1990. 11801/85; *Teixeira De Castro v. Portugal*. 1998. 22064/13, 20763/08, 57325/13, 54294/09, 65133/11, 22326/11, 35845/13, 26220/06, 33045/09, 16178/07, 59187/09, 65525/09, 36773/13, 32993/13, 74694/12, 26578/08, 24073/13, 35432/13, 499/08, 46311/09, 77813/12, 25834/10, 58193/10, 9134/10; *Sequeira v. Portugal (dec.)*. 2003. 73557/01; *Vanyan v. Russia*. 2005. 53203/993; *Weber and Saravia v. Germany*. 2006. 54934/00; *Khudobin v. Russia*. 2006. 59696/00; *Ramanauskas v. Lithuania*. 2008. 74420/01; *Miliniene v. Lithuania*. 2008. 74355/01; *Constantin and Stoian v. Romania*. 2009. 23782/06, 46629/06; *Bannikova v. Russia*. 2010. 18757/06; *Moulin v. France*. 2010. 37104/06; *Amann v. Switzerland*. 2011. 27798/95; *Sepil v. Turkey*. 2013. 17711/07; *Szabó and Vissy v. Hungary*. 2016. 37138/14; *Matanović v. Croatia*. 2017. 2742/12; *Van Wesenbeeck v. Belgium*. 2017. 67496/10, 52936/12; *Centrum För Rättvisa v. Sweden*. 2021. 35252/08; *Big Brother Watch and others v. the United Kingdom (2)*. 2021. 58170/13, 62322/14, 24960/15.

EL-KADY, Ramy Metwally. Investigating Forensic Evidence in Metaverse: A Comparative Analytical Study. In: ELSHENRAKI, Hossam Nabil. *Forecasting Cyber Crimes in the Age of the Metaverse*. IGI Global, 2024. p. 227–258.

ELSHENRAKI, Hossam Nabil. *Forecasting Cyber Crimes in the Age of the Metaverse*. IGI Global, 2023.

EUROPEAN COMMISSION. COM(2023) 442/final: *Communication - An EU initiative on Web 4.0 and virtual worlds: a head start in the next technological transition*. EU, 2023.

FRANCILLON, Jacques. Infractions relevant du droit de l'information et de la communication. *Revue de science criminelle et de droit pénal comparé*. v. 2014/3. n. 3. p. 577, 2014. <https://doi.org/10.3917/rsc.1403.0577>.

HABER, Eldar. *The Criminal Metaverse*. *Indiana Law Journal*. v. 99, n. 3, p. 843–891. 2024.

EUROPOL. *Policing in the metaverse: what law enforcement needs to know : an observatory report from the Europol innovation lab*. Publications Office, 2022. Available at: <<https://data.europa.eu/doi/10.2813/81062>>. Access on: September 18, 2023.

EXPÓSITO LÓPEZ, Lourdes. El agente encubierto. *Revista de derecho UNED*. n. 17, p. 251–286, 2015. <https://doi.org/10.5944/rduned.17.2015.16277>.

GODEFROY, Thierry. The Control of Organised Crime in France: A Fuzzy Concept but a Handy Reference. In: FIJNAUT, Cyrille; PAOLI, Letizia (eds.), *Organised crime in Europe: concepts, patterns and control policies in the European Union and beyond*. Springer, 2006. p. 763.

GONZÁLEZ-CASTELL, Adán Carrizo. La infiltración policial en España como medio de investigación en la lucha contra la corrupción. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*. v. 3, n. 2, p. 511–536. 2017. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v3i2.64>.

HALLEVY, Gabriel. Criminal liability for intellectual property offenses of artificially intelligent entities in virtual and augmented reality environments. In: BARFIELD, Woodrow; BLITZ, Marc J. (eds.). *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*. Edward Elgar Publishing, 2018. p. 389–419.

KARAPATAKIS, Andreas. Virtual worlds and money laundering under EU law: The inadequacy of the existing legal framework and the challenges of regulation. *New Journal of European Criminal Law*. v. 10, n. 2, p. 128–150, 2019. <https://doi.org/10.1177/2032284419841711>.

KIM, Donghyun; OH, Subin; SHON, Taeshik. Digital forensic approaches for metaverse ecosystems. *Forensic Science International: Digital Investigation*. v. 46, p. 301608, 2023. <https://doi.org/10.1016/j.fsidi.2023.301608>.

LEPAGE, Agathe. Provocation sur Internet - La distinction entre provocation à la preuve et provocation à la commission d'une infraction à l'épreuve d'Internet. *Communication Commerce électronique*. n. 9, 2014.

LEÓN CAMINO, Arantza. Modo de actuación del agente encubierto virtual. *Claves Jurídicas*. n. 1, p. 28–48, 2024.

LEVINE, Alec. Play Harms: Liability and the Play Conceit in Virtual Worlds Comment. *McGeorge Law Review*. v. 41, n. 4, p. 929–966, 2009.

LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada. El derecho a la protección del entorno virtual y sus límites. El registro de los sistemas informáticos. In: BUENO DE LA MATA, Federico; DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel; LÓPEZ-BARAJAS PEREA, Inmaculada (eds.), *La nueva reforma procesal penal: derechos fundamentales e innovaciones tecnológicas*. Valencia: Tirant lo blanch, 2018. p. 135–168.

MALHOTRA, Vinayak. That's Assault! Extension of Criminal Law to the Metaverse. *SSRN Scholarly Paper*. 2023. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4595652>.

MAYAUD, Yves. Terrorisme – Poursuites et indemnisation. *Répertoire de droit pénal et de procédure pénale*. 2023.

MCKENZIE MARSHALL, Angus; TOMPSETT, Brian Charles. The metaverse—Not a new frontier for crime. *WIREs Forensic Science*. v. 6, n. 1, p. e1505, 2024. <https://doi.org/10.1002/wfs2.1505>.

NADELMANN, Ethan. *Cops Across Borders - The Internationalization of U.S. Criminal Law Enforcement*. Pennsylvania: Penn State University Press, 1993.

ORMEROD, David; ROBERTS, Andrew. The Trouble with Teixeira: Developing a Principled Approach to Entrapment. *International Journal of Evidence & Proof*. v. 6, n. 1, p. 37–61, 2002. <https://doi.org/10.1177/136571270200600103>.

PERRIER, Jean-Baptiste. Le fair-play de la preuve pénale. *Actualité juridique Pénal*. p. 436, 2017.

QUÉMÉNER, Myriam. Fasc. 1110 : Infiltrations numériques et enquêtes sous pseudonyme. *JurisClasseur Communication*. 2024; Les spécificités juridiques de la preuve numérique. *Actualité juridique Pénal*. p. 63, 2014.

RIZO GÓMEZ, Belén. La infiltración policial en internet. A propósito de la regulación del agente encubierto informático en la ley orgánica 13/2015, de 5 de octubre, de modificación de la ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

In: ASECIO MELLADO, José María; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Mercedes (eds.), *Justicia penal y nuevas formas de delincuencia*. Tirant lo Blanch, 2017. p. 97–123.

ROUSSEL, Bruno. *Les investigations numériques en procédure pénale*. PhD thesis. Université de Bordeaux, 2020. Available at: <<https://theses.hal.science/tel-02947825>>. Access on: November 8, 2023.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Susana. Investigar los delitos en la red a través del agente encubierto informático. In: MERINO CALLE, Irene; HERNÁNDEZ LÓPEZ, Alejandro; LARO GONZÁLEZ, María Elena (eds.), *Desafíos del derecho en la sociedad actual: reflexiones y propuestas*. Ediciones Universidad de Valladolid, 2022. p. 267–278; Investigar y castigar la pornografía infantil gracias al agente encubierto informático. *La ley penal: revista de derecho penal, procesal y penitenciario*. n. 154, p. 3, 2022; El agente encubierto informático en la lucha contra la pornografía infantil. In: GARRIDO CARRILLO, Francisco Javier; FAGGIANI, Valentina (eds.), *Lucha contra la criminalidad organizada y cooperación judicial en la UE: instrumentos, límites y perspectivas en la era digital*. Thomson Reuters Aranzadi, 2022. p. 367–390.

SCHAENGOLD, Zachary. Personal Jurisdiction over Offenses Committed in Virtual Worlds Comments and Casenotes. *University of Cincinnati Law Review*. v. 81, n. 1, p. 361–386, 2012.

SEO, Seunghye; SEOK, Byoungjin; LEE, Changhoon. Digital forensic investigation framework for the metaverse. *The Journal of Supercomputing*. v. 79, n. 9, p. 9467–9485, 2023. <https://doi.org/10.1007/s11227-023-05045-1>.

SINGH, Prachi; RAJPUT, Dev Karan. Metaverse: Surging Need for Competent Laws with Increasing Metaverse Crimes. *International Journal of Law Management & Humanities*. v. 5 Issue 5, p. 712-724, 2022. <https://doi.org/10.1000/IJLMH.113621>.

TOSZA, Stanislaw. Internet service providers as law enforcers and adjudicators. A public role of private actors. *Computer Law & Security Review*. v. 43, p. 105614, 2021. <https://doi.org/10.1016/j.clsr.2021.105614>; Mutual Recognition By Private Actors In Criminal Justice? E-Evidence Regulation And Service Providers As The New Guardians Of Fundamental Rights. *Common Market Law Review*. v. 61, n. 1, 2024. <https://doi.org/10.54648/cola2024005>.

Tribunal Supremo. 2009. 154/2009; 2013. 241/2012; 2019. 65/2019.

UNODC. *Comprehensive Study on Cybercrime*. United Nations, 2013.

VALIÑO CES, Almudena. El agente encubierto informático y la ciberdelincuencia. El intercambio de archivos ilícitos para la lucha contra los delitos de pornografía

infantil. In: BUENO DE MATA, Federico (ed.), *Fodertics 5.0.: estudios sobre nuevas tecnologías y justicia*. Granada: Comares, 2016. p. 275–285.

VELASCO NÚÑEZ, Eloy; SANCHÍS CRESPO, Carolina. *Delincuencia informática: tipos delictivos e investigación: con jurisprudencia tras la reforma procesal y penal de 2015*. Tirant lo Blanch, 2019.

VERGÈS, Etienne. La notion de criminalité organisée après la loi du 9 mai 2004. *Actualité juridique Pénal*. p. 181, 2004.

VILLAMARÍN LÓPEZ, María Luisa. La nueva figura del agente encubierto online en la lucha contra la pornografía infantil. Apuntes desde la experiencia en Derecho Comparado. In: CEDEÑO HERNÁN, Marina (ed.), *Nuevas tecnologías y derechos fundamentales en el proceso*. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2017.

VILLAR FUENTES, Isabel. El agente encubierto informático: reto legislativo pendiente en un escenario digitalizado. *Revista de Estudios Jurídicos y Criminológicos*. n. 6, p. 197–228, 2022.

VLAMYNCK, Hervé. La loyauté de la preuve au stade de l'enquête policière. *Actualité juridique Pénal*. p. 325, 2014.

YADIN, Gilad. Beyond unauthorized access: laws of virtual reality hacking. In: ARFIELD, Woodrow; BLITZ, Marc J. (eds.). *Research Handbook on the Law of Virtual and Augmented Reality*. Edward Elgar Publishing, 2018. p. 340–362.

YALCIN-ISPIR, Aybike. The Metaverse and Terrorism. In: ESEN, Fatih Sinan; TINMAZ, Hasan; SINGH, Madhusudan (eds.), *Metaverse: Technologies, Opportunities and Threats*. Singapore: Springer Nature, 2023. p. 275–284.

Authorship information

Salomé Lannier. Postdoctoral researcher at the University of Luxemburg. PhD in Private Law and Criminal Sciences. salome.lannier@uni.lu

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 19/07/2024
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2024
- Review 1: 16/08/2024
- Review 2: 21/08/2024
- Preliminary editorial decision: 28/09/2024
- Correction round return: 02/10/2024
- Final editorial decision: 12/10/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

LANNIER, Salomé. Infiltrating virtual worlds. The regulation of undercover agents through fundamental rights. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1066, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1066>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

Medidas cautelares

Preventive measures


Prisión Preventiva en Chile: Presión de la Gestión del Tiempo y Estandarización¹

Pre-trial detention in Chile: Between Time Management and Standardization

Javier Velásquez Valenzuela²

Universidad de La Frontera, Temuco, Chile


javier.velasquez@ufrontera.cl

 <https://orcid.org/0000-0002-3464-116X>

Ignacio Riquelme Espinosa³

Universidad de O´ Higgins, Rancagua, Chile

iariquel@uc.cl

 <https://orcid.org/0000-0001-7939-541X>

RESUMEN: El uso de la prisión preventiva en Chile suscita un amplio debate. La doctrina procesal chilena, en su mayoría, ha abogado por una interpretación restrictiva. A pesar de ello, estudios empíricos indican un incremento en su uso y el desarrollo de estrategias de

¹ Este trabajo ha sido desarrollado en el contexto del Fondecyt de Iniciación 2022 n°11221052 financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo.

² PhD en Criminología, Universidad de Glasgow, Reino Unido. Magister en programa de doble titulación Universidad de Talca, Chile y Universidad Pompeu Fabra, España. Abogado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Académico de la Universidad de La Frontera, Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, Departamento de Ciencias Jurídicas.

³ PhD en Estudios Socio-Jurídicos, Universidad de Bristol, Reino Unido. Master of Science en Derecho, Antropología y Sociedad, LSE, Reino Unido. Sociólogo y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile. Investigador del Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de O´Higgins.

trabajo estandarizadas en la toma de decisiones judiciales. A la fecha, carecemos de análisis profundos sobre tales prácticas de estandarización y su relación específica con las decisiones de prisión preventiva. A partir de la observación no participante de audiencias y entrevistas con jueces, fiscales y defensores en tribunales de las regiones de la Araucanía y del Bio-Bio, este artículo presenta un análisis empírico sobre la aplicación de la prisión preventiva en Chile, enfocándose en la gestión burocrática del tiempo desde una perspectiva socio jurídica. En particular, ¿Cómo influye la estandarización de las prácticas judiciales en el modo de decidir sobre la prisión preventiva en Chile? Se descubre que, ante las presiones temporales, los tribunales han adoptado estrategias específicas para organizar las audiencias, generando distintos tipos de audiencias, cada una con su propia velocidad y lógica de estandarización. El artículo enfatiza la necesidad de una exploración detallada y empírica de los procesos de burocratización dentro del sistema judicial y los impactos tangibles que estos procesos tienen en la equidad del acceso a la justicia.

PALABRAS-CLAVE: Prisión preventiva; gestión del tiempo; burocratización; prácticas judiciales.

ABSTRACT: *The use of pre-trial detention in Chile is widely debated. Chilean legal scholars, for the most part, have advocated a restrictive interpretation. Despite this, empirical research studies on the use of pre-trial detention in Chile has revealed an increase in its use during the last decade and the development of standardized working strategies in judicial decision-making in this institution. To date, we lack in-depth analysis of the practice of this standardization and its specific relationship to pre-trial detention decisions. Based on non-participant observation of hearings and interviews with judges, prosecutors and defense attorneys in courts in the Araucanía and Bio-Bio regions, this article presents an empirical analysis of the application of pre-trial detention in Chile. In particular, how does the standardization of judicial practices influence the way decisions on pre-trial detention are made in Chile? The research study focused on the bureaucratic management of time from a socio-legal perspective. It finds that, in the face of time pressures, courts have adopted specific strategies to organize hearings, generating different types of hearings, each with its own speed and logic of standardization. The article emphasizes the need for a detailed and empirical exploration of the processes of bureaucratization within the judicial system and the tangible impacts these processes have on the fairness of access to justice.*

KEYWORDS: *Pre-trial detention; Time management; Bureaucratization; Judicial practices.*

CONTENIDO: Introducción; 1. El tiempo como recurso burocrático; 2. Metodología; 3. Hallazgos; 3.1. La presión y la gestión del tiempo; 3.2. Coordinación en la gestión del tiempo; 3.3. Estandarización de la discusión judicial; 4. Discusión; Conclusiones; Bibliografía .

INTRODUCCIÓN

Los procesalistas suelen definir las medidas cautelares como mecanismos cuyo objetivo es “*que el tiempo que inevitablemente tarda en sustanciarse el proceso no perjudique su eficacia*”⁴. En este contexto, se plantea la necesidad de evaluar si la libertad del imputado representa un riesgo para la finalidad del proceso penal y en qué circunstancias dicha libertad podría justificar una medida de privación de libertad. Como bien recalca Ascencio Mellado, estamos frente a individuos a quienes el sistema procesal presume inocentes⁵, por lo que este tipo de medidas debiera ser de ultima ratio. Ahora, una forma de brindar racionalidad y restringir esta medida, al menos desde la doctrina procesal, son las exigencias de “*Fumus boni iuris*” y la “*Periculum in mora*”⁶.

El primer presupuesto apunta a que, como mínimo, deben existir antecedentes fundados de la existencia de un delito y de la participación del imputado en dicho ilícito. El segundo requisito dice relación con el “peligro de demora”, en otras palabras, como la libertad del imputado puede afectar e incluso impedir que el proceso penal cumpla su finalidad.

Esta discusión no es pacífica, de hecho, las convenciones americanas y europeas difieren sustancialmente de que finalidades

⁴ NIEVA, Jordi, *Derecho Procesal I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018

⁵ ASCENCIO, José María. Medidas Cautelares Personales (i). In: ASCENCIO, José María (dir), *Derecho Procesal Penal*, 3ª Edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 317-331.

⁶ ASCENCIO MELLADO, Medidas, p. 332. Ídem.

procesales pueden justificar afectar la libertad de un imputado, que a la postre, se presume inocente. Mientras la Convención Europea de Derechos Humanos expresamente admite que puede entenderse como una finalidad procesal el evitar que un imputado cometa una nueva infracción durante la sustanciación del proceso⁷, la Convención Americana no lo incorpora⁸. A mayor abundamiento, si bien no hay una mención expresa, la jurisprudencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CIDH) pareciera excluir la finalidad de “peligrosidad” o “riesgo de reincidencia” como causal legítima para imponer la medida⁹.

Pese a la posición jurisprudencial de la CIDH, lo cierto es que varios países de Latinoamérica tienen causales de prisión preventiva que tocan o evalúan el “peligro”.¹⁰

En Chile, la prisión preventiva está regulada en el artículo 19 letra e) de la Constitución Política de la República y en los artículos 139 y siguientes del Código Procesal Penal (En adelante CPP). Esta medida cautelar es considerada como la más grave dentro del procedimiento penal, ya que implica la privación de libertad de una persona cuya culpabilidad aún no ha sido judicialmente establecida. En consecuencia, existe un consenso dentro de la literatura sobre el carácter excepcional que debe tener la prisión preventiva en el procesamiento de los delitos y la importancia de que el tribunal cuente con una justificación clara y fundada para su aplicación¹¹. No obstante, el uso de la prisión preventiva

⁷ Ver Convención Europea de Derechos Humanos, artículo quinto, letra c.

⁸ Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículos 7.3, 7.5 y 8.2.

⁹ La Ministra Perez, realizó un resumen de la posición de la corte en CORTE IDH, Caso Molina Theissen vs. Guatemala, voto parcialmente disidente Jueza Patricia Goldberg, de 4 de septiembre de 2023, párr. 4-48.

¹⁰ Brasil (311 y ss. Código de Processo Penal), Colombia (art. 310 Código de Procedimiento Penal), Uruguay (art. 224.1 del Código del Proceso Penal) o Bolivia (art. 234 Código de Procedimiento Penal).

¹¹ VELÁSQUEZ, Javier; DEL FIERRO, Nicolás; BRAVO, Nicolás. ¿Peligro Procesal? Reflexiones sobre los fundamentos de la causal “peligro para la seguridad de la sociedad”. In: VELÁSQUEZ, Javier y FERNÁNDEZ, Alejandro. *Temas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal a 20 años del inicio de la Reforma Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022, *passim*. DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian, *La Prisión Preventiva en Chile*. Santiago: Ediciones UDP, 2011. DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica, 2007.

en la práctica es objeto de amplio debate en Chile. Por un lado, existe la sospecha de un uso excesivo de esta medida cautelar y de su aplicación desproporcionada en algunos casos¹². Más aún, se ha puesto de relieve que, bajo ciertas interpretaciones, las causales de prisión preventiva contempladas en el Código Procesal Chileno pueden resultar contrarias a los estándares fijados por la CIDH¹³. Así, la mayoría de la doctrina procesal chilena ha sido crítica sobre el uso de la medida, y ha abogado particularmente por una interpretación restrictiva¹⁴. No obstante, lo

¹² Ver GRAU, Nicolás; VERGARA, Damián. *A Simple Test for Prejudice in Decision Processes: The Prediction-Based Outcome Test*. Universidad de Chile, Departamento de Economía, 2020. GRAU, Nicolás; VERGARA, Damián. *An observational implementation of the outcome test with an application to ethnic prejudice in pretrial detentions*. Universidad de Chile, Departamento de Economía, 2021. GRAU, Nicolás; MARIVIL, Gonzalo y RIVERA, Jorge. The effect of pretrial detention on labor market outcomes. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 39.2, p. 283-332, 2023. <http://dx.doi.org/10.1007/s10940-021-09535-4>

¹³ DUCE, Mauricio. *Proceso Penal en Contexto*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016. CORREA, CORREA, Carlos, La prisión preventiva a la luz de las reformas introducidas al Código procesal Penal Chileno. In AMBOS, K.; MALARINO, E.; MATUS, J.; URQUIZO.; WINTER, J, *Reformas penales*. Santiago: Ediciones Der, 2017, p. 305.

¹⁴ BLANCO, Rafael; GALLARDO, Eduardo; MORENO, Leonardo. *Litigación Penal Estratégica en Audiencias Preliminares*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2024, pp. 168 y ss; RÍOS, Rodrigo. *Cuestiones de Derecho Penal y Proceso Penal Chileno*. Sao Paulo; Tirant Lo Blanch, pp.63 y ss; CRÚZ, Andrés, *Curso de Derecho Procesal Penal*. Santiago. Thomson Reuters, 2023, p. 369 y ss; CASTRO, Javier, *Manual de Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023, p. 293 y ss; SALAS, Jaime. *Prisión Preventiva, Pena y Presunción de Inocencia*. In OLIVER, Guillermo; MAYER, Laura y VERA, Jaime. *Un Derecho Penal Centrado en la Persona*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2023, pp. 1391 y ss; VELÁSQUEZ, Javier, DEL FIERRO, Nicolás y BRAVO, Nicolás, “¿Peligro procesal?... *passim*”; OLIVER, Guillermo, Proceso Penal Chileno: Algunos aspectos problemáticos. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 105-109; VELÁSQUEZ, Javier y DEL FIERRO, Nicolás, “¿Peligro para la seguridad de la sociedad? Una mirada crítica en MACHADO, André y Ríos, Rodrigo (coordinadores) *Derecho Procesal Penal: Una mirada a 20 años de reformas en Chile y Brasil*. Sao Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 86-94; HADWA, Marcelo, *La Prisión Preventiva y otras Medidas Cautelares Personales (Tercera edición actualizada)*. Santiago: Ediciones Der, 2020, *passim*; SANDOVAL, Sem. *Prisión preventiva: causales legales, apócrifas y peligro para la seguridad de la sociedad: observaciones críticas entre Alemania y Latinoamérica*. In: SERRANO, Alfonso y DALBORA, José Luis. *El resurgimiento*

cierto es que el poder legislativo Chileno - ante una creciente percepción ciudadana de inseguridad- se ha preocupado de promover el uso de la medida cautelar a través de diversas reformas a dicha institución¹⁵.

¿Que nos indica la evidencia empírica? Desde un punto de vista estadístico, se observa un incremento sostenido en la aplicación de la prisión preventiva durante la última década. Según datos del Poder Judicial Chileno la cantidad total de prisiones preventivas pasó de 25.495 casos en el año 2012 a 28.142 casos en el año 2022¹⁶. De acuerdo con Figueroa y Morales, estas cifras superan significativamente las variaciones anuales observadas en el sistema penal en cuanto al ingreso de casos o al número de condenas, dejando de manifiesto una tendencia al alza particular en el uso de la prisión preventiva¹⁷. Por su parte, como muestra el gráfico más abajo, datos de Gendarmería de Chile demuestran que la cantidad de personas que diariamente cumplen esta medida en centros penitenciarios ha aumentado drásticamente en la última década.

de la criminología científica en América Latina. Madrid: Dykinson, 2020, pp. 263-287. SALAS, Jaime, *Problemas del Proceso Penal, Tercera Edición*. Santiago: Librotecnia, 2019, pp. 319-327; CERDA, Rodrigo, *Manual del Sistema de Justicia Penal (Tercera edición)*. Santiago: Librotecnia, 2019, pp. 288-293; CORREA. La prisión..., p. 305.

¹⁵ Ver leyes 20.253 de 2008, 20.931 de 2016, y 21560 y 21635 ambas de 2023. Críticamente CORREA. La Prisión... p. 317 y ss.

¹⁶ DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (DECS). Infografía: Prisión Preventiva 2012 - nov. 2023. Santiago: DECS 2023.

¹⁷ FIGUEROA, Ulda y MORALES, Ana María. El uso de la prisión preventiva en Chile. Santiago: Paz Ciudadana, 2018. Más recientemente FIGUEROA, Ulda y Carmona, Rolando. Datos en perspectiva. Series sobre la justicia penal en Chile. Centro de Estudios Justicia y Sociedad (en prensa).



Elaboración propia con datos de Gendarmería de Chile¹⁸

Los datos del Poder Judicial son coincidentes con tal conclusión, indicando que aproximadamente nueve de cada diez solicitudes de prisión preventiva realizadas por la Fiscalía son concedidas. Así, aunque la prisión preventiva no constituye la medida cautelar más frecuente, representando aproximadamente el 15% del total de medidas cautelares decretadas en 2022, la fiscalía posee una alta probabilidad de que los tribunales concedan esta medida¹⁹.

En lo que toca a la práctica de los actores penales, autores como Duce y Riego o Hadwa han observado una tendencia a la automatización y/o estandarización en el modo en que los tribunales deciden acerca de esta medida cautelar. Ellos alertan que, en la práctica judicial, se ha extendido una suerte de formalismo jurídico que aplicaría los criterios del artículo 140 del CPP como un “checklist”²⁰. Vale decir, la valoración de los jueces se limita a revisar y enunciar los criterios establecidos en

¹⁸ GENDARMERÍA DE CHILE. Estadísticas Penitenciarias 2024. Santiago: GENCHI, 2024.

¹⁹ DECS. Infografía... p.1.

²⁰ DUCE y RIEGO, La Prisión... p.159 y ss; HADWA, La Prisión..., p. 130 y ss.

la norma, sin necesidad de explicar la necesidad procesal de la medida o el análisis detallado que sustenta su decisión.

La aparición de prácticas de estandarización, mecanización y/o automatización de las decisiones judiciales en el proceso penal ha sido documentada por sucesivos estudios desde la implementación de la reforma al sistema procesal penal en Chile en el año 2000²¹. Ya en 2003, Baytelman y Duce alertaban de “*importantes niveles de automatismos en la decisión judicial respecto de la procedencia de la prisión preventiva en los casos más graves*”²².

En 2009, un estudio de la Fundación Paz Ciudadana en 2009 reveló que, de un grupo de 92 jueces de garantía encuestados, un 50% concordaba con la idea de que, ante la entrada en vigencia de la ley 20.253 “*algunos jueces han tendido a aplicar automáticamente y sin mayor interpretación las modificaciones al Código Procesal Penal*”. Además, los magistrados participantes indicaron sentir presión por parte del legislador para adoptar un enfoque más automático en su manejo de la prisión preventiva y otras medidas cautelares, como resultado de dicha reforma²³. Tales conclusiones son ratificadas por el estudio realizado en 2011 por la misma fundación, que mostró que jueces, fiscales y defensores concordaban en que el debate sobre las medidas cautelares seguía una lógica automatizada o estandarizada²⁴.

²¹ BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*. Santiago: CEJAS-UDP, 2003. DUCE, Mauricio. La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el período 2007-2013. *Política Criminal*. v. 10, N° 19, Art. 6, p. 159-191, 2015. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-33992015000100006>. DUCE, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. *Revista De Derecho*, Coquimbo, v. 26, 2019. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0012>

²² BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*. Santiago: CEJAS-UDP, 2003.

²³ AHUMADA, Alejandra; FARRÉN, Diego; Williamson, Bernardita. *Encuesta de Opinión de Jueces*. Santiago: Paz Ciudadana, 2009, p. 49.

²⁴ MORALES, Ana María; PÉREZ, Pablo; WELSCH, Gherman. *Medidas cautelares en Chile: Análisis de su funcionamiento entre 2005 y 2010*. Santiago: Paz Ciudadana, 2011, p. 23.

Así, como concluye el informe de CEJA a más de 10 años de iniciada la reforma: “jueces, fiscales y defensores – dada la cantidad de causas procesadas por el sistema- han generado en los hechos una rutinización de las audiencias de debate de medida cautelares, cuestión que ha impactado negativamente en la calidad de los debates y en la información fáctica que los intervinientes incorporan en la audiencia”²⁵.

Los estudios anteriores nos ofrecen una visión general sobre la tendencia creciente en el uso de la prisión preventiva en Chile, destacando tanto el incremento de su aplicación por parte de los tribunales como el desarrollo de estrategias de trabajo estandarizadas en la toma de decisiones. Sin embargo, no existen análisis detallados sobre cómo opera esta estandarización en la práctica y el modo específico en que esta estrategia judicial se vincula con las decisiones en materia de prisión preventiva.

Nuestra pregunta de investigación es: ¿Cómo influye la estandarización de las prácticas judiciales en el modo de decidir sobre la prisión preventiva en Chile? Para responderla, nos basamos en reflexiones recientes en el ámbito de los estudios socio jurídicos sobre la gestión burocrática del tiempo.

2. EL TIEMPO COMO RECURSO BUROCRÁTICO.

La reflexión jurídica ha abordado tradicionalmente el dilema de la estandarización y la gestión del tiempo a través del contraste entre eficacia y eficiencia procedimental²⁶. Desde esta perspectiva, se comprende que una administración de justicia adecuada requiere un equilibrio óptimo entre: (i) alcanzar los objetivos o resultados esperados de los procedimientos judiciales, es decir, la eficacia; y (ii) la necesidad de optimizar el uso de

²⁵ CEJAS, *Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile*. Santiago: CEJAS América, 2017, p. 204.

²⁶ Sobre un análisis crítico de este problema en Chile ver FERNÁNDEZ, José Ángel; GONZÁLEZ, Claudio: “¿Cuál es el modelo político criminal en Chile?”. *Polít. Crim.* Vol. 17 N° 33 (Julio 2022), Art. 11, pp. 291-316 y GONZALEZ, Claudio. *Gestión, Gerencialismo y Sistema Penal*. Buenos Aires: Ediciones B de F, 2019. GRADI, Marco. *El coste de la burocratización de la administración de justicia*. In: HERRERO, Juan.; LÓPEZ, Javier. *La justicia tenía un precio*. Barcelona: Atelier, p. 17-38. 2023.

recursos limitados - como el tiempo - en la consecución de dichos objetivos, esto es, la eficiencia²⁷. Estas discusiones, si bien fuera del alcance de este artículo, nos proveen de una perspectiva compleja sobre los diversos modos de conceptualizar tales fenómenos, los criterios normativos que deben regular la práctica judicial y los potenciales efectos que esto este balance tiene sobre principios cruciales del debido proceso²⁸.

La investigación sociojurídica nos permite enriquecer esta concepción teórica y analítica, explorando las lógicas y efectos que conlleva la optimización de la administración de justicia desde una perspectiva empírica²⁹.

Los estudios sociojurídicos han documentado sistemáticamente la tendencia hacia la estandarización o rutinización en el trabajo de los tribunales³⁰. Este fenómeno es particularmente claro en las judicaturas de primera instancia que se ven en la necesidad de manejar un alto volumen

²⁷ VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. *Eficiencia en la justicia*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005. p. 1.

²⁸ Para una discusión detallada sobre el contenido de los conceptos de eficiencia, eficacia y efectividad ver SCARANCA FERNANDES, Antonio. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In SCARANCA FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 9-28

²⁹ Una reciente y muy útil revisión de literatura se puede encontrar: COLAUX, Emilien; SCHIFFINO, Natalie; MOYSON, Stéphane. “Neither the Magic Bullet Nor the Big Bad Wolf: A Systematic Review of Frontline Judges’ Attitudes and Coping Regarding Managerialization.” *Administration & Society* 55.5 (2023): 921-952.

³⁰ MACK, Kathy; ANLEU, Sharyn Roach. “Getting through the list’: Judgecraft and legitimacy in the lower courts.” *Social & Legal Studies* 16.3 (2007): 341-361. YOUNG, Richard. “Managing the list in the lower criminal courts: judgecraft or crafty judges?.” *Common Law World Review* 41.1 (2012): 29-58. ANLEU, Sharyn Roach; MACK, Kathy. *Performing judicial authority in the lower courts*. Londres: Springer, 2017. FISS, Owen M. “The Bureaucratization of the Judiciary.” *The Yale Law Journal*, vol. 92, no. 8, Symposium on the Legacy of the New Deal: Problems and Possibilities in the Administrative State, Part 2, July 1983, pp. 1442-1468. PIVATY, Anna; JOHNSTON, Ed. The move towards efficiency and managerialism in criminal justice: A global phenomenon. In: JOHNSTON, Ed; PIVATY, Anna (eds.). *Efficiency and Bureaucratization of Criminal Justice: Global Trends*. London: Routledge, 2023. p. 1-16. <http://dx.doi.org/10.4324/9781003207818-1>

de casos, idear lógicas de coordinación eficientes con el resto de los profesionales del sistema judicial y atender a diferentes tipos de usuarios³¹. Como observa Lipsky en 1980, los funcionarios de primera línea, como jueces de primera instancia, se enfrentan a un entorno estresante marcado por la escasez de tiempo, recursos e información³². Esta situación les obliga a adoptar prácticas y estrategias de trabajo estandarizadas, que facilitan la simplificación, categorización y priorización de los casos y actores con los que interactúan.

“En el mejor de los casos, los burócratas de primera línea inventan modos de procesamiento masivos que permiten abordar a su público de manera más o menos justa y considerada. En el peor, dan pie a esquemas de favoritismo, estereotipos, conveniencia y rutinización al servicio de su propia institución”³³

La estandarización o automatización de las actividades, tal como señaló Weber³⁴, constituye una de las características inherentes a los sistemas burocráticos. Así, estas prácticas permiten potenciar la eficiencia en cumplimiento de metas al facilitar la coordinación y ejecución sistemática y predecible de tareas a gran escala. Sin embargo, lo anterior convive con el riesgo de crear sistemas de gestión rígidos, atrapados por sus propios estándares y procedimientos, e incapaces de ponderar los objetivos y consecuencias de su accionar.

Desde esta perspectiva, más que criticar la tendencia de organizaciones complejas - como los tribunales de justicia- para desarrollar estándares y patrones burocráticos; es necesario desarrollar una mirada

³¹ BILAND, Emilie; STEINMETZ, Hélène. “Are Judges Street-Level Bureaucrats? Evidence from French and Canadian Family Courts.” *Law & Social Inquiry* 42.2 (2017): 298–324. HUNTER, Caroline; BRETHERTON, Joanne; HALLIDAY, Simon; JOHNSEN, Sarah. “Legal Compliance in Street-Level Bureaucracy: A Study of UK Housing Officers.” *Law & Policy* 38.1 (2016): 81-103.

³² LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. 30th anniv. Nueva York: Russell Sage Foundation, 2010.

³³ LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy ...* p. XIV. Traducción propia.

³⁴ WEBER, Max. “Bureaucracy.” en *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, editado por Guenther Roth and Claus Wittich, 956-1004. Berkeley: University of California Press, 1978.

empírica capaz de comprender cómo se han ido estableciendo dichos patrones y los efectos que estos conllevan.³⁵

Los estudios recientes han destacado que las burocracias deben ser entendidas como sistemas dinámicos con una alta diversidad y complejidad interna³⁶. En contraposición a la idea unitaria y jerárquica originalmente descrita por Weber, las burocracias son entidades que están constantemente produciendo nuevos patrones de trabajo³⁷. Así, más allá de implementar reglas de forma mecanizada, burocracias como los tribunales de justicia, crean nuevas estandarizaciones y categorías en función de los retos y dilemas propios de su contexto³⁸.

La gestión del tiempo representa uno de los recursos cruciales para los profesionales del ámbito judicial. Frente a crecientes exigencias de eficiencia, estos actores se ven impelidos a adoptar estrategias específicas para distribuir y organizar el tiempo disponible de manera que permitan atender el mayor número posible de casos por día. Los estudios sociojurídicos, especialmente en el ámbito anglosajón, han

³⁵ BARRERA, Leticia; LATORRE, Sergio. "Ethnography, Bureaucracy, and Legal Knowledge in Latin American State Institutions; Law's Material and Technical Dimensions." en SIEDER, R.; ANSOLABEHERE, K.; ALFONSO, T. Routledge Handbook of Law and Society in Latin America. (2019).

³⁶ HOAG, Colin; HULL, Matthew. "A Review of the Anthropological Literature on the Civil Service." Policy Research Working Paper 8081, Development Research Group, Impact Evaluation Team, World Bank, May 2017. BERNSTEIN, Anya; MERTZ, Elizabeth. Bureaucracy: Ethnography of the State in Everyday Life. En *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review*, 34(1), 6–10, 2011.

³⁷ HOAG, Colin. "Assembling Partial Perspectives: Thoughts on the Anthropology of Bureaucracy." *Political and Legal Anthropology Review*, vol. 34, no. 1, 2011, pp. 81–94.

³⁸ En Chile, esta línea de estudios puede encontrarse aplicada al contexto judicial en ARAYA-MORENO, Javiera. "How to Not Have to Know: Legal Technicalities and Flagrant Criminal Offenses in Santiago, Chile." *Law & Society Review* 56.3 (2022): 329–343. RIQUELME, Ignacio. There is just nothing to hold on to in this case: Legal technicalities and the use of psychological reports in Chilean domestic violence procedures. *Journal of Law and Society*, v.51, n. 2, p. 239-262, 2024. <http://dx.doi.org/10.1111/jols.12475>

RIQUELME ESPINOSA, Ignacio. "El abandono de la violencia intrafamiliar de los tribunales de familia en Chile: La historia de un objeto etnográfico." *Oñati Socio-Legal Series* (2021).

demostrado que la manera en que un tribunal administra el tiempo tiene implicaciones significativas en la forma en que la justicia se ejerce en la práctica.

La investigación de Roach y Anleu sobre magistrados de tribunales inferiores en Australia proveen de un ejemplo clásico de esta línea de análisis. Su trabajo revela que la habilidad de los jueces para gestionar el tiempo de las audiencias diarias juega un papel crucial en cómo otros participantes del proceso judicial, incluidas las partes, perciben la administración de justicia³⁹. Una gestión hábil implica una labor meticulosa de selección y organización de los casos, evitando retrasos en la agenda y asegurando que los asuntos del día sean procesados adecuadamente. Así, en contraposición con el rol pasivo, asignado a dichos magistrados por la ley, convertirse en un magistrado competente implica dominar una estrategia sutil de manejo del tiempo cotidiano en el ámbito judicial.

Por su parte, el estudio reciente de Hambly y Gill sobre los procedimientos de asilo político en Francia y el Reino Unido crítica cómo las presiones temporales pueden llevar a una práctica judicial desprovista de sustancia o reducida a una mera semblanza de deliberación.⁴⁰ “Bajo tales circunstancias, los jueces pueden inclinarse cada vez más hacia el uso de heurísticas: atajos psicológicos que simplifican las decisiones complejas basándose en intuiciones... Así, los jueces se preocupan crecientemente por manejar las restricciones de tiempo, pero deben, sin embargo, conservar una conducta acorde con las expectativas de los demandantes sobre cómo (se supone que) funciona el derecho”.⁴¹

En su conjunto, esta literatura resalta la importancia de una metodología empírica atenta a las lógicas internas y efectos diversos que tiene la gestión del tiempo judicial desde una perspectiva burocrática⁴².

³⁹ MACK, Kathy; ANLEU, Sharyn Roach. “Getting through the list...”

⁴⁰ HAMBLY, Jessica; GILL, Nick. “Law and Speed: Asylum Appeals and the Techniques and Consequences of Legal Quickening.” *Journal of Law and Society*, vol. 47, no. 1, March 2020, pp. 3–28.

⁴¹ HAMBLY, Jessica; GILL, Nick. “Law and Speed...” p.10. Traducción propia.

⁴² Para una revisión de diversos casos en esta línea de análisis ver JOHNSTON, Ed; PIVATY, Anna (eds.). *Efficiency and Bureaucratisation of Criminal Justice: Global Trends*. London: Routledge, 2023. p. 1-16. <http://dx.doi.org/10.4324/9781003207818-1>

3. METODOLOGÍA

A casi 25 años de iniciada la Reforma Procesal Penal, ¿Cómo se está aplicando hoy en día la prisión preventiva? La hipótesis inicial de trabajo era - dada la literatura - verificar si es posible hablar de una “automatización” en el uso de la misma. Por un lado, los hallazgos de Duce ya tienen más de 20 años⁴³, los de Paz Ciudadana fueron realizadas con un trabajo de campo limitado, pocas entrevistas y poca observación de audiencias⁴⁴. En el caso más reciente del análisis de Hadwa⁴⁵, este únicamente utilizó la transcripción de actas de audiencia, sin incorporar la observación como método. Finalmente, en el caso de la rutinización de Wilenmann y Aristegui, estos se enfocaron en delitos de bagatela, no en delitos graves⁴⁶.

El trabajo de campo para esta investigación consistió en realizar observación de audiencias⁴⁷ en tres tribunales distintos en las regiones del Bio-Bio y la Araucanía.

Se utilizó método de observación no participante para realizar una observación de las audiencias en tres Tribunales de la Araucanía y del Bio-Bio en el sur de Chile. Los criterios para la selección de los tribunales fueron los siguientes. En primer lugar, se buscó incluir tribunales fuera de la región central de Chile. De este modo, la investigación busca acceder a tribunales que cuentan con una menor carga de trabajo en comparación con tribunales de la zona central. Tal diferencia permite observar con

⁴³ BAYTELMAN y DUCE. Evaluación..., p. 194

⁴⁴ AAHUMADA, Alejandra; FARREN, Diego; Williamson, Bernardita. *Encuesta de Opinión de Jueces*. Santiago: Paz Ciudadana, 2009.

MORALES, Ana María; PÉREZ, Pablo; WELSCH, Gherman. *Medidas cautelares en Chile: Análisis de su funcionamiento entre 2005 y 2010*. Santiago: Paz Ciudadana, 2011.

⁴⁵ H HADWA, Marcelo, *La Prisión Preventiva y otras Medidas Cautelares Personales (Tercera edición actualizada)*. Santiago: Ediciones Der, 2020.

⁴⁶ WILENMANN, Javier y ARISTEGUI, Juan Pablo. El procesamiento de delitos de baja entidad en Chile. *Rev. derecho Valdivia*, v.35, n.2, p. 273-295, 2022

⁴⁷ Visualización de tablas de las audiencias en VELÁSQUEZ VALENZUELA, Javier; RIQUELME ESPINOSA, Ignacio. Prisión Preventiva en Chile, SciELO Data, V1. <https://doi.org/10.48331/scielodata.EUJU9A>

mayor claridad la posible existencia de variables distintas a la carga de trabajo involucradas en la estandarización.

En segundo lugar, se buscó incluir tribunales de contextos urbanos y rurales. Al igual que el criterio anterior, esta diferencia permite evaluar si ciertas prácticas son producto de tribunales con mucha carga (normalmente los urbanos) o si en realidad hay culturas organizacionales que inciden el surgimiento de ciertos comportamientos. Contrastar las diferencias y semejanzas en las formas de trabajar de tribunales grandes y pequeños, urbanos y rurales, con flujo alto y bajo de causas, permite evaluar que conductas o formas de gestionar la carga cambian o cuales son las que se mantienen⁴⁸.

Finalmente, se buscaron tribunales de diferentes tipos dentro de una misma zona geográfica: (i) Uno de jurisdicción puramente urbana; (ii) Uno de jurisdicción mixta tanto urbana como rural y; (iii) Uno de jurisdicción rural. Se seleccionó una zona geográfica con estos tres tipos de tribunales y que, además, tuviera una carga de causas que permitiera una observación adecuada de su trabajo.

Para satisfacer los criterios de selección se utilizaron las bases de datos entregadas por el Poder Judicial. Estas permitieron realizar una caracterización de todos los tribunales de garantía y tribunales mixtos con jurisdicción penal de ambas regiones. Luego, se procedió a analizar la cantidad de audiencias de formalización que anualmente tenía cada tribunal. Con este dato, se seleccionaron las jurisdicciones de los tribunales con mayor cantidad de audiencias, asegurando la disponibilidad de audiencias para la investigación⁴⁹.

El diseño de investigación fue sometido a la aprobación y revisión del Comité de Ética de la Universidad Católica de Temuco (en adelante UCT) en marzo de 2022. La aprobación de este comité fue emitida con

⁴⁸ VELÁSQUEZ, Javier. Doing Justice: Sentencing practices in Scottish sheriff courts. Tesis de Doctorado en Criminología – University of Glasgow, Glasgow, 2018. Ver también VELÁSQUEZ, Javier. Sentencing individuals on cusp-cases: The use of offenders' backgrounds by Scottish Sheriffs. *The Howard Journal of Crime and Justice*, v.63, n. 3, p. 304-320, 2024 <https://doi.org/10.1111/hojo.12568>

⁴⁹ Para operacionalizar estos 3 términos se utilizó la definición que mantiene el Instituto Nacional de Estadísticas para el Censo 2017 (INE, 2018).

fecha 30 de Marzo de 2022 Con fecha 1 de Agosto de 2022, el autor principal de este trabajo inició un nuevo cargo como académico en la Universidad de La Frontera (en adelante UFRO), por lo cual se realizó el traspaso del proyecto de la UCT a la UFRO. El Comité de Ética de la UFRO, revisó y aprobó el proyecto con fecha 18 de Agosto de 2022.

El trabajo de campo se realizó durante el segundo semestre de 2022 y se extendió hasta el primer semestre de 2023. En cada tribunal se realizaron observaciones de audiencias durante al menos dos a tres días por tres meses a cuatro meses. La observación se realizó de manera remota por la plataforma Zoom y mediante grabaciones de audiencias disponibles en el canal de Youtube del Poder Judicial. Esta estrategia de observación se debió a las medidas de prevención establecidas por el Poder Judicial en respuesta a la pandemia del COVID-19, que restringieron significativamente el acceso presencial a los tribunales durante el periodo del terreno de investigación⁵⁰.

Se observaron todas las audiencias que sucedían en el día correspondiente. No obstante, se privilegiaron audiencias donde se tomaban controles de detención. Para identificar los bloques horarios en que se discutirían o revisarían medidas cautelares, se utilizó la agenda del tribunal. Finalmente, sólo se levantó información sobre audiencias de formalización donde se discutió la imposición de medidas cautelares de prisión preventiva o audiencias de revisión preventiva.

El beneficio de haber realizado la observación mediante Zoom, es que permitió al equipo de investigación, realizar un mejor registro de los argumentos de los litigantes y la resolución dada por los jueces. Con este método se logró levantar información detallada de 76 Audiencias. Así, en 56 casos se pudo tomar nota sobre los argumentos de los intervinientes y transcribir las decisiones de los magistrados. En 24 casos sólo se pudo levantar información y transcribir las decisiones de los magistrados. En caso de duda o de ausencia de datos estas audiencias no fueron incluidas en el análisis.

La observación mostró la necesidad de comparar las causas de tramitación común con aquellas transmitidas en por redes sociales

⁵⁰ Algunos hallazgos sobre el impacto de la virtualidad en la audiencia observados en este trabajo de campo se discuten en CORREA, Carlos; VELÁSQUEZ, Javier. Testigos y virtualidad en el proceso penal: más luces que sombras. En GONZÁLEZ, María Ángeles. Problemas y desafíos de la prueba testimonial. Valencia: Tirant lo Blanch, 2024.

del Poder Judicial. En efecto, el Poder Judicial Chileno, a diferencia de otras jurisdicciones, ha optado por transmitir íntegramente audiencias en casos que se estime que sean de relevancia mediática. Esta práctica, analizada en este artículo, se reforzó y consolidó durante la pandemia. La observación de audiencias mediáticas, en contraste con aquellas de normal procesamiento, permitió establecer el uso estratégico y flexible del tiempo por parte de los tribunales

Se observó un total de 20 audiencias vía plataforma YouTube, cuyo promedio de duración es de 4 horas y 43 minutos. Por su parte, la duración de las audiencias normales oscila en promedio entre 33 minutos (audiencias de formalización con discusión de medidas cautelares), o 17 minutos (audiencias de revisión de prisión preventiva).

El acceso a los actores se realizó mediante la estrategia de Bola de nieve⁵¹. Así, se formularon invitaciones directas a los participantes, los que, sucesivamente sirvieron para invitar a otros entrevistados. Este proceso se realizó previa autorización a las Ilustrísimas Cortes de Apelaciones de Temuco y de Concepción. En un comienzo, buscamos entrevistar a jueces, fiscales y defensores que ejercieran al interior de las dos regiones de los tribunales seleccionados. Sin embargo, dado la cantidad relativamente pequeña de actores existentes en ambas regiones, y de manera de proteger su anonimato, la muestra se amplió a jueces, fiscales y defensores que fuera de otras regiones.

Se han entrevistado 12 jueces (5 hombres y 7 mujeres), 3 Fiscales (todos hombres) y 4 Defensores (3 hombres y 1 mujer)⁵². El número de 12 entrevistas se ha adoptado, siguiendo la evidencia de saturación más reciente⁵³ - que estima que ésta se logra entre 7 a 12 entrevistas.

⁵¹ C CLARK, Tom; FOSTER, Liam, SLOAN, Luke, y BRYMAN, Alan. *Bryman's Social Research Methods*. Oxford: Oxford University Press, 2021.

⁵² La distribución de género de los jueces son 7 mujeres y 5 hombres. En el caso de los Fiscales entrevistados a la fecha han sido todos hombres. Respecto de los defensores entrevistados hasta este momento, 1 ha sido mujer y el resto hombres. Se espera a llegar a 12 entrevistas de Fiscales y de Defensores para diciembre de 2024.

⁵³ Ver CLARK, Tom; FOSTER, Liam, SLOAN, Luke, y BRYMAN, Alan. *Bryman's...* p. 379. También ver la discusión en HENNIK, Monique; KAISER, Bonnie & MARCONI, Vicent. Code saturation versus meaning saturation: how many interviews are enough? *Qualitative health research*, v.27(4), p.

Las entrevistas y audiencias se han analizado temáticamente mediante software Nvivo. Tal análisis es de carácter cualitativo, centrado en explorar la forma en que los profesionales significan y organizan su trabajo. De este modo, la muestra de tribunales y participantes no se guía por el criterio de representatividad estadística propio de la investigación cuantitativa, si no por la búsqueda de saturación teórica del análisis⁵⁴.

3. HALLAZGOS

Los hallazgos de la investigación se organizan en tres segmentos principales. En el primero, se analiza cómo los tribunales gestionan las presiones temporales a través de estrategias específicas para la organización de las audiencias, clasificándolas según su duración prevista. El segundo segmento indaga en las repercusiones cualitativas de esta gestión temporal sobre las dinámicas interpersonales dentro de los tribunales, revelando cómo la búsqueda de eficiencia afecta las interacciones entre jueces, personal administrativo y otros actores del proceso judicial. Finalmente, se examina el impacto de estas prácticas en las decisiones judiciales relacionadas con la prisión preventiva, destacando una tendencia hacia la estandarización de las resoluciones fundamentada en el tiempo disponible.

3.1. LA PRESIÓN Y GESTIÓN DEL TIEMPO

Una respuesta fundamental de los tribunales de garantía frente a la presión temporal es la optimización en la gestión de audiencias. Con este fin, los tribunales emplean tres estrategias dirigidas a maximizar el número de casos procesados durante la jornada. Dichas estrategias diferencian

591-608, 2017. <https://doi.org/10.1177/1049732316665344>. NAMEY, Emily, GUEST, Greg; MCKENNA, Kevin y CHEN, Mario. Evaluating bang for the buck: a cost-effectiveness comparison between individual interviews and focus groups based on thematic saturation levels. *American Journal of Evaluation*, v. 37(3), p. 425-440, 2016. <https://doi.org/10.1177/1098214016630406>

⁵⁴ GLASER, Barney G.; STRAUSS, Anselm L. *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*. Chicago: Aldine, 1967.

las audiencias en términos de complejidad y duración, variando desde las más sencillas y breves hasta las de alta complejidad, a las cuales se les asigna significativamente más tiempo por parte del tribunal.

La primera estrategia consiste en organizar la agenda diaria basándose en una estimación de la duración de las audiencias para cada caso. La agenda del tribunal se prepara semanalmente y se divide en dos bloques durante el día, separados por un receso de 30 minutos. El primer bloque se extiende de 8:45 a 10:00 am y el segundo de 10:30 a 12:30 pm. Los casos se ubican dentro de estos bloques según su duración estimada, colocando los más simples y de resolución rápida al principio de cada bloque, mientras que los más complejos y de mayor duración al final. De esta manera, la organización de la agenda del tribunal no se basa en una hora específica de inicio para cada audiencia, sino en la complejidad y duración prevista para cada caso, permitiendo definir de antemano el número total de audiencias que se planea atender durante la jornada.

Adicionalmente, el tribunal cuenta con un método específico para abordar aquellas audiencias que resultan ser más cortas o largas de lo anticipado. La agenda semanal se organiza en bloques, bajo la premisa de que un juez puede gestionar hasta 10 audiencias de características similares en menos de una hora. Sin embargo, es común que, durante la jornada, se presenten audiencias que se extienden más de lo previsto. Ante esta circunstancia, los tribunales de garantía optan por reprogramar estas audiencias al final del bloque, permitiendo así acelerar el proceso de las audiencias previas y asignar más tiempo a las últimas. No obstante, si una audiencia supera inesperadamente el tiempo estimado, el tribunal hace uso de su autoridad para dinamizar el desarrollo de las audiencias subsiguientes, buscando cumplir con la cantidad prevista de audiencias y los objetivos organizacionales

El día a día del tribunal se rige por el sistema organizacional descrito anteriormente. Así, el tribunal logra implementar un marco burocrático que permite anticipar la duración de las audiencias y organizar de manera eficiente el tiempo de todos los involucrados. Este método incorpora la creación de un sistema tanto ordenado como flexible, que, mediante la configuración de bloques de audiencias, logra un equilibrio entre la previsión necesaria y la adaptabilidad frente a situaciones inesperadas. Expresiones como “demorarse poco”, “apurarse”, “ir rápido”

están intrínsecamente relacionadas con la habilidad de adherirse al esquema establecido en la práctica diaria de los profesionales.

La última estrategia de gestión del tiempo se centra en aquellas audiencias que, según el tribunal, requieren un tiempo sustancialmente mayor. Este tipo de audiencias, de carácter excepcional, se reserva para casos particularmente complejos, de significativa relevancia pública o con una gran cantidad de participantes. Debido a su naturaleza, estas audiencias suelen prolongarse varias horas y demandan que las instituciones implicadas destinen recursos adicionales para su adecuada realización. Además, frecuentemente, estas audiencias se transmiten a través de las redes sociales del Poder Judicial, promoviendo así una mayor visibilidad y transparencia. Por ejemplo, mientras las audiencias de formalización sin connotación pública promediaron una duración de 33 minutos con 25 segundos (con la más breve durando 13 minutos y 52 segundos y la más extensa 1 hora con 16 minutos y 44 segundos), el promedio de duración para las audiencias de connotación pública incluidas en esta investigación fue de 4 horas con 43 minutos y 59 segundos (la más breve duró 10 minutos y la más extensa 13 horas con 1 minuto y 22 segundos).

Estas tres estrategias de optimización del tiempo categorizan el manejo de las audiencias de prisión preventiva de diferentes maneras. En primer lugar, se encuentran las solicitudes de revisión de medidas de prisión preventiva, las cuales son vistas como más simples y breves. A continuación, están las audiencias donde la fiscalía pide la imposición de la prisión preventiva, que se caracterizan por ser más complejas y prolongadas. Por último, se organizan audiencias para casos excepcionales, donde se asigna un tiempo extenso para la discusión y decisión sobre la solicitud.

3.2. COORDINACIÓN EN LA GESTIÓN DEL TIEMPO.

La búsqueda de eficiencia en los tribunales de garantía tiene un impacto significativo en cómo interactúan los participantes involucrados, influyendo en las dinámicas del entorno judicial. Por lo tanto, esta presión no solo afecta cuantitativamente el número de audiencias, sino que también tiene consecuencias cualitativas en el manejo de la prisión preventiva.

Diez de los doce jueces entrevistados para este estudio admiten que la labor judicial requiere una gestión eficiente del tiempo para avanzar con la agenda establecida. Mientras que algunos perciben esta presión como una limitación que afecta la calidad de su función, otros la consideran un elemento intrínseco de su trabajo. Desde la mirada de los últimos, la capacidad de administrar adecuadamente el tiempo es vista como esencial para que el juez evite repercusiones negativas en el funcionamiento global del sistema judicial. Este sistema de coordinación supone abordar una serie de tensiones con el resto del equipo de profesionales que conforman su propia organización y la de los demás intervinientes.

La presión por el tiempo determina la relación que establecen jueces con las unidades administrativas de sus respectivos tribunales. Cada tribunal cuenta con una estructura administrativa que brinda soporte a la labor jurisdiccional. Esta estructura administrativa es la encargada principal de manejar la agenda del tribunal que establece cuántas audiencias se realizarán cada día y el orden de estas. Esta tarea implica equilibrar y atender a diversos criterios que incluyen, pero no se limitan a la disponibilidad de jueces. En la siguiente cita, uno de los jueces entrevistados explica esta relación.

“Sí, en la corte presionan al administrador y cada vez nos exigen más audiencias. O sea, yo estoy agotada Este año creamos (...) salas en verano, más el turno y un juez de despacho. El año pasado había (...) salas, la idea era que hubiesen (...) salas normales con 26 audiencias diarias ... Los jueces que nos quedamos trabajando en el verano terminamos agotados.” (Entrevista Juezx 1)55

Para los jueces, el respeto a la agenda del tribunal es clave para prevenir tensiones y conflictos interpersonales entre los funcionarios del mismo tribunal. Los jueces subrayan la importancia de mantener un ritmo adecuado en la realización de audiencias, evitando retrasos innecesarios que pueden sobrecargar a los profesionales con los que trabajan día a día. Como señala el juez a continuación, la carga de trabajo adicional que producen los atrasos impone a los actuarios una fuente de estrés,

⁵⁵ Se ha eliminado el dato de cantidad de salas para evitar que se identifique el tribunal del cual se esta hablando.

que suma una presión adicional a su trabajo. En su perspectiva, estas tensiones dentro del equipo del tribunal llegan a constituir una situación que puede afectar la calidad del trabajo judicial al dificultar una adecuada transcripción de lo ocurrido durante las audiencias.

“Lo que pasa es que, dentro del funcionamiento del tribunal, los funcionarios tienen mucha fuerza y hay un gremio de funcionarios. Entonces, cuando empezó la reforma, los funcionarios transcriben todo, las comas, los sufijos, todo. Producto de los años se reclamó y se llegó al extremo de que los funcionarios no transcriben nada hasta que dijeron, ya párenla, ¿para qué están? Si no, no van a hacer nada. (Entrevista Juezx 1)

“así es ahora antes se transcribía prácticamente todo... el fiscal dijo, el defensor dijo, el juez dijo, no, ahora nada es lo que yo decía. ¿Por qué se demoran tanto en un acta? Si el sistema SIAGJ permite plantillas globalizadas, es decir, plantillas de acta en que automáticamente, por así decirlo, se rellenan con el RIT, el RUC, el nombre, ¿me entiendes? (...) el problema es muy grande pero el tema es ¿por qué es tan difícil si esto es solo disposición? ¿por qué? distinto es si la cabeza no quiere trabajar. (Entrevista Juezx 2)

Para que el modelo veloz y eficiente del tiempo pueda tener lugar, además de la coordinación interna del tribunal, se requiere la colaboración de los otros intervinientes institucionales, lo que implica que fiscales y defensores ajusten sus propios tiempos y ritmos a dichas velocidades. Algunos jueces reconocen comunicar directamente a los intervinientes cuales son los puntos que les interesan frente a cada tipo de audiencia, de ese modo, es posible determinar previamente los puntos que se consideran irrelevantes o poco útiles para la decisión. En concordancia, tanto Fiscales como Defensores reconocen ajustar sus intervenciones de acuerdo con lo que el juez formule como central para cada tipo de caso. Más aún, los intervinientes institucionales expresan tener la expectativa de que los jueces dirigirán las audiencias de manera predecible y celeridad. Desde esta posición, ellos plantean una mirada crítica respecto de jueces que toman más tiempo para resolver o realizan muchas preguntas, ralentizando el ritmo del trabajo.

“el efecto que causa [otro juez hipotético] por andar preguntando, indagando tanto, que además (...) no es necesario indagar tanto

muchas veces, está causando este efecto en el equipo de trabajo, que claramente sus funciones no las pueden terminar a las cuatro, sino que, a las cinco, empieza a cambiar tu actitud si como juez de garantía, voy a ser bien honesta, uno como juez de garantía necesita ser, a mi juicio, humilde, una persona resolutive.” (Entrevista Juezx 2)

La gestión del tiempo se vuelve una variable clave en la forma en que los actores construyen sus argumentaciones jurídicas en este contexto. Las audiencias, privilegian intervenciones claras y concretas por sobre intervenciones jurídicamente complejas o que estén rodeadas de un uso florido del lenguaje. El contenido de la audiencia se preocupa únicamente de registrar en audio aquello que es relevante para el hito procesal del cual versa la audiencia. Esto, además, se refuerza por jueces que exigen a los litigantes que “vayan al punto” o incluso que no argumenten “más de lo necesario”. En un caso de revisión de la cautelar el defensor comenzó a invocar jurisprudencia reciente sobre el debate, ante lo que el juez le interrumpió señalándole:

“Defensor trate de acotar, me queda claro el punto con las referencias jurisprudenciales, además usted sabe cuál es el criterio de este tribunal sobre ese tema.” (Notas de campo sobre audiencia de Juezx 3)

Así, la presión por el tiempo crea una red de relaciones profesionales en constante tensión y negociación, que, no obstante, facilita el mantenimiento de una dinámica de trabajo relativamente estable y predecible para todos los involucrados.

3.3. ESTANDARIZACIÓN DE LA DISCUSIÓN JUDICIAL.

El modelo de gestión del tiempo en los tribunales, enfocado en agilizar las audiencias mediante una coordinación eficaz, influye directamente en las decisiones relacionadas con la prisión preventiva. Esta presión temporal se convierte en un factor clave para entender el modo en que se desarrolla la audiencia como el contenido de las resoluciones judiciales

La presión por gestionar eficientemente el tiempo ha impulsado a los jueces a estandarizar sus respuestas ante los variados casos que manejan,

aplicando pequeñas variaciones que dependen del tiempo disponible para cada uno. La limitación de tiempo lleva a resoluciones más estandarizadas y simplificadas. Estas resoluciones se basan, a su vez, en la coordinación que los jueces establecen con los demás intervinientes, quienes ajustan sus presentaciones al patrón de trabajo diseñado. De este modo, no obstante, las tensiones, se genera una coordinación y equipo de trabajo ⁵⁶.

En este contexto, las resoluciones de casos rutinarios en la agenda del tribunal, aquellos sin connotación pública, suelen apoyarse en considerandos de estilo y en la interpretación literal de las normas. Esto conlleva el uso de argumentos preestablecidos empleados de manera habitual para debates específicos, los cuales a menudo se limitan a reiterar contenidos explícitos de la ley, ciertos principios, o una interpretación de la ley que se aplica reiteradamente en casos similares. El Juezx 1, mencionado a continuación, describe su enfoque para abordar los casos diarios y cómo este método le facilita la fundamentación de sus decisiones.

“Sí, es que va a depender del tiempo que tengas. O sea, si yo tengo mucha audiencia, mi resolución evidentemente se va a cortar, entonces digo lo mínimo. Ahora, si tengo tiempo y el caso es grave, obviamente me extiendo. Siempre hay que establecer el mínimo y el mínimo está por el parámetro del 140 tiene que referir de los hechos, antecedentes, participación y necesidad de cautela. O sea, si no tengo tiempo doy por reproducido todo lo que dicen los intervinientes y si tengo tiempo voy analizando porque desestimo esto y esto. Pero está dado básicamente por una cuestión de tiempo y eso va a depender de la agenda.” (Juezx 1)

La estrategia de estandarización mencionada anteriormente se aplica con sutiles diferencias entre las audiencias de imposición y revisión de prisión preventiva. La primera, relativa a la imposición de prisión preventiva, se aborda con un poco más de detalle, ya que se le asigna algo más de tiempo en comparación con una audiencia de revisión. La estructura típica de esta forma de resolución incluye: (a) un resumen de los argumentos presentados por el Fiscal, enfocándose principalmente en cumplir con los requisitos de las secciones A, B y C del artículo 140,

⁵⁶ FEELEY, Malcolm M. *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russell Sage Foundation, 1979.

destacando especialmente la revisión de documentos relevantes dentro de la carpeta investigativa que apoyan la argumentación del Fiscal; (b) un resumen de los argumentos de hecho y derecho presentados por la defensa; y (c) la justificación de la decisión de otorgar o denegar la solicitud de prisión preventiva.

A continuación, se ofrece un ejemplo de resolución judicial sobre la solicitud de revisión de prisión preventiva. Este ejemplo ilustra el carácter predominantemente formal de la decisión judicial, la cual omite referencias al contenido sustantivo del caso o a las discusiones llevadas a cabo durante la audiencia. En su lugar, la resolución se centra en replicar de manera mecánica las fórmulas previstas en la legislación.

“Bien habiendo oído a los intervinientes y conforme a los argumentos planteados en esta audiencia, sin perjuicio de la interpelación y discusión que se ha generado respecto de algunos antecedentes de la carpeta investigativa, que este tribunal, entiende, no es la instancia procesal a efectos de resolver dicha discusión. El tribunal entiende que con los antecedentes planteados en esta audiencia y, puntualizado principalmente por el Ministerio Público, relacionado con exámenes sexológicos, examen bioquímico, alcoholemia de la víctima y testigos de los hechos; se dan por acreditados los supuestos materiales de la letra A y B del artículo 140 del código procesal penal, y derechamente y haciéndome cargo de la letra C; respecto de la necesidad de cautela, es evidente que la necesidad de cautela se mantiene en esta fecha considerando que la imputación en la presente causa es por un delito de violación que tiene asignada pena de crimen. tal cual como se ha señalado profusamente en esta audiencia. Conforme a lo anterior este tribunal decide mantener la prisión preventiva en los términos ya decretados considerando que no hay antecedentes relevantes que justifiquen por una sustitución de medidas cautelares de menor intensidad.”

A diferencia de las resoluciones en audiencias rutinarias, las emitidas en audiencias de connotación pública son notablemente más extensas y detalladas. En estos casos, los jueces se desvían del patrón de resoluciones breves y estandarizadas típicas de las asignadas con menos tiempo, tomando el tiempo necesario para desarrollar con precisión la motivación detrás de su decisión. Por ejemplo, la duración media de

las resoluciones dictadas en las 20 audiencias de connotación pública analizadas en esta investigación es de 21 minutos con 19 segundos, cifra que resalta frente a la duración promedio de 4 minutos con 20 segundos que demoran los jueces en resolver las audiencias de formalización sin esa distinción excepcional.

Las audiencias de connotación pública no están sujetas a más limitaciones temporales que las establecidas por la ley. Estas pueden prolongarse por días, abarcando discusiones más amplias tanto de hechos como de derecho. En consecuencia, el tribunal se ve obligado a abandonar los modelos estandarizados de resolución y debe ser capaz de ofrecer una evaluación detallada y específica para el caso en cuestión.

A continuación, ofrecemos un fragmento de la resolución de la audiencia de solicitud de prisión preventiva para la exalcaldesa de la comuna de Maipú, en la ciudad de Santiago, Katy Barriga, y su asesora, Ana María Cortés. La duración total de esta audiencia fue de 12 horas y 22 minutos. El juez, en su decisión, enfatiza el carácter público de los involucrados y el significativo impacto mediático del caso. Este extracto ilustra el nivel de detalle del trabajo judicial en este caso específico y su diferencia con el enfoque estandarizado descrito anteriormente.

“Tomar la decisión respecto a esta solicitud de prisión preventiva que se hace para las imputadas Katy Barriga Guerra y Doña Ana María Cortés González han sido alegaciones muy largas. Voy a ir tratando de hacerme cargo de las que considere más relevantes. Primero, ya que está siendo tan mediática esta causa, es bueno reiterar que esto no es un juicio. No se trata de decidir hoy si Doña Katy Barriga y Doña Ana María Cortés son culpables ...

Lo que corresponde entonces es solamente determinar si es necesario mantenerlas privadas de libertad en una cárcel, en prisión preventiva, mientras se sigue investigando ... ¿Qué se requiere para decretar la prisión preventiva? La ley nos señala que existen antecedentes para justificar la existencia de los delitos. ¿Qué delitos principalmente? El delito de fraude al fisco, fraude al fisco mediante la modificación de certificados de disponibilidad presupuestaria ...

Voy a comenzar al revés, haciéndome cargo de parte de las alegaciones de la defensa. La función de una defensa en este tipo de audiencia es principalmente generar algún tipo de duda respecto a la existencia

o no del delito y participación de sus representadas. Lo primero que puedo señalar, que muchas de las alegaciones que realiza la defensa a primera vista, parecen atendibles y requieren investigación”.

La cita anterior muestra cómo la calidad de la decisión judicial se ve influenciada por la gestión del tiempo en el tribunal. La participación de múltiples partes y la presencia de la prensa ejercen una presión sobre los jueces, lo cual resulta en resoluciones más extensas y, en teoría, mejor fundamentadas en comparación con las de otros casos manejados a diferentes ritmos. De esta manera, se establecen en la práctica espacios judiciales con variadas velocidades y calidades de trabajo.

4. DISCUSIÓN

La gestión del tiempo y el recurso de estas formas de estructurar la resolución, sumado a la estandarización de la motivación, puede llevar a creer que existe una pura reacción mecanizada por parte de los jueces, como si fuesen autómatas. Nosotros argumentamos que la realidad es más compleja: Por un lado (i) tendríamos el proceso mediante el cual los jueces toman la decisión de imponer, o no, la cautelar; y, por otro, (ii) el proceso mediante el cual los jueces motivan la decisión.

El punto de esta diferenciación sería que si bien la motivación (ii) debiera reflejar la toma de decisión (i), en la práctica el excesivo uso de argumentos estandarizados importa el riesgo de generar una falta de correspondencia entre la decisión judicial y su respectiva motivación. En otras palabras, la motivación, que se aprecia estandarizada, con “considerandos de estilos”, estructurada, muy cercana al tenor literal de la norma, realmente no reflejaría el proceso decisional de los jueces.

De lo anterior no se sigue que la decisión sea incorrecta, sino más bien que la estandarización de la argumentación no nos permite acceder a la inteligencia de la razón real del juez para considerar la libertad de una persona un peligro. Esto quizás se puede ver con mayor claridad cuando se compara las decisiones de casos comunes versus casos de connotación pública. En estos últimos los jueces se esfuerzan por motivar latamente su decisión, en estos casos, al menos, se puede encontrar resoluciones que son inteligibles.

Un contraste relevante se produce con la producción de resoluciones donde la motivación se estandariza, y en muchos casos, donde los argumentos que debieran explicar el contenido se encuentran reducidos al mínimo. Recordemos que en el ordenamiento Chileno, el Código Procesal Penal en su artículo 122 obliga que las resoluciones que decreten la prisión preventiva deben ser siempre fundadas. Y que el artículo 36, nos explica que la fundamentación, para estos efectos, debiera consistir, en expresar “sucintamente, pero con precisión, los motivos de hecho y derecho en que se basaren las decisiones tomadas”. Añade la norma que “la simple relación de los documentos del procedimiento o la mención de los medios de prueba o solicitudes de los intervinientes no sustituirá en caso alguno la fundamentación”.

De lo que se pudo observar en el trabajo de campo, la estandarización de la argumentación de los jueces - en estos casos - parece, al menos, cumplir formalmente con estas exigencias. Sin embargo, en la medida que la presión por el tiempo se vuelve más fuerte, las resoluciones van perdiendo su inteligibilidad, y por ende, volviendo más difícil comprender la decisión del juez más allá de simplemente constatar la concurrencia de requisitos normativos.

Sin embargo, el déficit provocado por este eficientismo motivacional de los jueces, cambia cuando uno analiza la resolución oral de los jueces como parte de la audiencia oral. Vale decir, tomando la audiencia oral como un todo, analizando, no sólo la resolución del juez, sino que considerando la totalidad de lo que se ha discutido en la audiencia. En efecto, el mayor déficit de inteligibilidad de estas resoluciones, que llevó en su momento a Hadwa a sostener una mecanización, ocurre cuando tomamos la resolución aislada de las actuaciones que ocurren inmediatamente antes de ella.

Al reintroducir las actuaciones de las partes en nuestro análisis - dejando de lado la expectativa de que la resolución sea autosuficiente - uno puede apreciar que la resolución “eficientista” de los jueces descansa mucho en lo que las partes han dicho previamente. En este contexto los jueces suelen hacer guiños expresos o implícitos en su resolución a los argumentos desarrollados por las partes, más allá de la de resumir sus posturas.

La inteligibilidad de estas resoluciones eficientes descansa, por tanto, en información que el tribunal da por conocida. Los mismos

intervinientes son capaces de comprender la decisión, fundamentalmente porque estuvieron presentes en el debate previo. Y, por tanto, el déficit de estas motivaciones eficientes les hace depender de los antecedentes expuestos, de otra forma se vuelven completamente ininteligibles. En contraste, en las audiencias de connotación, alejadas de la presión del tiempo, ahí si los jueces construyen resoluciones que apuntan a ser autosuficientes, entregando una calidad de resolución diferente.

Esto, finalmente refuerza la idea de cómo la gestión del tiempo afecta no solo la práctica judicial, en términos de forzarles a seguir ritmos, según el tipo de audiencia, sino que también incide en la forma en que los jueces resuelven.

CONCLUSIÓN

La literatura chilena ha tendido a problematizar la burocratización de los tribunales de una forma unidimensional. En este artículo hemos tratado de demostrar que estas prácticas son mucho más complejas y no dependen de un solo actor o institución.

El tiempo, y su gestión, es un elemento esencial para comprender la práctica judicial, al menos en sede de garantía. Tanto es así, que este artículo demuestra la presencia de tres “velocidades” en la forma de gestionar el tiempo de audiencias donde se discute la imposición de una medida cautelar de prisión preventiva.

Entre nosotros, hasta ahora, esta gestión del tiempo solo ha sido problematizada en el contexto de delitos de bagatela. La novedad de nuestros hallazgos es que nos permiten sostener que la gestión burocrática del tiempo de los actores penales se extiende más allá de los delitos de baja entidad, afectando directamente a delitos graves.

Sostenemos que la gestión del tiempo tiene un efecto en la forma y en el fondo de la toma de decisiones de los jueces. En la forma, dado que los tribunales crean resoluciones de acorde a su gestión del tiempo. Y, en términos de fondo, se produce una separación entre la decisión que toma el juez y la forma que lo motiva. Mientras más presión del tiempo, esta separación se acentúa; en contraste, en las audiencias de connotación pública se puede observar una coincidencia entre decisión y motivación.

Esto nos entrega dos problemas, por un lado, se produce un problema en la inteligibilidad de la resolución que entregan los jueces, cuando hay una presión del tiempo. Mientras más fuerte sea la separación entre decisión y motivación, esta última oculta realmente las consideraciones reales que tuvo a la luz el juez para imponer la prisión preventiva. Esta decisión queda oculta bajo una serie de consideraciones formalistas que no explican realmente el peligro procesal. Peor aún, afecta claramente la posibilidad de revisar dicha medida en audiencias posteriores. Por otra parte, la gestión del tiempo está provocando un trato desigual ante la ley. Si bien parece existir una razón gerencial detrás de asignar mayor tiempo a las causas de alta connotación, lo cierto es que el efecto general es un trato diferenciado. Son causas donde se cumple la expectativa procesal de la academia: Se le dedica el tiempo necesario sin importar la presión del tiempo.

Por el contrario, en la generalidad de los otros casos, la constante presión del tiempo terminan por afectar necesariamente la calidad de la decisión. Prima, así, la eficiencia de la justicia por sobre la eficacia de la justicia.

BIBLIOGRAFÍA

AHUMADA, Alejandra; FARREN, Diego; Williamson, Bernardita. *Encuesta de Opinión de Jueces*. Santiago: Paz Ciudadana, 2009.

ANLEU, Sharyn Roach; MACK, Kathy. *Performing judicial authority in the lower courts*. Londres: Springer, 2017. https://doi.org/10.1057/978-1-137-52159-0_1

ARAYA-MORENO, Javiera. How to Not Have to Know: Legal Technicalities and Flagrant Criminal Offenses in Santiago, Chile. *Law & Society Review*, v.56.3, p. 329-343, 2022. <https://doi.org/10.1111/lasr.12624>

ASCENCIO, José María. Medidas Cautelares Personales (i). In: ASCENCIO, José María (dir), *Derecho Procesal Penal*, 3ª Edición. Valencia, Tirant lo Blanch, 2024, p. 317-331.

BARRERA, Leticia; LATORRE, Sergio. Ethnography, Bureaucracy, and Legal Knowledge in Latin American State Institutions; Law's Material and Technical Dimensions. In SIEDER, R.; ANSOLABEHERE, K.; ALFONSO, T. *Handbook of Law and Society in Latin America*. New York: Routledge, 2019. p. 95-111. <https://doi.org/10.4324/9781315645193-7>

BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Evaluación de la Reforma Procesal Penal*. Santiago: CEJAS-UDP, 2003.

BERNSTEIN, Anya; MERTZ, Elizabeth. Bureaucracy: Ethnography of the State in Everyday Life. *PoLAR: Political and Legal Anthropology Review*, v.34(1), p. 6–10, 2011. <https://doi.org/10.1111/j.1555-2934.2011.01135.x>

BILAND, Emilie; STEINMETZ, Hélène. Are Judges Street-Level Bureaucrats? Evidence from French and Canadian Family Courts. *Law & Social Inquiry*, v. 42.2, p. 298-324, 2017. <http://dx.doi.org/10.1111/lsi.12251>

BLANCO, Rafael; GALLARDO, Eduardo; MORENO, Leonardo. *Litigación Penal Estratégica en Audiencias Preliminares*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2024.

CASTRO, Javier, *Manual de Derecho Procesal Penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2023.

CRÚZ, Andres, *Curso de Derecho Procesal Penal*. Santiago: Thomson Reuters, 2023.

CEJAS, *Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile*. Santiago: CEJAS América, 2017.

CERDA, Rodrigo, *Manual del Sistema de Justicia Penal (Tercera edición)*. Santiago: Librotecnia, 2019.

CLARK, Tom; FOSTER, Liam, SLOAN, Luke, y BRYMAN, Alan. *Bryman's Social Research Methods*.. Oxford: Oxford University Press, 2021.

COLAUX, Emilien; SCHIFFINO, Natalie; MOYSON, Stéphane. Neither the Magic Bullet Nor the Big Bad Wolf: A Systematic Review of Frontline Judges' Attitudes and Coping Regarding Managerialization. *Administration & Society*,v.55.5, p. 921-952, 2023. <http://dx.doi.org/10.1177/00953997231157748>

CORREA, Carlos, La prisión preventiva a la luz de las reformas introducidas al Código procesal Penal Chileno. In AMBOS, K.; MALARINO, E.; MATUS, J.; URQUIZO.; WINTER, J, *Reformas penales*. Santiago: Ediciones Der, 2017, p. 305.

CORREA, Carlos; VELÁSQUEZ, Javier. Testigos y virtualidad en el proceso penal: más luces que sombras. In GONZÁLEZ, María Ángeles (ed.). *Testimonios: ecos sobre los hechos en el proceso* Valencia: Tirant lo Blanch, pp- 119-150, 2024

DIRECCIÓN DE ESTUDIOS CORTE SUPREMA (DECS). Infografía: Prisión Preventiva 2012 - nov. 2023. Santiago: DECS 2023.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian. *Proceso Penal*. Santiago: Editorial Jurídica, 2007.

DUCE, Mauricio; RIEGO, Cristian, *La Prisión Preventiva en Chile*. Santiago: Ediciones UDP, 2011.

DUCE, Mauricio. *Proceso Penal en Contexto*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago, 2016.

DUCE, Mauricio. La condena de inocentes en Chile: una aproximación empírica a partir de los resultados de los recursos de revisión acogidos por la Corte Suprema en el período 2007-2013. *Política Criminal*, v. 10, N° 19, Art. 6, p. 159-191, 2015. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-33992015000100006>

DUCE, Mauricio. Los procedimientos abreviados y simplificados y el riesgo de condenas erróneas en Chile: resultados de una investigación empírica. *Revista De Derecho*, Coquimbo, v. 26, 2019..<http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0012>

FEELEY, Malcolm M. *The Process is the Punishment: Handling Cases in a Lower Criminal Court*. New York: Russell Sage Foundation, 1979.

FERNÁNDEZ, José Ángel; GONZÁLEZ, Claudio: ¿Cuál es el modelo político criminal en Chile?. *Política Criminal*, v.17, n.33, p. 291-316, 2022. <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-33992022000100291>

FIGUEROA, Ulda y MORALES, Ana María. *El uso de la prisión preventiva en Chile*. Santiago: Paz Ciudadana, 2018.

FIGUEROA, Ulda y Carmona, Rolando. *Datos en perspectiva. Series sobre la justicia penal en Chile*. Centro de Estudios Justicia y Sociedad (en prensa).

GENDARMERÍA DE CHILE. Estadísticas Penitenciarias 2024. Santiago: GENCHI, 2024.

GLASER, Barney G.; STRAUSS, Anselm L. *The Discovery of Grounded Theory: Strategies for Qualitative Research*. Chicago: Aldine, 1967.

GRADI, Marco. El coste de la burocratización de la administración de justicia. In: HERRERO, Juan.; LÓPEZ, Javier. *La justicia tenía un precio*. Barcelona: Atelier, p. 17-38. 2023.

GRAU, Nicolás; VERGARA, Damián. *A Simple Test for Prejudice in Decision Processes: The Prediction-Based Outcome Test*. Universidad de Chile, Departamento de Economía, 2020.

GRAU, Nicolás; VERGARA, Damián. *An observational implementation of the outcome test with an application to ethnic prejudice in pretrial detentions*. Universidad de Chile, Departamento de Economía, 2021.

GRAU, Nicolás; MARIVIL, Gonzalo y RIVERA, Jorge The effect of pretrial detention on labor market outcomes. *Journal of Quantitative Criminology*, v. 39.2, p. 283-332, 2023 . <http://dx.doi.org/10.1007/s10940-021-09535-4>

GONZALEZ, Claudio. *Gestión, Gerencialismo y Sistema Penal*. Buenos Aires: Ediciones B de F, 2019.

HADWA, Marcelo, *La Prisión Preventiva y otras Medidas Cautelares Personales (Tercera edición actualizada)*. Santiago: Ediciones Der, 2020.

HAMBLY, Jessica; GILL, Nick. Law and Speed: Asylum Appeals and the Techniques and Consequences of Legal Quickening. *Journal of Law and Society*, v. 47, n.1, p. 3–28, 2020 <http://dx.doi.org/10.1111/jols.12220>

HENNIK, Monique; KAISER, Bonnie & MARCONI, Vicent. Code saturation versus meaning saturation: how many interviews are enough? *Qualitative health research*, v.27(4), p. 591-608, 2017. <https://doi.org/10.1177/1049732316665344>

HOAG, Colin; HULL, Matthew. *A Review of the Anthropological Literature on the Civil Service*. Policy Research Working Paper 8081, Development Research Group, Impact Evaluation Team, World Bank, 2017.

HOAG, Colin. Assembling Partial Perspectives: Thoughts on the Anthropology of Bureaucracy. *PoLAR:Political and Legal Anthropology Review*, v. 34, n. 1, p. 81-94, 2011 <http://dx.doi.org/10.1111/j.1555-2934.2011.01140.x>

HUNTER, Caroline; BRETHERTON, Joanne; HALLIDAY, Simon; JOHNSEN, Sarah. Legal Compliance in Street-Level Bureaucracy: A Study of UK Housing Officers. *Law & Policy*, v. 38.1, p. 81-103, 2016. <http://dx.doi.org/10.1111/lapo.12049>

LIPSKY, Michael. *Street-Level Bureaucracy: Dilemmas of the Individual in Public Services*. 30th anniv. Nueva York: Russell Sage Foundation, 2010.

MACK, Kathy; ANLEY, Sharyn Roach. Getting through the list': Judgecraft and legitimacy in the lower courts. *Social & Legal Studies*, v.16.3, p. 341-361, 2007: 341-361. <http://dx.doi.org/10.1177/0964663907079763>

MORALES, Ana María; PÉREZ, Pablo; WELSCH, Gherman. *Medidas cautelares en Chile: Análisis de su funcionamiento entre 2005 y 2010*. Santiago: Paz Ciudadana, 2011.

NAMEY, Emily, GUEST, Greg; MCKENNA, Kevin y CHEN, Mario. Evaluating bang for the buck: a cost-effectiveness comparison between individual interviews and focus groups based on thematic saturation levels. *American Journal of Evaluation*, v. 37(3), p. 425-440, 2016. <https://doi.org/10.1177/1098214016630406>

NIEVA, Jordi, *Derecho Procesal I*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2018.

OLIVER, Guillermo, , *Proceso Penal Chileno: Algunos aspectos problemáticos*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2021.

PIVATY, Anna; JOHNSTON, Ed. The move towards efficiency and managerialism in criminal justice: A global phenomenon. In: JOHNSTON, Ed; PIVATY, Anna (eds.). *Efficiency and Bureaucratisation of Criminal Justice: Global Trends*. London: Routledge, 2023. p. 1-16. <http://dx.doi.org/10.4324/9781003207818-1>

RÍOS, Rodrigo. *Cuestiones de Derecho Penal y Proceso Penal Chileno*. Sao Paulo: Tirant Lo Blanch, 2023.

RIQUELME, Ignacio. El abandono de la violencia intrafamiliar de los tribunales de familia en Chile: La historia de un objeto etnográfico. *Una nueva generación de estudios socio-jurídicos en Chile*, v. 12, n. 2, p. 238-263, 2021 <http://dx.doi.org/10.35295/osls.iisl/0000-0000-0000-1233>

RIQUELME, Ignacio. There is just nothing to hold on to in this case: Legal technicalities and the use of psychological reports in Chilean domestic violence procedures. *Journal of Law and Society*, v.51, n. 2, p. 239-262, 2024. <http://dx.doi.org/10.1111/jols.12475>

SALAS, Jaime. Prisión Preventiva, Pena y Presunción de Inocencia. In OLIVER, Guillermo; MAYER, Laura y VERA, Jaime. *Un Derecho Penal Centrado en la Persona*. Tomo II. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2023. p.1391-1411.

SALAS, Jaime, *Problemas del Proceso Penal*, Tercera Edición. Santiago: Librotecnia, 2019.

SANDOVAL, Sem. Prisión preventiva: causales legales, apócrifas y peligro para la seguridad de la sociedad: observaciones críticas entre Alemania y Latinoamérica. In SERRANO, Alfonso y DALBORA, José Luis. *El resurgimiento de la criminología científica en América Latina*. Madrid: Dykinson, 2020. <https://doi.org/10.2307/j.ctv1ks0f5d.21>

SCARANCE FERNANDES, Antonio. Reflexões sobre as noções de eficiência e de garantismo no processo penal. In SCARANCE FERNANDES, Antonio; ALMEIDA, José Raul Gavião de; MORAES, Maurício Zanoide de (coord.). *Sigilo no processo penal: eficiência e garantismo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p.9-28

VARGAS VIANCOS, Juan Enrique. *Eficiencia en la justicia*. Santiago de Chile: Centro de Estudios de Justicia de las Américas, 2005,

VELÁSQUEZ, Javier. *Doing Justice: Sentencing practices in Scottish sheriff courts*. Tesis de Doctorado en Criminología – University of Glasgow, Glasgow, 2018.

VELÁSQUEZ, Javier. Sentencing individuals on cusp-cases: The use of offenders' backgrounds by Scottish Sheriffs. *The Howard Journal of Crime and Justice*, v.63, n. 3, p. 304-320, 2024 <https://doi.org/10.1111/hojo.12568>

VELÁSQUEZ, Javier y DEL FIERRO, Nicolás, ¿Peligro para la seguridad de la sociedad? Una mirada crítica In: MACHADO, André y Ríos, Rodrigo (coordinadores) *Derecho Procesal Penal: Una mirada a 20 años de reformas en Chile y Brasil*. Sao Paulo: Tirant lo Blanch, 2021, pp. 86-94.

VELÁSQUEZ, Javier; DEL FIERRO, Nicolás; BRAVO, Nicolás. ¿Peligro Procesal? Reflexiones sobre los fundamentos de la causal “peligro para la seguridad de la

sociedad". In: VELÁSQUEZ, Javier y FERNÁNDEZ, Alejandro. *Temas actuales de Derecho Penal y Procesal Penal a 20 años del inicio de la Reforma Procesal Penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2022. p. 42-65 <http://dx.doi.org/10.2307/j.ctv2k0582h.12>

VELÁSQUEZ VALENZUELA, Javier; RIQUELME ESPINOSA, Ignacio. Prisión Preventiva en Chile, SciELO Data, V1. <https://doi.org/10.48331/scielodata.EUJU9A>

WEBER, Max. "Bureaucracy." In: ROTH, Guenther.; Wittich, Claus, *Economy and Society: An Outline of Interpretive Sociology*, Berkeley: University of California Press, 1978. p. 956-1004.

WILENMANN, Javier y ARISTEGUI, Juan Pablo. El procesamiento de delitos de baja entidad en Chile. *Rev. derecho Valdivia*, v.35, n.2, p. 273-295, 2022.

YOUNG, Richard. Managing the list in the lower criminal courts: judgecraft or crafty judges?. *Common Law World Review*, v.41.1, p. 29-58, 2012. <http://dx.doi.org/10.1350/clwr.2012.41.1.0231>

Authorship information

Javier Velásquez Valenzuela. PhD en Criminología, Universidad de Glasgow, Reino Unido. Magister en programa de doble titulación Universidad de Talca, Chile y Universidad Pompeu Fabra, España. Abogado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile. Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Académico de la Universidad de La Frontera, Facultad de Ciencias Jurídicas y Empresariales, Departamento de Ciencias Jurídicas.

Ignacio Riquelme Espinosa. PhD en Estudios Socio-Jurídicos, Universidad de Bristol, Reino Unido. Master of Science en Derecho, Antropología y Sociedad, LSE, Reino Unido. Sociólogo y Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado por la Excelentísima Corte Suprema de Chile. Investigador del Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins.

Additional information and author's declaratations (scientific integrity)

Acknowledgement: Este trabajo ha sido desarrollado en el contexto del Fondecyt de Iniciación 2022 n°11221052 financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo de Chile. Se agradece a los licenciados en ciencias jurídicas Nicolás Ulloa Mendoza y Marcelo Salas Sandoval, apoyos técnico invaluable para esta investigación. Asimismo, agradecemos a los editores y evaluadores pares por sus comentarios que ciertamente han ayudado a enriquecer este artículo.

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Javier Velásquez Valenzuela:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Ignacio Riquelme Espinosa:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 28/03/2024
- Desk review and plagiarism check: 15/04/2024
- Review 1: 19/04/2024
- Transfer to V10N3: 20/06/2024
- Review 2: 06/08/2024
- Preliminary editorial decision: 02/09/2024
- Correction round return: 16/09/2024
- Final editorial decision: 29/09/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

VELÁSQUEZ VALENZUELA, Javier; RIQUELME ESPINOSA, Ignacio. Prisión Preventiva en Chile: Presión de la Gestión del Tiempo y Estandarización. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e998, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.998>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.

**Processo Penal Internacional e
Cooperação Jurídica Internacional**

*International Criminal Procedure
and International Legal Cooperation*


The ICC enters into the future: the digital-evidence revolution or evolution?¹

O TPI ingressa no futuro: a revolução ou evolução das provas digitais?

Hanna Kuczyńska²

Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences, Warsaw, Poland

hkuczynska@gmail.com

 <https://orcid.org/0000-0002-1446-2244>

ABSTRACT: Investigations into core international crimes should take into consideration the new, digital environment of evidence gathering. They cannot be conducted based solely on analogue means in a world that has become digital so fast. The ICC is taking an active part in the digital revolution in its investigations of core crimes, by establishing a new model of coping with the gathering, analysis, and management of digital evidence: the OTPLink and Project Harmony. In this article, firstly the response of the Office of the Prosecutor (OTP) to the digital environment of evidence-gathering is analyzed, whereby the OTP decided to use algorithms in order to more effectively manage evidence. The legal character of these new developments is analyzed, as well as the dangers they pose for the assessment of evidence and the fact-finding process. In this analysis it is also necessary to establish whether this is indeed a “AI revolution”. Further analysis will focus on answering the question whether the digitalized tools used by the OTP fulfill all the preconditions necessary in order to ensure the credibility and authenticity of digital evidence. At the same time it is necessary to distinguish between the

¹ Funding for the research: The research project was financed from the funds of the National Centre of Science (Narodowe Centrum Nauki) granted on the basis of a contract No. UMO-2023/49/B/HS5/02623 for a project entitled “In search of justice for core crimes in the digital age.”

² Dr hab., professor at the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences in Warsaw, Criminal Law Department.

case law of the Chambers that relies on the traditional assessment of open sources, and the Internet-derived evidence based on the revolutionized algorithm-based gathering and management of evidence by the OTP. To this end there is a need to analyze the attitude toward digital evidence adopted so far by the Chambers with respect to the assessment of digital evidence and the use of such evidence in fact-finding. The key question that needs to be answered is whether the revolution is taking place only before the OTP, whereas the Chambers adopt a more evolutionary attitude.

KEYWORDS: the international criminal court; project harmony; digital evidence; rules governing the admissibility of evidence.

RESUMO: *As investigações sobre crimes internacionais graves devem levar em consideração o novo ambiente digital de coleta de provas. Não é possível conduzi-las baseando-se exclusivamente em meios analógicos em um mundo que se tornou digital tão rapidamente. O Tribunal Penal Internacional (TPI) participa ativamente da revolução digital na investigação de crimes graves, estabelecendo um novo modelo para lidar com a coleta, análise e gestão de provas digitais: o OTPLink e o Projeto Harmony. Neste artigo, primeiramente, será analisada a resposta do Gabinete do Procurador (OTP) ao ambiente digital de coleta de provas, onde o OTP decidiu utilizar algoritmos para gerenciar provas de forma eficaz. O caráter jurídico desses novos desenvolvimentos será analisado, bem como os perigos que eles apresentam para a avaliação de provas e o processo de apuração dos fatos. Nesta parte, será também necessário estabelecer se isso constitui, de fato, uma "revolução da IA". Além disso, a análise abordará a questão de saber se as ferramentas digitalizadas utilizadas pelo OTP cumprem todos os pré-requisitos no que diz respeito à credibilidade e autenticidade das provas digitais. Contudo, é necessário distinguir entre a jurisprudência das Câmaras, que se baseia na avaliação tradicional de fontes abertas e provas derivadas da internet, e a coleta e gestão de provas baseada em algoritmos revolucionados pelo OTP. Para esse fim, é preciso analisar a atitude adotada até o momento pelas Câmaras em relação à avaliação das provas digitais e ao uso dessas provas na apuração dos fatos. A questão central que precisa ser respondida é se a revolução está ocorrendo apenas no âmbito do OTP, enquanto as Câmaras apresentam uma atitude mais evolutiva.*

PALAVRAS-CHAVE: *tribunal penal internacional; projeto harmonia; provas digitais; regras de admissibilidade probatória.*

1. INTRODUCTION

The character and scale of core international crimes³ not only require special forms of gathering evidence, but also must take into account the usage of these forms: it would take years to watch the relevant video evidence and read all the information available in the Internet in open sources. Such qualities (digital) and quantities (abundance of evidence) in an investigation is a 21st Century phenomenon and requires a new attitude when it comes to types of admissible evidence, their verification, management, and rules of their admissibility. The unique environment of evidence gathering requires a new approach – and technology is the key to this approach. Investigation into core crimes cannot be conducted based solely on analogue means in a world that has become so rapidly digital. The International Criminal Court takes an active part in the digital revolution in its investigations into core crimes. The recent developments with respect to harnessing technology in the task of gathering and managing evidence introduced before the ICC has become an important part of the search for justice vis-à-vis core crimes in the digital age.

The ICC is functioning in an environment where today hundreds of thousands of pieces of digital evidence and footages of violations of international humanitarian law (IHL) and violations of international human rights (IHR) are downloaded by potential witnesses⁴. Digital evidence acquired from open sources (OSINT) has become a new and indispensable source of information about core crimes and social media platforms have become “accidental archives”⁵, where “the information

³ Defined as in Article 5 of the ICC Rome Statute: the crime of genocide, crimes against humanity, war crimes, the crime of aggression.

⁴ FREEMAN Lindsay. Digital Evidence and War Crimes Prosecutions: The Impact of Digital Technologies on International Criminal Investigations and Trials. *Fordham International Law Journal*, volume 41, 2018, pp. 283-336; KHAN, Karim. Innovation and Technology in Building Modern Investigations and Prosecutions at the ICC. In: *The International Criminal Court in Its Third Decade. Reflecting on Law and Practices*. STAHN, Carsten; BRAGA DA SILVA, Rafael (eds.). Brill, 2023, pp. 102, 108-109.

⁵ DIGITAL LOCKERS: Archiving Social Media Evidence of Atrocity Crimes 2021, Human Rights Center, UC Berkeley School of Law (https://human-rights.berkeley.edu/sites/default/files/digital_lockers_report5.pdf), p. 10 (access 16.01.23).

posted on social media sites may include critical data for proving the core elements of crimes” – and in some cases may be the only documentation of such events⁶. Alongside the social media Internet-derived sources of evidence there are other sources as well; such as digital audio and video-recordings, CCTV footage, aerial and satellite imagery, drone footage etc. Among other Internet-stored and procedurally relevant data digital databanks and reports prepared by representatives of civil society are also of growing significance⁷. NGOs not only gather and store information about potential witnesses of crimes, but they also perform fact-checking and verification of the data sources – some of them also prepare reports on certain topics or events concerning war crimes or other core crimes; reports which can be used in a criminal investigation. Most of the data – acquired, processed, and presented publicly – can be easily accessed online. Such NGO-led investigations have thus become a *signus temporis* of the recent wars. Such was the case in the armed conflict in Syria, where the Syrian Archive and the Commission for International Justice and Accountability engaged in evidence collection and has been collecting and preserving social media videos and other online content documenting

⁶ DE ARCOS TEJERIZO, Maria. Digital evidence and fair trial rights at the International Criminal Court, *Leiden Journal of International Law*, Volume 36, Issue 3, September 2023 , pp. 2-3; KOENIG, Alexa; MCMAHON, Felim; MEHANDRU, Nikita; SILLIMAN BHATTACHARJEE, Shikha. Open Source Fact-Finding in Preliminary Examinations. In: BERGSMO, Morten; STAHN, Carsten (eds.). *Quality Control in Preliminary Examination: Volume 2*, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018, p. 683; MCDERMOTT, Yvonne; KOENIG Alexa; MURRAY, Daragh. Open Source Information’s Blind Spot. Human and Machine Bias in International Criminal Investigations, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, 2021, p. 87; MCPHERSON, Ella; GUENETTE THORNTON, Isabel; MAHMOUDI Matt. Open Source Investigations and the Technology-Driven Knowledge Controversy in Human Rights Fact-Finding. In: DUBBERLEY, Sam, KOENIG, Alexa, MURRAY, Daragh (eds.). *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, Oxford University Press, 2019, p. 74; MEHANDRU Nikita, KOENIG Alexa. Open Source Evidence and the International Criminal Court, *Harvard Human Rights Journal*, 15 April 2019, <https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/> (access 16.01.23).

⁷ See e.g. MCGONIGLE LEYH, Brianne. Using Strategic Litigation and Universal Jurisdiction to Advance Accountability for Serious International Crimes, *The International Journal of Transitional Justice*, Volume 16, 2022, pp. 369-370.

the conflict⁸. In the case of the war in Ukraine, such evidence is gathered by numerous organisations, including among many others eyeWitness to Atrocities⁹ and Mnemonic¹⁰; the archives of which provide records from social media documenting alleged war crimes in Ukraine (in the so-called Ukrainian Archive);¹¹ by a Netherlands-based investigative journalism group called Bellingcat that specialises in fact-checking and open-source intelligence;¹² and the Conflict Observatory (functioning with the support of the Bureau of Conflict and Stabilization Operations of the United States Department of State); which was created in order to “capture, analyze, and make openly available the details of Russia-perpetrated war crimes and atrocities” in Ukraine¹³.

This text presents an analysis of how the ICC copes with this new digital environment of gathering evidence – and the chosen methodology for this will be analytical theoretical analysis. It is necessary to set the

⁸ See: FREEMAN Lindsay. Digital Evidence ... op.cit., p. 332; AKSAMITOWSKA, Karolina. Digital Evidence in Domestic Core International Crimes Prosecutions: Lessons Learned from Germany, Sweden, Finland and The Netherlands, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, 2021, p 190.

⁹ eyeWitness | Welcome (accessed 10.07.24).

¹⁰ See the Mnemonic webpage <<https://mnemonic.org/en/our-work>>, (accessed 12.06.2024).

¹¹ ‘Digital Lockers: Archiving Social Media Evidence of Atrocity Crimes 2021, *Human Rights Center, UC Berkeley School of Law*, <https://humanrights.berkeley.edu/sites/default/files/digital_lockers_report5.pdf>, pp. 29-31 (access 11.07.24).

¹² TOLER, Aric. How we Geolocated a Photo of a Russian Missile Programming Team, *Bellingcat*, 28 October 2022, <<https://www.bellingcat.com/resources/2022/10/28/how-we-geolocated-a-photo-of-a-russian-missile-programming-team/>> (accessed 11.07.24).

¹³ For a thorough analysis of the reports presented by these organizations, see: KUCZYŃSKA, Hanna. Digital evidence in investigations concerning Russian crimes in Ukraine, in: GRZEBYK, Patrycja, UCZKIEWICZ, Dominika (eds.), *The Russian-Ukrainian Conflict and War Crimes. Challenges for Documentation and International Prosecution*, Routledge 2024 (forthcoming); CAIANIELLO, Michele. The Role of the EU in the Investigation of Serious International Crimes Committed in Ukraine. Towards a New Model of Cooperation?. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Issue 30, Volume 3-4, 2022, pp. 219-237; examples of reports prepared by the Conflict Observatory: <https://hub.conflictobservatory.org/portal/apps/sites/#/home/pages/mariupol-1>, (accessed 11.07.24).

foundations for this analysis and point out the main characteristics of this specific digital environment in order to outline the picture of hardships and challenges that have to be met by the ICC. Firstly, this article analyzes the response of the Office of the Prosecutor (OTP) to the digital environment of gathering of evidence, where the OTP has decided to use algorithms in order to more effectively manage evidence. The digital tools harnessed in the pursuit of justice are the OTPLink and Project Harmony – which is considered to be “a milestone in the OTP’s wider technological upgrade”, under the motto: “To pursue justice more effectively, we must harness the power of cutting-edge technology. In today’s world, it is not a luxury, it is a requirement”¹⁴.

Secondly, the legal consequences of these new developments will be analyzed, as well as the dangers they pose for the assessment of evidence and the fact-finding process. In this part it will be necessary to establish whether this is indeed a “AI revolution”. Furthermore, the analysis will relate to answering the question whether the digitalized tools used by the OTP fulfill all the preconditions when it comes to providing for the credibility and authenticity of digital evidence.

The last part of the analysis will refer to the attitude to digital evidence adopted by the Chambers when it comes to the assessment of such evidence and fact-finding. It will be shown in this regard that it is necessary to distinguish between the case law of the Chambers, which relies on the traditional assessment of open sources; and the revolutionized algorithm-based gathering and management of evidence by the OTP. The key questions that need to be answered are whether the revolution is taking place only before the OTP, while the Chambers are adopting a more evolutionary attitude; whether this attitude is sufficient when it comes to the growing significance of digital evidence and the specific requirements of investigations into core crimes; and whether this is the attitude that we expect on the part of the ICC - and whether perhaps the ICC is not adequately developing new rules on the admission of evidence in light of the digital revolution ushered in by the OTP.

¹⁴ Statement of the ICC Prosecutor of 24.05.2023: ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC announces launch of advanced evidence submission platform: OTPLink | International Criminal Court ([icc-cpi.int](https://www.icc-cpi.int)), (accessed 11.07.24).

2. THE DIGITAL REVOLUTION IN THE WORK OF THE OTP

2.1. THE DIGITAL TRANSFORMATION OF PROSECUTORIAL TOOLS OF INVESTIGATION

In the increasingly digital environment of storing and presenting information about core crimes, the OTP decided to use algorithms in order to more effectively store and manage evidence. These algorithms were designed as tools to be used in order to automatize evidentiary proceedings at all stages of collecting, storing, securing, and analyzing evidence. The OTP Annual Report announced that: “This digital transformation is huge for us – it’s like stepping into the future where our tools are smarter and our skills are always up to date”¹⁵. This ‘digital transformation’ applied by the OTP consists of the digital application of referrals of crimes falling within the jurisdiction of the ICC (the OTPLink), and of developing a digital tool that allows to use algorithms to analyze and manage data (Project Harmony). The system – as it is planned and currently described – is supposed to harness the advanced technology and artificial intelligence in the pursuit of justice.

On the 23rd of May 2023 the Prosecutor announced the launch of the OTPLink application; allowing for online and email-based submissions of evidence to the OTP by all external stakeholders and witnesses. It replaces the multiple systems previously used under Article 15 of the Rome Statute (RS) to share submissions with the OTP. The OTPLink is designed with two distinct portals, enabling both anonymous and authenticated users (such as States Parties) to make submissions. In the words of the ICC Prosecutor Karim A.A. Khan: “This innovative application not only blends the use of advanced modern-day technology and international law; it provides users with a seamless and secure method for submitting potential evidence in real-time from any web-enabled device, effectively bringing relevant events closer to the courtroom”; and it should not only preserve the integrity of the evidence, but in the words of the makers it creates “a dependable and tamper-proof record of the collection and handling

¹⁵ Delivering Better – Office of the Prosecutor Annual Report 2023 (icc-cpi.int), p. 52, (accessed 11.07.24).

process”, and also allows to “handle larger information volumes utilizing Artificial Intelligence (AI) and Machine Learning (ML), significantly reducing the time required to review and act on it”.

The OTP Annual Report presents detailed data about the use of this digital web-based platform: as of 5 October 2023, the Office has received a total of 10.528 submissions through the OTPLink. Of those submissions, 48 have been registered as Article 15 RS submissions, while 99 were counted as evidence relevant to a situation. Furthermore, 693 were found to require further review by the Preliminary Examinations Section, and 9.687 submissions were characterized as general communications to the Office. The report informs readers that this online platform receives on average 100 to 150 submissions each day, and dedicated teams classify them in the categories described above, as well as by situation.

Project Harmony, apart from the OTPLink, includes components that will not only provide a centralised storage for information and evidence, but also integrate a range of investigative and analytical tools for secure use in the cloud. The OTP Annual Report describes the specific technology used in the Project. Firstly, eDiscovery technology software allows for secure, expansive and resilient data storage, and eVault ensures a secure environment for the permanent retention of electronic evidence (as the Office has moved from its previous online system and on-premises vault to this cloud-based storage). Secondly, the eVault provides centralized storage for information and evidence, allowing for the ingestion of electronic evidence that needs to be preserved; ensuring the digital preservation of evidence with systematic backups; allowing for capturing and management of contextual information; and ensuring a full audit trail. The whole system in its totality allows to elevate the capacities of the OTP in order to quickly analyze and manage larger quantities of evidence¹⁶.

¹⁶ Statement of the ICC Prosecutor of 24.05.2023: ICC Prosecutor Karim A.A. Khan KC announces launch of advanced evidence submission platform: OTPLink | International Criminal Court (icc-cpi.int), (accessed 11.07.24). It should be underlined though that this is not the first case of using such tools in investigations concerning core crimes – Europol and the European Union are using similar functionalities in the analysis of data: Core International Crimes Evidence Database (CICED) | Eurojust | European Union Agency for Criminal Justice Cooperation (europa.eu), (accessed 21.07.2024).

This enhancement relates to three areas of evidence-analysis and management. The first development is the technical analysis of data, including comparing biometric traits, e.g. facial identification, vocal recognition; image enrichment, multimedia file translations, automatic transcription (and transliteration); and video and image analysis (rapid pattern identification). While none of these innovations are new in themselves, when combined in this way they may prove invaluable to the OTP's effectiveness in collecting, storing, securing, analyzing, and reviewing evidence. For example, facial identification tools can help investigators obtain potential forensic versions by allowing them to more quickly compare multiple images that may show the same person¹⁷.

The second improvement is the management of data stored in the database. The algorithm is said to be able to easily filter out irrelevant information, allowing to focus on the most credible and relevant information¹⁸. Utilization of machine learning algorithms for tasks such as analyzing, transcribing, and processing video and audio materials is intended to “significantly condense the time frame of these processes – what used to take four to six weeks might now be accomplished within a few hours or minutes”¹⁹. The third improvement is a search-engine, allowing for targeted searches of source materials. Such a tool (although the report does not mention it) should also be able to cross-match the results of analyses.

Presently, Office of the Prosecutor Strategic Plan 2023-2025²⁰ describes in detail how the OTP intends to use new technologies to further

¹⁷ CRAWFORD, Julia; PETIT, Franck. Insights on the digital revolution for war crimes probes in Ukraine, *JusticeInfo.Net*, 31 May 2022 <<https://www.justiceinfo.net/en/93111-insights-digital-revolution-war-crimes-probes-ukraine.html>>, (accessed 10.05.24); EVANS, Hayley; HAZIM, Mahir. Digital Evidence Collection at the Int'l Criminal Court: Promises and Pitfalls OT-PLink, Project Harmony, and Digitalization Efforts, *JustSecurity*, July 5, 2023, <https://www.justsecurity.org/87149/digital-evidence-collection-at-the-intl-criminal-court-promises-and-pitfalls/>, (accessed 11.07.24).

¹⁸ Delivering Better – Office of the Prosecutor Annual Report 2023 (icc-cpi.int), (accessed 11.07.24).

¹⁹ Delivering Better – Office of the Prosecutor Annual Report 2023 (icc-cpi.int), (accessed 11.07.24).

²⁰ Office of the Prosecutor Strategic Plan 2023-2025, 2023-strategic-plan-otp-v.3.pdf (icc-cpi.int), (access 11.07.24).

revolutionize the performance of its processing tasks: e.g. Strategic Goal no. 3 is titled “Make the Office a global technology leader”. The OTP has announced that it “is seeking to revolutionize the use of technological tools in its work to enhance its ability to draw on digital, documentary, video and audio material.” Its goal is to “make the Office the global leader in the use of technology for accountability purposes”; with the first step being to establish and use the cloud-based e-Discovery platform. Another important element of the digital revolution is to ensure that staff members undertake a full training programme aimed at ensuring the effective harnessing of these new tools. Also, the Technology Advisory Board will be established, with new terms of reference and membership, which should provide effective strategic input to the development and implementation of actions under this strategic goal²¹. The strategic plan describes how the OTP will base its activities on “data enrichment/ analytical tools, including AI and machine-learning”; “with the support of a dedicated e-Discovery and Data Analysis Unit”.

2.2. MORE QUESTIONS THAN ANSWERS: EVALUATION OF THE LEGAL AND TECHNICAL FRAMES OF THE TECHNOLOGICAL REVOLUTION

The creation and involvement of both digital tools for data analysis – OTPLink and Project Harmony – is undoubtedly proof not only that the ICC has “entered the future”, but that the entire model of prosecuting international crimes should be re-evaluated. The use of the latest technology can ensure the ability of witnesses and victims of core international crimes to provide information and data on an unprecedented scale, and enable each victim to reach the ICC, which in turn increases the efficiency of managing this abundant evidence. It enables the OTP to strategically use limited resources and analyze large amounts and volumes of data and evidence at lower costs and in less time. At the same time however, it also forces participants to pose specific questions – questions that require much more information than the answers offered in the

²¹ MCINTYRE, Gabrielle; VIALLE, Nicholas. The Use of AI at the ICC: Should we Have Concerns? Part I, *Opinio Juris*, 11.09.23, The Use of AI at the ICC: Should we Have Concerns? Part I - *Opinio Juris*, (access 11.07.24).

above-cited OTP reports. In addition, the evaluation of this development must be presently based only on the reports of the OTP and the information provided by the Office – information which is very general in nature. It does not give an answer to the question whether any specific decision taken by the Office has been so far based on the AI-processed data. Moreover, the ‘automatic analysis’ of data is also supposed to “facilitate rapid decision making” – but there are no examples of what type of decision making this could be.

Firstly, there is the problem of defining the technical nature of Project Harmony. The question must be asked whether it is possible to claim that AI is actually being utilized by the OTP. While AI can be defined as “a set of theories and techniques used to create machines capable of simulating human intelligence”²², the process of management of evidence in Project Harmony is not fully automatic yet. There is nothing in the description of the OTP that would suggest that Project Harmony is making its own decisions or developing its own machine-learning techniques²³. Is it the description itself that is lacking this important element, or is there perhaps no such plan in the OTP? What we know is that there are automatic innovative algorithms, which can contribute in the search for evidence, their analysis, and management. It is clear that in this system algorithms play an important role. However, they do not take the place of humans as the entity making a decision. They do not fully control the procedure, but provide data and results of analyses; quickly analyzing big data and extracting information that can be useful to investigators and establishing correlations between pieces of information that are invisible to the human eye. Only when the first results of the work of these algorithms will be announced will it be possible to evaluate if the algorithms used by the OTP are indeed AI systems, and whether they can produce information suitable as evidence for use in ICC trials. In a situation when this information has not been revealed and there is no clear scope of automatic decision-making, it is hard to argue that certain decisions should be left in human hands (or at least that there should “human in the

²² https://www.larousse.fr/encyclopedie/divers/intelligence_artificielle/187257, (accessed 11.07.24).

²³ However, see: KHAN, Karim. *Innovation and Technology op.cit.*, p. 111.

loop” making the ultimate choices). Certainly, this an important element of this discussion on the use of AI in evidence management.

Secondly, the digital revolution in the ICC should not be limited solely to the OTP; it should extend to the whole of the ICC’s functioning. Therefore, the digitalization of the gathering and management of evidence should also extend to the methods of presentation in the courtroom, and become visible in the case law of the Chambers. Accordingly, the OTP is planning to “ensure improved results in the courtroom” which should be achieved by expansion of its technical capabilities and improvements in the management of investigations and prosecutions²⁴. The OTP report announces that “Embracing technology is vital for success”, but leaves it to the reader to guess what is meant by “success”. As a matter of fact, also the stage of the presentation of evidence by the OTP has definitely undergone a technological transformation. The new digital tool – the ICC Interactive Digital Platform – was designed for the presentation of evidence at the trial phase, providing a visual and spatial evidentiary model for cases. Such a digital platform, created by SITU Research, was first used in order to give a full picture of the places where core crimes had been committed in Timbuktu in the Mali situation²⁵. Later, after working closely with the OTP ICC on the *Al Mahdi* case in 2016, SITU Research was re-engaged by the ICC in 2018 to begin work on the *Al Hassan* case²⁶.

The Interactive Digital Platforms was used during the confirmation of charges hearing and throughout the trial itself. The prosecution displayed it on all the courtroom screens for the judges, witnesses, and audience members to see. This platform was used to walk the judges through the crimes *Al Mahdi* and *Al Hassan* had been charged with, enabling navigation to the site of the crime and, when available, displaying footage of the accused committing the alleged crimes. The camera used in the courtroom made it possible to shift into the viewpoint of the photograph or video, such that the footage integrated within the digital model was

²⁴ Delivering Better – Office of the Prosecutor Annual Report 2023 (icc-cpi.int), § 23 (accessed 11.07.24).

²⁵ SITU Research: ICC Digital Platform: Timbuktu, Mali, SITU – ICC Digital Platform: Timbuktu, Mali (accessed 15.07.24).

²⁶ SITU – ICC Digital Platform and the *Al Hassan* Case (accessed 21.07.2024).

seamless. However, in the case law of the ICC Chambers little is seen or discussed about these achievements.

2.3. ALGORITHMIC BIAS AND DEEPAKES – POTENTIAL DANGERS OF DATA-ANALYSIS

The second set of problems stems from the risks typical for the use of algorithms in data-analysis. The first such risk is the bias built into the algorithms; the second – feeding the algorithm with intentionally falsified data²⁷. Serious concerns are expressed in the literature relating to the fact that the analysis of evidence performed by an algorithm must assume that the algorithm is properly focused on the specific data sets in question and in accordance with the appropriate specific patterns. As a result, the acquired analysis may be susceptible to “algorithm bias” (e.g. in relation to racial, ethnic or gender issues). For example, in the case of facial recognition systems, the model may be trained on less diverse data sets and lead to inaccurate and biased recognition of people of a nationality or race whose representatives are more likely to commit crimes. Gender bias may also occur due to gaps in the documentation regarding harm to men and women, due to social norms²⁸. Algorithmic systems can only be as good as the data they are trained on. That is why the scope and nature of the data fed to the algorithm is crucial. Therefore, a diverse set of training data, error mitigation techniques, and regular evaluation of the machine learning model should be employed in order to mitigate these risks. In this regard, the words of the Prosecutor Karim A.A. Khan can be helpful in establishing that such risks have been taken into consideration and prevented: “eDiscovery platforms allow advanced and detailed data analytics and searching, assisting with the prevention or detection of unconscious bias which impacts the work of investigators and analysts. The use of an evidence life-cycle management

²⁷ EVANS, Hayley; HAZIM, Mahir. Digital Evidence Collection ... op.cit., (accessed 11.07.24).

²⁸ MIMRAN, Tal; WEINSTEIN, Lior. Digitalize It: Digital Evidence At the ICC, *Lieber Institute West Point*, 14.08.23, Digitalize It: Digital Evidence at the ICC - Lieber Institute West Point, (accessed 11.07.24).

system in conjunction with an eDiscovery platform may provide a macro-level overview of the sources, geographical distribution, and language distribution of available evidence”²⁹.

Given the context in which the algorithms operate, another potential problem is the possibility of feeding them with fake data, which can lead to misclassification of examples. For instance, a machine learning model may be intentionally misled to incorrectly classify or identify an object or person. In the era of deepfakes, small, intentional data disruptions cannot be ruled out. Every photo, every video and digitally stored information can be predisposed to be false. Also, large amounts of data may be created intentionally, which may lead to the creation of a false narrative – these may be campaigns sponsored by states or private entities pursuing specific goals³⁰. Deepfakes can be created not only manually, but they can be also created by Generative AI – a term that refers to “any tool based on a deep-learning software model that can generate text or visual content based on the data it is trained on”. There are even special tools available online for this purpose; tools that have emerged in recent years and are “capable of generating images realistic enough to create disinformation”³¹. Such intentional disinformation could involve, for example, digitally replacing a specific uniform with another, or changing a face to look like another person’s face. The creators of Project Harmony should anticipate such eventualities and constantly improve the analysis algorithms. When digital sources of information (as well as the OTPLink) are fed disinformation, the mere threat or suspicion of information modification can lead to undermining the very possibility of obtaining evidence in this way, thus negating its procedural value for fact-finding³².

²⁹ KHAN, Karim. *Innovation and Technology ...op.cit.*, p. 120.

³⁰ MIMRAN, Tal; WEINSTEIN, Lior. *Digitalize It: Digital Evidence At the ICC, Lieber Institute West Point*, 14.08.23, *Digitalize It: Digital Evidence at the ICC - Lieber Institute West Point*, (accessed 11.07.24).

³¹ It is called AI or Not (drag and drop application) - advanced algorithms and machine learning techniques that analyse images and detect signs of AI generation. The AI was trained on DALL-E, Midjourney, Stable Diffusion, generative adversarial networks and face image generators, see: *AI or Not | AI Detector to Check for AI in Images & Audio* (accessed 11.07.24).

³² EVANS, Hayley; HAZIM, Mahir. *Digital Evidence Collection ... op.cit.*, (accessed 11.07.24).

Finally, it is important to note that Project Harmony was built in cooperation with IT external entities. A description of their contribution is available in the report on the activities of the Prosecutor's Office. The OTP partners became "Microsoft and Accenture/Avanade, which provided support in designing and building infrastructure; implementing security measures; and management". The OTP addresses this, stating that "while safeguarding its independence and the confidentiality of its work, this partnership has allowed the Office to benefit from technical and industry-specific skills and capabilities". This Project was also financed by a grant from the European Union, whose aim was to "introduce a modern, efficient evidence management system and develop artificial intelligence and machine learning tools to analyse and process data"³³. Although such support from external entities is an interesting solution from the point of view of cooperation between diverse actors in the prosecution of international crimes, it also poses new questions as to the independence of these private actors and their influence in the ICC actions. The question that should be asked with respect to the stage of entering into this partnership is how far the activities of the ICC may influence this relationship. For the time being it is important to bear in mind that the physical storage of the data in Project Harmony is on the U.S. territory. It is debated whether this solution may prove sensitive given current developments – especially in terms of, *inter alia*, probability of issuing arrest warrants charging top Israeli officials of core crimes³⁴.

3. ASSESSMENT AND EVALUATION OF ALGORITHM-MANAGED AND ANALYZED EVIDENCE BY THE ICC

3.1. RULES OF VERIFICATION OF DIGITAL EVIDENCE

The last question relates to the quality of Project Harmony-stored and managed data when it comes to the standards of verification

³³ All citations after: Report of the Committee on Budget and Finance on the work of its thirty-ninth session, CC-ASP/21/15, 29 November 2022, ICC-ASP-21-15-ENG.pdf (icc-cpi.int), § 245, (accessed 11.07.24).

³⁴ AKSENOVA, Marina. All Eyes on the International Criminal Court, *LAW Global Affairs*, 17.07.24, <https://www.ie.edu/insights/articles/all-eyes-on-the-international-criminal-court/> (accessed 11.07.24).

of digital evidence in general. There is a need to verify the authenticity and evidential value of any digital data before they may become evidence in trial³⁵. Verification should become an obligatory stage in criminal investigations, allowing for the accuracy of the source and validity of a piece of evidence to be established³⁶.

The first problem related to using digital evidence is verification of the method of preservation of digital data: digital preservation is an important aspect to ensure authenticity and credibility³⁷. As rightly observed in the literature on this topic, it is necessary “to ensure the integrity of the evidentiary material and preserve the history of its transmission through continuous instrumental controls during data retrieval”. Moreover, “any action taken on electronic evidence must be documented so that an independent third party can repeat the action and obtain a similar result”³⁸. This problem should be solved by Project Harmony. The OTP

³⁵ BRAGA DA SILVA, Rafael. Updating the Authentication of Digital Evidence in the International Criminal Court, *International Criminal Law Review*, Volume 22, Issue 5-6, 2021, pp. 941-964; QUILLING, Chelsea, The Future of Digital Evidence Authentication at the International Criminal Court, *Journal of Public and International Affairs*, 20.05.2022, <https://jpia.princeton.edu/news/future-digital-evidence-authentication-international-criminal-court>, (accessed 11.07.24).

³⁶ AIDP resolution: section 3 – AI and the administration of criminal justice: ‘Predictive policing,’ ‘predictive justice,’ and evidence, Buenos Aires, 28–31 March 2023, AIDP RESOLUTIONS. Section 3.pdf (penal.org) (access 21.07.2024).

³⁷ MOLINA GRANJA, Fernando; RODRIGUEZ Glen Dario. The Preservation of Digital Evidence and Its Admissibility in the Court, *International Journal of Electronic Security and Digital Forensics*, Volume 9, 2017, writing about the Long Term Digital Preservation (LTDP), which is the set of processes, strategies and tools used to store and access digital data for long periods of time during which technologies, formats, hardware, software and technical communities are very likely to change <https://www.researchgate.net/publication/312934498_The_preservation_of_digital_evidence_and_its_admissibility_in_the_court>, (accessed 11.07.24). See also: RUGGIERI, Franco. Security in digital data preservation, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, Volume 11, 2014, p. 100-102.

³⁸ BLAHUTA, Roman; MOVCHAN, Anatolii; MOVCHAN, Maksym. Use of Electronic Evidence in Criminal Proceedings in Ukraine, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research. Proceedings of the International Conference on Social Science, Psychology and Legal Regulation*, 18.11.21, p.

states that “eDiscovery technology software allows for secure, expansive, and resilient data storage”; and eVault functionality ensures “a secure environment for the permanent retention of electronic evidence”.

The second stage of verification should be identification of the source. There are several software products that help to obtain information about the owner of the domain (site); his/her IP address; and find out where the server with the site (hosting or collocation) is located; there are also free services on the Internet that can be used to get information about the resources of the network (sites). As part of verifying the authenticity of information, it is also possible to identify the source of information in the digital environment, e.g. by using programs that help obtain information about the owner of the domain (website), its IP address, and find out where the server is located (hosting or collocation, e.g. using IP-Tools; SmartWhois, Mod IP City³⁹). It is however not clear whether Project Harmony deals with these problems: i.e. whether one of the algorithms included in the Project has such a task; or verification of the source will be executed by a “human factor”: an OTP investigator or an expert called by the Court, potentially at the request of the defence. Undoubtedly, every piece of information stored and analyzed in the database should be provided with references regarding its source.

It is only from the Prosecutor that the observer can learn about the technicalities of the Project and become convinced that both verification of the source and the highest standards of credibility are taken care of: “The ELMS manages evidence through its entire lifecycle and assures that all relevant evidence is collected and stored in a manner consistent with international standards. This begins at the source, tracking all source development, investigations, forensics, e-discovery and analysis tasks. ELMS captures evidence intake and registration, including by investigators in the field using its companion mobile application. In keeping with the highest international standards, ELMS reliably documents the chain-of-custody in an auditable format and records the location of physical and

198, Use of Electronic Evidence in Criminal Proceedings in Ukraine | Atlantis Press (atlantis-press.com) (accessed 11.07.24).

³⁹ See: BLAHUTA, Roman; MOVCHAN, Anatolii; MOVCHAN, Maksym. Use of Electronic Evidence in Criminal ...op.cit., pp. 197-200.

digital evidence”⁴⁰. Another problem, however, is establishing the real author of the information – anonymous evidence being posted online should be certainly tracked to the real author, in order to ascertain its credibility, regardless of tracing it back to the person who made it available on the web or in the OTPLink.

Later, as the fourth stage of analysis, digital evidence must be properly managed. There is too much data and too many unknown factors to let such evidence be entered into the record without any standards. Here too some NGO digital applications allow for the management of data, like, e.g., the eyeWitness to Atrocities. In other cases NGOs assign data to concrete events, using geolocation and chronolocation techniques (e.g. Amnesty International). This task should be fulfilled by Project Harmony – it promises to “use cloud computing capabilities to review large quantities of complex information and evidence”⁴¹. It should also be able also to easily filter out irrelevant information, making it possible to focus on the most credible and relevant information.

3.2. “POST-TRUTH” AND DISINFORMATION

Another problem is that ‘in a “post-truth” world, the camera often lies’⁴². Every piece of digital evidence should be checked for possible fakes. Thus, the next stage of processing digital evidence is verification of the authenticity of the digital data. This can be done by internal investigators or algorithms – checking the data by following available sources and links. In the case law of the ICC, it turns out that usually experts are called in order to verify the veracity of data. Such verification can be executed in different ways. The methods for doing so are various, all rooted in the digital environment: they can include comprehensive metadata checks, reverse image searches, as well as more sophisticated tools and techniques,

⁴⁰ KHAN, Karim. Innovation and Technology ...op.cit., pp. 111-112.

⁴¹ Delivering Better – Office of the Prosecutor Annual Report 2023 (icc-cpi.int), (accessed 11.07.24).

⁴² D’ALESSANDRA, Federica; SUTHERLAND, Kirsty. The Promise and Challenges of New Actors and New Technologies in International Justice, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, 2021, p. 24.

making it possible to reveal potential tampering, misattribution, and authorship and authenticity. Another issue is who should be responsible for this verification phase: external or internal experts. Certainly, if experts are called they should be “persons with specialized skills and knowledge in this domain, who can testify with regard to its provenance, reliability, and authenticity”⁴³. The question arises however whether they should be parties, experts appointed by parties, or independent experts called by the ICC? There is no such functionality in this regard mentioned in the description of Project Harmony. Secondly, it is possible that law enforcement agencies could apply technological solutions capable of discovering deepfakes without a need to call an expert⁴⁴.

At the same time, the ICC’s procedural framework governing expert evidence is very limited and certainly was not designed for application to OSINT. There is no clear answer as to which type of specialized knowledge will be accepted as expert evidence for OSINT materials, which is especially visible when it comes to the array of technical analyses the ICC has used so far. The literature points out that there is no sign that any objective criteria for calling a specific expert witness have yet been adopted, as before the ICC the expert status is accorded to a small number of typically privileged individuals based on relatively opaque assessments⁴⁵. In *Al Hassan* case, the video analysis expert was called in order to analyze images and geolocate them. However, the Prosecutor instructed the expert that he may use also “any other means” in case of “trouble” conducting the geolocation. The instructions lacked any more specific information on whether these “other means” should

⁴³ GILLET, Mathew; FAN, Wallace. Expert Evidence and Digital Open Source Information Bringing Online Evidence to the Courtroom, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 21, Issue 4, 2023, p. 673. KOENIG, Alexa; FREEMAN, Lindsay. Cutting-Edge Evidence: Strengths and Weaknesses of New Digital Investigation Methods in Litigation, *Hastings Law Journal*, Volume 73, 2022, p. 1235.

⁴⁴ GARRIE, Daniel B.; MORRISSY, David J. Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality, *Journal of Technology and Intellectual Property*, Volume 12, Issue 2, 2014, p. 122.

⁴⁵ GILLET, Mathew; FAN, Wallace. Expert Evidence ... op.cit., p. 679.

include searching for other images or materials, and, if so, how those searches should be preserved and documented – and whether at all⁴⁶.

An important role when it comes to the verification of evidence is clearly played by civil society. Verification of the authenticity of materials available in the Internet was done, e.g., by Bellingcat. Such verification techniques have proven to be successful, as seen in connection with the downing of Malaysian Airline flight MH17 in Ukraine in 2014⁴⁷. Cross-checking of open source information, comparing videos and images of the scene with Google Maps and other similar tools, along with analysis of social media data to identify the weapon used and link the incident to Russian involvement, the Bellingcat investigators proved that “Russia’s Ministry of Defense had manipulated geospatial imaging related to the downing of Malaysian Airlines flight MH17, including altering the terrain, removing the presence of Russian military vehicles, and obscuring important features of the airplane crash site with fake clouds”⁴⁸. In another report from 29 March 2023 the Bellingcat team established that available online evidence presented as digital data, i.e. a dash-camera video of Ukrainian soldiers harassing woman, was staged⁴⁹.

It is also possible to authenticate the information from the side of the providers of such information. The authors of the footage or users can themselves ensure the evidentiary value of digital evidence (*a priori*), using one of many digital applications (like the eyeWitness to Atrocities application linking the photos and videos with metadata)⁵⁰.

⁴⁶ GILLET, Mathew; FAN, Wallace. Expert Evidence... op.cit., p. 673.

⁴⁷ MH17 - The Open Source Evidence - bellingcat (accessed 21.07.2024). What is interesting, in the ECHR case Ukraine and The Netherlands vs Russia (applications nos. 8019/16, 43800/14 and 28525/20, judgment of 30 November 2022, in the case of Malaysian Airline flight MH17 the Court unequivocally supported the admission of digital visual evidence as “credible and serious” against the arguments by lawyers representing Russia – referring, among others, to this specific report of Bellingcat.

⁴⁸ QUILLING, Chelsea, The Future of Digital Evidence ...op.cit.; UMBERG, Tommy; WARDEN, Cherrie. Digital Evidence and Investigatory Protocols, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, Volume 11, 2014, p. 128.

⁴⁹ How Online Investigators Proved Video of Ukrainian Soldiers Harassing Woman was Staged - bellingcat, (accessed 15.07.2024).

⁵⁰ eyeWitness | Welcome, (accessed 10.07.24).

Summarising this line of argument, comparison of the standards for providing for credible and authentic digital evidence and the presently known model of operation of Project Harmony leads to the conclusion that the question whether the standards of verification of digitally acquired evidence are provided in the frames of Project Harmony cannot be answered, due to insufficient amount of data on the functioning of this Project.

3.3. PROCEDURAL FRAMEWORK OF THE ICC FOR SUBMITTING DIGITAL EVIDENCE

In the procedural framework of the ICC, the only rules for processing digital evidence result from Regulation 26 of the Regulations of the Court⁵¹. These rules are supposed to provide for a reliable, secure, and efficient electronic system which supports its daily judicial and operational management and its proceedings. In this system, documents, decisions and orders shall, whenever possible, be submitted in electronic version for registration by the Registry. A very detailed description of formal requirements for the presentation of evidence has been provided. Along with Article 69 of the Statute, and Regulation 26, the so-called Unified Technical Protocol (“E-court Protocol”), was also introduced, whose procedural function is to transmit evidence and witness and victim information to the Court in electronic form⁵². It is designed to ensure that all the necessary information is available electronically to the Court during the proceedings. The Protocol defines the standards according to which the participants should prepare and provide evidence, potential evidence, and material in electronic form. Furthermore, the Protocol defines the metadata which should accompany the materials submitted. These standards are designed to minimise the document management and technology costs to the participants and the Court and to allow for the efficient management of proceedings. Evidence and material

⁵¹ Available online: [RegulationsCourt_2018Eng.pdf](#) (icc-cpi.int), (accessed 10.07.24).

⁵² Unified Technical protocol, ICC-01/14-01/18-64-Anx 23-01-2019, CR2019_00267.PDF (icc-cpi.int), (accessed 10.07.24).

that a participant intends to submit to a Chamber in a hearing, can be processed by the Court's electronic system and must comply with the system's standards.

By way of example, the Protocol requires that all digital files sent to the electronic system were provided with a digital signature; that is a unique cryptographic code that is "generated for an electronic item that may be used to verify the authenticity of evidence in the event its authenticity is challenged". Digitized "video information should display time codes that reflect the full duration of the content that is contained in the original media. Where an entire video cannot be provided during disclosure, and in exceptional circumstances, then an excerpt may be provided. Any video excerpt should display the original time-coding so that it is possible to associate it to scenes from the original complete video" (§ 29 of the Protocol).

The literature recognizes the advantages of introducing digital tools for managing the delivery of evidence to the Court, but it also states that the Protocol should be systematically reviewed by cybersecurity experts for previously unnoticed security gaps, and adjusted to prevent the possibility of compromising its security on an ongoing basis⁵³.

4. ASSESSMENT AND EVALUATION OF DIGITAL EVIDENCE IN THE ICC CASE LAW

4.1. INTERNET-DERIVED EVIDENCE IN THE ICC COURTROOM

The case law of the ICC Chambers does not yet show the results of the algorithmic revolution (announced only last year). The jurisprudence of the ICC since 2010 has shown that factual findings have been based on digital evidence from open sources and the Internet environment in general. Judicial practice indicates that data obtained online, from social media, and data obtained during their analysis using chrono-location and geo-location have become indispensable tools in conducting proceedings

⁵³ MORIARTY, Kathleen. Why Are Authentication and Authorization So Difficult? Center for Internet Security. October 18, 2021. Why Are Authentication and Authorization So Difficult? (cisecurity.org), (accessd 11.07.24).

in cases of core international crimes⁵⁴. However, even though digital evidence has been widely presented by the prosecution before the ICC, no procedural rules have been adopted by the ICC Chambers as to their credibility and admissibility, nor are there any rules specially dedicated to checking the authenticity of evidence. They have rather pointed to the need to use a holistic assessment of such evidence, based on their relevance to a case; thus balancing their credibility versus their significance. In order to assess the scope of the use of digital evidence, it is necessary to examine what type of evidence was used by the prosecution and what consequences such evidence has had on the ICC's factual findings.

In the hearing on the confirmation of charges in the cases of *Prosecutor v. Abu Garda*⁵⁵ and *Prosecutor v. Saleh Jerbo Jamus*⁵⁶, the prosecution presented satellite imagery, which has played an important role in tracking the burning and destruction of villages; the movement of populations; and the location of the aircrafts used by the Government of Sudan⁵⁷. In 2018 the arrest warrant against Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli was based in large part on video footage of executions found on social media websites. The ICC Pre-Trial Chamber admitted the videos as evidence, explaining that it was “satisfied that the above mentioned video has sufficient indicia of authenticity in order to be relied upon at this stage of the proceedings. The Chamber noted in particular that the Prosecutor had submitted an expert report on the authentication of the video, prepared by a renowned, independent institute. Having analysed the video and its key frames, the report concluded that there were no traces of forgery or manipulation in relation to the locations, weapons, or persons shown in the video. The location was also confirmed by a witness”⁵⁸. However, this case did not progress to trial due to the reported death of the suspect.

⁵⁴ FREEMAN Lindsay. Digital Evidence ... op.cit., pp. 289-290.

⁵⁵ *Prosecutor v. Bahr Idriss Abu Garda* Public, ICC-02/05-02/09-243-Red, Decision on the Confirmation of Charges, 8.02.2010.

⁵⁶ *Prosecutor v. Abdallah Banda Saleh Jerbo Jamus*, ICC-02/05-03/09-121-Corr-Red, Decision on the Confirmation of Charges, 7.03.2011.

⁵⁷ FREEMAN Lindsay. Digital Evidence ... op.cit., p. 306.

⁵⁸ *The Prosecutor v. Mahmoud Mustafa Busayf Al-Werfalli*, Second Warrant of Arrest, ICC-01/11-01/17, 4.07.2018, § 18.

In 2016, the *Prosecutor v. Al Mahdi* case became best known for the amount of digital evidence presented by the prosecution⁵⁹. Besides witness statements, satellite images from Google Earth – both from before and after the destruction of buildings – were presented, as well as archive photographs taken at different times; audio recordings found on the Internet containing statements from members of armed groups; and videos from YouTube recordings on the Internet, which showed the destruction at the time of the attack. Digital tools of verification were also used: the investigators used geolocating tools to find the locations presented in the open source videos and photographs. In this case the prosecution used both internal investigators to verify the authenticity of the images by geolocating the landmarks in the images collected from YouTube, and publicly available digital images found on the Internet. They also used external experts – including a geolocation report from an expert witness which made it possible to “locate with certainty” each video with regard to a precise mausoleum; as well as relying on an expert report ascribing dates and a time frame to the videos in order to present 360-degree panoramic photographs⁶⁰. The defence did not object to the use of such digital evidence and tools, so there was no need to decide on the admissibility of such material. The expert evidence was not challenged, as the parties stipulated that they would not offer evidence or submissions inconsistent with the plea agreement⁶¹. However, even this extraordinary utilization of open sources and digital technology did not lead to a groundbreaking sentence based mainly on such digital evidence; the Al-Mahdi conviction was largely based on his guilty plea and accompanying confession⁶².

In contrast, in the 2015 *Prosecutor v. Bemba* case the defense argued that the photographs the investigators found on Facebook – which

⁵⁹ Prosecutor v. Ahmad Al Faqi Al Mahdi, ICC-01/12-01/15-171, Judgment and Sentence, 27.09.2016.

⁶⁰ FREEMAN Lindsay. Digital Evidence ... op.cit., pp. 316-317.

⁶¹ Agreement regarding admission of guilt, Al Mahdi, Annex 1, ICC-01/12-01/15-78-Anx1-tENG-Red, Office of the Prosecutor and Defence, 25.02.2016, CR2016_06550.PDF (icc-cpi.int) (accessed 21.07.2024), § 14.

⁶² GILLET, Mathew; FAN, Wallace. Expert Evidence ... op.cit., p. 686; HELLWIG, Kristina. The Potential and the Challenges ...op.cit., p. 667.

were used to link individuals and corroborate other evidence – were not *prima facie* authentic or reliable, as the Prosecution provided no material supporting the attribution of the Facebook photos. They pointed out the fact that “since the creation of a Facebook account does not require any valid identity information, it is impossible to forensically ascertain, even on a *prima facie* basis, that a Facebook account under a certain name is attributable to a person of the same name”. Secondly, the photographs were not genuine extracts but merely screenshots of a webpage with a pop-up photograph. The defence argued that, “unlike a genuine extract, the metadata of the photograph, such as the creation date, the photographing device, and the modification traces were not available, which warranted their exclusion”. Such information is particularly relevant since the photographs were used in conjunction with events on a particular date. Thirdly, it was argued that the photographs had no probative value at this juncture, and thus the identification of the persons in the images was not yet evidence. In the opinion of the defence, the prosecution also failed to provide any explanation or justification as to why this material was not being tendered through a witness⁶³.

In response, the Trial Chamber decided that it would not make any ruling on the relevance and/or admissibility of the 1,028 items of evidence submitted by the prosecution at that time beyond its previous decisions taken under Article 69(7) RS. It stated that “there is no reason for the Chamber to make admissibility assessments in order to screen itself from considering materials inappropriately. The notion of a fair trial does not require that the Chamber rule on the admissibility of each piece of evidence upon submission”⁶⁴. Finally, the Trial Chamber did not address the admissibility of the photographs from Facebook either in its final judgment, since they were not deemed relevant to its decision,

⁶³ The Prosecutor v. Jean-Pierre Bemba Gombo, Aimé Kilolo Musamba, Jean-Jacques Mangenda Kabongo, Fidèle Babala Wandu And Narcisse Arido; Public Redacted Version of Defence Response to Prosecution’s Third Request for the admission of Evidence from the Bar Table, ICC-01/05-01/13-1170, 9.10.2015, § 83-86.

⁶⁴ Decision on Prosecution Requests for Admission of Documentary Evidence, ICC 01/05-01/13-1013-Red, ICC-01/05-01/13-1113-Red, ICC-01/05-01/13-1170-Conf, 24.10.2015, § 12.

“thus kicking the can down the line to future Chambers to decide on the admissibility of social media photos, perhaps in a case where they play a more significant role in directly proving the elements of the crimes”⁶⁵.

In none of the above-cited cases did the Chamber implement any strict rules concerning the admissibility of digital evidence. In accordance with Rule 63(2) of the Rules of Procedure and Evidence (RPE), on each occasion it freely assessed all the evidence submitted in order to determine its relevance or admissibility. It decided not to make *prima facie* individualized rulings on the admissibility of each item of evidence submitted during the course of the proceedings, other than on the basis of any procedural bars such as those under Article 69(7) RS or concerning the procedural requirements for the introduction of prior recorded testimony under Rule 68 RPE⁶⁶. The Chamber thus assessed the relevance, probative value, and potential prejudice of all the submitted evidence in a holistic manner. Arguments as to their admissibility raised by the defence in the course of the trial were decided in the context of the final judgment, as part of its holistic assessment of all the evidence. No atomistic rules of admissibility of evidence were thus used or established.

4.2. WITNESSES' TESTIMONIES AS REGINA PROBATIONUM?

A similar attitude was visible in the most recent case decided by the ICC Trial Chamber. In its judgment of 26 June 2024, the Trial Chamber convicted Al Hassan⁶⁷ of the charges brought against him of war crimes and crimes against humanity committed between 2 April 2012 and 29

⁶⁵ FREEMAN Lindsay. Digital Evidence ... op.cit., p. 328.

⁶⁶ See e.g. The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Trial Judgment, 26.06.2024, ICC-01/12-01/18, § 23-24; Judgment on the appeal of Mr Jean-Pierre Bemba Gombo against Trial Chamber III's "Judgment pursuant to Article 74 of the Statute", ICC-01/05-01/08-3636-Red, 8.06.2018, § 53; § 105; The Prosecutor v. Bosco Ntaganda, ICC-01/04-02/06-2359, Trial Judgment, 8.07.2019, § 48-53; The Prosecutor v. Dominic Ongwen, Trial Judgment, ICC-02/04-01/15-1762-Red, 4.02.2021, § 249.

⁶⁷ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Trial Judgment, 26.06.2024, ICC-01/12-01/18.

January 2013 in Timbuktu, northern Mali, controlled at that time by the armed groups Ansar Dine and Al-Qaida in Islamic Maghreb (AQIM). It results from the judgment that the Chamber based several of its factual findings on Facebook evidence: such as the social circumstances and reality in places where the criminal acts were committed – especially when it came to facts relating to the residents of Timbuktu enjoying freedoms in terms of social activity and religious practice (§ 413-414) and the proclamation of an independent state called Azawad (§ 452). The Chamber’s decision was also based on posts of witnesses proving the guilt of the suspects (§ 734) and the general opinion of the local society about the suspects (§ 1070). All Internet-derived information was considered to play only a supportive role, as corroborating evidence (although this notion was not used by the Chamber), whereas the decisive evidence on which fact-finding was based came from witnesses.

However, it is hard to make definitive statements, as the text of the trial judgment mentions on many occasions videos and photos; although without being precise about their origins, or whether they were found in a digital environment. Such an attitude hinders the possibility to confirm the existence of any definitive rules with respect to the admissibility of such evidence. Nonetheless, this attitude may at the same time indicate to an outside observer that once evidence is uploaded in the digital system of submission of evidence, their provenance loses importance and is not conclusive for the assessment of credibility or significance. One should also keep in mind that basing fact-finding on digital evidence may be perceived as a “short-cut” version of achieving justice, as there is no more reliable and valuable evidence than hearing the oral testimonies of eyewitnesses, who can be cross-examined. The quantity of witnesses’ testimonies that the Chamber based their decision on would, when compared to other evidence, seem to confirm this attitude. The Chamber gave a clear priority to the oral testimonies of the witnesses over the advantages that the digital environment of evidence-gathering may have brought for the case. On the other hand this attitude ignores the growing variety of types of evidence.

In consequence, this case also proved that academics awaiting a digital revolution in the case law of the Chambers when it comes to rules of admissibility of digital sources of evidence must remain disappointed.

Based on its previous case law, the Chamber decided that in order “to fulfil its obligation to provide a reasoned opinion” under Article 74(5) of the Statute, “it is not required to address all the arguments raised by the parties [and participants], or every item of evidence relevant to a particular factual finding, provided that it indicates with sufficient clarity the basis for its decision”⁶⁸. It confirmed that trial chambers have a degree of discretion and flexibility about what to address explicitly in their reasoning, so long as they provide sufficient reasons for their determinations. The arguments of the defence were addressed in the text of the reasoning before turning to the factual findings, when specific types of evidence were discussed and assessed. Several of these arguments related to digital sources of information.

The defence argued that one of the witnesses, who testified about the existence of a plan to launch a series of assaults on the Malian State positions in the northern part of the country, could not be relied upon to establish the existence of hostilities as “his information was gleaned from Internet searches and impacted by inappropriate steers from the Prosecution”⁶⁹. The Chamber stated that this argument was only based “on one portion of a transcript related to one question asked by the Prosecution during a prior interview of the witness”, and that this witness gave a clear and plausible explanation to this question. In doing so the provenance of this information from the Internet was used in order to misrepresent the witness’ testimony on these issues as a whole. Thus in this case the information given by the witness was assessed to be relevant and directly arising from the witness’s observations. Another argument of the defence related to an incident when members of the Islamic Police arrested two men in Timbuktu for consuming alcohol, who were later brought to the Islamic Court by members of Ansar Dine/AQIM and were sentenced for drinking alcohol and flogged. This information was based on an article available on the Internet. However, the Chamber stressed that the circumstances of this event were confirmed by eye witnesses and

⁶⁸ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Trial Judgment, 26.06.2024, ICC-01/12-01/18, § 32.

⁶⁹ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Trial Judgment of 26.06.2024, ICC-01/12-01/18. Reference 1137, p. 178.

therefore, even though depending on the parameters of the computer the date of the article sometimes changed when the file was transferred or published on the Internet and saved again, this evidence had no bearing on the Chamber's conclusion about the circumstances of the case⁷⁰. In consequence, witnesses' testimonies remained overwhelming in volume as evidentiary material and conclusive for the Chamber's fact-finding.

4.3. THE MODEL OF HOLISTIC EVALUATION OF EVIDENCE

The last part of the analysis relates to the influence of the digital form of presentation of evidence on the final judgment (or more precisely, the lack of thereof). In preparing evidence for Al Hassan trial, the OTP employed a digital tool for presenting evidence designed by SITU Research, containing an interactive replica of the city that included visual evidence of where the alleged crimes took place, combining videos of drone footage, satellite imagery, laser scans, 3D data, panoramic images and geospatial data; all of which required the integration and interoperability of a broad range of assets. "Because the alleged crimes were committed in various locations across Timbuktu, the virtual model was designed to allow the Prosecution, Defense, and Judges to navigate the city and gain a comprehensive understanding of these events in both time and space"⁷¹. Also, the prosecution introduced a video analysis expert to use digital evidence and platforms such as Google Earth to geolocate monuments in the Timbuktu area in Mali as the basis for creation of this platform.

However, there is no mention about the use of such an advanced digital tool in the reasoning of the judgment, which raises the question whether this was actually a piece of evidence at all, or just a tool for presenting evidence⁷². From the description available online (as

⁷⁰ The Prosecutor v. Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, Trial Judgment, 26.06.2024, ICC-01/12-01/18, § 762.

⁷¹ SITU – ICC Digital Platform and the Al Hassan Case (access 21.07.2024).

⁷² See on that topic and the lack of equality of arms, as the defense teams for the accused lack the same resources offered to the prosecution: ELLIOT, Victoria. War Crimes Prosecutions Enter a New Digital Age, *Wired*, 26.06.2024, War Crime Prosecutions Enter a New Digital Age | WIRED, (access 11.07.24).

cited above) it results that it was not a piece of evidence: “it is both to support contextualization (to help strengthen witness testimony) and corroboration (to show that evidence was taken in the purported locations). Specifically, the digital model allowed the judges and other parties unable to travel to Timbuktu to contextualize the alleged crimes. This approach is particularly helpful in this case as the security situation in Mali remains poor, precluding any possibility of the judges visiting the sites in person”; adding that: “The platform has been used as the primary vehicle to present video and photographic evidence”. It seems that the concept was to visualize and display the previously available pieces of evidence, and not the introduction of evidence itself in the procedural meaning of the term. Notably, this attitude was confirmed by both the prosecution and defence, as the defence did not challenge the use of the platform, provided that all evidence presented therein would be admitted into evidence separately⁷³. Indeed, the defense sought full access to the virtual platform, and required (and was provided with) training and guidance on its use, so that they could also deploy it as needed⁷⁴.

At the same time it is necessary to keep in mind the dangers and prejudice that such a digital presentation of evidence brings with it: “digital reconstructions can be so easily believed to be true even if there is a significant possibility for human bias or error, this technology needs to be approached with caution through a critical lens when used in international criminal courtrooms in order for justice to be progressed and not hindered”⁷⁵. It is worth noting that all the data presented in the digital platform had been confirmed on the ground by, *inter alia*, a technical reconnaissance mission that was conducted for the Prosecution in

⁷³ And by KHAN, Karim. Innovation and Technology op.cit., p. 106.

⁷⁴ KHAN, Karim. Innovation and Technology ... op.cit., p. 107.

⁷⁵ ZARMSKY, Sarah. Why Seeing Should Not Always Be Believing: Considerations Regarding the Use of Digital Reconstruction Technology in International Law, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, 2021, p. 221; MCDERMOTT, Yvonne; MURRAY, Daragh; KOENIG, Alexa. Digital Accountability Symposium: Whose Stories Get Told, and by Whom? Representativeness in Open Source Human Rights Investigations, *Opinio Juris*, 19.12.19, Digital Accountability Symposium: Whose Stories Get Told, and by Whom? Representativeness in Open Source Human Rights Investigations - *Opinio Juris*, (accessed 21.07.2024).

Timbuktu in June 2013 with a view to studying the damage that occurred to some monuments and examining other sites, including two mosques and six mausoleums (§ 1030 of the trial judgment); as well as the calling of a specialist on satellite imagery and geospatial data analysis, who conducted a satellite imagery analysis of locations of interest – namely mausoleums and monuments – in Timbuktu (§ 1031).

To recapitulate, the Court decided to adopt the model of carrying out a holistic evaluation of the totality of evidence presented (or revealed) in the case in order to determine its relevance and meaning for the case in the last stage of evaluation, that is after the trial and the presentation of all the evidence. It is characteristic of the continental model of a criminal trial that the totality of the evaluation of evidence takes place not during atomistic, *a priori* evaluation, but during the holistic stage of evaluation. This model assumes that there is no need for formal rules or an *a priori* evaluation of evidence: both as to its credibility and its relevance⁷⁶. On the continent it is believed that it is not possible to decide *a priori*, at the level of a legal act, about the relevance and credibility of evidence⁷⁷. As professionals, fact-finders do not have to be protected by numerous rules regarding the admissibility of evidence, as they can professionally assess the relevance and credibility and the weight of the evidence offered. From the continental point of view, the alternative would signify shifting the “decision-making centre” from the level of the free assessment of a judge to the level of a legal act. Apparently the ICC follows this model.

This does not mean that the holistic approach excludes the possibility to undermine the evidentiary value of digitally acquired evidence. There is much criticism in the literature when it comes to the weaknesses of such an attitude, and specific standards are being mentioned that the ICC disregarded. Insofar as regards the *Al-Mahdi* case, reasonable reservations

⁷⁶ HO, Hock Lai. The Fair Trial Rationale for Excluding Wrongfully Obtained Evidence. In: Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?: A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas (eds.). Basel: Springer 2019, p. 288.

⁷⁷ DAMAŠKA, Mirjam. Evidence Law Adrift, Yale University Press, 1997, p. 20; KUCZYŃSKA, Hanna. Mechanisms of elimination of undesired evidence from criminal trial, *Brazilian Journal of Criminal Procedure*, Volume 1, 2021, pp. 43-92.

have been made in the literature as to the reliability of the verification methods used on OSINT materials. Authors have pointed to the fact that digital tools are not 100% credible and the defence may easily undermine their credibility via an expert opinion. For example, it is possible to challenge the admission of Google Earth images, particularly if they are presented by the prosecution in the format of a screenshot⁷⁸, which is a final result of certain software techniques. At the same time the process of getting to this final result should be acknowledged and assessed in the light of its impact on the credibility of such a screenshot. In the literature it is proposed that the verification stage could include: seeking out the raw images from Google; questioning employees of Google Earth about their process; or verifying on the ground the accuracy of the satellites used by Google Earth in that location and time⁷⁹. Based on the accuracy of a given satellite, it can be proven that Google Earth's positional accuracy is not fixed, but rather varies from one time to another – which can also be the result of the process of uploading and updating images; a process which involves periodically replacing old images with more recent or better resolution images. It can also be the result of shaping three-dimensional pictures into sphere. This observation leads to the conclusion that the “reliability of Google Earth images and the extracted positional data should be supported with field checks of the locations, and corroborated by other evidence”⁸⁰.

In consequence, it should be suggested that the model of evaluation of evidence should be “activated”; whether by “modernization” of the presently existing system simply by interpreting the existing legal provisions Article 69(7) differently or by adding a new rule of procedure. When it comes to the first option, Article 69(7) RS is so broad in its wording that it leaves room for a different (non-holistic) interpretation that could be presented in the caselaw of the Court. A new hermeneutical line of assessment of the admissibility of evidence, regarding e-evidence, could be worked out, in which the weighing of credibility would be a

⁷⁸ See: GRIMM, Paul; CAPRA, Daniel, JOSEPH, Gregory. Authenticating Digital Evidence, *Baylor Law Review*, Volume 69, 2017, pp. 35-36; MCDERMOTT, Yvonne; KOENIG Alexa; MURRAY, Daragh. Open Source Information's Blind Spot ... op.cit., p. 87.

⁷⁹ As rightly proposed by: FREEMAN Lindsay. Digital Evidence ... op.cit., p. 328.

⁸⁰ As rightly proposed by: FREEMAN Lindsay. Digital Evidence ... op.cit., p. 328.

necessary condition for admissibility. The second option would require a change in the Rules of Procedure and Evidence, which is a more tedious and risky undertaking, leading to less flexible results.

7. CONCLUSIONS

When the ICC commenced operations in 2002, the digital age was in its infancy⁸¹. The present stage of technological development is the consequence of the significant technological advancements of everyday life and the need to adjust the potential of the OTP to the needs of the social life that has so rapidly become digital. The main question asked in the text relates to how the ICC adapted itself to this digital age. The answer to this question had to be divided into several lines of argumentation, as there are various layers of analysis that appear when it comes to the digital revolution before the ICC. The practice of the ICC regarding digital evidence, and specifically open sources evidence, shows how many questions arise from the use of digital evidence and digital tools of analysis. There are many challenges that OSINT-based evidence has introduced to the paradigm of assessment of evidence, including the lack of an established and formalized system of their verification⁸².

The first layer of analysis was thus the technological revolution: technology is a key accelerator of the OTP's work when it comes to the gathering and analysis of evidence. As was explained earlier in the text, the Office has embarked on a monumental digital transformation, a clear indication of its commitment to integrating state-of-the-art technologies into its operations⁸³. Does this mean that a sort of "AI investigation" has been brought to life? This text in the first place has demonstrated that this cannot be stated beyond doubt. In the second place - it has listed the dangers that come with this development. The conclusion of the text is therefore that there should be rules governing the use of algorithms used in the analysis and management of data; rules known to the parties and the

⁸¹ GILLETT, Mathew; FAN, Wallace. Expert Evidence ... op.cit., p. 691.

⁸² GILLETT, Mathew; FAN, Wallace. Expert Evidence ... op.cit., p. 661

⁸³ Delivering Better – Office of the Prosecutor Annual Report 2023 (icc-cpi.int), (accessed 11.07.24).

judges, in order to provide for sufficient transparency in the functioning of the pattern of analysis and predictability of the criteria used by the algorithm. Moreover, the special role and position of the defence should be taken into consideration, as obviously there is no possibility to cross-examine the algorithm in order to gain information about how it evaluated the data.

The second part of this analysis led to the conclusion that under the ICC's current procedures, there is no established normative framework specifically governing the admission of evidence acquired in a digital environment, or any other type of digital data⁸⁴. At the same time, the use of open source evidence in light of the ICC practice has been vigorously debated in the literature, which has pointed out several flaws in the presently-existing solutions. The problem is that the ICC has not decided about the need for the existence of rules governing the admissibility of digital evidence; instead quite freely adopting various methods of verification to a given piece of evidence and information. The Chambers have not even replied to the question concerning the taxonomical categorization of online sources used, i.e. whether it was documentary evidence; real evidence; a mixture of the two, or maybe testimonial evidence. The presently reigning lack of stable rules obviously provides for flexibility whereby judges can adapt the assessment of evidence to the different needs of every case. But still this model of assessment should fulfill the conditions regarding transparency and accessibility⁸⁵. This approach is described in the literature as a “minimalist and flexible approach”, and often criticized; especially in the Anglo-Saxon literature⁸⁶. However, there is no doubt that there is a need to establish standards that are clear, accessible, objectively justifiable, and non-biased for the admission of such evidence⁸⁷. These do not necessarily have to be

⁸⁴ See also: GILLET, Mathew; FAN, Wallace, *Expert Evidence ... op.cit.*, pp. 661–693.

⁸⁵ WILLE, Belkis.” Video Unavailable”: Social Media Platforms Remove Evidence of War Crimes, *Human Rights Watch*, 10.09.20, <https://www.hrw.org/report/2020/09/10/video-unavailable/social-media-platforms-remove-evidence-war-crimes>, (accessed 10.07.24).

⁸⁶ GILLET, Mathew; FAN, Wallace, *Expert Evidence ... op.cit.*, pp. 661–693.

⁸⁷ GILLET, Mathew; FAN, Wallace, *Expert Evidence .. op.cit.*, p. 686; HELLWIG, Kristina. The Potential and the Challenges of Digital Evidence in International Criminal Proceedings, *International Criminal Law Review*, Volume

written standards. Such standards of verification, authenticity and the credibility of digital evidence can also be established in the ICC case law.

As a result of the current approach, no new procedural rules have appeared or been adopted before the ICC, even though the sources and methods of digital gathering of evidence have changed dramatically since 2002, especially when the first OSINT materials became part of the evidentiary material. At the same time, admitting digital evidence into a criminal trial involving core crimes became crucial and indispensable. Despite the emergence of a totally new level of the technological revolution in the gathering and analysis of evidence; and later in the method of preparation of evidence by the prosecution for presentation in the Court; there has been no revolution in the rules of admissibility and assessment of such evidence. Should there be one? At this moment the logical and academic answer would seem to be yes, but it is visible from the practice of the ICC that this is not necessarily the case. The Chambers in trial judgments have chosen to make use of the traditional tools for the evaluation and analysis of evidence, where the main fact-finding is based on “traditional” types of evidence. This attitude does not seem to be sufficient when it comes to the growing significance of digital evidence and the specific requirements surrounding the investigation into core crimes and the need to accommodate the new challenges appearing with the introduction of Project Harmony. It seems that the ICC is not adequately developing new rules on the admission of evidence in light of the digital revolution ushered in by the OTP. This does not mean that there is a need for a totally new model of assessment of evidence, but only that such a model should exist. Moreover, the less human control there is over the algorithms that analyze the data, the more judicial control there should be over the methods and results of such analysis.

LIST OF BIBLIOGRAPHICAL REFERENCES

AKSAMITOWSKA, Karolina. Digital Evidence in Domestic Core International Crimes Prosecutions: Lessons Learned from Germany, Sweden, Finland and The Netherlands, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, 2021.

22, issue 5-6, 2021, p. 982; STOYKOVA, Radina, Digital Evidence: Unaddressed Threats to Fairness and the Presumption of Innocence, *Computer Law and Security Review*, Volume 42, 2021, p. 12.

AKSENOVA, Marina. All Eyes on the International Criminal Court, *LAW Global Affairs*, 17.07.24, <https://www.ie.edu/insights/articles/all-eyes-on-the-international-criminal-court/>.

BLAHUTA, Roman; MOVCHAN, Anatolii; MOVCHAN, Maksym. Use of Electronic Evidence in Criminal Proceedings in Ukraine, *Advances in Social Science, Education and Humanities Research. Proceedings of the International Conference on Social Science, Psychology and Legal Regulation*, 18.11.21, Use of Electronic Evidence in Criminal Proceedings in Ukraine | Atlantis Press (atlantis-press.com).

BRAGA DA SILVA, Rafael. Updating the Authentication of Digital Evidence in the International Criminal Court, *International Criminal Law Review*, Volume 22, Issue 5-6, 2021.

CAIANIELLO, Michele. The Role of the EU in the Investigation of Serious International Crimes Committed in Ukraine. Towards a New Model of Cooperation?. *European Journal of Crime, Criminal Law and Criminal Justice*, Issue 30, Volume 3-4, 2022.

CRAWFORD, Julia; PETIT, Franck. Insights on the digital revolution for war crimes probes in Ukraine, *JusticeInfo.Net*, 31 May 2022 <<https://www.justiceinfo.net/en/93111-insights-digital-revolution-war-crimes-probes-ukraine.html>>.

D'ALESSANDRA, Federica; SUTHERLAND, Kirsty. The Promise and Challenges of New Actors and New Technologies in International Justice, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, 2021.

DAMAŠKA, Mirjam. *Evidence Law Adrift*, Yale University Press, 1997.

DE ARCOS TEJERIZO, Maria. Digital evidence and fair trial rights at the International Criminal Court, *Leiden Journal of International Law*, Volume 36, Issue 3, 2023.

ELLIOT, Victoria. War Crimes Prosecutions Enter a New Digital Age, *Wired*, 26.06.2024, War Crime Prosecutions Enter a New Digital Age | WIRED.

EVANS, Hayley; HAZIM, Mahir. Digital Evidence Collection at the Int'l Criminal Court: Promises and Pitfalls OTPLink, Project Harmony, and Digitalization Efforts, *JustSecurity*, 5.07.2023, <https://www.justsecurity.org/87149/digital-evidence-collection-at-the-intl-criminal-court-promises-and-pitfalls/>.

FREEMAN Lindsay. Digital Evidence and War Crimes Prosecutions: The Impact of Digital Technologies on International Criminal Investigations and Trials. *Fordham International Law Journal*, Volume 41, 2018.

GARRIE, Daniel B.; MORRISSY, David J. Digital Forensic Evidence in the Courtroom: Understanding Content and Quality, *Journal of Technology and Intellectual Property*, Volume 12, Issue 2, 2014.

GILLETT, Mathew; FAN, Wallace. Expert Evidence and Digital Open Source Information Bringing Online Evidence to the Courtroom, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 21, Issue 4, 2023.

GRIMM, Paul; CAPRA, Daniel, JOSEPH, Gregory. Authenticating Digital Evidence, *Baylor Law Review*, Volume 69, 2017.

HELLWIG, Kristina. The Potential and the Challenges of Digital Evidence in International Criminal Proceedings, *International Criminal Law Review*, Volume 22, Issue 5-6, 2021.

HO, Hock Lai. The Fair Trial Rationale for Excluding Wrongfully Obtained Evidence. In: Do Exclusionary Rules Ensure a Fair Trial?: A Comparative Perspective on Evidentiary Rules, GLESS, Sabine; RICHTER, Thomas (eds.). Basel: Springer 2019.

KHAN, Karim. Innovation and Technology in Building Modern Investigations and Prosecutions at the ICC. In: The International Criminal Court in Its Third Decade. Reflecting on Law and Practices. STAHN, Carsten; BRAGA DA SILVA, Rafael (eds.). Brill, 2023.

KOENIG, Alexa; FREEMAN, Lindsay. Cutting-Edge Evidence: Strengths and Weaknesses of New Digital Investigation Methods in Litigation, *Hastings Law Journal*, Volume 73, 2022.

KOENIG, Alexa; MCMAHON, Felim; MEHANDRU, Nikita; SILLIMAN BHATTACHARJEE, Shikha. Open Source Fact-Finding in Preliminary Examinations. In: BERGSMO, Morten; STAHN, Carsten (eds.). Quality Control in Preliminary Examination: Volume 2, Torkel Opsahl Academic EPublisher, 2018.

KUCZYŃSKA, Hanna. Digital evidence in investigation concerning Russian crimes in Ukraine, in: GRZEBYK, Patrycja, UCZKIEWICZ, Dominika (eds.), The Russian-Ukrainian Conflict and War Crimes. Challenges for Documentation and International Prosecution, Routledge 2024 (forthcoming);

KUCZYŃSKA, Hanna. Mechanisms of elimination of undesired evidence from criminal trial, *Brazilian Journal of Criminal Procedure*, Volume 1, 2021.

MCDERMOTT, Yvonne; KOENIG Alexa; MURRAY, Daragh. Open Source Information's Blind Spot. Human and Machine Bias in International Criminal Investigations, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, 2021.

MCDERMOTT, Yvonne; MURRAY, Daragh; KOENIG, Alexa. Digital Accountability Symposium: Whose Stories Get Told, and by Whom? Representativeness in Open Source Human Rights Investigations, *Opinio Juris*, 19.12.19, Digital Accountability Symposium: Whose Stories Get Told, and by Whom? Representativeness in Open Source Human Rights Investigations - Opinio Juris

MCGONIGLE LEYH, Brianne. Using Strategic Litigation and Universal Jurisdiction to Advance Accountability for Serious International Crimes, *The International Journal of Transitional Justice*, Volume 16, 2022.

MCINTYRE, Gabrielle; VIALLE, Nicholas. The Use of AI at the ICC: Should we Have Concerns? Part I, *Opinio Juris*, 11.09.23, The Use of AI at the ICC: Should we Have Concerns? Part I - Opinio Juris.

MCPHERSON, Ella; GUENETTE THORNTON, Isabel; MAHMOUDI Matt. Open Source Investigations and the Technology-Driven Knowledge Controversy in Human Rights Fact-Finding. In: DUBBERLEY, Sam, KOENIG, Alexa, MURRAY, Daragh (eds.). *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*, Oxford University Press, 2019.

MEHANDRU Nikita, KOENIG Alexa. Open Source Evidence and the International Criminal Court, *Harvard Human Rights Journal*, 15 April 2019, <https://harvardhrj.com/2019/04/open-source-evidence-and-the-international-criminal-court/>.

MIMRAN, Tal; WEINSTEIN, Lior. Digitalize It: Digital Evidence At the ICC, *Lieber Institute West Point*, 14.08.23, Digitalize It: Digital Evidence at the ICC - Lieber Institute West Point.

MOLINA GRANJA, Fernando; RODRIGUEZ Glen Dario. The Preservation of Digital Evidence and Its Admissibility in the Court, *International Journal of Electronic Security and Digital Forensics*, Volume 9, 2017, <https://www.researchgate.net/publication/312934498_The_preservation_of_digital_evidence_and_its_admissibility_in_the_court>.

MORIARTY, Kathleen. Why Are Authentication and Authorization So Difficult? Center for Internet Security. October 18, 2021. Why Are Authentication and Authorization So Difficult? (cisecurity.org).

QUILLING, Chelsea, The Future of Digital Evidence Authentication at the International Criminal Court, *Journal of Public and International Affairs*, 20.05.2022, <https://jpia.princeton.edu/news/future-digital-evidence-authentication-international-criminal-court>.

RUGGIERI, Franco. Security in digital data preservation, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, Volume 11, 2014.

STOYKOVA, Radina, Digital Evidence: Unaddressed Threats to Fairness and the Presumption of Innocence, *Computer Law and Security Review*, Volume 42, 2021.

TOLER, Aric. How we Geolocated a Photo of a Russian Missile Programming Team, *Bellingcat*, 28 October 2022, <<https://www.bellingcat.com/resources/2022/10/28/how-we-geolocated-a-photo-of-a-russian-missile-programming-team/>>.

UMBERG, Tommy; WARDEN, Cherrie. Digital Evidence and Investigatory Protocols, *Digital Evidence and Electronic Signature Law Review*, Volume 11, 2014.

WILLE, Belkis." Video Unavailable": Social Media Platforms Remove Evidence of War Crimes, *Human Rights Watch*, 10.09.20, <https://www.hrw.org/report/2020/09/10/video-unavailable/social-media-platforms-remove-evidence-war-crimes>.

ZARMSKY, Sarah. Why Seeing Should Not Always Be Believing: Considerations Regarding the Use of Digital Reconstruction Technology in International Law, *Journal of International Criminal Justice*, Volume 19, Issue 1, 2021.

Authorship information

Hanna Kuczyniska. Dr hab., professor at the Institute of Law Studies of the Polish Academy of Sciences in Warsaw, Criminal Law Department. hkuczynska@gmail.com

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgements: The research project was financed from the funds of the National Centre of Science (Narodowe Centrum Nauki) granted on the basis of a contract No. UMO-2023/49/B/H55/02623 for a project entitled "In search of justice for core crimes in the digital age."

Conflict of interest declaration: the author confirms that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all co-authors are fully responsible for this work in its entirety.

Declaration of originality: the author assures that the text herein published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; she also attests that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 21/07/2024
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2024
- Review 1: 12/08/2024
- Review 2: 02/09/2024
- Preliminary editorial decision: 28/09/2024
- Correction round return: 21/10/2024
- Final editorial decision: 23/10/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

KUCZYŃSKA, Hanna. The ICC enters into the future: the digital-evidence revolution or evolution? *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1073, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1073>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.


Digital Evidence Barriers Overcoming in the Ukrainian case: New Actors and Standards

Superando obstáculos às provas digitais no caso ucraniano: novos atores e critérios

Valery Shepitko¹

Yaroslav Mudryi National Law University – Kharkiv, Ukraine


v.yu.shepitko@nlu.edu.ua

 <https://orcid.org/0000-0002-0719-2151>

Mykhaylo Shepitko²

Yaroslav Mudryi National Law University – Kharkiv, Ukraine


m.v.shepitko@nlu.edu.ua

 <https://orcid.org/0000-0002-7164-8037>

Kateryna Latysh³

Vilnius University – Vilnius, Lithuania

kateryna.latysh@tf.vu.lt

 <https://orcid.org/0000-0002-9110-116X>

ABSTRACT: The purpose of this article is to examine the evolving landscape of joint investigative efforts (public and private), with a particular focus on new actors, and the emerging importance of digital evidence collection in conflict zones. It addresses the role of civil society organizations (CSOs) in collecting evidence, analyzing this from historical and legal perspectives. The article discusses the integration of collected digital evidence into ongoing investigations,

¹ Full Doctor of Law, Professor of the Criminalistics Department of Yaroslav Mudryi National Law University.

² Full Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of Yaroslav Mudryi National Law University.

³ PhD in Law, MSCA4Ukraine postdoctoral fellow of Faculty of Law at Vilnius University, Associate Professor of the Department of Criminalistics of Yaroslav Mudryi National Law University.

highlighting the practical obstacles encountered. It also presents case studies where CSOs have intervened when state authorities failed to effectively investigate core international crimes, showcasing how these organizations contribute to modernizing investigative mechanisms using technology. As digital technology becomes increasingly central to criminal activity law enforcement bodies are challenged to adapt their investigative techniques to this new digital landscape. This article suggests opportunities for cooperation between public organizations and law enforcement agencies and emphasizes the importance of interdisciplinary cooperation to keep pace with the evolution of the digital criminal landscape. The article uses a combination of general scientific and specialized methods. The results highlight the importance of continued innovation and interdisciplinary collaboration, and policy development for better frameworks and cooperation.

KEYWORDS: international cooperation; civil society organization; investigative standards; digital evidence collection.

RESUMO: *O objetivo deste artigo é examinar o cenário em evolução dos esforços investigativos conjuntos (públicos e privados), especialmente quanto aos novos atores e na crescente importância da coleta de provas digitais em zonas de conflito. Aborda-se o papel das organizações da sociedade civil (OSCs) na coleta de provas, analisando essa questão sob uma perspectiva histórica e jurídica. O artigo discute a integração das provas digitais coletadas nas investigações em curso, destacando os obstáculos práticos encontrados. Também apresenta estudos de caso em que as OSCs intervieram quando as autoridades estatais falharam em investigar de forma eficaz crimes internacionais graves, mostrando como essas organizações contribuem para a modernização dos mecanismos investigativos por meio do uso de tecnologia. À medida que a tecnologia digital se torna cada vez mais central para a atividade criminosa, as autoridades de aplicação da lei enfrentam o desafio de adaptar suas técnicas investigativas a esse novo cenário digital. Este artigo sugere oportunidades de cooperação entre organizações públicas e órgãos de persecução penal e enfatiza a importância da cooperação interdisciplinar para acompanhar a evolução do panorama criminal digital. O artigo utiliza uma combinação de métodos científicos gerais e especializados. Os resultados destacam a importância da contínua inovação, colaboração interdisciplinar e desenvolvimento de políticas para melhores estruturas e cooperação.*

PALAVRAS-CHAVE: *cooperação internacional; organização da sociedade civil; standards investigativos; obtenção de provas digitais.*

INTRODUCTION

Despite the continuous development of digital technologies, the emergence of artificial intelligence (AI), and the increasing digitization of society, pre-trial investigators and the administrators of justice still tend to use traditional, sometimes outdated, methods and are reluctant to use newly evolving methods, such as digital evidence, open-source intelligence (OSINT), and AI. When the state fails, the civil sector comes to the rescue. The documentation of war crimes by civil society organizations (CSOs) before and during the Second World War marked an important chapter in the history of human rights and international law⁴. The active involvement of CSOs in the collection of evidence, particularly in the context of human rights and environmental crimes, has developed significantly since at least the Second World War and continues in a modernized form to the present day. This analysis will highlight how new actors have operated and contributed to the documentation of such crimes. A prime modern example of how digital technology is revolutionizing modern investigations is the use of satellite imagery by The New York Times Visual Investigations team in April 2022, which provided crucial evidence of civilian bodies lying in the street in Bucha, Ukraine during Russian occupation⁵. This demonstrates the transformative power of digital tools in modern investigations, providing critical, verifiable evidence that supports accountability in international conflicts. The New York Times' investigation showcases the evolving role of technology in enhancing transparency and documentation efforts. The number and quality of actors involved is changing, and even private companies are joining, using technological digital forensics tools, which significantly speed up and optimize the investigation process.

This article utilizes a blend of general scientific approaches and specialized methodologies. It uses a historical-legal method to examine the role of CSOs since the post-Second World War era in securing

⁴ See: QUAKERS AND WWI. Available at: <<https://www.quaker.org.uk/faith/our-history/ww1>> access on: July 27, 2024.; WILPF RESOLUTIONS. 1st Congress. Available at: <https://www.wilpf.org/wp-content/uploads/2012/08/WILPF_triennial_congress_1915.pdf> access on: July 27, 2024.

⁵ NY times. Available at: <<https://www.nytimes.com/2022/04/04/world/europe/bucha-ukraine-bodies.html>> access on: July 27, 2024.

human rights and utilizing digital technologies to collect and analyze evidence, thus implementing new investigative standards. The article employs a comparative legal method to highlight the experiences of various CSOs in situations where national mechanisms have failed to effectively investigate international core crimes. These organizations, often supported by the expertise of university law schools, contribute to the development and updating of investigative mechanisms through the use of modern technology. The article further utilizes a systems analysis method, which provides a framework for evaluating the performance of CSOs, while the universalization method consolidates information on the standardization of investigations. Lastly, the forecasting method is used to identify trends and future prospects in the standardization of core criminal investigations and the application of digital forensic tools.

In the modern era of turbulence in the world order, all processes are undergoing significant changes. The current situation in Ukraine, Gaza and other places has shown the failure of the system created to prevent and end armed conflicts⁶. This is understandable since most of the developed mechanisms were put in place immediately after the Second World War and have not been modernized according to current trends. The established accountability mechanisms for the prosecution of core international crimes – which comprise the crime of genocide, war crimes, crimes against humanity and aggression⁷ - and human rights violations also proved to be unprepared. This impunity has led to an increase in the number of crimes committed, especially in uncontrolled territories under the influence of authoritarian regimes⁸, due to the feeling that there are

⁶ AL JAZEERA. UN head slams Security Council for failure to end Gaza, Sudan, Ukraine wars. Available at: <<https://www.aljazeera.com/news/2024/9/13/un-head-slams-security-council-for-failure-to-end-gaza-sudan-ukraine-wars>> access on: July 27, 2024.

⁷ SCHWOBEL-PATEL, Christine. 'The Core Crimes of International Criminal Law.' *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. 2020. <https://doi.org/10.1093/law/9780198825203.003.0034>

⁸ SUESSER, Julia R. 'Accountability for Human Rights Abuses in Authoritarian Regimes? The Insufficiency of International Justice Institutions: A Critical Look at Syria, China, and Russia.' *Connecticut Public Interest Law Journal*. 2022. Available at: <Vol. 22.1. https://cpilj.law.uconn.edu/wp-content/uploads/sites/2515/2023/02/Suesser_Final-copy.pdf> access on: October 12, 2024.

no real mechanisms for prosecuting human rights violations. Territories of states where core international crimes and human rights violations occur are usually physically inaccessible to national and international law enforcement bodies and other agencies whose purpose is to collect evidence and maintain law and order. Therefore, two situations are possible: due to occupation and physical dangers in ongoing conflicts, national law enforcement agencies are unable or unwilling to investigate these crimes for various objective and subjective reasons, especially in authoritarian regimes. In such conditions, there is a need for the emergence of new entities capable of collecting evidence of core international crimes and human rights violations from a distance.

There are three levels of such entities, which usually emerge one after another in a chain reaction: CSOs, private companies, and other non-state actors, regardless of the country in which they are incorporated; foreign national law enforcement agencies under universal jurisdiction; joint investigative teams for special cases or purposes (e.g., the Europol OSINT task force, which united 14 countries and their police units to collect and analyze digital data from open sources regarding the core international crimes committed in Ukraine⁹).

1. THE ROLE OF CIVIL SOCIETY ORGANIZATIONS IN DOCUMENTING WAR CRIMES AND OTHER CRIMES: A HISTORICAL PERSPECTIVE

The origins of civil society documentation of war crimes can be traced back to the humanitarian movements of the 19th century. Organizations such as the International Committee of the Red Cross (ICRC, 1863) played a crucial role in documenting atrocities and the need for humane treatment of wounded and captured soldiers in warfare. The ICRC's work often involved collecting testimony and reports from conflict zones, especially regarding the treatment of the wounded and prisoners of war¹⁰.

⁹ EUROPOL. Europol set up OSINT task force to support war crimes investigation in Ukraine. Available at: < <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/europol-sets-osint-taskforce-to-support-investigations-war-crimes-committed-in-ukraine> > access on: July 27, 2024.

¹⁰ INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Our history. Available at: <<https://www.icrc.org/en/our-history> > access on: July 27, 2024.

An important moment was the creation of organizations such as Amnesty International¹¹ (1961) and Human Rights Watch (1978)¹², which focused on monitoring and documenting human rights violations. However, the beginnings of the public movement for human rights and environmental initiatives can be traced back to the pre-Second World War period¹³. The efforts of CSOs before the Second World War set a precedent for documenting war crimes and laid the groundwork for more systematic documentation and prosecution of such crimes in the postwar period. Their work not only contributed to humanitarian relief, but also played a crucial role in the development of international human rights law and the creation of institutions such as the United Nations.

The Women's International League for Peace and Freedom (WILPF, 1915) appealed in its Resolution for international cooperation and urged "that the organization of the Society of nations should be further developed" and that it should include a permanent International Court of Justice and a Council of Conciliation and Investigation¹⁴. Even before the League of Nations convened its first Assembly in November 1920, WILPF began corresponding with Secretary General Eric Drummond in April of that year, addressing pressing issues such as the repatriation of prisoners of war, the right of asylum, and the trafficking of women and children in Asia Minor¹⁵.

¹¹ AMNESTY INTERNATIONAL. *Our mission and statute*. Available at: <<https://www.amnesty.org/en/what-we-do>> access on: July 27, 2024.

¹² HUMAN RIGHTS WATCH ARCHIVES. Center for Human Rights Documentation and Research. Available at: <https://library.columbia.edu/libraries/chrdr/archive_collections/hrw.html> access on: July 27, 2024.

¹³ THE CONCEPT OF HUMAN RIGHTS AND THE GLOBAL HISTORY OF AN IDEA. *Mind and Rights The History, Ethics, Law and Psychology of Human Rights*. p. 41-198, 2023.

¹⁴ WILPF RESOLUTIONS. 1st Congress. Available at: <https://www.wilpf.org/wp-content/uploads/2012/08/WILPF_triennial_congress_1915.pdf> access on: July 27, 2024.

¹⁵ MOLLY COCHRAN, *Activism and International Thought: The Women's International League of Peace and Freedom and the Problem of Statelessness in the Interwar Period*. *Global Studies Quarterly*, v. 3, is. 1, January 2023, ksad011, p 1-12, 2023. <https://doi.org/10.1093/isagsq/ksad011>

Save the Children was founded in 1919 by Eglantyne Jebb and her sister Dorothy Buxton in response to the plight of children in war-torn Europe after the First World War. They collected and disseminated information on the effects of war, including eyewitness accounts, with a special focus on the effects on women and children. A notable example of their efforts was Eglantyne Jebb's organization of a relief mission to Russia, where millions of children were starving due to political and other turmoil. Jebb chartered the SS *Torcello*, a cargo ship carrying 600 tons of food and medical supplies, which saved thousands of lives. Jebb presented the Declaration of the Rights of the Child at the League of Nations convention in Geneva, which was adopted by the League of Nations in 1924, advocating for the recognition of children's rights as fundamental human rights¹⁶.

Quaker organizations, known for their peace activism, were active in war zones, providing humanitarian aid and documenting the impact of conflict on civilians. The American Jewish Joint Distribution Committee (JDC, 1914)¹⁷ was instrumental in providing aid to Jewish communities affected by war and persecution, and documented many cases of suffering and injustice. The Society of Friends (Quakers) has a long history of supporting peace and social justice work, including efforts during and after the First World War to document the conditions of civilians and prisoners of war¹⁸. Through their efforts of gathering eyewitness testimonies and advocating for victims of conflict, these organizations laid important groundwork for modern humanitarian movements. Their work contributed to the evolving international focus on human rights and the establishment of more formal mechanisms for documenting and responding to war crimes in the post-Second World War era.

¹⁶ SAVE THE CHILDREN. *Our History*. Available at: < <https://www.savethechildren.org/us/about-us/why-save-the-children/eglantyne-jebb> > access on: July 27, 2024.

¹⁷ JDC. JDC is the leading global Jewish humanitarian organization. *Our Story*. Available at: < <https://www.jdc.org/our-story/> > access on: July 27, 2024.

¹⁸ QUAKERS AND WWI. Available at: < <https://www.quaker.org.uk/faith/our-history/ww1> > access on: July 27, 2024.

The Hague Conventions of 1899¹⁹ and 1907²⁰, which established the laws of war and war crimes, were a response to advocacy and pressure from various humanitarian groups. These conventions provided a legal framework to which civil society organizations could refer when documenting violations.

CSOs collected various types of evidence, including eyewitness accounts (before the Second World War, a few CSOs were involved in collecting eyewitness accounts from conflict zones; they interviewed survivors, refugees, and even soldiers to compile reports on wartime atrocities); photographs and media (the advent of photography played an important role; the media, including newspapers and magazines, were instrumental in bringing these images and stories to a wider audience); reports and publications (many organizations published detailed reports on conditions in war-torn areas, focusing on the impact on civilians; these reports were often used to lobby governments and international bodies for intervention or sanctions against perpetrators); the results of work with legal experts (some CSOs worked closely with legal experts to interpret and apply international law in the context of documented atrocities; this collaboration helped to frame the narratives of war crimes within the legal definitions available at the time); advocacy and awareness-raising (CSOs played a key role in raising public awareness about the horrors of war and the need for international rules to prevent such crimes, which was crucial in shaping public opinion and influencing political decisions).

To complete this list of types of evidence collected by civil organizations, it is necessary to mention the League of Nations, which, while not an CSO, was the precursor to the United Nations, established after the First World War²¹. The League had various commissions and

¹⁹ CONVENTION (II) WITH RESPECT TO THE LAWS AND CUSTOMS OF WAR ON LAND ITS ANNEX. Regulations concerning the Laws and Customs of War on Land, 1899. Available at: <<https://ihl-databases.icrc.org/en/ihl-treaties/hague-conv-ii-1899>> access on: July 27, 2024.

²⁰ CONVENTION RESPECTING THE LAWS AND CUSTOMS OF WAR ON LAND (HAGUE IV), 1907. Available at: <https://avalon.law.yale.edu/20th_century/hague04.asp> access on: July 27, 2024.

²¹ THE LEAGUE OF NATIONS. *United Nations*. Available at: <<https://www.un-geneva.org/en/about/league-of-nations/overview>> access on: July 27, 2024.

agencies that collected reports and testimonies about conflicts and war crimes. Member countries of the League were expected to report any conflicts or potential war crime within their territories or areas of interest. These reports were usually submitted by government officials or diplomats. For more serious or controversial cases, the League could establish a commission of inquiry made up of representatives from various member states to investigate the situation on the ground. The commissions were tasked with collecting evidence, interviewing witnesses, and compiling reports based on their findings. For example, during the Greco-Turkish War (1919-1922), the League established a commission to investigate the situation and report on atrocities committed during the war. Similarly, the League was involved in investigating and reporting on the Italian invasion of Ethiopia in 1935²², using various sources of information to assess the situation. However, the political interests of member states often limited the League's work. The League also received petitions from individuals, groups, or CSOs; these included first-hand accounts, testimonies, or other forms of evidence of conflicts or abuses. The League's mandate system, which governed former colonies and territories of the defeated powers after the First World War, also served as a source of information. Mandated powers were required to submit annual reports on the administration of these territories, including any conflicts or issues related to justice and human rights. The League often cooperated with other international organizations and agencies that could provide relevant information or data, and monitored international media and publications for information on potential conflicts and war crimes.

The Nuremberg Trials, conducted after the Second World War, were groundbreaking in their use of extensive documentation to prosecute war crimes, crimes against humanity, and genocide²³. With regard to the Nuremberg Tribunal's use of reports from CSOs, the following aspects should be noted: First, the main body of evidence used at the Nuremberg Trials consisted of official documents from the

²² BAER, George W. Sanctions and Security: The League of Nations and the Italian-Ethiopian War, 1935-1936. *International Organization*. v. 27, n. 2, p. 165-179, 1973.

²³ NUREMBERG TRIALS. United Nations. Available at: <<https://www.ungeneva.org/en/about/league-of-nations/overview>> access on: July 27, 2024.

Nazi government, military, and related organizations. These included government decrees, military orders, correspondence, and other official records that directly implicated the defendants in war crimes. The trials also relied heavily on eyewitness testimony. This testimony came not only from victims and survivors, but also from former Nazi officials and soldiers who provided first-hand accounts of the atrocities. Visual evidence, including photographs and films documenting the atrocities, was also presented²⁴. Some of this evidence may have been collected or disseminated by CSOs, particularly those involved in humanitarian aid and documentation during the war.

In summary, the Nuremberg Trials used three main types of evidence: official documents, eyewitness testimony, and photographs and films. Nowadays, things have changed and due to the advancement of digital technologies, we have moved on to a new type of evidence - digital evidence.

2. CHALLENGES AND LIMITATIONS OF DIGITAL EVIDENCE COLLECTION BY NON-STATE ACTORS

In situations where national authorities are, for various reasons, unwilling or unable to ensure accountability for serious crimes, CSOs, private companies, and other non-state actors are beginning to fill the void by gathering evidence and promoting accountability. At the same time, most of these CSOs are not based in conflict countries, but in more stable and economically developed areas (e.g., Germany, the United Kingdom, the United States, and others). These organizations have a certain specialization in investigating crimes in various countries where conflicts are taking place, enjoy trust from the impacted communities,

²⁴ The screening of the “Nazi Concentration Camps” film at Nuremberg was the first time film was used as evidence. LAWRENCE, Douglas ‘Film as Witness: Screening Nazi Concentration Camps before the Nuremberg Tribunal’ *The Yale Law Journal*.1995. 105 (2) 449; MICHALCZYK John J. ‘Filming the End of the Holocaust – Allied Documentaries, Nuremberg and the Liberation of Concentration Camps’ (2014 Bloomsbury).

and have contextual knowledge²⁵, which puts them in an ideal position for documenting crimes and human rights violations.

However, the procedure for the participation of such non-state actors and their role in pre-trial investigations has not yet been properly regulated, nor have the legal forms of interaction with law enforcement agencies been established. This means that the results of their research become the property of the public and the scientific community, but the impact on the law enforcement system remains insignificant, mainly due to the lack of legal regulation. The establishment of such a legal regulation is crucial because the criminal process has a strictly established procedural form and all procedural actions of the investigator, as well as the process of collecting evidence, are strictly regulated.

Judicial authorities are not legally allowed to exercise legal creativity in interactions with CSOs, but are often forced to do so because of the value of the information collected by those organizations. For example, non-state actors may collect evidence directly by going on a 'field mission' and using digital forensic tools remotely. The results of such activities are summarized in a report, which is then published and shared with potentially interested stakeholders who may conduct pre-trial investigations or public reporting.

The NGO 'Truth Hounds' documented more than 100 cases of war crimes for the period from 2014 to 2020, the results of which were submitted to the General Prosecutor's Office of Ukraine²⁶, and five reports were submitted to the International Criminal Court (ICC) in 2015 (in which testimonies were collected on 300 incidents that occurred in eastern Ukraine and described various war crimes: shelling of the civilian

²⁵ HURIDOCS report. Human Rights Documentation by Civil Society – Technological Needs, Challenges, and Workflows. Perspectives from Documenters, Transitional Justice Experts, and Tool Developers November 2020. Available at: <<https://static1.squarespace.com/static/5900b58e1b631bffa367167e/t/5fb58bcb67862d7d964cf27a/1605733350976/PILP-G+-+HR+Doc+Solutions+-+Assessment+Report.pdf>> access on: July 27, 2024.

²⁶ OVER 100 NEW EPISODES OF WAR CRIMES IN DONBAS TRANSFERRED TO THE OFFICE OF THE PROSECUTOR GENERAL. Interfax. 2020. Available at: <<https://www.ukrinform.ua/rubric-ato/3122024-v-ofis-genprokuro-ra-peredali-ponad-100-novih-epizodiv-voennih-zlociniv-na-donbasi.html>> access on: July 27, 2024.

population, torture, forced disappearances, murders, confiscation of property) and 2017 (on 208 cases of artillery attacks and attacks with grenade launchers or machine guns against the civilian population, as well as on Crimea and the crimes of the occupying authorities against the pro-Ukrainian population, the Crimean Tatars)²⁷. However, Truth Hounds has been even more active in its documentation since the full-scale invasion began in 2022. In 2019 alone, the Ukrainian Helsinki Human Rights Union, together with its partners including Truth Hounds and Global Diligence LLP, filed seven submissions to the ICC - five on crimes committed by the Russian Federation on the territory of the temporarily occupied Crimea, and two in eastern Ukraine²⁸.

The principle of universal jurisdiction has been another avenue for CSOs to become important actors in international criminal law. Universal jurisdiction requires no nexus to the crime, and allows for a pre-trial investigation into core international crimes to be conducted on the territory of any state if it has universal jurisdiction laws in place, for crimes that were neither committed in its territory, nor by its citizens, and when the victims are not citizens of that state.

The results of public investigations can also be shared with other countries in investigations and cases based on universal jurisdiction. Truth Hounds, for instance, handed over materials collected on the injury of a Swiss freelance journalist while driving a car with the inscription 'Press' and foreign license plates to the Prosecutor General of Switzerland²⁹.

²⁷ CHABARAI, Hanna. For The Hague. Evidence of War Crimes in Donbas. Available at: <<https://tyzhden.ua/dlia-haahy-svidchennia-pro-voienni-zlochyny-na-donbasi/>> access on: July 27, 2024.

²⁸ SEVENTH SUBMISSION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: UHHRU SUBMITTED ADDITIONAL EVIDENCE OF RF WAR CRIMES IN EASTERN UKRAINE. Ukrainian Helsinki Human Rights Union. Available at: <<https://www.helsinki.org.ua/articles/7-podannya-do-mizhnarodno-ho-kryminalnoho-sudu-uhspl-peredala-cherhovi-dokazy-vchynennya-rf-vo-jennyh-zlochyniv-na-shodi-ukrajiny/>> access on: July 27, 2024.

²⁹ COMPLAINT FIELD OVER ATTACK ON SWISS JOURNALIST IN UKRAINE. Swissinfo.ch. 2022. Available at: <<https://www.swissinfo.ch/rus/подана-жалоба-по-поводу-нападени-я-на-швейцарского-журналиста-в-украине/47841766>> access on: July 27, 2024.

At the same time, as mentioned above, many questions arise regarding the procedural status of such CSOs and the criminal processing of the results of their actions. If the above-mentioned CSOs collect information about the event independently, i.e. separately from the investigative team, after inspecting the scene of the event, then there are no problems, because this is their independent activity, which is not connected with the investigation process. The timing of the collection of facts is important, so that it takes place prior to the inspection of the scene by the investigative team, because the integrity of the trace of the crime must be preserved.

It is a completely different matter if members of such non-state organizations directly participate in conducting investigative actions, since such participation requires strict observance of the form of criminal proceedings. Therefore, the question of the legal status of CSOs arises, since the established form of criminal proceedings is obligatory and the procedure for conducting all investigative (search) actions is clearly regulated. For example, during the inspection of the crime scene, which in their terminology is called 'field mission', the question arises whether CSOs may participate in the inspection in the status of a specialist or other participant in the criminal proceedings.

Pashkovsky suggests to use the information received from NGOs as a factual basis for conducting appropriate investigative (search) actions, followed by proper formalization of these data, or to include the results of the documentation of NGOs by submitting a statement on the commission of a criminal offense in accordance with Art. 214 of the Criminal Procedural Code of Ukraine (hereinafter - CPC), or a request for information by the law enforcement body itself pursuant to Part 2 of Art. 93 of the CPC of Ukraine³⁰.

The authors of this article can only partially agree with this point of view, especially with regard to the interviewing of witnesses, because

³⁰ PASHKOVSKIY, Mykola. Documentation of International Crimes by Non-Governmental Organizations and the Use of Obtained Digital Information in Criminal Proceedings Under Article 438 of the Criminal Code of Ukraine. Almanac of Scientific Papers of Specialists of the V. V. Stashis Crime Research Institute of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine Based on the Results of Research, v. 23, p. 70–80, 2023.

witnesses might be re-traumatized if interviewed by CSOs (NGOs) and official investigative authorities, which could lead to a decrease in the level of trust and, as a result, the decrease in the quality of the testimony given. It is therefore considered necessary to work closely with CSOs (NGOs) to develop common approaches to working with evidence in accordance with the five guiding principles developed by Eurojust, the EU Network for investigation and prosecution of genocide, crimes against humanity and war crimes ('Genocide Network'), and the Office of the Prosecutor (OTP) of the ICC³¹. The principles state, for instance, that when working with witnesses and possible eyewitnesses, one should not allow repeated, multiple interviews, and instead agree on common tactics for conducting interviews so as not to harm the interviewees. Considering that all collected statements of victims and witnesses should be disclosed in court proceedings, as an effective tool to avoid threepeated interrogation, which can be used during the investigation, is conducting an interrogation during a pre-trial investigation in a court session in accordance with Art. 225 of the CPC of Ukraine³². Such an interrogation will be recorded using audio and video recording equipment by the court. The official record of such a court session is solely the technical recording made by the court (art. 27 CPC of Ukraine), so it could be used further for reasoning at the court decision.

Domestic authorities and CSOs have, in the past years, increasingly relied on user-generated evidence from people who are highly motivated, but mostly have no experience working in law enforcement agencies and therefore do not know how to collect evidence in a way that meets all the norms and standards of evidence. Given the increasing prevalence of user-generated evidence, non-state actors have started to conduct training for national law enforcement agencies on how to investigate war and other crimes using digital tools. It should be noted that ICC OTP

³¹ DOCUMENTING INTERNATIONAL CRIMES AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS FOR ACCOUNTABILITY PURPOSES. Guidelines for civil society organizations. 2022. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/documenting-international-crimes-and-human-rights-violations-accountability-purposes>> access on: July 27, 2024.

³² THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF UKRAINE. Available at: <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#n2123>> access on: July 27, 2024.

has been quite active in referring to reports prepared by authoritative international CSOs. However, ICC judges have found the OTP's excessive reliance on such reports to be of insufficient probative value³³. For example, in the *Bemba case*, the Chamber ruled that NGO reports were of limited evidential value, as their origin and reliability had not been fully examined or verified. Consequently, these reports were deemed to carry minimal, if any, weight as evidence³⁴. In another case (*Prosecutor v. Gbagbo*³⁵), there were numerous references to reports by civil society organizations, the United Nations, and news clippings from various websites, the vast majority of which were based on a significant number of anonymous hearsay statements. At the same time, no additional investigations were conducted, and no forensic examinations were ordered to confirm their authenticity or veracity. In this respect, it is important to The Court noted that while these reports and news stories help to establish context, "such evidence cannot in any way be presented as the results of a full and proper investigation"³⁶. Thus, the problem of evaluating evidence gathered online is still in its infancy, and international practice recognizes such information as evidence only to confirm the context of war or other international crimes, and courts are still cautious in evaluating such evidence.

We now turn to international law enforcement agencies, which can conduct online investigations individually or in groups, and can also be specialized to work on a specific case or collect specific evidence. In law enforcement practice, the role of CSOs is particularly important in the investigation of core international crimes. It should be noted that CSOs

³³ FREEMAN, Lindsay. Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence: Lessons from the International Criminal Court. *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*. 2020. p. 48–67, 2020.

³⁴ *Prosecutor v. Bemba*, ICC-01/05-01/08-802, Decision on the Admissibility and Abuse of Process Challenges, 24 June 2010, paras. 235, 254-255.

³⁵ GBAGBO AND BLE GOUDE CASE. *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo and Charles Blé Goudé*, ICC-02/11-01/15. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/cdi/gbagbo-goude>> access on: July 27, 2024.

³⁶ *The Prosecutor v. Laurent Gbagbo*. ICC. Pre-Trial Chamber I. 'Decision adjourning the hearing on the confirmation of charges pursuant to article 61(7)(c) (i) of the Rome Statute'. ICC-02/11-01/11 (2013). 35. Available at: <https://www.icc-cpi.int/sites/default/files/CourtRecords/CR2013_04054.PDF> access on: July 27, 2024.

cannot and should not replace judicial and law enforcement authorities. They can, however, push them forward, give them the necessary impetus, direction or technical (much needed) assistance. The development of such CSOs is a sign of a democratic society that upholds high human rights standards. Therefore, the effective cooperation of developed CSOs with state institutions is a sign of a democratic society that upholds high human rights standards within it. CSOs can provide both financial support for the activities of judicial and law enforcement bodies and, in this context, the provision of the necessary tools for their activities, which can be expressed in the free transfer of appropriate technical forensic or expert forensic means for fighting crime, or, no less important, often even more important, in providing assistance in recording (documenting) war crimes.

3. COLLABORATIVE APPROACHES TO INVESTIGATION – TASK FORCES AND JOINT INVESTIGATION TEAMS

The same question arises with respect to the procedural possibilities of participation of investigative and judicial experts of foreign law enforcement agencies and other authorized bodies in the conduct of investigative (search) actions on the territory of Ukraine.

One of the possible solutions to such a situation is participation in international joint investigation teams (JITs) which conduct criminal investigations for a specific purpose and a limited period³⁷, the role of which are understudied. Notably, the recently adopted Ljubljana-The Hague Convention on cooperation includes a dedicated provision on JITs (Art. 41)³⁸ and it does not restrict participation to European Union (EU) countries alone.

³⁷ COUNCIL ACT of 29 May 2000, establishing the Convention on Mutual Assistance in Criminal Matters, OJ C 197, 12.7.2000, p. 1–23; COUNCIL FRAMEWORK DECISION 2002/465/JHA of 13 June 2002 on joint investigation teams, OJ L 162, 20.6.2002, p. 1–3, as amended by Directive (EU) 2022/211, OJ L 42, 17.2.2022, p. 8–11.

³⁸ Ljubljana-The Hague Convention on International Cooperation in the Investigation and Prosecution of the Crime of Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes and other International Crimes, adopted in May 2023, signed on 14 February 2024 (hereafter ‘Ljubljana-The Hague Convention’). Available

JITs are quite new and difficult to implement in the context of exchange of evidence between different jurisdictions, since each country participating in an international investigation team has its own requirements for collection and storage of evidence, which may differ from each other and from established international practice. However, there have been some successful practices of joint international collection and evidence sharing that has subsequently been recognized as admissible by the courts. Examples include the case of the downing of Malaysian Boeing MH-17 and the French–German joint structural investigation into a Syrian case³⁹. In addition, there are valuable suggestions to take up ‘open-entry/closed-exit’ provisions for evidentiary material in international crimes JITs, which “enables JIT members to ‘feed in’ the *entirety* of their information into the JIT (‘open entry’) while requiring the source’s consent before any of the material is used in court proceedings abroad, thus triggering disclosure obligations and associated risks (‘closed exit’)”⁴⁰.

This is especially important in the context of the increasing amount of digital information available online and actors who are collecting it. To overcome this gap, at least two JITs were set up to investigate international crimes committed during the conflict in Ukraine. The first one is an ordinary JIT with members of seven states and unprecedented joint participant from the ICC OTP on 25 March, 2022. This JIT agreement extended until 25 March 2026⁴¹. Some authors consider the OTP’s engagement in this JIT as an opportunity for “novel modality of implementing the policy of proactive complementarity through two-track

at: <<https://www.gov.si/assets/ministrstva/MZEZ/projekti/MLA-pobuda/The-Ljubljana-The-Hague-MLA-Convention.pdf>> access on: July 27, 2024.

³⁹ LATYSH, Kateryna. Concept of digital forensics and open data source information in the investigation process. *Criminalistics and forensic expertology: science, studies, practice*, 19, 2023. 89–94.

⁴⁰ FURAER Andrea. Can They Deliver? The Practice of Joint Investigation Teams (JITS) in Core International Crimes Investigations. *Journal of International Criminal Justice*. v. 22, is. 1, March 2024, p. 43–58, 2024. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqae005>

⁴¹ EUROJUST. Agreement to extend the joint investigation team into alleged core international crimes in Ukraine for two years. Available at: <<https://www.eurojust.europa.eu/news/agreement-extend-joint-investigation-team-alleged-core-international-crimes-ukraine-two-years>> access on: July 27, 2024.

cooperation and assistance”⁴². Furthermore, the timeline of joining different actors to this JIT is also notable and shows the increasing impact of JITs. At the beginning, there were only 3 countries (Ukraine, Lithuania and Poland) who signed the JIT agreement after the first coordination meeting on judicial cooperation involving 31 countries in March, but on 25 April the ICC joined the JIT, then in a month (30 May) three more countries (Estonia, Latvia, Slovakia) became JIT members, and on 13 October Romania became the seventh JIT member. National authorities participating in the JIT signed a Memorandum of Understanding with the United States (3 March 2023) and Europol became a JIT participant (10 October 2023)⁴³. To sum up, this timeline highlights the growing role of JITs reflected in both the number of participating countries (seven, not just two to three) and the quality of investigations, including the unprecedented collaboration with the ICC.

The second JIT, named Open Source Intelligence (OSINT) Operational Taskforce (OTF), is unique in its focus on the collection and analysis of OSINT. Led by the international crimes units of the Dutch Police (Nationale Politie) and the German Federal Criminal Police Office (Bundeskriminalamt), the OTF is supported by Europol and its Analysis Project Core International Crimes (AP CIC). So far, 14 countries⁴⁴ have committed dedicated OSINT resources to the taskforce, assisting with prioritized requests from Ukraine, other nations, and the ICC⁴⁵. Although

⁴² YUDAN Tan, SUBONG Yang. The Joint Investigation Team in Ukraine: An Opportunity for the International Criminal Court?, *Chinese Journal of International Law*, v. 22, is. 1, March 2023, p. 103–119, 2023. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmad005>

⁴³ EUROJUST. Timeline of Eurojust’s response to the war in Ukraine. Available at: < <https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/two-years-on-a-timeline-of-eurojust-s-response-to-the-war-in-ukraine-en.pdf> > access on: July 27, 2024.

⁴⁴ Among participating countries are Belgium, France, Germany, Ireland, Italy, Lithuania, Netherlands, Portugal, Slovak Republic, Slovenia, Spain, Norway, United Kingdom, United States of America. EUROPOL. *Europol set up OSINT task force to support war crimes investigation in Ukraine*. Available at: < <https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/europol-sets-osint-taskforce-to-support-investigations-war-crimes-committed-in-ukraine> > access on: July 27, 2024.

⁴⁵ Ibid.

open-source investigations are typically part of routine law enforcement activities, the creation of this specialized JIT emphasizes the collective need to focus on this particular type of digital evidence again within the scope of a JIT (not separately).

Thus, JITs can be categorized not only by the geography of the conflict and the parties involved in the investigation, or the duration for which they are established, but also by the types of evidence they are set to collect.

There are opportunities for scientific and legal assistance to judicial and law enforcement bodies on the interpretation and possible application of legal regulations (e.g., regarding digital evidence). There are scientific advisory councils in Ukraine⁴⁶, for example, at the Supreme Court, which, in accordance with Article 47 of the Law of Ukraine ‘On the Judiciary and the Status of Judges’, are formed from among highly qualified specialists in the field of law to prepare scientific conclusions on issues of the Supreme Court’s activity requiring scientific support. The powers of the Scientific Council include the following main functions (Article 3.2. Regulations on the Scientific Council of the Supreme Court of Ukraine): preparation of legal opinions on the interpretation and application of legal regulations; participation in the preparation of draft generalizations of the practice of application of substantive and procedural law by the courts in order to ensure their uniform application in the course of consideration of cases; preliminary consideration of draft resolutions of the Plenum of the Supreme Court of Ukraine on the issuance of advisory opinions on the application of Ukrainian legislation by the courts in the course of consideration of cases; participation in the coordination of scientific research in the field of law and in the formation of the state order of scientific research in the field of law; assistance in the publication of the official printed organ of the Supreme Court of Ukraine, its other publications (including electronic)⁴⁷.

⁴⁶ See: OFFICIAL WEBSITE OF THE SUPREME COURT. About Supreme Court. Available at: < https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/sn_kr/ > access on: July 27, 2024.

⁴⁷ REGULATION ON THE SCIENTIFIC ADVISORY COUNCIL UNDER THE SUPREME COURT OF UKRAINE. Supreme Court. Available at: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/ppn_kr/> access on: July 27, 2024.

However, the existing scientific and advisory councils in Ukraine cannot fully meet the needs of practice, which consists of resolving legal conflicts and filling the identified gaps in the legislation. This is reflected in the lack of motivation of the members of such councils. Therefore, it would be advisable to use the capabilities of CSOs, which are able not only to provide such consultations (including written replies or other issues), but also to conduct trainings and webinars, which could connect theory and practice, demonstrate trends in the application of legislation, adjust our current practice to international and foreign ones.

In order to investigate core international crimes, JITs are being created and working, which is undoubtedly a progressive step of the world community in the fight against international crime.

4. FIRST STEPS TOWARDS THE DIGITALIZATION OF CRIMINAL PROCEEDINGS

Technologies are evolving faster than the laws that govern their use, often outpacing the ability of the legal system to adapt and integrate these changes. It is becoming increasingly clear that modern society is facing several complex challenges that require urgent solutions: the need to use advanced digital and innovative technologies (such as optical visualization systems, 3D scanners, unmanned aerial vehicles - including drones, quadcopters and multicopters - and mobile DNA laboratories); ensuring access to relevant information and analytical software through the organization of automated workstations for staff in pre-trial investigation bodies and courts (e.g., workstations for investigators, prosecutors, judges and experts); the development of automated information and research systems and databases ('investigative practice', 'investigative precedent', etc.)⁴⁸; and the implementation of AI⁴⁹ in law enforcement activities.

⁴⁸ SHEPITKO, Valery; ZHURAVEL, Volodymyr; AVDEYEVA, Galyna. Innovations in Criminalistics and Their Implementation in the Activities of Pre-Trial Investigation Bodies. *Issues of Crime Control*, v. 21, p. 39-46, 2011.

⁴⁹ PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. Artificial intelligence as scientific evidence in the Spanish criminal process. *Brazilian Journal of Criminal Procedure*, v. 7, n. 2, p. 1385, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.505>.

The informatization, algorithmization, and technologization of law enforcement agencies and courts is facilitated by the introduction of innovative digital technologies. There is even the discussion how to use artificial intelligence as scientific evidence⁵⁰. These advances enable remote forms of pre-trial investigation and trial, as well as the conduct of procedural actions via videoconferencing. They also support the creation of electronic criminal proceedings⁵¹ (cases) and the development and implementation of various unified registers. For example, in Ukraine there are the information and telecommunication systems of pre-trial investigation, which ensure the creation, collection, search, processing and transmission of materials and information (information) in criminal proceedings (Art. 106-1 of the CPC of Ukraine)⁵². One of these systems is named ‘eCase⁵³’ (telecommunication system for pre-trial investigation), the purpose of which is automation of pre-trial investigation processes, including creation, collection, storage, search, processing and transmission of materials and information in criminal proceedings, as well as processes providing organizational, managerial, analytical, information and telecommunication and other needs of the system users⁵⁴. It may indicate that the situation will soon change, and more attention will be paid to digital information not only in the investigation of core international crimes, but also in the investigation of ordinary criminal cases. Various types of individual registers may also be used during the investigation (for

⁵⁰ PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. Artificial intelligence as scientific evidence in the Spanish criminal process. *Brazilian Journal of Criminal Procedure*, 7(2), 1385. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.505>.

⁵¹ MAZURYK, Roman. Current Issues of Implementing the Concept of Electronic Criminal Proceedings in the Activities of Prosecutor’s Offices: Administrative and Legal Aspect. *Law and Society*. v. 1, p. 156-163, 2022. doi. [org/10.32842/2078-3736/2022.1.22](https://doi.org/10.32842/2078-3736/2022.1.22)

⁵² THE CRIMINAL PROCEDURE CODE OF UKRAINE. Available at: <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/4651-17#Text>> access on: July 27, 2024.

⁵³ NATIONAL ANTICORRUPTION BUREAU. Available at: <<https://nabu.gov.ua/tags/ecase/>> access on: July 27, 2024.

⁵⁴ REGULATION ON THE INFORMATION AND TELECOMMUNICATION SYSTEM OF PRE-TRIAL INVESTIGATION I-CASE. Verkhovna Rada of Ukraine. Available at: <<https://zakon.rada.gov.ua/laws/show/v0390886-21#Text>> access on: July 27, 2024.

example, the Unified State Register of Court Decisions⁵⁵, a single register of legal entities, individual entrepreneurs and public organizations⁵⁶, certified forensic experts⁵⁷, and forensic examination methodologies⁵⁸, etc.). We completely agree that ‘novel ecosystem characterized by digitalization and democratization of international criminal justice efforts’⁵⁹.

However, the digitization of law enforcement has been slow because these agencies tend to be more cautious about adopting new technologies than non-state actors, whose activities are not constrained by the strict framework of criminal proceedings. This continued lack of cooperation between national authorities and CSOs, coupled with the conditions of war or other conflict, has created an opportunity to foster the development of a new type of evidence that can be collected remotely - digital evidence.

5. ESTABLISHING STANDARDS FOR DIGITAL EVIDENCE COLLECTION IN CONFLICT ZONES

There are specific requirements and standards that must be met in digital information collection activities. Given the legislative process of legislative adoption and the immediate need for practical solutions, particularly in conflict zones, steps have been taken to develop these standards independently. Non-state actors such as Global Rights

⁵⁵ UNIFIED STATE REGISTER OF COURT DECISIONS. Available at: <<https://reyestr.court.gov.ua>> access on: July 27, 2024.

⁵⁶ THE UNIFIED STATE REGISTER OF LEGAL ENTITIES, INDIVIDUAL ENTREPRENEURS AND PUBLIC ORGANIZATIONS. Available at: <<https://usr.minjust.gov.ua/content/free-search> > access on: July 27, 2024.

⁵⁷ REGISTER OF CERTIFIED FORENSIC. Minjust.gov.ua. 2024. Available at: <<https://rase.minjust.gov.ua> > access on: July 27, 2024.

⁵⁸ SHEPITKO, Valery. Place of Digital Evidence and Evidence Concept in the Doctrine of Criminalistics and Forensic Science. Informative Support of Crime Investigation. v. 1, p. 126-133, 2022.

⁵⁹ KOWALCZEWSKA, Kaja. War-Torn Justice: Empirical Analysis of the Impact of Armed Conflict on Fair Trial Guarantees in Ukraine. *Brazilian Journal of Criminal Procedure*, 9(3). p. 1062-1063. 2023 <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.896>.

Compliance⁶⁰ and academic institutions (e.g., UC Berkeley⁶¹, Leiden University⁶², Swansea University⁶³) have contributed to these efforts. Some standards focus exclusively on the collection of digital information, while others address broader investigative practices in conflict zones, including specific sections on the collection of digital evidence.

The development of the Guidelines for Civil Society Organisations on Documenting International Crimes and Human Rights Violations for Accountability, jointly created by Eurojust, the EU Network for the Prosecution of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes, and the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court, represents an important recognition of the efforts of CSOs in evidence collection and the need to enhance standards for online investigations so that their findings can be admissible in international courts. These guidelines aim to support their efforts in preserving and gathering information on the commission of international crimes and human rights violations to ensure accountability⁶⁴.

⁶⁰ BASIC INVESTIGATIVE STANDARDS FOR DOCUMENTING INTERNATIONAL CRIMES IN UKRAINE. Global Rights Compliance. Available at: <<https://globalrightscompliance.com/wp-content/uploads/2023/05/КЕРІВНИЦТВО-3-БАЗОВИХ-СТАНДАРТІВ-РОЗСЛІДУВАННЯ-ДІЯ-ДОКУМЕНТУВАННЯ-МІЖНАРОДНИХ-ЗЛОЧИНІВ-В-УКРАЇНІ.pdf>> access on: July 27, 2024.

⁶¹ BERKELEY PROTOCOL ON CONDUCTING INVESTIGATIONS USING OPEN DIGITAL DATA. Berkeley Law. : Available at <<https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2022/03/Berkeley-Protocol-Ukrainian.pdf>> access on: July 27, 2024.

⁶² Leiden Guidelines on the Use of Digitally Derived Evidence in International Criminal Courts and Tribunals. Leiden University. Available at: <<https://leiden-guidelines.com/guidelines/>> access on: July 27, 2024.

⁶³ Evaluating digital open source imagery: *A guide for judges and fact-finders* (2024), published online at www.trueproject.co.uk/osguide. 2024. Available at: < <https://www.trueproject.co.uk/osguide>> access on: July 27, 2024.

⁶⁴ The Guidelines for Civil Society Organisations on Documenting International Crimes and Human Rights Violations for Accountability. Eurojust, the EU Network for the Prosecution of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes, and the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. 2023. Available at: <<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-icc-csos-guidelines.pdf>> access on: October 12, 2024.

The support from such key actors highlights the recognition of the crucial role of civil society in the evidence-gathering process and the elevation of their status in this context. Furthermore, specific sections of these guidelines are dedicated to collecting digital information and conducting online investigations, emphasizing the possibility of expanding the scope of traditional evidence.

On the one hand, it is important to distinguish all these standards from the requirements established by the applicable domestic rules of procedure and evidence for the collection of digital evidence. Of course, such standards may contain generalizations of legal requirements, but in general there are certain instructions, guidelines for action, intended for individuals with little or no experience in this type of activity. For example, one of these guidelines says, “[w]hen a documentation team collects video information, make sure that the person taking the footage is experienced in doing so”⁶⁵. That is, the purpose of such standards is to provide certain guidelines, recommendations for collecting or creating digital information, but if they are not followed, it will not always lead to the non-recognition or exclusion of evidence .

On the other hand, criminal procedure does not provide for the participation of anyone in investigative actions, let alone their recording. A specialist may be involved in such recordings, but he or she must meet certain qualification requirements established by law. There are also specific procedural requirements that must be met in order for the digital evidence collected to be admissible in court.

Special attention should be paid to the use of digital information in criminal proceedings (information created with the help of advanced information technologies). Such information can be created, transmitted, stored, etc. not only with the help of computer equipment, but also with

⁶⁵ BASIC INVESTIGATIVE STANDARDS FOR DOCUMENTING INTERNATIONAL CRIMES IN UKRAINE. Global Rights Compliance. 2023. Available at: < <https://globalrightscompliance.com/wp-content/uploads/2023/05/Basic-Investigative-Standards-for-Documenting-International-Crimes-in-Ukraine-Guides.pdf>> access on: September 27, 2024.

the help of other equipment (recorders, digital cameras, video cameras, smartphones, etc.)⁶⁶.

Standards for the collection and preservation of information are critical factors that must be met to ensure that the evidence collected is admissible in court. Problems arise particularly in the investigation of core international crimes, as national standards for evidence collection may vary from country to country based on national legislation. These differences can create difficulties in international cooperation, raising the question of which standards should be followed. This issue has become even more relevant with the emergence of a new type of evidence - digital evidence - which differs in form and collection methods and requires specific equipment.

These challenges have not been fully addressed by the recently adopted Ljubljana-The Hague Convention on International Cooperation in the Investigation and Prosecution of the Crime of Genocide, Crimes against Humanity, War Crimes, and Other International Crimes⁶⁷. However, non-governmental sectors have made efforts to develop investigative standards for documenting international crimes, with particular attention to the collection, handling, and preservation of OSINT evidence, digital or audiovisual information.

Standardization of investigation of international core crimes helps to streamline the process of training of investigators, algorithms of work at the scene of the incident, interaction between various units, expert institutions, to ensure quality documentation of facts, implementation of procedural actions⁶⁸. The peculiarity of the methodology of investigation of

⁶⁶ SEMKO, Mykhailo, KRAKHMALYOV, Oleksandr. Electronic Information as Evidence. Bulletin of the National Technical University "Kharkiv Polytechnic Institute". Series: Current Issues of Ukrainian Society Development. v. 1, p. 49, 2021. doi: 10.20998/2227-6890.2021.1.07

⁶⁷ The Ljubljana-The Hague Convention on International cooperation in the investigation and prosecution of the crime of genocide, crime against humanity, war crimes and other international crimes. Available at: <<https://www.gov.si/assets/ministrstva/MZEZ/projekti/MLA-pobuda/The-Ljubljana-The-Hague-MLA-Convention.pdf>> access on: July 27, 2024.

⁶⁸ DUFENIUK, Oksana. Investigation of War Crimes in Ukraine: Challenges, Standards, Innovations. Baltic Journal of Legal and Social Sciences, v. 1, p. 46-56, 2022.

war crimes committed within the framework of an armed conflict consists in the application of the collective (brigade) method of investigation, investigation on ‘hot tracks’ and special procedures of investigative (search) actions⁶⁹.

The investigation of war crimes should be based on the Basic Standards of Investigation (BSR) for the Documentation of International Crimes in Ukraine. The BSR provide a set of basic standards to be applied to a range of documentation activities, to prevent harm when interacting with victims and witnesses, and to understand the elements of core international crimes⁷⁰.

The Ukrainian Prosecutor’s Office, together with leading national experts on international humanitarian law, has developed and presented the methodological recommendations ‘Standards for the Investigation of War Crimes. General Part’⁷¹.

The International Protocol on Documenting and Investigating Sexual Violence in Conflict is also important for documenting these specific crimes, setting basic standards of good practice for documenting sexual violence as a crime under international law (first edition: June 2014)⁷².

It is also possible to talk about international standards for the use and collection of digital information in war crimes investigations. For example, the use of digital information in the investigations of war crimes

⁶⁹ Ibid.

⁷⁰ BASIC INVESTIGATIVE STANDARDS FOR DOCUMENTING INTERNATIONAL CRIMES IN UKRAINE. Global Rights Compliance. Available at: <<https://globalrightscpliance.com/wp-content/uploads/2023/05/КЕРІВНИЦТВО-3-БАЗОВИХ-СТАНДАРТІВ-РОЗСЛІДУВАННЯ-ДЛЯ-ДОКУМЕНТУВАННЯ-МІЖНАРОДНИХ-ЗЛОЧИНІВ-В-УКРАЇНІ.pdf>> access on: July 27, 2024.

⁷¹ STANDARDS FOR INVESTIGATING WAR CRIMES. General Part: Methodical Recommendations. p. 112, 2023.

⁷² INTERNATIONAL PROTOCOL ON DOCUMENTATION AND INVESTIGATION OF SEXUAL VIOLENCE IN CONFLICT: BASIC STANDARDS OF GOOD PRACTICE FOR DOCUMENTING SEXUAL VIOLENCE AS A CRIME UNDER INTERNATIONAL LAW. United Nations. Available at: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2019/06/report/international-protocol-on-the-documentation-and-investigation-of-sexual-violence-in-conflict/International_Protocol_2017_2nd_Edition.pdf> access on: July 27, 2024.

should take into account the provisions of the “Berkeley Protocol”⁷³ – a practical guide on the effective use of open source digital information in the investigations of violations of international criminal law, human rights and humanitarian law⁷⁴. The Berkeley Protocol is a document of recommendations issued in 2020 by the Center for Human Rights at the University of California, Berkeley, and the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights. It outlines minimum standards for finding, collecting, preserving, verifying, and analyzing open source⁷⁵.

The Berkeley Protocol states that “an open data investigation is an investigation that relies, in whole or in part, on publicly available information to conduct formal and systematic online investigations... Publicly available information can provide leads, support intelligence, and serve as direct evidence in court”⁷⁶.

The development of separate forensic methodologies for the investigation of war crimes and other crimes of an international nature requires the determination of their definition and types, as well as the consideration of standards of investigation. A separate forensic technique is certain algorithms of the investigator’s actions, a complex of standardized advice⁷⁷. Investigative methodology determines the

⁷³ BERKELEY PROTOCOL ON CONDUCTING INVESTIGATIONS USING OPEN DIGITAL DATA: PRACTICAL GUIDE TO THE EFFECTIVE USE OF OPEN DIGITAL DATA IN INVESTIGATING VIOLATIONS OF ICL, HR AND IHL. UN Human Rights Office of the High Commissioner. Available at: <<https://www.ohchr.org/ru/publications/policy-and-methodological-publications/berkeley-protocol-digital-open-source>> access on: July 27, 2024.

⁷⁴ GRACERS, Law Firm. Berkeley Protocol – Principle of Conducting Investigations Using Electronic Digital Data. Available at: <<https://gracers.com/pres-centr/protocol-berkli-princip-vedennya-rozsliduvannya/>> access on: July 27, 2024.

⁷⁵ CENTER FOR DEMOCRACY AND RULE OF LAW. Berkeley Protocol: How Open Sources Help to Hold Russia Accountable. Available at: <<https://cedem.org.ua/news/protocol-berkli>> access on: July 27, 2024.

⁷⁶ BERKELEY PROTOCOL ON CONDUCTING INVESTIGATIONS USING OPEN DIGITAL DATA. Berkeley Law. Available at: <<https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2022/03/Berkeley-Protocol-Ukrainian.pdf>> access on: July 27, 2024.

⁷⁷ CRIMINALISTICS. Textbook: in 2 volumes. Edited by Valery Shepitko. v. 2, p. 328, 2019.

optimal course of criminal proceedings in the investigation of a criminal offense, the sequence of investigative (search) actions or organizational and technical measures, the system of used forensic means and their regime. Investigative methodology is a certain process, a sequence of investigative activities, the use of forensic means (techniques, methods, recommendations, operations) in the investigation of a certain type (subtype) of crime, aimed at obtaining the truth in the case⁷⁸. The use of investigative methodology allows for the best possible conduct of war crimes investigations.

CONCLUSION

Traditional evidence and the traditional actors who collect it are becoming less relevant in the face of modern challenges. The criminal justice system is often reluctant to embrace technological advances, particularly digital tools. This reluctance is due to a number of challenges, including limited access to conflict zones, the risks involved, and the reliability of information. CSOs and non-state actors have increasingly filled the gap left by national authorities, especially in areas affected by war and authoritarian regimes. These entities have developed a high level of professionalism and confidence in documenting crimes and human rights violations, but their legal status and the admissibility of the evidence they collect remain regulated inadequately.

Effective collaboration between CSOs, the private sector, and national and international law enforcement agencies is essential. JITs and innovative methods, such as remote digital evidence collection, are critical to addressing these challenges. The development of standards for digital evidence collection, such as the Berkeley Protocol, and the implementation of new technologies in law enforcement and judicial processes are critical steps forward. The form and character of the proposed standards are of secondary importance; the content is what truly matters. Since CSOs collect digital information that may be used in criminal proceedings, which have imperative requirements for admissibility in court, it is essential to

⁷⁸ CRIMINALISTICS. Textbook: in 2 volumes. Edited by Valery Shepitko. v. 2, p. 7, 8, 2019.

provide a detailed explanation of these requirements. This should include not only the standards and requirements for digital evidence but also the format in which the collected material must be presented and the entities responsible for its submission (considering their procedural status). Additionally, drawing on existing practices where provided information has been disregarded by law enforcement or courts for formal reasons, it is important to indicate the actions that should be avoided. There is no necessity for these standards to be legally binding for CSOs; thus, the content holds greater significance than the form. This approach grants the entity collecting such information the flexibility and creative latitude often lacking in law enforcement agencies, while ensuring that they understand the consequences of non-compliance with these standards. However, it is crucial to establish, at the legislative level, the procedural possibility for obtaining information from third parties and clarifying their procedural status, as this is currently not codified in Ukrainian law.

This article has highlighted the importance of continued innovation, interdisciplinary collaboration, and the establishment of clear legal standards to improve the effectiveness of digital evidence collection and ensure accountability for core crimes and human rights violations in conflict zones. The evolving role of non-state actors, coupled with technological advancements, offers promising avenues for improving the documentation and prosecution of international crimes.

REFERENCES

AL JAZEERA. UN head slams Security Council for failure to end Gaza, Sudan, Ukraine wars. Available at: <<https://www.aljazeera.com/news/2024/9/13/un-head-slams-security-council-for-failure-to-end-gaza-sudan-ukraine-wars>> access on: July 27, 2024.

AMNESTY INTERNATIONAL. Our mission and statute. Available at: <<https://www.amnesty.org/en/what-we-do>> access on: July 27, 2024.

BAER, George W. Sanctions and Security: The League of Nations and the Italian-Ethiopian War, 1935-1936. *International Organization*, 27, (2), 1973, 165-179.

BASIC INVESTIGATIVE STANDARDS FOR DOCUMENTING INTERNATIONAL CRIMES IN UKRAINE. *Global Rights Compliance*. Available at: <<https://globalrightscpliance.com/wp-content/uploads/2023/05/>>

КЕРІВНИЦТВО-3-БАЗОВИХ-СТАНДАРТІВ-РОЗСЛІДУВАННЯ-ДЛЯ-ДОКУМЕНТУВАННЯ-МІЖНАРОДНИХ-ЗЛОЧИНІВ-В-УКРАЇНІ.pdf > access on: July 27, 2024.

BERKELEY PROTOCOL ON CONDUCTING INVESTIGATIONS USING OPEN DIGITAL DATA. Berkeley Law. Available at: <<https://www.law.berkeley.edu/wp-content/uploads/2022/03/Berkeley-Protocol-Ukrainian.pdf>> access on: July 27, 2024.

CENTER FOR DEMOCRACY AND RULE OF LAW. Berkeley Protocol: How Open Sources Help to Hold Russia Accountable. Available at: <<https://cedem.org.ua/news/protocol-berkli>>

CHABARAI, Hanna. For The Hague. Evidence of War Crimes in Donbas. Available at: <<https://tyzhden.ua/dlia-haahy-svidchennia-pro-voieni-zlochyny-nadonbasi/>> access on: July 27, 2024.

COMPLAINT FIELD OVER ATTACK ON SWISS JOURNALIST IN UKRAINE. Swissinfo.ch. 2022. Available at: <<https://www.swissinfo.ch/rus/подана-жалоба-по-поводу-нападени-я-на-швейцарского-журналиста-в-украине/47841766>> access on: July 27, 2024.

THE CONCEPT OF HUMAN RIGHTS AND THE GLOBAL HISTORY OF AN IDEA. Mind and Rights The History, Ethics, Law and Psychology of Human Rights. p. 41-198, 2023.

CRIMINALISTICS. Textbook: in 2 volumes. Edited by Valery Shepitko. v. 2, p. 328, 2019.

DOCUMENTING INTERNATIONAL CRIMES AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS FOR ACCOUNTABILITY PURPOSES. Guidelines for civil society organizations. 2022. Available at: <<https://www.icc-cpi.int/news/documenting-international-crimes-and-human-rights-violations-accountability-purposes>> access on: July 27, 2024.

DUFENIUK, Oksana. Investigation of War Crimes in Ukraine: Challenges, Standards, Innovations. *Baltic Journal of Legal and Social Sciences*, n. 1, p. 46-56, 2022.

EUROJUST. Agreement to extend the joint investigation team into alleged core international crimes in Ukraine for two years. Available at: <<https://www.eurojust.europa.eu/news/agreement-extend-joint-investigation-team-alleged-core-international-crimes-ukraine-two-years>> access on: July 27, 2024.

EUROPOL. Europol set up OSINT task force to support war crimes investigation in Ukraine. Available at: <<https://www.europol.europa.eu/media-press/newsroom/news/>>

europol-sets-osint-taskforce-to-support-investigations-war-crimes-committed-in-ukraine > access on: July 27, 2024.

EUROJUST. Timeline of Eurojust's response to the war in Ukraine. Available at: <<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/two-years-on-a-timeline-of-eurojust-s-response-to-the-war-in-ukraine-en.pdf> > access on: July 27, 2024.

EVALUATING DIGITAL OPEN SOURCE IMAGERY. A guide for judges and fact-finders. www.trueproject.co.uk/osguide. 2024. Available at: < <https://www.trueproject.co.uk/osguide>> access on: July 27, 2024.

FREEMAN, Lindsay. Prosecuting Atrocity Crimes with Open Source Evidence: Lessons from the International Criminal Court. *Digital Witness: Using Open Source Information for Human Rights Investigation, Documentation, and Accountability*. p. 48–67, 2020.

FURAER Andrea. Can They Deliver? The Practice of Joint Investigation Teams (JITS) in Core International Crimes Investigations. *Journal of International Criminal Justice*. v. 22, is. 1, March 2024, p. 43–58, 2024. <https://doi.org/10.1093/jicj/mqae005>

THE GUIDELINES FOR CIVIL SOCIETY ORGANISATIONS ON DOCUMENTING INTERNATIONAL CRIMES AND HUMAN RIGHTS VIOLATIONS FOR ACCOUNTABILITY. Eurojust, the EU Network for the Prosecution of Genocide, Crimes against Humanity and War Crimes, and the Office of the Prosecutor of the International Criminal Court. 2023. Available at: <<https://www.eurojust.europa.eu/sites/default/files/assets/eurojust-icc-csos-guidelines.pdf>> access on: October 12, 2024.

GRACERS, Law Firm. Berkeley Protocol – Principle of Conducting Investigations Using Electronic Digital Data. Available at: <<https://gracers.com/pres-centr/protocol-berkli-princip-vedennya-rozsliduvannya/>> access on: July 27, 2024.

HUMAN RIGHTS WATCH ARCHIVES. Center for Human Rights Documentation and Research. Available at: < https://library.columbia.edu/libraries/chrdr/archive_collections/hrw.html> access on: July 27, 2024.

HURIDOCS report. Human Rights Documentation by Civil Society – Technological Needs, Challenges, and Workflows. Perspectives from Documenters, Transitional Justice Experts, and Tool Developers November 2020. Available at: <<https://static1.squarespace.com/static/5900b58e1b631bffa367167e/t/5fb58bcb67862d7d964cf27a/1605733350976/PILPG+-+HR+Doc+Solutions+-+Assessment+Report.pdf>> access on: July 27, 2024.

INTERNATIONAL COMMITTEE OF THE RED CROSS. Our history. Available at: <<https://www.icrc.org/en/our-history>> access on: July 27, 2024.

INTERNATIONAL PROTOCOL ON DOCUMENTATION AND INVESTIGATION OF SEXUAL VIOLENCE IN CONFLICT: BASIC STANDARDS OF GOOD PRACTICE FOR DOCUMENTING SEXUAL VIOLENCE AS A CRIME UNDER INTERNATIONAL LAW. United Nations. Available at: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/wp-content/uploads/2019/06/report/international-protocol-on-the-documentation-and-investigation-of-sexual-violence-in-conflict/International_Protocol_2017_2nd_Edition.pdf> access on: July 27, 2024.

JDC. JDC is the leading global Jewish humanitarian organization. Our Story. Available at: <<https://www.jdc.org/our-story/>> access on: July 27, 2024.

KOWALCZEWSKA, Kaja. War-Torn Justice: Empirical Analysis of the Impact of Armed Conflict on Fair Trial Guarantees in Ukraine. *Brazilian Journal of Criminal Procedure*, 9(3). p. 1062-1063. 2023 <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v9i3.896>.

LATYSH, Kateryna. Concept of digital forensics and open data source information in the investigation process. *Criminalistics and forensic expertology: science, studies, practice*, v. 19, p. 89–94, 2023.

LAWRENCE, Douglas Film as Witness: Screening Nazi Concentration Camps before the Nuremberg Tribunal. *The Yale Law Journal*. 1995. 105 (2) 449. <https://doi.org/10.2307/797126>

THE LEAGUE OF NATIONS. United Nations. Available at: <<https://www.un Geneva.org/en/about/league-of-nations/overview>> access on: July 27, 2024.

Leiden Guidelines on the Use of Digitally Derived Evidence in International Criminal Courts and Tribunals. Leiden University. Available at: <<https://leiden-guidelines.com/guidelines/>> access on: July 27, 2024.

MAZURYK, Roman. Current Issues of Implementing the Concept of Electronic Criminal Proceedings in the Activities of Prosecutor's Offices: Administrative and Legal Aspect. *Law and Society*. v. 1, p. 156-163, 2022. <https://doi.org/10.32842/2078-3736/2022.1.22>

MICHALCZYK, John J. Filming the End of the Holocaust – Allied Documentaries, Nuremberg and the Liberation of Concentration Camps (2014 Bloomsbury). <https://doi.org/10.5040/9781474210652>

MOLLY, COCHRAN Activism and International Thought: The Women's International League of Peace and Freedom and the Problem of Statelessness in the Interwar Period. *Global Studies Quarterly*, v. 3, is. 1, January 2023, ksad011, p 1-12, 2023. <https://doi.org/10.1093/isagsq/ksad011>

NATIONAL ANTICORRUPTION BUREAU. Available at: <<https://nabu.gov.ua/tags/ecase/>> access on: July 27, 2024.

NUREMBERG TRIALS. United Nations. Available at: <<https://www.ungeneva.org/en/about/league-of-nations/overview>> access on: July 27, 2024.

NY times. Available at: <<https://www.nytimes.com/2022/04/04/world/europe/bucha-ukraine-bodies.html>> access on: July 27, 2024.

OFFICIAL WEBSITE OF THE SUPREME COURT. About Supreme Court. Available at: <https://supreme.court.gov.ua/supreme/pro_sud/sn_kr/> access on: July 27, 2024.

OVER 100 NEW EPISODES OF WAR CRIMES IN DONBAS TRANSFERRED TO THE OFFICE OF THE PROSECUTOR GENERAL. Interfax. 2020. Available at: <<https://www.ukrinform.ua/rubric-ato/3122024-v-ofis-genprokurora-peredaliponad-100-novih-epizodiv-voennih-zlociniv-na-donbasi.html>> access on: July 27, 2024.

PASHKOVSKYI, Mykola. Documentation of International Crimes by Non-Governmental Organizations and the Use of Obtained Digital Information in Criminal Proceedings Under Article 438 of the Criminal Code of Ukraine. Almanac of Scientific Papers of Specialists of the V. V. Stashis Crime Research Institute of the National Academy of Legal Sciences of Ukraine Based on the Results of Research, v. 23. p. 70–80, 2023.

PÉREZ ESTRADA, Miren Josune. Artificial intelligence as scientific evidence in the Spanish criminal process. Brazilian Journal of Criminal Procedure, v. 7, n. 2, p. 1385, 2021. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v7i2.505>.

QUAKERS AND WWI. Available at: <<https://www.quaker.org.uk/faith/our-history/ww1>> access on: July 27, 2024.

REGISTER OF CERTIFIED FORENSIC. Minjust.gov.ua. 2024. Available at: <<https://rase.minjust.gov.ua>> access on: July 27, 2024.

SAVE THE CHILDREN. Our History, 2024. Available at: <<https://old-ukraine.savethechildren.net/about-us/our-history>> access on: July 27, 2024.

SCHWOBEL-PATEL, Christine. The Core Crimes of International Criminal Law. *The Oxford Handbook of International Criminal Law*. 2020. <https://doi.org/10.1093/law/9780198825203.003.0034>

SEMKO, Mykhailo, KRAKHMALYOV, Oleksandr. Electronic Information as Evidence. *Bulletin of the National Technical University “Khar'kiv Polytechnic Institute”*. Series: Current Issues of Ukrainian Society Development. v. 1, p. 48-51, 2021. <https://doi.org/10.20998/2227-6890.2021.1.07>

SEVENTH SUBMISSION TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL COURT: UHHRU SUBMITTED ADDITIONAL EVIDENCE OF RF WAR CRIMES IN EASTERN UKRAINE. Ukrainian Helsinki Human Rights Union, 2020. Available at: <<https://www.helsinki.org.ua/articles/7-podannya-do-mizhnarodnoho-kryminalnoho-sudu-uhspl-peredala-cherhovi-dokazy-vchynennya-rf-vojennyh-zlochyniv-nashodi-ukrajiny/>> access on: July 27, 2024.

SHEPITKO, Valery. Place of Digital Evidence and Evidence Concept in the Doctrine of Criminalistics and Forensic Science. Informative Support of Crime Investigation, v. 1, p. 126-133, 2022.

SHEPITKO, Valery; ZHURAVEL, Volodymyr; AVDEYEVA, Galyna. Innovations in Criminalistics and Their Implementation in the Activities of Pre-Trial Investigation Bodies. *Issues of Crime Control*, v. 21. p. 39-46, 2011.

STANDARDS FOR INVESTIGATING WAR CRIMES. General Part: Methodical Recommendations, p. 112, 2023.

SUESSER, Julia R. Accountability for Human Rights Abuses in Authoritarian Regimes? The Insufficiency of International Justice Institutions: A Critical Look at Syria, China, and Russia. *Connecticut Public Interest Law Journal*. 2022. Available at: <Vol. 22.1. https://cpilj.law.uconn.edu/wp-content/uploads/sites/2515/2023/02/Suesser_Final-copy.pdf> access on: October 12, 2024.

UNIFIED STATE REGISTER OF COURT DECISIONS. Available at: <<https://reyestr.court.gov.ua>> access on: July 27, 2024.

THE UNIFIED STATE REGISTER OF LEGAL ENTITIES, INDIVIDUAL ENTREPRENEURS AND PUBLIC ORGANIZATIONS. Available at: <<https://usr.minjust.gov.ua/content/free-search>> access on: July 27, 2024.

WILPF RESOLUTIONS. 1st Congress. Available at: <https://www.wilpf.org/wp-content/uploads/2012/08/WILPF_triennial_congress_1915.pdf> access on: July 27, 2024.

YUDAN Tan, SUBONG Yang. The Joint Investigation Team in Ukraine: An Opportunity for the International Criminal Court?, *Chinese Journal of International Law*, v. 22, is. 1, March 2023, p. 103–119, 2023. <https://doi.org/10.1093/chinesejil/jmad005>

Authorship information

Valery Shepitko. Full Doctor of Law, Professor of the Department of Criminalistics of Yaroslav Mudryi National Law University. v.yu.shepitko@nlu.edu.ua

Mykhaylo Shepitko. Full Doctor of Law, Professor of the Department of Criminal Law of Yaroslav Mudryi National Law University. m.v.shepitko@nlu.edu.ua

Kateryna Latysh. PhD in Law, MSCA4Ukraine postdoctoral fellow of Faculty of Law at Vilnius University, Associate Professor of the Department of Criminalistics of Yaroslav Mudryi National Law University. kateryna.latysh@tf.vu.lt

Additional information and author's declarations (scientific integrity)

Acknowledgement: Kateryna Latysh has received funding through the MSCA4Ukraine project, which is funded by the European Union. We appreciate the Editors of *Revista Brasileira de Direito Processual Penal* and the two reviewers for their thoughtful and inspiring observations that have greatly enriched this article.

Conflict of interest declaration: the authors confirm that there are no conflicts of interest in conducting this research and writing this article.

Declaration of authorship: all and only researchers who comply with the authorship requirements of this article are listed as authors; all coauthors are fully responsible for this work in its entirety.

- *Valery Shepitko:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Mykhaylo Shepitko:* conceptualization, methodology, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.
- *Kateryna Latysh:* conceptualization, data curation, investigation, writing – original draft, validation, writing – review and editing, final version approval.

Declaration of originality: the authors assure that the text here published has not been previously published in any other resource and that future republication will only take place with the express indication of the reference of this original publication; they also attest that there is no third party plagiarism or self-plagiarism.

Editorial process dates

(<https://revista.ibraspp.com.br/RBDPP/about>)

- Submission: 28/07/2024
- Desk review and plagiarism check: 30/07/2024
- Review 1: 18/08/2024
- Review 2: 20/08/2024
- Preliminary editorial decision: 28/09/2024
- Correction round return: 16/10/2024
- Final editorial decision: 16/10/2024

Editorial team

- Editor-in-chief: 1 (VGV)
- Reviewers: 2

HOW TO CITE (ABNT BRAZIL):

SHEPITKO, Valery; SHEPITKO, Mykhaylo; LATYSH, Kateryna. Digital Evidence Barriers Overcoming in the Ukrainian case: New Actors and Standards. *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 10, n. 3, e1083, set./dez. 2024. <https://doi.org/10.22197/rbdpp.v10i3.1083>



License Creative Commons Attribution 4.0 International.