

## PROFESOR DOCTOR MANUEL DA COSTA ANDRADE

Márcio Ricardo Ferreira\*

### Formación académica y profesional

La idea de entrevistar al profesor Manuel da Costa Andrade me generó alegría y preocupación. La primera, por tratarse de uno de los penalistas más calificados del mundo quien, además de un gran amigo, fue mi orientador de máster en una de las universidades más antiguas del continente europeo. La visión dialéctica del profesor lusitano sobre el sistema de justicia criminal despertó inquietudes filosóficas muy importantes en mí y me permitió percibir el maravilloso mundo existente en la periferia del sistema penal.

La segunda, porque mi participación en la *Revista Cuadernos de Derecho Penal* no sería en la confortable condición de lector, sino con la dura misión de producir un contenido del nivel del entrevistado y de los lectores de la revista, pero que, de no ser precisamente por eso, me hubiera hecho declinar el desafío.

Con tal ánimo, antes de ocuparme de la biografía académica del maestro portugués, me parece oportuno dedicar algunas líneas a una de las más antiguas universidades del viejo mundo, donde el catedrático de Derecho desempeña una de las profesiones más bellas del hombre: la de profesor.

Al firmar el documento "*Scientiae Thesaurus Mirabilis*", el Rey D. Dinis creaba la universidad más importante de Portugal y una de las más prestigiosas del mundo. En 1290, este documento originó el Estudio General, que fue reconocido en el mismo año por el Papa Nicolau IV. Un siglo después del nacimiento de la nación portuguesa, nacía la Universidad de Coimbra que comenzó a funcionar en la ciudad de Lisboa y que, en 1537, se instaló de manera definitiva en la ciudad del Río Mondego (disponible en: <http://www.uc.pt/sobrenos/historia>). Con más de siete siglos, la Universidad de Coimbra es patrimonio mundial de la UNESCO. En este

---

\* Posgraduado en derecho penal y criminología por la Universidade Federal do Paraná y por el Instituto de Criminologia e Política Criminal, Curitiba/Pr; Posgraduado en Derecho penal y proceso penal por la Universidad de Buenos Aires; Magíster en Ciencias jurídico criminales por la Universidade de Coimbra; Oficial judicial del Juzgado Especial Criminal de la Comarca de Curitiba; Profesor universitario de Derecho Penal y Procesal Penal de la Faculdade Nacional de Educação e Ensino Superior do Paraná.

escenario de gran riqueza cultural, el profesor catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, Doctor Manuel da Costa Andrade, se convirtió en uno de los penalistas actuales más respetados en el espacio europeo.

Según la información alojada en el Instituto Eduardo Correa de la Universidad de Coimbra, nació en 1944, en Carcão –Bragança– Portugal, inició su brillante carrera académica en 1965, cuando recibió el premio al mejor alumno del Liceu de Portugal; después, se licenció en Derecho por la Universidad de Coimbra, donde hizo su doctorado en Ciencias Jurídico-criminales con la tesis *Consentimiento y Acuerdo en Derecho Penal: contribución para la fundamentación de un paradigma dualista*. Gracias a una beca, realizó su investigación predoctoral en el *Deutscher Akademischer Austauschdienst* (DAAD), después en el *Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales Strafrecht*, en Freiburg, en Alemania. Fue profesor en la Universidad Autónoma de Lisboa, la Universidad Internacional de Figueira da Foz, la Universidad Portucalense y la Universidad Lusíada (Porto).

En 1975 fue elegido diputado de la Asamblea Constituyente y, con posterioridad, de la Asamblea de la República hasta el año de 1995; ambos cargos le permitieron participar activamente de los proyectos legislativos de la época. Formó parte de la comisión de elaboración de la Constitución portuguesa y de las reformas de 1982, 1989 y 1992 y es uno de los autores de los Códigos Penal de 1982 y de Proceso Penal de 1987; además, tuvo un papel clave en la renovación de la legislación penal y procesal penal portuguesa cuando formó parte de las comisiones del Ministerio de la Justicia.

El jurista lusitano realizó trabajos de investigación en los campos del derecho penal, el proceso penal, la criminología y el derecho constitucional. En la actualidad, es miembro de los institutos de Derecho Penal Económico y Europeo de la Universidad de Coimbra, Eduardo Correa, Jurídico de la Comunicación y de Derecho Bancario, de la Bolsa y de los Seguros. Además de su intervención en la vida política y de su actividad académica, es miembro del Consejo Superior de la Magistratura y fué condecorado por el presidente de la República en 2009, con la *Comenda de la Orden del Infante D. Henrique*.

En el ámbito del Consejo de Europa hizo parte del *Comité Restreint d'Experts sur la Victime dans le Cadre de la Politique Criminelle et Sociale* y el *Comité Restreint d'Experts sur l'Exploitation Sexuelle, la Pornographie, la Prostitution, ainsi que le Trafic d'Enfants et de jeunes Adultes*. También en el ámbito del Consejo Europeo, integró la delegación portuguesa a las *Conférences de Recherches Criminologiques sobre Comportements et Attitudes Sexuelles et leurs Implications sur le Droit Pénal* (1982); sobre *Recherches Sur la Victimisation* (1984); y sobre *Interactions au Sein du Système de Justice Pénale* (1986).

El profesor Da Costa Andrade es autor o coautor de diversas obras, entre las que destacan: *Sobre las prohibiciones de la prueba en el Proceso Penal*; *Derechos de la Personalidad y su Tutela*. Vol. I; *El hombre delincuente y la sociedad criminógena*; *Estudios en Homenaje al Profesor Doctor Jorge de Figueiredo Dias*. Vol. I; *Consen-*

timiento y acuerdo en el Derecho Penal: contribución para una fundamentación de un concepto dualista; Derecho penal médico: SIDA: tests arbitrarios, confidencialidad y secreto; Libertad de empresa e inviolabilidad personal: una perspectiva jurídico-criminal; Sobre la valoración, como medio de prueba en el proceso penal, las grabaciones producidas por particulares; Consentimiento en derecho penal médico: el consentimiento presumido; El principio constitucional “*Nullum Crimen Sine Lege*” y la analogía en el campo de las causas de justificación; por citar algunas.

**C.D.P. Tras su participación en la redacción del proyecto del Código Penal Portugués en 1982, cuéntenos, por favor, ¿qué le parece la legislación penal portuguesa actual?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** En el plano estrictamente positivo, el derecho penal portugués se distribuye por el Código Penal –de 1982, pero con numerosas y más o menos significativas alteraciones– y por una extensa legislación extravagante. El Código Penal persiste como el repositorio del derecho penal clásico, privilegiadamente preordenado a la tutela de los bienes jurídicos fundamentales de la persona y de la comunidad, en la línea del Estado de Derecho liberal. Por el contrario, la legislación extravagante busca dar respuestas a las exigencias coyunturales, confrontantes y más expuestas al cambio, al ritmo de la alternancia dictada por el juego democrático del Estado Social, en dominios como el derecho penal económico, el ambiente, el mercado de valores mobiliarios, tributario, etc.

En el plano de la *Law in Books*, el derecho penal portugués vigente se muestra muy bien alineado con la tradición y los valores del iluminismo y el ideario de la sociedad democrática, plural y secularizada. Es un derecho penal por completo orientado a la tutela de bienes jurídicos, alejado de cosmovisiones religiosas, moralistas o ideológicas y respetuoso, más allá de eso, de principios basilares como los de libertad, igualdad, proporcionalidad, culpa, humanidad, *ultima ratio*, etc.

El cuadro es, importa reconocerlo, diferente del lado de la *Law in Action*. Lo que vale sobre todo para las comprometedoras lagunas del lado de la igualdad: como en general ocurre, también en Portugal la justicia criminal persiste como un campo de desigualdad. Y esto a pesar de todas las proclamaciones en sentido contrario y de la aguda conciencia colectiva en el sentido de reivindicar un tratamiento igual para todos: tanto de los ricos y poderosos (criminales de *White Collar Crime*) como del ciudadano común.

El mismo juicio crítico y negativo podría dirigirse a la experiencia carcelaria: pese a todos los progresos registrados, la vida en el interior de las prisiones está lejos de corresponder a patrones consonantes con la dignidad de que todo el recluso puede legítimamente reivindicarse.

**C.D.P. Para Usted, que sigue de cerca el derecho penal alemán, ¿por qué cree que Alemania tiene un papel tan relevante en la producción del derecho penal a nivel mundial?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** Es un hecho que Alemania representa el más reconocido y decisivo centro de reflexión y de creación doctrinal penal, ejerciendo una influencia reconocida en la mayor parte del globo. Ello vale sobremanera para zonas destacadas de Asia, América Latina y Europa, donde el derecho penal es leído según la gramática dogmática alemana, lo cual es evidente en la categorización basilar (acción, tipo, ilicitud, culpa y punibilidad) de la que Liszt y Beling iniciaron un primer dibujo. No es desconocido que los grandes movimientos de la dogmática germánica desencadenan réplicas en casi todo el mundo: así fue con el positivismo de Liszt y Beling; el normativismo neokantiano de Mezger, el finalismo de Welzel, el pensamiento teleológico-racional de Roxin y el funcionalismo de Jakobs.

Esto se debe, seguramente, a la cantidad y calidad de las universidades alemanas, al horizonte cultural y filosófico de la experiencia germánica, al carácter laborioso con que son preparadas las reformas, la calidad de la jurisprudencia (en particular la del Tribunal Federal y del Tribunal Constitucional), la oportunidad de competir con la más depurada investigación y teorización universitaria.

Lo anterior no significa, sin embargo, menospreciar la doctrina de otros muchos países, pues también en ellos se hacen contribuciones relevantes para el patrimonio común que también son reconocidos y celebrados por los autores alemanes. Es lo que del lado portugués podemos ilustrar con la doctrina y las soluciones legales en cuestión de culpa y de error.

En la interpretación y explicación del éxito de la doctrina penal alemana, hay que tener en cuenta dos aspectos decisivos: por un lado, su rigor científico y sistemático, lo cual le ha permitido difundirse a nivel internacional y entre varias culturas. Por el otro, la justicia de sus soluciones práctico-jurídicas que coincide, en general, con los resultados a que con facilidad llegaría el buen criterio del hombre medio presupuestado por el derecho. Lo que como es natural solo puede aumentar su interés en el contexto de experiencias jurídicas tan distantes como las de tantos países europeos, asiáticos y suramericanos.

**C.D.P. La reintegración social o resocialización tuvo un papel modesto a lo largo de la historia, pero, en la actualidad, alcanza un nivel que se corresponde con los avances en materia de derechos humanos; la misma, sin embargo, no ha logrado concretarse en el Estado colombiano. ¿Cómo evalúa el sistema de resocialización en los países de Europa y, concretamente, en Portugal? Y, al hilo de esto, ¿de qué forma podría beneficiar a la sociedad Colombiana y, por supuesto, al propio condenado?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** Como pensamiento capaz de legitimar y dar sentido a la pena, no creo que haya alternativa al ideario de la resocialización. Adicionalmente, como en general se reconoce –sobre todo, tras la sobresaliente decisión del Tribunal Constitucional de los años setenta, relativa al asesinato de los militares de Lebach–, corresponde hoy a un indeclinable imperativo constitucional, derivado de las implicaciones del Estado social y afincado en la dignidad del recluso, en tanto se trata de un derecho del ciudadano y una obligación del Estado.

Significa que el Estado es el llamado a ofrecerle oportunidades de resocialización al condenado, si bien no las puede imponer coercitivamente. El Estado no puede vanagloriarse de sus programas de resocialización, no puede doblegar al condenado y forzarlo a cambiar su pensamiento o convertirse a los valores del orden jurídico-criminal; en el mismo sentido, el condenado, en tanto persona libre, tampoco puede escudarse siempre en su incontrolable derecho a la diferencia.

Y esto debe ser así, pese a los modestos resultados alcanzados y aunque le asista razón a la desencantada proclama de Martinson, según la cual, en cuestión de resocialización, *nothing works!*, o, aun sabiendo que la respuesta institucional al crimen –con sus lastres de estigma, distancia social y despojamiento de la dignidad– sigue proyectando de manera drástica sus efectos (de) socializadores. No obstante, habrá de proseguirse; aunque sea necesario comenzar de nuevo una y otra vez.

**C.D.P. Usted publicó un libro de gran valor académico intitulado *Libertad de prensa e Inviolabilidad personal: una perspectiva jurídico-criminal*. ¿Cuál es su opinión sobre la influencia de la prensa sensacionalista en la imagen del sospechoso en el proceso penal?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** Radicada en el ideario de libertad individual de pensamiento y expresión, la libertad de prensa constituye un irrenunciable derecho fundamental de las personas y, al mismo tiempo, una institución insustituible de la sociedad democrática, que, sin embargo, no puede reconocerse como objeto de una tutela absoluta, a costa del sacrificio general e indiscriminado de los demás derechos (honor, privacidad, imagen, palabra, autodeterminación informacional) e instituciones democráticas, pues, en el Estado de Derecho, solo la dignidad de la persona goza de reconocimiento y tutela absolutos. En caso de conflicto, es forzoso encontrar formas equilibradas para superarlo, incluso, si ello implica la restricción de alguno de los valores enfrentados.

El crimen constituye un escenario muy atractivo para los medios; estos últimos son determinantes para el descubrimiento de los delitos, sobre todo los de corrupción, pero deben proceder con respeto por la presunción de inocencia y sin la pretensión de sustituir un *due trial by court* por un ilegítimo *trial by newspaper*. En el polo opuesto, tras la condena y una vez que el responsable ha cumplido la pena y expiado su culpa, la prensa no puede prolongar indefinidamente ese estigma y frustrar la resocialización.

**C.D.P. En la actualidad se advierte una marcada preocupación por la eficiencia, por combatir los enemigos sociales, el terrorismo y el crimen organizado. ¿De qué forma evalúa esas construcciones normativistas exasperadas?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** El jurista y, en concreto, el penalista, no puede dejar de estar atento a la realidad política y sociológica que lo rodea. No puede cerrar los ojos a los desafíos de las formas más drásticas y brutales de criminalidad y, en especial, a las manifestaciones más monstruosas de terrorismo internacional. Que, más allá de su nocividad social, expresada en el número incontable de



víctimas –en su mayoría inocentes– que provocan, amenazan los cimientos y los fundamentos de la civilización y del Estado de Derecho, conquistado a costa de tanta sangre y sacrificio. Así, la lucha contra estas manifestaciones exasperadas de criminalidad es legítima e indispensable tanto en el plano sustantivo (en punto de las penas) como en el adjetivo (recurso a medios más invasivos de investigación, intervención de telecomunicaciones, uso de agentes encubiertos, intromisiones en los sistemas informáticos).

La intolerancia absoluta de la tortura y la preservación de garantías como el *nemo tenetur se ipsum accusare*, van de la mano de reconocer a todo delincuente su condición de persona y, en sentido contrario, obligan a rechazar sin tergiversaciones el llamado derecho penal del enemigo. Una de las tareas de los juristas actuales es, precisamente, la salvaguarda intransigente del legado penal y procesal penal del iluminismo. Proceder de otra forma sería ofertar la victoria a los enemigos.

**C.D.P. La delincuencia juvenil propone un desafío de grandes proporciones. Desde su punto de vista, ¿cuál sería la clave para desarrollar e implementar una política criminal más eficiente frente a ese problema?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** La delincuencia juvenil constituye uno de los desafíos más preocupantes con que la justicia y la sociedad en general se ven confrontadas. Más allá de su nocividad actual, ella preocupa por su potencial de amenaza y de peligro que sugiere para el futuro. Pero, más allá de señalar un profundo y posiblemente irremediable fracaso de las sociedades contemporáneas y de sus instrumentos de control y socialización, y sin desconocer los problemas ni cerrar los ojos a la realidad, importa advertir sobre los peligros del sometimiento generalizado de los menores a los sistemas tradicionales de reacción criminal. Y, en particular, los riesgos asociados a la experiencia carcelaria, juntamente, con delincentes adultos.

Se sabe que la prisión puede, en estos casos, funcionar como una escuela de crimen: aprendizaje de técnicas de comisión, de motivaciones, de racionalizaciones y valoraciones sub o contraculturales. Y, en el extremo, la adopción de una identidad y una carrera de *deviance*. En respuesta al comportamiento desviado de los jóvenes deben, por eso, privilegiarse soluciones educativas –educación para la responsabilidad, en derecho y la sociedad– y socioeconómicas –formación profesional, oferta de empleo y alargamiento de las oportunidades legítimas–. Tal vez debería cuestionarse la oportunidad de una nueva política criminal, en la línea de la *new frontier* desarrollada, en su momento, por la Administración Kennedy en los Estados Unidos de América.

Estos son, en síntesis, los valores que debe sacrificar el derecho penal y los principios que debe obedecer la justicia criminal. No me cabe, naturalmente, pronunciarme sobre su aplicación en países como Colombia. Tarea que solo podrá ser legítimamente emprendida por quien conozca el terreno y la realidad y esté comprometido en ella.

**C.D.P. ¿Usted se considera un funcionalista convicto?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** Todo depende de qué se entiende por funcionalismo. En mi opinión, debe rechazarse de forma terminante y combatirse el funcionalismo entendido como doctrina y praxis que llevan a la instrumentalización del hombre al servicio de credos, de proyectos o de trascendentes e hipostasiadas realidades supraindividuales. Y, como tal, con sacrificio intolerable de la dignidad de la persona y de su autonomía. Como dijo un filósofo de la Universidad de Coimbra (Baptista Pereira), ayer como hoy “la persona debe persistir como reserva de soledad de cara a las totalidades sistémicas”.

Será diferente si, con Roxin, encaramos el funcionalismo como una comprensión de las categorías dogmáticas de análisis y construcción de la infracción criminal. Es decir, como un pensamiento teleológico-racional, orientado a determinar el contenido y la extensión de los conceptos basilares de la doctrina penal –particularmente, la acción, el tipo, la ilicitud, la culpa y la punibilidad– a partir de su función político criminal. En esa misma medida, han de abandonarse las tentativas de comprenderlas a partir de criterios naturalísticos o de estructuras ontológicas.

Se trata de modelar categorías dogmáticas –al fin de cuentas, meros artefactos o creaciones culturales del hombre– a partir de su función político criminal, interpretando, por ejemplo, la culpabilidad a partir de la tutela de la dignidad de la persona; la tipicidad a partir de la protección de la libertad y seguridad, etc. En este sentido, me reivindicó de la planilla funcionalista.

**C.D.P. En materia penal, ¿cuáles son sus ambiciones? ¿Qué la falta por hacer?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** La labor científica es una tarea siempre inacabada. En la carrera académica recibimos el patrimonio de nuestros maestros y buscamos entregarlo, enriquecido y actualizado, a los nuestros discípulos. Como diría Broglie, es como el alpinista que, al aproximarse a la cumbre, verifica, con sorpresa y espanto, que frente a él se levanta otra y más alta montaña. Y todo se restablece.

En este preciso momento, mi mayor preocupación científica es la de esclarecer en qué medida puede preservarse el legado del derecho penal de raíz iluminista de cara a las nuevas fronteras y desafíos que traen el progreso tecnológico (medios electrónicos de práctica del crimen y de su investigación, neurociencias, investigaciones genéticas), la globalización, la masificación de los medios ocultos de investigación, la privatización de la justicia criminal, la amenaza del terrorismo, entre otros.

**C.D.P. Teniendo en cuenta que Usted recibe alumnos e investigadores provenientes de América Latina, díganos, por favor, ¿cómo evalúa el derecho penal latinoamericano?**

**Profesor COSTA ANDRADE:** Tengo, efectivamente, el privilegio de trabajar con un número ya incontable de investigadores provenientes de América Latina, y particularmente de Brasil. Tanto en cursos de máster y doctorado como en

diferentes proyectos o líneas de investigación. Hoy son incontables los antiguos alumnos brasileños que obtuvieron conmigo el grado de maestro. También cuento ya con un número significativo de doctores brasileños orientados por mí.

Mi experiencia con los estudiosos brasileños es altamente positiva. En general, los estudiantes brasileños se revelan técnica y culturalmente bien preparados; se empeñan en su trabajo, son asiduos en los tiempos lectivos, están predispuestos a cuestionar y problematizar y son cumplidores de las tareas que asumen. Esto lo confirman los resultados que obtienen cuando presentan pruebas y enfrentan a los jurados. No obstante, su número significativo está lejos de constituir una muestra adecuada para adelantar un juicio sobre la preparación del estudioso brasileño en general; carezco, en verdad, de medios que me permitan concluir si los estudiantes que nos visitan son verdaderamente representativos o si, por el contrario, corresponden a élites más o menos privilegiadas.

En nombre de la Revista Cuadernos de Derecho Penal y del Departamento de Derecho Penal de la Universidad Sergio Arboleda, agradecemos el tiempo dedicado a esta entrevista que, seguro, le permitirá a los estudiosos del derecho penal en Latinoamérica y, específicamente, en Colombia, conocer un poco más sobre Usted y su importante obra.