

# LAS PRISIONES CAUTELARES EN BRASIL<sup>1</sup>

RODRIGO DE SOUZA COSTA<sup>2</sup>

CARLOS EDUARDO ADRIANO JAPIASSÚ<sup>3</sup>

<sup>1</sup> Después de que este informe fue elaborado, sorprendentemente rápido en el 5 de julio de 2011, el Parlamento brasileño aprobó la Ley N° 12.403/11, cambiando profundamente la estructura de la prisión preventiva en Brasil.

Uno de los grandes problemas de la práctica procesal penal era la predicción de la prisión preventiva como medida de precaución aislada. La Ley N° 12.403/11 prevé más allá de la prisión preventiva el arresto domiciliario (Arts. 317 y 318 del CPP), la presencia regular a la corte, bajo las condiciones impuestas por el juez para informar y justificar las actividades (Art. 319, I, CPP); la prohibición de frecuencia a determinados lugares cuando, por razones relacionadas con el hecho, el acusado debe permanecer lejos de estas áreas para evitar el riesgo de nuevos delitos (Art. 319, II, CPP); la prohibición de ponerse en contacto con una persona específica, cuando, por razones relacionadas con el hecho, el acusado debe permanecer lejos de ella (Art. 319, III, CPP); la prohibición de ausentarse de la comarca, cuando su estadía sea conveniente o necesaria para la investigación o instrucción (Art. 319, IV, CPP); arresto domiciliario por la noche cuando el acusado tiene una residencia y trabajo fijos (Art. 319, V, CPP); la suspensión del ejercicio de la actividad económica o financiera cuando existe el temor de su utilización en la práctica de delitos (Art. 319, VI, CPP); la detención de los acusados en casos de delitos cometidos con violencia o amenaza grave a una persona cuando los expertos concluyeron que no es imputable o es semiimputable (art. 26 del Código Penal) y existe el riesgo de repetición (Art. 319, VII, CPP); libertad bajo fianza para garantizar la asistencia a los actos del proceso y evitar la obstrucción de su curso o en caso de resistencia injustificada a la orden de la corte (Art. 319, VIII, CPP) y la vigilancia electrónica (Art. 319, IX, CPP).

Por otra parte, las posibilidades de uso de la prisión preventiva fueron limitadas. Esta solo se puede aplicar a delitos castigados con pena de prisión de más de cuatro años, si el acusado ha sido condenado en última instancia por otro delito, siempre que no sea reincidente; si el delito consiste en la violencia doméstica contra las mujeres, niños, adolescentes, viejos, enfermos o con discapacidad, para garantizar la aplicación de medidas urgentes de protección y también cuando existan dudas sobre la identidad civil de la persona, o cuando el detenido no proporciona información suficiente para aclararla; en tales casos, el preso debe inmediatamente ser colocado en libertad después de la identificación (Art. 313, CPP).

Por lo tanto, tenemos que esperar por lo menos un período de un año para ver qué efectos se reflejan en la realidad de la detención en Brasil.

<sup>2</sup> Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad Federal Fluminense (UFF). Director del Grupo Brasileño de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

<sup>3</sup> Profesor de Derecho Penal de las Facultades de Derecho de la Universidad del Estado de Río de Janeiro (UERJ) y de la Universidad Federal de Río de Janeiro (UFRJ). Presidente del Grupo Brasileño de la Asociación Internacional de Derecho Penal (AIDP).

## **1. INTRODUCCIÓN: LA LEGISLACIÓN BRASILEÑA SOBRE PRISIONES CAUTELARES**

Las prisiones cautelares, sin embargo de las críticas históricamente conocidas, continúan siendo un instrumento bastante utilizado en Brasil.

En realidad, el proceso penal brasileño convive con la dicotomía prisión/libertad, sin margen para otras medidas durante su curso. De alguna manera, esto deriva en la situación actual de hipertrofia de la utilización de las hipótesis de prisiones cautelares.

La redacción actual de Código de Proceso Penal ofrece al magistrado una gama reducida de opciones en ese campo. Normalmente, para garantizar el orden procesal o la aplicación de la ley penal, el juez tiene una única opción: la prisión cautelar. De esa forma, al percibir la existencia de una amenaza, grande o pequeña, sobre el rumbo cierto de la prosecución, o se decreta la privación de la libertad del acusado, o no se aplica ninguna medida. No existe un término medio, no hay un juicio de proporcionalidad posible.

En el proceso penal brasileño existen cuatro modalidades de prisiones cautelares<sup>4</sup>: prisión en flagrante, prisión derivada de sentencia, prisión temporal y prisión preventiva.

### **a) Prisión en flagrancia**

El artículo 5º, LXI, de la Constitución brasileña prevé que “nadie será preso sino por delito en flagrante o por orden escrita y fundamentada de una autoridad judicial competente, salvo en casos de transgresión militar o de crimen propiamente militar, definidos por ley”.

De forma muy sintética, puede decirse que la prisión en flagrante es una prisión cautelar en la que el individuo es preso por estar cometiendo o haber cometido una infracción penal. Esa medida tiene por finalidad, por un lado, evitar la práctica criminal o detener a su autor y, por otro, salvaguardar la prueba del acto del crimen y de su autoría.

---

<sup>4</sup> BADARÓ, Gustavo Henrique. *Direito Processual Penal*. Tomo II, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, pág. 133.

El Código de Proceso Penal establece las hipótesis de pertinencia de esa prisión a partir del artículo 301, que obliga a las autoridades policiales y faculta a cualquier persona a arrestar a cualquiera que se encuentre en delito flagrante.

En realidad, se trata de un acto eminentemente administrativo ya que la ratificación de dicho acto, sea practicado por la autoridad policial o por un particular, le cabe a la autoridad administrativa, el comisario de la policía. Posteriormente, cabe a la autoridad judicial analizar la regularidad y la necesidad de mantener ese tipo de prisión.

Es importante destacar que las hipótesis consideradas por el orden jurídico brasileño para este tipo de prisión son un poco más amplias que el simple hecho de capturar a un sujeto durante la práctica criminosa.

Para el Derecho brasileño, se considera en flagrancia quien está cometiendo la infracción penal, acaba de cometerla, es perseguido inmediatamente después por la autoridad, por la víctima o por cualquier otra persona, en situación que lo haga presumir ser el autor de la infracción, o encontrado, inmediatamente después, con instrumentos, armas, objetos o papeles que permitan presumir que es el autor de la infracción<sup>5</sup>.

En ese particular, es común encontrar en la doctrina y en la jurisprudencia la exigencia de dos requisitos: la actualidad y la visibilidad. Se entiende por actualidad la necesidad de la propia situación flagrante; y por visibilidad el evento externo al acto, la posibilidad de que alguien testimonie no solo la existencia del acto, sino también que pueda vincularlo con quien lo practicó<sup>6</sup>.

Observamos entonces que no todas las situaciones descritas anteriormente, previstas en el artículo 302 del Código de Proceso Penal Brasileño, se constituyen como situaciones en flagrancia propiamente dichas. Por ese motivo, es común encontrar clasificaciones doctrinarias que diferencian las siguientes modalidades: el propio flagrante,

<sup>5</sup> Art. 302 del Código de Proceso Penal brasileño.

<sup>6</sup> RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 15 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 663.

referente a las hipótesis de que el individuo está cometiendo o acaba de cometer la infracción penal; flagrante impropio, cuando el agente es perseguido inmediatamente después por la autoridad, por el ofendido, o por cualquier persona en situación que lo convierta en el presunto autor de la infracción; y flagrante presumido, que comprende los casos en que el individuo es encontrado inmediatamente después con instrumentos, armas, objetos o papeles que lo convierten en el presunto autor de la infracción. De esta forma, es evidente que la noción de flagrante es un término flexible que sugiere algo inmediato, que se pretende lograr.

A pesar de que, como afirmamos, la prisión en flagrante es un acto esencialmente administrativo, el orden jurídico brasileño asegura que esa modalidad de prisión debe pasar, necesariamente, por el control judicial.

La Constitución Federal<sup>7</sup> establece que la prisión de cualquier persona y el lugar donde se encuentre deben comunicarse inmediatamente al juez competente y a la familia del preso o a la persona indicada por él.

Esto debe ocurrir en la sede policial, después de labrar un documento llamado Auto de Prisión en Flagrante (APF). Ese documento consiste en un resumen del testimonio de quien efectuó la prisión, llamado conductor, de los testigos que acompañaron la práctica del crimen y la consecuente prisión, así como también del interrogatorio del acusado sobre la imputación que se le realiza.

Son pocas las hipótesis en las que el acusado no es inmediatamente llevado a la prisión: o no corresponde la pena de prisión a la infracción penal practicada<sup>8</sup>, o la propia ley exige la firma de un acuerdo de compromiso de comparecimiento a los actos procesales como contraprestación de la libertad<sup>9</sup>, o se autoriza el pago de una fianza<sup>10</sup>.

---

<sup>7</sup> Art. 5º, LXII, CF.

<sup>8</sup> Como es el caso de las contravenciones penales (Decreto Ley Nro. 3.688/41) y el del crimen de portación de drogas para uso propio (Ley Nro. 11.343/06).

<sup>9</sup> Hipótesis prevista para las infracciones de menor potencial ofensivo, cualquier crimen que tenga una pena máxima inferior a 2 años (Ley Nro. 9.099/95)

<sup>10</sup> Pertinente en sede policial solo para los crímenes más leves, con pena de detención o prisión simple (Art. 321, CPP).

Al ser comunicada la autoridad judicial sobre la prisión en flagrante, simultáneamente también se comunica a la Defensoría Pública, responsable por la prestación de asistencia jurídica gratuita, siempre con un plazo máximo de veinticuatro horas<sup>11</sup>.

En el momento inicial, el magistrado debe verificar la regularidad de la prisión presentada, tanto a partir de requisitos de hecho o de Derecho y, en caso de cualquier ilegalidad, debe ordenar inmediatamente la liberación del preso a través de una medida denominada relajamiento de prisión<sup>12</sup>.

Una vez verificada la regularidad de la prisión, el magistrado indaga sobre la necesidad de mantener esa prisión, que es el momento en el que se analiza la posibilidad de concesión o no de la libertad provisional.

Esa medida puede concederse si existe la evidencia de que el reo practicó el crimen en cualquiera de las hipótesis que excluyan el carácter ilícito del hecho<sup>13</sup>, o si no existen hipótesis que autorizan a decretar su prisión preventiva<sup>14</sup>, que serán posteriormente tratadas.

## **b) La prisión temporal**

Por su parte, la prisión temporal es una modalidad de prisión cautelar, de duración limitada, utilizada durante la fase de averiguación policial, destinada a evitar que, en libertad, el investigado pueda dificultar la recolección de elementos de información durante la investigación policial de determinados crímenes de mayor gravedad.

---

<sup>11</sup> Artículo 306, § 1º, CPP.

<sup>12</sup> Art. 5º, LXV, CF. "la prisión ilegal será inmediatamente relajada por la autoridad judicial".

<sup>13</sup> Estado de necesidad, legítima defensa, estricto cumplimiento del deber legal y ejercicio regular de derecho (Art. 23, I, II, III y IV del Código Penal brasileño)

<sup>14</sup> Art. 310, CPP.

Instituida por la Ley Nro. 7.960/89, ingresó al ordenamiento jurídico brasileño a partir de la promulgación de la Constitución Federal vigente desde el año 1988, justamente porque restringe la posibilidad de prisión por delito flagrante o al orden judicial, imposibilitando la práctica corriente de los aparatos policiales de otras épocas, que es la prisión para averiguación de antecedentes<sup>15</sup>. Frente a esta situación, se creó la modalidad de la prisión restricta a la investigación policial, de duración limitada, pero con requisitos más leves con relación a aquellos que autorizan a decretar la prisión preventiva.

Esa prisión puede decretarse cuando<sup>16</sup>: I – es imprescindible para las averiguaciones vinculadas a la investigación policial; II – cuando el indiciado no tenga domicilio fijo o no ofrezca elementos necesarios para el reconocimiento de su identidad; III – si existen razones fundamentadas de autoría o participación del sospechoso en los siguientes crímenes: homicidio doloso<sup>17</sup>, secuestro o detención ilegal<sup>18</sup>, robo<sup>19</sup>, extorsión<sup>20</sup>, extorsión mediante secuestro<sup>21</sup>, estupro<sup>22</sup>, epidemia con resultado de muerte<sup>23</sup>, envenenamiento de agua potable o sustancia alimenticia o medicinal<sup>24</sup>, formación de banda para delinquir<sup>25</sup>, genocidio<sup>26</sup>, tráfico de drogas<sup>27</sup> y crímenes contra el sistema financiero<sup>28</sup>, además de crímenes atroces y semejantes<sup>29</sup>.

Es importante aclarar que, debido a la fuerza de la naturaleza cautelar de esa especie de prisión, es necesario que los requisitos presentes en el artículo 1º de la ley se combinen entre sí, o sea, que estén presentes los incisos I y III o II y III, que corresponden a los requisitos necesarios para la configuración de la cautelaridad del pro-

<sup>15</sup> Esto consistía en la posibilidad de arrestar a cualquier ciudadano que la autoridad policial considerase sospechoso para, posteriormente, investigar la existencia o no de algún hecho criminal contra el detenido.

<sup>16</sup> Artículo 1º de la Ley Nro. 7.960/89.

<sup>17</sup> Art. 121, CPP.

<sup>18</sup> Art. 148, CPP.

<sup>19</sup> Art. 157, CPP.

<sup>20</sup> Art. 158, CPP.

<sup>21</sup> Art. 159, CPP.

<sup>22</sup> Art. 213, CPP.

<sup>23</sup> Art. 267, § 1º, CP.

<sup>24</sup> Art. 270, CP.

<sup>25</sup> Art. 288, CP.

<sup>26</sup> Arts. 1º, 2º y 3º de la Ley Nro. 2.889/56.

<sup>27</sup> Art. 33 de la Ley Nro. 11.343/06.

<sup>28</sup> Previstos en la Ley Nro. 7.492/86

<sup>29</sup> Previstos en el art. 1º de la Ley Nro. 8.072/90.

cedimiento, el *periculum libertatis* (incisos I y II) y el *fumus commissi delicti* (inciso III).

De esta manera, ya sea a través de la solicitud del Ministerio Público o de la representación de la autoridad policial, el magistrado podrá decretar la prisión temporal por el plazo de cinco días, que podrá ser prorrogado por igual período<sup>30</sup>. A pesar de esto, la edición de la Ley de crímenes atroces<sup>31</sup> amplió de forma significativa el tiempo de prisión.

Esto ocurrió porque el artículo 2º, §4º de esta ley amplió en demasía el tiempo de prisión temporal al autorizar, para los crímenes previstos en el artículo 1º de la Ley Nro. 8.072/90<sup>32</sup>, treinta días de prisión, que pueden renovarse por igual período, o sea, multiplicando seis veces el plazo autorizado anteriormente.

Sin embargo, frente a la temporalidad de la prisión, al final del plazo establecido en el mandato judicial, el preso debe ser liberado inmediatamente.

### c) La prisión preventiva

La prisión preventiva es la prisión cautelar por excelencia y puede decretarse en el curso de la investigación policial o durante la acción penal y tiene como requisitos: la garantía de orden público, de orden económico, conveniencia de instrucción criminal y para asegurar la aplicación de la ley penal<sup>33</sup>.

Es importante notar que, más allá de estos requisitos, es imperiosa la existencia de indicios del crimen, así como también de su autoría. Además, debe destacarse que la prisión preventiva no es aplicable

<sup>30</sup> Artículo 2º de la Ley Nro. 7.960/89.

<sup>31</sup> Ley Nro. 8.072/90.

<sup>32</sup> Homicidio (art. 121), cuando se practica en actividade típica de grupo de exterminio, incluso cuando es cometido por un solo agente, y homicidio calificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV y V), latrocinio (art. 157, § 3º, in fine); extorsión calificada por muerte (art. 158, § 2º), extorsión mediante secuestro y de forma calificada (art. 159, inciso, y §§ 1º, 2º y 3º); estupro (art. 213, inciso y §§ 1º y 2º); estupro de persona vulnerable (art. 217-A, caput y §§ 1º, 2º, 3º y 4º); epidemia con resultado de muerte (art. 267, § 1º). falsificación, corrupción, adulteración o alteración de producto destinado a fines terapéuticos o medicinales (art. 273, caput y § 1º, § 1º-A e § 1º-B), genocidio (arts. 1º, 2º y 3º de la Ley Nro. 2.889/56), tortura (Ley Nro. 9.455/97), Tráfico de drogas (Ley Nro. 11.343/06) y terrorismo.

<sup>33</sup> Art. 311 y siguientes del CPP.

a cualquier hipótesis criminal, sino que solo es pasible de aplicación en los crímenes dolosos: a) que son punidos con reclusión<sup>34</sup>; b) que son punidos con detención, frente a la duda sobre la identidad del acusado; c) si el reo hubiera sido condenado por otro crimen doloso, con sentencia firme, con excepción de lo dispuesto en el artículo 64 del Código Penal<sup>35</sup> y; d) si el crimen implica violencia doméstica y familiar contra la mujer, en los términos de la ley específica, para garantizar la ejecución de las medidas de protección de urgencia<sup>36</sup>.

Con relación a los requisitos enumerados anteriormente, puede afirmarse que la presencia de solo uno de ellos, sumada a los indicios de autoría y materialidad del crimen, es suficiente para concretizar la prisión preventiva.

En la búsqueda por el significado de esas expresiones, debe aclararse que lo referente al denominado "orden público" viene considerándose con cautela, tanto por la doctrina como por la jurisprudencia brasileña. Como se trata de un concepto indeterminado, su definición es imprecisa, pero normalmente está ligada a las nociones de cierta sensación de paz y de tranquilidad que debe existir en el medio social. De esta forma, el Supremo Tribunal Federal admite la prisión con base en ese concepto cuando se verifica la hipótesis de reincidencia múltiple, o sea, cuando se obtienen datos que permiten realizar un pronóstico de que, en libertad, el sujeto volverá de delinquir.

Se entiende que el orden público comprende la paz y la tranquilidad social que deben existir en la comunidad, con todos los ciudadanos viviendo en perfecta armonía. De esta forma, si el indiciado o acusado continúa practicando ilícitos penales en libertad, estará perturbando el orden público y la prisión cautelar será necesaria si están presentes los demás requisitos legales.

---

<sup>34</sup> El Código Penal brasileño distingue la reclusión de la detención en su artículo 33 afirmando que "la pena de reclusión debe cumplirse en régimen cerrado, semiabierto o abierto. La de detención, en régimen semiabierto o abierto, salvo necesidad de transferencia a régimen cerrado."

<sup>35</sup> Art. 64 - A los efectos de reincidencia: I - no prevalece la condena anterior, si entre la fecha del cumplimiento o extinción de la pena y la infracción posterior hubiera transcurrido un tiempo superior a 5 (cinco) años, considerado el período de prueba de la suspensión o de la liberación condicional, si no se produce revocación; II - no se consideran los crímenes propiamente militares y políticos.

<sup>36</sup> La Ley Nro. 11.340/06 establece el tratamiento dado a las hipótesis de violencia doméstica practicada contra la mujer.



A pesar de ello, no es poco común verificar, principalmente en decisiones de primera instancia, la utilización de esa expresión que autoriza la prisión preventiva en los casos de peligrosidad del reo, supuesta perversidad del crimen, insensibilidad moral o social del criminal, reacción exagerada de los medios que provocan serios impactos sociales o hasta incluso para garantizar la credibilidad del Poder Judicial<sup>37</sup>, supuestamente afectada por el mantenimiento del reo en libertad<sup>38</sup>.

Además, se observa que el requisito de conveniencia de la instrucción criminal puede entenderse como garantía del desarrollo regular del proceso, correspondiendo la prisión preventiva siempre que la libertad del acusado implique riesgos, como por ejemplo, destruyendo pruebas o amenazando a testigos.

Es importante notar que, una vez concluida la instrucción criminal y cuando no subsisten los motivos que autorizan el decreto de la prisión preventiva, el magistrado puede inmediatamente revocar el decreto de prisión, restituyéndole la libertad al reo<sup>39</sup>.

La garantía de aplicación de la ley penal termina funcionando como medida orientada a impedir, en la mayoría de los casos, la fuga del acusado.

Como explica el profesor Eugênio Pacelli de Oliveira<sup>40</sup>:

La prisión preventiva para garantizar la aplicación de la ley penal contempla las hipótesis en las que haya riesgo real de fuga del acusado y, de esta forma, riesgo de no aplicación de la ley en la hipótesis de decisión condenatoria. Es necesario, sin embargo, que semejante modalidad de prisión se fundamente en datos concretos de la realidad, no pudiendo revelarse como fruto de una mera especulación teórica de los agentes públicos, como ocurre con la simple alegación fundamentada en la riqueza del reo. Resulta claro que, en esa situación, y la realidad lo ha demostrado, el riesgo siempre es mayor, pero incluso así no es suficiente, por sí solo, para decretar la prisión.

<sup>37</sup> TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*, 29. ed. rev. y actual. – São Paulo: Saraiva, 2007, v. 3, pág. 511.

<sup>38</sup> Como en la decisión proferida en los autos del proceso Nro. 2009.5101.812955-0, en trámite en la Justicia Federal de Rio de Janeiro.

<sup>39</sup> Art. 316, CPP.

<sup>40</sup> OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. *Curso de processo penal*: 9 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 415 y 416.

Finalmente, la prisión decretada con base en la garantía del orden económico es de utilización restricta. Esto es así porque su propio fundamento, es decir, el temor de que con la libertad el imputado ponga en riesgo el orden económico brasileño, indica la excepcionalidad, o incluso para algunos, la imposibilidad<sup>41</sup> de decretar esa modalidad de prisión preventiva.

Además de esas hipótesis, pueden mencionarse la prisión para apelar a la sentencia condenatoria recurrible y la prisión para recurrir a la decisión de pronunciamiento. La Ley 11.689/08, que reglamentó el procedimiento de juicio con jurado y eliminó la prisión automática (nueva redacción del artículo 423 del CPP) y la Ley 11.719/08, que alteró el procedimiento común, en la misma línea, revocaron la necesidad de prisión automática para apelación (revocación del artículo 594 del CPP), vinculando la determinación de esos dos tipos de prisión a los presupuestos que motivan el dictado de la prisión preventiva.

Específicamente con relación a la prisión preventiva, puede afirmarse que su uso puede estar motivado por un cierto espíritu inquisitivo y de anticipación de la pena, desvirtuando de esta manera la naturaleza de la cautelaridad, que es la de servir como instrumento para los procesos de conocimiento o ejecución.

Además, parece evidente que la estructura legal brasileña contribuye para que en el país haya 152.612 presos por medidas cautelares, y es por esa razón que este asunto merece analizarse. Para abordar esta cuestión, es necesario entender cómo se da el procedimiento penal y en qué circunstancias acontece la solicitud de una medida cautelar.

## **2. EL PROCEDIMIENTO PENAL EN BRASIL**

En los últimos diez años Brasil comenzó a preocuparse con el acceso a la Justicia. Eso implicó el surgimiento de diversas medidas orientadas no solo a aproximar a la población al sistema judicial, sino también a intentar lograr una prestación jurisdiccional más rápida y efectiva.

En ese sentido, hubo una gran reforma del sistema judicial brasileño a través de la enmienda constitucional número 45, además de reformas legislativas puntuales, principalmente en el proceso penal, que fue modificado radicalmente.

---

<sup>41</sup> Como por ejemplo OLIVEIRA, Eugênio Pacelli. Curso de processo penal: 9 ed. – Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pág. 416.

Puede afirmarse que el sistema brasileño se divide en dos grandes subsistemas: el procedimiento ordinario y el sumarísimo, que se realiza a través de los llamados Juzgados Especiales Criminales.

## **2.1 El Procedimiento ordinario**

El sistema procesal penal brasileño se basa en el denominado acusatorio, con privilegio de aplicación de los principios del contradictorio y de la amplia defensa en la etapa procesal.

A pesar de esto, antes del proceso penal es posible la ocurrencia de una averiguación policial. Ocurrido un delito, y habiendo noticia del crimen, el comisario de la policía puede iniciar un proceso para investigar lo acontecido.

La averiguación policial en el sistema brasileño vive un conflicto en la doctrina y la jurisprudencia. A pesar que el proceso penal brasileño se basa esencialmente en el sistema acusatorio, la averiguación es un procedimiento básicamente inquisitorial y no existe la posibilidad de incidencia del contradictorio, por ejemplo.

En la legislación brasileña, la investigación policial debe tener un plazo máximo de 30 días, si el investigado está suelto, o de diez días, si está preso, como consecuencia de una prisión en flagrante. A pesar de esta previsión legal, la realidad demuestra que en Brasil las investigaciones presentan muchos problemas. En muchas ocasiones, las investigaciones demoran años sin llegar a una conclusión adecuada.

La averiguación es supervisada por el Ministerio Público que, siempre que considere que las investigaciones no fueron suficientes, puede solicitar otras diligencias a la autoridad policial, que es lo que acaba produciendo esa demora.

Dicha situación es tan grave en el procedimiento penal brasileño que, recientemente, motivó la modificación los artículos 109 y 110 del Código Penal brasileño para que la prescripción denominada retroactiva<sup>42</sup> solo comenzara a contarse desde el momento en que el juez recibe la acusación ministerial.

---

<sup>42</sup> La prescripción retroactiva ocurre cuando, impuesta una pena en la sentencia, se realiza una nueva consideración de la prescripción tomando en cuenta el nuevo plazo impuesto por la pena en concreto.

Lo que normalmente ocurría era que, con la reducción del plazo de la prescripción por la pena efectivada en la sentencia, numerosos procedimientos legales terminaban prescribiendo.

Como mencionamos, la averiguación policial puede iniciarse tanto a partir de la noticia del crimen, que puede ser hecha por cualquier persona, como con la prisión en flagrante que, una vez comunicada al juez, puede convertirse o no en prisión preventiva.

La policía lleva a cabo la averiguación bajo la supervisión de la Fiscalía, que hace las solicitudes de medidas, quien de verdad es el titular del derecho de acción. Así, si el fiscal considera que hay pruebas suficientes de la existencia del delito o de su autoría, puede solicitar el archivo del proceso, bajo la supervisión de un juez.

Si el juez está de acuerdo con la petición del MP, él determina el archivo del proceso. Si no es enviado al fiscal jefe, para que él pueda decidir sobre el cierre o el enjuiciamiento.

La prisión preventiva puede tener lugar durante la averiguación, independientemente del flagrante, de la misma forma que la prisión temporal es aplicable de manera exclusiva durante la averiguación.

Si el Ministerio Público encuentra elementos suficientes que impliquen la existencia del crimen y de su autoría, debe formalizar su acusación a través de una petición denominada denuncia.

Esa denuncia se asigna por sorteo a un juez competente que realiza un juicio de admisibilidad, observando la pertinencia de la acusación y las formalidades correspondientes para poder dar inicio al proceso penal a partir de la denominada recepción de la denuncia.

En ese momento el acusado es intimado a responder a la acusación en el plazo de diez días<sup>43</sup>, momento durante el cual elaborará su defensa escrita, presentando sus pruebas, sea a través de un abogado, sea a través de un defensor del pueblo.

En caso de existencia manifiesta de causa excluyente de la ilicitud del hecho, de causa excluyente de la culpabilidad del agente, salvo inimputabilidad, si el hecho narrado evidentemente no constituye crimen; o si estuviera extinta la punibilidad del agente, el juez puede

---

<sup>43</sup> Art. 396, CPP.

absolverlo de inmediato<sup>44</sup>. En caso contrario, el juez establecerá una audiencia de instrucción y juicio, donde de forma concentrada, todas las pruebas posibles se producen en el mismo día y, si fuera posible, con la promulgación de la sentencia.

En la práctica se observa que solo los casos más simples se resuelven en una sola sesión. Los más complejos son necesariamente divididos en múltiples audiencias, lo que causa daño al progreso del proceso.

Durante las audiencias están presentes necesariamente el juez, el fiscal, el defensor y el acusado, pudiendo el MP y la defensa solicitar medidas durante el acto procesal.

Se debe observar que otro de los problemas del Derecho brasileño radica en la demora de los procedimientos, además de la profusión de recursos. El uso de la tecnología, como a través del proceso digital, y la existencia de un juicio de admisibilidad más riguroso con los recursos a los tribunales superiores, constituyen intentos orientados a reducir las estimaciones de la duración promedio de un proceso penal<sup>45</sup>.

## 2.2 Los Juzgados Especiales Criminales

Con la Constitución Federal de 1988 se instituye en Brasil la figura de los Juzgados Especiales Criminales. Con la finalidad de mejorar el acceso a la Justicia, se invirtió en la oralidad, la celeridad, la informalidad, la despenalización y la desjudicialización del proceso penal.

Los juzgados especiales se crearon para juzgar las denominadas infracciones de menor potencial ofensivo, definidas por la Ley Nro. 9.099/95 como todo y cualquier crimen que tenga una pena máxima no superior a dos años.

En los crímenes de su competencia, no hay averiguación policial. El procedimiento en la policía se simplifica y cuenta exclusivamente con el registro del hecho, el testimonio del autor y de la víctima y alguna pericia, si fuera necesario.

---

<sup>44</sup> Art. 397, CPP. 44

<sup>45</sup> Esas estimaciones, demasiado imprecisas, pero referentes exclusivamente al proceso y no a la averiguación, se ubican en casi tres años.

A partir de ese momento, el procedimiento se envía al juzgado donde se fija inmediatamente una audiencia de conciliación. En esa audiencia, ante la presencia de un mediador, se intenta poner fin a la cuestión criminal. Habiendo cualquier tipo de acuerdo, se decreta la extinción de la punibilidad, lo que implica la imposibilidad de establecer una pena a ese caso.

Si no hay acuerdo, en el caso de los Juzgados, el Ministerio Público puede negociar la acción penal con la imposición anticipada de pena de multa o restrictiva de derechos sin la realización del proceso<sup>46</sup>. Si hay aceptación por parte del acusado, y cumplida la sanción, se extingue la punibilidad sin que, en ese caso, se genere un antecedente criminal para quien aceptó la propuesta.

También existe el instituto de la *“suspensão condicional do processo”*<sup>47</sup>, que se puede aplicar a cualquier crimen que tiene la pena mínima no superior a un año, incluso si el delito no es de juzgar a los juzgados especiales criminales. Tras la aceptación de determinadas condiciones, el juez suspende el proceso por un período que varía de dos a cuatro años, si se cumplen todos los requisitos se decreta la extinción de la punibilidad.

Solo en última instancia, y no habiendo aceptación de la propuesta, se fija una audiencia de instrucción y juicio para llegar a una sentencia que, concentrándose en los actos procesales, llegará a una sentencia en la misma audiencia.

El procedimiento es similar a lo del procedimiento ordinario. La única diferencia es que, inicialmente, más un intento de conciliación se lleva a cabo. Después de eso, se escuchan los testigos (acusación y defensa) y finalmente el acusado. Si no hay ninguna otra acción a realizar (como un examen de expertos), las razones se dan por vía oral, lo que es raro, y la sentencia se da de inmediato.

Además de esa breve noción sobre el procedimiento penal brasileño, es necesario entender el sistema penitenciario y las formas de articulación con la realidad social, y de qué forma se estructura la prisión cautelar en Brasil.

---

<sup>46</sup> “Plea of bargain”

<sup>47</sup> Similar a la “Probation”.

### 3. EL SISTEMA PENITENCIARIO BRASILEÑO

En primer lugar, es necesario presentar la situación actual del sistema penitenciario brasileño, mostrando tanto sus características básicas, como su base legal vigente.

Con relación a la base legal, la ejecución penal en Brasil se organiza a partir de la Constitución de la República Federal de Brasil (CF) conjuntamente con otros dispositivos como el Código Penal (CP), el Código de Proceso Penal (CPP) y la Ley de Ejecución Penal (Ley Nro. 7.210/84 - LEP).

Cabe destacarse que el derecho brasileño adopta, de forma expresa, la jurisdiccionalización del proceso de ejecución penal, de acuerdo con lo establecido en los artículos 1º, 2º, 66 y 194 de la LEP<sup>48</sup>.

Otra consideración preliminar que debe realizarse se relaciona al hecho que Brasil tiene altos índices de criminalidad, bastante superiores, por ejemplo, al promedio de otros países de la región. A pesar de esa situación, en los últimos años se registraron importantes reducciones, sobre todo en los índices de homicidios. Sin embargo, hubo un aumento expresivo de los encarcelamientos, además de reformas legales orientadas a aumentar la severidad de la legislación penal y la ejecución de penas<sup>49</sup>.

#### 3.1 El incremento de la población carcelaria en Brasil<sup>50</sup>

De acuerdo con el Departamento Penitenciario Nacional (DEPEN)<sup>51</sup>, los datos consolidados sobre la población carcelaria indican que en diciembre de 2005 había 361.402 presos, de los cuales 296.919

<sup>48</sup> Sobre este tema, ver CINTRA JR., Dyrceu Aguiar Dias A jurisdiccionalização do processo de execução penal – o contraditório e a ampla defesa. Revista brasileira de ciências criminais. n. 9, São Paulo: RT, pp. 115-132.

<sup>49</sup> Solo a modo de ejemplo, los porcentajes de encarcelamiento pasaron de 95,5 presos cada 100.000 habitantes en 1995, a 181.6 presos cada 100.000 habitantes, en 2003. Para obtener más información, ver ILANUD. A lei dos crimes hediondos como instrumento de política criminal. Revista ultima ratio. n.º. 0, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2006, pp. 3-74.

<sup>50</sup> Hay algo que debe ser aclarado. Las estadísticas brasileñas informan haber detenidos fuera del sistema carcelario. Pero no hay información si estos presos tienen o no tienen condena. La opción más común, como se hace en este estudio, es considerarlos sin condena.

<sup>51</sup> Datos obtenidos en <http://www.mj.gov.br/Depen/sistema/CONSOLIDADO%202006.pdf>, con acceso el día 11 de agosto de 2010.

estaban en el sistema penitenciario y 64.483 estaban detenidos en otros establecimientos. En diciembre de 2006 el número alcanzó los 401.236 presos, de los cuales 339.580 estaban en el sistema penitenciario y 61.656 estaban detenidos en otros establecimientos. En diciembre de 2007 ya había 422.590 presos, de los cuales 366.576 estaban en el sistema penitenciario y 56.014 estaban detenidos en otros establecimientos.

En el año 2008 los números suben a 451.129 presos, de los cuales 393.698 estaban en el sistema penitenciario y 57.431 estaban detenidos en otros establecimientos. Y en diciembre de 2009 ya había 473.626 presos, de los cuales 417.112 estaban en el sistema penitenciario y 56.514 estaban detenidos en otros establecimientos. Los datos consolidados hasta junio 2010 muestran un total de 494.237 presos.

Debe destacarse que uno de los problemas más graves del actual sistema penitenciario brasileño consiste en la sobrepoblación carcelaria ya que, en diciembre de 2005, había solo 206.347 plazas en el sistema carcelario; en diciembre de 2006, 236.148 plazas; en diciembre de 2007, 249.515; en diciembre de 2008, 296.428 plazas y en diciembre de 2009, 294.684. Hasta junio 2010 Brasil tenía aproximadamente 299.587 plazas.

Podemos sacar algunas conclusiones iniciales a partir del análisis de estos números. En primer lugar, en los últimos años, hubo un proceso consistente de aumento del encarcelamiento. De 2005 al 2009 hubo un aumento de 112.224 presos.

Estos datos son aún más preocupantes si se observa que en 1990 Brasil tenía solo 90.000 presos, lo que implica un aumento impresionante de 408.500 presos en 20 años. Es curioso señalar que este crecimiento fue aún mayor en 2002 (239.345) en adelante.

Hay que tener en cuenta que este crecimiento de la población carcelaria, 454% en 20 años, no ha seguido el aumento de la población que durante el mismo período creció 31,83%<sup>52</sup>.

Otros dos puntos también merecen destacarse. El primero se relaciona al hecho de que Brasil está invirtiendo sistemáticamente en la

---

<sup>52</sup> De 146.592.579 en 1990 para 191.480.630 personas en 2010, lo que implica un aumento de 28,86%.



construcción de nuevos establecimientos penitenciarios para intentar reducir el déficit de plazas carcelarias. En diciembre de 2004 había 336.358 presos, 211.255 plazas carcelarias y un déficit de 125.103 plazas. En diciembre de 2005 había 361.402 presos, 215.910 plazas y un déficit de 145.492, lo que implicó una evolución del déficit de plazas del 16,30%. Por su parte, en diciembre de 2006 había 401.236 presos, 242.294 plazas y un déficit de 158.942, que implicó una evolución de la falta de plazas del orden del 9,24%. En el 2007 había 422.373 presos, 275.194 plazas y un déficit de 147.179, con una reducción del déficit del orden del 7,40%. En el año 2008 había 451.129 presos y 296.428 plazas, es decir un déficit de 154.701 plazas, con un incremento del 5,11% y, finalmente, en el 2009 había 473.626 presos y 294.684 plazas, lo que implica un déficit de 178.942 plazas, que representa un aumento de 15,67%.

A partir del cuadro presentado sobre el actual sistema penitenciario brasileño, puede concluirse que Brasil se caracteriza por ser un Estado cada vez más penal ya que, a pesar de los avances socioeconómicos consistentes que atraviesa, del crecimiento económico, de la reducción de las desigualdades sociales y de la ampliación de la clase media, esa situación no se refleja en el sistema penal. Además, a pesar de que Brasil haya creado en tres años más plazas en el sistema penitenciario de las que existen en Francia, por ejemplo, aparentemente el modelo no ha sido capaz de crear las condiciones deseables para el sistema penal.

Además, otro punto que merece destacarse es el hecho de que existe una gran concentración de presos en determinados estados de la Federación. El estado de São Paulo, por ejemplo, que es el más rico y poblado de Brasil, tenía a fines de 2009 163.915 presos<sup>53</sup>, con solo 101.774 plazas. A pesar de esta situación, al verificar el promedio de encarcelamientos cada 100.000 habitantes, São Paulo no aparece liderando las estadísticas ya que el estado de Acre supera estos números, y aunque tenía en términos absolutos 3.426 presos, equivalente al 2,09% de los presos paulistas, tiene 495,7 detenidos cada 100.000 habitantes. Debe observarse que São Paulo tiene 396,08 presos cada 100.000 habitantes y que ambas cifras son elevadas en comparación

<sup>53</sup> A fines de 2010 São Paulo tenía 173.060 presos.

con el promedio nacional, que es de 243 detenidos cada 100.000 habitantes<sup>54</sup>.

La situación podría ser todavía peor si no existiera la imposición de penas y medidas alternativas que, en 2007, sumaron aproximadamente 476.000 casos en todo el país. Esto significa afirmar que el sistema penal brasileño alcanza casi 1.000.000 de personas, un número significativo incluso para un país con las dimensiones continentales de Brasil.

Particularmente, con relación a las prisiones cautelares, el cuadro es todavía más grave. De hecho, el aumento de la población carcelaria es menos significativo que el aumento del número de presos provisorios. Entre diciembre de 2003 y de 2009, hubo un aumento de 308.304 a 473.626 presos, o sea, un incremento del 53,62%. Al mismo tiempo, los presos provisorios pasaron de 67.549 a 152.612 en el mismo período, es decir, un aumento del 126%.

Si el período de comparación se extiende, la realidad es aún más dramática. En 1990 Brasil tenía 73.800 presos con condena (82% del total) y 16.200 presos sin condena (18% del total de presos). Los datos de junio de 2010 indican 277.601 presos definitivos (56,17% del total) y 216.636 presos sin condena (43,83% del total). Comparando el período el número de presos con condena aumentó 278%, mientras que el de los sin condena 1253%.

Por lo tanto, si bien es verdad que en Brasil hubo un incremento de los encarcelamientos, esto es todavía más significativo en lo referente a las prisiones cautelares.

Es importante notar que la legislación procesal brasileña, en lo relativo a las medidas aseguradoras de los procesos, trabaja única y exclusivamente con el paradigma de la prisión. Además, las desigualdades regionales brasileñas se manifiestan de forma decisiva cuando emerge el tema de la prisión preventiva. De esta forma, es extremadamente necesario trabajar con un cuadro comparativo mínimo por región brasileña para poder comprender el alcance de esta situación.

Es importante destacar que los datos presentados en este trabajo no son absolutamente precisos. En la mayor parte de los estados brasileños, es bastante frecuente que existan presos no sometidos al sistema

---

<sup>54</sup> 258,11 cada 100 mil habitantes en junio 2010.

penitenciario y que, la mayoría de las veces, permanecen alojados en las comisarías policiales, que son lugares inadecuados para ese fin. Esto implica que algunos estados, como Amapá, Paraíba, Piauí y Santa Catarina, no informen a los órganos oficiales<sup>55</sup> la cantidad de presos existentes en esa situación. En el caso específico de Santa Catarina, es importante destacar que es uno de los tres estados de Brasil que hasta el día de hoy no cuenta con asistencia jurídica gratuita a través de la institución de la Defensoría Pública, a pesar de estar prevista en la Constitución Federal de 1988<sup>56</sup>. Además, solo el 41,09% de las circunscripciones brasileñas cuentan con el recurso de la asistencia gratuita. Esto significa que, en Brasil, el 58,91% de las localidades no cuentan con ese importante instrumento de control de la legalidad de medidas como la prisión procesal<sup>57</sup>.

Todavía con relación a los datos, debemos resaltar que algunas de las informaciones disponibles están evidentemente equivocadas como, por ejemplo, la alegación del estado de Pará de que no habría mujeres entre la población bajo prisión preventiva. De acuerdo con una noticia que circuló por todo Brasil, en noviembre de 2007 se identificó en ese estado una adolescente de 15 años presa en una celda masculina<sup>58</sup>.

#### **a) Región Norte**

La región Norte, conocida por abarcar la selva amazónica, es la región con menor densidad de población de Brasil, tiene 15.359.608 habitantes, equivalente al 8,02% de la población brasileña<sup>59</sup>.

A pesar de eso, los índices de desarrollo humano no son muy expresivos, siendo solo superiores a los registrados en los estados de la región Nordeste, la más pobre de Brasil, como puede observarse en el cuadro a continuación<sup>60</sup>.

<sup>55</sup> El Departamento Penitenciario Nacional, vinculado al Ministerio de Justicia de Brasil.

<sup>56</sup> Los otros estados son Goiás y Paraná donde, a pesar de estar prevista legalmente, no se instituyó.

<sup>57</sup> Fuente [http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag\\_DefensoriaP.pdf](http://www.anadep.org.br/wtksite/IIIdiag_DefensoriaP.pdf)

<sup>58</sup> Como se puede leer en <http://oglobo.globo.com/pais/mat/2007/11/21/327246524.asp>

<sup>59</sup> Datos obtenidos en [www.ibge.gov.br](http://www.ibge.gov.br)

<sup>60</sup> Los cuadros se basan en información extraída de [http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2003\\_2007/tabela04.pdf](http://www.ibge.gov.br/home/estatistica/economia/contasregionais/2003_2007/tabela04.pdf), [http://www.pnud.org.br/pobreza\\_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3039&lay=pde](http://www.pnud.org.br/pobreza_desigualdade/reportagens/index.php?id01=3039&lay=pde), Empleo, desarrollo humano e trabalho decente: A experiência brasileira recente. CEPAL, PNUD OIT, 2008. Disponible en [www.pnud.org.br](http://www.pnud.org.br)

**Tabla N° 1**

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Acre	0,751 (17) <sup>60</sup>	0,763 (15)	0,844 (18)	0,647 (16)	8.789 (18)
Amazonas	0,780 (13)	0,766 (14)	0,925 (4)	0,648 (15)	13.043,00 (9)
Roraima	0,750 (18)	0,736 (22)	0,885 (13)	0,629 (22)	10.534,00(13)
Rondônia	0,776 (14)	0,759 (17)	0,885 (14)	0,685 (12)	10.320,00 (14)
Amapá	0,780 (12)	0,744 (20)	0,919 (7)	0,676 (13)	10.254 (15)
Pará	0,755 (16)	0,772 (13)	0,861 (17)	0,632 (21)	7.007,00 (22)
Tocantins	0,756 (15)	0,671 (16)	0,860 (16)	0,647 (17)	8.921 (17)

Los datos sobre el sistema penitenciario de la región Norte merecen atención. Si se consideran de forma separada, se observa un bajo número de presos con relación al total del país. En total, la región cuenta con 26.743 presos, es decir 5,64% de los presos del país, índice proporcionalmente bajo con relación a la cantidad de habitantes. A pesar de esto, observando los índices de presos por cada 100 mil habitantes, se verifican situaciones alarmantes en la mayor parte de los estados de la Región. El estado de Acre que tiene 495,71 presos cada 100 mil habitantes, lo que representa el mayor promedio nacional de encarcelamiento. Los estados como Rondônia, con 464,52 presos cada 100 mil habitantes, Roraima, con 393,60 presos cada 100 mil habitantes y Amapá, con 289,76 presos cada 100 mil habitantes, superan el promedio nacional de aproximadamente 243 presos cada 100 mil habitantes, tal como lo muestra el siguiente cuadro<sup>62</sup>:

<sup>61</sup> Entre paréntesis se indica la posición del estado con relación a los otros 26 estados brasileños y al Distrito Federal.

<sup>62</sup> Datos obtenidos en <http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2A-E94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm>

**Tabla N° 2**

Estado	Población	Total de presos	Presos cada 100 mil habitantes
Rondônia	1.503.928	6.986	464,52
Acre	691.132	3.426	495,71
Amazonas	3.393.369	4.636	136,62
Roraima	421.499	1.659	393,60
Pará	7.431.020	10.289	138,46
Amapá	626.609	1.812	289,176
Tocantins	1.292.051	1.935	149,76

Con relación a los presos provisorios, la situación no es muy diferente. Mientras Brasil tiene un promedio de 122,06 presos provisorios cada 100 mil habitantes, solo los estados de Amazonas, Tocantins y Pará presentan índices inferiores. Puede notarse, una vez más, que el total de presos provisorios de esa región (14.772 detenidos) representa aproximadamente el 6,7% de los presos provisorios brasileños, lo que indica que entre los presos de la región, los provisorios representan un universo significativo. Ese cuadro es expresivo cuando se analiza, por ejemplo, el caso mencionado ocurrido en el estado de Pará. A pesar de tener el segundo menor número de presos provisorios cada 100 mil habitantes, este total representa el 58,90% de los presos de ese estado. Se observa que los estados de Amazonas (el caso más grave), Amapá y Roraima tienen casi la mitad de sus presos en carácter de provisorios, contando respectivamente con un 66,29%, un 47,41% y un 51,66% de presos provisorios en sus sistemas penitenciarios.

**Tabla N° 3**

Estado	Población	Presos provisorios	Presos provisorios cada 100 mil habitantes
Rondônia	1.503.928	1830	121,68
Acre	691.132	1131	163,64
Amazonas	3.393.369	3073	90,56
Roraima	421.499	857	203,32
Pará	7.431.020	6060	81,55
Amapá	626.609	859	137,09
Tocantins	1.292.051	962	74,46

**Tabla N° 4**

Estado	Presos provisorios	Presos en el sistema penitenciário	Presos provisorios fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisorios
Acre (AC)	1126	3421	5	33,01
Amazonas (AM)	2312	3875	761	66,29
Amapá (AP)	859	1812	0	47,41
Pará (PA)	4507	8736	1553	58,90
Rondônia (RO)	1830	6986	0	26,2
Roraima (RR)	849	1651	8	51,66
Tocantins (TO)	675	1648	287	49,72

**b) Región Nordeste**

Históricamente, la región Nordeste es la más pobre de Brasil. A pesar que esa situación ha ido cambiando en los últimos años gracias a las acciones específicas de numerosos programas sociales de distribución de renta, en su mayoría implementados por el gobierno federal, sus

nueve estados ocupan las últimas posiciones del ranking nacional de desarrollo humano producido por el PNUD, de las Naciones Unidas.

En materia de desarrollo humano y social, pueden notarse algunos casos aislados que se destacan frente al promedio nacional, como es el caso del estado de Bahía en lo referente a la longevidad, que ocupa el duodécimo lugar en el ranking de los 27 estados, y Rio Grande do Norte, que ocupa el decimocuarto lugar con relación al IDH Ingresos.

**Tabla N° 5**

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Maranhão	0,683 (26)	0,696 (26)	0,784 (26)	0,570 (27)	5.165,00 (26)
Piauí	0,703 (25)	0,720 (24)	0,779 (26)	0,608 (25)	4.662,00 (27)
Ceará	0,723 (22)	0,744 (21)	0,808 (22)	0,616 (24)	6.149,00 (23)
Bahía	0,742 (19)	0,775 (12)	0,830 (19)	0,621 (23)	7.787,00 (19)
Rio Grande do Norte	0,738 (21)	0,747 (19)	0,810 (21)	0,657 (14)	7.607,00 (20)
Paraíba	0,718 (24)	0,723 (23)	0,793 (24)	0,638 (19)	6.097,00 (24)
Pernambuco	0,718 (23)	0,710 (25)	0,811 (23)	0,6321 (20)	7.337,00 (21)
Alagoas	0,677 (27)	0,683 (27)	0,759 (27)	0,589 (26)	5.858,00 (25)
Sergipe	0,742 (20)	0,756 (18)	0,827 (20)	0,643 (18)	8.712,00 (17)

La población de la región Nordeste<sup>63</sup> representa el 28,01% del total nacional, mientras el total de presos de esa región<sup>64</sup> representa el 15,70% de los presos brasileños, considerando el promedio de presos cada 100 habitantes<sup>65</sup> en los estados de la región, números que son claramente inferiores con relación al promedio nacional<sup>66</sup>. Solo los estados de Pernambuco y Paraíba se aproximan a dicho promedio.

<sup>63</sup> 53.591.197 personas.

<sup>64</sup> 74.373 presos.

<sup>65</sup> 138,78 presos cada cien mil habitantes.

<sup>66</sup> 247,52 presos cada cien mil habitantes.

**Tabla N° 6**

Estado	Población	Total de presos	Porcentaje de presos cada 100 mil habitantes
Maranhão	6.367.138	5.222	82,01
Piauí	3.145.325	2.591	82,38
Ceará	8.547.809	13.035	152,50
Rio Grandedo Norte	3.137.541	4.162	132,65
Paraíba	3.769.977	8.524	226,10
Pernambuco	8.810.256	21.041	238,82
Alagoas	3.156.108	2.379	75,38
Sergipe	2.019.679	3.130	154,98
Bahia	14.637.364	14.289	97,62

Con relación a los presos provisorios, los números son más significativos. Llamen la atención los casos de Sergipe y Pernambuco, que cuentan respectivamente con 111,11 y 140,17 presos cada cien mil habitantes, situación que ya marca la tendencia que mostrará el porcentaje de presos provisorios. Los dos estados cuentan con más presos provisorios que condenados de forma definitiva<sup>67</sup>, ubicándose en el mismo nivel que los estados de Alagoas y Bahia, que cuentan con 74,19% y 68,32% de sus presos sin sentencia definitiva.

Sin embargo, llama la atención la situación de Piauí. A pesar de ser el antepenúltimo estado brasileño en términos del Índice de Desarrollo Humano (IDH) y el último con relación a los ingresos per cápita, no presenta datos absolutos tan alarmantes sobre el sistema penitenciario, que cuenta con 2.591 presos. De todas formas, cuenta con 1.877 presos provisorios, es decir, el 72,44% de sus presos no han sido condenados de forma definitiva. Lejos de ser un caso aislado ya que no constituye la situación más dramática de Brasil, Piauí es uno de los de la lista de los 16 estados brasileños (de un total de 27) que superan el promedio nacional, con el 44% de los presos resultantes de medidas cautelares.

<sup>67</sup> Sergipe tiene el 71,69% y Pernambuco el 58,69%.



**Tabla N° 7**

Estado	Población	Presos provisorios	Presos provisorios cada 100 mil habitantes
Maranhão	6.367.138	3.867	60,73
Piauí	3.145.325	1.877	59,68
Ceará	8.547.809	6.234	72,93
Rio Grande do Norte	3.137.541	1.695	54,02
Paraíba	3.769.977	2.850	75,60
Pernambuco	8.810.256	12.349	140,17
Alagoas	3.156.108	1.765	55,92
Sergipe	2.019.679	2.244	111,11
Bahia	14.637.364	9.762	66,69

**Tabla N° 8**

Estado	Presos provisorios	Presos en el sistema penitenciario	Presos provisorios fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisorios
Alagoas (AL)	1.364	1.978	401	74,19
Bahia (BA)	3.693	8.220	6.069	68,32
Ceará (CE)	6.071	12.872	163	47,83
Maranhão (MA)	2.070	3.425	1.797	74,05
Paraíba (PB)	2.850	8.524	0	33,44
Pernambuco (PE)	12.349	21.041	0	58,69
Piauí (PI)	1.877	2.591	0	72,44
Rio Grande do Norte (RN)	1.308	3.775	387	40,73
Sergipe (SE)	1.856	2.742	388	71,69

### c) *Región Centro-Oeste*

Con una población casi idéntica a la de la región Norte<sup>68</sup>, pero con una superficie territorial bastante menor, la región Centro-Oeste presenta datos curiosos con relación a los indicadores socioeconómicos. Considerando que el Distrito Federal –que lidera todos los rankings de desarrollo humano– está ubicado en esa región, se puede llegar a tener la falsa impresión de que se trata de una región próspera y pujante económicamente. Sacando al Distrito Federal, caracterizado por la presencia de la burocracia estatal que recibe altos salarios, la actividad económica principal de la región es el agronegocio, que lleva los índices de los estados a niveles intermedios.

**Tabla N° 9**

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Distrito Federal	0,874 (1)	0,835 (1)	0962 (1)	0,824 (1)	40.696,00 (1)
Goiás	0,800 (10)	0,797 (9)	0,891 (11)	0,712 (8)	11.548,00 (12)
Mato Grosso	0,796 (11)	0,789 (11)	0,898 (9)	0,702 (10)	14.954 (8)
Mato Grosso do Sul	0,802 (8)	0,802 (8)	0,894 (10)	0,709 (9)	12.411,00 (11)

Cuando se observa el número de encarcelados, es posible notar la gravedad del cuadro. Todos los estados de la región, con excepción de Goiás, superan al promedio nacional en cantidad de presos cada 100 mil habitantes, a pesar de que en el conjunto de los estados hay 41.254 presos, lo que equivale al 8,71% del total nacional. Mato Grosso do Sul, por ejemplo, tiene una de las mayores tasas nacionales de encarcelamiento con 459,39 presos cada 100 mil habitantes. Llama la atención que, incluso con los mayores índices de desarrollo humano del país, el Distrito Federal tenga una tasa significativa de encarcelamiento, 315,74 cada 100 mil habitantes, superando de forma significativa al promedio nacional.

<sup>68</sup> La región Centro-Oeste posee 13.895.375 habitantes.

**Tabla N° 10**

Estado	Población	Total de presos	Presos cada 100 mil habitantes
Mato Grosso do Sul	2.360.498	10.844	459,39
Mato Grosso	3.001.692	11.061	368,49
Goiás	5.926.300	11.118	187,60
Distrito Federal	2.606.885	8.231	315,74

En lo que respecta a los presos provisorios, los números adquieren relevancia al percibirse que, tanto Mato Grosso como Mato Grosso do Sul, superan de forma significativa el promedio nacional, a pesar que en la comparación del total de presos el único caso destacado es Mato Grosso, que cuenta con más de la mitad de sus presos (50,74%) sin sentencia definitiva, contrastando con el bajo índice del DF, de solo el 19,58%

**Tabla N° 11**

Estado	Población	Presos provisorios	Presos provisorios cada 100 mil habitantes
Mato Grosso do Sul	2.360.498	3.973	168,32
Mato Grosso	3.001.692	5.612	186,96
Goiás	5.926.300	4.949	83,51
Distrito Federal	2.606.885	1.612	61,84

**Tabla N° 12**

Estado	Presos provisorios	Presos en el sistema penitenciario	Presos provisorios fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisorios
Distrito Federal (DF)	1.538	8.157	74	19,58
Goiás (GO)	3.701	9.870	1.248	44,51
Mato Grosso do Sul (MS)	2.770	9.641	1.203	36,64
Mato Grosso (MT)	5.612	11.061	0	50,74

**d) Región Sudeste**

La región Sudeste es la más poblada de Brasil, con un total de 80.779.802 habitantes, equivalente al 42,22% de la población brasileña. Además, es la más desarrollada económica y socialmente. Los estados de Rio de Janeiro y São Paulo ocupan las principales posiciones en los rankings de IDH, IDH Renta, Renta per cápita y IDH Educación.

**Tabla N° 13**

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Rio de Janeiro	0,832 (4)	0,793 (10)	0,945 (2)	0,758 (3)	19.245,00 (3)
São Paulo	0,833 (3)	0,812 (5)	0,921 (6)	0,768 (2)	22.667,00 (2)
Minas Gerais	0,800 (9)	0,819 (4)	0,878 (15)	0,702 (11)	12.519,00 (10)
Espírito Santo	0,802 (7)	0,802 (7)	0,887 (12)	0,715 (7)	18.003,00 (4)

Con relación al número de presos, el cuadro debe observarse con atención, principalmente en el caso de São Paulo. En números absolutos, la región cuenta con 247.726 presos, equivalente a 52,30% de los presos brasileños. De ese total, São Paulo cuenta con 163.915 presos, equivalente al 66,17% de los presos de la región y el 34,61% de los presos del país. Es importante observar que la población del

estado de São Paulo equivale a 51,23% de la población de la región y al 21,63% del país, es decir, que la proporción entre la población y el número de presos no se mantiene.

Los datos indican que São Paulo tiene 396,08 presos cada 100 mil habitantes, bastante arriba del promedio nacional de 247,52 presos cada 100 mil habitantes. São Paulo también tiene el mayor déficit carcelario del país, con 52.741 presos que superan el número de plazas. Debe destacarse que este número es superior a cualquier población carcelaria de cualquier estado brasileño.

Merece especial atención la situación de Espírito Santo, que además de contar con una tasa de encarcelamiento de 319,63 presos cada 100 mil habitantes, el estado es conocido internacionalmente por contar con un sistema penitenciario que viola los derechos de los presos y es frecuentemente blanco de denuncias de Amnistía Internacional por causa de las precarias condiciones carcelarias<sup>69</sup>.

**Tabla N° 14**

Estado	Población	Total de presos	Porcentaje de presos cada 100 mil habitantes
Minas Gerais	20.033.665	46.447	231,84
Espírito Santo	3351669	10.713	319,63
Rio de Janeiro	16.010.429	26.651	166,46
São Paulo	41.384.039	163.915	396,08

Cuando se observa la cantidad de presos provisorios, los números se mantienen. La región cuenta con 106.631 presos provisorios, 51% de los presos cautelares del país y la participación de São Paulo en este escenario es bastante significativa. De ese total, el estado cuenta con 60.659 presos cautelares, o sea el 56,89% de los presos provisorios de la región y el 29% de los presos provisorios del país. A pesar de

<sup>69</sup> Como se puede observar en <http://www.br.amnesty.org/?q=node/697>

eso, Minas Gerais es el estado que presenta proporcionalmente la mayor población carcelaria, con el índice más elevado de presos cautelares: 64,25%.

**Tabla N° 15**

Estado	Población	Presos provisionales	Presos provisionales cada 100 mil habitantes
Minas Gerais	20.033.665	29.843	148,96
Espírito Santo	3.351.669	5.047	150,58
Rio de Janeiro	16.010.429	11.082	69,22
São Paulo	41.384.039	60.659	146,58

**Tabla N° 16**

Estado	Presos provisionales	Presos en el sistema penitenciario	Presos provisionales fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisionales
Espírito Santo (ES)	2.370	8.036	2.677	47,11
Minas Gerais (MG)	18.517	35.121	11.326	64,25
Rio de Janeiro (RJ)	7.589	23.158	3.493	41,58
São Paulo (SP)	51.259	154.515	9.400	37,00

### **e) Región Sur**

Caracterizada por contar con una fuerte colonización europea, principalmente de inmigrantes no portugueses (colonos), la región Sur se destaca por la baja desigualdad social y por los altos índices de desarrollo humano, solamente inferiores a los de la región Sudeste.

La región está habitada por el 14,49% de la población brasileña, 27.719.118 habitantes, y sus estados ocupan la segunda, quinta y sexta posición en el ranking de IDH de los estados de Brasil.

**Tabla N° 17**

Estado	IDH	IDH Longevidad	IDH Educación	IDH Ingreso	Ingreso per cápita (R\$)
Paraná	0,820 (6)	0,809 (6)	0,913 (8)	0,739 (6)	15.711,00 (7)
Santa Catarina	0,840 (2)	0,830 (2)	0,934 (3)	0,756 (4)	17.834,00 (5)
Rio Grande do Sul	0,832 (5)	0,827 (3)	0,921 (5)	0,748 (5)	16.689,00 (6)

Con relación a la población carcelaria, la región Sur cuenta con 79.530 presos, 16,79% de la población carcelaria brasileña. Paraná, que como ya fue mencionado, se caracteriza por ser uno de los tres estados brasileños que no cuenta con asistencia judicial gratuita prestada por la Defensoría Pública, cuenta con 350,36 presos cada 100 mil habitantes, marcadamente la proporción más alta entre los tres estados de la región.

**Tabla N° 18**

Estado	Población	Total de presos	Porcentaje de presos cada 100 mil habitantes
Paraná	10.686.247	37440	350,36
Santa Catarina	6.118.743	13340	218,02
Rio Grande do Sul	10.914.128	28750	263,42

Sin embargo, con relación a los presos cautelares, Paraná presenta también la tasa alta de la región baja del país, con 49,33% de sus presos sin sentencia definitiva. Tanto el estado de Rio Grande do Sul como el de Santa Catarina presentan un bajo porcentaje de presos provisorios.

**Tabla N° 19**

Estado	Población	Presos provisorios	Porcentaje de presos provisorios cada 100 mil habitantes
Paraná	10.686.247	18.468	172,82
Santa Catarina	6.118.743	3.842	62,79
Río Grande do Sul	10.914.128	6.624	60,69

**Tabla N° 20**

Estado	Presos provisorios	Presos en el sistema penitenciario	Presos fuera del sistema penitenciario	Porcentaje de presos provisorios
Paraná (PR)	3.194	22.166	15.274	49,33
Río Grande do Sul (RS)	6.624	28.750	0	23,04
Santa Catarina (SC)	3.842	13.340	?	28,80

En el contexto de este escenario complejo y preocupante, la legislación penal y procesal penal brasileña ha sido blanco de una serie de reformas. Mientras algunas pretenden convertir el orden jurídico en un sistema más severo, otras intentan crear alternativas al encarcelamiento masivo observado en todo Brasil.

Dos proyectos de ley que están tramitándose en el Senado Federal son de particular interés para el tema en debate y serán objeto de algunas reflexiones: el proyecto de Ley de las Cautelares y el de Monitoreo Electrónico.

#### **4. LA REFORMA PROCESAL EN BRASIL**

La reforma del proceso penal aquí abordada comprende el conjunto de ocho proyectos de ley presentados en enero de 2001 por el Poder Ejecutivo al Congreso Nacional con la finalidad de mejorar y racionalizar la prestación de servicios jurisdiccionales en este campo. Esas propuestas han sido elaboradas por una comisión formada por juris-



tas, miembros del Instituto Brasileño de Derecho Procesal (Ada Pellegrini Grinover, Petrônio Calmon Filho, Antonio Magalhães Gomes Filho, Antonio Scarance Fernandes, Luiz Flávio Gomes, Miguel Reale Junior, Nilzardo Carneiro Leão, René Ariel Dotti, Rui Stoco, Rogério Lauria Tucci y Sidnei Benetti), instituida en febrero de 2000.

Desde la promulgación de la Constitución Federal de 1988, se intensificaron las discusiones sobre la necesidad de reformular el sector de la Justicia<sup>70</sup>. La participación efectiva de diversos sectores de la sociedad civil, vinculados o no a la esfera jurídica, en los debates y la percepción de que el mal funcionamiento de la Justicia genera consecuencias graves para todos, y no simplemente para los operadores del derecho, intensificó la demanda por reformas institucionales.

Este fenómeno participativo, sumado a los intereses específicos para la resolución de problemas puntuales presentados por diversas categorías profesionales del derecho, derivó en numerosas actividades a favor de la transformación del sector judicial, entre las cuales la formulación de un Pacto por un Sistema Judicial más Rápido y Republicano es la más relevante. Ese documento, presentado en diciembre de 2004 por los jefes de los tres poderes de la Nación, contiene propuestas efectivas para la reforma constitucional, infraconstitucional y administrativa del sistema judicial<sup>71</sup>. Este Pacto consolidó 25 proyectos de ley de reforma del proceso civil, penal y laboral remitidos al Congreso Nacional.

Con relación al proceso penal, no se presentaron nuevos proyectos sino que se retomaron propuestas discutidas en el 2001 por la mencionada Comisión del Instituto Brasileño de Derecho Procesal (conocida como "Comisión Pellegrini") y que se encontraban en trámite en el Poder Legislativo desde entonces. A partir de ese momento, tres de esos proyectos se aprobaron y se transformaron en leyes (Ley 11.689 - Tribunal del Jurado, Ley 11.690 - Pruebas y Ley 11.719 - Procedimiento común), y uno de ellos, que trata de las medidas cautelares en el proceso penal (que constituye el objeto del presente trabajo analítico), se encuentra en una fase avanzada de tramitación, aprobado por la Cámara de Diputados y aguarda la discusión en el Senado Federal (PL 4.208, de 2001).

<sup>70</sup> Es importante destacar que este debate no es inédito, ya que desde el período colonial ya se discute la crisis del sistema judicial en Brasil.

<sup>71</sup> Disponible en <http://www.mj.gov.br/reforma/data/Pages/MJ8E452D90ITEMIDA08DD25C48A6490B9989ECC844FA5FF1PTBRIE.htm>

La reforma procesal fue pautada por tres objetivos. Dos de ellos son comunes a los procesos laboral, civil y penal, y uno está orientado de manera preponderante a este último: la reducción de la litigiosidad repetitiva, dilatoria o resultante; la racionalización del procesamiento de demandas y la adecuación legislativa a los preceptos constitucionales de garantía.

El primer objetivo se originó en la constatación que el mayor problema de la crisis de lentitud judicial en Brasil radica en el exceso de litigios. Existe una clara exageración en la cantidad de litigios existentes frente a los órganos judiciales, situación que no significa un amplio acceso a la Justicia en el país, sino que, al contrario, indica que pocas personas u órganos utilizan en demasía el sistema judicial, mientras que otras permanecen excluidas del sistema formal de resolución de conflictos.

De esta forma, la limitación de la litigiosidad se orientó hacia la restricción de los litigios predatorios y repetitivos, con el cuidado de no afectar el desarrollo de políticas de ampliación del acceso a la Justicia para los sectores sociales más carentes. Para eso, se desarrollaron instrumentos para la reducción de las demandas judiciales, como el principio de *stare decisis* y la repercusión general del recurso extraordinario, reglamentados respectivamente por las Leyes 11.417/06 y 11.418/06.

Junto con el objetivo de reducir o limitar la litigiosidad, la reforma procesal también pretendió racionalizar el procesamiento de las demandas, imprimiendo celeridad a sus tramitaciones. Sin embargo, las reformulaciones del proceso para lograr más eficiencia y rapidez no pueden afectar los instrumentos necesarios para el ejercicio del contradictorio, de la amplia defensa y el derecho de recurrir a la instancia diversa. El equilibrio siempre tenso entre la eficiencia y la Justicia debe pautar el trabajo legislativo.

En tal sentido, el punto común entre la reforma procesal civil y penal fue el rechazo a la supresión de recursos, con excepciones puntuales, como fue el caso de la extinción del recurso denominado *protesto por novo júri*<sup>72</sup>.

Finalmente, el último principio digno de comentario que orientó la reforma procesal es la adecuación legislativa de los procesos consti-

---

<sup>72</sup> Este recurso permitía que se realizara un nuevo proceso si la pena destinada al acusado fuera superior a 20 (veinte) años.

tucionales de garantía, algo bastante significativo para el proceso penal. Se trata de corregir o adecuar la interpretación de los dispositivos originales del Código de Proceso Penal de 1941 a la luz de la Constitución Federal de 1988, reconociendo en el texto legal algunas construcciones de garantía jurisprudencial provenientes de los Tribunales Superiores o del Supremo Tribunal Federal. Puede afirmarse que el texto actual del Código de Proceso Penal está desfasado y desarticulado, y la adopción de reformas puntuales pretende, aunque de forma no muy efectiva, corregir dichas distorsiones.

## 5. PROYECTO DE LEY 4.208, DE 2001 – MEDIDAS CAUTELARES

El proyecto de ley 4.208 que trata sobre las medidas cautelares procesales penales se presentó en enero de 2001 a la Cámara de Diputados, por iniciativa del Poder Ejecutivo. En el año 2004 se reforzó su importancia cuando los Presidentes de los tres poderes lo incluyeron como propuesta destacada en el mencionado pacto por un Sistema Judicial más Rápido y Republicano.

El objeto de la propuesta es especialmente interesante ya que revela la importancia creciente que asumen las medidas cautelares, tanto en el proceso civil como penal, redundando en la denominada cautelariación del proceso.

La notoria morosidad de la prestación jurisdiccional que extiende de forma significativa el lapso entre la demanda y la sentencia firme impuso la anticipación de los actos procesales. La preocupación por la respuesta efectiva del Poder Judicial y la constatación de que la mora excesiva de los procesos desacredita a la Justicia como una forma confiable de resolver litigios derivó en la valorización de las medidas cautelares, trayendo consecuencias positivas y negativas para el sistema jurídico y para la población<sup>73</sup>.

En el proceso penal, como fue mencionado, la utilización de las cautelares es más traumática porque, normalmente, afecta a la libertad de locomoción, derecho inherente a la dignidad del ser humano. Sin embargo, no es por eso de que el mismo fenómeno verificado tam-

<sup>73</sup> Sobre el tema, GOMES FILHO explica: “Disso resulta, num considerável numero de situações, um risco para a própria obtenção e efetividade do provimento a ser alcançado; este seria, como lembrou Calamandrei, um remédio longamente elaborado para um doente já morto”. A motivação das decisões penais, São Paulo, RT, 2001, p. 218S

bién en el proceso civil deja de tener lugar. Las prisiones cautelares y los respectivos *habeas corpus* son actualmente instituciones procesales más importante que las sentencias y las apelaciones. El tema de la ejecución provisoria de la pena, siempre polémico frente a la presunción de inocencia, es recurrente en los Tribunales Superiores, sin que se presente una decisión definitiva.

En este contexto, el proyecto de ley 4.208/01 cobra importancia ya que justamente tiene por objetivo reglamentar las disposiciones del Código de Proceso Penal sobre las cautelares y la ejecución provisoria de la pena. La actualidad del tema y la inminencia de la votación de la propuesta exigen reflexiones con relación a su contenido.

La idea central del proyecto es la ampliación del número de medidas cautelares pasibles de ser decretadas durante el proceso penal, con la finalidad de asegurar el seguimiento regular y el posterior cumplimiento de la decisión, sea cual sea. La redacción actual de Código ofrece al magistrado una gama reducida de opciones en ese campo. Normalmente, para garantizar el orden procesal o la aplicación de la ley penal, el juez tiene una única opción: la prisión cautelar. De esa forma, al percibir la existencia de una amenaza, grande o pequeña, sobre el rumbo cierto de la investigación y el proceso, o se decreta la privación de libertad del acusado, o no se aplica ninguna medida. No existe un término medio. No hay medidas de proporcionalidad posibles.

Con la finalidad de superar esta dualidad, el proyecto presenta una gama de medidas cautelares diferentes de la prisión, que no son necesariamente originales o desconocidas para el ordenamiento jurídico brasileño. Una parte importante está prevista en la legislación penal como pena restrictiva de derechos (por ejemplo la prohibición de frecuentar determinados lugares) o como una especie particular de cumplimiento de la privación de la libertad (por ejemplo prisión domiciliaria) y su presentación bajo la forma de medidas procesales puede representar un salto cualitativo para la garantía del orden de la investigación y el proceso, de acuerdo con la necesidad.

Es importante notar que la aprobación de ese proyecto implicaría un cambio en la lógica del funcionamiento de la prisión preventiva en Brasil, ya que la propuesta concibe a la prisión como la última alternativa de una serie de medidas cautelares introducidas.

Inicialmente, habría una nueva especie de prisión domiciliaria, de naturaleza cautelar, decretada durante la instrucción, siempre y cuan-

do estén presentes los elementos del artículo 282 de la redacción propuesta<sup>74</sup>. Esta prisión, de acuerdo con los términos sugeridos, puede reemplazar a la prisión preventiva o autónoma.

En la primera situación se constataría la existencia de los elementos necesarios para decretar la prisión preventiva (CPP, art. 312), pero considerando la peculiaridad de las condiciones del acusado, el juez reemplazaría su aplicación por la prisión domiciliaria. Esas condiciones, con relación a la simetría del ordenamiento, son similares a las necesarias para la aprobación de la prisión domiciliaria definitiva, en reemplazo del régimen abierto, previsto en el art.117 de la Ley de Ejecuciones Penales, únicas hipótesis para que dicha medida pueda adaptarse en la actualidad<sup>75</sup>.

La prisión domiciliaria autónoma ocurriría cuando, frente a la ausencia de los requisitos de la prisión preventiva, el juez entiende que dicha medida cautelar es necesaria en los términos del artículo 282 del proyecto.

<sup>74</sup> Art. 282 - Las medidas cautelares previstas en este título deberán aplicarse observándose:

I - la necesidad para la aplicación de la ley penal, para la investigación o la instrucción criminal y, en los casos expresamente previstos, para evitar la práctica de infracciones penales;

II - adecuación de la medida a la gravedad del crimen, circunstancias de hecho y condiciones personales del indiciado o acusado.

§ 1º Las medidas cautelares podrán aplicarse aisladas o acumulativamente.

§ 2º Las medidas cautelares serán decretadas de oficio, a solicitud de las partes o, cuando corresponda, por representación de la autoridad policial.

§ 3º Con excepción de los casos de urgencia o peligro de ineficacia de la medida, el juez al recibir el pedido de la medida cautelar determinará la intimación de la parte contraria, acompañada de una copia del requerimiento de las piezas necesarias, permaneciendo los autos en juicio.

§ 4º En el caso del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones impuestas, el juez, de oficio o mediante un requerimiento del Ministerio Público, de su asistente o querellante, podrá sustituir la medida, imponer otra en acumulación o, en último caso, decretar la prisión preventiva (art. 312, parágrafo único).

§ 5º El juez podrá revocar la medida cautelar o sustituirla cuando verifique la falta de motivo para que subsista, así como también volver a decretarla, si permanecen razones que la justifiquen.

§ 6º La prisión preventiva solamente será determinada cuando no sea posible su sustitución por otra medida cautelar.

<sup>75</sup> LEP, Art. 117. Solo se admitirá la prisión del beneficiario en régimen abierto en residencia particular cuando se trate de:

I - un condenado mayor de 70 (setenta) años;

II - un condenado que sufra una enfermedad grave;

III - una condenada con un hijo menor de edad o discapacitado físico o mental;

IV - una condenada gestante.

Además de la prisión domiciliaria, el proyecto propone la creación de otras medidas cautelares diferentes de la prisión, a saber: presentación periódica durante el juicio, cuando sea necesario, para informar y justificar actividades; prohibición de acceso o frecuencia a determinados lugares, cuando debido a las circunstancias relacionadas al hecho, el acusado deba permanecer distante para evitar el riesgo de nuevas infracciones; prohibición de mantener contacto con una persona determinada cuando, por circunstancias relacionadas al hecho, el acusado deba permanecer distante; prohibición de ausentarse de la Jurisdicción para evitar la fuga o cuando la permanencia sea necesaria para la investigación o instrucción; prisión domiciliaria en el período nocturno y en los días de descanso para los crímenes castigados con pena mínima superior a dos años, cuando el acusado tenga domicilio y trabajo fijos; suspensión del ejercicio de la función pública o de actividades de naturaleza económica o financiera cuando haya recelo de su utilización para la práctica de infracciones penales; internación provisoria del acusado en las hipótesis de crímenes practicados con violencia o<sup>76</sup> grave amenaza<sup>77</sup>, cuando los peritos<sup>78</sup> lleguen a la<sup>79</sup> conclusión de que<sup>80</sup> el acusado es<sup>81</sup> inimputable o semiimputable por problemas de salud (art. 26 del Código Penal) y haya riesgo de reiteración; <sup>82</sup>fianza, en las infracciones que la admiten, para asegurar o la presencia a los actos del proceso, evitar la obstrucción de su curso o en caso de resistencia injustificada a una orden judicial<sup>83</sup>.

Las medidas propuestas no han sido listadas de forma gradual o en orden de proporcionalidad, pero la elección de la medida pertinente, en el caso concreto, dependerá de una constatación judicial afinada sobre su necesidad, sobre la proporcionalidad de la restricción y deberá estar siempre motivada por los términos del art. 282 del CPP.

Como mencionamos oportunamente, no se trata de medidas desconocidas por la legislación penal, ya que la mayoría de ellas están previstas como medidas restrictivas de derechos o como condicionantes de libertad vigilada.

---

<sup>76</sup> Art. 319, I del Proyecto.

<sup>77</sup> Art. 319, II del Proyecto.

<sup>78</sup> Art. 319, III del Proyecto.

<sup>79</sup> Art. 319, IV del Proyecto.

<sup>80</sup> Art. 319, V del Proyecto.

<sup>81</sup> Art. 319, VI del Proyecto.

<sup>82</sup> Art. 319, VII del Proyecto.

<sup>83</sup> Art. 319, VIII del Proyecto.

La presentación periódica en juicio, cuando es necesario informar y justificar actividades, está prevista en el ordenamiento jurídico brasileño como medida aplicada en la denominada suspensión condicional de procesos (o *sursis* procesal), prevista en el artículo 89 de la ley n.º 9.099/95. Este instituto permite que, para cualquier crimen que tenga una pena mínima no superior a un año, el proceso sea suspendido por un período que puede variar de dos a cuatro años, mediante el cumplimiento de determinadas condiciones, entre las cuales se incluye el comparecimiento periódico en juicio cuando sea necesario para informar y justificar actividades. Pasado ese plazo, sin la existencia de revocación, el acusado tendrá su punibilidad extinguida y no podrá valerse nuevamente de ese instituto en los próximos cinco años.

Por su parte, la prohibición del acceso o frecuencia a determinados lugares, cuando por circunstancias relacionadas al hecho el indiciado deba permanecer distante de dichos locales para evitar el riesgo de nuevas infracciones, está prevista en el ordenamiento jurídico brasileño en variadas hipótesis.

Esa prohibición puede aplicarse como pena restrictiva de derechos<sup>84</sup>, aplicable en el caso de crímenes dolosos practicados sin violencia o grave amenaza a la persona, con pena aplicada no superior a cuatro años, puede constar como condición de la llamada suspensión condicional de la pena (*sursis* penal), aplicable para condenas no superiores a dos años siempre que el condenado no sea reincidente de crimen doloso, la culpabilidad, los antecedentes, la conducta social y la personalidad del agente, así como los motivos y las circunstancias autoricen la concesión del beneficio y no sea aplicable el reemplazo de la pena privativa de libertad por la pena restrictiva de derechos<sup>85</sup>.

Una vez concedida la suspensión por un plazo variable de entre dos y cuatro años, el condenado puede tener su pena cumplida, siempre que no haya revocación, sin que sea necesario ir a la prisión.

Debe destacarse que, además, para que se aplique esa condición, el condenado tiene que haber reparado el daño, salvo que haya imposibilidad de hacerlo, como una forma de exonerarlo del cumplimiento, sea a través de una prestación de servicios a la comunidad, o de una limitación de fin de semana durante el primer año de la suspensión.

---

<sup>84</sup> Art. 47, IV, CP.

<sup>85</sup> Art. 77, CP.

La prohibición de mantener contacto con una persona determinada cuando, por circunstancias relacionadas al hecho, el acusado deba permanecer distante, ingresó en el ordenamiento jurídico brasileño como una de las medidas protectoras de urgencia previstas en la Ley Nro. 11.340/06, destinada a combatir la violencia doméstica contra la mujer.

Con el objetivo de modificar la trágica realidad de la violencia doméstica, la Ley n.º 11.340 instituyó soluciones de los más diversos matices, creando Juzgados Especiales de Violencia Doméstica contra la mujer, de competencia mixta<sup>86</sup>, incluyendo la posibilidad que el juez obligue al agresor a no aproximarse a la ofendida, a sus familiares ni a los testigos, fijando el límite mínimo de distancia entre ellos y el agresor<sup>87</sup>. Es verdad que aún existen dificultades para la fiscalización de esa medida ya que los recursos como el monitoreo electrónico aún no han sido implementados en Brasil<sup>88</sup>.

La prohibición de ausentarse de la jurisdicción para evitar la fuga, o cuando la permanencia sea necesaria para la investigación o la instrucción es una medida recurrente en la legislación penal brasileña. Dicha obligación está incluida como condición obligatoria para la concesión de la libertad condicional, o<sup>89</sup> como condición para la concesión del citado *sursis* procesal<sup>90</sup>. Además, el propio Código Penal Brasileño incluye esa condición como una condición prevista para el mencionado *sursis* penal especial<sup>91</sup>.

En cambio, la suspensión del ejercicio de la función pública o de actividades de naturaleza económica o financiera cuando exista un justo recelo de su utilización para la práctica de infracciones penales aparece en distintos momentos en el Código Penal brasileño. Puede verificarse tanto como una de las penas de interdicción temporal de derechos<sup>92</sup>, aplicadas en sustitución de las penas privativas de la libertad, según la ya enunciada regla del Artículo 44 del Código Penal brasileño, o como efecto secundario de la condena criminal, de acuerdo con lo determinado por el artículo 92, I, CP. Se debe obser-

<sup>86</sup> Que puede ser civil, criminal, administrativa, de familia, o sea, cualquiera que se relacione con la situación de la mujer.

<sup>87</sup> Art. 22, III, a, de la Ley Nro. 11.340/06.

<sup>88</sup> Sobre el tema, ver comentarios abajo.

<sup>89</sup> Art. 132, § 1º, c de la Ley Nro. 7.210/84.

<sup>90</sup> Art. 89, § 1º, III de la Ley Nro. 9.099/95.

<sup>91</sup> Art. 77, § 2º, b, CP.

<sup>92</sup> Art. 47, I, CP.



var que dichas previsiones se restringen a la pérdida o suspensión del ejercicio de la función pública, ya que la suspensión de las actividades económicas o financieras constituye, en ese caso, una verdadera innovación.

El tema de la fianza, previsto como medida cautelar para asegurar el comparecimiento a los actos del proceso, evitar la obstrucción de su progreso o, en caso de resistencia injustificada a una orden judicial ya ha sido muy abordado en el Derecho Procesual Penal brasileño. Sin embargo, en esta propuesta sufre una profunda reformulación para que su aplicación se conciba como una regla en el ordenamiento jurídico brasileño, exceptuados los casos previstos en los artículos 323<sup>93</sup> y 324<sup>94</sup> del Proyecto.

La internación provisoria del acusado en las hipótesis de crímenes practicados con violencia o grave amenaza, cuando los peritos concluyan que es inimputable o semiimputable por insanidad (art. 26 del Código Penal) y haya riesgo de reiteración surge como una medida innovadora, pudiendo juntarse a otra propuesta que, a pesar de que exista hace mucho tiempo en otros países, podría unirse a la función aquí descrita: el monitoreo electrónico de presos por medio de tobilleras o brazaletes.

Es verdad que en Brasil ya existe una experiencia práctica de utilización de monitoreo electrónico, instituido por leyes de algunos estados brasileños.

A pesar de que no haya autorización del Congreso Nacional, el 11 de julio de 2007 se dio a conocer la noticia de que el monitoreo electrónico se utilizaría por primera vez en el país en cinco presos en régimen semiabierto en la ciudad de Guarabira, en el estado de Pa-

<sup>93</sup> Art. 323 No se concederá fianza:

I - en los crímenes de racismo;

II - en los crímenes de tortura, tráfico ilícito de narcóticos y drogas afines, terrorismo y en los definidos como crímenes atroces (ver Ley Nro. 8.072/90);

III - crímenes cometidos por grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional y el Estado Democrático;

<sup>94</sup> Art. 324 Del mismo modo no se concederá fianza:

I - a quienes, en el mismo proceso, infrinjan la fianza anteriormente concedida o no hayan cumplido, sin motivo justo, cualquiera de las obligaciones a las que se refieren los artículos 327 y 328;

II - en caso de prisión civil o militar;

III - cuando están presentes los motivos que autorizan el decreto de la prisión preventiva.

raíba, que ya habían cumplido la mayor parte de la pena. Se trata de un proyecto experimental en el que los voluntarios deben utilizar una tobillera electrónica entre las seis y las diecinueve horas, con monitoreo vía satélite y supervisión del Instituto de Metrología de Paraíba<sup>95</sup>.

El estado de Paraná también podrá probar el uso de tobilleras para monitorear a los presos en régimen semiabierto, ya que se presentó un proyecto con esa finalidad al gobierno en noviembre de 2007 y la realización de pruebas depende de análisis técnicos y de viabilidad financiera<sup>96</sup>. Además, debe observarse que tanto el estado de Rio de Janeiro como el estado de São Paulo también poseen leyes que tratan sobre el tema. A pesar de eso, es importante destacar que, frente a la multiplicidad de aplicaciones que puede tener esta instauración, ninguna de esas leyes considera la aplicación del monitoreo electrónico como una medida cautelar sustitutiva de la prisión preventiva, hipótesis que exige legislación federal. En tal sentido, se tramita en el parlamento brasileño el proyecto de Ley 1.440/2007<sup>97</sup> que pretende instituir dicha figura en el derecho brasileño.

El proyecto establece que el juez de oficio, a pedido del Ministerio Público, del abogado, de la Defensoría Pública o, ante su falta, del órgano de asistencia jurídica equivalente, podrá dejar de decretar la prisión preventiva o revocarla mediante la utilización de vigilancia indirecta por monitoreo electrónico, siempre que sea con el consentimiento del monitoreado<sup>98</sup>, sin detallar de manera más precisa las circunstancias de la concretización del monitoreo.

<sup>95</sup> NEGREIROS, Rejane. Quase liberdade. *Jornal da Globo*, Rio de Janeiro, 11 de julio 2007. Disponible en: <<http://jg.globo.com/JGlobo/0,19125,V TJ0-2742-20070711-290782,00.html#>>. Acceso: 02 de noviembre de 2007.

<sup>96</sup> NÓRCIO, Lúcia. Paraná poderá testar sistema de monitoramento eletrônico de presos. *Agência Brasil*, 29 de noviembre de 2007. Disponible en: <http://www.agencia-brasil.gov.br/noticias/2007/11/29/materia.2007-11-29.5987435259/view>. Acceso: 31 de enero de 2008.

<sup>96</sup> BRASIL. Proyecto de Ley Nro. 1.440 de 2007. Establece el monitoreo electrónico de presos y reos sujetos a libertad provisional y suspensión condicional del proceso. Net, Brasília, DF, 2007. Disponible en: <[http://www.camara.gov.br/sileg/prop\\_detalhe.asp?id=357569](http://www.camara.gov.br/sileg/prop_detalhe.asp?id=357569)>. Acceso: 24 de octubre de 2007.

<sup>97</sup> Art. 3º del proyecto de Ley Nro.1.440 de 2007.

## 6. CONCLUSIÓN

Frente a la compleja situación presentada en el territorio brasileño, es evidente que la propuesta de reforma en cuestión no es perfecta ni está inmune a recibir críticas. La actividad legislativa, como cualquier actividad humana, está sujeta a fallas, y aunque la construcción de dichas propuestas haya contado con la participación de académicos destacados e institutos reconocidos, un estudio más atento señalará numerosas imperfecciones. Por lo tanto, siempre habrá un aspecto asistemático en cualquier nueva ley, y su aplicación necesitará siempre la prudente construcción de la jurisprudencia para adecuarla a las sorpresas del caso concreto, no previstas por el legislador.

Sin embargo, es importante señalar y concluir que, a pesar de los puntos cuestionados, el proyecto de Ley 4.208/01 es loable porque cree que es posible salvaguardar el proceso penal con medidas menos drásticas y gravosas que la prisión. El texto reconoce explícitamente la violencia de la privación de la libertad y el intento de minimizar su incidencia es claro.

Es importante destacar que la consolidación de una cultura de sustitución de las prisiones provisionales no depende solo del cambio del texto legal. Las alteraciones legislativas son importantes ya que constituyen un marco fundamental, pero además es necesario reformular los antiguos valores y el comodismo de las tradiciones cristalizadas. El desarrollo de una nueva política criminal procesal depende del coraje de los magistrados, fiscales, abogados, defensores, en fin, de todos los operadores del derecho para reconocer y aplicar medidas alternativas que se aparten de la terrible cotidianeidad de las prisiones cautelares, de esta monotemática solución de conservación del orden procesal, y apunten a la valorización de la dignidad, afectando lo menos posible al ciudadano sobre el cual no pesa una condena criminal firme.