

El encarcelamiento provisorio en Brasil: panorama desde la resistencia interna a la aplicación del Pacto de San José de Costa Rica¹

Resumen

El texto aborda el fenómeno de la expansión de la prisión preventiva en Brasil, en los últimos tres años, a pesar de la reciente alteración del Código de Proceso Penal. Trata también de la impermeabilidad de la doctrina y jurisprudencia brasileñas a las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y de las dificultades derivadas de la permanencia de una tradición jurídica autoritaria aún después de finalizado el ciclo dictatorial de 1964-1985.

Palabras-clave: Prisión preventiva. Presunción de inocencia. Control de convencionalidad. Tradición autoritaria.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES:

El encarcelamiento provisorio es una medida excepcional. La frase encierra un axioma consagrado en nuestro Derecho, sin embargo, la realidad brasileña lo desmiente todos los días.

¹ Este texto fue elaborado como base para la conferencia que sería proferida por Geraldo Prado, Profesor de Derecho Procesal Penal de la Universidad Federal de Rio de Janeiro (UFRJ), el día 20 de noviembre de 2014, en el ámbito del III Congreso de la Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC), realizado en Tegucigalpa (Honduras), entre los días 18 y 20 de noviembre de 2014.

De acuerdo con las estadísticas del Ministerio de Justicia brasileño, en relación al año 2010, el número de presos provisorios era de 164.683 hombres y mujeres.² Según la misma fuente, en idéntico período había 496.251 personas presas. La correlación revela de forma clara como la prisión provisoria se ha agigantado en Brasil, correspondiendo a poco más del treinta por ciento de la población carcelaria total.³

En investigación publicada en el 2000, en la obra *El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos*⁴, el jurista argentino Eugenio Raúl Zaffaroni alertaba sobre el hecho de que, en América Latina, el problema más grave del sistema penal consistía, por su frecuencia y extensión, en el ejercicio del poder punitivo represivo por medio de la prisión preventiva que, en la enseñanza del maestro, tiene evidente filiación penal.⁵

También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) comparte la misma preocupante opinión y por eso, el 06 de agosto de 2009, emitió el Informe 86/09⁶, sobre el caso de fondo Jorge, José y Dante Peirano Basso y República Oriental del Uruguay (caso n°

2

<http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRIE.htm> consultado el 19 de agosto de 2011.

3 Ver también: GOMES, Luiz Flávio. Encarceramento (massivo) de presumidos inocentes: 42,9%. Disponible en <http://www.lfg.com.br> 30 julio. 2009. Citado por Fauzi Hassan Choukr en: “As medidas cautelares pessoais no processo penal brasileiro: panorama dos três anos da Lei n.º 12.403/11”, en impresión.

⁴ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad* in: *El Proceso Penal: Sistema Penal y Derechos Humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 11.

⁵ En análisis retrospectivo de la transición del Código Rocco al nuevo Código de Proceso Penal italiano, Giuliano Vassali, jurista con protagonismo indiscutible en ese recorrido, recordó la afirmación del magistrado de la Corte de Casación italiana, aún bajo la protección del Código Rocco, nitidamente autoritario, mas ya alterado por interpretación de la Corte Constitucional. Dijo el magistrado, no identificado por Vassali, que “si no se pudiese imponer la detención provisoria hasta más no poder no habría ninguna prisión más en el sistema actual.” Así, destacaba el magistrado, “cuando la prisión preventiva era usada, se aplicaba prácticamente la única pena admisible”. Esa lógica, refutada por Vassali, expresa, sin embargo, el recurso a la prisión preventiva como respuesta penal, usual también en el ordenamiento que inspiró el brasileño. VASSALI, Giuliano. *Introduzione*, in: *L'inconscio inquisitorio: Le eredità del Codice Rocco nella cultura processualpenalistica italiana*. Milão, Giuffrè, 2010, p. 18.

6

http://www.defensapublica.org.ar/JURISDICCIONAL/Jurisprudencia/CorteInteramericanaDDHH/info_rme35del07_uruguay.pdf, consultado el 21 de agosto de 2011.

12.553), estipulando reglas para los Estados signatarios de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, entre ellos Brasil, acerca de los criterios desarrollados en el ámbito de la Corte Interamericana para la validez jurídica de las prisiones preventivas.

Después de eso la situación no mejoró. Al contrario, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁷ profundizó las investigaciones y concluyó que en América Latina la prisión provisoria configura instrumento preferencial para hacer frente a las cuestiones de seguridad ciudadana.⁸

Son indicios significativos, que no se pueden ignorar: la angustia penalista, los números de presos provisorios en expansión permanente y geométrica y la reacción en el contexto del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

El texto que sigue busca, aunque de forma rápida, proponer claves explicativas para la expansión de la prisión preventiva en Brasil, después del advenimiento de la Ley n° 12.403/2011, que modificó el Código de Proceso Penal y buscó implantar un modelo legal compatible con los criterios definidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

2. ALTERACIÓN LEGISLATIVA. LA REFORMA BRASILEÑA DE 2011:

La primera y más evidente observación es la de que sería natural que la modificación del escenario normativo de la prisión preventiva, en Brasil, por fuerza de la Ley n° 12.403/2011, partiese del conjunto de

⁷ El examen detallado del Informe y de la decisión de la Comisión, así como de los precedentes de la Corte Interamericana, puede ser extraído de la siguiente obra: Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano. BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto. Buenos Aires, Editores Del Puerto, 2008.

⁸ El Informe sobre el uso de la prisión preventiva en las Américas, emitido por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, presenta denso y desolador escenario, en especial en lo relativo a Brasil (ítem n° 47). Vide: <http://www.oas.org/es/cidh/ppl/informes/pdfs/Informe-PP-2013-es.pdf> consultado el 12 de noviembre de 2014.

indicios expansivos de la prisión preventiva para desembocar en un nuevo modelo que privilegiase las alternativas al encarcelamiento.

No fue lo que ocurrió al considerarse los datos mencionados.

La reforma parcial del Código de Proceso Penal brasileño, estatuto que data de 1941, solamente se justificaba teórica y prácticamente en un contexto de adecuación de la legislación en vigor a los preceptos de la Constitución democrática de 1988 y al Pacto de San José de Costa Rica. Vale subrayar que, pensándose de manera más abarcativa, existe un proyecto de ley de iniciativa del Senado Federal mejor elaborado que el de la reforma de 2011.

Este proyecto, que está paralizado en el Congreso Nacional, propone un nuevo Código de Proceso Penal e intenta avanzar en la dirección indicada en los Informes de la Comisión y en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que tuvo la competencia reconocida por Brasil por medio del Decreto Legislativo n° 89, del 03 de diciembre de 1998 (Art. 62 de la Convención), en el contexto de la aprobación del Pacto de San José de Costa Rica, por el Decreto 678, del 06 de noviembre de 1992.⁹

No obstante el esfuerzo en el plano legislativo, el resultado práctico después de la entrada en vigor de la Ley n° 12.403/2011 apunta hacia el incremento de las prisiones provisionales y uno de los aspectos más evidentes, para revelar el grado de dificultad de la interlocución del derecho brasileño tiene que ver con resistencias en el plano de la propia dogmática del proceso penal.

⁹ La propuesta de un nuevo Código de Proceso Penal resultó del requerimiento n° 1.694/09, aprobado por el Plenario del Senado Federal, dando lugar al Proyecto de Ley del Senado n° 156/09. El Proyecto fue aprobado en la referida Casa Legislativa, con alteraciones, y enviado a la Cámara de Diputados, en la cual tomó el n° 8.045/10 y sigue tramitando, adjunto al Proyecto de Ley n° 7.987/2010, de iniciativa del Diputado Miro Teixeira (PDT-RJ).

Así es que el caso brasileño se caracteriza por una circunstancia peculiar. En efecto, la tradición jurídica brasileña remite al análisis de la prisión procesal con herramientas dogmáticas propias del proceso civil. Aury Lopes Jr. criticó con justa severidad la transposición automática de conceptos y categorías de las medidas cautelares del proceso civil para el proceso penal¹⁰. Resaltó que James Goldschmidt había revelado el desacierto de la equiparación, en tema de hecho asimétrico, tomando como base o referencia la extraordinaria contribución de Piero Calamandrei, que había sido, sin embargo, pensada para solucionar controversias civiles.¹¹

Fumus boni iuris e periculum in mora son claramente insuficientes y no reflejan los fenómenos atinentes a los presupuestos de las cautelares penales incidentes sobre la libertad del imputado.

Así es que para prender o mantener la prisión provisoria de alguien no se cuestiona la verosimilitud entre la conducta atribuida al individuo y algún indefinido derecho subjetivo. Tampoco la necesidad de la prisión es conferida por la demora en la prestación jurisdiccional.

Aunque hace algunos años parte de la doctrina brasileña haya abandonado tales referencias a cambio de equivalentes más cercanos a la realidad de la privación de la libertad por motivo procesal, con referencias explícitas a la enseñanza de Pedro Aragonese Alonso, que se vale de las categorías del *fumus commissi delicti* y del *periculum libertatis* para definir los presupuestos de la prisión procesal cautelar, aún así en su mayoría los tribunales siguen decidiendo las cuestiones

¹⁰ LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, vol. II, 3ª Ed. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010, p. 55.

¹¹ CALAMANDREI, Piero. *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*. Buenos Aires, El Foro, 1997, publicada originalmente en Padova (Cedam), en 1936, con el título *Introduzione allo studio sistematico dei provvedimenti cautelari*.

cautelares penales a partir de los esquemas conceptuales del proceso civil.¹²

Zaffaroni destaca la impropiedad de la adopción de criterios y categorías del proceso civil para enfrentar las tormentosas cuestiones relativas a la prisión preventiva y enfatizará el carácter ideológico de la opción. Son palabras de él:

“Desde el lado de las teorías procesalistas, en general la vertiente se remite al proceso civil, o sea, a una asimilación con las medidas cautelares de ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por alto la obvia diferencia entre una limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera siempre es recuperable y reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible”¹³

En mi opinión la mejor opción metodológica debe valorizar los criterios definidos en el Informe n° 86/09, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La adopción de otra nomenclatura, inspirada en las decisiones de la Corte Interamericana, tiene la pretensión de situar correctamente la cuestión, circunscribiéndola al ámbito penal, con subordinación a los principios penales y procesales penales consagrados en la Constitución de la República y en el Pacto de San José de Costa Rica, pues ambos son fuentes de los criterios de interpretación y aplicación de las normas que regulan el Sistema de Justicia Criminal.

La inserción de Brasil en el panorama de las comunidades sometidas a la jurisdicción de la Corte Interamericana obliga a que compartamos la gramática de ese sistema, de donde parten los deberes

¹² LOPES Jr., Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*, obra citada, p. 55.

¹³ Zaffaroni, Eugenio Raúl. *Proceso Penal y Derechos Humanos: Códigos, principios y realidad*, obra citada, p. 12.

cuyo cumplimiento envuelve juicios de constitucionalidad y convencionalidad que aseguran la validez jurídica de los actos procesales penales.

No hay como escapar de eso. Más aún, no hay siquiera como evitar o ignorar límites impuestos al poder legislativo local (brasileño) por la jurisprudencia de la Corte Interamericana de la misma forma que hay límites impuestos al legislador ordinario por la interpretación/aplicación de las normas constitucionales por el Supremo Tribunal Federal.¹⁴

En este punto es crucial el papel que la presunción de inocencia desempeña en el esquema analítico desarrollado en el ámbito de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para cohibir la mencionada expansión de la prisión preventiva y su distorsionado empleo como dispositivo de punición anticipada.

3. PRESUNCIÓN DE INOCENCIA VS DERECHO PROCESAL PENAL DE AUTOR:

Paola Bigliani y Alberto Bovino subrayan acerca del Informe n° 35/07, de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, que precedió al Informe n° 86/09, que “lo más importante, sin embargo, es que el Informe constituye la aplicación concreta de los principios

¹⁴ Ejemplo de tal limitación en Brasil puede ser observado en la edición de la Ley n° 11.464/07, que revocó la previsión original, que consta en la Ley de los Crímenes Hediondos (Ley n° 8.072/90), de cumplimiento de la pena privativa de libertad en régimen integralmente cerrado, norma jurídica declarada inconstitucional por el Supremo Tribunal Federal (HC 82.959-7/SP, juzgado en la sesión plenaria del 23 de febrero de 2006).

desarrollados por el sistema interamericano”¹⁵, especialmente a partir del caso López Álvarez vs. Honduras (01/02/06).¹⁶

En el examen de López Álvarez vs. Honduras, sin duda, la Corte pronunció las principales conclusiones sobre el tema, consideraciones fundamentales que sistematizaron los principios jurídicos reconocidos de forma esparcida en decisiones anteriores y que orientaron el referido Informe y las decisiones posteriores.

Del caso López Álvarez cabe destacar, inicialmente, el rechazo frontal a la concepción del denominado “derecho procesal penal de autor”, que se caracteriza por “considerar las características personales del imputado para fundar la medida cautelar”.¹⁷

En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos deliberó en el ítem 69 de la citada sentencia que hay obligación del Estado miembro que consiste en no restringir la libertad del preso más allá de los límites necesarios para asegurar que, en libertad, el imputado no perjudicará la recolección de la prueba o complicará la acción de la Justicia. Y la Corte concluyó que esta misma obligación excluye la posibilidad de considerarse suficientes, para decretar la prisión, las características personales del imputado y la gravedad en teoría del crimen que se le atribuye. Reafirma la Corte que “la prisión preventiva es una medida cautelar y no punitiva”.

Deriva de la presunción de inocencia el apartamiento del proceso penal de autor que, por ejemplo, hizo inviable la redacción propuesta para el artículo 312 del Código de Proceso Penal brasileño, en la versión del proyecto original de las medidas cautelares (Proyecto n° 4.208/01), que

¹⁵ Traducción libre. BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano, obra citada, p. 7.

¹⁶ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_141_esp.pdf, consultado el 21 de agosto de 2011.

¹⁷ Traducción libre. BIGLIANI, Paola y BOVINO, Alberto. Encarcelamiento preventivo y estándares del sistema interamericano, obra citada, p. 27.

preveía su admisión en la hipótesis de que el indiciado o acusado viniese “a practicar infracciones penales relativas al crimen organizado, a la probidad administrativa o al orden económico o financiero considerados graves, o mediante violencia o grave amenaza a la persona”.

De este modo la presunción de inocencia opera en el proceso penal en general, y con mayor rigor en el ámbito de las medidas de privación de la libertad, como principio paraguas, para determinar la orientación prevalente a propósito de los demás principios procesales constitucionales y para dar forma más precisa a la propia noción de debido proceso legal. Dicho de otra manera: el debido proceso legal solamente lo será en la medida en que esté de conformidad con la presunción de inocencia.

Sin investigar a fondo el debate histórico sobre la presunción de inocencia¹⁸, en virtud de los límites impuestos a la comunicación, conviene, sin embargo, dejar claro que admitir la inocencia del imputado hasta la tramitación en el juzgado de la sentencia penal condenatoria implica recusar conferir a las características personales del imputado, o al tipo de infracción penal atribuida, relevancia para privar al imputado del goce de la libertad durante la investigación y el proceso.

No se puede prender preventivamente a alguien porque se trata de “Fulano” o porque el delito investigado es de especial gravedad!

La veda impuesta por la Corte Interamericana de Derechos Humanos configura obstáculo al empleo de la prisión preventiva como instrumento de anticipación de pena y de control social punitivo y, sin miedo a errar, ésta es una de las principales consecuencias políticas de la aplicación del principio de la presunción de inocencia.

¹⁸ Sobre el tema se recomienda la lectura de la tesis de Libre Docencia de Mauricio Zanóide de MORAES, *Presunção de Inocência no Processo Penal brasileiro*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2010. Especialmente sobre el debate en el Congreso constituyente brasileño acerca del tema y las razones de la elección del texto del artículo 5º, Inc. LVII, p. 215/7.

Juzgando el caso *Tibi vs. Ecuador* (sentencia del 07/09/04)¹⁹, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en voto de su presidente en la época, trató de enfatizar que la presunción de inocencia, reconocida en el Pacto de San José de Costa Rica, en el Pacto de Derechos Civiles y Políticos y en las Reglas Mínimas de Tratamiento de Presos (1955), referencia valor supremo para la construcción del proceso, objetivando rescatar las garantías y reducir el espacio para injerencias indebidas (ítem 33 del voto).

Bigliani y Bovino añaden, con referencia a los comentarios de la decisión en el caso *López Álvarez*, que la exclusión de un proceso penal de autor, que ampara el desvío de función de la prisión preventiva, toma en cuenta qué criterios clasificatorios para el fin de previsión de la medida cautelar podrán ponderar “tipos de delito”, pero no para autorizar automáticamente la prisión preventiva siempre que la acusación verse sobre crímenes que atenten contra determinados bienes jurídicos. La estipulación “tipo de delito” se refiere a tipos de infracciones penales con previsión de determinado y significativo montante de pena, operando como norma de exclusión de la prisión preventiva, de modo que prohíba la adopción de la medida cautelar para delitos con conminación de penas *inferior* a determinado nivel.

Así, por ejemplo, en el caso contra Honduras el Código de Proceso Penal local establece la posibilidad de prisión preventiva en acusación por delito cuya pena supere 05 (cinco) años. La decisión de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en una acusación de tráfico de drogas con pena variable entre 15 (quince) y 20 (veinte) años, sin embargo, destacó que la mera previsión de la acusación de tráfico de drogas no constituía motivo suficiente para decretar la prisión cautelar,

¹⁹ http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf, consultado el 21 de agosto de 2011.

tampoco podría impedir la libertad del imputado. La prisión preventiva a la luz de la ley local no podría ser decretada si al delito fuese conminada pena no superior a 05 (cinco) años, pero el hecho de tratarse de acusación de hecho más grave, con pena superior a 05 (cinco) años, no autoriza al juez, automáticamente, a aplicarla.

Se trata de una técnica procesal que, al dar solidez a la presunción de inocencia en la hipótesis de investigación y acusación por delitos graves, construye sólida barrera contra la discriminación de los presuntos autores de haber cometido esos delitos, evitando que el sistema legal infraconstitucional vacíe en la práctica el contenido de la presunción de inocencia, sea imponiendo la medida obligatoriamente en determinados casos, considerados graves *a priori*, sea viabilizando que sea decretada cuando el montante de pena previsto para la hipótesis de condena no es significativo y ahí la prisión procesal es empleada más flagrantemente como castigo real.

La Ley n° 12.403/2011 buscó seguir ambos parámetros, vedando que sea decretada la prisión preventiva, ordinariamente, en caso de imputación de infracción penal con pena no superior a 04 (cuatro) años (artículo 313, inciso I, del Código de Proceso Penal), al mismo tiempo que no prohibía la concesión de libertad provisoria, independientemente de fianza, incluso en la hipótesis de crímenes hediondos o semejantes.

La influencia de la presunción de inocencia en la nueva ley es visible y la eficacia normativa que se extrae de la orientación de la Corte Interamericana torna jurídicamente irrelevante el debate que aún está presente en Brasil, sobre el alcance de la prohibición de la fianza, de acuerdo con el artículo 5°, Inc. XLIII, de la Constitución de la República.

Es importante, por eso, colocar de relieve que la Constitución de la República de 1988, en su artículo 5°, inciso LVII, positivó la mencionada presunción de inocencia, con la siguiente redacción:

“LVII - ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória;”

La doctrina brasileña, a pesar de los diversos atentados legales a la presunción de inocencia desde 1990, de lo que es ejemplo la Ley de los Crímenes Hediondos, también muy firmemente enseñó desde el primer momento que:

“Bajo ese enfoque, la garantía constitucional no se revela solamente en el momento de la decisión, como expresión de la máxima *in dubio pro reo*, sin embargo, se impone igualmente como regla de tratamiento del sospechoso, indiciado o acusado, que antes de la condena no puede sufrir equiparación al culpable; y, sobre todo, indica la necesidad de asegurar, en el ámbito de la justicia penal, la igualdad del ciudadano en la confrontación con el poder punitivo, a través de un proceso ‘justo’”.²⁰

Conviene reafirmar que en el caso más evidente de “derecho procesal penal de autor”, en Brasil, esto es, la prohibición de libertad provisoria para acusado de tráfico de drogas (Art. 44 de la Ley n° 11.343/06), el Supremo Tribunal Federal, de forma reiterada, se posicionó de modo contrario a esa prohibición automática.²¹

El Ministro Gilmar Mendes pronunció su voto, teniendo en cuenta la perspectiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, resaltando que:

“Es que dicha ‘Ley Anti-Drogas’, al apartar la concesión de la libertad provisoria de forma apriorística y genérica, retira del juez

²⁰ GOMES FILHO, Antonio Magalhães. Presunção de Inocência e Prisão Cautelar. São Paulo, Saraiva, 1991, p. 37.

²¹ HC 97.579 MT, 2ª Turma, relator Ministro Eros Grau, juicio 02/02/10; HC 96.041 SP, 2ª Turma, relator Ministro Cezar Peluso, juicio 02/02/10; HC 98.966 SC, 2ª Turma, relator Ministro Eros Grau, juicio 02/02/10.

competente la oportunidad de, en el caso concreto, analizar los presupuestos de la necesidad de prisión cautelar, **en inequívoca anticipación de pena**, olvidando diversos dispositivos constitucionales, principalmente la **presunción de inocencia**” (subrayado nuestro) ²².

El movimiento de valorización de la presunción de inocencia y de su escalada como principio rector del proceso penal brasileño tropieza, sin embargo, en resistencias ideológicas que, forjadas en la tradición autoritaria y encantadas por el mito autoritario que domina el imaginario brasileño en el campo del proceso penal contempla la prisión preventiva como medida relativamente corriente, en vista del número de presos provisorios citados en la introducción. ²³

En una investigación pionera, articulando la dimensión material y procesal de la prisión preventiva, en 2005, Maria Ignez Baldez advertía sobre el hecho de que era necesario investigar si la práctica indiscriminada de la cautela personal derivaba de la inobservancia de los principios de la proporcionalidad y seguridad jurídica o si indicaba, también, una respuesta a la presión de los medios de comunicación, “produciendo en la subjetividad social la ideología de la represión, de la necesidad de la punición” ²⁴, con la implantación de un programa penal de “tolerancia cero”.

El esfuerzo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos destinado a frenar el empleo de la prisión preventiva como medio de

²² HC 100.185 PA, 2ª Turma, relator Ministro Gilmar Mendes, julgamento em 08/06/10.

²³ Sobre los mitos autoritarios en el proceso penal la tesis de doctorado de Rubens CASARA, aún en impresión, configura divisor de aguas en nuestra literatura procesal. Mitología Procesal Penal: del imaginario autoritario brasileño a la actuación de los actores jurídicos, presentada en Banca en el programa de pos-graduación, maestría y doctorado, de la UNESA, el 12 de agosto de 2011, y aprobada con grado máximo y recomendación para publicación por Nilo Batista, Luis Gustavo Grandinetti, Rogério Nascimento, Geraldo Prado y Jacinto Coutinho.

²⁴ BALDEZ KATO, Maria Ignez Lanzellotti. A (dês)razão da prisão provisória. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2005, p. 4.

anticipación de pena, recurso que pervierte la medida cautelar, tomó la forma de criterios orientadores para los Estados sujetos a la jurisdicción de la Corte, sin embargo, la adopción de esos criterios impone una nueva cultura procesal penal, conforme a los derechos humanos.

4. EL PAPEL DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN UNA NUEVA CULTURA JURÍDICA ACERCA DE LA PRISIÓN PREVENTIVA:

En el plano de la realidad brasileña y al lado de la influencia de la dogmática del proceso civil, la cuestión más delicada me parece que es la resistencia de parte de la doctrina y en particular de los tribunales a la perspectiva analítica que convierte jueces y tribunales brasileños en autoridades competentes para ejercitar el denominado control difuso de convencionalidad de las leyes y actos normativos.

En efecto, la Constitución de la República modificó el escenario jurídico brasileño e introdujo nuevas perspectivas teóricas a partir del reconocimiento de la normatividad superior de la propia Constitución, en su conformación especial de reglas y principios que se articulan en torno al valor “dignidad de la persona humana” y del orden democrático en el ámbito del Estado de Derecho.

La transformación política con el fin de la dictadura (1985) y el restablecimiento de la democracia a mediados de los años 80 del siglo veinte propiciaron las condiciones ideales para la inserción de Brasil en los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos, en especial el regional, bajo el influjo del Pacto de San José de Costa Rica, que formalmente había sido incorporado al derecho brasileño en 1992, por medio del Decreto n° 678.

En aquel tiempo daban los primeros pasos las iniciativas supranacionales de constitución de una comunidad jurídica universal, regida por la ideología de un Estado Constitucional, como había vaticinado Peter Häberle.

Desde el punto de vista interno cabe resaltar que los mecanismos de fiscalización de la constitucionalidad de las leyes y actos del poder público fueron sensiblemente ampliados, así como la legitimación para accionarlos, en un movimiento correspondiente con la expansión de la democracia.

Luigi Ferrajoli señala, a su vez, que la realidad política demostró que la supremacía jurídica de la Constitución, trazo característico del Estado Constitucional de Derecho, no había mostrado fuerza suficiente para contener abusos de poder.²⁵

En este contexto, la reducida capacidad operativa de los derechos fundamentales en particular en los Estados que vivieron décadas bajo el yugo de dictaduras, exigió la internacionalización de los derechos humanos, con la construcción de un complejo sistema de protección a estos derechos.

En lo que interesa a la presente comunicación conviene reiterar que el ingreso de Brasil en la comunidad americana de Estados de Derecho pasa por la incorporación del sistema regional, con la citada adhesión al Pacto de San José de Costa Rica y la admisión de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH).

²⁵ FERRAJOLI, Luigi. Derecho y razón. Teoría del garantismo penal. Madrid: Trotta, 2009. p. 851/959. PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano. São Paulo: Saraiva, p. 3/16.

Cabe destacar que la propia Corte Interamericana decidió acerca de la naturaleza de sus funciones y decisiones, consagrando: (i) que los derechos y garantías previstos en el Pacto de San José de Costa Rica configuran el denominado “bloque de convencionalidad” que sirve como parámetro de control de la constitucionalidad de leyes y actos normativos de los Estados sometidos a su jurisdicción; (ii) los principios *pro homine* y *pro libertatis* como criterios constitucionalizados de interpretación y aplicación de las normas sobre derechos fundamentales; (iii) el control de convencionalidad concentrado, ejercido por la propia Corte; (iiii) el control de convencionalidad difuso, ejercido por los jueces y tribunales de los Estados sujetos a su jurisdicción; (iiiii) y el carácter obligatorio de los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.²⁶

Con ello y como consecuencia de la decisión proferida en el Caso *Almonacid Arellano vs Chile*, en 2006, se asentaron dos obligaciones fundamentales: a) la obligación legislativa, en sede interna, de adopción de disposiciones legales concernientes a ajustar el orden jurídico a los parámetros fijados por la Corte Interamericana; b) y la obligación del Poder Judicial nacional de compatibilizar sus decisiones a los referidos parámetros, lo que convirtió jueces y tribunales nacionales en “guardianes de la convencionalidad”.²⁷

²⁶ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer. Panorámica del derecho procesal constitucional y convencional. Madrid: Marcial Pons, 2013, p. 666-676.

²⁷ *Idem*. Aún sobre el tema: ALBANESE, Susana (coord). El control de convencionalidad. Buenos Aires: Ediar, 2008 y la tesis de doctorado de Junya Barletta, presentada en la PUC/RJ, en 2014, bajo mi orientación.

El control de convencionalidad por el Supremo Tribunal Federal no es novedad por lo menos desde la decisión que eliminó del ordenamiento jurídico brasileño la prisión de depositario infiel.²⁸

El referido control de convencionalidad, a ser ejercido por jueces y tribunales, impone el acatamiento del fin del modelo dicotómico “prisión-libertad”, con la aplicación concreta de providencias cautelares alternativas a la prisión, aún así en la hipótesis de verificarse la necesidad de adopción de alguna medida cautelar a la luz de comprobados “mérito sustantivo” y “peligro procesal”, que son los criterios consagrados por la CIDH.

A rigor, la Reforma de 2011 perfeccionó el régimen legal de las cautelares y dotó a los jueces brasileños de medios para imponer las medidas en un contexto de armonía con los parámetros establecidos por la CIDH.

En lo que concierne al fin de la dicotomía “prisión-libertad”, los artículos 282 y 319 del Código de Proceso Penal (CPP) definieron: a) el carácter extraordinario de la prisión procesal, siempre subordinado a la no admisión expresa de providencias cautelares alternativas; b) la relación de esas providencias.

Dispone especialmente el artículo 282 del CPP, con incidencia del § 6º al caso del paciente:

“Art. 282. As medidas cautelares previstas neste Título deverão ser aplicadas observando-se a: (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

I - necessidade para aplicação da lei penal, para a investigação ou a instrução criminal e, nos

²⁸ RE 466343. Tribunal Pleno del Supremo Tribunal Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Recurrente: Banco Bradesco S.A. Juzgado el 03/12/2008.

casos expressamente previstos, para evitar a prática de infrações penais; (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

II - adequação da medida à gravidade do crime, circunstâncias do fato e condições pessoais do indiciado ou acusado. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 1º As medidas cautelares poderão ser aplicadas isolada ou cumulativamente. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 2º As medidas cautelares serão decretadas pelo juiz, de ofício ou a requerimento das partes ou, quando no curso da investigação criminal, por representação da autoridade policial ou mediante requerimento do Ministério Público. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 3º Ressalvados os casos de urgência ou de perigo de ineficácia da medida, o juiz, ao receber o pedido de medida cautelar, determinará a intimação da parte contrária, acompanhada de cópia do requerimento e das peças necessárias, permanecendo os autos em juízo. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 4º No caso de descumprimento de qualquer das obrigações impostas, o juiz, de ofício ou mediante requerimento do Ministério Público, de seu assistente ou do querelante, poderá substituir a medida, impor outra em cumulação, ou, em último caso, decretar a prisão preventiva (art. 312, parágrafo único). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 5o O juiz poderá revogar a medida cautelar ou substituí-la quando verificar a falta de motivo para que subsista, bem como voltar a decretá-la, se sobrevierem razões que a justifiquem. (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).

§ 6o A prisão preventiva será determinada quando não for cabível a sua substituição por outra medida cautelar (art. 319). (Incluído pela Lei nº 12.403, de 2011).”

Al decidir sobre la necesidad y oportunidad de decretar la prisión preventiva el juez brasileño en teoría debería actuar como tutor jurídico-constitucional de la presunción de inocencia del imputado.

La prisión preventiva sería la *ultima ratio* y los criterios estipulados sea en el Informe sobre el uso de la prisión preventiva en América sea en el de nº 86/09 habrían de orientar su deliberación.

Para ello la orientación dominante en la CIDH, cristalizada en el voto del juez Sergio García Ramírez, en el ámbito del mencionado caso Tibi vs. Ecuador, valoriza el proceso acusatorio y excluye por principio la intervención *ex officio* del juez penal, cuya función precípua, en este ámbito, consistiría en tutelar la presunción de inocencia del imputado.

El artículo 311 del Código de Proceso Penal brasileño pasó a tener redacción que expresamente veda que sea decretada la prisión preventiva *ex officio* en el curso de la investigación penal:

Art. 311. Em qualquer fase da investigação policial ou do processo penal, caberá a prisão preventiva decretada pelo juiz, de ofício, se no curso da ação penal, ou a requerimento do Ministério Público, do querelante ou do assistente, ou por representação da autoridade policial. (Redação dada pela Lei nº 12.403, de 2011).

En efecto, en teoría el juez brasileño dejó de disponer del poder de iniciativa de la prisión preventiva durante la investigación criminal. No podrá decretarla de oficio, pues cabe a él, magistrado, evaluar la real necesidad de la prisión requerida por la parte para así evitar abusos. Y el juez no puede ser fiscal de él mismo, obviamente.

El que sea decretada la prisión preventiva por parte del juez, independientemente de provocación, desampara al imputado, pues no hay quien pueda juzgar la necesidad de la medida y frenar abusos, salvo, evidentemente, el juez o tribunal de instancia superior al cual el imputado precisará recurrir para la eventual salvaguarda de su derecho, afectado por acto de otro magistrado.

El control de convencionalidad de leyes y actos normativos por jueces y tribunales brasileños tropieza, sin embargo, en el desconocimiento consciente del Sistema Internacional de Derechos Humanos.

Normas convencionales, decisiones de la CIDH y actos de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos están deliberadamente excluidos de la economía formal de la Justicia brasileña.

En investigación coordinada por el Prof. José Ricardo Cunha, en el ámbito del grupo de investigación “Derechos Humanos, Poder Judicial y Sociedad (DHPJS)”, desarrollado en el Tribunal de Justicia del Estado de Rio de Janeiro, se constató que de un total de 104 jueces que actúan en primera instancia, de forma singular, juzgando las causas, y 39 jueces de cámara (jueces que actúan en segunda instancia, colegiados, juzgando los recursos), la gran mayoría conocía solo superficialmente los sistemas de protección de la ONU y la OEA.²⁹

²⁹ CUNHA, José Ricardo (org.). Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. Rio de Janeiro: FGV, 2011, p. 11.

De este modo, por ejemplo, la investigación mostró que 43,6% de los jueces de Cámara conocían solo superficialmente el Sistema Internacional de Protección de los Derechos Humanos, 28,2% informaron que no lo conocían, 46,2% recibían informaciones al respecto eventualmente, 20,5% recibían informaciones raramente y, por fin, 12,8% nunca las habían recibido. El porcentaje varió poco entre los jueces de primera instancia ³⁰

La situación es aún más dramática cuando se observa que solo un 5% de los magistrados aplican el Pacto de Derechos Civiles y Políticos (PDCP) con frecuencia, 74% nunca aplicaron el Pacto (PDCP) y 19% lo hacen raramente. El cuadro se altera poco en lo que se refiere al Pacto de San José de Costa Rica. De acuerdo con la investigación, 66% de los magistrados nunca lo emplearon en sus decisiones. ³¹

La ineficacia del control de convencionalidad es fácilmente explicable en este escenario.

5. CONSIDERACIONES FINALES:

La realidad brasileña en el campo de control de la expansión de la prisión preventiva no coincide con el proyecto restrictivo encarnado en el Pacto de San José de Costa Rica y traducido tanto por las decisiones de la CIDH como por la propia reforma legislativa brasileña de 2011.

Esta no es, sin embargo, la realidad brasileña. El encarcelamiento provisorio aumentó en números absolutos y relativos desde 2011. Los jueces siguen decretando la prisión preventiva de oficio – aunque en un

³⁰ CUNHA, José Ricardo (org.). Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. Obra citada, p. 71.

³¹ CUNHA, José Ricardo (org.). Direitos Humanos, Poder Judiciário e Sociedade. Obra citada, p. 30-31. Del total de magistrados que respondieron a la encuesta 31% respondieron que desconocían las decisiones de las cortes internacionales y 56% las conocían, pero eventualmente. Solo 13% declararon tener conocimiento frecuente de las citadas decisiones (p. 28-29).

número mucho menor de casos – y continúan usando argumentos de seguridad pública en lugar del criterio de peligro procesal definido por la CIDH.

Por fin, rarísimas son las referencias al Pacto de San José de Costa Rica, las decisiones de la CIDH y a los Informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En los tribunales brasileños se ignora diariamente la función judicial de control de convencionalidad en el ámbito de las medidas cautelares penales.

El desastroso resultado es el aumento de la población carcelaria, en condiciones que por sí mismas desafían el control de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

Geraldo Prado