

EL PROCESO PENAL EN BRASIL*

ROGÉRIO LAURIA TUCCI**

SUMARIO: 1. Ordenamiento jurídico brasileño. 1.1. Normas genéricas sobre derechos humanos. 1.2. Reglas específicas de naturaleza procesal penal. 1.2.2. Normas infraconstitucionales. 1.3. Prodigalidad al preconizar la tutela de los derechos humanos y carácter público del proceso penal. 2. Verificación antagónica de la realidad. 2.1. Factores determinantes del recrudecimiento de la criminalidad, especialmente la violenta. 2.2. Manifiesta desigualdad en la distribución de la riqueza. 2.3. Violencia policial. 2.4. Impunidad de las élites económica y política en un estado "falencial"¹. 2.5. Equivocada elaboración legislativa. 2.6. "Gritantes" (puntos críticos, flagrantes o evidentes) y graves fallas en la justicia penal. 2.7. Sistema penitenciario inhumano. 3. Consideraciones finales.

1. ORDENAMIENTO JURÍDICO BRASILEÑO

1.1. NORMAS GENÉRICAS SOBRE DERECHOS HUMANOS

El ordenamiento jurídico brasileño, ya sea en la *Constitución Federal* vigente, promulgada el 5 de octubre de 1988, ya sea en disposiciones legales infraconstitucionales, contempla generosamente hasta los más variados derechos humanos, en un vasto elenco que, consonante con un entendimiento uniforme, "trascienden la propia Declaración Universal".²

De tal manera, en la mencionada *Carta Magna de la República Federativa de Brasil*, capítulo I del título II ("De los derechos y garantías fundamentales"), bajo el epígrafe "De los derechos y deberes individuales y colectivos", se plantean los derechos del ciudadano a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, en los términos del ampliamente delineado artículo quinto, en cuyos incisos están especificados, entre otros y en lo que se aproxima al interés del estudio ahora desarrollado, los siguientes:

"Nadie será obligado a hacer o dejar de hacer alguna cosa que no sea en virtud de la ley" (inc. II).

"Nadie será sometido a tortura ni a trato inhumano o degradante" (inc. III).

"El domicilio es asilo inviolable del individuo, nadie podrá penetrar en él sin consentimiento del morador, salvo en casos de flagrante delito o desastre, o para prestar ayuda, o durante el día por determinación judicial" (inc. XI).

* Traducción al español de Laura E. Fernández K.

** Profesor de Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo. Trabajo elaborado con la colaboración, en lo relativo a la investigación, de los estudiantes de pos-grado de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo: Cleonice A. Valentim Bastos Pitombo, Maria Thereza Rocha de Assis Moura y Roberto Delmanto Júnior.

¹ N. del T.: Estado de decadencia.

² Cf., al respecto, *Os direitos humanos no Brasil*, publicación de la **Universidad de São Paulo -(USP)**, **Núcleo de estudios de la violencia (-NEV)** y **Comisión Teotônio Vilela (-CTV)** (São Paulo, 1993, p. 13). Y hay quien entienda, como **Silvia Helena Steiner Malheiros**, *A universalidade dos direitos humanos*, en la **Revista Brasileña de Ciencias Criminales** (São Paulo, Ed. RT, 1995, n°10, p. 146), que la Declaración Universal de los Derechos del Hombre proclamada por las Naciones Unidas en 1948, es un documento generador de todos los demás documentos atinentes a la protección internacional de los derechos humanos. V., también, en aspecto correlativo, *The protection of human rights in the criminal process under international instruments and national Constitutions*, publicación de la **Association Internationale de Droit Pénal** (Paris: Érès, 1981, p. 7 ss.).

"Es inviolable el secreto de la correspondencia y de las comunicaciones telegráficas, de datos y de comunicaciones telefónicas, salvo, en último caso, por orden judicial, en las hipótesis y en la forma que la ley estableciere para los fines de la investigación criminal o de la instrucción procesal penal" (inc. XII).

"Son asegurados a todos, independientemente del pago de tasas: a) el derecho de petición a los Poderes Públicos en defensa de derechos o contra la ilegalidad o abuso de poder; b) la obtención de certificados en reparticiones públicas, para defensa de derechos y esclarecimiento de situaciones de interés personal" (inc. XXXIV).

"La ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial la lesión o amenaza al derecho" (inc. XXXV).

"La ley castigará cualquier discriminación que atente contra los derechos y libertades fundamentales" (inc. XLI).

Y lo anterior, claro está, junto a los preceptos que se refieren al carácter indispensable de la previa definición de las infracciones penales y sus respectivas sanciones (inc. XXXIX); de la retroactividad benéfica de la ley penal (inc. XL); de la imposibilidad de excarcelación por determinados crímenes, como los referentes a la práctica del racismo (también imprescriptible, cf. inc. XLII), a la tortura, al tráfico ilícito de narcóticos y drogas afines, al terrorismo y de los llamados "*hediondos*"³ (no susceptibles, asimismo, de gracia o amnistía, cf. inc. XLIII), y a la "acción de grupos armados, civiles o militares, contra el orden constitucional y el Estado Democrático" (igualmente imprescriptible, cf. inc. XLIV); de la responsabilidad penal personal (inc. XLV⁴), de la individualización y de la especificación de las penas (incs. XLVI y XLVII⁵).

³ N. de T.: crímenes aberrantes o atroces.

⁴ Cuya redacción es la siguiente: "Ninguna pena sobrepasará la persona del condenado, pudiendo la obligación de reparar el daño y el decreto de pérdida de bienes ser en los términos de la ley, extendidas a los sucesores y contra ellos ejecutadas, hasta el límite del valor del patrimonio transferido".

⁵ Así redactados respectivamente: "La ley regulará la individualización de la pena y adoptará, entre otras, las siguientes: a) privación o restricción de la libertad; b) pérdida de bienes; c) multa; d) prestación social alternativa; e) suspensión o interdicción de derechos", y "No habrá penas: a) de muerte, salvo en caso de guerra declarada, en los términos del art. 84, XIX; b) de carácter perpetuo; c) de trabajos forzados; d) de destierro; e) crueles".

1.2. REGLAS ESPECÍFICAS DE NATURALEZA PROCESAL PENAL

1.2.1. Preceptos constitucionales

La *Ley Fundamental* nacional misma aún en el mencionado artículo quinto, contiene preceptos específicos para el proceso penal, *lato sensu* considerado, en los cuales se estatuye que:

"No habrá juicio o tribunal de excepción" (inc. XXXVII).

"Es reconocida la institución del jurado, con la organización que le diere la ley, asegurando: a) la plenitud de la defensa; b) el secreto de las votaciones; c) la soberanía de los veredictos; d) la competencia para el enjuiciamiento de los delitos dolosos contra la vida" (inc. XXXVIII).

"Nadie será procesado ni sentenciado si no es por autoridad competente" (inc. LIII).

"Nadie será privado de libertad o de sus bienes sin el debido proceso legal" (inc. LIV).

"A los litigantes en proceso judicial o administrativo y a los acusados en general les son asegurados los principios del contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ellos inherentes" (inc. LV).

"Son inadmisibles, en el proceso, las pruebas obtenidas por medios ilícitos" (inc. LVI).

"Nadie será considerado culpable hasta el advenimiento en juzgado de sentencia penal condenatoria" (inc. LVII).

"Aquel civilmente identificado no será sometido a identificación criminal, salvo en las hipótesis previstas en la ley" (inc. LVIII).

"La ley solo podrá restringir la publicidad de los actos procesales cuando la defensa de la intimidad o el interés social lo exigieran" (inc. LX)⁶.

"Nadie será apresado si no es por flagrante delito o por orden escrita y fundamentada de autoridad judicial competente, salvo en los casos de delito militar o crimen propiamente militar definidos así por la ley" (inc. LXI).

"La prisión de cualquier persona y el lugar donde se encuentre serán comunicados inmediatamente al juez competente y a la familia del preso o a la persona por él indicada" (inc. LXII).

"El preso será informado de sus derechos, entre ellos el de permanecer en silencio, siéndole asegurada la asistencia de la familia y del abogado" (inc. LXIII).

"El preso tiene derecho a la identificación de los responsables por su prisión o por su interrogatorio policial" (inc. LXIV).

"La detención ilegal será inmediatamente suspendida por la autoridad judicial" (inc. LXV).

"Nadie será llevado a prisión o mantenido en ella, cuando la ley admitiere la libertad provisional, con o sin fianza" (inc. LXVIII).

⁶ Además de lo que el artículo 93 de la *Ley Nacional* misma expresa en el inc. IX, junto a la publicidad de los juicios, el carácter indispensable de su *motivación*, *bajo pena de nulidad* y, a saber, "todos los juicios de los órganos del Poder Judicial serán públicos y fundamentadas todas las decisiones, bajo pena de nulidad, pudiendo la ley, si el interés público lo exigiere, limitar la presencia en determinados actos a las propias partes y sus abogados o solamente a estos".

"Se concederá el *habeas corpus* siempre que alguien sufra o se encuentre amenazado de sufrir violencia o coacción en su libertad de movimiento, por ilegalidad o abuso de poder" (inc. LXVIII).

"Se concederá mandato de seguridad, para proteger un derecho líquido y veraz, no amparado por *habeas corpus* o *habeas data*, cuando el responsable por la ilegalidad o abuso de poder fuere una autoridad pública o un agente de persona jurídica en el ejercicio de atribuciones del Poder Público" (inc. LXIX).

"El Estado brindará asistencia jurídica integral y gratuita a quienes comprobaren insuficiencia de recursos" (inc. LXXIV).

"El Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como a aquel que quede preso más allá del tiempo fijado en la sentencia" (inc. LXXV).

"Son gratuitas las acciones de *habeas corpus* y *habeas data* y, en la forma de la ley, los actos necesarios para el ejercicio de la ciudadanía" (inc. LXXVII).

Y en lo tocante, particularmente, a la ejecución de la sanción especificada en sentencia condenatoria (acción de ejecución penal), expresan los incisos XLVIII, XLIX y L del citado artículo quinto⁷, respectivamente, que: "la pena será cumplida en establecimientos distintos, de acuerdo con la naturaleza del delito, la edad y el sexo del condenado", "se asegura a los presos el respeto a la integridad física y moral" y "a las condenadas les serán aseguradas condiciones para que puedan permanecer con sus hijos durante el periodo de lactancia".

Añádase, por ser oportuno y de verdad expresivo, como será detallado adelante, que el párrafo segundo de ese mismo artículo aclara, *verbis*: "Los derechos y garantías expresados en esta Constitución no excluyen otros derivados del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales de los que la República Federativa del Brasil sea parte".⁸

Al igual que el listado arriba referido no se agota únicamente en estatuir *derechos*, sino que también abarca, como es obvio, las respectivas garantías: "... de nada valdría la proyección del ideal de definir los *derechos individuales* del ser humano —indudablemente, una de las más importantes conquistas del siglo XVIII y según la misma enseñanza—⁹, si la respectiva declaración no estuviese provista de medios aptos para su realización como una de las actividades del Estado, autónoma e independientemente de las demás. De allí, entonces, el indispensable dualismo —*derechos y garantías*— con la certeza de que el otorgamiento de estas, mediante preceptos constitucionales, se interesa en tutelar los derechos que amparan por vía de los instrumentos correspondientes, ya sea por su grandeza o por su dignidad e importancia: 'Aquellos fueron elevados a la eminencia constitucional; pero a los derechos debe corresponder la tutela, y el grado de su reacción ha de medirse por la intensidad de la ofensa. El Estado, si quiere cumplir con su finalidad, necesita suministrar recursos idóneos para conseguir la más completa protección de los derechos individuales'. En suma, estatuidos los derechos fundamentales del individuo, en la propia Constitución Federal se establecen, del mismo modo, las garantías que les corresponden, con el

⁷ Extensivo, por cierto, a los internados, es decir, a aquellos a los cuales se impuso medida de seguridad.

⁸ Por ejemplo, el **Pacto Internacional sobre derechos civiles e políticos**, firmado en Nueva York, el 19 de diciembre de 1966 (aprobado por Brasil mediante el *Decreto Legislativo n°226*, del 12 de diciembre de 1991; ratificado el 24 de enero de 1992; y promulgado por el *Decreto n°592*, del 6 de julio de 1992); y la **Convención americana sobre derechos humanos**, firmada en San José de Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (aprobada por Brasil mediante el *Decreto Legislativo n° 27*, del 26 de mayo de 1992, con adhesión el 25 de setiembre de 1992; y promulgada por el *Decreto n° 678*, del 6 de noviembre de 1992). V., además, sobre la importancia de los **Pactos**, la recomendación de **Joaquim Canuto Mendes De Almeida**, *Os pactos de direitos humanos*, en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo* (São Paulo: Edusp, 1956, v. LI, p.p: 203 ss.).

⁹ El texto transcrito se refiere a la doctrina de **Alfredo Buzaid**, "*Juicio de amparo*" e *mandado de seguraca (contrastes e confrontos)*, en la *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo* (cit., 1961, n. LVI (1), pp: 185-193).

fin de preservarlos y tutelarlos por medio de actuaciones judiciales tan rápidas, prontas y eficaces como fuere posible".¹⁰

1.2.2. NORMAS INFRACONSTITUCIONALES

Del mismo modo, son innumerables las normas infraconstitucionales relativas a los derechos humanos contenidas en el *ius positum* brasileño.

No podía ser diferente, porque además, como bien observara Vicente De Paulo Vicente De Azevedo¹¹, refiriéndose a otros autores y en difundidos planteamientos¹², "las leyes del proceso son leyes complementarias de las garantías constitucionales. 'La ley del proceso penal es el complemento necesario de las libertades públicas', afirma Faustin Hélie, el gran procesalista francés. El clima ideal de las leyes del proceso es el de las garantías constitucionales".¹³

En términos reales y en este momento, en la expresión incluso más enfática de Manuel Carlos De Figueiredo Ferraz¹⁴, *verbis*: "Las dictaduras, los regímenes despóticos y las épocas de decadencia son hostiles a la forma lógica del proceso. La fuerza y la majestad que estas dan al derecho conculcado son tales, que los déspotas no se atreven a enfrentarlas. Para no escuchar la voz imperiosa del derecho, lo estrangulan con la soga de las fórmulas arbitrarias. De allí que se diga que los pueblos que no son regidos por leyes civiles y penales justas son miserables y que los que no tienen buenas leyes procesales son esclavos".

Por ello, necesariamente, tanto por su extensa función como por la diversidad que ostentan, se volvería verdaderamente exhaustivo e incluso contraproducente enumerarlas. Basta, sin duda, para satisfacer el intento determinante de este trabajo, recordar apenas algunas de las más importantes, tales como: la amplitud de defensa en la forma constitucionalmente asegurada y abarcadora, por cierto, tanto de la autodefensa (con el consecuente derecho del acusado al silencio), como de la defensa técnica, absolutamente indispensable¹⁵; el carácter contradictorio real en todo el transcurrir de la instrucción criminal, como condición inseparable de la validez del

¹⁰ Cf. **Lauria Tucci, Rogério y Cruz E Tucci, José Rogério** *Constituição de 1988 e processo, Regramentos e garantias constitucionais do processo* (São Paulo: Saraiva, 1989, p. 7; con transcripción parcial del trabajo indicado in nota. 7, *supra*) y el de **Lauria Tucci, Rogério**. *Do mandado de segurança contra ato jurisdicional penal* (São Paulo: Saraiva, 1978, pp: 34-5).

¹¹ **Vicente De Paulo Vicente De Azevedo**. *Curso de direito judiciário penal*. (São Paulo: Saraiva, 1958, v. I, pp: 30-1).

¹² V., **Lauria Tucci, Rogério**, et al. *Princípio e regras orientadoras do novo processo civil brasileiro*. (Rio de Janeiro: Forense, 1986, p.55); y además, de los autores referidos por el citado, **Faustin Hélie**, *Traité de l'instruction criminelle*, ed. actual. por J.-S. Nypels y M. Léopold Hanssens (Bruselas: Bruylant-Christophe et Cie. Eds., 1863, t. I, pp: 2 -3).

¹³ V., en el mismo sentido y entre otros, **Mendes De Almeida Júnior, João**. *O processo criminal brasileiro* (Rio de Janeiro: Freitas Bastos, cuarta edición, 1959, v. I, p. 74). **Marques, José Frederico**. *Elementos de direito processual penal* (Rio de Janeiro -São Paulo: Forense, segunda edición, 1965, v. I, pp: 30-1).

¹⁴ **De Figueiredo Ferraz, Manuel Carlos**. *Apontamentos sobre a noção ontológica do processo* (São Paulo: Ed. RT, 1936, p. 139, nota. 22), en propuesta igualmente difundida, además de otras, en obras de **Lauria Tucci, Rogério** et al. *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro* (cit. p. 55) y **Lauria Tucci, Rogério y Cruz E. Tucci, José Rogério**. *Constituição de 1988 e processo* (cit., pp: 3-4).

¹⁵ Cf., respectivamente, en el *Código de Processo Penal*, arts. 261 ("Ningún acusado, aun ausente o en fuga, será procesado o juzgado sin defensor"), 262 ("Al acusado menor se le dará tutor"), 263 ("Si el acusado no lo tuviere, le será nombrado defensor por el juez, salvado su derecho de nombrar en cualquier momento otro de su confianza o a defenderse a sí mismo, cuando esté habilitado"); y por el hecho de que el art. 186 ("Antes de iniciar el interrogatorio, el juez avisará al reo que, aunque no esté obligado a responder a las preguntas que le fueren formuladas, su silencio podrá ser interpretado en perjuicio de la propia defensa"), dada la manifiesta incompatibilidad con el correlativo precepto constitucional, ya referida (inc. LXIII del art. 5º), perdió su eficacia en virtud de no haber sido recibido por la *Carta Magna* de 1988.

proceso penal¹⁶; junto al retorno de la admisibilidad del hábeas corpus, la especificación de los casos de su cabida¹⁷; y el establecimiento del derecho del condenado a la revisión del proceso finalizado en el que se haya dictado sentencia condenatoria formalmente¹⁸ dictada por un juzgado.¹⁹

De igual modo, en la *Ley de Ejecución Penal* (la primera brasileña, n° 7210, publicada el 11 de julio de 1984), constan normas imbricadas a la acción de ejecución penal y de índole predominantemente procesal. De entre ellas cabe distinguir las que se refieren a la enumeración de los derechos del condenado, entre los cuales de manera destacada y junto a los enunciados en la *Constitución Federal*, los que se refieren a la vida, a la integridad física, a la igualdad y al honor²⁰; a la propiedad material e inmaterial²¹; a la libertad de conciencia y convicción religiosa²²; a la instrucción o acceso a la cultura y respectivas actividades culturales²³; a la representación y

¹⁶ Cf., igual que el *Código de Proceso Penal*, arts. 351 y ss., que regula la citación inicial del acusado, absolutamente indispensable y 564, III e, que conmina la nulidad consecuente de la falta de citación, a la cual corresponde efectivamente la efectuada sin observancia de las formalidades legales ("La nulidad ocurrirá en los siguientes casos: (...) III -por falta de las fórmulas o de los términos siguientes: (...) e) la citación del reo para ser procesado, su interrogatorio, cuando esté presente y los plazos concedidos a la acusación y a la defensa"). Añádase que los subrayados fueron a propósito, incluso para resaltar el punto referente al opositor, superiormente conceptualizado por el apreciado Maestro de la Academia del Largo de San Francisco, Profesor **Joaquim Canuto Mendes De Almeida**, (*Princípios fundamentais do processo penal*. São Paulo: Ed. RT, 1973, p. 110), como "ciencia bilateral de los actos y términos del proceso y posibilidad de contradecirlos".

¹⁷ Cf., arts. 647 y 648, también del *Código del Proceso Penal*, cuyas redacciones son, respectivamente, las siguientes: "Se dará *habeas corpus* siempre que alguien sufra o se halle en la inminencia de sufrir violencia o coacción ilegal en su libertad de ir y venir, salvo en los casos de castigo disciplinario" y "La coacción se considerará ilegal (...) cuando estuviese preso por más tiempo de lo que determina la ley; III -cuando quien ordenase la coacción no tuviese competencia para hacerlo; IV -cuando hubiese cesado el motivo que autorizó la coacción; V -cuando no fuese admitido a alguien brindar fianza, en los casos en que la ley la autoriza; VI -cuando el proceso fuese manifiestamente nulo; VII -cuando fuese extinguida la posibilidad de castigo".

¹⁸ Formalmente, sí, porque hasta en el proceso penal brasileño la sentencia condenatoria es rescindible en cualquier momento, no solo a la instancia del condenado sino de las personas enumeradas en el artículo 623 del *Código de Proceso Penal* (cónyuge, ascendiente, descendiente o hermano); por lo tanto, se halla cubierta por la *cosa juzgada de autoridad relativa*, es decir diferente de la sentencia absolutoria tutelada por la *cosa juzgada de autoridad absoluta (material)*.

¹⁹ En la forma preconizada por los arts. 621 y ss., incluso en el *Código de Proceso Penal*, donde lo señalado se redacta así: "La revisión de los procesos finalizados será admitida: I -- cuando la sentencia condenatoria fuese contraria al texto que expresa la ley penal o a la evidencia de los autos; II -- cuando la sentencia condenatoria estuviese fundada en declaraciones, exámenes o documentos de comprobada falsedad, III -- cuando, posterior a la sentencia, fuesen descubiertas nuevas pruebas de inocencia del condenado o de circunstancia que determine o autorice una disminución especial de la pena".

²⁰ Cf. también art. 40 de la *Ley de Ejecución Penal* ("Se impone a todas las autoridades el respeto a la integridad física y moral de los condenados y de los presos provisionales"), en el mismo sentido en que lo dispone el artículo 38 del *Código Penal*, *verbis*: "El reo conserva todos los derechos no alcanzados por la pérdida de la libertad, imponiéndose a todas las autoridades el respeto a su integridad física y moral".

²¹ En el ámbito de lo que dispone el art. 5°, XXII a XXVII, de la *Constitución Federal*; y en la *Ley n° 8009*, del 29 de marzo de 1990, relativa a la inembargabilidad del bien familiar.

²² Cf. art. 24 de la *Ley de Ejecución Penal* ("La asistencia religiosa con libertad de culto será brindada a los reos y a los internos, permitiéndoles la participación en los servicios organizados en establecimiento penal, así como la posesión de libros de instrucción religiosa. § 1° En el establecimiento habrá espacio apropiado para los cultos religiosos. § 2° Ningún reo o interno podrá ser obligado a participar en actividad religiosa").

²³ V., en consonancia con los enunciados de los arts. 205 y 215 de la *Constitución Federal* los arts. 17 ss. y 122, II, de la *Ley de Ejecución Penal*. En los dos dispositivos recién indicados, se lee, respectivamente, que: "La asistencia educacional comprenderá la instrucción escolar y la formación profesional del preso y del interno" y "los condenados que cumplen pena en régimen semi-abierto podrán obtener autorización para salida temporal del establecimiento sin vigilancia directa en los siguientes casos: (...) II -- asistencia a curso semi-profesional, así como instrucción secundaria o superior en la Circunscripción del Juicio de Ejecución de la Pena".

petición a los poderes públicos²⁴; al secreto de la correspondencia²⁵; a la asistencia material, a la salud, jurídica y social²⁶; al trabajo remunerado²⁷; a la contratación de un médico de confianza²⁸; a celda individual o unidad celular, con apego a lo que dispone el artículo 88 de la mencionada *Ley de Ejecución Penal*²⁹, avance en la ejecución de la pena privativa de libertad³⁰; a la disminución de la pena por trabajos³¹; a la conversión de la pena privativa de libertad en restrictiva de otros derechos³²; a la sustitución de la pena privativa de libertad por medida de seguridad³³; etc.

Y esto, sin olvidar que el principio de legalidad se hace impositivo en todo el transcurso de la ejecución penal, desde su inicio (*nulla executio sine titulo*, arts. 107 y 172³⁴); correspondiendo a una auténtica garantía, inherente al debido proceso legal .

²⁴ Cf., también art. 41, XIV, de la *Ley de Ejecución Penal*, así redactado: "Constituyen derechos del preso: (...) XIV -representación y petición a cualquier autoridad en defensa de derecho". Anótese, igualmente, que todos los derechos del condenado son concedidos igualmente al preso provisional y al sometido a medidas de seguridad, en lo que dicta el subsecuente art. 42.

²⁵ Derecho previsto, del mismo modo, en el mencionado art. 41, XV, de la *Ley de Ejecución Penal* y de esta manera especificado: "...contacto con el mundo exterior por medio de correspondencia escrita, de lecturas y de otros medios de información que no comprometan la moral y las buenas costumbres".

²⁶ Cf., respectivamente, arts. 12 y 13; 14 y 43; 15 y 16; 22 y 23; además de 25 a 27 (con referencia al egreso); todos de la *Ley de Ejecución Penal*.

²⁷ Cf., arts. 28 a 37, y 41, II y III, de la *Ley de Ejecución Penal*, en la forma preconizada por el art. 39 del Código Penal, según el cual: "El trabajo del preso será siempre remunerado, garantizándole los beneficios de Seguridad Social".

²⁸ Cf. art. 43 de la *Ley de Ejecución Penal*, cuya redacción íntegra es la siguiente: "Se garantiza la libertad de contratar médico de confianza personal del interno o del sometido a tratamiento ambulatorio, por sus familiares o dependientes, con el fin de orientar y dar seguimiento al tratamiento. Párrafo único. Las divergencias entre el médico oficial y el particular serán resueltas por el juez de la ejecución".

²⁹ Así dispone al respecto el art. 88 de la *Ley de Ejecución Penal*: "El condenado será alojado en celda individual que contendrá dormitorio, aparato sanitario y lavatorio. Párrafo único. Son requisitos básicos de la unidad celular: a) salubridad del ambiente por la concurrencia de los factores de ventilación, luz solar y condiciones térmicas adecuadas para la existencia humana; b) área mínima de seis metros cuadrados".

³⁰ Disciplinada específicamente en los arts. 112 a 117 de la *Ley de Ejecución Penal*, el primero de los cuales tiene la siguiente redacción: "La pena privativa de libertad será ejecutada de forma progresiva, con el traslado a un régimen menos riguroso, según determinación del juez, cuando el preso haya cumplido al menos un sexto de la pena en el régimen anterior y su mérito indique la progresión. Párrafo único. La decisión será motivada y precedida del parecer de la Comisión Técnica de Clasificación y del examen criminológico, cuando fuese necesario".

³¹ Explicitada en los arts. 126 ss. de la *Ley de Ejecución Penal*, que dice: "El condenado que cumple la pena en régimen cerrado o semi-abierto podrá descontar, por su trabajo, parte del tiempo de ejecución de la pena. SS 2º El preso imposibilitado de proseguir en el trabajo por accidente, continuará beneficiándose con la disminución de la pena. SS 3º La disminución será declarada por el juez de la ejecución, escuchado por el Ministerio Público".

³² Cf. artículo 180 de la *Ley de Ejecución Penal*, así redactado: "La pena privativa de libertad, no superior a dos años, podrá ser convertida en restrictiva de derechos, siempre que: I -el condenado la esté cumpliendo en régimen abierto; II -se haya cumplido por lo menos un cuarto de la pena; III -los antecedentes y la personalidad del condenado indiquen que la conversión es recomendable".

³³ Cf. el artículo 183 de la *Ley de Ejecución Penal*, con la siguiente redacción: "Cuando, en el curso de la ejecución de la pena privativa de libertad, sobreviniese enfermedad mental o perturbación de la salud mental, el juez, de oficio, por requerimiento del Ministerio Público o de la autoridad administrativa, podrá determinar la sustitución por la medida de seguridad". Debe anotarse, a propósito de este artículo, que no obstante el vocablo "podrá" indique en principio facultad del juez, la regla contenida en este es, según nuestro entendimiento, de naturaleza impositiva, de suerte que se consustancian en derecho subjetivo del condenado.

³⁴ Redactados así: "Art. 107. Nadie será detenido, para el cumplimiento de una pena privativa de libertad, sin orden expedida por autoridad judicial" y "Art. 172: "Nadie será internado en Hospital de Custodia y Tratamiento Psiquiátrico, o sometido a tratamiento ambulatorio, para el cumplimiento de una medida de seguridad, sin una orden expedida por autoridad judicial".

A ese respecto, como bien observa René Ariel Dotti³⁵ la estricta legalidad de la ejecución penal constituye un "desdoblamiento lógico" del postulado de la "anterioridad de los delitos y de las penas, tan caro para las tradiciones democráticas del Derecho Penal liberal". De allí porque — complementa— la "ejecución de las penas en general no puede quedar sometida al arbitrio del director, de los funcionarios y de los carceleros de las instituciones penitenciarias, como si la intervención del juez, del Ministerio Público y de otros órganos fuese algo ajeno a las costumbres y a los hábitos del establecimiento".

Esta, finalmente —debe aducirse— es la orientación que adopta expresamente la recién analizada *Ley de Ejecución Penal*, en la forma explicitada in número 19 de su "Exposición de Motivos": "El principio" (*rectius*: reglamento) "de la legalidad domina el cuerpo y el espíritu del Proyecto, de forma que impide que el exceso o el desvío de la ejecución comprometan la dignidad y la humanidad del Derecho Penal".

1.3. PRODIGALIDAD AL PRECONIZAR LA TUTELA DE LOS DERECHOS HUMANOS Y CARÁCTER PÚBLICO DEL PROCESO PENAL

Como es fácil de percibir con la simple lectura de los preceptos constitucionales e infraconstitucionales arriba indicados y transcritos³⁶, el ordenamiento jurídico brasileño es realmente pródigo al preconizar la tutela de derechos humanos en todo el transcurrir de la *persecutio criminis*, así como en la ejecución de la sanción especificada en sentencia penal condenatoria, e incluso en lo relativo a la revisión de esta, siempre que contenga *error in indicando*.

Se articularon en este particular, tanto por el legislador constituyente brasileño, como, principalmente³⁷, por el ordinario, el liberal ideario extraído de la Ilustración y de las concepciones humanistas que inspiraron la Revolución Francesa, determinante de benéfico entendimiento, según el cual, la libertad jurídica del acusado³⁸ —prerrogativa del ser humano, en cuanto racional y libre, no solo protegida por la ley, en tanto esta no la restringe, sino también en cuanto su tutela específica en el proceso judicial (jurisdicción en acción) es decir, por el proceso de verificación declaratoria y fijación de los términos de la incidencia concreta de la ley y sus efectos³⁹— constituye el fundamento del proceso penal.⁴⁰

Es por esto que, indudablemente, se ha aseverado que este —el proceso penal— dada la impersonalidad de los intereses en conflicto y, del mismo modo, el carácter público que ostentan, se rige por el principio de publicidad del proceso⁴¹, que existe con dos diferentes finalidades, por ser diversos los valores que lo inspiran.

³⁵ **Ariel Dotti, René.** *Problemas atuais da execução penal*, en la *Revista dos Tribunais*, (São Paulo, 1982, v. 583, p.286). V., en el mismo sentido, **Lauria Tucci, Rogério,** *Direitos e Garantias individuais no processo penal brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 1993, p. 297 ss.).

³⁶ V. también, con respecto a la multiplicidad de normas de naturaleza penal y procesal penal tutelares de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico brasileño, **Riveiro Costa, Alvaro Augusto,** *Anotações sobre a atual situação dos direitos humanos no Brasil*, en *Archivos del Ministerio de Justicia* (Brasilia: 1993, n| 182, pp: 140-1).

³⁷ Entendimiento, además, y aunque embrionario, antiguo, como muestra **De Moraes Pitombo, Sérgio Marcos.** *Processo Penal como dever do Estado*, en el *Jornal do Advogado* (São Paulo: 1979, No. 65, p. 12), al referirse a **Gaio**, verbis: "La lección de Gaio permanece eterna: *facilis enim reis praetor succurrit quam actoribus*; el pretor defiende a los reos de preferencia a los autores (G. 4,57)".

³⁸ No solo del acusado, sino también del sospechoso o del indiciado, es decir, de todo ser humano envuelto en una persecución penal.

³⁹ Cf. al respecto **Mendes De Almeida, Joaquim Canuto.** A "liberdade jurídica" no direito e no processo, en *Estudos jurídicos em homenagem a Vicente Ráo* (São Paulo, de. Reseña Universitaria, 1976, p. 296).

⁴⁰ En la misma y difundida enseñanza del Maestro **Canuto**

⁴¹ Sí, "principio", en singular, en tanto "regla mayor, de la cual todas las otras derivan" (cf., **Lauria Tucci, Rogério** et al., *Princípio e Regras orientadoras do novo processo penal brasileiro* cit., p. 1s. y 27s.): "... en el ámbito del Derecho Procesal Penal hay un *principio orientador* y otras reglas que, igual y de forma particularizada, lo informan. El *principio* como se explica en detalle, es la *regla primera del proceso penal*. Es la más general, la más amplia y es una *regla jurídica no escrita*, y por eso de mayor

Como tuvimos oportunidad de expresar, a ese respecto, el "primero de esos valores va con la *naturaleza pública del derecho a la jurisdicción* (= pretensión a la tutela jurídica estatal), de modo correlativo al *deber de jurisdicción*. El segundo es que, siendo instrumental el Estado — *medio y no fin*, como antes se dijo— en las causas penales se hace menester atender a la *libertad jurídica del ser humano*. En ese sentido, además, es determinante el Derecho de Gentes, por medio de la Carta de la ONU, artículos VIII a XI, abordados más adelante. En síntesis, *público* es el *derecho a la jurisdicción*, que se ejerce mediante la *acción* (*acción de las partes y extendida de ella, acción judicial*), propiciadora del *proceso*. *Pública*, igualmente, e inalienable, es la *libertad jurídica* del individuo, que se resguarda, sobre todo, por el *proceso penal*. Es innegable, en consecuencia, que este —el *proceso penal*— es para realizar el *Derecho Penal escrito* (*ius positum*), que es *Derecho público* también. Consecuentemente, las *reglas procesales penales* no podrían sino traer tras de sí el principio mismo del proceso penal —el *principio de publicidad del proceso*— que las inspira y del cual ellas, al unísono, transcurren".⁴²

De esta manera, ciertamente, no podía haber sido otra la orientación adoptada por la *mens legislatoris*, que con la transformación en disposiciones legales de los trabajos de elaboración legislativa, se convirtió en la *mens legis*: eminentemente públicos, sociales, los intereses tutelados por las normas penales —especialmente el de *libertad*—, los preceptos de naturaleza procesal penal no podrían dejar de ostentar idéntico carácter, con la distinción de los derechos inherentes al ser humano involucrado en la actividad estatal de verificación existencial de la infracción y de indagación de la respectiva autoría, con el loable objetivo de liberar al inocente de la coacción estatal y de imponer la sanción prescrita por ley al infractor de la norma penal material.⁴³

Como se ha aseverado en lo precedente, "el *poder-deber de castigar* se encuentra siempre estrechamente relacionado con la realización del bien común, que se traduce, en su más simple expresión, en la convivencia de los individuos, miembros de la comunidad social, en paz y libertad. El *respeto a la libertad*, siendo así, integra la propia esencialidad del *poder-deber de castigar*, que se hace exclusivo del Estado, justamente por porque debe, él mismo, el guardián mayor de las garantías individuales".⁴⁴

2. VERIFICACIÓN ANTAGÓNICA DE LA REALIDAD

2.1. FACTORES DETERMINANTES DEL RECRUECIMIENTO DE LA CRIMINALIDAD, ESPECIALMENTE LA VIOLENTA

La realidad, infelizmente, es muy distinta y en casi todo antagónica a la explicitada previsión legislativa.

En efecto, son diversos los factores determinantes de esa grave discrepancia entre el ordenamiento jurídico y las situaciones que ocurren, bastante alejadas de este, por cierto.

cobertura, a la que se deben sujetar o someter todas las demás *reglas* que constan en el *ius positum*" (p. 32). Es, igualmente —proseguimos— de la incidencia del principio sobre la ley (*canone da legalidade*), que surgen las reglas de la oficialidad (especificada en las de la inevitabilidad y del procedimiento de oficio, aquella, a su vez, en las de la necesidad y de la irrevocabilidad, de la judicialidad (especificada en las de la jurisdiccionalidad y de la administratividad) y de la verdad material (especificada en las de la inquisitorialidad de la contradictoriedad real y del libre convencimiento del juez).

⁴² Cf., una vez más, **Lauria Tucci, Rogério et al.**, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro* (cit., pp: 52-3).

⁴³ V., al respecto, **Lauria Tucci, Rogério**, *Do corpo de delito no direito processual penal brasileiro* (São Paulo: Saraiva, 1978, pp: 152-5), quien aduce que, cometida la infracción penal, "aún así no hay manera de imponer, discrecional y autoritariamente, la pena prescrita para cohibir su práctica", volviéndose imprescindible el *proceso* (*nulla poena sine iudicio*), en cuyo ámbito, "confrontándose el *ius puniendi* del Estado con el *ius libertatis* del ciudadano, tenga lugar el *juicio*", ya sea de reconocimiento de la culpabilidad de este y la consecuente imposición de pena al infractor, sea de la inocencia, con la prevalencia del deseo de libertad del acusado.

⁴⁴ Cf., una vez más, **Laura Tucci, Rogério et al.**, *Princípio e regras orientadoras do novo processo penal brasileiro* (cit., p. 36; y, en el mismo sentido, **E. Magalhães Noronha** *Curso de direito processual penal*, (São Paulo: actual. por **Adalberto de Queiroz Telles Camargo Aranha**, 21a.ed. Saraiva, 1992, p. 3).

Aún así, entre ellos resaltan significativamente —de suerte que se haga merecer la distinción aquí meditada— y en un ordenamiento tan racional como sea posible, desprendido de cualquier idea de superioridad de uno sobre el otro: a) la manifiesta desigualdad en la distribución de la riqueza, b) la violencia policial, c) la impunidad de las élites económica y política en un Estado evidentemente “falencial”, d) la equivocada elaboración legislativa, subsiguiente a la reforma penal de 1984 y a la edición de la *Constitución Federal de 1988*, e) puntos críticos (“gritantes”) y graves fallas en la justicia penal y f) un sistema penitenciario inhumano.⁴⁵

Pasamos, entonces, al análisis minucioso de todos ellos, dejando para un mejor desarrollo de la exposición, el enunciado del párrafo anterior.

2.2. MANIFIESTA DESIGUALDAD EN LA DISTRIBUCIÓN DE LA RIQUEZA

Lo primero que se destacará, no solo por la manifiesta importancia, sino también por la fuerza de su precedencia lógica y cronológica, es lo relativo al recrudecimiento de la criminalidad, especialmente la violenta, en virtud de la gran desigualdad generada por la (¿por qué no decirlo?) pecaminosa distribución de la riqueza en nuestro país.

Hay, por cierto, derivada de ese nefasto fenómeno social, una tendencia natural al hábito criminoso, en el seno de “una sociedad tensa y explosiva” estigmatizada por indicadores socioeconómicos perversos”, que, como precisa José Eduardo Faria⁴⁶, “si por un lado revelan la existencia de un dualismo estructural básico, expresado por el contraste entre una pobreza urbana masiva y algunas acumulaciones de riqueza, por otro son consecuencia de tres grandes crisis estructurales”, a saber, “En el plano socioeconómico, una crisis de hegemonía de los sectores dominantes; en el plano político, una crisis de legitimación del régimen representativo; y, en el plano jurídico-institucional, una crisis de la propia matriz organizacional del Estado brasileño, en la medida en que este parece haber alcanzado el límite de su flexibilidad en la imposición de un modelo simultáneamente centralizador y corporativo, cooptador y concesivo, intervencionista y atomizador, sea de los conflictos sociales, sea de las propias contradicciones económicas”.

Por ese y otros incontables motivos, se delimita inadmisibles —como pondera Nilo Batista⁴⁷, en el marco de las observaciones de Figueiredo Dias y Anabela Rodrigues, a las cuales se refiere— olvidar que “los delincuentes provienen, la verdad, en un porcentaje ampliamente dominante, de los estratos sociales económicamente más desfavorecidos; y aquel porcentaje se vuelve aún mayor si se toman en cuenta solamente las infracciones de carácter patrimonial tradicionales”.

Por tal motivo —enfaticó en cierta ocasión el apreciado penalista Heleno Cláudio Frago, en un simposio realizado en la ciudad de Porto Alegre y lo hizo, indudablemente, en consonancia con su conocida y difundida opinión, en el sentido de la indignante desigualdad entre personas ricas y pobres⁴⁸— de nada valdrían los encomiables avances de la justicia penal, si no se corta, de raíz, esa causa originaria de la criminalidad creciente.

2.3. VIOLENCIA POLICIAL

Otro factor es el concerniente a la “violencia policial en Brasil”, negativamente calificada en sucesivos informes de entidades idóneas a toda prueba.

Realmente, en el ansia de combatir en forma desmedida la criminalidad violenta, policías mal preparados, no solo intelectual sino vivencialmente, pasan a enfrentarla con la misma o más

⁴⁵ V., en sentido aproximadamente igual al texto, **Canger Rodríguez, Armando y otros (Grupo de Trabajo de juristas constituido por el Ministerio de Justicia)**, *Criminalidade e violência no Brasil*. (Belém: Cejup, 1980, p. 9 ss.).

⁴⁶ **Faria, José Eduardo**. *Direitos humanos, direitos sociais e justiça* (vb. **Introdução: o Judiciário e o desenvolvimento sócio-econômico**) (São Paulo: Malheiros eds., 1994, p.12).

⁴⁷ Cf., **Nilo Batista**, *Punidos e mal pagos - violência, justiça, segurança pública e direitos humanos no Brasil de hoje* (Rio de Janeiro: Ed. Revan, 1990, pp. 168-9).

⁴⁸ V. **Cláudio Frago, Heleno**. *Direito penal e direitos humanos*, (Rio de Janeiro: Forense, 1977, p.28).

intensa violencia: "La presencia de la violencia, combinada con el sentido de que la policía la podrá controlar, pero que en realidad, participa de la misma, y la carga que se hace al ciudadano para emplear sus propios medios con el fin de resolver sus problemas, parece estar ligada a la causa de la enorme ansiedad, en lo que se dice con respecto a la violencia". Y es por eso que se afianza el hecho de que los "problemas de la violencia policial urbana" en Brasil, deben ser vistos "en el contexto de otros, aún más serios".⁴⁹

Puede leerse, a propósito, en el Informe Americas Watch de 1987, que la "mayor fuente de la violencia policial de hoy debe buscarse en el pasado. Hay quien atribuye la disposición para la práctica de la tortura a las instituciones —esclavitud e inquisición en Brasil—, para las cuales la confesión tan deseada debería ser extraída, sin importar los medios necesarios. Otros la atribuyen a la época inmediatamente anterior a las dos décadas del gobierno militar, finalizado hace poco".⁵⁰

De allí el porqué no causaría —como de hecho no causa— sorpresa el hecho de que persistan, en los tiempos actuales, la tortura y la ejecución sumaria⁵¹, inclusive y lamentablemente, de adolescentes y menores, entre los cuales están los llamados "niños de la calle", o "niños minorizados"⁵², como por ejemplo, en el tristemente famoso "caso de la Candelaria", ocurrido tiempo atrás en Rio de Janeiro. Tampoco causan sorpresa los choques frontales, con inmenso aparato bélico, y prácticamente permanentes, entre la policía militar y el propio Ejército nacional, de un lado, y los denominados marginales o bandidos, del otro.⁵³

A pesar de todo, también debe añadirse que la violencia policial no tiene cómo contener la violencia urbana, para lo cual no existe, evidentemente, ninguna solución, en términos concretos y definitivos: "Un gobierno que apueste por la solución policial no está más que honrando sus compromisos con las élites conservadoras y con un sistema económico inicuo, el cual —a ejemplo de la cuadrilla, su 'ejército de reserva', regulador del menor salario mínimo del mundo⁵⁴— subyuga y se aprovecha de las poblaciones marginales.

⁴⁹ V. *Violência policial no Brasil, Relatório Americas Watch* (São Paulo: Ed. própria, 1987, respectivamente p. 19 y p. 10).

⁵⁰ Cf., además, *Violência policial no Brasil* (cit., p.11).

⁵¹ Cf., una vez más, *Violência policial no Brasil* (cit., p.12).

⁵² Cf., entre otros trabajos, igualmente cuidadosos, *Ejecuciones sumarias de menores en São Paulo*, de la **Comisión de Derechos Humanos de la Orden de Abogados de Brasil, Sección de São Paulo** (São Paulo: 1993, p. 15 ss.), en donde se delinean como factores determinantes del inaceptable hecho, y en aquello que interesa a esta parte del estudio aquí desarrollado, la "falta de vigilancia policial adecuada en la periferia, que estimula la creación de los llamados grupos de exterminio, que pretenden dar una pseudo-seguridad a la población carente"; la "falta de preparación de la policía, que muchas veces confunde violencia con energía, en especial cuando se trata de abordar a la población carente, los niños y adolescentes"; y la "absoluta falta de educadores de calle en número suficiente para atender a los niños y a los adolescentes y, en especial, a los niños de la calle que deambulan por nuestra ciudad sin ninguna atención del poder público, creando condiciones para que los mismos cometan infracciones y que en choques con la Policía terminen fusilados" (pp. 19 y 20). V., también al respecto de estos temas, *A criança minorizada: banco de referências bibliográficas*, publicación de la **Universidad de São Paulo (USP), Núcleo de Estudos de la Violencia (NEV)** (São Paulo: 1991, p. 7-8); **Penglase, Ben.** *A violência contra crianças e adolescentes*, en *Os direitos humanos no Brasil* (São Paulo: USP-NEV, 1995, pp. 99 ss.); **Gagliardi, Pedro R. L. y otros,** *Menores e criminalidade* (São Paulo: s/ed., 1986, pp. 15-9); **Gomes Neto F. A.** *A problemática do menor* (Rio de Janeiro: s/ed., 1977, pp. 17-8); y **Barbosa, Adriano.** *Esquadrão da morte (um mal necessário?)* (Rio de Janeiro: ed. Mandarino, 1971, especialmente pp. 151-7, en la primera nota de las cuales se lee: "Hay muchas cruces en los caminos misteriosos del Escuadrón. No todos los muertos tendrán nombre, ni todos los criminales tendrán sentencia..." (el resaltado es nuestro).

⁵³ No solo con marginales y bandidos, sino también con campesinos e indígenas, como lo expresan los informes de **Amnistía Internacional** relativos a los años de 1990, 1994 y 1995; y de los cuales (más precisamente, del primero) es destacable el siguiente tópico esclarecedor: "En las zonas rurales, algunos sindicalistas y personas que hacían campaña en favor de la reforma agraria siguieron recibiendo amenazas de muerte y más de 50 perdieron la vida. Las autoridades estatales persistieron en no llevar a los tribunales a los responsables de estos delitos o de las agresiones a miembros de comunidades indígenas".

⁵⁴ V. **Batista, Nilo.** *Punidos e mal pagos* (cit., p. 169); y en idéntico sentido, **Cláudio Fragoso, Heleno.** *Direito penal e direitos humanos* (cit., p. 28, *verbis*: "Los pobres, que viven en las 'favelas' (tugurios),

Innumerables, constantes e interminables son, en fin, los casos en que se tiene noticia de práctica de tortura (pese a que la propia *Constitución Federal*, en el artículo quinto, XLIII, la tiene como crimen no excarcelable y no susceptible de gracia o amnistía) y de exterminio de personas o de grupos de personas, por elementos de la Policía Militar, sin la correspondiente persecución penal o consecuente castigo de sus autores, especialmente a partir de la publicación de la *Enmienda Constitucional nº7*, de 1977, cuando se definió la competencia de la Justicia Militar Estatal para el "enjuiciamiento de cualquier crimen practicado por policías militares, en las actividades de función policial".

Realmente expresivos, a ese respecto, son el reportaje sobre el desempeño de la Policía Militar Estatal (publicado en el "*Jornal da Tarde*" de Sao Paulo, ejemplar del 10 de enero de 1983) y material correlativo (publicado en el diario "*O Estado de S. Paulo*", ejemplar del 20 de agosto de 1982) y de los cuales se destacan, dada su expresividad y, respectivamente, los siguientes tópicos: "... la Justicia Militar comenzó a recibir todos los casos y absolvió masivamente a los soldados y oficiales que matan. Como consecuencia de esa impunidad, casi cuatrocientos hombres murieron el año pasado, no todos delincuentes —las víctimas, en su gran mayoría, eran jóvenes, niños que cometieron una o dos infracciones, pobres de la periferia—, oriundos de los estratos más miserables de la población..." y "La impunidad y la prepotencia, la cobertura de la Justicia Militar del Estado, transformaron a un grupo de policías llamados 'vengadores de la sociedad' en vengadores que pasaron a cometer excesos, a matar a personas inocentes, a agredir a trabajadores, con la respuesta de que quien enfrenta el crimen está en riesgo de cometer errores"⁵⁵ !...

Y en esa misma e igualmente significativa línea crítica, no constituirá exceso reproducir, seguidamente, un fragmento del documento referente a Brasil, de Amnistía Internacional, publicado en junio de 1990, *verbis*: "Torturas y asesinatos por la policía civil y militar pueden no ser política oficial, pero tolerar esos abusos significa perdonarlos. La alarmante incidencia de asesinatos, torturas y tratos crueles e inhumanos de ciudadanos en custodia oficial, indica que las autoridades no están tomando medidas efectivas para erradicar esas prácticas. Muchos funcionarios del gobierno, jueces y policías deploran tales abusos. Varias veces se prometieron medidas efectivas después de algunos incidentes que se destacaron en la prensa. Pero son muchas las pesquisas judiciales dejadas de lado sin una conclusión, o que no terminan en condenación o medida disciplinaria. Incluso cuando hay instauración de proceso, los policías o funcionarios de prisiones raras veces son suspendidos de sus funciones hasta el resultado del juicio. Para ser coherentes con su compromiso de proteger los derechos humanos, las autoridades brasileñas necesitan dar un mensaje claro a los comandos de la policía civil y militar —el mensaje de que asesinatos, torturas y todas las formas de maltratos físicos o psicológicos son prohibidos y serán castigados con todo el rigor de la ley".⁵⁶

son el blanco predilecto del aparato represor policial-judicial y cuando los capturan, son virtualmente masacrados por el sistema. Son las grandes víctimas de las detenciones ilegales efectuadas en las *redadas* policiales, por el simple hecho de no portar documento de identidad o de no tener carné profesional *firmado*. Solamente los pobres son apresados por vagabundeo, contravención que no puede ser practicada con los ricos, en una discriminación que vira el precepto constitucional. Vagabundo rico, puede; vagabundo pobre, no puede..."

⁵⁵ Cf. *Direitos humanos -realidade e perspectivas*, en *Relatório anual -1993 do Centro Santo Dias de Direitos Humanos da Arquidiocese de São Paulo* (São Paulo: 1994, pp. 13 ss., especialmente 15 y 16).

⁵⁶ Nótese allí la preocupación, no solo por la actuación de la Policía Militar, sino también por la de la Policía Civil, reunidas, más adelante en el mismo documento y con ese obvio propósito, bajo el título "**A Polícia Brasileira**" y el siguiente texto: "Las policías civil y militar en Brasil tienen funciones distintas, pero frecuentemente actúan en conjunto. La policía civil de cada Estado es responsable por la investigación de crímenes. Acusaciones graves de torturas y maltratos son presentadas contra la policía civil en todas partes de Brasil. Muchos jueces e incluso ex-procuradores públicos admiten que la policía usa la tortura regularmente. La policía militar está organizada en batallones. Es responsable por el mantenimiento del orden público en cada Estado y está subordinada únicamente a los tribunales militares. Normalmente, la policía militar realiza capturas y controla los crímenes de la calle; esa fuerza policial ha sido criticada por tortura y uso excesivo de fuerza, tanto en la vigilancia policial de manifestaciones públicas como en la detención de sospechosos. Muchos defensores de los derechos humanos creen que la militarización de la policía fue responsable de la tendencia a combatir el crimen y tratar problemas de

2.4. IMPUNIDAD DE LAS ÉLITES ECONÓMICA Y POLÍTICA EN UN ESTADO "FALENCIAL"⁵⁷

Hay mucho más aún por ser considerado en la presentación de los motivos determinantes de la discrepancia entre el contenido del ordenamiento jurídico nacional y la realidad. Debe distinguirse, en consecuencia, la denominada (por Benedito Domingos Mariano⁵⁸) "impunidad de las élites económica y política", dicha por él "mezclada hoy con la falencia del Estado".

Vale la pena, en este particular, transcribir las candentes palabras de este citado autor, según las cuales "el poder económico y político está habituado a apropiarse del Estado para fines particulares y ocultos, usando la maquinaria presupuestaria y policial y contando con la connivencia del sistema judicial, este también en situación de precariedad funcional extrema. Es raro, o casi improbable, que algunos criminales de la élite vayan a prisión. A esto, se suma una política de seguridad pública que aún mantiene raíces en el paquete de abril de 1977, en que toda la estructura de represión del Estado estaba bajo el paradigma de la Doctrina de Seguridad Nacional, la cual introdujo el concepto de 'enemigo interno'. Diseminado en el conjunto de la sociedad, 'enemigo interno' era todo aquel contrario al régimen. El Estado, en ese momento histórico, cometió los mayores crímenes de tortura y maltratos a miles de personas y creó una estructura de represión incontrolable. El advenimiento de la apertura política y la conquista del Estado de Derecho (legalizado por partidos políticos, elecciones universales en todos los niveles, etc.) no garantizó cambios en el modelo económico, concentrador de la renta y excluyente, y que no alteró significativamente la estructura de la seguridad".⁵⁹

En efecto y por paradójico que sea, tal es la fuerza del poder económico en Brasil, que ha implicado el servilismo del poder político. Ahora este, en virtud de los permanentemente "exitosos" (es decir, no castigados) actos ilícitos de los agentes del Poder Público, se transforma en una potente arma económica de encubrimiento de las ilegalidades cometidas.

Así, por un lado, se suceden los más variados y diversificados *lobbies*, con la finalidad explícita de alterar el rumbo inicial de determinado proceso de elaboración legislativa —en la mayor parte de los casos obtenida tranquila y ventajosamente—, y por el otro, correlativamente, la multiplicación de los casos de corrupción, que abundan en tiempos recientes y que alcanzaron su punto culminante en días recientes con las evidencias obtenidas por la tristemente famosa "C.P.I. del presupuesto".⁶⁰

Se aplicaría, quizás —y, cuando no de otra forma, al menos analógicamente, a esa nada recomendable situación—, la aguda observación de Georges Sorel⁶¹, en el sentido de que, "en una sociedad rica⁶², ocupada con grandes negocios, donde cada uno está bastante atento a la defensa de sus intereses", cualesquiera "delitos de astucia no tienen las mismas consecuencias que en una sociedad obligada a imponerse una rigurosa parsimonia".

orden público con tácticas que son más apropiadas para operaciones militares". Además de esto, -debe complementarse- que la violencia policial permitida por las autoridades públicas competentes se transforma en auténtica violencia política, por cierto, la omisión de las autoridades genera "*un clima social de inseguridad, miedo e insensibilidad para con los hechos atroces y aberrantes*" (cf. *Informe sobre violencia política*, publicación de la **Universidad de São Paulo (USP), Núcleo de estudios sobre la violencia (NEV)**, (São Paulo: 1991, p.5).

⁵⁷ N. de T.: Estado de decadencia.

⁵⁸ **Domingos Mariano, Benedito.** *Por uma nova política de segurança e cidadania*, publicación del Consejo Estatal de Defensa de los Derechos de la Persona Humana (São Paulo: 1994, p.9).

⁵⁹ Cf. además **Domingos Mariano, Benedito.** *Por uma nova política de segurança e cidadania*, (cit., pp. 9-10).

⁶⁰ Caso que, como es notorio, resultó en la decepcionante casación de apenas algunos parlamentarios, quedando sin la debida explicación la permanencia de otros, en el Congreso Nacional... Súmese, por ser oportuno, que el proceso de *impeachment*, al que respondió el ex-Presidente de la República, constituye una inexpressiva excepción a la "regla" de la impunidad.

⁶¹ **Sorel, Georges.** *Reflexões sobre a violência*, trad. de Paulo Neves (São Paulo: Martins Fontes, 1992, p. 217).

⁶² No es que Brasil sea un país rico, sino que se presenta ante la comunidad universal como tal.

Y todo, con el preciso y oportuno recuerdo de Sergio Habib⁶³, con respecto al punto precedentemente destacado y según el cual la gran mayoría de los corruptos "está oculta, encubierta por los títulos que ostentan o por las posiciones que disfrutaban en la sociedad. Muchas veces se sabe quiénes son ellos, sin embargo, la hipocresía social no permite que se les incomode en sus feudos o en los cargos en que se encuentran 'encastillados'. Gozan de privilegios e inmunidades, en el caso de que ejerzan actividades parlamentarias. Se aprovechan de los favores de la ley, leyes que ellos mismos elaboran para preservar derechos e intereses del grupo al que pertenecen"; se destacan "por la astucia con que reaccionan, sin ser jamás alcanzados y, lo que es peor, reciben un trato respetuoso por parte de las demás personas".

Añádase, en el ámbito de lo discurrido por Railda Saraiva De Moraes⁶⁴, que tal impunidad, como cualquier otra, "funciona como agente desestabilizador, por un lado, estimulando el aumento de la criminalidad, y por otro, generando inseguridad por la desconfianza en el orden constituido y en los poderes gubernamentales".

Y no se olvide, tampoco, que correlativamente promueven del mismo modo la desestabilización, tanto el abuso de poder, como el irrespeto a la igualdad de todos frente a la ley, uno y otro tan al gusto de los agentes públicos ímprobos, que, en su intolerable egoísmo, ignorándolos, violentan prolongadamente los derechos inherentes al ser humano integrante de la colectividad a la que deberían servir.⁶⁵

2.5. EQUIVOCADA ELABORACIÓN LEGISLATIVA

Por otra parte, no se puede dejar de considerar, los graves errores cometidos, tanto por el Poder Ejecutivo como por el Legislativo, en la conducción de los procesos de elaboración de leyes relativas al derecho y al proceso penal, que culminaron, incluso e inoportunamente, con la criminalización de ciertas conductas mediante las denominadas "medidas provisionales" caracterizadas por la relevancia y urgencia de su promulgación, así como por su posible y hasta contrastante carácter efímero.

Basta, en efecto, considerar el texto del artículo 62, y su único párrafo, de la *Constitución Federal*, para que no se tenga la más mínima duda en lo que respecta al innombrable absurdo en que se consustanciaron medidas provisionales promulgadas también con la indicada finalidad tipificadora de infracciones penales: "En caso de relevancia y urgencia, el Presidente de la República podrá adoptar medidas provisionales, con fuerza de ley, debiendo someterlas al Congreso Nacional, que, estando en receso, será convocado extraordinariamente para reunirse en el plazo de cinco días. Párrafo único. Las medidas provisionales perderán eficacia desde la promulgación, si no fueran convertidas en ley en el plazo de treinta días, a partir de su publicación, debiendo el Congreso disciplinar las relaciones jurídicas derivadas de la misma".

Peores aún son las sucesivas violaciones del *due process of law*, específicamente del *debido proceso penal*⁶⁶, en leyes infraconstitucionales, dado que contienen dispositivos manchados de inconstitucionalidad, como por ejemplo, los artículos. 2, I y II, última parte, y § 2 y 3, de la Ley N° 8072, del 25 de julio de 1990⁶⁷, y los artículos. 7, 8 y 9 de la Ley N° 9034, del 3 de mayo de 1995.⁶⁸

⁶³ **Habib, Sergio.** *Brasil: quinhentos anos de corrupção, Enfoque sócio-histórico-jurídico-penal* (Porto Alegre: Sérgio A. Fabris ed., 1994, pp. 96-7).

⁶⁴ **Saraiva De Moraes, Railda.** *Represão penal e direitos humanos*, en *Nomos -Revista del Curso de Maestría de la Universidad Federal de Ceará* (Fortaleza: 1987, v. 6, n°2, p. 72).

⁶⁵ Servir efectivamente, como su legítimo representante; y no solo en apariencia, sin autenticidad, como, salvo raras excepciones, casi siempre ocurre...

⁶⁶ Término que adoptamos en el marco de la enseñanza de Pedro J. Bertolino, *El debido proceso penal* (La Plata: Platense, 1986, pp.20 y 21); y tenemos, ampliamente difundido (cf., *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro*, cit., pp. 69-76).

⁶⁷ Así redactados: "Los crímenes atroces (hediondos), la práctica de la tortura o el tráfico ilícito de estupefacientes y drogas afines y el terrorismo no son susceptibles de: I -amnistía, gracia e indulto; II - fianza y libertad provisional (...) § 2° En caso de sentencia condenatoria el juez decidirá fundamentadamente si el reo podrá apelar en libertad. § 3° La prisión temporal sobre la cual dispone la

Somos vehementes al analizar la primera de las mencionadas disposiciones legales, que el debido proceso legal determina, en un denominado y realista estado de derecho, la "elaboración regular y correcta de la ley, así como su razonabilidad, sentido de justicia y concordancia con los preceptos constitucionales (*substantive due process of law*, según el aporte de la concepción norteamericana"⁶⁹); la faz sustancial del debido proceso legal se muestra en la aplicación, al caso concreto, de normas preexistentes, que no sean irracionales y por lo tanto, intrínsecamente injustas".⁷⁰

Ahora, el *substantive due process of law*, a su vez, como enfatiza José Joaquim Calmon De Passos⁷¹, "carece de significación, si el Estado no reconoce al individuo derechos que a él mismo, como Estado, le sean oponibles, funcionando como límites a su arbitrio de detentor de los instrumentos de coerción social".

Siendo así que la ley debe —en la lapidaria expresión de Santo Tomás De Aquino—⁷² procurar siempre el orden racional de las cosas y el bien común (*Est quaedam rationis ordinatio ad bonum commune ab eo qui curam habet communitatis promulgata*), constituye de hecho inaceptable e inconmensurable absurda exageración (en virtud de la inversión de la jerarquía de las normas del *ius positum*, dada la sobreposición de preceptos de ley ordinaria a los constitucionales, arriba indicados) de lo establecido por las normas recién aludidas, que:

transforman abstracta, incondicionada y genéricamente, con la prohibición irrestricta de la libertad provisional no vinculada y sin proceso y respectivo juicio, a indiciados y acusados, en culpables;⁷³

ignoran la indispensabilidad de realización de la *persecutio criminis* en un plazo razonable⁷⁴, estableciendo largos plazos para la prisión temporal ⁷⁵ (de 30 días,

Ley No. 7.960, del 21 de diciembre de 1989, en los crímenes previstos en este artículo, tendrá el plazo de treinta días, prorrogable por igual período en caso de extrema y comprobada necesidad". Adúzcase que la señalada modalidad de prisión provisional -temporal-fue instituida para incidir sobre las situaciones en las cuales, no ocurriendo captura en flagrante delito, aún no estén reunidos los requisitos determinantes para decretar la prisión preventiva.

⁶⁸ Cuyas redacciones son las siguientes: "Art. 7° No será concedida libertad provisional, con o sin fianza, a los agentes que hayan tenido intensa y efectiva participación en la organización criminal"; Art. 8° "El plazo máximo de prisión procesal, en los crímenes previstos en esta Ley, será de ciento ochenta días"; y Art. 9° "El reo no podrá apelar en libertad, los crímenes previstos en esta Ley".

⁶⁹ V. **Lauria Tucci, Rogério y Cruz e Tucci, José Rogério**. *Constituição de 1988 e processo*, (cit., p.15); y en el mismo sentido, **Lauria Tucci, Rogério**. *Fiança criminal, liberdade provisória e devido processo legal*, en *Devido processo legal e tutela jurisdicional* (São Paulo: Ed. RT, 1989, p.79).

⁷⁰ V., también, **Goncalves Ferreira Filho, Manoel**. *Comentários à Constituição brasileira de 1988* (São Paulo: Saraiva, 1990, v. 1, p. 67); refrendado por nosotros en *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro* (cit., pp. 64-5); y **Schietti Machado Cruz, Rogério**. *¿Sessenta días de prisão temporária é razoável?*, en *Revista de los Tribunales* (cit., 1995, v. p. 718, p. 354), que asevera (basado en la enseñanza de **De Siqueira Castro, Carlos Roberto**. *O devido processo legal e a razoabilidade das leis na nova Constituição do Brasil* (Rio de Janeiro: Forense, 2 ed., p. 383) la evolución del *due process of law* "para asumir una vestimenta material, erigiéndose en un requisito de la 'razonabilidad' (*reasonableness*) y de 'racionalidad' (*rationality*) de los actos estatales, lo que resulta en un papel de termómetro axiológico acerca de la justicia de las reglas de derecho".

⁷¹ **Calmon De Passos, José Joaquim**. *Advocacia -o direito de recorrer à Justiça*, en *Revista de Processo* (São Paulo: Ed. RT, 1978, No. 10, p. 38); y, en el mismo sentido, **Couture, Eduardo J.**, *El "devido proceso" como tutela de los derechos humanos*, en *La Ley* (Buenos Aires, 1956, No. 12/IV, p. 805-6); **Devis Echandia, Hernando**, *El derecho procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y la libertad humana*, en *Estudios de derecho procesal* (Buenos Aires: Zavalia, 1985, pp. 171-2); **Bertolino, Pedro J.** *El debido proceso penal* (cit., p.36), en esta se lee que tanto como "el gobernado tiene derecho a un proceso que le debe el gobernante", el "órgano público que realiza el proceso penal tiene, como límite de su actuación, el realizarlo como es debido".

⁷² **Santo Tomás de Aquino**. *Summa Theologica*, trad. port. de Alexandre Correia, 1a. y 2a. *quaest.*, 90.

⁷³ Con evidente enfrentamiento a lo estatuido en el inc. LVII del art. 5o. de la *Constitución Federal*, *verbis*: "Nadie será considerado culpable hasta transcurrido el juicio de sentencia penal condenatoria".

prorrogables por 30 más, o sea, de 60 días), y para cualquier especie de prisión provisional, dictan "prisión procesal" (180 días, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 8 de la Ley No. 9034, de 1995)⁷⁶; y,

prohíben la concesión del indulto, contradiciendo, de manera estridente, la *Constitución Federal*, que otorga al Presidente de la República "poderes para conceder indulto, sin limitaciones"⁷⁷.

Debe complementarse que la violación del debido proceso penal, en situaciones tales resulta, sobre todo, de la restricción absoluta de los poderes del juez o del tribunal, para aplicar realista y prudentemente la ley⁷⁸ al caso concreto, a través de un instrumento hábil para su interpretación y realización, que es el proceso (*judicial process*) —específicamente, el *proceso penal*—, cuya regularidad reclama la conjugación de todos los corolarios del *due process of law*.⁷⁹

2.6. "GRITANTES" (PUNTOS CRÍTICOS, FLAGRANTES O EVIDENTES) Y GRAVES FALLAS EN LA JUSTICIA PENAL

Además de todo, tenemos que puntualizar aún, en lo relativo a la frecuente violación de derechos humanos en el proceso penal brasileño, en los "gritantes" y graves fallas de la justicia penal, tanto en el plano federal, como en las unidades de nuestra República Federativa.

No obstante, este se presenta como un problema universal, según la aguda observación de Railda Sarabia De Moraes⁸⁰, al subrayar que la "violación de los derechos humanos ocurre con frecuencia en la mayoría de los países y no solamente en el ámbito policial y penitenciario, sino también en el ámbito judicial". Y esto —nos permitimos añadir— a partir del momento en que la persecución penal, originada por la *notitia criminis*, que inicia normalmente con la investigación criminal (*informatio delicti*), a cargo de la Policía Judicial y comandada por una autoridad administrativa (Delegado de Policía) del Poder Ejecutivo, se articula, sin embargo, al Poder Judicial en lo que respecta a la finalidad de su actuación: "... si orgánicamente la policía judicial engarza en la maquinaria administrativa del Estado, funcionalmente esta se enlaza al aparato judicial. No hay ninguna subordinación jerárquica, disciplinaria, entre la policía judicial y el Poder Judicial o

⁷⁴ Con plena ignorancia, igualmente -además de lo enunciado en el art. 14, 3, c, del *Pacto internacional de derechos civiles y políticos*- de lo dispuesto en el párrafo segundo del mismo artículo quinto de la *Carta Magna brasileña*, y de la suscripción y de la convalidación en el texto legal nacional de la *Convención americana sobre derechos humanos*, cuyo artículo 8.1, tiene la siguiente redacción: "Toda persona tiene derecho de ser escuchada con las debidas garantías y dentro de un *plazo razonable* por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por ley anterior, en defensa de cualquier acusación penal formulada contra ella..."

⁷⁵ Una de las especies de prisión provisional, disciplinada por la *Ley No. 7960*, del 21 de diciembre de 1989.

⁷⁶ V., específicamente sobre el tema, **Schiatti Machado Cruz, Rogério**. *¿Sessenta dias de prisão temporária é razoável?* (cit. pp. 355-6); que afirma (y justifica, correctamente, la afirmación) la inconstitucionalidad del § 3o. del art. 2o. de la *Ley No. 7960*, de 1989.

⁷⁷ Cf. pronunciamiento pretoriano publicado en la *Revista dos Tribunais* (cit., v. 660, pp. 261), que interpreta exegéticamente el contenido del art. 84, XII, de la *Constitución Federal*, así redactado: "Compete de manera exclusiva al Presidente de la República: (...) XII -conceder el indulto y conmutar las penas, con audiencia, si es necesario, de los órganos instituidos por ley".

⁷⁸ No solo la ley estrictamente considerada, sino también, por cierto, toda y cualquier forma de expresión del derecho, cuyas normas son aplicables por los órganos jurisdiccionales. V., a propósito, afirmando que el juez tiene, inclusive, poderes para adecuar los preceptos del ordenamiento jurídico a las reglas de naturaleza constitucional, **Fix Zamudio, Héctor**. *La protección procesal de los derechos humanos ante las jurisdicciones nacionales* (Madrid: Civitas, 1982, p.42).

⁷⁹ V., además, **Couture, Eduardo J.**, *El "debido proceso" como tutela de los derechos humanos*, (cit., pp. 805-6); **Devis Echandiá, Hernando**. *El derecho procesal como instrumento para la tutela de la dignidad y la libertad humana* (cit., pp. 171-2); **Hoyos, Arturo**. *La garantía constitucional del debido proceso legal*, en *Revista de Proceso* (cit., 1987, No. 47, p. 65); **Denti Vittorio**. *Valor constitucional y cultura procesal*, en *Revista di Diritto Processuale* (Milan: Giuffrè, 1984, parte 3, p. 445).

⁸⁰ **Saraiva de Moraes, Railda**. *Repressão penal e direitos humanos* (cit., p. 75).

incluso el Ministerio Público, más que interdependencia funcional. Solo en ese sentido la policía es auxiliar de la justicia".⁸¹

Aparte de la abominable práctica de la tortura, no en raras ocasiones y con la finalidad de obtener a cualquier costo la "confesión" del torturado, existen varias otras especies de excesos e ilegalidades (inclusive penales) cometidas por los agentes de la Policía Civil (como es también denominada la Policía Judicial), de las cuales pueden destacarse los siguientes e igualmente abusivos procedimientos:

- la denominada "detención para averiguación", sin culpa planteada, únicamente por sospecha, que consiste en coartar, de manera ilegal, la libertad de tránsito del detenido⁸² (y de hecho ni la institución misma de la prisión temporal, por la *Ley No. 7960 de 1989*, con la manifiesta finalidad de obviar tal práctica, tuvo la facultad de eliminarla);

- la sumisión del investigado a humillaciones degradantes y sin cuenta, no solo mediante tratos evidentemente irónicos y malintencionados, sino, igualmente, a través de aparatosas y frenéticas búsquedas personales y criminógenas invasiones al domicilio (p.e., las ya dilucidadas⁸³ y tristemente famosas "redadas" en los cerros de las "favelas" de Rio de Janeiro);

- la efectuación, al albedrío de la autoridad policial⁸⁴ —y hasta como consecuencia de noticias anónimas de supuesta práctica de infracción penal—, de la llamada "sindicância" (inexistente en el ordenamiento jurídico brasileño), en que se consustancia una especie de inquisición previa, sin formas definidas; y

- la desvirtualización de la realidad de los hechos, por actuación corrupta de agentes de la Policía Judicial, generalmente (¿por qué será?) en favor de personas adineradas, económicamente poderosas.

La decepcionante, y además repugnante, verificación de tan graves distorsiones, es tanto más expresiva en la medida en que se tenga presente que los "abusos apuntados se perpetran en general, contra pobres, sospechosos, indiciados, acusados o condenados de los estratos sociales menos favorecidos, sin condición económica o social que les pueda valer. Es al pobrecito —considerado marginal por excelencia, a fuerza del estereotipo de criminal que se consagró, sin grandes compromisos con la realidad— a quien ese tipo de criminalidad oficial, a veces simplemente culposa, elige como su víctima predilecta. Es al individuo que no puede contratar abogados, menos aún detectives, que no tiene condición para consultar patronos famosos para impugnar laudos, ni tiene de quién valerse delante de la arbitrariedad policial, que no tiene coraje ni condiciones para defenderse del policía que lo humilla, lo tortura o que de cualquier modo viola sus derechos".⁸⁵

Parte del fragmento recién transcrito se presta, evidentemente, para afirmar otra confrontación al derecho del ser humano pobre, ya acusado de la comisión de una infracción penal en un proceso planteado a partir de la presentación de la denuncia, por el órgano jurisdiccional al cual fue dirigida.

Se halle bien o mal instruido acerca de que "... a los acusados en general les son asegurados el contradictorio y amplia defensa, con los medios y recursos a ella inherentes", de

⁸¹ Cf. **Tornaghi, Hélio**. *Instituições de processo penal* (São Paulo: Saraiva, 1977, 2 Ed., 2o. v., p. 202).

⁸² Trasladado muchas veces del lugar de la "custodia" para otro, con el conocido y nada recomendable propósito de no hacer exitosa la pronta verificación judicial de la ilegalidad.

⁸³ En nota 54, *supra*, con ref. a **Cláudio Fragoso, Heleno**. *Direito penal e direitos humanos* (cit., p.28).

⁸⁴ Que llega, también frecuentemente, a "archivarla", en flagrante confrontación con lo que dispone el artículo 17 del *Código de Processo Penal*, según el cual la "autoridad policial no podrá mandar a archivar autos de investigación".

⁸⁵ Cf., una vez más, **Saraiva de Moraes, Railda**. *Repressão penal e direitos humanos* (cit., p. 75); quien dice que: "Es sabido que la policía siempre 'sabe con quien habla' y la justicia no es tan ciega como se quiere hacer creer..."

que "el Estado brindará asistencia jurídica integral y gratuita a los que comprueben insuficiencia de recursos" (cf., respectivamente, incs. LV y LXXIV del artículo quinto de la *Constitución Federal*) y de que: "Ningún acusado, incluso estando ausente o en fuga, será procesado o juzgado sin defensor" (cf. art. 261 del *Código de Proceso Penal*)—, en la realidad el condenado no tiene cómo obtener el cumplimiento de tales preceptos.

De este modo, lamentablemente, la defensa técnica casi nunca se realiza conforme a la ley y del modo deseable⁸⁶, cuando está a cargo de un defensor público estatal. Y esto significa que el acusado pobre, sin recursos para elegir a un defensor de su confianza, queda prácticamente indefenso, y pasa a sufrir una condena inevitable.

Por otro lado —lo que es, por cierto, mucho más grave— se revela en la tela judicial, a no ser en casos excepcionales, de gran repercusión local o incluso nacional, la insoslayable benignidad de los órganos de la justicia penal en los juicios de personas de estratos sociales más altos, con absoluciones a veces cuestionables o penas risibles, en tanto que, en relación con los menos afortunados, se verifica un excesivo rigor en el examen de los hechos que les son imputados y consecuentes condenas no siempre aceptables, así como impiadosas fijaciones de elevadas penas.

Además —a estos se suman, dolorosamente, los puntos más neurálgicos de la denominada crisis de la justicia penal brasileña—, se atribuye la función de juzgar causas criminales, en un primer grado de jurisdicción, a jóvenes jueces, cuya preparación técnica no supe, de ningún modo, la falta de experiencia (que es, notoriamente, la "maestra vida") y consecuente inmadurez⁸⁷. Por otra parte, los diversos procedimientos penales, sin ninguna agilización estructural, cuyo trámite se realiza deficientemente, a brincos y saltos, y se prolongan por tiempo indefinido (por lo general varios o muchos años), constituyen, desgraciadamente, una auténtica pena sin condena: "La situación en nuestro País en esta área se agrava día a día, precipitándose al caos y a un descrédito radical de la Justicia Criminal, que hoy se traduce y consustancia en la forma más eficiente de agresión y ofensa a los derechos humanos. El número deficiente de jueces, el sistema de registro precarísimo, con personal poco preparado, las instalaciones sin ninguna posibilidad de organización racional y lógica, el número de Promotores reducido, todo esto concurre para la terrible acumulación de procesos!"⁸⁸

No resulta desdeñable enfatizar en la violación de derechos del ser humano acusado (¡simplemente acusado!) de la práctica de una infracción penal, especialmente en el punto recién señalado: como se asevera precisamente en otro lugar, para el hombre de bien, inocente, la pena más grave reside en la vejatoria sujeción a un procedimiento penal interminable.

Tampoco se puede dejar de considerar la situación de los procesados previamente encarcelados, como efecto de la incidencia de uno o más hechos determinantes de prisión provisional, situación por la cual corren el riesgo de quedar presos, indebidamente, por tiempo

⁸⁶ Y a veces se efectúa hasta de modo inaceptable, es decir, con real perjuicio para la defensa del acusado.

⁸⁷ Debe recordarse, a ese respecto, la inseparabilidad de experiencia suficiente para una provechosa actividad jurisdiccional, con todos sus atributos, a saber: práctica profesional, agudeza, imparcialidad, notabilidad y justicia (Cf. **Lauria Tucci, Rogério**. *Por uma Justiça melhor*, en *Direito Processual Civil e Direito Privado - ensaios e pareceres* (São Paulo: Saraiva, 1989, pp. 79-80); con base en la enseñanza de **Borghese, Sofo**. *Sul tirocinio degli uditori giudiziari*, en *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile* (Milan: Giuffrè, 1957, No. 11, pp. 1508 ss.); **Gelsi Bidart, Adolfo**. *Proteccionismo judicial y garantía procesal*, en *Revista Brasileira de Direito Processual* (Uberaba: 1979, No. 19, pp. 30-4); **Guimaraes, Mário**. *O juiz e a função jurisdiccional* (Rio de Janeiro: Forense, 1958, p. 92); y, aunque sobre otro tema, **Ossorio y Gallardo, Angel**. *A alma da toga*, trad. port. de Antonio de Souza Madeira Pinto (Coimbra: Coimbra ed., 1956, p. 8). Como bien enseña, en ese mismo sentido y refiriéndose al derecho inglés, **Couture, Eduardo**. (en *La justicia inglesa*, p. 7; traducción de **Eliézar Rosa, Dicionário de conceitos para o advogado (Rio de Janeiro: 1972, p. 35), al contrario de "una alternativa para la juventud", la Magistratura corresponde a "un privilegio otorgado por la vida".**

⁸⁸ Cf. **Canger Rodriguez, Armando y otros**, *Criminalidade e violência no Brasil* (cit., p. 14).

mayor al fijado en sentencia condenatoria, o incluso, por un lapso que no debieron haberlo estado, en el caso de la absolución⁸⁹!

Se verifica, sin duda, que lo dispuesto en el indicado art. 8.1. de la *Convención americana sobre derechos humanos*⁹⁰, viene siendo, por regla, casi sin excepción, manifiestamente contradicho por la lentitud del curso de los procedimientos penales en nuestro país, a los cuales les faltan los mecanismos exigibles para su agilización.

Y esto, sobre todo, va en perjuicio, no solo de la defensa del acusado, sino de él mismo, personalmente considerado. Así lo anota, con su habitual precisión, Pedro J. Bertolino⁹¹, refiriéndose al tema de la duración del proceso penal: "... no nos es en modo alguno *razonable* que el enjuiciamiento penal se prolongue más allá de lo necesario para el cumplimiento de sus fines propios, prolongamiento que, en definitiva, incide sobre el condenado y respecto a sus legítimos derechos a que se defina su situación frente a la función punitiva del Estado".

Esta correcta toma de posición no viene siendo observada aún, como debería hacerse, por los jueces y tribunales penales brasileños, permanentemente desatentos a lo que, hace ya algún tiempo y con base en autorizada doctrina especializada⁹², hemos venido subrayando y recalcando, a saber, que "... teniendo en cuenta las graves consecuencias psicológicas (en el plano subjetivo), sociales (objetivo), procesales⁹³ y hasta pecuniarias, resultantes de la persecución penal del individuo involucrado en ella, se torna imperiosa la agilización del respectivo procedimiento, con el fin de minimizarlas, tanto como fuese posible, para su conclusión en un *plazo razonable*⁹⁴. Y esto, por cierto, sin perder de vista que, tanto porque en el tratamiento de derechos no disponibles en sede extrapenal, en la jurisdicción penal `la idea de plazo razonable contiene otros componentes y otras exigencias⁹⁵; de suerte que se torne inseparable la inclusión, en la concepción del *debido proceso penal*, del derecho del indiciado o acusado a obtener pronunciamiento judicial que `ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal"⁹⁶.

2.7. SISTEMA PENITENCIARIO INHUMANO

El referente a la proclamada e ineludible crisis del sistema penitenciario brasileño constituye otro factor que, al igual, debe ser necesariamente cotejado, aún más, como uno de los más expresivos determinantes de la violación de los derechos humanos y relacionado con la concretización de la sanción especificada al final del proceso penal de conocimiento, por la sentencia condenatoria transitada en juzgado.

⁸⁹ Se dirá, a propósito, que el ciudadano indebidamente apresado, o encarcelado por más tiempo que el debido, tendrá derecho a indemnización del Estado, consonante o dispuesto en el inciso LXXV del artículo quinto de la *Constitución Federal* ("el Estado indemnizará al condenado por error judicial, así como al que permanezca preso más allá del tiempo fijado en sentencia"). Sin embargo, esa reparación, de naturaleza específicamente material, no será jamás, como es obvio, integralmente satisfactoria.

⁹⁰ Cuya aplicación, en nuestro país, ya fue debidamente explicitada en el apartado 2.1, nota 5, *supra*; al cual, por eso, nos referimos.

⁹¹ **Bertolino, Pedro J.** *El debido proceso penal* (cit., p. 79).

⁹² v. **Lauria Tucci, Rogério.** *Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro* (cit., pp. 289-90).

⁹³ Dada la evidente posibilidad de que se borre o debilite, con el tiempo, el recuerdo del hecho o de los hechos por los testigos, o de la que desaparezcan expresivos elementos de prueba, con lo que se fragilizaría, entonces, la defensa del imputado. Cf. **Saint-Laurent, Daniele.** *Principes de droit constitutionnel et pénal* (Quebec: Modulo ed., 1986, pp. 126-7).

⁹⁴ V. también, **Beaudoin, G.A. y Tarnopolski, W.S.** *Charte canadiense des droits et libertés*, (Montreal: Wilson et Lafleur, 1982, p. 40); **Gimeno Sendra, Vicente.** *Constitución y proceso*, (Madrid: Tecnos, 1988, p. 139).

⁹⁵ Cf., además, **Gimeno Sendra, Vicente.** *Constitución y proceso* (cit., p. 139).

⁹⁶ Cf. **Carrió, Alejandro D.** *Garantías constitucionales en el proceso penal* (Buenos Aires: Hammurabi, 1984, p. 132).

Realmente, como anota Augusto Thompson⁹⁷, refiriéndose a Bernard Shaw ("*Para castigar a un hombre de manera retributiva es preciso injurarlo. Para reformarlo, es preciso mejorarlo. Y los hombres no son mejorables a través de injurias.*"), la idea de que "castigar es hacer sufrir", traducida en que el castigo "sea apto para causar terror", torna fallida, visualizada desde cualquier ángulo, "una acción pedagógica"; de suerte que —nos permitimos simplemente complementar—, la falta de condiciones mínimas de sobrevivencia, incluso en un establecimiento carcelario, constituye indudablemente una manifiesta, grave e inaceptable violación del derecho del ser humano encarcelado o internado.

Ahora, como es fácilmente verificable, tales establecimientos se apartan, casi siempre,, salvo rarísimas excepciones, de los preceptos legales inspiradores y disciplinadores de la ejecución penal⁹⁸. Se caracterizan por degradar al condenado, tratándolo de manera poco piadosa y hasta cruel, incontables veces como un verdadero animal...

Como consta en el informe referente a las condiciones de las prisiones en Brasil⁹⁹, en un tópico también digno de transcripción (y totalmente en contraposición con los preceptos del ordenamiento jurídico nacional), los "presos brasileños están frecuentemente apiñados en celdas pequeñas, oscuras, húmedas y sucias, construidas para alojar a la mitad, un tercio o incluso un número menor de detenidos de los que realmente están confinados allí. Las celdas están infestadas de ratones y cucarachas, y en muchos locales los detenidos generalmente no tienen nada que hacer durante todo el día excepto jugar naipes y abusar unos de otros. Duermen con toallas o sábanas sobre el piso de concreto húmedo¹⁰⁰. La violencia está ampliamente difundida, tanto por parte de los guardas como de los detenidos. Es común la tortura para obtener confesiones y, según informaciones, los guardas agreden frecuentemente a los presos. También los detenidos agreden y violentan a otros detenidos y como forma de protesta contra las condiciones carcelarias, a veces los asesinan; el número de guardas, muy reducido en relación con el número de presos que deben vigilar, es insuficiente para prevenir esto. Las rebeliones son frecuentes y los costos, en muertos y heridos, elevados¹⁰¹. Según informaciones, los guardas

⁹⁷ **Thompson, Augusto.** *A questão penitenciária* (Rio de Janeiro: Forense, 3 ed., 1991, p. 5).

⁹⁸ Especificados en la primera parte de este trabajo, en el título 1, números 1.1 y 1.2.2, *supra*.

⁹⁹ V. *Condições das prisões no Brasil*, en **Relatório Americas Watch** (São Paulo: 1989, pp. 11-2 y contraportada) que contiene el resumen de las "condiciones inhumanas" comprobadas, a saber: "el número de detenidos es más que el doble de lo previsto por las plazas disponibles; el personal del presidio está mal entrenado y mal pagado; las condiciones sanitarias son rudimentarias y muchas celdas son húmedas y sucias; la violencia es un lugar común, incluso los detenidos se matan unos a los otros en protesta por la situación de las prisiones; las áreas para recreación y ejercicios físicos son prácticamente inexistentes; la tortura, en la forma de palizas y choques eléctricos, es un método común para obtener informaciones o confesiones; la atención médica, incluyendo cualquier política en relación con el SIDA, es totalmente inadecuada".

¹⁰⁰ Con plena ignorancia, evidentemente, de los preceptos contenidos en los incisos III y XLIX del artículo quinto de la *Constitución Federal*, en los artículos 38 del *Código Penal*, y 40 y 88 de la *Ley de Ejecución Penal*, en el sentido en que "nadie será sometido a tortura ni a tratos inhumanos o degradantes"; se impone "a todas las autoridades el respeto a la integridad física y moral de los condenados y de los presos provisionales"; y "el condenado deberá ser alojado en celda individual que contenga cama, servicio sanitario y lavatorio, en un ambiente sano con área mínima de seis metros cuadrados".

¹⁰¹ Y de las cuales merece destacarse la tristemente llamada "masacre en la Casa de Detención de São Paulo", ocurrida el 2 de octubre de 1992, de la que resultó un saldo de nada menos que 111 presos muertos y 110 heridos" la mayoría ametrallada dentro de las celdas, sin ninguna posibilidad de defensa. Una matanza sin precedentes en la historia mundial de las penitenciarías" (Cf. **Lavenere Machado, Marcelo y Benedito de Azevedo Marques, Joao.** *História de um massacre -Casa de Detenção de São Paulo* (São Paulo: Cortez ed., 1993, contraportada); en la página 78 se lee una propuesta de ejemplar castigo, no verificada hasta el momento, en estos términos: "Lo importante y fundamental es que el hecho representado por la masacre no permanezca impune, que sus actores inmediatos y mediatos sean ejemplarmente castigados, siendo que los policías militares deberían ser expulsados de la corporación, ya que comprometieron la imagen tradicional de buenos servicios prestados por la institución a lo largo de sus 160 años de existencia, así como la imagen del País como nación democrática y civilizada y por eso, respetuosa de los derechos y garantías individuales inscritos en la *Constitución Federal* y de los derechos humanos enumerados en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre"). V., además, *Informe*

practican retaliaciones dando palizas a los líderes y portavoces de los presos y de acuerdo con algunos observadores, hasta con asesinatos. También nos relataron casos de corrupción y otros abusos. Debido a un control deficiente del cumplimiento de las penas, algunos presos permanecen detenidos más allá del plazo de sus sentencias. De la misma forma la atención médica es muy pobre. Incluso siendo el SIDA en Brasil y en los presidios brasileños un problema grave, no hay evidencias de que las autoridades carcelarias hayan siquiera comenzado a enfrentar este problema".¹⁰²

Retrato de cuerpo entero, no obstante sintético, de una situación gravísima, el que muestra este preocupante relato, sin máscara, de la inicialmente divulgada deshumanización del trato dado al condenado en los establecimientos penales brasileños. En ellos el número de celdas es diminuto; la población carcelaria, como regla general, es totalmente desproporcionada con las plazas existentes; las celdas evidencian, al contrario de (por irracionales que sean) condiciones higiénicas¹⁰³, instalaciones sanitarias primitivas, sucias y pestilentes; el tiempo de recreación, cuando existe o es posible, es mínimo e insatisfactorio; la oferta de trabajo, prácticamente nula; y las posibilidades de aumento de la criminalidad, especialmente la violenta, dadas las circunstancias de la "vida"¹⁰⁴ carcelaria, cada vez más creciente!...

En suma, los más mínimos y simples reglamentos e instrucciones de la ONU, se ignoran con repetitivos e intolerables abusos físicos y mentales contra el condenado, sobre todo si se tiene presente que el enunciado "tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes" (cuya inhibición se proclama en aquellos) abarca de forma imperiosa el mantenimiento del preso en condiciones razonables de higiene, salubridad, ventilación, iluminación, etc., vale decir, en condiciones de vida como ser humano, al igual que deben asegurarse, obviamente, "todos los derechos no alcanzados por la sentencia o por la ley".¹⁰⁵

Es verdad que, como subraya Eugenio Raúl Zaffaroni¹⁰⁶, tales condiciones de alojamiento deben ser vigiladas por el órgano jurisdiccional encargado de la ejecución penal.

Sin embargo —prosigue el ilustre penalista argentino—, es notable, por el contrario, en América Latina (y —permítasenos agregar, puesto que es del todo necesario— particularmente en Brasil) la "indiferencia judicial en esta materia". Y, de inmediato, resalta la imposición al juez de la ejecución, del "deber de interdicar los establecimientos inadecuados y de disponer sobre la

1994 de **Amnistía Internacional** (cit., p: 91); y *Violência policial urbana no Brasil, Relatório Americas Watch* (São Paulo: 1993, pp: 7-8).

¹⁰² V. en una pálida noticia de la situación de las prisiones en Brasil, **Lopes Nieto, Antonio**, *Ministério Público e direitos humanos*, en *Justitia* (São Paulo: 1985, v. 131, p. 326); *The human rights watch global report on prisons*, publicación de *Human rights watch* (Nueva York: 1992, pp. 131-6); **Soares de Camargo, Maria**, *Prisões no Brasil*, en *Questões da violência*, publicación de la **Universidad de São Paulo (USP), Nucleo de Estudos de la Violencia (NEV)**, y de la **Comisión Teotônio Vilela** (São Paulo: 1994, pp: 1-5); **Candido Furtado Maia Neto**, *A inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade -flagrante violação aos direitos humanos dos presos*, en *Revista dos Tribunais* (cit., v. 707, pp: 427 ss.), en la primera de las cuales se lee que "... La vida infrahumana de la mayoría de las comunidades carcelarias es incuestionable. Los aspectos de muchas prisiones son horribles: paredes con rasgaduras y fisuras; instalaciones de acueductos y sanitarias deficientes o dañadas. Techos con goteras, etc...").

¹⁰³ Para tener una idea de la triste realidad en que se consustancia la explicitación de la sobrepoblación penitenciaria, es suficiente transcribir otro tópico de las *Condições das prisões no Brasil* (cit., p. 20), *verbis*: "...en Agua Santa hay 69 celdas, algunas sin uso o inservibles para 1280 detenidos; en algunas ocasiones ha habido muchas más personas. Muchas veces, de 25-35 pasan el día entero en celdas que tienen alrededor de 42 metros cuadrados. En una celda de 70 metros cuadrados había 90 detenidos!"

¹⁰⁴ Mejor se dijera: "muerte", ¡es un verdadero infierno!

¹⁰⁵ Cf. Art. III de la *Ley de Ejecución Penal*. V. también, al respecto, **Furtado Maia Neto, Candido**. *A inconstitucionalidade da execução da pena privativa de liberdade -flagrante violação aos direitos humanos do preso* (cit., p. 429).

¹⁰⁶ **Zaffaroni, Eugenio Raúl**. *Sistemas penales y derechos humanos -Informe final* (Buenos Aires: Depalma, 1986, p. 206).

inmediata libertad de cualquier persona privada de ella en condiciones que no satisfagan los requisitos mínimos de seguridad e higiene".¹⁰⁷

Ahora, de ser así, la gran mayoría de los establecimientos penales brasileños tendría que ser interdicta, con la consecuente liberación de los condenados. Tal medida, por supuesto, jamás ha pasado por la cabeza de ninguna autoridad nacional, cuya preferencia, también obvia, se muestra por el enfrentamiento a la ley, importándole muy poco, en realidad, que tal práctica constituya, igualmente, ilegalidad penal!

Ilegalidades aparte —sean ellas cuales fueren y provengan de quien provinieren— de la situación de la gran mayoría de los condenados en los presidios brasileños, continúa (y continuará, *ad infinitum...*), salvo rarísimas excepciones, degradantemente cruel e inhumana...

Quien viva, lo verá!

3. CONSIDERACIONES FINALES

Son estas, en síntesis, las consideraciones (si no principales, las más expresivas, a nuestro entender) que deberían, como de hecho deben, ser tejidas acerca del proceso penal y los derechos humanos, en Brasil.

Aunque se consustancien en un retrato que jamás desearíamos ni nos gustaría enfocar, reflejan, indudablemente, la realidad desnuda y cruda de una situación que, a no ser que ocurra algo excepcional en los próximos años, avanzará prolongadamente por el siglo XXI, dada la manifiesta inviabilidad de una solución a corto plazo.

Acredítese, finalmente, al eterno retraso en el enfrentamiento de este angustiante problema —y sea cual fuere el régimen vivenciado— el poco o ningún interés político que el tema presenta, en la medida en que la atención de aquellos que detentan o aspiran al Poder se vuelve, apenas y siempre, para el inmediatez del mantenimiento o del acceso a los más elevados cargos públicos, cuyo precio, lejos de ser el resultando de un saludable idealismo, se traduce, perpetuamente, en una decepcionante consolidación de la indiferencia, de la infidelidad a los compromisos solemnemente asumidos, y como consecuencia, de la traición a los más elevados y nobles deseos populares!

¹⁰⁷ Cf., además, **Zaffaroni, Eugenio Raúl**. *Sistemas penales y derechos humanos* (cit., p. 206), en que vehementemente también y en traducción libre, *verbis*: "Es mediante el Poder Judicial que se hace efectiva la extrema medida estatal de privar de libertad a un número de personas mayor de lo indicado por las condiciones mínimas de alojamiento digno disponible. El juez que tolera esa situación está incurriendo en una injusticia análoga a la de quien soporta la prolongación indebida de la privación de la libertad, puesto que en este último caso, se trata de una injusticia por extensión de la privación de libertad, mientras que la primera se hace injusticia por las condiciones de esta".