

Estado de Cosas Inconstitucional y Violación a los Derechos Fundamentales en el Contexto del Sistema Carcelario Brasileño

PLAUTO CAVALCANTE LEMOS CARDOSO¹

¹ Investigador parlamentario del Congreso de México (REDIPAL), Investigador Invitado del Centro de Investigaciones Socio-Jurídicas (CISJC) de la Universidad Católica de Bogotá, Colombia, profesor invitado del posgrado de Derecho Constitucional de la Fundación Getúlio Vargas-Rio / red conveniada nacional, profesor del posgrado de la Universidad de Bologna en Argentina, profesor del Departamento de Derecho Público de la Facultad Pitágoras en Belo Horizonte/MG y profesor invitado del grado de la Facultad de Derecho da la Universidad de Buenos Aires. Alumno del Programa de Doctorado en Derecho Constitucional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires – UBA, Argentina. *Master of Laws* – LL.M en *Litigation* en la Fundación Getúlio Vargas – FGV Rio, Brasil. Master en Literatura Inglesa en la Universidad de Sussex, Inglaterra y Especialista en Lingüística Aplicada en la Universidad de Brasilia - UnB. Graduado en Derecho en la Universidad Cândido Mendes – UCAM, Rio de Janeiro y en Letras en la Universidad Federal de Minas Gerais, UFMG. Director del Instituto de Derecho de Integración de la Asociación Argentina de Justicia Constitucional – AAJC. Miembro del Colegio de Profesores de la Academia Brasileña de Derecho Consitucional (ABDConst), miembro del Instituto de los Abogados Brasileños (IAB) y de la Comisión de Derecho Constitucional del IAB. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Colegio de Abogados de Minas Gerais/MG.

Resumen: Este trabajo analiza la aplicación del instituto de derecho colombiano del Estado de Cosas Inconstitucionales por primera vez en Brasil por el Supremo Tribunal Federal fundamentado en la reiterada violación de los derechos fundamentales constitucionales de los presos en el sistema carcelario brasileño y la mora contumaz del poder público para la solución o reducción de este alarmante problema con graves impactos dentro y fuera de las prisiones. La tesis sostenida en este artículo es que la timidez de la respuesta, tanto de la corte constitucional brasileña como de los otros poderes, y la pasividad social delante de la gravedad del problema, son el resultado de una profunda falla en la formación de la sociedad brasileña que no asocia ontológicamente dignidad al ser humano, relativizando tal concepto de manera históricamente peligrosa, aceptando que algunos son más dignos que otros. Afirmamos que la discrepancia entre la lista de pedidos de la Petición Inicial y los pocos que fueron concedidos por mayoría por el pleno del Supremo Tribunal Federal está más directamente relacionada con este filtro cultural invisible que a cualquier limitación jurídica o legislativa interna, y que la solución para problemas sociales debe ser prioritariamente social y no tercerizada al poder judicial, en el caso brasileño inmaduro para colocar reflexiones políticas de alto impacto de forma inclusiva.

Palabras clave: estado de cosas inconstitucional, derechos humanos, sistema carcelario brasileño, corte suprema, violaciones.

Abstract: This work analyses the use of the concept of the Unconstitutional State of Things for the first time by the Brazilian Supreme Court as a response to the repeated human rights violations within the Brazilian prison system and the persistent delay of the government to attempt to introduce solutions to solve or even minimize this alarming problem with grave consequences within and without the prisons. The thesis upheld in this article is that the timid response by the constitutional court, the legislative and executive powers as well as the social passivity before such a drastic problem is a result of profound flaw in the formation of the Brazilian society which does not ontologically connects dignity to human beings as a whole, allowing for a relativisation of such a concept to dangerously accept the that some human beings are more or less worthy than others. In addition, we believe that the discrepancy between what was requested in the case analysed and what was shyly conceded by the Court is more directly related to such invisible cultural filter than to any internal legislative or legal limitation. Finally, it is sustained that social problems should be dealt with form a primarily social and not a penal perspective and that society should not constantly outsource its decisions to an immature judicial system, incapable of providing a safe nest for the balance and control of the political debate of such high impact challenges in a manner capable of accommodating the diverse views of all major and minor players.

Key-words: unconstitutional state of things, human rights, prison system, supreme court, violations.

Resumo: Este trabalho analisa a aplicação do instituto do direito colombiano do Estado de Coisas Inconstitucionais pela primeira vez no Brasil pelo Supremo Tribunal de Federal com fundamento na reiterada violação aos direitos fundamentais constitucionais dos presos no sistema carcerário brasileiro e a mora contumaz do poder público para a solução ou minimização deste alarmante problema com graves impactos dentro e fora das prisões. A tese sustentada neste artigo é que a timidez da resposta tanto da corte constitucional brasileira, como dos outros poderes e a passividade social diante da gravidade do problema é resultado de uma profunda falha na formação da sociedade brasileira que não liga ontologicamente dignidade ao ser humano, relativizando tal conceito de maneira historicamente perigosa, aceitando que alguns são mais dignos que outros. Sustentamos que a discrepância entre a lista de pedidos da Petição Inicial e os poucos que foram por maioria concedidos pelo pleno da Supremo Tribunal Federal está mais diretamente relacionada a esse filtro cultural invisível que a qualquer limitação jurídica ou legislativa interna e que a solução para problemas sociais deve ser prioritariamente social e não terceirizada ao poder judicial, no caso brasileiro imaturo para acomodar reflexões políticas de alto impacto de forma inclusiva.

Palavras-chave: estado de coisas inconstitucional, direitos humanos, sistema carcerário brasileiro, suprema corte, violações.

“Dicen que nadie conoce realmente a una Nación hasta que ha estado dentro de sus cárceles. No se debe juzgar a una Nación por cómo trata a sus ciudadanos más encumbrados, sino por cómo trata a los más humildes”.

(traducción propia)

Nelson Mandela, *A Long Walk to Freedom*

1. INTRODUCCIÓN²

La presidente de la Corte Constitucional brasileña, la Ministra Carmem Lúcia, en su reciente discurso sobre el estado calamitoso del sistema penitenciario brasileño recordó que el ya fallecido escritor, antropólogo y senador brasileño Darcy Ribeiro cierta vez afirmó en una conferencia en 1982, que si los gobernantes no construyesen escuelas, en 20 años faltaría dinero para construir presidios.³

En el país del mañana, el hecho hoy se consume en una crisis estructural de tales dimensiones que no es posible entenderla como una simple coincidencia, falta de recursos, desidia del administrador, falta de compromiso por parte de la nación, insipiencia del derecho interno o ineficiencia sistémica de un poder judicial incapaz. Ningún país escoge –y aquí insistimos en que se trata de una elección- gastar por mes 13 veces más con un preso que con un alumno⁴. Hay algo más profundo, incómodo y peligroso que justifica o explica esto.

Este trabajo de derecho comparado busca contextualizar el uso del instituto del derecho colombiano del Estado de Cosas Inconstitucional (ECI) por primera vez en Brasil, explicitando parte de su insondable telón social de fondo y posible razón subyacente para los decepcionantes límites de la sentencia de la Magna Corte, considerando la dimensión de los pedidos listados en la Petición Inicial del PSOL (Partido Socialismo y Libertad) y los que fueron de hecho aceptados: la dignidad no es vista por la sociedad brasileña como parte intrínseca de todo ser humano, sino solamente de algunos de ellos.⁵

Para ello, tomamos prestados como textos basilares las enseñanzas de Robert Alexy en su obra *La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional*

² Traducido para el castellano por Florencia Bevacqua y revisado por Plauto Cardoso.

³ Disponible en <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/83819-carmen-lucia-diz-que-presos-custa-13-vezes-mais-do-que-um-estudante-no-brasil>. Acceso: 14/12/2016.

⁴ Ibidem.

⁵ Como es afirmado en el propio texto ampliamente citado de Ana Paula Barcellos, con quien defendemos esta teoría y la aplicamos aquí en el contexto específico de análisis de la aplicación del ECI en Brasil por primera vez, tal premisa carece de un estudio multidisciplinar más profundo, no siendo objeto del alcance bastante limitado de este artículo. Sin embargo, es una perspectiva que coloca el debate en el camino correcto: nuestro problema es primordialmente social y penal como consecuencia. Y la respuesta para los problemas sociales no debería ser penal a priori.

*Democrático*⁶, el recientemente lanzado *Castigar al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal* de Roberto Gargarella⁷, y el esclarecedor texto de Ana Paula Barcellos titulado *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*⁸.

En la sentencia analizada de la ADPF 347/DF⁹ se debate con cierta profundidad la crisis del sistema carcelario en el país. Sin embargo, lo que cuestionamos aquí es si la decretación del Estado de Cosas Inconstitucionales no fue más que un modismo lujoso, fruto de la exhibición mediática causado por la triste presencia de cámaras en el plenario de la Suprema Corte brasileña, o si realmente hay algo relevante y práctico que pueda extraerse de esta innovación jurisprudencial. Nuestra teoría es que el tratamiento de la cuestión de los derechos fundamentales de los presos por el plenario de la Suprema Corte brasileña, como retratamos en nuestro análisis de todos los pedidos de la Petición inicial y la Sentencia más adelante, se amolda en todos los sentidos formales a las 5 características de los derechos humanos listados por Alexy¹⁰. No obstante, a pesar de la existencia de un contexto ideal de un Estado Constitucional Democrático sostenido por Alexy como el ambiente necesario para la realización de los derechos humanos¹¹ - y aquí nos enfocamos apenas en los fundamentales, ese núcleo duro que nos protege contra los abusos del mismo Leviatán - sostenemos que la visión de la sociedad brasileña, y en ella incluidos los propios juzgadores, legisladores, administradores públicos y todos los demás *players* del proceso democrático de elecciones de prioridades públicas, resultado de una falla grave en su formación conjunta, no asocia ontológicamente dignidad al ser humano, relativizando este concepto de una manera peligrosa. Afirmamos que la discrepancia entre la lista de pedidos de la Petición Inicial y los pocos que fueron concedidos por mayoría por el pleno de la Suprema Corte está más directamente relacionada con este filtro cultural invisible. Nuestra propuesta, en palabras de Michel Foucault “[...] no en hacer ver lo invisible, sino en hacer ver hasta qué

⁶ ALEXY, Robert. “*La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático*”. *Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*. V (8), p.21-42, jan-jun 2000. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1372?show=full>

⁷ GARGARELLA, Roberto. *Castigar Al Prójimo: por una refundación democrática del derecho penal*. 1 ed. Buenos Aires: Silgo Veintinuno Editores, 2016.

⁸ BARCELLOS, Ana Paula. *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*. In: FERREIRA, Marieta de Moarais (cord.). *Revista de Direito Administrativo RDA*. Vol. 254. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

⁹ Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> bajo el número 9937785.

¹⁰ Cf. ALEXY, p 24

¹¹ ALEXY, p. 22.

punto es invisible la invisibilidad del visible”¹². Nuestra conclusión final se sostiene en el texto de Gargarella de que nuestra “obsesión penal” no nos permite ver el hecho de que los problemas sociales, “sin embargo, requieren soluciones sociales.”¹³

2. ALIENISTAS

El Dr. Simão Bacamarte, personaje icónico de la obra *El Alienista* del escritor Machado de Assis¹⁴, médico que obtuvo fama europea, desarrolla, en su regreso a su ciudad natal, teorías sobre la locura después de dedicarse a los estudios de psiquiatría. Construye un hospicio llamado Casa Verde, donde comienza a abrigar, con aval de las autoridades, a todos los que consideraba que tenían comportamientos desviantes. No se tardó mucho tiempo para que además de los claros casos de locura, el Dr. Simão lograra encarcelar al 75% de la población de la ciudad. Al darse cuenta de su error, los libera a todos y pasa a enfocarse en los otros, aquellos que hasta entonces eran definidos como normales porque seguían una cierta regularidad en sus acciones y poseían firmeza de carácter. Nuevamente termina superpoblando su sanatorio, y elige otra vez liberar a todos los internos por detectar fallas en su teoría. Finalmente, sentencia que nadie, excepto él, poseía una personalidad perfecta. Concluye ser el único normal y decide encerrarse solo en la Casa Verde para el resto de su vida.

La obra de 1882 parece terriblemente actual. En una saña alienista, en junio de 2014 alcanzamos como nación el número de 711.463 presos, computados los que están en prisión domiciliar¹⁵, es decir la tercera mayor población carcelaria del mundo, según los datos del Consejo Nacional de Justicia (CNJ), atrás apenas de Estados Unidos y China¹⁶. Si se cumplieren los 373.991 mandatos de prisión en abierto, alcanzaríamos la aterradora cifra de 1.085.454 presos, según el propio informe. ¿Y a quiénes encarcelamos? ¿Quiénes son nuestros monstruos?¹⁷ Según el *Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias*

¹² FOUCAULT, Michel. *O Pensamento do Exteriorejo*. Trad. Nurimar Falci. São Paulo: Princípio, 1990, p. 30. Traducción propia.

¹³ GARGARELLA, p.247.

¹⁴ ASSIS, Joaquim Maria Machado de. *O Alienista*. São Paulo: Ática, 1996.

¹⁵ A fines comparativos, en Argentina se registraban 60.240 en el mismo periodo.

¹⁶ Disponible en http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acceso: 16/12/2016 a las 18:05h.

¹⁷ “El criminólogo noruego Nils Christie, referente de las teorías críticas y abolicionistas en materia penal, solía decir que, a pesar de haber recorrido cárceles en decenas de países, a lo largo de toda su vida, nunca se había encontrado con el monstruo. Y sin embargo, casi en cada una de ellas, casi cada vez, las autoridades que lo llevaban a recorrer las prisiones le anunciaban – o prevenían – diciéndole; “Ahora vamos a mostrarte al monstruo que tenemos encerrado”. Chrisite decía que, cada vez que pudo hablar con el monstruo, se encontró con personas muy similares a él, personas con problemas, con sufrimientos, con enojos, pero nunca con un

(Infopen), el perfil socioeconómico de los detenidos muestra que el 55% tiene entre 18 y 29 años, el 61,6% son negros y el 75,08% tienen sólo la escuela primaria completa.”¹⁸ O sea, pobres y negros sin escolaridad. No construimos escuelas y ahora nos faltan recursos para los presidios.¹⁹

Lo más chocante es que por lo menos el 40% de estas personas ni siquiera ha sido juzgado y condenado en jurisdicción de primer grado²⁰. Son presos provisorios, amontonados como en la Casa Verde del Dr. Bacamarte. ¿Y con qué fundamentos se impone una exclusión social profunda? ¿Qué hicieron éstas personas, se preguntan? “El 28% de los detenidos respondían o fueron condenados por crimen de tráfico de drogas, 25% por robo, 13% por hurto y 10% por homicidio.”²¹ Robo, hurto y homicidio punidos en la práctica de manera similar. Finalmente, el Infopen nos muestra que si tomamos el total de las personas que pasaron por el sistema penitenciario nacional apenas a lo largo de 2014, y si consideramos todas las entradas y salidas, se llega a la impresionante cifra de por lo menos un millón de brasileños encarcelados en un solo año, ubicando al país en el sexto lugar en la colocación mundial en términos de tasa de encarcelamiento general, con una tasa de no menos de 358 detenidos a cada 100.000 habitantes, superada apenas por algunos de los modelos mundiales en observancia de derechos humanos como Ruanda, Rusia, Tailandia, Cuba y los Estados Unidos.²²

3. HOMO SACER

Ana Paula Barcellos, en *Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana*²³, describe con propiedad las asombrosas condiciones carcelarias brasileñas y nos

monstruo, nunca con alguien con quien no compartiera los rasgos básicos de su propia humanidad, con quien no pudiera hablar, a quien no pudiera entender, que no merecía ser escuchado.” In: GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016, p.247

¹⁸ Disponible en <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acceso: 19/12/2016 a las 23:05.

¹⁹ Esto en un marco donde la tasa de condenas por homicidios alcanza el 2% en algunos estados brasileños. La situación podría verse agravada si hubiese mejoras en la calidad en el proceso de investigación policial. Como fue apuntado por BARRETOS, ¿Qué pasaría si el promedio brasileño se aproximase al promedio de esclarecimientos de homicidios de las Naciones Unidas para países europeos, que es del 49%? Ver BARCELOS, p. 50.

²⁰ Ese porcentaje no incluye a las personas en prisión domiciliaria. Disponible en <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acceso: 19/12/2016 a las 23:05.

²¹ Ibidem, traducción propia.

²² Ibidem. Ver también el *Diagnóstico de Pessoas presas* elaborado por el CNJ. Disponible en http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acceso: 16/12/2016 a las 18:05.

²³ BARCELOS, p. 39-65.

pinta un panorama que supera a la imaginación más perversa. Como consecuencia del antiguo problema de hacinamiento:

[...] Los presos son mantenidos, literalmente, amontonados en las penitenciarías o en las comisarías. En varios lugares del país hay presos alojados en pié, en los pasillos de las comisarías, o, incluso, confinados en contenedores. El hacinamiento termina contribuyendo para que sean raros los establecimientos prisionales en los cuales hay una separación de los presos por edad o por gravedad del delito. El país ha convivido, incluso, con denuncias de mujeres que permanecieron presas en celdas junto con hombres. (*Traducción propia*)

En la investigación de la Comisión Parlamentaria de Investigación (CPI) organizada por la Cámara de Diputados, se llegó a las siguientes conclusiones, según la autora²⁴:

[...] Ninguno de los presidios existentes cumplía lo que la legislación brasileña, en vigor desde 1984, prevé, a saber: que cada condenado debe ser alojado en celdas individuales, que a su vez contendrán dormitorio, sanitarios y lavabo, con un área mínima de 6m². La CPI reporta que el hacinamiento no es un problema nuevo: existe al menos desde inicios del siglo XIX.

[...] El informe de la CPI reporta también, al lado del hacinamiento, y guardando cierta relación con esto, otros problemas gravísimos, que son usuales y se pueden observar en varios estados de la Federación. Es frecuente que los presos no tengan acceso al agua en cantidades mínimamente razonables – sea para higiene, sea para consumo. Es igualmente frecuente que las celdas estén contaminadas por desagües corrientes y que haya basura permanentemente, incluso heces y orina mantenidos en botellas plásticas en los rincones de las celdas, ya que no hay instalaciones sanitarias suficientes. La CPI informó varios casos en que los sanitarios, sin sistema de descarga, son usados, cada uno, por más de 70 presos en la misma celda, y en los cuales la limpieza con agua se realiza apenas una vez al día. El resultado, obvio, es una grosera falta de condiciones de higiene y un olor insoportable, además de insectos variados. Es frecuente que no haya divisiones aislando el sanitario del resto de la celda, de modo que el preso debe usarla delante de decenas de otros presos, habiendo inclusive ejemplos en los que el sanitario no es más que un agujero en el piso. El acceso al agua para el lavado de las manos después del uso de los sanitarios es rarísimo. (*Traducción propia*)

Si consideramos correcta la afirmación de Nelson Mandela que traemos a colación como epígrafe simbólico de este trabajo, se trata claramente de un país enfermo, de una sociedad con un pacto difícil de considerarse civilizatorio. El informe de la CPI continúa con el ya conocido, pero no menos chocante festival de horrores:

[...] Como regla, no hay colchones o, cuando existen, son en una cantidad insuficiente. La comida, en general, es poca y de pésima calidad, cuando no es servida en mal estado. En muchos presidios es servida en bolsas plásticas y los detenidos deben comerla con las manos, ya que no hay cubiertos. Tampoco se distribuyen ropas. La carencia de estos elementos (colchones, ropas, comida, etc.) fomenta un amplio mercado negro dentro de estos establecimientos. Debe agregarse el hecho de que no hay control térmico de las celdas, que pueden llegar a temperaturas próximas a 50 grados en verano. (*Traducción propia*)

²⁴ Informe disponible en: <bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>. Acceso: 16/12/2016.

[...] En septiembre de 2008, la Inpección-General de Justiça de la Provincia de San Pablo atendió pedido de la Defensoría para inhabilitar una de ellas – la Cárcel Pública Femenina localizada en el municipio de San Bernardo del Campo. El establecimiento, que tenía capacidad para 32 detenidas, mantenía 193. Faltaban colchones, material de higiene y médicos para atenderlas. En la Cárcel Pública Femenina de Indaiatuba, también en San Pablo, cada colchón de una plaza era compartido por tres detenidas, mientras otras se veían obligadas a dormir en el baño por falta de espacio. Sin material de higiene personal, las presas usaban miga de pan como toallitas íntimas. (*Traducción propia*)

Es en este contexto de absoluta violación de los derechos más básicos del ser humano y de los apenados que el Supremo Tribunal Federal (STF) aplica formalmente por primera vez el instituto Estado de Cosas Inconstitucional. Pasemos entonces a la decisión de la corte delante de lo que fue requerido.

4. MUCH ADO ABOUT NOTHING

En medio de los debates sobre el novel instituto traído al seno del sistema jurídico patrio, a este autor le llamó la atención el bajo volumen de al menos uno: no se cuestionaba mucho si cabía el uso del ECI, fundamentado en una reiterada violación a los derechos constitucionales fundamentales y la mora contumaz del poder público para la solución de un grave problema social estructural. Nótese que no hay previsión Constitucional para el ECI en el ordenamiento jurídico brasileño.

De hecho, los Ministros reconocen la presencia de anomalías grotescas, y fundamentan sus opiniones en línea con los elementos que Alexy sustenta diferenciar los Derechos Humanos de otros derechos: “su universalidad, su validez moral, su fundamentalidad, su prioridad y su abstracción”²⁵. Veamos algunos recortes relevantes que ilustran como juzgó la Corte Constitucional Brasileña (subrayado nuestro)²⁶:

El Plenario anotó que en el sistema carcelario brasileño habría violación generalizada de los derechos fundamentales de los presos en lo que se refiere a la dignidad, salud física e integridad psíquica. Las penas privativas de libertad aplicadas en los presidios se convertirían en penas crueles y deshumanas. En este contexto, diferentes dispositivos constitucionales (artículos 1º, III, 5º, III, XLVII, e, XLVIII, XLIX, LXXIV, y 6º), normas internacionales reconocedoras de los derechos de los presos (el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos y Degradantes y la Convención Americana de Derechos Humanos) y

²⁵ ALEXY, p. 23.

²⁶ Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> bajo el o número 9937785. Acceso en 10/12/2016. Todas las partes de la sentencia citadas aquí son traducción propia para el castellano.

normas infraconstitucionales como la LEP y la LC 79/1994, que creó el Funpen, habrían sido transgredidas. *(Traducción propia)*

Y que:

La violación de los derechos fundamentales alcanzaría la transgresión a la dignidad de la persona humana y al propio mínimo existencial y justificaría la actuación más asertiva del STF.

Y a pesar de esto, **DENEGARON** los siguientes pedidos:²⁷

- que se estableciesen, en lo posible, penas y alternativas a la prisión, ante la circunstancia de que la reclusión sea sistemáticamente cumplida en condiciones mucho más severas de lo que son admitidas por el marco normativo;
- que se amenizasen los requisitos temporales para la fruición de los beneficios y los derechos de los presos, como la progresión del régimen, la libertad condicional y la suspensión condicional de la pena, en los casos en que fuesen reveladas las condiciones de cumplimiento de penas más severas de lo que previstas en el orden jurídico en razón de la Jurisprudencia Actual del STF sobre el cuadro del sistema carcelario, preservándose así, la proporcionalidad de la sanción;²⁸
- que se abatiese de la pena el tiempo de prisión, constatándose que las condiciones del cumplimiento efectivo son significativamente más severas que las previstas en el orden jurídico, de forma de compensar el ilícito estatal.

RECONOCIERON que:

Se destacó que la fuerte violación de los derechos fundamentales de los presos repercutiría más allá de las respectivas situaciones subjetivas y produciría más violencia contra la propia sociedad. Las cárceles brasileñas, además de que no sirven para la resocialización de los presos, fomentarían el aumento de la criminalidad, pues transformarían pequeños delincuentes en “monstruos del crimen”. La prueba de la ineficiencia del sistema como política de seguridad pública estaría en las altas tasas de reincidencia. Y el reincidente pasaría a cometer crímenes todavía más graves.

Se consignó que la situación sería aterradora: dentro de los presidios, violaciones sistemáticas de los derechos humanos; fuera de ellos, aumento de la criminalidad y de la inseguridad social. Se registró que la responsabilidad por esa situación no podría ser atribuida a un único y exclusivo poder, sino a los tres –Legislativo, Ejecutivo y Judicial-, y no sólo los de la Nación, como también los de los Estados-

²⁷ La petición inicial puede ser vista por completo en <http://jota.info/wp-content/uploads/2015/05/ADPF-347.pdf>. Acceso: 11/12/2016. Los pedidos listados arriba se encuentran en las páginas 70-72.

²⁸ En este caso en particular la timidez de la sentencia llama la atención, pues tramita en el Senado Federal desde 2013 el PLS 513/2013 que propone, entre otros avances, cerca de 200 alteraciones a la Ley 7.210 de 1984. Una de ellas trata exactamente de la prohibición, contenida en el Art. 114-A, de la acomodación de presos en los establecimientos penales en un número que supere su capacidad. Una vez alcanzado el límite de la ocupación, según la propuesta, le competará al Juicio de Ejecución Penal realizar una movilización carcelaria en el establecimiento. En el caso de que el número de presos supere la capacidad, la concesión de beneficios a los presos que estén más cercanos a alcanzar el requisito temporal para la progresión de la pena podrá ser anticipada, a fin de adecuar la capacidad a los límites legales. Ver <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80826-revisao-da-lep-reforca-acoes-do-cnj-para-o-fim-da-superlotacao-nos-presidios>. Acceso: 21/12/2016.

Membros y del Distrito Federal. Se ponderó que habría problemas tanto de formulación e implementación de políticas públicas, como de interpretación y aplicación de la ley penal. **Además, faltaría coordinación institucional. La ausencia de medidas legislativas, administrativas y presupuestarias eficaces representaría una falla estructural al generar tanto la ofensa reiterada de los derechos, como la perpetuación y el empeoramiento de la situación. El Poder Judicial también sería responsable, ya que aproximadamente el 41% de los presos estaría bajo custodia provisoria y las investigaciones demostrarían que, cuando fuesen juzgados, la mayoría alcanzaría la absolución o la condenación a penas alternativas. Además, la manutención del elevado número de presos para más allá del tiempo de pena fijado, evidenciaría la inadecuada asistencia judicial.**

A pesar del bonito discurso, **SE DENEGÓ**:

- que pusiesen en marcha, en casos de decreto o manutención de prisión provisoria, la motivación expresa por la cual no se aplican medidas cautelares alternativas a la privación de la libertad, establecidas en el art. 319 do CPP;
- que considerasen, fundamentalmente, el cuadro dramático del sistema penitenciario brasileño al momento del implemento de cautelares penales, en la aplicación de la pena durante el proceso de ejecución penal;
- al CNJ (Consejo Nacional de Justicia) que coordinase una movilización carcelaria a fines de revisar todos los procesos de ejecución penal, en curso en el País, que involucrasen la aplicación de la pena privativa de libertad, con el objetivo de adecuarla a las medidas alegadas en las letras “e” y “f”;

Se concedió, al final, **el mínimo** que ya era esperado y **hace mucho incorporado** al derecho interno a través del Decreto 678 del 06 de noviembre de 1992, habiendo depositado el gobierno brasileño la carta de adhesión a la Convención Americana de Derechos Humanos el 25 de septiembre del mismo año²⁹:

- que, observados los artículos 9.3 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos y 7.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, realizasen, en hasta 90 días, audiencias de custodia, viabilizando la asistencia del preso ante la autoridad judicial en un plazo máximo de 24 horas, contadas desde el momento de la prisión;

Se impuso lo que ya estaba impuesto por ley y reiteradamente incumplido por el Estado³⁰:

- a la Nación que liberase el presupuesto del Fondo Penitenciario Nacional – Funpen, absteniéndose de realizar nuevas contingencias.

²⁹ Convenção Interamericana de Direitos Humanos, art. 7o : “Direito à liberdade pessoal: (...) 5. Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, sem demora, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada pela lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo.”

³⁰ Lei Complementar no 79/1994, arts. 1o e 3o , I: “Art. 1o Fica instituído, no âmbito do Ministério da Justiça, o Fundo Penitenciário Nacional – Funpen, a ser gerido pelo Departamento de Assuntos Penitenciários da Secretaria dos Direitos da Cidadania e Justiça, com a finalidade de proporcionar recursos e meios para financiar e apoiar as atividades e programas de modernização e aprimoramento do Sistema Penitenciário Brasileiro. (...) Art. 3o Os recursos do Funpen serão aplicados em: I – construção, reforma, ampliação e aprimoramento de estabelecimentos penais”

¿Cuál es el motivo para la importación de un instituto de derecho Colombiano que implica una acción tan contundente de la Suprema Corte al punto de suscitar quejas elocuentes de los demás poderes sobre el hecho de haberse el Tribunal Constitucional sustituido al administrador en la imposición de políticas públicas – visión que en este caso no compartimos, porque no hubo una determinación del contenido, medio o detalles de tales políticas, sino solamente una imposición de que se hiciese – y terminar por actuar de manera tan tímida delante de un rol, de pedidos relevantes, bien motivados y reconocidos en los votos de varios de sus más longevos y experimentados ministros?

Es importante resaltar que o *leading case* brasileño se relaciona muy bien con el emblemático caso juzgado en 1998 por la Corte Constitucional Colombiana (T 153/98), cuyas realidades de fondo son tristemente semejantes. Sin embargo, independientemente del resultado práctico del primer caso en Colombia – que apunta mucho más al hecho que el judicial no está pensado para supervisar la ejecución de políticas públicas que cualquier otra cosa, la decisión original Colombiana, inspiradora de la Corte Brasileña, es inmensamente más osada, avanzada y, por qué no decir, humana.³¹

La premisa que guía nuestra mirada en el enfrentamiento de los elementos esenciales de la propia naturaleza de los Derechos Humanos enumerados por Alexy contra los fundamentos de la Sentencia nos termina llevando en dirección a las propuestas de Gargarella para una refundación democrática del derecho penal, puesto que

[...] Brasil ha hecho explícito su compromiso con los derechos humanos en general, y con los derechos de los presos en particular, por medio de la subscripción de actos internacionales tratando sobre el tema y de la edición de las normas internas. Sin embargo, a pesar del bonito discurso y de lo que dispone el derecho, parece que la formación de la cultura brasileña todavía no fue capaz de incorporar las nociones de igualdad esencial de los individuos y de la dignidad de cada ser humano. **Así, los compromisos formales con los derechos humanos terminan siendo contruidos sobre una base moral y filosófica que no es realmente compartida por la mayor parte de la sociedad y que, por eso mismo, delante de cualquier amenaza – como, por ejemplo, la amenaza de la violencia urbana-, revela su fragilidad.**³²
(Subrayado del autor / Traducción propia)

A pesar del discurso, nos parece que falta como sociedad el elemento relacionado a la indiscutible titularidad del tema *Universalidad*. En el contexto brasileño, pareciera que falta

³¹En la *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998 delante de una profunda deuda del estado en relación a crear políticas públicas que apunten, al menos, a minimizar la situación, la corte: declaró el Estado de Cosas Inconstitucional; ordenó la elaboración de un plano de construcción y reparación de las unidades carceláreas; determinó que el gobierno nacional providenciase los recursos presupuestarios necesarios; les exigió a los gobernadores que creasen y mantuviesen presidios propios; y le requirió al presidente de la República medidas necesarias para asegurar el respeto de los derechos de los internos en los presidios del país.

³² BARCELLOS, p. 52.

la identidad, que Alexy afirma que es tanpreciado para Habermas, entre los destinatarios del derecho y sus autores.³³ Y parece que su falta crea excepciones peligrosas y clases de seres humanos más o menos dignas que otras. En el lenguaje cotidiano, esta falta resuena en los recurrentes comentarios en las calles, en los medios de comunicación sensacionalistas e incluso en sectores más aculturados, de que los derechos humanos son para defender delincuentes.³⁴ En palabras de Gargarella, “¿Cuál es la dificultad que nos impide defender, al mismo tiempo, los derechos de los ciudadanos comunes y los derechos de los delincuentes?”³⁵

Geothe ya nos afirmaba que “El que no sabe llevar su contabilidad por espacio de tres mil años se queda como un ignorante en la oscuridad y sólo vive al día.”³⁶. Lo que le asusta a este autor es el hecho de que a pesar de toda la generosa lista de fundamentos apuntados en los votos de varios de los Ministros y del plenario para la aplicación del ECI, lo que fue efectivamente comandado en términos prácticos como solución muestra un desfase profundo en el proceso de reflexión y debate entre la opinión pública, el legislador y el Tribunal Constitucional³⁷:

No deja de ser impresionante, desde el punto de vista filosófico, que, una vez más en la historia de la humanidad, un debate considere que los individuos son titulares de una dignidad inherente, piense en la flexibilización de derechos para determinada categoría de criminales y trabaje con la manipulación del concepto de persona. El riesgo que ese tipo de construcción teórica representa para la protección de los derechos humanos en el mundo es muy obvio y dispensa mayores consideraciones.³⁸ (Traducción propia)

5. CONCLUSIÓN

No creemos que el Tribunal Constitucional Brasileño sea una institución madura para la reflexión del proceso político brasileño, y aún no se oyen en sus debates de manera consistente los ecos de las calles o del Congreso.

Concluimos que la supervaloración del rol del poder judicial y del legislativo como responsable por soluciones permanentes, es fruto de una obsesión normativa de una cultura

³³ Ver ALEXY, p. 39.

³⁴ Tan común y banalizada se volvió tal afirmación que motivó incluso la campaña con 24 videos del Departamento de Derechos Humanos de la *Associação dos Procuradores do Estado do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs)* para intentar diseminar lo contrario. Disponible en: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/campanha-mostra-que-direitos-humanos-vao-alem-de-defender-bandido-4660406.html>. Acceso: 19/12/2017.

³⁵ GARGARELLA, P. 266.

³⁶ Traducción libre. En GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. Trad: Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 1991.

³⁷ Para ver más acerca de tal equilibrio, ver ALEXY, p. 41.

³⁸ BARCELOS, p.56.

positivista superficial y poco civilizada, fundada en lo que Gargarella denomina “La obsesión Penal”³⁹ – en la cual se recurre con asombrosa frecuencia a la criminalización banal de conductas, seguidas de la imposición de penas y sanciones discrepantes en el intento, como afirmó Roberto Gargarella en su reciente charla, paradójica e irracional de querer incluir a través de la exclusión.⁴⁰

Tiene que quedar clara la limitada capacidad del poder judicial para imponer el cumplimiento de los derechos fundamentales, especialmente delante de las decisiones de alta magnitud, como la que determina el fin de las violaciones de los derechos de los presos, sea de manera tímida como la que analizamos o con más audacia como la de la propia *Sentencia de Tutela* (T) 153, de 1998, de la Corte Constitucional Colombiana, y que no obtuvo un gran éxito al ver observados sus comandos por la absoluta incapacidad de supervisión del poder judicial colombiano sobre la implementación de sus decisiones en el ámbito de políticas públicas, entre otras limitaciones intrínsecas a este poder. Aunque la decisión analizada –bien fundamentada, convincente y principalmente sólida- fuese audaz como la Colombiana (T) 153, creemos que el poder judicial brasileño no tendría estructura para supervisar la imposición de su ejecución.

A la sociedad brasileña le falta el reconocimiento de los derechos humanos como universales, habiendo un desfasaje entre los destinatarios del derecho y sus autores. Creemos, finalmente, que la eliminación o la significativa reducción de las violaciones sistemáticas de los derechos fundamentales del condenado en Brasil, depende de factores que van más allá del voluntarismo judicial. Problemas sociales requieren soluciones sociales.⁴¹

³⁹ GARGARELLA, p.247.

⁴⁰ GARGARELLA, Robert. Presentación del libro *Castigar al Prójimo*. Facultad de derecho-UBA: salón verde, 13/12/2016. (Comunicación oral).

⁴¹ GARGARELLA, 2016, p.247.

6. BIBLIOGRAFIA

ALEXY, Robert. **La Institucionalización de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional Democrático**. Derechos y Libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas. V (8), p.21-42, jan-jun 2000. Disponible en: <http://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/1372?show=full>

ASSIS, Joaquim Maria Machado de. **O Alienista**. São Paulo: Ática, 1996.

BARCELLOS, Ana Paula. “Violência Urbana, Condições das Prisões e Dignidade Humana”. In: FERREIRA, Marieta de Moarais (cord.). **Revista de Direito Administrativo RDA**. Vol. 254. Rio de Janeiro: FGV, 2010.

BRASIL. Ministério da Justiça. Disponible en <http://www.justica.gov.br/noticias/populacao-carceraria-brasileira-chega-a-mais-de-622-mil-detentos>. Acceso: 16/12/2016 a las 18:05.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/80826-revisao-da-lep-reforca-aco-es-do-cnj-para-o-fim-da-superlotacao-nos-presidios>. Acceso: 21/12/2016.

BRASIL. Lei Complementar no 79/94. Disponible en: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp79.htm. Acceso: 20/12/2016.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Disponible en: http://www.cnj.jus.br/images/imprensa/diagnostico_de_pessoas_presas_correcao.pdf. Acceso: 16/12/2016 a las 18:05.

BRASIL. Decreto 678//92. Disponible en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/D0678.htm. Acceso: 21/12/2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Informe disponible en: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/2701>>. Acceso: 16/12/2016.

BRASIL. Departamento de Direitos Humanos da entidade da Associação dos Procuradores do Estado do Rio Grande do Sul (Apergs) para tentar disseminar o contrário. Disponible en: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/noticia/2014/12/campanha-mostra-que-direitos-humanos-va-o-alem-de-defender-bandido-4660406.html>. Acceso: 19/12/2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADPF 347/DF. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/autenticacao/> bajo el o número 9937785. Acceso: 10/12/16.

FOUCAULT, Michel. **O Pensamento do Exterior**. Trad. Nurimar Falci. São Paulo: Princípio, 1990.

GAARDER, Jostein. **O Mundo de Sofia: romance da história da filosofia**. Trad: Leonardo Pinto Silva. São Paulo: Companhia das Letras, 1991

GARGARELLA, Roberto. **Castigar Al Próximo: por una refundación democrática del derecho penal**. 1 ed. Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2016.

----- Presentación del libro *Castigar al Prójimo*. Facultad de derecho-UBA: salón verde, 13/12/2016. (Comunicación oral)

MANDELA, N. *Long walk to freedom: the autobiography of Nelson Mandela*. 18 ed. Boston, Back Bay Books, 1995.

Mapa da Violencia. Disponible en: <http://www.mapadaviolencia.org.br/>. Acceso: 17/12/2016.