



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Poder judicial, ejecución penal y derechos humanos: La figura del “juez crítico y global”

Raphaella Benetti da Cunha Rios

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado em Derecho y Ciencia Política
Línea de Investigación: Sociología Jurídicopenal

**PODER JUDICIAL, EJECUCIÓN PENAL Y DERECHOS HUMANOS:
LA FIGURA DEL “JUEZ CRÍTICO Y GLOBAL”**

Tutor/director de tesis: Prof. Dr. Iñaki Rivera Beiras

RAPHAELLA BENETTI DA CUNHA RIOS

BARCELONA, 2019

A DIOS, la gran fuerza que me mueve y me motiva;

A SARAH, fuente de toda mi inspiración y a quien quiero ser cada día mejor;

A FERNANDO, amor de mi vida y que me dio coraje de aceptar el desafío de estudiar en el extranjero;

A MI FAMILIA, cuyo incentivo y referencial ético fueron y son decisivos en mi crecimiento profesional y personal, especialmente a mi padre **MARCONI RODRIGUES DA CUNHA**, responsable por la revisión ortográfica y crítica de esta investigación;

A LOS PROFESORES Drs. **IÑAKI RIVERA BEIRAS** y **HÉCTOR SILVEIRA**, por el incansable trabajo de orientación;

AL PROFESSOR Dr. **RENÉ ARIEL DOTTI**, referencia brasileña en materia de Derecho Penal y que ha aceptado leer esta investigación, aportando contribuciones centrales;

AL PROFESOR Dr. **BRUNO ROTTA ALMEIDA**, por sus aportes a esta investigación y por el trabajo que viene desarrollando de diseminar la criminología crítica en Brasil;

AL EQUIPO DE SERVIDORES DE LA 1ª VARA CRIMINAL DE ARAPONGAS Y A MI GABINETE, especialmente mis asesores **FABIANO CARLOS SALVIANO Y LAIS BERTI RESQUETI** por las ideas, sugerencias, contribuciones y, sobre todo, por auxiliarme en conciliar mi doble función: de juzgadora e investigadora. Sin un excelente equipo no hay prestación jurisdiccional;

AL TRIBUNAL DE JUSTICIA DEL ESTADO DE PARANÁ Y A LA ESCUELA NACIONAL DE MAGISTRATURA por la oportunidad de estudiar en el extranjero;

A LOS AMIGOS especialmente **LEANE CRISTINE DO NASCIMENTO OLIVEIRA DONATO**, al mismo tiempo amiga, colega de magistratura y “comadre”, que además de las palabras de inventivo y ayuda en todos los momentos, merece mi admiración por ser una jueza en el perfil aquí defendido.

A LOS COLEGAS DE MAGISTRATURA Y A TODAS LAS PERSONAS OÍDAS, que contribuyeron positivamente para esta investigación, notablemente los magistrados **JOEL ILAN PACIORNIK, KATSUJO NAKADOMARI, ROY MURILLO**, además de todos aquellos que han respondido a las encuestas y entrevistas que realicé a lo largo de la redacción del trabajo;

Y, no menos importante, a los **creadores de la “Galinha Pintadinha”**, cuyas canciones embalaron y distrajeron mi pequeña **SARAH** en los muchos momentos en que escribí con ella a mi lado.

“Cualquiera que ejerza una función pública hoy tiene el temor de apedreamiento público de los medios de comunicación. Esta posición subjetiva puede resbalar en el miedo. Y el miedo es un factor que no entra en la contabilidad de la teoría de la decisión judicial en el campo penal. Fingiese que no es importante.

En la condición de juez estadual percibo que buena parte de mis colegas trabajan con el contexto en el cual el crimen pasó a ser un producto vendido en el comercio mediático. Los programas de televisión fomentan una lógica de encarcelamiento y pena como el lenitivo de una sociedad violenta. (...) De cualquier forma, puedo decir que en los programas de televisión el sujeto que busca efectivizar garantías fundamentales, entre ellas el debido proceso legal, no raro, es asociado al acusado. Es alguien que imposibilita la realización de la voluntad de punir y, así, se posta en lugar de límite. Y todo aquél que se pone en lugar de hacer barrera, en una sociedad sedienta por chivos expiatorios que puedan aparentemente quitar nuestra culpa de todos los días, termina siendo tratado como desertor. (...)”

JUEZ ALEXANDRE MORAIS DA ROSA

“Yo no temería mucho a las malas leyes si fueran aplicadas por buenos jueces. No hay texto de ley que no deje campo a la interpretación. La ley es muerta. El magistrado es vivo. Es una gran ventaja que él tiene sobre ella.”

ANATOLE FRANCE

“No sé muy bien qué es la dignidad humana, pero conozco bien, muy bien, qué es la humillación”

ANDRÉ MALRAUX

Sumário

RESUMEN Y GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIACIONES	7
PREFÁCIO – PROF. RENÉ ARIEL DOTTI.....	10
1. PROLEGÓMENOS.....	20
1.1. Introducción	20
1.2. Colocación del tema, justificación y objetivos	23
1.3. Metodología	34
1.4. Preguntas de investigación y formulación de las hipótesis a ser trabajadas.....	35
2. PREPARACIÓN DEL TERRENO – ANTECEDENTES TEÓRICOS.....	38
2.1. MODERNIDAD.....	38
2.1.1. Marco histórico – modernidad y posmodernidad	38
2.1.2. ¿Iluminismo u oscuridad?	39
2.1.3. El positivismo como forma dominante de comprenderse el derecho.....	43
2.1.4. Influencia del proyecto de modernidad en el contexto brasileño	45
2.2. CONSTITUCIONALISMO	50
2.3. CRIMINOLOGÍA	56
2.3.1. Criminología tradicional.....	57
2.3.2. Criminología crítica	61
2.3.3. “Criminología global” según Wayne Morrison.....	65
2.3.4. Criminología crítica en Brasil.....	72
2.3.5. Reflejos del pensamiento criminológico positivista sobre la estructura jurídica y la actividad del magistrado en Brasil.....	82
3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS – BREVE HISTORIA DEL PODER JUDICIAL BRASILEÑO.....	88
3.1. Del origen y actual estructura del poder judicial en Brasil	89
3.2. Algunas curiosidades y peculiaridades del poder judicial en Brasil	93
3.3. De la formación de los jueces brasileños	102
3.4. Requisitos para llegar a ser un juez en Brasil – los actuales “concursos públicos” y el “adestramiento” de la enseñanza jurídica	106
3.5. De la estructura de la punición administrativa de los jueces y la dificultad en el justo juzgamiento de los propios pares – “casa de herrero, pincho de palo”	115
3.6. De la estructura presupuestal y del “vínculo enfermo” con el poder ejecutivo	119
3.7. Análisis del Consejo Nacional de Justicia – CNJ: avances y retrocesos.....	121
4. GARANTÍAS DEL PODER JUDICIAL	126
4.1. Diferencia entre “garantía” y “privilegio”	126
4.2. Independencia – definición y dificultades en la práctica	127
4.3. Imparcialidad y su mito.....	134
4.4. Activismo judicial vs. Pro-activismo judicial.....	137
5. EL PODER JUDICIAL HOY Y SU IMAGEN FRENTE AL PROPIO JUEZ Y AL LITIGANTE.....	147
5.1. Diagnóstico – Cómo está hoy un juez	147
5.2. Algunas conclusiones importantes: estructura vs. eficiencia.....	164

5.3.	Influencia de los medios de comunicación en la percepción del poder Judicial por el litigado	166
6.	EJECUCIÓN PENAL	170
6.1.	Antecedente teórico – violencia	171
6.2.	Modernidad como la génesis de la cárcel – de la punición corporal a la punición del alma	176
6.3.	Posmodernidad: del panóptico a las “cárceles de la miseria”	181
6.4.	Origen histórico de la ejecución penal en Brasil	184
6.5.	Panorama actual de la ejecución penal en Brasil – de la “banalidad del mal” y su versión “verde y amarilla”	187
6.6.	Ley de ejecución penal – “deber-ser” vs. “ser” – ejecución penal como hábitat de la barbarie y de la violencia estructural	194
6.7.	Con la palabra, los “detenidos” (encuesta cualitativa – muestreo)	202
6.8.	Crítica a la actuación del poder Judicial en el ámbito de la ejecución penal	211
6.9.	De la necesaria actuación del ministerio público en el ámbito de la ejecución penal	222
6.10.	Algunas iniciativas posibles para tratamiento del tema y para reducción de daños de las personas encarceladas	227
7.	JUEZ Y DERECHOS HUMANOS	252
7.1.	Definición de derechos humanos	253
7.2.	Sistemas en especie	256
7.2.1.	Sistema global	258
7.2.2.	Sistema europeo	261
7.2.3.	Sistema latinoamericano	266
7.3.	Críticas a la limitación práctica de las decisiones de los tribunales internacionales – carencia de constitucionalismo y trans-constitucionalismo y control de convencionalidad	270
7.4.	Como el juez brasileño interpreta a los derechos humanos (encuesta)	272
8.	ACTUACIÓN DEL JUEZ EN EL ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PENAL	278
8.1.	Premisa principal: principio de la humanidad	279
8.2.	Actuación limitativa – principio de la legalidad vs. principio de secularización	284
8.3.	Actuación ampliativa: principio de la legalidad vs. principios de la independencia y de la imparcialidad	287
8.4.	Case emblemático: juez Roy Murillo	290
8.5.	Decisiones y prácticas de destaque en Brasil	293
9.	NUESTRA TESIS	303
9.1.	Independencia como derecho humano fundamental de todo y cualquier magistrado, incluso de la ejecución penal	304
9.2.	Independencia vs. discrecionalidad o arbitrio	311
9.3.	Necesario cambio de cultura jurisdiccional en clave constitucional y garantista	315
9.4.	Juez cumplidor de la ley e instrumento de concretización material y efectiva de los derechos humanos y fundamentales – posibilidad – teoría “care”	318
9.5.	De la aplicación práctica de la teoría del juez crítico y global – de la ampliación del instituto de la remisión de pena	327
9.6.	Resumen de la ópera: del “juez crítico y global”	334
10.	Consideraciones finales – “cenizas de los próximos capítulos”	339
	Referencias	346

RESUMEN Y GLOSARIO DE SIGLAS Y ABREVIACIONES

RESUM: Aquesta TESE intentarà emmarcar el paper del magistrat en el compliment dels drets humans, especialment de les persones privades de la seva llibertat, per tal de plantejar el que és possible fer en termes d'actuació jurisdiccional perquè la situació carcerària vulneri menys els drets fonamentals de les persones empresonades. L'objectiu general d'aquesta investigació és la de dibuixar a un magistrat independent, crític, global i compromès amb l'efectivitat dels drets humans, plantejant quina és la responsabilitat del poder judicial en l'execució penal i en quina mesura el jutge pot assegurar drets humans a les persones dins de la presó, amb la recerca de solucions "tot i la presó" i no "a través de la presó". La tesi defensada és de la "independència funcional" com un dret humà fonamental del jutjador.

RESUMEN: Esta tese intentará enmarcar el papel del magistrado en el cumplimiento de los derechos humanos, especialmente de las personas privadas de su libertad, con el fin de plantear lo que es posible hacer en términos de actuación jurisdiccional para que la situación carcelaria vulnere menos los derechos fundamentales de las personas encarceladas. El objetivo general de esta investigación es la de dibujar a un magistrado independiente, crítico, global y comprometido con la efectividad de los derechos humanos, planteando cuál es la responsabilidad del Poder Judicial en la ejecución penal y en qué medida el juez podrá asegurar derechos humanos a las personas dentro de la cárcel, con la búsqueda de soluciones "a pesar de la cárcel" y no "a través de la cárcel". La tesis defendida es de la "independencia funcional" como un derecho humano fundamental del juzgador.

ABSTRACT: This thesis will try to frame the role of the judge in the fulfillment of human rights, especially of the people deprived of their liberty, in order to raise what is possible to do in terms of jurisdictional action so that the prison situation harms less the fundamental rights of the people imprisoned. The general objective of this investigation is to draw an independent, critical, global and committed magistrate with the effectiveness of human rights, stating what is the responsibility of the Judicial Power in the criminal execution and to what extent the judge can assure human rights to the people inside the jail, with the search of solutions "in spite of the jail" and not "through the jail". The thesis advocated is "functional independence" as a fundamental human right of the judge.

AC:	Apelación Criminal
ANAMAGES:	Asociación Nacional de los Magistrados Estaduales
AMAPAR:	Asociación de los Magistrados de Paraná
AMB:	Asociación de los Magistrados Brasileños
CADH:	Convención Americana de Derechos Humanos
CEDH:	Convención Europea de los Derechos del Hombre
CIDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CF/88:	Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988
CIDJ:	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CNJ:	Consejo Nacional de Justicia
CP:	Código Penal Brasileño
CPP:	Código de Proceso Penal Brasileño
CRESLON:	Centro de Reintegración Social de Londrina
DADDH:	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
DDHC:	Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano
DEPEN:	Departamento de Ejecución Penal
DUDH:	Declaración Universal de los Derechos Humanos
DJe:	Diario de Justicia Electrónico
ECA:	Estatuto del Niño y del Adolescente
GMF:	Grupo de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario
INSS:	Instituto Nacional del Seguro Social
LEP:	Ley de Ejecución Penal (Ley n° 7.210/1984, de 11.07)
LOMAN:	Ley Orgánica de la Magistratura Nacional (Ley Complementar n° 35/1979, de 14.03)
MPE:	Ministerio Público Estadual
MPF:	Ministerio Público Federal
OAB:	Orden de los Abogados de Brasil
ONU:	Organización de las Naciones Unidas
OEA:	Organización de los Estados Americanos
PEC:	Propuesta de Emenda a la Constitución
PEL:	Penitenciaria Estadual de Londrina
PC:	Policía Civil
PF:	Policía Federal
RE:	Recurso Extraordinario
RESE:	Recurso en Sentido Estricto
RESP:	Recurso Especial

RF:	Receta Federal de Brasil
SEJU:	Secretaria de Justicia, Ciudadanía y Derechos Humanos
SENAI:	Servicio Nacional de Aprendizaje Industrial
STF:	Supremo Tribunal Federal
STJ:	Superior Tribunal de Justicia
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TJ:	Tribunal de Justicia
TJ/PR:	Tribunal de Justicia del Estado de Paraná
UEL:	Universidad Estadual de Londrina

PREFÁCIO – PROF. RENÉ ARIEL DOTTI

Prezada Senhora Juíza **Raphaella Benetti da Cunha Rios**, acabo de ler o seu alentado trabalho em forma de Tese Doutoral com o seguinte título: *Poder Judiciário, Execução Penal e Direitos Humanos: a figura do juiz “Crítico e Global”*.

Primeiramente, devo cumprimentá-la pela escolha do assunto que é, realmente, do maior relevo para a complexa e fecunda área da execução penal em nosso país, trazendo a contribuição da doutrina e da jurisprudência atuais que envolvem as penas e as medidas de segurança e todos os mecanismos legais e processuais para se alcançar a devida Justiça criminal.

Em segundo lugar, é imprescindível o reconhecimento de que a obra tem valor científico incontestável por uma circunstância muito simples. O pensamento, as ideias, a construção dogmática das soluções para dirimir o conflito permanente entre a vontade do preso e a vontade política do Estado são postas em observação pelas atividades do principal protagonista da execução penal: **o juiz**. Embora sujeito de direitos inalienáveis de raiz constitucional e declarados na Lei de Execução Penal (Lei nº 7.210/1984) o preso (condenado) e o internado são *objeto* das disposições legislativas. O maior exemplo está no primeiro artigo do aludido diploma: **“art. 1º A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado”**.

Essa identificação da autora da tese com o exercício da atividade jurisdicional específica da execução penal tem vários significados. O texto contém o material resultante de um depoimento pessoal e indelegável que, sem falso pudor ou criticável indiferença com o tema que envolve o princípio constitucional da dignidade da pessoa humana, constitucionalmente declarado, expõe pública e criteriosamente aspectos de sua ardorosa missão funcional e espiritual. Da mesma forma, o destinatário dos provimentos e das sanções da lei pode ser considerado também como protagonista da execução penal porque ele é o personagem principal do processo penal desde o momento de sua prisão (em flagrante, temporária, preventiva, pronúncia e condenação) até a realização prática dos últimos atos.

As referências bibliográficas de sua tese merecem, desde logo, elogio devido à sensibilidade e à competência que certamente definiram as escolhas de autores nacionais e estrangeiros. Demonstrando que o universo da execução penal abrange disciplinas para muito além de um direito específico, de recente elaboração positiva, a pesquisa e a redação correspondente levam em consideração as várias disciplinas que compõem um imenso

cenário no qual aparecem a teoria e a prática; o idealismo e a frustração; a utopia e a realidade; a verdade e a mentira; a esperança e o desengano... Enfim, um caleidoscópio de situações que são recorrentes no campo da execução penal, com destaques para a pena de prisão (perda da liberdade) e as penitenciárias que, de modo geral, são “erros monumentais talhados em pedra”, como foi dito por alguém.

Ao leitor de seu texto não escapa a observação liminar quanto à densidade de cada um dos subtemas que compõem os diversos capítulos (“Prolegômenos”; “Preparação do terreno”; “Antecedentes históricos” etc.). Eles são apresentados como *pilares* da sustentação doutrinária de um imenso e variado mural de convicções e definições científicas assemelhados às estruturas de um edifício de muitos andares.

Acredito, porém, que o vasto material distribuído e as especificações de cada perspectiva dos problemas poderia ter um título que mais facilmente identificasse as duas *entidades* que estão contrapostas. Essa opinião está baseada nas palavras iniciais de seu trabalho quando se refere à relação entre o magistrado e o preso (ou presidiária). A designação poderia ser: **O JUIZ E A EXECUÇÃO PENAL**.

Com efeito, tudo quanto está incluído nas trezentas e dez páginas de um vasto e ilustrado conteúdo de investigação, ideias, conclusões, afirmações e, em síntese, o seu *pensar* e o seu *dizer* estão inseridas na frase acima.

Aparentemente, o título agora sugerido poderia ser tido como reducionista em confronto com o original. No entanto, assim não ocorre porque todas as palavras que estão na capa da tese caracterizam *partes* de um mesmo *conjunto*.

Não tenho qualquer reparo ou observação a respeito da excelente qualidade da pesquisa, da utilização regular do vernáculo e da especificação de cada capítulo a exemplo do variado e competente repertório de análise crítica do sistema. O produto final dessas coordenadas é esculpido com o cinzel da esperança e o vigor da autoridade intelectual e profissional da juíza. Percebe-se, na distribuição dos subtemas, a preocupação em observar parâmetros relativos à História e atuação do Poder Judiciário, alargando, assim, a proposta inicial dos “encontros” e “desencontros” entre o magistrado e a pessoa presa.

Entre muitos detalhes da precisão com que assuntos importantes são analisados, destacam-se “a definição de direitos humanos” e seus respectivos sistemas bem como o resultado do questionário “*como o juiz brasileiro interpreta os direitos humanos*”.

Em uma de suas inúmeras entrevistas, **Norberto Bobbio (1909-2004)** foi perguntado sobre as características de nosso tempo que despertam viva preocupação, especialmente quanto ao aumento cada vez maior e descontrolado da população; o progresso cada vez mais rápido e até agora inevitável da degradação do meio ambiente e o aumento cada vez mais rápido e insensato do poder destrutivo das armas. E, ao final, se em meio a tantas

previsíveis causas de infelicidade, ele via algum sinal positivo. O imortal pensador e cientista político italiano respondeu afirmativamente, que via pelo menos um desses sinais: “a crescente importância atribuída, nos debates internacionais, entre homens de cultura e políticos, em seminários de estudo e em conferências governamentais, ao problema do reconhecimento dos direitos humanos”.¹

Existe na sociedade e nos meios de comunicação o entendimento desvirtuado sobre a natureza e a extensão dos Direitos Humanos.² É comum o equívoco de reduzir esse fenômeno jurídico à proteção das pessoas acusadas ou condenadas por uma infração criminal que sofrem tortura ou maus tratos de um modo geral. Ou, então, aos dissidentes políticos e ideológicos que são perseguidos em função de convicções e comportamentos que se opõem ao repertório dos valores e interesses dos Estados autoritários.

Em meu entendimento, por Direitos Humanos compreende-se o conjunto de normas defendidas e aplicadas por instituições voltadas ao resguardo da dignidade, liberdade, igualdade, honra e outros direitos essenciais dos seres humanos e que constituem o fundamento do Estado Democrático de Direito. São os direitos elementares à dignidade humana e de múltiplas naturezas: civis, políticos, econômicos, sociais e culturais.

O saudoso mestre **Celso Bastos**, interpretando o art. 4º, II da Constituição Federal, indaga: “Mas quais são efetivamente os direitos do homem?”. Ele mesmo responde: “A melhor definição deles encontrável é a constante na Declaração Universal dos Direitos do Homem, aprovada pela Assembleia Geral da ONU, em 10 de dezembro de 1948”.³

Segundo esse instrumento, são entre muitos outros: vida, liberdade, segurança pessoal, reconhecimento como pessoa; igualdade perante a lei; proteção contra discriminação; acesso aos tribunais (acesso à jurisdição); presunção de inocência; publicidade dos julgamentos; intimidade da vida privada e outros direitos da personalidade (imagem, honra, sigilo de correspondência, etc.); asilo; nacionalidade; matrimônio e criação da família sem qualquer restrição de raça, nacionalidade ou religião; propriedade; liberdade de pensamento, consciência e religião; liberdade de opinião e expressão;⁴

Na alusão aos diversos sistemas normativos que consagram a natureza e os objetivos dos Direitos Humanos, Raphaella **Rios** nos remete à antológica Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão (Paris, 1786). Porém, apropriadamente, observa que a internacionalização dessa categoria de direitos surge no fim da II Guerra Mundial (1939-

¹ *A era dos direitos*, trad. Carlos Nelson Coutinho, Rio de Janeiro: Editora Campus, 1992, p. 49.

² Prefiro grafar essa notável disciplina com iniciais maiúsculas assim como ocorre com a indicação de outros ramos científicos (Direito Penal, Direito Civil, Direito Constitucional, etc.).

³ BASTOS, Celso Ribeiro e GANDRA MARTINS, Ives, *Comentários à Constituição do Brasil*, São Paulo: Saraiva, 1988, vol. 1º, p. 453/454. (Itálicos meus)

⁴ Seguem-se mais de 50 (cinquenta) espécies desse gênero que se multiplicam à medida do desenvolvimento das sociedades humanas. Daí falar-se em Direitos Humanos de primeira e demais gerações.

1945) como reação às trágicas consequências humanas e sociais desse horrendo período. Na sequência, descreve os sistemas europeu e latinoamericano para extrair os seus principais aspectos.

Demonstrando o relevante empenho em apurar a recepção da teoria e da aplicação dos Direitos Humanos por parte de uma centena de colegas da magistratura, a autora formulou um questionário com indagações muito pertinentes, salientando o sigilo da correspondência. O resultado dessa enquete foi muito frustrante com “*apenas 03 (três) respostas e nenhum comentário positivo sobre a iniciativa*”.⁵

Mas esse fato não impediu e nem restringiu a capacidade, a sensibilidade e a esperança da autora na valiosa peregrinação intelectual sobre o tema central de sua tese: encontro e desencontros entre o juiz e o condenado. É merecedora de especial destaque a sua oportuna advertência de que “*o magistrado crítico e global deve sim falar nos autos do processo, porém deve sair da inércia processual para se fazer ouvido e manifestar sua opinião através dos canais postos à sua disposição, a fim de contribuir positivamente com a melhoria de suas condições de trabalho e de sua atividade*”.⁶ A crítica, objetiva e sensata, mostra as extraordinárias virtudes da nobreza de caráter e da sua intemorata posição funcional que não se acomoda diante de problemas que não estão sendo considerados devidamente por muitos magistrados. De modo muito claro o texto manifesta a frustração pela omissão ou simples desinteresse de autoridades competentes e legalmente obrigadas a conhecer e manifestar-se acerca de problemas e das questões de Direito Criminal e, em particular, da execução das penas e das medidas de segurança, gerando um insuportável paradoxo. Com efeito, a investigação criminal e a instrução judicial das ações penais devem obedecer a mandamentos constitucionais, legais e administrativos para que o generoso princípio *due process of law* seja respeitado, sob pena de nulidade e perda de seu conteúdo. Porém o mesmo rigor com as fórmulas normativas não é geralmente atendido na etapa fundamental do processo penal e que, de modo geral, é refletida no primeiro artigo da Lei nº 7.210/1984: “*A execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado*”.

Insistindo na responsabilidade funcional e ética do juiz na jurisdição das penas e das medidas de segurança a fecunda tese *O Juiz e a Execução Penal* têm, assiduamente, apontado um dos requisitos essenciais para a devida prestação do Direito e da Justiça. A autora considera absolutamente indispensável a “*construção de um magistrado global, independente e sensível aos problemas sociais, e que seja ao mesmo tempo forte para coibir casos de ilícitos – inclusive os chamados ‘atípicos’, verificados, sobretudo, no âmbito*

⁵ Itálicos meus.

⁶ *Idem*.

da criminalidade de Estado e do poder, e sensível para lidar com a imensa quantidade de presos marginalizados por uma sociedade extremamente desigual. Logo, a força da espada deve andar junto com a sensibilidade, com o equilíbrio, a prudência e, sobretudo, com a humanidade.”⁷

A propósito, o Professor **Alberto Nogueira** no texto “O juiz, o poder judiciário e os direitos humanos”, observa corretamente que o magistrado “*exerce uma função e um papel. A função sempre foi e continua sendo a mesma: a de julgar. O papel, ao contrário, tem variado ao longo da história, de conformidade com a finalidade e objetivo daquela que se resumem na tutela (proteção) de determinados bens e interesses*”.⁸ Discorrendo acerca da distinção de condutas nessa dualidade funcional, o aludido mestre conclui: “*Sendo dinâmico esse papel, cabe à sensibilidade do juiz perceber com a necessária antecipação mudanças sociais para se adaptar, sem traumas, às situações emergentes, mudando, em maior ou menor velocidade, as tonalidades e nuances de cada papel, de tal modo que assegure a Justiça adequada para as situações presentes e futuras*”.⁹

Com efeito, a figura moderna do magistrado procura diferenciar-se do modelo do século XIX comprometido com a exegese legalista que revela a face externa do positivismo jurídico. “O governo totalitário alemão estabeleceu a relação entre os soldados e os juízes sob o império dos seguintes princípios: ‘*As ordens são ordens*’, aplicável aos primeiros, e ‘*antes de tudo é preciso cumprir a lei*’, dirigido aos segundos. E foi justamente durante o período imediatamente posterior à II Grande Guerra que ressurgiu na Europa o movimento do jusnaturalismo e que pode ser traduzido pelo aforismo de que ‘*existem leis injustas e leis nulas*’. É a reação ao formalismo e ao totalitarismo frente à conclusão de que a lei não esgota o Direito e de que existe Direito acima das leis”.¹⁰

A tese de doutoramento, em *solene proclamação*, concebe o aplicador do Direito como um ser humano de *várias camadas* ao percorrer o itinerário processual entre os mandamentos do Estado e os deveres e direitos do condenado que vive os *círculos do Inferno*. Ao ser conduzido e mantido como personagem da *Divina Comédia* ele cumpre os estágios de um *paraíso* imaginário porque só pensa na liberdade perdida; de um *purgatório*, com a rotina diuturna e dilacerante para o nada, e de um *inferno*, quando o arrependimento e a erosão de sua personalidade alimentam o pesadelo de olhos abertos.

⁷ Tese, p. 309. (*Ibidem*).

⁸ *Viagem ao Direito do terceiro milênio*, Rio de Janeiro: Renovar, 2001, p. 77. (Itálicos meus).

⁹ NOGUEIRA, Alberto. Ob. cit., p. 82. (Itálicos meus).

¹⁰ DOTTI, René Ariel. *Curso de Direito Penal-Parte Geral*, 6. ed., rev., atual e ampl.com a colaboração de Alexandre Knopfholz e Gustavo Britta Scandelari, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2018, p. 121.

A fecunda, sensível e valorosa contribuição intelectual de **Raphaella Benetti da Cunha Rios**, merece um lugar especial dentre as inúmeras publicações que tratam da realidade e da ficção do multifário mundo das prisões. Embora escrevendo sobre as imensas dificuldades humanas e materiais para se reduzir os dramas e as tragédias carcerárias, em nenhuma passagem de sua obra a juíza criminal manifestou-se pessimista quanto à possibilidade da redenção do pecado e da possível recuperação social do infrator.

Ao contrário, o seu pensamento e a sua palavra têm a virtude de esmaecer, quando não reformar, a *sentença de maldição* gravada no mármore do tempo: “**Lasciate ogne speranza, voi ch'intrate**”.¹¹

Curitiba, 15 de janeiro de 2019.

RENÉ ARIEL DOTTI

Membro da Academia Paranaense de Letras ** Advogado **Comenda do Mérito Judiciário outorgada pelo TJ-PR (2014) ** Medalha Mérito Legislativo concedida pela Câmara dos Deputados, por serviços prestados ao Poder Legislativo e ao Brasil (2007).
www.dotti.adv.br

¹¹ Dante Alighieri, *A divina comédia*, Canto III, Terceto 7.

PRESENTACIÓN

Esta investigación cuenta con dos protagonistas: el “magistrado” y la persona privada de su libertad (el “encarcelado” o la “encarcelada”¹²). Ambos pueden parecer figuras bien distantes, que se sitúan en lados opuestos – y de cierta forma antagónicos – en una relación jurídica. Sin embargo, los dos son productos de un mismo proceso histórico y es constatándose esta realidad que podemos caminar para entender y, consecuentemente, proponer soluciones, especialmente al ámbito de las ejecuciones penales.

Entender esta proximidad de los orígenes sociales de ambas figuras antes mencionadas requiere un estudio más “invasivo”, de cuño sociológico, a fin de extraer una mejor comprensión de la propia realidad. Además, la realidad será, incluso, material de este trabajo, a fin de servir de punto de partida para una mayor reflexión sobre los males y posibles soluciones para un problema que atinge directamente **más de 726.000** (setecientos y veinte y seis mil) personas, conforme el levantamiento nacional de informaciones penitenciarias para junio de 2016 del DEPEN¹³: la caótica (para decir el mínimo) situación carcelaria brasileña¹⁴.

Independientemente de la posición de Brasil en el ranking total de detenidos¹⁵, el hecho es que el sistema carcelario brasileño está caótico y tiene inúmeros males a enfrentarse,

¹² Dejo claro que la investigación trata no solamente de los encarcelados hombres, que están en mayoría, sino que también de la mujer que, aunque en minoría sufre aún más las agruras del sistema penitenciario, ya que mismo con todos sus problemas fue diseñado para una población masculina. También no puedo olvidarme de los transexuales o cualquier otra forma de orientación sexual. Luego, al referirme a “encarcelado”, “detenido”, “reeducando”, entre otras denominaciones, la lectura que se debe de hacer es que todas alcanzan la persona encarcelada, independientemente de su género u orientación sexual, no habiendo cualquier connotación discriminatoria.

¹³ Informaciones obtenidas en el sitio del DEPEN: http://depen.gov.br/DEPEN/noticias-1/noticias/infopen-levantamento-nacional-de-informacoes-penitenciarias-2016/relatorio_2016_22111.pdf (acceso en: 05.02.2019). Datos pasaron a contar los detenidos domiciliarios, que necesitaron ser computados pues están susceptibles de ingresar, a cualquier momento, en el sistema penitenciario.

¹⁴ El número antes referido no lleva en consideración a los familiares de los detenidos, que, sumados, hacen el número de los implicados en el sistema penal aún más superlativo. Además de eso, dicho número tampoco lleva en cuenta la existencia de más de 600.000 (seiscientos mil) mandatos de prisión pendientes de cumplimiento, además de las nombradas “prisiones domiciliarias” (más de 140.000 personas en esta condición), siendo que la situación de hacinamiento está próxima de 250.000 (doscientos cincuenta mil) vacantes, sin el cumplimiento de dichos mandatos en abierto. Perciban que el caos existe mismo sin considerar el inmenso número de personas que pueden, a cualquier momento, ingresar al sistema penitenciario.

¹⁵ En el levantamiento antes referido, Brasil ostentaría la vergonzosa cuarta posición mundial en el ranking de población carcelaria quedando delante de países con muy amplia extensión territorial, como es el caso de Rusia. Sin embargo, hay los que dicen que esos números fueron “enmascarados” por la “militancia de izquierda”, pues indica la posición de Brasil en números de detenidos por 100.000 (cien mil) habitantes no en el *ranking* de todos los países del mundo, pero en el uno de los 20 (veinte) países con más grande número absoluto de detenidos, lo que llevaría Brasil al 34ª posición, como mínimo (disponible en: <https://veja.abril.com.br/blog/felipe->

cuya solución no pasa necesariamente por “detener más”, sino que por “detener mejor”. Además de eso, buscar asegurar un mínimo de derechos humanos intra-cárcel no debería ser una discusión dicha como de “izquierda”, pero de preocupación general. La “polarización derecha/izquierda” es justamente uno de los más grandes problemas, pues impide el amplio debate, serio, maduro y generalizado del tema carcelario, que toca a todos indistintamente. En esta investigación no pretendo levantar la bandera de “soltar o detener indistintamente”, pues creo que no sea esa exclusivamente la solución del impase. Intentaré traer luces para la perpetuación de discusión, independiente de ideologías. Todos estamos de acuerdo que algo necesita ser mejorado.

En suma, no se pretende aquí, predominantemente, aclarar dudas – algunas, ciertamente; otras, tal vez – pero, sobre todo, proliferarlas, como forma de perpetuación del debate sobre materia de tamaña relevancia y que toca muy especialmente la actuación del magistrado en un momento crucial: el de aplicación de la pena. Y, además de crucial, este es un momento, incluso, paradójico, pues al mismo tiempo en que la sociedad reclama mayor rigor en la aplicación de la penalidad, la realidad de cumplimiento de pena especialmente en régimen cerrado es otra: condiciones insalubres, peligrosas, degradantes, precarias, deshumanas en las celdas de las cárceles de este país. Solamente quien ha visitado una cárcel brasileña sabe de lo que estoy hablando. Entonces, ¿Por qué la sociedad tiene la sensación de que no hay rigor en el cumplimiento de la pena? Es uno de los puntos que intentaremos explorar en las próximas líneas.

Por esa razón, este breve espacio abrigará estudio, fruto de un proceso de maduración personal y profesional, y elaborado con mucho esfuerzo, dedicación y, sobre todo, entusiasmo. Una vez que, el conocimiento debe de ser construido no como mera obligación académica que encarcela, pero como experiencia de vida que liberta.

Registro, también, que esta investigadora empezó a gestar este trabajo en 2013 cuando de su estada en Barcelona, y viene, día tras día, mejorándolo tras lecturas, conversaciones, vivencias y experiencias como jueza y como ciudadana. Y, más recientemente, asumiendo un nuevo papel, el de madre. Durante toda la gestación, me he dedicado a escribir esta investigación. Así como la gestación, donde hay momentos de bienestar y otros donde la futura mamá siente a los reflejos del drástico cambio de su cuerpo para recibir al bebé, el proceso de concepción de un trabajo científico cuenta con días buenos, y otros ni tanto. Momentos de gran inspiración y otros en que simplemente nada es registrado en una hoja blanca. Pero ambas experiencias – de la maternidad y del conocimiento – son similares en

moura-brasil/brasil-e-no-minimo-o-34-em-numero-de-presos-por-100-mil-mas-jornais-caem-na-maquagem-do-relatorio-do-infopen/# , acceso en 10.12.2017). El hecho es que, sea en cuarto o en el lugar 34, la posición brasileña es igualmente vergonzosa.

su propia diferencia, ya que tienen en común el hecho de ser absolutamente transformadoras. Nadie es lo mismo antes ni después de ellas, eso lo puedo garantizar.

Solamente para registro y para impedir eventuales quejas de cualquiera que se sienta ofendido con lo que traeré a debate, dejo claro que eventual crítica al funcionamiento del Poder Judicial y a algunas de las decisiones jurisdiccionales mencionadas en esta investigación está siendo hecha por mí en la calidad de *investigadora*, no de magistrada, para que no se alegue violación al art. 36, III, de la Ley Orgánica de la Magistratura – LOMAN, ya que el mismo dispositivo resalta la crítica “en obras técnicas” (como la presente).

Menciono, por oportuno, el ítem 8 de los “Principios básicos relativos a la independencia del Poder Judicial”, aprobada al Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, realizado en Milán de 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985¹⁶, por lo que “en consonancia con la Declaración Universal de Derechos Humanos y al igual que los demás ciudadanos, los miembros de la judicatura gozarán de las libertades de expresión, creencias, asociación y reunión, con la salvedad de que, en el ejercicio de esos derechos, los jueces se conducirán en todo momento de manera que preserve la dignidad de sus funciones y la imparcialidad e independencia de la judicatura”. Es preciso dar voz a la magistratura, cuyos miembros viven en la mayor parte de las veces callados en nombre de resguardar su imparcialidad. Pero, conforme será analizado al largo de este trabajo, tener opiniones y poder expresarlas en nada vulnera la condición de “juez imparcial”. Especialmente cuando tales convicciones son expresadas en el campo académico, dentro de un debate saludable, que es lo que intentaremos llevar a efecto a lo largo de esta investigación.

Por fin, como consta del pequeño fragmento que abre esta investigación, del juez ALEXANDRE MORAIS DA ROSA en prefacio de la obra del también colega magistrado ALEXANDRE BIZZOTTO, cuyo título sugestivo es “La mano invisible del miedo y el pensamiento criminal libertario”¹⁷, puedo correr el riesgo de aquí ser interpretada tanto por mis pares como por los lectores como una especie de “desertora”, justamente por aquí expresar mi opinión y defender una actuación jurisdiccional, que exalte las garantías fundamentales de aquellos individuos privados de su libertad. Entonces, si quien defiende a

¹⁶ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx> (acceso en 20.08.2017).

¹⁷ BIZZOTTO, Alexandre. *A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário: as dificuldades do fortalecimento da crítica criminal libertária em face da exploração econômica do medo e seus vetores punitivistas*. Tesis Doctoral presentada para obtención del grado de Doctor en Derecho – programa de posgrado en Derecho de la “Universidade Vale do Itajaí – UNIVALI”, área de concentración: Constitucionalidad, Transnacionalidad y Producción del Derecho. Itajaí, 2015.

lo que iré defender debe de ser nombrado de esa forma, afirmo sin cualquier miedo: soy una desertora.

1. PROLEGÓMENOS

1.1. Introducción

¿Cuál es el papel del juez? Cuando me cuestionaba sobre esa relevante figura antes de ingresar a la magistratura entendía que la función del magistrado era solamente la de juzgar. Un ser que solamente se sentaba en una mesa de frente a su computadora y, como si poseído por alguna fuerza sobrenatural que transcendía la materia, “decía el Derecho”. Y yo, entusiasmada, hice la prueba de ingreso, repetí todas las enseñanzas utópicas aprendidas en las sillas de las universidades y en los cursos preparatorios y pasé en tercer lugar en un concurso extremadamente concurrido.

Entonces, pensé: ahora sí tengo una profesión estable y voy a ejercer solamente la tarea de juzgar, para la cual tanto me he preparado a lo largo de 10 (diez) años de abogacía y 2 (dos) años de estudio intenso para el concurso. Ha llegado la pose, con toda aquella emoción y orgullo de mis padres por tener una hija magistrada.

Después de toda esa alegría y entusiasmo, la realidad – y el principio de mis perplejidades: grande parte de lo que hago como magistrada a lo largo de esos más de 7 (siete) años de carrera, definitivamente, no es juzgar. Gestiono personas sin tener la formación adecuada en administración y gestión, fuera los cursos que, vez u otra, son ministrados en la Escuela de la Magistratura. Resuelvo cuestiones burocráticas, como el llenado de interminables informes estadísticos para quedaren disponibles tanto al Tribunal al cual estoy vinculada como al Consejo Nacional de Justicia (CNJ), un órgano previsto en el art. 92, I-A, de la Constitución de la República Federativa de Brasil (CF/88) como integrante del Poder Judicial¹⁸. Gestiono como puedo a crisis, como rebeliones en las cárceles y presidios de las ciudades por donde he pasado, sin contar con un mínimo soporte estatal o institucional. Soporto, de forma resignada, a furia de las familias de los detenidos que, con toda la razón, reclaman del tratamiento deshumano que les es proveído en las “cárceles de la miseria” de todo país, para utilizar la expresión consagrada en la obra de LOÏC WACQUANT¹⁹.

La imagen que yo tenía de la carrera antes de ingresarla está reflejada en este cuadro que gané de mi padre y que hoy estampa mi gabinete:

¹⁸ El CNJ tiene, entre otras innúmeras atribuciones estampadas en el art. 103-B, la de controlar el cumplimiento de los deberes funcionales del magistrado.

¹⁹ WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la Miseria* (título original: *Les Prisons de la Misere*, trad. Horacio Pons). Buenos Aires: Manantial, 2004.



Hoy día miro esta imagen y cuestiono si *Themis*, diosa griega de la justicia, realmente debe de estar de ojos vendados. Una vez que, la justicia debe de ser imparcial, pero jamás indiferente a toda la realidad que nos rodea, realidad esta que es fruto de un proceso histórico que, en vez de “iluminar” a los caminos de la humanidad, ha acabado, en muchos aspectos, por surtir el efecto al revés.

Actualmente el magistrado, producto de un proceso histórico que tuvo en el “iluminismo” un marco fundamental, lida con procesos electrónicos, sistemas como E-MANDATO, PROJUDI, BACENJUD, RENAJUD, INFOJUD, firma digital e inúmeros otros. Con un simple “clic”, es posible bloquear el patrimonio de cualquiera. Sin embargo, si algo falla en dicho universo informático, el nostálgico “bolígrafo” del magistrado no funciona más. Recientemente estaba de turno y con mi firma electrónica expirada. Intenté determinar la

expedición de un permiso de liberación a un detenido. Sin embargo, sin que le introdujera la información en el sistema E-MANDATO mi orden, como magistrada empoderada de la función pública de juzgar, de nada vale. Sin la correcta alimentación del sistema, aquél que está segregado injustamente va a continuar en esa posición hasta que el problema informático sea resuelto.

Derechos humanos, *dignidad de la persona humana*, derechos fundamentales... Todos estos ceden a la rutina burocratizada, que ha tomado cuenta de la vida y del día a día del magistrado, producto de la modernidad.

Aquí hago un paréntesis, pues la palabra *dignidad* será exhaustivamente utilizada a lo largo de esta investigación. ¿Qué sería eso? Difícil encontrar una definición pues tratase de un concepto sensorial, que es mucho mejor comprendido de forma negativa, o sea, por lo que jamás el juicio común admitiría como digno. Y la analogía de MALRAUX sirve acá como un guante: dignidad es, por lo tanto, el opuesto de humillación. En el caso de la ejecución penal, las condiciones verificadas en las prisiones de este país son absolutamente degradantes y humillantes. Espejan, por lo tanto, el opuesto de lo que se entiende por dignidad. Y es justo esa dignidad que viene siendo degradada y menospreciada en el día a día burocratizado y agotador de los operadores del sistema penal, entre ellos el magistrado. La burocracia fuerza una verdadera inversión de valores y de prioridades, que hacen con que el esencial (garantía de la dignidad) sea rebajada a un papel secundario, coadyuvante y, por qué no decir, retórico.

Continuando. Como bien destaca LOUK HULSMAN, el juez producto de la modernidad, de tan abrumado con la burocracia del sistema, invariablemente se pone psicológica y culturalmente distante de aquella “clientela normal” del aparato represivo, lo que dificulta la aproximación efectiva del magistrado de la realidad carcelaria y de su público objetivo – el detenido²⁰.

Aquí surge la segunda figura fundamental – y no menos importante – de este estudio, además del *magistrado*: el *detenido*, aquél que ingresa al sistema penitenciario brasileño, que sufre a las consecuencias de sus actos y que recibe en contrapartida, el llamado “castigo”. Dicho castigo, así como el magistrado que se lo aplica, también es producto de la modernidad. Una vez que, la cárcel como pena tiene origen relativamente reciente²¹ y objetivos de los más variados (declarados o no declarados), que están muy lejos de la tan clamada – y utópica – “resocialización”.

²⁰ HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas. El sistema penal en cuestión* (título original: Peines perdues. Le système penal en question, trad. Maria Lúcia Karan). Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993, p.77.

²¹ Sobre el historial de la cárcel, sus funciones y sus antecedentes históricos cf. SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Penología: parte general*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1982, p. 62 y siguientes.

Luego, la presente investigación pretende, a través de las herramientas de la criminología, de la *sociología*²² y de otros importantes ramos del saber y, sin la ambición de agotar el debate, “sacar la venda” del magistrado para que vea su cotidiano, la comunidad a la cual sirve y use mejor y con más sabiduría a la espada de la “justicia” que está en sus manos. El magistrado que intentaremos diseñar, especialmente aquél actuante en el ámbito de las ejecuciones penales, debe de tener la mirada proyectada para todos los lados, teniendo, incluso, “ojos en las espaldas”²³. Debe de percibir que, mismo con toda la mecanización e informatización de su trabajo, la materia-prima a ser gestionada es la misma: la vida y el destino y, por qué no decir, la dignidad de seres humanos, independientemente de la gravedad del hecho por ellos cometido.

Como ejerzo profesionalmente la función de uno de los sujetos en cuestión (el “juez”), este trabajo tendrá el carácter, incluso, de “autoanálisis”. Entonces, sin más dilaciones, que se empiece el “diván”, una experiencia de regresión y progresión, que tiene como objetivo analizar el pasado, identificar el presente y proyectar el futuro.

1.2. Colocación del tema, justificación y objetivos

En el capítulo anterior he mencionado que el estudio tendría un carácter *sociológico*. Con eso quiero decir que la investigación pretende trascender a la pura teoría para “tocar” la realidad social, examinando quienes son los sujetos estudiados y su interacción dentro de las comunidades de referencia consideradas.

La intención es de caminar delante de lo que es tangible, ofreciendo *posibilidades*, que consideren parte de un universo que no se consigue ver de forma más inmediatista, o sea, que no está empíricamente presentado²⁴. Dicha dinámica deberá imprimir mayor relevancia

²² en *Sociología y cultura* PIERRE BOURDIEU hace una afirmación contundente respecto al incómodo que un estudio científico de carácter sociológico genera, pues desafía todo el saber producido y difundido por los medios de comunicación de masa, capitaneados por periodistas, políticos, entre otras figuras socialmente actuantes. De acuerdo con el autor, “... ninguna ciencia compromete intereses sociales de manera tan evidente como la sociología”, o “... el sociólogo encuentra armas en contra de los determinismos sociales en la propia ciencia que los saca a la luz, es decir, en su conciencia” [BOURDIEU, Pierre. *Sociología y Cultura* (título original: Questions de Sociologie, trad. Martha Pou). Miguel Hidalgo, México: Editorial Grijalbo, 1990, p. 3-4 y 42].

²³ Esta metáfora no es nueva. Interesante percibir que, en la Lilliput de los *Viajes de Gulliver* de JONATHAN SWIFT, la justicia era retratada como si tuviera prácticamente una visión panorámica, con seis ojos de todos los lados. De acuerdo con ANA MARIA ESTEVES BORTOLANZA, justifican los liliputianos esa representación con el carácter de circunspección, o sea, la justicia tendría una mirada plurilateral de prudencia y ponderación, capaz de controlar todo y todos (BORTOLANZA, Ana Maria Esteves. A educação burguesa em *Viagens de Gulliver*. apuntes para una lectura en la perspectiva histórica del texto literario clásico. *Cadernos da História da Educação*, v. 14, n. 1, jan/abr. 2015, p. 143-144. Disponible en: www.seer.ufu.br/index.php/che/article/download/32110/1732 - acceso en 29.06.2017).

²⁴ Ya al principio del volumen *La crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia*, SOUSA SANTOS ya constataba una dificultad central en la contemporánea producción de conocimiento: la enorme dificultad de producirse una teoría crítica en una realidad

práctica al estudio, al superar el mero “determinismo” social, que impregna a la mayor parte de los trabajos científicos, que se circunscriben a analizar la realidad meramente bajo la óptica del “deber-ser”.

Sin embargo, para ser construida una tesis crítica en la línea de una perspectiva sociológica capaz de profundizarse en el ámbito del Poder Judicial se muestra presente, como *objetivo general de la investigación*, enfrentar la problemática del delito (y de los institutos subyacentes a este) en una dimensión colectiva, y no individual. En otras palabras, hay que abordarse el fenómeno criminal y sus impactos sociales y culturales. Este es el punto de partida y la premisa de la investigación que se pretende hacer. Luego, necesario fijar marcos teóricos e históricos importantes en esa jornada, tales como la llamada “modernidad”, la criminología en su sesgo crítico y el fenómeno del “constitucionalismo”.

La primera – *modernidad* – es el origen histórico más reciente de la imagen del magistrado tal como hoy la concebimos. Aunque la figura del juez tenga, incluso, inúmeras referencias en la Biblia (Éxodo 18:21, 18:22, 18:26, entre otros pasajes²⁵) es en la modernidad que se diseña el juzgador contemporáneo, inicialmente restringido a funcionar como *bouche de la loi*, pero que recientemente, y en consecuencia de la crisis del ideal iluminista, viene ganando un protagonismo político frente a la crisis política y moral por la cual atraviesa, especialmente en Brasil, los Poderes Ejecutivo y Legislativo.

La segunda figura que estudiar como referencial de esta tesis es la *criminología* y su evolución de una perspectiva biológica y evolucionista para un abordaje crítico. ¿A quién juzga el magistrado: el criminoso nato lombrosiano o aquél individuo moldado por el medio en lo cual vive (perspectiva cultural)? Y ¿Cuáles son las consecuencias de considerarse una u otra figura? Veremos que, mismo habiendo diversas voces que critican el abordaje subjetivo (típico del llamado “derecho penal del autor”), la visión que lamentablemente predomina dentro del Poder Judicial (por variadas razones, entre ellas la propia ley) es la de que la vida regresa de un individuo cuenta – y mucho – para definir si quedará detenido

que ofrece tanto a criticar, entendiéndose por *teoría crítica* la que, de acuerdo con el autor, *no reduce la realidad a lo que existe*. Y remata: “el análisis crítico de lo que existe asienta en la premisa de que la existencia no agota las posibilidades de existencia y que, por lo tanto, hay alternativas susceptibles de superar lo que es criticable en lo que existe” [Cf. SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para un nuevo juicio común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. 4ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2002, vol. I. (La crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia), p. 23 y siguientes]. Se percibe, ya en la parte introductoria de la obra considerada, el inmenso desafío abrazado por esa investigación en un mundo donde existe tanto a criticar, sin embargo, pocos son los que consiguen, efectivamente, lograr ese objetivo.

²⁵ “21. Y tu entre todo el pueblo busca por hombres capaces, temientes a Dios, hombres de verdad, que odian a la avaricia; y nos pone sobre ellos por mayorías de mil, mayorías de cien, mayorías de cincuenta, y mayorías de diez”; “22. Para que juzguen este pueblo en todo el tiempo; y sea que todo el negocio grave te traigan a ti, pero todo negocio pequeño lo juzguen ellos; así a ti mismo te aliviarás de la carga, y ellos la llevarán contigo”; “26. Ellos juzgaron el pueblo en todo el tiempo; el negocio arduo lo trajeron a Moisés, y todo el negocio pequeño lo juzgaron ellos”.

antes de la sentencia penal transitada en juzgado, la cantidad de pena que soportará, el lapso temporal que demorará para alzar beneficios previstos en la ley, entre otras importantes consecuencias.

La predominancia de esta perspectiva biológica es en grande parte motivada justamente por el contexto de una determinada comunidad de referencia. En comarcas de pequeño y mediano porte (como es el caso de la ciudad de Arapongas, donde esta investigadora actúa como magistrada), punir a los individuos reincidentes sirve, incluso, para conferir un cierto “equilibrio social” ya que, sin un sistema de ejecución penal adecuado, ellos ingresan y salen del sistema penitenciario y permanecen en la comunidad normalmente reincidiendo en conductas criminosas que abalan la armonía social. Además de eso, en una pequeña comunidad, el concepto de “insignificancia” se vale de parámetro bastante diferente del utilizado en una grande ciudad. Un hurto de una vaca de un pequeño ganadero, aunque se parezca irrelevante desde el punto de vista de la “tipicidad material”, impacta severamente en la vida y en la economía de este individuo. Y al magistrado, ¿qué le cabe hacer frente a esa situación? Luego, todas esas variables hacen con que el juez necesite tener inmensa *sensibilidad* con las peculiaridades culturales de la comunidad a la cual servirá. Aplicar de forma implacable la letra fría de la ley tiene consecuencias diversas, bajo una perspectiva sociocultural.

El tercer grande punto que abordar es el llamado *constitucionalismo*. Tenemos una constitución extremadamente detallada desde el punto de vista de relacionar derechos fundamentales, sin embargo, con poca – o ninguna – efectividad práctica. Es necesario reflexionar sobre la importancia de un “Estado Constitucional de Derecho”, que representa mucho más que su mera mención retórica comúnmente realizada, incluso por los operadores del derecho. Conferir al constitucionalismo un papel de protagonismo efectivo y sustancial implica en poner los derechos fundamentales en primera posición en detrimento del mero formalismo. Dicho cambio de prioridades es fundamental y debe de ser realizado no solamente al ámbito local, pero también al nacional e internacional en un contexto de los diferentes sistemas internacionales de derechos humanos y de la jurisprudencia de los tribunales internacionales.

Hechas esas necesarias incursiones teóricas, que funcionaran como una especie de “preparación del terreno” para la investigación propiamente dicha, se hace necesario estudiar la historia del Poder Judicial en Brasil para que se pueda diseñar el perfil del magistrado *brasileño*. Importante hacer esa delimitación pues, como ya hubiéramos aludido, el magistrado necesita estar conectado a la realidad que le rodea. Luego, el estilo de actuación varía dependiendo de la comunidad de referencia a ser considerada.

La magistratura es una de las carreras más ricas en diversidad cultural entre sus miembros. Inúmeros son los concursos públicos existentes en los 26 (veintiséis) Estados de la Federación, además del Distrito Federal. Y en cada uno hay, por lo menos, tres grandes ramos de justicia: federal, estadual y del trabajo y todas ofrecen concursos periódicos, disputados por miles de candidatos. Normalmente, los que hacen el concurso lo hacen en diversos Estados para que les aumente las chances de éxito. Yo misma soy de Rio de Janeiro (Región Sudeste) y actúo en Paraná (Región Sur), Estados ubicados en dos regiones absolutamente distintas no solamente en términos geográficos, pero culturales. Luego, mi origen por el aspecto cultural es muy diferente del Estado donde actúo. Y, así como yo hay miles de magistrados en la misma situación. Luego, se hace inevitable el abordaje en un contexto nacional, no solamente porque las leyes y la reglamentación de la clase, en su mayoría, tienen una amplitud nacional (especialmente después de la creación del CNJ, que ha venido para realizar una especie de unificación de la carrera), pero porque sus miembros muchas veces no son originarios de los locales en donde actúan profesionalmente. Sin embargo, considerando que Brasil tiene dimensiones continentales, será inevitable asumir una cierta “predilección” por la realidad local (Estado de Paraná – Región Sur), ya que esta investigadora aquí actúa. Además de eso, es aquí en el Estado de Paraná (más específicamente en su capital Curitiba) el palco de la mayor investigación sobre corrupción en las esferas de poder liderada por un magistrado de “primer grado”, o sea, un juez como cualquier otro (la célebre “Operación Lava Jato”).

En lo que toca al Poder Judicial hay que hablar de las, hoy muy discutidas, “garantías” para la actuación de sus miembros y del ritual de pasaje entre el juez *bouche de la loi* y el magistrado independiente. Serán enfrentadas las garantías, algunos mitos (como el de la absoluta imparcialidad o exención) y casos concretos que marcaron el *turn point* del juez, que pasó a tener protagonismo, incluso político. Esa actuación obviamente despierta entusiastas incondicionales, pero también las más variadas críticas al Poder Judicial activista, siendo difícil medir hasta qué punto la actuación jurisdiccional puede o no entrometerse en la esfera de actuación de los Poderes Ejecutivos y Legislativo en una sociedad cuya Constitución Federal (y más una vez surge el “constitucionalismo”) adopta el llamado sistema “tripartite” de poder. En ese sentido, importante analizar no solamente como el magistrado se ve, como actualmente está (en términos de responsabilidades y carga de trabajo), pero también como la sociedad lo ve.

Y ¿Por qué estudiar específicamente la situación de la ejecución penal si la tesis a construir hace respecto al Poder Judicial como un todo? Entendemos que es justamente en esa fase donde está la mayor “injusticia del sistema”, o sea, quien está detenido (incluso provisoriamente) y efectivamente paga la pena en las cárceles de este País son

normalmente las personas social y culturalmente más vulnerables. Luego, independientemente de la gravedad del crimen cometido (no se cuestiona aquí la necesidad de punición al hecho cometido), lo que se percibe – y es innegable – es que existe una inmensa “selectividad” biológica (herencia de la modernidad) entre aquellos que están dentro del “sistema”. Y muchos de los que deberían estar inseridos no lo están (como es el caso de los reos de crímenes considerados “sofisticados”, como es el caso del lavado de dinero y corrupción). Luego, el sistema penitenciario, además de no contribuir con la llamada “resocialización”, involucra muchas veces a quien no debería y deja de incluir a quine debiera.

Para vincular Poder Judicial y ejecución penal hay que analizar la actuación del magistrado brasileño en este último tema, bien como su percepción y su tránsito en el ámbito de los derechos humanos. En eso particular, muchos dicen que normalmente los entusiastas de los “derechos humanos” solamente miran por la perspectiva del criminoso y dejan de considerar que tanto la víctima, como los policías que realizan los detenciones y sus familias, también ostentan derechos humanos. Así como ocurre con detenidos, policías son victimadas todos los días, dejando familias desprotegidas. Lógicamente, creemos que todos los seres humanos son portadores de derechos, independientemente de su actual condición, así como entendemos que el preparo de los policías merece ser revisado. Sin embargo, este trabajo no puede abarcar todo y se va a limitar en analizar el punto de vista de las dos figuras más abordadas al largo del texto: el detenido y el magistrado. Una vez que, si muchos policías mueren todos los días sin que haya cualquier divulgación por parte de los medios de comunicación, lo mismo pasa con los detenidos (incluso en mayor dimensión numérica), victimados brutalmente en los diversos establecimientos penales de este país y que también tienen familia y pocas personas para mirar por su situación, considerando, especialmente, que para el juicio común “bandido tiene que morir”.

Además de eso y a fin de decidir de forma independiente y considerando siempre la óptica de los derechos humanos es necesario que el juzgador también tenga los derechos humanos asegurados (en especial la independencia funcional que, como será visto, no se confunde con mero “arbitrio”), siendo esta la tesis central defendida en este trabajo.

Acerca de la temática de los “derechos humanos” es necesario reflexionar sobre la manera como el magistrado interacciona con ellos, sea a través de su percepción personal, sea por intermedio de las decisiones que profiere. Observamos que en la *práxis* jurídica brasileña poca – o ninguna – mención se hace a las decisiones de las cortes internacionales de derechos humanos, y que tales decisiones, a su vez, son encaradas como mera “recomendación” sin fuerza vinculante, lo que disminuye su efectividad. Se perpetúa la idea de quien defiende derechos humanos debería experimentar “llevar el detenido a su casa”.

Escucho eso en diversas oportunidades en los muchos grupos de discusión de los cuales participo. Como dije en líneas arriba, quien aboga por la defensa de los derechos de los detenidos (sin perjuicio evidentemente de la defensa de los derechos de los policías, de las víctimas y de sus familias) es encarado como magistrado “sin noción” de la realidad, un verdadero “desertor”. No hay la comprensión de que actuaciones y políticas que ignoran a la realidad carcelaria de este País solamente revierten en mayor encarcelamiento y agravan a la crisis vivida en Brasil en este sector.

Eso entendimiento distorsionado que comúnmente observamos entre los operativos del derecho nada más es que un reflejo de una realidad global. Desde la posguerra no hay ese clima de xenofobia y beligerancia mundial que se observa actualmente. La democracia representativa está siendo puesta en jaque. En Brasil no se ve tanto ese proceso xenofóbico, pero lo que vemos es una crisis política que terminó por generar por un lado el protagonismo del Poder Judicial y, por otro, intentos de su retaliación que, de cierta forma, estimula un comportamiento xenofóbico de la población con relación a determinados grupos de personas, viabilizando el apareamiento oportunista de discursos populistas.

El objetivo general de esta investigación es de delinear un magistrado independiente, crítico, global y comprometido con la realización de los derechos humanos, y establecer, vía de consecuencia, cual es la responsabilidad del Poder Judicial en la ejecución penal y a qué medida el juez podrá asegurar el atendimento de los derechos humanos a las personas dentro de la cárcel. Veremos que el objetivo de los operadores del sistema penal – entre ellos el magistrado – debe de ser buscar predominantemente soluciones “a pesar de la cárcel” y no “a través de la cárcel”.

Y, aunque el ámbito de reflexión de esta investigación sea el brasileño, entiendo adecuada la expresión "global" para caracterizar la figura del magistrado que intentamos dibujar, justamente porque todo y cualquier juez debe actuar en respeto a los derechos humanos y a los tratados internacionales correspondientes, sean o no ratificados por Brasil.

Lo colegas de carrera lectores tal vez se queden perplejos en pensar como esa magistrada, recién ingresada en la carrera puede decir que un juez no trabaja y no es comprometido con derechos humanos. Respondo: en regla, el juez trabaja mucho y es extremadamente comprometido. Veo incluso por mi experiencia. Tuve y tengo muchos más colegas comprometidos que los que no son. Que se está defendiendo aquí es un cambio de enfoque mucho más institucional que propiamente personal (aunque el aspecto de la formación personal sea también muy importante). Con la estructura que tenemos hoy, el magistrado trabaja de la mejor forma que consigue, pero no necesariamente trabaja cierto, pues muchas veces asume responsabilidades que no son suyas y no se enfoca en lo que debería ser de su incumbencia.

Además de eso, un juez ingresa con un buen salario, sin embargo, casi nada desea a título de progresión en la carrera, lo que inevitablemente genera una situación de “acomodación”. No hay seguridad en su actividad, basta ver a los crecientes episodios de violencia cometida contra jueces. Yo misma ya fui amenazada por algunas veces²⁶ y confeso que eso me desanima demasiado, especialmente considerando que tengo una familia para cuidar. No es porque hacemos concurso y sabemos de antemano que la carrera no es fácil que merecemos ser objetivo de amenazas.

Además de eso, la estructura de los tribunales y de su órgano fiscalizador mayor (CNJ), normalmente provee mucha más importancia a números que a la calidad del trabajo y a las condiciones de su propia realización, lo que evidentemente impacta en la actuación del magistrado, que tiende a preocuparse más con las estadísticas y metas impuestas por los tribunales a los cuales están vinculados (lo que es perfectamente comprensible). Como recientemente dijo un colega, “excelencia” parece ser termo derivado de “Excel”, tan grandes las exigencias para que el magistrado tenga una amplia producción cuantitativa. Luego, para el juez ser crítico, global y comprometido con los derechos humanos se necesita que su estructura se le provea condiciones para que esto se le ocurra, en otras palabras, que favorezca no solamente a los números producidos – aunque sea un “camino sin vuelta” considerando el vultuoso número de acciones en trámite en Brasil – pero, sobre todo, la calidad del trabajo realizado por cada magistrado.

Considerando las dos grandes áreas que intentaremos abarcar – Poder Judicial y ejecución penal – pretendemos, como *objetivo más específico de la investigación*, proponer no una completa ruptura con la realidad (porque sabemos que eso no es posible), pero un cambio de prioridades y una evolución de una justicia marcadamente *cuantitativa* para una justicia *efectiva*, que tenga como agente de construcción un magistrado más *crítico, global y efectivo*, menos positivista y vinculado a meras estadísticas numéricas. Eso nuevo perfil tiene relación con la concretización de la característica de la *independencia* del magistrado, mucho comentada y poco efectuada en la práctica, a despecho de constituirse un verdadero *derecho humano fundamental* del juez. La *independencia* es absolutamente necesaria a la *emancipación* del sujeto juzgador, siendo ella su bien más caro. En este sentido, tengo que la *emancipación*, tanto de la figura del juez como del preso, es un concepto clave y que nos llevará a trazar, por un lado, tanto las características del magistrado crítico y global y, por otro lado, formas de efectivizar la dignidad humana dentro de la cárcel (siendo no sólo el

²⁶ Uno de los casos de amenaza fue recientemente divulgado por los medios de comunicación: <http://tnonline.uol.com.br/noticias/arapongas/46,399816,18,01,dupla-que-se-apresentava-como-membro-de-organizacao-criminosa-e-presa-por-ameacar-juizes-e-promotor.shtml> (acceso en 31.01.2017).

sistema en sí, sino el propio preso, una vez emancipado, responsable de concretar ese ideal).

Aquí necesito abrir un paréntesis para fijar desde ahora un marco teórico absolutamente esencial a esta investigación, que es de “emancipación”, y que será por inúmeras veces referido a lo largo de este trabajo, permeando toda la tesis adelante defendida.

En su paradigmática obra *A crítica da razão indolente: contra o despedício da experiência* SOUSA SANTOS ya advierte que el paradigma defendido es del “conocimiento prudente para una vida decente”, conocimiento este que conducirá a un proceso de “emancipación social”. Significa decir que este proceso de emancipación debe de presuponer la superación del paradigma del llamado “conocimiento-regulación” (manifestado por la dinámica positivista) para ir en búsqueda del “conocimiento-emancipación”, partiendo de la premisa de que conocer no significa solamente *dominar* la naturaleza, pero *interaccionar* con ella, a través del cambio de experiencias y del relacionamiento del hombre con su realidad. En otras palabras, sustenta el autor dentro de la tensión entre *igualdad* y *diferencia* que necesitamos construir la emancipación a partir de una nueva relación entre el respecto de la igualdad y el principio del reconocimiento de la diferencia.

A despecho de las inúmeras peculiaridades del concepto sostenido por SOUSA SANTOS, y que jamás tendremos la pretensión de agotarlo en este breve resumen, nos atrevemos a utilizarlo como referencia inicial para basar a la construcción del magistrado *crítico* y *global*. *Emancipar* en esta investigación significa cambiar formas de pensar, sentir y actuar partiéndose de la experiencia vivida en el día a día de los magistrados que actúan en el sistema carcelario y, por supuesto, de aquellas personas que integran referido sistema. Se refiere al “pensar fuera de la caja” que a nosotros es impuesto por los esquemas positivistas que permean (y dominan) a la actividad jurisdiccional. Es decir: la amplitud y la diversidad de la experiencia social incluso de la cárcel (experiencia ampliamente “desperdiciada”, haciendo un paralelismo con SOUSA SANTOS) debe de ser el hilo conductor para propiciar un cambio de mentalidad del sujeto juzgador (para que se haga “crítico y global”), en un verdadero proceso de “emancipación social”. Y ya anticipo que dicho proceso de emancipación debe de alcanzar no solamente el juez, pero se extiende al sujeto detenido, a fin de que pueda participar de forma activa en la conducción de su propia ejecución de pena, a través de institutos como el de la remisión de pena, adelante mencionado. Una vez que, la emancipación debe de ser democrática y pluralista y utilizarse de la vía del “paradigma de los derechos humanos”, partiendo de la premisa de que todos ostentamos dignidad, de acuerdo con lo que está en la propia Constitución Brasileña (CF/88), independientemente de eventual situación de privación de libertad. Y tener dignidad significa tener las riendas de la propia vida y no ser tratado como un incapaz.

Partiendo del concepto de *emancipación*, que será la clave para concretar el objetivo antes narrado (de diseñar un magistrado crítico y global), necesaria la contextualización del juez en un ambiente posmoderno y marcado por la influencia de los ideales de la ilustración. Por eso, necesario el análisis inicial del tema *modernidad*. Sin querer ser redundante, tenemos que empezar desde el principio.

También se hace necesario llevar en consideración que esa misma ambientación en la cual el magistrado está inserido fue capaz de producir una *criminología*, que lucha por buscar una identidad y afirmarse como una ciencia global y capaz de abarcar situaciones de violación, que no se encuentran amparadas por la criminología tradicional y de carácter positivista, como el caso de las atrocidades generadas debido a la omisión estatal en manejar la cuestión carcelaria.

La omisión de la ciencia criminológica refleja, especialmente en Brasil, una situación de caos absoluto. Se trata de situación generalizada en todo el País que termina siendo (mal) gestionada por dicho magistrado, producto de la modernidad, sin que tenga una base teórica, material y humana necesaria para el enfrentamiento del problema.

Para justificar la importancia de este abordaje de la *modernidad* y de la *criminología*, del *Poder Judicial* y de la *ejecución penal*, basada en una perspectiva *constitucionalista* traigo las siguientes situaciones recientemente ocurridas en Brasil al ámbito del sistema carcelario:

- Inicio de 2017: la crisis penitenciaria en Brasil se mostró más evidente después de tres eventos sucesivos ocurridos al interior de penitenciarías de Manaus, Boa Vista y Alcaçus (en la gran Natal). En el Complejo Anísio Jobim en Manaus hubo decapitaciones filmadas y ampliamente divulgadas justo al primer día del año. Un espectáculo de horror que expone de forma visceral, los males del sistema carcelario brasileño²⁷.

- Inicio de 2018: mismo con la crisis penitenciaria desencadenada más fuertemente en 2017, nuevo acontecimiento ha asustado a Brasil en plena virada de año, oportunidad en la cual las personas claman por paz y un mundo mejor: 9 (nueve) detenidos y 2 (dos) agentes penitenciarios fueron ejecutados en presidios en Aparecida de Goiânia, en la región metropolitana de Goiânia tras rebelión. Independientemente de la propalada causa ser una pelea entre facciones, el hecho es que las condiciones deshumanas y degradantes del local, aliada a superpoblación, ya es de conocimiento de larga fecha por las autoridades locales, tanto que objeto de informes del CNJ, con fechas de 2014²⁸, y de denuncias ya realizadas por miembros del Poder Judicial local.

²⁷ <https://noticias.uol.com.br/cotidiano/ultimas-noticias/2017/01/30/sete-erros-do-sistema-prisional-brasileiro-que-pioram-a-cri-se-penitenciaria.htm> (acceso en 06.02.2017).

²⁸ <http://g1.globo.com/jornal-nacional/noticia/2018/01/comissao-vistoria-presidio-em-goias-onde-nove-presos-foram-mortos.html> (acceso en 04.01.2018).

- “Complejo Penitenciario de Pedrinhas”, Estado de Maranhão, Brasil. Más de 62 (sesenta y dos) muertes con decapitación de detenidos. El local es un verdadero infierno: más de 2.000 (dos mil) seres humanos muertos en vida²⁹. Las fuertes imágenes de las decapitaciones ocurridas en 17 de diciembre de 2013 y filmadas por los propios internos corrieron el mundo³⁰.

- Penitenciaria Estadual de Cascavel, Estado de Paraná, Brasil. En agosto de 2014, detenidos empezaron una rebelión que ha durado por más de 30 (treinta) horas y ha contabilizado muertos, heridos y destrucción. Las reivindicaciones de los internos giraban alrededor de estructura, higiene y alimentación en la penitenciaria, que es lo mínimo para un establecimiento de esta naturaleza funcionar. La solución adoptada por la Secretaria de Justicia, Ciudadanía y Derechos Humanos del Estado de Paraná (SEJU): transferir el problema para otras unidades carcelarias, o sea, más de 800 (ochocientos) detenidos fueron removidos e implantados en otras unidades penitenciarias, generando, incluso, más problemas, como la rebelión que ocurrió en la ciudad de Guarapuava – Paraná y que resultó en nueva transferencia de detenidos, en esta fecha para la ciudad de Piraquara - Paraná³¹. Desafortunadamente, esa es la *via crúcis* para “resolver” (o mejor, mascarar) un problema estructural grave. Es un paliativo, sin embargo, la única solución encontrada al momento y en un contexto donde no son desarrolladas políticas públicas sobre la cuestión carcelaria³².

En Arapongas, Estado de Paraná (ciudad donde actúa la investigadora como jueza titular de la 1ª Vara Criminal, Tribunal del Jurado y Ejecución Penal), la situación de superpoblación y violación a los derechos humanos de las personas segregadas no es diferente. En marzo de 2014 hubo un intento de fuga de los detenidos, que resultó en una actuación policial demasiado severa, la cual ha traído múltiples herimientos a los internos³³. Eso porque están prácticamente *depositados* más de 200 (doscientos) seres humanos en un espacio para solamente 34 (treinta y cuatro)³⁴.

²⁹ <http://www.cartacapital.com.br/sociedade/pedrinhas-o-maranhao-e-a-tragedia-carceraria-brasileira-3435.html> (acceso en 14.09.2014).

³⁰ Video disponible en: <http://www.perfil.com/internacional/Brasil-escalofriante-video-de-presos-decapitados-tras-pelea-20140107-0016.html> (acceso en 14.09.2014).

³¹ cf. <http://g1.globo.com/pr/campos-gerais-sul/noticia/2014/09/apos-9-horas-presos-encerram-rebeliao-em-cadeia-de-guarapuava.html> (acceso en 24.01.2015).

³² <http://g1.globo.com/pr/oeste-sudoeste/noticia/2014/08/apos-45-horas-presos-libertam-refens-e-encerram-rebeliao-em-cascavel.html> (acceso en 14.09.2014).

³³ Las imágenes de la Cárcel Pública y de algunos detenidos heridos están disponibles en el link: <http://g1.globo.com/pr/parana/videos/t/todos-os-videos/v/presos-da-cadeia-de-arapongas-denunciam-excessos-do-pelotao-de-choque-da-pm/3199055/> (acceso en 14.09.2014). Como será narrado a lo largo de este trabajo, la situación caótica de la Cárcel Pública de Arapongas no es nueva, y episodios como este de intentos de fuga y herimientos ya ocurrieron inúmeras veces. Además de eso, la superpoblación es problema enfrentado desde el año 2000.

³⁴ Números proveídos mensualmente al banco de datos del Consejo Nacional de Justicia (CNJ).

El panorama sintéticamente narrado es solamente un reflejo de la caótica situación brasileña en materia de ejecución penal³⁵. Falta de establecimientos carcelarios (siendo que los existentes están en condiciones absolutamente deshumanas), bien como de políticas criminales que permitan mínimamente reinsertar un detenido, de forma digna, en la sociedad. Más que no resocializar, el sistema penitenciario retroalimenta a la criminalidad, verificándose en las impresionantes estadísticas de reincidencia. El tema carcelario, además de no tener el menor llamamiento social (por cuenta de factores como la sensación difusa y generalizada de impunidad, reflejada incluso en la amplia reincidencia), parece reflejar algo muy distante de la realidad de la población que, por una cuestión cultural, entiende que el detenido no es un ser humano, pero alguien que debe de quedarse lejos de los ojos de los “ciudadanos de bien”. Un verdadero “enemigo” de la sociedad.

Seguramente hay inúmeras explicaciones para la crisis penitenciaria brasileña, ampliamente divulgada y tratada al año de 2017, pero que tienen sus orígenes muy antes de eso. La inercia del Estado es la más divulgada justificativa, seguida por la falta de estructura y falta de preparación de agentes penitenciarios, equivocada distribución de los detenidos (sin llevar en cuenta los crímenes cometidos y el hecho de pertenecieren a facciones diferentes, cuyo poder aumenta por cuenta de la inoperatividad estatal), adopción solamente de medidas paliativas, presidios mal construidos, falta de fiscalización de la ejecución de pena, prisiones desnecesarias, entre inúmeras otras. La verdad es que, cuando hay muchas teorías, no hay una efectiva responsabilización y búsqueda de solución. Y todos los implicados practican el dicho “juego de empuje”, viejo conocido cuando hay perspectiva de responsabilización de alguien en tierras brasileñas.

Como el dicho popular brasileño, “un imagen vale más que mil palabras”. Basta abrir los ojos y ver al menos el contenido constante de los reportajes antes referidas para percibir la lamentable situación vivenciada por el sistema carcelario brasileño, que lejos de promover a la muy propalada “resocialización” (art. 1º, de la Ley nº 7.210/1984 – Ley de Ejecución Penal – LEP), solamente reproduce a un esquema de mal y de violencia. Entonces, la preocupación académica en este ámbito, que no solamente sitúe el problema pero que busque a soluciones, es absolutamente justificable.

Por fin, es importante puntuar la importancia de un trabajo de investigación sobre el Poder Judicial en un contexto de crisis de moralidad y de las instituciones actualmente vivenciado en Brasil. Discutir garantías del Poder Judicial como su independencia tiene completa relación con la consolidación o no de un régimen democrático. Por más que haya

³⁵ En 13.11.2012 el propio Ministro de la Justicia JOSÉ EDUARDO CARDOZO en reportaje concedida al sitio globo.com afirmó que prefería morir a tener que soportar años en una cárcel (<http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2012/11/ministro-da-justica-diz-que-preferia-morrer-ficar-presos-por-anos-no-pais.html>, acceso en 14.09.2014).

problemas en su actuación – algunos de los cuales serán explorados en esta investigación, especialmente con relación a la ejecución penal – es cierto que la independencia del magistrado y del propio Poder Judicial es un bien importante en cualquier sociedad que se juzgue libre y democrática. Me atrevo incluso decir que se trata del bien más precioso para un juez y que lo identifica, razón por la cual defendemos que debe de ser encarado como derecho humano fundamental suyo. Y, por eso, cualquier investida en el sentido de quitar esa independencia – como las que diuturnamente viene ocurriendo en Brasil – debe de ser reputada no solamente inconstitucional, pero contraria a las directrices constantes en los tratados internacionales de derechos humanos, de los cuales es signatario Brasil.

Lógicamente, independencia en la aceptación que defendemos jamás puede confundirse con arbitrio y es ese el punto que llevaremos como bandera. Una vez que, el poder de decidir sobre los hechos (y no sobre las personas, que eso se quede muy claro, ya que solamente “actitudes” pueden ser corregidas) debe de ser pautado no por injerencias externas de poder, pero por los principios (como el fundamental pilar de la “dignidad de la persona humana”), por la Constitución Federal, por la Ley y, sobre todo, por la sensatez y la ponderación.

Dejo claro que, mismo necesitando en este momento histórico y más que nunca de unidad, equilibrio y ponderación, es necesario lanzar una mirada crítica sobre la actuación del magistrado brasileño, y buscaré conducir dicha crítica para una perspectiva constructiva, sin pretender “agredir simplemente por agredir” la institución, como comúnmente ha ocurrido en los diversos intentos de debilitarla. Lo que defendemos es un cambio de nivel, con un refuerzo de la independencia del juez, que debe de ser ejercida de forma responsable para que el Poder Judicial, especialmente en ese su momento de protagonismo histórico, se empodere de forma cada vez mejor y más eficiente de su papel.

1.3. Metodología

La elección metodológica recae de forma inevitable y predominantemente sobre el análisis doctrinario respecto a los temas objeto del estudio, a fin de responder a las preguntas de investigación lanzadas, confirmando – o no – la hipótesis abrazada a lo largo de este trabajo. Además de eso, será de fundamental importancia los siguientes métodos: (i) fenomenológico, que visa la descripción de la realidad como hoy socialmente construida y; (ii) dialectico como forma de captar contradicciones dentro de esa realidad considerada, a fin de alcanzar una especie de *síntesis*.

De acuerdo con el esquema antes diseñado, la dinámica del trabajo iniciará con un análisis *hipotético-deductiva* de datos, o sea, partir de contextos generales (marco histórico) para llegarse a una realidad concreta (aquella vivenciada tanto por el Poder Judicial

brasileño, más específicamente el uno del Estado de Paraná, como por la Ejecución Penal en Brasil).

Después de ese análisis de la Ejecución Penal y del Poder Judicial se va a empezar efectivamente la construcción de la tesis doctoral, cuando se inventará la dinámica, o sea, a partir de la situación particular será deconstruida y construida un análisis del Poder Judicial, incluso con la adopción de métodos de investigación cualitativa/pesquisa empírica, a través de colecta de datos concretos (entrevistas con algunos jueces y sentenciados que están actualmente en el sistema penitenciario) bien como su interpretación, análisis y refinamiento. En esta etapa, cabe al investigador, más que nunca, salir de la computadora y buscar conocer a los jueces, sus percepciones, aspiraciones, ideas e ideales sobre la carrera, sus expectativas (o mismo su falta, muy común en este medio). También es necesario conocer de cerca al público objetivo de la ejecución penal, o sea, los sentenciados: su realidad y, sobre todo, las críticas que tienen al sistema. La importancia de la pesquisa es fundamental, para complementar la parte teórica en búsqueda de un modelo de juez crítico y global el más realista posible.

Todo y cualquier elemento será de fundamental importancia, desde las charlas informales de pasillo de foro, de la hora del cafecito, de las cenas y eventos donde el “entrevistado” estará un poco más “desarmado”, incluso las entrevistas más formales, donde eso mismo entrevistado tendrá clara la razón del abordaje del investigador.

Por otro norte, eso “salir a campo” implica necesariamente la búsqueda de una especie de “autoanálisis”, ya que en este caso el investigador también es fruto de una dinámica ya existente, la cual se pretende investigar y criticar.

Partiéndose de esa premisa, nuevamente emerge como fundamental el *método dialectico*, que debe de considerar a los hechos dentro de un contexto sociocultural, a fin de llegar a sus contradicciones, a sus meandros, que servirán de *trampolín* para la proposición de una *síntesis*.

Por último, es importante mencionar que en esta investigación los fragmentos transcritos *ipsis litteris* y que no estén presentados en el idioma de origen de la obra relacionada fueron objeto de libre traducción.

1.4. Preguntas de investigación y formulación de las hipótesis a ser trabajadas

El análisis de los temas antes propuestos culminará en importantes cuestionamientos, cuya pretensión no es la de ofrecer una respuesta estanca, pero sí formar una base segura para la evolución de la investigación propuesta.

Las indagaciones que necesitan ser enfrentadas son las siguientes: (i) ¿La situación de la ejecución penal hoy vivida especialmente en Brasil puede ser considerada un reflejo del

proyecto de modernidad, que tuvo inicio con el movimiento Iluminista/de la Ilustración? (ii) ¿Esa misma modernidad ha formateado la criminología hoy predominante en el ámbito de la ejecución penal brasileña? Tales cuestionamientos lanzarán luces para el enfrentamiento de una tercera pregunta: (iii) ¿La situación del magistrado también es un reflejo del mismo proceso histórico que diseñó la criminología y la ejecución de pena tal cual la concebimos hoy? Por fin, el cuarto y quinto cuestionamientos: (iv) ¿En qué medida la actuación del juez influencia en la realidad vivenciada en el ámbito del sistema carcelario brasileño? (v) Considerando la realidad analizada y las dificultades inherentes ¿Cómo puede ser diseñado, de forma realista y no meramente utópica, un juez que predominantemente garantice derechos humanos? En otras palabras, ¿Qué ese juez puede hacer frente a la realidad carcelaria sin que haya usurpación de poder (una vez que, no es justo imputar solamente al magistrado la obligación de buscar soluciones)?

La hipótesis adelante sostenida es que todos esos fenómenos están imbricados, o sea, la modernidad ha generado una línea predominante de criminología que, a su vez, concibió el esquema de ejecución penal vivenciado en gran parte del mundo, especialmente en Brasil, esquema este que proclama una finalidad resocializadora, que no es ni de lejos atingida en la práctica. Además, este mismo proyecto de modernidad ha formatado un tipo de magistrado, cuya actuación contribuye (obviamente no siendo el único factor) para retroalimentar (aún que de forma inconsciente) a los males enfrentados por el sistema carcelario como un todo, justamente porque una de las garantías para el ejercicio de su actividad jurisdiccional no es encarada como derecho (y deber) fundamental suyo.

Tales preguntas y sus posibles respuestas (si las existen) servirán como base para el desarrollo de la tesis, cuyo objetivo es antever alguna posibilidad de alcanzar una *justicia efectiva* en el ámbito de la ejecución penal, mediante el análisis sobre el tipo de magistrado que podrá asumir ese “viraje paradigmático” y salir de la espiral meramente formalista e ideal, formateada por el proyecto de modernidad, buscando la efectiva emancipación.

Lógicamente, para que se ocurra ese viraje, el magistrado no puede trabajar sólo. Todos los agentes que interaccionan en la ejecución penal – Poder Ejecutivo, Ministerio Público (la “fiscalía”), Policía y fuerzas de seguridad, Abogados, Defensoría Pública, agentes penitenciarios – deben de actuar en conjunto, pues todos tienen su “parcela de culpa” por la actual situación de caos que vivenciamos. Sin embargo, el ámbito del estudio es limitado en analizar la cuestión bajo el prisma del juez. Luego, no se está diciendo que el magistrado es culpado de todo, tampoco que resolverá a todos los males existentes hoy. Que se pretende es, a través de la realización de una necesaria autocrítica, llegar a soluciones de actuación posibles, realistas y que no sean fantasiosas. No obstante, se parezcan obvias, demandan

un radical cambio de mentalidad por parte de los operadores del derecho, entre ellos el magistrado.

Lo difícil es ser simple. Y es por el camino de la simplicidad y de la ponderación que podemos encontrar el magistrado que queremos y necesitamos.

2. PREPARACIÓN DEL TERRENO – ANTECEDENTES TEÓRICOS

2.1. MODERNIDAD

2.1.1. Marco histórico – modernidad y posmodernidad

Todo trabajo científico, así como toda historia, debe de tener un inicio, un punto de partida como forma de ubicar al lector cuanto a las cuestiones que serán objeto de análisis. Nada surge de forma aleatoria, como si estuviera suelto en el tiempo y en el espacio. Todo tiene una razón de ser y un origen. Además de eso, los procedimientos históricos inevitablemente generan influencias en todas las ramas del conocimiento. Por esa razón, es recomendable volver a encarar el saber cómo los antiguos, como si fuera algo uno, siendo que la fragmentación tendría como único objetivo organizar y ordenar el pensamiento.

En este capítulo analizaremos fenómenos históricos por el punto de vista *histórico*, pero con un sesgo crítico. Le parece redundante, sin embargo, la observación es absolutamente necesaria, pues muchos confunden *memoria* con *historia*. Por eso, cabe aquí abrir un paréntesis introductorio.

Historia y *memoria* no son sinónimos, aunque los conceptos puedan exhibir puntos de convergencia. La *historia* es contada bajo la óptica de quien al momento podría hacerlo. Es una narrativa pretendidamente “neutra”, normalmente presente en los libros accesibles al público en general, pero que acaba retratando, de cierta forma, el poder vigente, el discurso de los vencedores. Ya la *memoria* tiene carácter personalísimo, o sea, solamente la vivencia por alguien de determinada situación genera *memoria*. Y ella no está oficialmente registrada en lugar algún, solamente en la mente de las personas, tratándose entonces de una perspectiva más particularizada de la realidad³⁶.

Aunque la memoria sea de fundamental importancia, en ese momento haremos valor predominantemente de la historia en conjunto con la sociología, partiendo del inicio de la modernidad y de la ilustración para intentar hacer una crítica de cómo sus promesas y sus ideales en muchos aspectos no fueron cumplidos.

En eso particular, hay autores que dan crédito de la situación de caos hoy mundialmente vivida como reflejo de la modernidad, en la cual esta sería un elemento provocador de aquél o, como mínimo ocuparía una posición *sine qua non* para explicar los males de la llamada posmodernidad, hoy instalada.

³⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki. La memoria: categorías epistemológicas para el abordaje de la historia y las ciencias penales. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2011, n° 1, septiembre, p. 40-55, OSPDH – Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos – Universitat de Barcelona, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/1984> (acceso en 06.04.2014).

Entonces, el *marco histórico* de esta investigación será el *proyecto de modernidad* y, a lo largo del trabajo se pretende asumir una postura crítica, contraponiendo los planos del “deber-ser” (qué propone la ilustración) con el “ser” (qué efectivamente vivenciamos en la actualidad).

Según RIVERA BEIRAS, la “historia del presente” es la que busca indagar un pasado que puede parecer remoto a primera vista, pero que constituye el preciso momento en que eventuales condiciones y contingencias hayan surgido³⁷. Es justamente eso lo que se pretende con el examen del ideario de la modernidad: traer un pasado que aún está arraigado en los modos de ser, pensar y actuar de los agentes implicados en la ejecución de la pena (entre ellos el magistrado)

También como subsidio para la crítica será utilizada la obra de W. BENJAMIN *Sobre el concepto de Historia*³⁸, especialmente su tesis IX, que contiene en pocas palabras su brillante analogía entre el fenómeno “progreso” y la figura del *Angelus Novus*, expresada en cuadro del artista suizo PAUL KLEE³⁹.

Además de eso, importa ubicar el trabajo no sólo en el tiempo, pero también en el espacio, razón por la cual se establecerá relaciones con el contexto brasileño.

2.1.2. ¿Iluminismo u oscuridad?

Dicen que cuando hay alguna interferencia en la naturaleza, ella no se defiende, pero se venga. Esta máxima resume, de forma contundente, todas las críticas realizadas al intento del proyecto de modernidad en concretizar la liberación de la humanidad de las atadas impuestas por la naturaleza, reflejada en la figura de la “divinidad”.

El iluminismo es frecuentemente encarado como un movimiento cultural, social y económico que se contraponía a la oscuridad impuesta durante la Edad Media. Su auge ocurrió al siglo XVIII y marcó la transición para la llamada “modernidad”. Hay inúmeros intelectuales, que tuvieron destaque en ese periodo: DESCARTES, LOCKE, NEWTON, KANT y muchos otros. Mentes brillantes, cada uno con su *expertise*, sin embargo, con algo en común: intentar hacer con que la *razón* tuviera predominancia y la fuerza de controlar a la naturaleza y a las personas. No más se toleraba la dictadura de la “divinidad”, un ente

³⁷ Cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; Barcelona: OSPDH. Universitat de Barcelona, 2004 (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 40. Utopías del control y control de las utopías).

³⁸ BENJAMIN, Walter. *Sobre el Concepto de Historia* (trad. Bolívar Echeverría). Disponible en: <http://histomesoamericana.files.wordpress.com/2012/02/benjamin-sobre-el-concepto-de-historia.pdf> (acceso en 16.09.2014).

³⁹ La obra hace parte del acervo del Museo de Israel, en Jerusalén.

inmaterial que, con base al principio de la *retribución*, no vía límites en la punición de un ciudadano que se volviera – aunque de forma inconsciente – contra las reglas divinas⁴⁰.

Como bien observado por ADORNO y HORKHEIMER, la ilustración tenía como objetivo declarado “desencantar el mundo”, o sea, *liberar* a los hombres del miedo y convertirlos en señores de la naturaleza y de su propia razón⁴¹. Ese sentido es comúnmente atribuido a ese proceso histórico tanto en las escuelas como en las sillas universitarias: el iluminismo, que marca el inicio de la modernidad, es visto con un áurea de encantamiento. La libertad es, por lo tanto, el “deber-ser” del proyecto de la ilustración, el ideal máximo a ser alcanzado.

Sin embargo, ¿Cómo concebir que un proyecto visto con un áurea de encantamiento y deificación, y que preconiza a la libertad del individuo frente a los atados de la naturaleza, pueda haber caminado para traer la humanidad para las condiciones actualmente vistas: con guerras, intolerancia, genocidios, desigualdades, además de mayor restricción a la libertad del individuo (libertad que es proclamada por la ilustración como el ideal máximo a ser atingido)?

Esta perplejidad no es nueva y las contradicciones internas en el ideario iluminista frecuentemente son objeto de reflexiones demasadamente profundas. Además de ADORNO y HORKHEIMER, importante mencionar el nombre del WALTER BENJAMIN, que igualmente ha integrado la llamada “Escuela de Frankfurt”, cuyos teóricos criticaban fuertemente tanto el iluminismo cuanto la propia industria cultural como medio de control de las masas populares⁴².

Tal vez una de las tesis más contundentes en la colección sea la que hace analogía con la obra *Angelus Novus*, cuadro pintado por el artista PAUL KLEE en 1920. Esa figura de ángel aparentemente sencilla se ha cambiado en fuente de inspiración y encanto de teóricos, incluso de BENJAMIN, porque retrataría una poderosa imagen de la propia historia, que tiene en las barbaries cometidas a lo largo de los siglos, el sustrato para la conquista del mundo dicho como “civilizado”.

El año de 1920 marca, justamente, el periodo de entre guerras y el ángel retratado por KLEE, con su furiosa mirada, sus alas abiertas y sus dientes a muestra, revelaría su perplejidad frente a los masacres y catástrofes promovidos en el pasado, su espanto con el

⁴⁰ Cf. MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica: los Orígenes del sistema penitenciario – siglos XVI-XIX* (título original: Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario, trad. Xavier Massimi). México: Siglo Veintiuno Editores, 1985, p. 20-21.

⁴¹ Cf. ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración*, op. cit., p/ 59 y siguientes.

⁴² Esa crítica a la industria cultural fue abordada por ADORNO y HORKHEIMER (*Dialéctica de la Ilustración...*, op. cit., p. 165 y siguientes). En suma, la industria cultural estimularía con que el individuo simplemente adhiriera al proyecto de *trabajar-recibir-consumir* vehiculado en los medios de comunicación sin cuestionar qué efectivamente eso representa, en términos de fomento de una comunidad de personas acríticas, que prácticamente asisten diariamente a inúmeras atrocidades sin que les llame la atención.

porvenir y su discapacidad para retroceder en el tiempo a fin de rescatar todas las víctimas de un proyecto, cuyo objetivo revelado era de enaltecer a los pilares de la libertad, igualdad y fraternidad, lema de la Revolución Francesa y que bien retrata el “deber-ser” del iluminismo, su versión “oficial”.

Ya BENJAMIN en conjunto con la obra de KLEE encuentra el “ser”, o sea, la versión “no oficial” en ese proyecto iluminado de modernidad. En la compilación nombrada *Sobre el Concepto de Historia*⁴³ el progreso que trajo la modernidad tendría una otra cara, razón por la cual BENJAMIN lo ha comparado a un “huracán” que arrastraría el ángel de KLEE, impidiéndolo de recomponer toda la destrucción realizada en el pasado.

La analogía que trajo BENJAMIN, aunque parezca dramática e insana en un primer momento, revela que *ilustración*, *modernidad* y *totalitarismo* tienen mucho más en común que imaginamos. Fue justo la cumbre de la ciencia que desencadenó no solamente la preocupación científica, de exención del investigador para obtener una exactitud en sus resultados, pero también el afán del hombre en dominar a la naturaleza y, consecuentemente a su semejante, a la medida que se revelara incómodo o diferente⁴⁴. Es la “materialización” de la vida y de la existencia. En ese sentido, la naturaleza pasa de un objeto de mera contemplación para algo a ser dominado. Como afirmado por ADORNO y HORKHEIMER, “... lo que los hombres quieren aprender de la naturaleza es servirse de ella para dominarla por completo, a ella y a los hombres. Ninguna otra cosa cuenta”⁴⁵.

Para la consecución de esa finalidad, el individuo acaba desapareciendo frente al aparato al cual sirve, insertándose al ámbito de un proceso de “cosificación”⁴⁶, de estandarización, de negación de sus singularidades y particularidades, a fin de obtenerse una máxima racionalización y una funcionalización de la propia razón, que podría acomodarse a cualquier objetivo, incluso siendo susceptible de manipulación por regímenes totalitarios, como es el caso del nazismo⁴⁷.

Necesario enfatizar que no se está aquí a negar la importancia del iluminismo como fuerza motriz del desarrollo intelectual y científico, tampoco tenemos la pretensión de menospreciar a las mentes que impulsaron el sistema. No es este el objetivo del trabajo. Lo que queremos dejar claro es que dicho periodo histórico, que enaltece a la razón y a la objetividad, contiene la génesis de que se entiende hoy por *ejecución penal* (que tiene en la

⁴³ BENJAMIN, Walter. *Sobre el Concepto de Historia* (trad. Bolívar Echeverría). Disponible en: <http://histomesoamericana.files.wordpress.com/2012/02/benjamin-sobre-el-concepto-de-historia.pdf> (acceso en 02.02.2015).

⁴⁴ De acuerdo al puntado por ADORNO y HORKHEIMER, “... para los que dominan, los hombres se convierten en material, como lo es la entera naturaleza para la sociedad”. *Dialéctica de la ilustración...*, op. cit., p. 135.

⁴⁵ Cf. ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración...*, op. cit., p. 60.

⁴⁶ Cf. ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración...*, op. cit., p. 54 y siguientes.

⁴⁷ Cf. ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración...*, op. cit., p. 136.

cárcel su principal instrumento habilitador), además de haber formateado el magistrado tal cual lo concebimos actualmente.

Además de eso, a través del liderazgo de la razón y de la objetividad, se ha concebido el *positivismo*, que es el predominio absoluto de la norma en detrimento de la experiencia y de la naturaleza, con el objetivo de alcanzarse una “teoría pura”, libre de interferencias externas. Y, conforme será desarrollado a lo largo de esta investigación, la concepción del Derecho tal cual idealizada en dicho periodo histórico marcará hasta hoy a la praxis jurídica y el actuar de los operadores del Derecho (entre ellos el magistrado), especialmente al ámbito penal y de la ejecución penal.

Los reflejos del ideario ilustrado igualmente están presentes en la propia criminología que, como será detallado en la secuencia, surge en ese momento histórico anclada por un *paradigma etiológico o biológico*, según el cual el criminoso nacería con determinada “anomalía”, siendo el ambiente al cual está inserido absolutamente irrelevante para el formateo de su personalidad criminal.

Como ya mencionado, el iluminismo es un ideario repleto de contradicciones, o sea, los objetivos declarados son antagónicos a aquellos efectivamente consagrados en la práctica. Es la contraposición de las “luces” con la “oscuridad”. “Oscuridad” en el sentido de que la máxima racionalización y objetivación restringe y limita la mirada crítica y simplifica en demasiado a las cuestiones sociales, especialmente en el campo de las políticas públicas para contención y represión de la criminalidad. Dicha rigidez en el raciocinio va a impregnar prácticamente a todo el saber posteriormente producido hasta pocos años atrás, cuando voces críticas han empezado a levantarse y oponerse.

Considerando a las conclusiones anteriores, vale desde ahora introducir a una *primera reflexión*, que permeará a la redacción del presente trabajo: la excesiva tecnicidad y objetivación inherente al raciocinio técnico ilustrado deja de llevar en consideración un variable fundamental para la comprensión y ejecución de las políticas de enfrentamiento del delito: las emociones e ideas de cada ciudadano, el aspecto individual y singular, que conduce a la necesaria *personalización* de la conducción de la ejecución penal (que se dirige a *seres humanos* que cometen crímenes), huyendo del estereotipo meramente biológico y técnico. Y esa conclusión, aunque no sea nueva⁴⁸, no está siendo implementada al ámbito de la ejecución penal que, como será visto, aún ostenta trazos característicos de la modernidad, además de vivenciar a los males de la llamada posmodernidad.

⁴⁸ Al presentar la obra de DAVID GARLAND *Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía* (título original: *Crime and social order in late modernity*, trad. Manuel A. Iturralde) DANIEL BONILLA MALDONADO consigna que las emociones e ideas del ciudadano común: ... “son – y deberían ser – el mejor medio para alcanzar el fin deseado en un contexto moral determinado. La pureza racional y el discurso técnico, se considera, controlan la reflexión normativa y la ejecución efectiva de las políticas criminales” (Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar, 2007, p.12).

2.1.3. El positivismo como forma dominante de comprenderse el derecho

El afán de dominar a la naturaleza a través de la razón y de una máxima racionalización ha dado origen a un proceso de sistematización del conocimiento. Esa sistematización, preconizada por la ilustración, también generó reflejos en las ciencias jurídicas y sociales.

En Derecho, la búsqueda de un axioma supremo que explique el ordenamiento jurídico ha llevado a doctrinadores como HANS KELSEN a concibieren una especie de “teoría pura”, según la cual existiría una “*norma fundamental*” en el vértice de un sistema piramidal, legitimando todas las demás que a ella subyace. Referida norma sería, por lo tanto, el fundamento último de validez de las normas, la “*unidad en la pluralidad*”, en la dicción del propio KELSEN⁴⁹. Aplicar el Derecho consistiría, básicamente, en una actividad técnica de “subsunción” de un hecho a una norma.

El surgimiento de esa forma de pensar el Derecho tendría como fundamento primero imprimir mayor seguridad a las relaciones jurídicas. La norma a ser aplicada (o que se subsume) a un determinado caso concreto sería de conocimiento general, no habiendo, en tesis, el elemento “sorpresa”. Para los casos no contemplados legalmente, fueron desarrollados una serie de mecanismos de llenado de lagunas, como la analogía y los principios generales de Derecho⁵⁰. Sin embargo, la estructura del ordenamiento jurídico pautado en un *ranking* normativo era inamovible.

El positivismo preconiza el predominio de la norma y de la sistematización como formas idóneas de concebir el Derecho. Ninguna respuesta fuera del ámbito de la ley sería válida. Luego, y como acertadamente mencionan ADORNO y HORKHEIMER, no es posible trascender a la ley a fin de adentrar en otros ámbitos, como la experiencia individual de cada uno. Para un positivista, pensar implica resignarse a una mera “producción de conformidad”, lo que genera el empobrecimiento tanto del pensamiento como de la propia experiencia⁵¹.

El ideario positivista, aunque objeto de inúmeras críticas, se constituyó todavía en la actualidad en la base de los sistemas legales de los países que componen a la llamada *Civil*

⁴⁹ KELSEN, Hans. *Teoría Pura del Derecho: introducción a la problemática científica del Derecho*. (trad. CRETELLA JR., J y CRETELLA). Agnes. 3. ed. São Paulo: RT, 2003, p. 96. No es objetivo de este trabajo adentrar en los meandros de la teoría pura kelseniana para criticar a sus postulados. No se puede negar su enorme influencia en la construcción jurídica de la actualidad. Que se pretende es mostrar un caso de representación jurídica de la ilustración, siendo la doctrina de KELSEN un ejemplo por excelencia.

⁵⁰ En Brasil el art. 4° de la Ley de Introducción al Código Civil Brasileño dispone que “cuando la ley fuera omisa, el juez decidirá el caso de acuerdo con la analogía, las costumbres y los principios generales de derecho”. Tal dispositivo sirve de norte no solamente para la interpretación y la aplicación del Derecho Civil, pero es comúnmente utilizado en otros ramos del Derecho. En el caso del derecho penal, prevalece la utilización de la analogía, solamente a lo que sea favorable al reo.

⁵¹ Op. cit., p. 88.

Law. Hoy asistimos especialmente en Brasil a un fenómeno según el cual la mera producción de una norma escrita es encarada como solución para los problemas sociales. Basta ver la cantidad de leyes y de códigos promulgados todos los días, siendo el ejemplo más reciente el Código de Proceso Civil, sancionado en 2015. Como se verá, tal solución es simplista y desconsidera las particularidades de Brasil y de su pueblo, cuya mentalidad no será modificada sólo con la acción de cambiar una ley⁵². En nuestro país actual es importante, pero no todo. Es necesario más, mucho más.

No se pretende en este espacio desmenuzar a fondo la teoría positivista, pero solamente registrar su existencia como uno de los productos de la modernidad, así como la cárcel. También importante puntuar que esa dinámica positivista impregna a la producción jurídica como un todo y molda a la actuación de los operadores jurídicos, entre ellos el magistrado. La norma es, todavía, el gran baluarte que se encuentra al epicentro de la formación y, sobre todo, de la aplicación del Derecho, especialmente en un contexto donde un juez tiene como responsabilidad juzgar a un elevado volumen de procesos. No hay como negar que el magistrado todavía se apoya en gran parte en la “subsunción” hecho (descrito en el proceso) y norma para encontrar una solución más ágil e intentar vencer todo un enorme pasivo procesual que se le impone⁵³.

Se enseña que no se debe decidir *contra legem*, especialmente al ámbito del derecho penal. La legalidad es, todavía, el objetivo mayor a ser alcanzado, en nombre de tal seguridad jurídica, o sea, de la protección de la integridad del ordenamiento jurídico. El positivismo, por tanto, invierte a la dinámica de raciocinio del Derecho, pues prioriza la norma en detrimento del individuo. Es el “deber-ser” superando el “ser”. Dicho paradigma de la razón interfiere en la forma de concebirse la ejecución penal y la cárcel, cuya génesis también está en el proyecto de modernidad, como será expuesto al transcurso de esta investigación.

⁵² De acuerdo con estudio de PRISCILA COUTINHO llamado *A má-fé da justiça* “La mala fe de la justicia”... la incorporación de la noción de deber ocurre a partir de experiencias en las que la atención a las reglas, desde la infancia, genera premios como admiración y respeto. Es decir, saber, cognitivamente, de la obligatoriedad de la norma es una forma de percepción muy distinta de la efectiva comprensión de los valores que subyacen a la norma. Incorporar la norma para hacer que ella presida prácticas, comportamiento, es diferente de simplemente sentir miedo de la sanción, que es consecuencia del no atendimiento a la norma”. In SOUZA, Jessé (coord.). *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 341.

⁵³ Brasil, al re-democratizarse, vive un proceso de “hiperlitigiosis”. Solamente a título de comparación, el promedio de procesos por juez en Brasil es de 5.600 (cinco mil seiscientos) procesos, pudiendo hasta, en el caso del Estado de São Paulo, un juez llegar a quedar responsable por 310.000 (trescientos diez mil) procesos. Ya en Estados Unidos, la señal de alerta fue accionado porque cada juez ostenta el promedio de 1.546 (mil quinientos cuarenta y seis) procesos por magistrado. Fuente: Jornal “O Globo”, disponible en <http://oglobo.globo.com/brasil/juiz-no-brasil-acumula-ate-310-mil-processos-12246184> (acceso en 13.12.2015), con base en números proveídos por el Consejo Nacional De Justicia (CNJ).

Terminamos este capítulo con una frase contundente de ADORNO y HORKHEIMER, que confirma las reflexiones hasta ahora lanzadas: “la venda sobre los ojos de la justicia significa no sólo que no se debe atentar contra el derecho, sino también que éste no procede de la libertad”⁵⁴. Luego, el Derecho idealizado por el positivismo preconiza a la seguridad jurídica en detrimento de la libertad de actuación del juzgador “imparcial”, bajo el pretexto de alejar el arbitrio. Esa dinámica termina generando una “mecanización” extremada de la actividad jurisdiccional. Una vez más, el objetivo declarado del proyecto Iluminista no pasa de un “deber-ser”, que se contrapone frontalmente a la realidad que, con sus límites normativos y amarras técnicas, termina haciendo, cada vez más, la libertad una utopía.

2.1.4. Influencia del proyecto de modernidad en el contexto brasileño

Se dice que Brasil integra el llamado “mundo occidental” debido a su colonización, de influencia predominantemente ibérica. Tal contratación no es una verdad absoluta, justamente porque simplifica y desconsidera a las peculiaridades locales. Por este motivo y, por considerar que esta investigación tiene por objetivo el análisis del contexto brasileño, se impone en este momento una inmersión – aún que breve – en nuestras particularidades históricas para que se pueda evolucionar, de forma segura, en los estudios. El objetivo del apartado es verificar en qué medida el proyecto de modernidad ejerció y ejerce influencia en nuestra realidad.

De inicio, importa considerar un dato fundamental. Por el hecho de Brasil tratarse de un país históricamente “reciente”, aquí no hubo la manifestación clara de importantes procesos históricos. No vivenciamos el “Antiguo Régimen”, o la era antigua, aunque ya existiera pueblos que aquí habitaban antes del formal descubrimiento al año de 1500 DC.

Otro dato importante es el hecho de que, aunque existieron algunos conflictos sectoriales, Brasil jamás ha vivenciado la experiencia de una grande guerra. Poco sintió de los reflejos de regímenes como el Nazismo. Sin embargo, ha experimentado – y aún experimenta – otras formas de dominio, como el caso de la dictadura de GETÚLIO VARGAS, del régimen militar de los años 1960 a 1980, del populismo de sus gobernantes actuales y de los males generados por la extensa burocratización del poder.

Comentado sobre la emblemática obra *Raíces de Brasil* de SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, ANTONIO CANDIDO hace desconcertantes afirmaciones sobre el brasileño. A su fama de “cordial” el autor contrapone su extremado “individualismo”. La explicación reside en el hecho de que, aunque más fácil de trabar relaciones humanas, el brasileño no logra, de manera general, trascender de la mera apariencia para alguna manifestación de

⁵⁴ Op. cit., p. 71.

efectiva sinceridad o profundidad⁵⁵. Al que se refiere a este última, destaca el autor que el brasileño suele contentarse con lo que denomina de “saber aparente”, valorizando a las llamadas “profesiones liberales” en detrimento de otras. En este punto está un trazo “liberal” en el comportamiento del brasileño, en la medida que la tendencia de falta de profundidad es un campo fértil para el desarrollo de la lógica positivista con sus “dogmas indiscutibles” y, al mismo tiempo, árido para la difusión de teorías de aspecto efectivamente crítico⁵⁶.

Otro importante dato constatado por SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA es el hecho de que el intento de implantación de una cultura europea milenaria en territorio extenso y dotado de condiciones naturales diversas generó una sensación en el brasileño (aunque inconsciente) de ser un “desterrado en su propia tierra”, o sea, de que el sistema de evolución aquí vigente es propio de otro clima y de otro paisaje⁵⁷. De ahí la crisis de identidad por nosotros experimentada, que repercute en una falta de solidaridad y de cohesión social efectiva del pueblo, de un verdadero “sentido de pertenencia” bien como de creatividad en la búsqueda de soluciones propias, y no meramente “importadas” de otras realidades⁵⁸.

También merece destaque la transición entre la cultura ruralista y de la ciudad, esta relativamente reciente en un Brasil que nació y todavía permanece en grande parte rural. Mismo considerando el predominio actual del escenario urbano, todavía sufre influencia de la mentalidad rural, en especial de la “casa grande y de la senzala”. FERNANDO HENRIQUE CARDOSO, responsable por hacer la presentación de la obra de GILBERTO FREYRE *Casa grande & senzala* en su 48ª edición⁵⁹, relata que el aspecto que confiere “perennidad” a la obra de FREYRE es su explicación de Brasil como tierra de “equilibrio de los opuestos”, que es manifestado en la metáfora de la “casa grande” y de la “senzala”. Esa dualidad de opuestos marca hasta hoy la realidad social brasileña.

El contundente sesgo ruralista que influencia a psique del brasileño genera una consecuencia importante y que se ve con bastante nitidez en los días actuales, especialmente con la eclosión de la crisis política: la confusión generalizada entre los

⁵⁵ Importante identificar otras cuatro características importantes del brasileño, destacadas por SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, a saber: culto tradicional por las formas impresionantes, exhibicionismo, improvisación y falta de aplicación seguida. (BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raíces de Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995, p. 31).

⁵⁶ Op. cit., p. 17 y siguientes. No es en vano que la crítica normalmente realizada por el brasileño, sea dirigida contra la política, la economía o a otras áreas, es muchas veces materializada en tono de anécdota, con una dosis de humor, de sarcasmo. Como expresa la jerga popular, los problemas sociales son “llevados en la deportiva”.

⁵⁷ Op. cit., p. 17 y siguientes.

⁵⁸ En Derecho, el constante manejo de teorías importadas de otras realidades jurídicas es demasiado frecuente. Basta percibir que la mayor parte de las leyes y códigos contemplan inspiración casi que mayoritariamente de diplomas legales de otros países.

⁵⁹ Cf. FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: formación de la familia brasileña bajo el régimen de la economía patriarcal*. 48ª ed., São Paulo: Global, 2003.

espacios públicos y privados, generando la perpetuación de la cultura de los odiosos privilegios, restringido a clases que normalmente se presentan como aquella jerga “saben con quién están hablando”. La llamada “revolución vertical” prevista por BUARQUE DE HOLANDA, cuya premisa sería la superación de la cultura colonial, patriarcal y oligárquica, aún no se ha materializado. El llamado “hombre cordial”, que no sabe distinguir entre el público y el privado y termina apropiándose del primer para satisfacción de intereses personales, todavía existe. Y en la justicia, mismo con el cambio de enfoque promovido por operaciones como la “Lava Jato” y el “Mensalão”, lamentablemente aún prevalece la cultura según la cual es el pobre que va para la cárcel mientras el poderoso, mismo teniendo cometido actos potencialmente más graves, sale ileso.

Aquí cabe un paréntesis para ampliar la perspectiva sociológica crítica e incluir el concepto de *soberanía del pasado*, tesis esta planteada por JESSÉ SOUZA, en obras como *Ralé Brasileira*⁶⁰, que hace una crítica potente a los ya citados GILBERTO FREYRE y BUARQUE DE HOLANDA y se contrapone a la explicación de la formación social brasileña con base en las construcciones simbólicas del *personalismo* (vertiente intersubjetiva) y del *patrimonialismo* (vertiente institucional). Según JESSÉ SOUZA, esas construcciones oscurecieron las causas de la desigualdad, en la medida en que en la *modernidad periférica* la naturalización de la desigualdad a la producción de *sub-ciudadanos* puede ser más adecuadamente percibida como consecuencia de un efectivo proceso de modernización de grandes proporciones que se implanta paulatinamente en el país a partir de inicios del siglo XIX⁶¹. El corolario del mito de la *cordialidad* para el autor es la aversión a toda forma de explicitación del conflicto y de la crítica, generando un debate académico y político tan pobre y tan poco crítico⁶².

Las perspectivas de los autores antes mencionados son complementarias y pueden ser utilizadas para explicar la génesis del pueblo brasileño. Pienso que la forma de colonización no pueda dejarse de lado para explicar el perfil del brasileño medio, así como las consecuencias de un proceso de modernización importado, que dio origen a una llamada “ralé brasileña”, descuidada hasta los días actuales. Además, la posibilidad de “darse bien en la vida” tiene mucha más relación con una perspectiva sociocultural, es decir, con las referencias familiares pasadas de padre a hijo y del entorno (capital cultural) que propiamente con la escasez de capital económico (dinero) en una familia. Se trata, según

⁶⁰ SOUZA, Jessé (coord.). *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009. El autor deja claro que la expresión no está siendo usada de forma irrespetuosa, sino “... para llamar la atención, provocativamente, a nuestro mayor conflicto social y político: el abandono social e político, ‘consentido por toda la sociedad’, de toda una clase de individuos ‘precarizados’ que se reproduce desde hace generaciones como tal” (p. 21).

⁶¹ SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 54, fev. 2004, p. 79-80.

⁶² SOUZA, Jessé, A construção do mito da “brasilidade”. In *Ralé brasileira*. Op. cit, p. 39.

JESSÉ SOUZA, de la falta de precondiciones sociales, morales y culturales que permiten la apropiación, por un determinado grupo de personas, de los capitales económico y cultural, generando, por consiguiente, la "naturalización" de la desigualdad, tan familiar entre nosotros⁶³.

Con el pasar del tiempo, esa nuestra identidad híbrida – europea y local, de la casa grande y de la senzala –, aliada (i) al contexto de crisis del estado del bienestar social (que inexorablemente generó reflejos en Brasil) y (ii) al ambiente post-régimen militar⁶⁴, ha generado ambiente favorable a la aproximación, sea espacial, sea de identidad, con la cultura norteamericana. Los Estados Unidos de la América tratase de un país vecino, de formación relativamente reciente y que presenta soluciones “mágicas” para el problema de la criminalidad.

Esa “empatía” se hace sentir especialmente en la cultura jurídico penal y procesal penal. Solamente a fines de ilustrar dicha constatación, basta percibir que mientras el Código de Proceso Penal vigente hoy tiene nítida inspiración en la legislación procesal penal producida en la década de 1930 en Italia, las más recientes reformas a ese Código jurídico llevadas a efecto por las Leyes 11.689/2008, 11.690/2008 y 11.719/2008 guardan innegable influencia del Derecho norteamericano⁶⁵.

En ese sentido, WACQUANT, en artículo destinado específicamente a analizar la aplicación del “zero tolerance” en Brasil, afirma que referido sistema es seductor especialmente en una realidad como la brasileña, marcada por enormes desigualdades sociales⁶⁶. Una vez más la dualidad “casa grande y senzala” es actual y favorece, en términos penitenciarios, una verdadera “dictatorship over the poor” (dictadura sobre el pobre), en la dicción del autor antes mencionado, a través de muchas formas, entre ellas encarcelamiento en masa de extractos sociales y económicamente más desfavorecidos de

⁶³ *Ralé brasileira*. Op. cit., p. 15 e siguientes.

⁶⁴ De acuerdo con WACQUANT “... besides deep-seated urban marginality, violence in Brazil finds a second root in a political culture that remains profoundly marked by the scars of authoritarianism” [Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brasil. *Punishment & Society*. Londres: Sage Publications, 2003, v. 5 (2), p. 200].

⁶⁵ Cf. ROMAN BORGES. Clara Maria. Las actuales tendencias de reforma del Código de Proceso Penal y la promesa de constitucionalización y democratización del sistema procesal penal vigente. In: IX Simposio Nacional de Derecho Constitucional, 2011, Curitiba. *Anales del IX Simposio Nacional de Derecho Constitucional*, 2010. v. 1. p. 201-223. Disponible en: <http://www.abdconst.com.br/revista3/claraborges.pdf> (acceso en 01.03.2015) y ROMANO NETO. Odilon. Influencia americana en la reforma del Código de Proceso Penal. *Revista Electrónica de Derecho Procesal de la Universidad del Estado de Rio de Janeiro*. Año 3 (jul-dic 2009), v. IV. Disponible en: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/influencia-americana-na-reforma-do-codigo-de-processo-penal> (acceso en 01.03.2015).

⁶⁶ De acuerdo con el autor “Brazilian society remains characterized by vertiginous social disparities and mass poverty, which together feed the inexorable growth of criminal violence that has become the main scourge of the big cities” (op. cit., p. 199).

la sociedad⁶⁷ (la llamada "ralé brasileña", en la expresión de JESSÉ SOUZA), especialmente de la población más joven que integra a la llamada nueva clase del "preariado"⁶⁸, compuesta de personas sin cualquier perspectiva de seguridad en el empleo, de ascensión de carrera, que se quedan al margen de la sociedad de un estado de alienación, y que terminan migrando para el mercado informal, seducidas especialmente por el tráfico de drogas. Ese precariado, en la dicción de la profesora MARTA NUNES DA COSTA, sería una especie de "no clase"⁶⁹, incluso menos que el antiguo "proletariado", que es, por excelencia, la clase trabajadora que nació con el capitalismo, compuesta por aquellos que venden su fuerza de trabajo.

El ímpetu carcelario surge acá en Brasil de forma caótica, haciendo con que el país ostente una de las primeras posiciones en materia de encarcelamiento, con una población que supera a las 700.000 (setecientos mil) personas, conforme datos ya referidos en este estudio, en su parte introductoria. Lógicamente, ese incremento de la población detenida no es acompañado por la mejora en la infraestructura de las ejecuciones penales, generando un colapso en el sistema, que debe de ser administrado por el juez de las ejecuciones penales prácticamente a base del "improviso".

A su vez, y como ya referido, el magistrado en su práctica manifiesta una de las características del brasileño acuñadas por SÉRGIO BUARQUE DE HOLANDA, cual sea, *la capacidad de improvisación*. Una vez que, para gestionar todo ese pasivo procesal y carcelario es necesario realmente improvisar, se "girar en los 30" como dice FAUSTO SILVA, un conocido presentador de la televisión brasileña, cuya expresión traduce perfectamente esa vena de improvisación presente en la población brasileña. Esa característica es positiva, por un lado, pues hace con que el brasileño sea demasiado "maleable" y "adaptable" a diferentes tipos de situaciones y realidades. Sin embargo, esa capacidad de improvisación puede ser extremadamente perniciosa, pues hace con que nos lleve a buscar siempre a las llamadas "gambiaras", o sea, soluciones inmediatistas encontradas siempre durante la eclosión de los acontecimientos (y nunca de forma preventiva), y que no funcionan a medio y largo plazo, transformando a los problemas en enormes "pelotas de nieve", cuya solución se hace cada vez más difícil (como es el caso de la ejecución penal).

⁶⁷ Cualquier operador del Derecho puede constatar, de forma inmediata, que la población de las cárceles es constituida, casi que exclusivamente, de personas consideradas jóvenes, negras, pobres y de baja escolaridad. Esa conclusión consta de levantamiento realizado por el Ministerio de la Justicia en 2015, disponible en <http://brasil.estadao.com.br/noticias/geral,56-dos-presos-do-brasil-sao-jovens--aponta-levantamento,1711908> (acceso en 24.02.2017).

⁶⁸ Sobre la ascensión de la clase del "preariado" cf. STANDING, Guy. *The precariat: the new dangerous class*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2011.

⁶⁹ NUNES DA COSTA, Marta. Qué nos puede enseñar Marx sobre la nueva "clase peligrosa" – crítica, neoliberalismo y el futuro de la emancipación humana. *Nuevos estudios CEBRAP*. N. 101, São Paulo, ene/mar 2015. Disponible en: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002015000100097 (acceso en 19.04.2018).

Para concluir este capítulo, pinchamos la expresión “liberalismo ornamental” utilizada por ANTONIO CANDIDO en la introducción a la obra de BUARQUE DE HOLANDA. Se dice “ornamental” porque frente a las peculiaridades vivenciadas en nuestro país, le falta al brasileño un verdadero y auténtico “espíritu democrático”, una vez que la influencia del viejo esquema “casa grande y senzala” hace con que los cambios sean siempre impuestos “de arriba para abajo”, de forma paternalista y según las conveniencias de las clases que están al poder, y no de “abajo para arriba” (como producto de la propia sociedad).

Ese esquema patriarcal, aliado a importantes influencias externas, diseña la caótica estructura de la ejecución penal en Brasil. Luego, que se ve por aquí es que estamos inmersos en un contexto de posmodernidad sin que tengamos atravesado, efectivamente, la modernidad. No logramos ver, de forma clara, procesos de “licuación” y “solidificación” de procesos históricos, en la dicción de BAUMAN. Siquiera nos consolidamos como “Estado Social” y ya avanzamos para un contexto de “Estado Democrático de Derecho”. La verdad es que saltamos – pero no salimos – de la “casa grande y de la senzala” propia de una sociedad ruralista directamente para los “campos de concentración” distribuidos en las cárceles brasileñas. Y así permanecemos en ese esquema “esquizofrénico” de búsqueda de una identidad y de una correcta contextualización histórica.

Prosiguiendo en la pavimentación del camino teórico para la construcción de nuestra tesis pasamos a analizar el fenómeno del “constitucionalismo”, ya que tenemos una constitución rica en previsión de derechos (*deber-ser*), que se contrapone al caos generalizado que a nosotros es presentado diariamente, especialmente en el ámbito de la ejecución penal (que espeja el *ser*). Además de eso, la tarea que se impone al magistrado – y una de las grandes indagaciones presentes en este trabajo – es precisamente como dar mayor efectividad a esa carta de derechos.

2.2. CONSTITUCIONALISMO

Como ya examinado, el positivismo como forma de comprensión del Derecho ha privilegiado las compilaciones normativas a fin de agotar las situaciones objeto de análisis jurídica. Con las compilaciones, surgieron las constituciones, cuyos marcos son la francesa y la norte americana, siendo que esta cultura vino a distribuirse por los países occidentales, incluso Brasil, que ya tuvo siete cartas de derechos, cada una con características absolutamente diversas de la otra, desde aquellas de perfil democrático como las de cuño dictatorial/autoritario (como las de 1937 y 1967).

La constitución espeja aquello que un país almeja ser, siendo un documento que se sobrepone a cualquier otro acto normativo interno. Nada, absolutamente nada puede ir en

contra a lo que preconiza la carta constitucional, bajo pena de inmediata inconstitucionalidad e imposibilidad de aplicación al mundo de los hechos.

Mucho más que enunciar reglas, una constitución – especialmente la brasileña de 1988, que marca el proceso de “redemocratización” del país tras el periodo de régimen militar -, enuncia diversos *principios*, que son las premisas que obedecer por las reglas que subyacen a una determinada Carta Magna. En el caso de Brasil, la constitución es demasiado agotadora a lo que se refiere a los derechos fundamentales y sociales. Sin embargo, el abismo entre la teoría y la realidad es notable. Y es justamente esa “efectividad” constitucional (o mejor, la constante falta de ella) un fenómeno objeto de preocupación general, que viene siendo designado de “constitucionalismo” o “nuevo constitucionalismo”. Nos vamos a su estudio.

Previo a adentrar la teoría propiamente dicha, hago un paréntesis para explicar la razón por la cual ese tema debe de venir al enfoque en un trabajo, que almeja analizar la actividad del juez al ámbito de la ejecución penal. La primera premisa fundamental que tenemos que entender es la de que la temática en comento no solamente toca a la administración pública. Se trata de una cuestión *jurisdiccional*, como bien enaltecido por ANDREI ZENKER SCHIMIDT en conferencia proferida en 2015 en el *Workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs)⁷⁰. Una vez que los incidentes al ámbito de la ejecución penal son *judicializados* y procesados bajo la presidencia de un magistrado, con actuación tanto del Ministerio Público como de la defensa, exactamente como preconizados en la LEP.

Pero ¿Qué tiene eso que ver con el tema “constitucionalismo”? En un sistema constitucional, la LEP hay que rendir observancia a la Constitución Federal. Luego, su lectura – y consecuentemente de la ejecución penal como un todo – debe de ser hecha a partir de una óptica constitucional. Sencillo en la teoría y complicado en la práctica justamente por cuenta de nuestra visión dicotómica de mundo, fruto de la modernidad, en la cual la razón como regente dicta que es cierto y que es errado.

Luego, el análisis del fenómeno del constitucionalismo y de la efectividad constitucional merece sí un amplio destaque en cualquier estudio que pretenda abordar la problemática de la ejecución penal pues, como ya mencionado, en el caso brasileño tenemos una constitución riquísima en reglas de protección al detenido/sentenciado y completamente carente de efectividad práctica.

En ese sentido, importante hablar en constitucionalismo en un país como Brasil, donde lamentablemente cumplir la Constitución es considerado solamente como una “opción”,

⁷⁰ Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 07.07.2016), p. 46 y siguientes.

tanto a lo que se refiere a las garantías de las personas detenidas, como también referente a las garantías aseguradas al Poder Judicial para el ejercicio de su función (de lo cual es ejemplo la independencia, más adelante abordada). Donde a todos los días se teme que el mínimo cumplido de la Carta Magna no más lo será. Donde la inseguridad jurídica es una realidad permanente y no una excepción.

La crisis democrática es un fenómeno que viene ocurriendo no sólo en Brasil, pero en escala mundial, especialmente considerando el actual momento, donde ideologías extremistas vienen recogiendo cada vez más apoyo como tabla de salvación de los males de la humanidad. Según FERRAJOLI, eventual superación de ese cuadro de caos democrático estaría en el refuerzo del paradigma constitucional y en su ampliación al plan supranacional⁷¹. Eso porque las constituciones, en su gran mayoría en el llamado “mundo occidental”, normativizaron derechos que, en la práctica, no son hechos efectivos (el llamado abismo entre normatividad y efectividad). Mucho al revés. Vemos como ejemplo los derechos fundamentales de la persona humana, en especial del individuo detenido, relegados en Brasil a según plan y siquiera efectuados mínimamente en la práctica. Derechos como el de la prohibición de la tortura (art. 5º, III, CF/88), bien como el rol previsto en los incisos XXXIX y siguientes del mismo art. 5º – que preconiza el respecto a los derechos y libertades fundamentales del detenido, la necesidad de cumplimiento de pena en locales adecuados, con respecto a la integridad física e intelectual del condenado, entre otros – son hace mucho, consagrados en tratados internacionales de los cuales Brasil es signatario y no son cumplidos/efectuados. O mejor, prácticamente olvidados, ignorados.

Además de eso, FERRAJOLI también destaca que la fuerza política estatal, que a otro momento fue intensa, viene perdiendo terreno para los mercados y para la economía, haciendo con que ocurra una relación simbiótica entre Estado y mercado, transmutando la democracia (que tiene por característica la toma de decisión por todos) en “tecnocracia” (que preconiza la toma de decisiones por pocos)⁷². Es la confusión entre público y privado, que viene victimando las democracias y fortaleciendo situaciones de corrupción, donde la apropiación privada de la cosa pública prácticamente de excepción se ha convertido en regla.

Y con esa “mercantilización de la política” el Estado cada vez más se aleja de los problemas sociales, como si no más fuera de su responsabilidad. Basta ver los constantes cortes en las inversiones con salud y educación, cada vez más destinados a la iniciativa privada.

⁷¹ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta Editorial, 2014, p. 55 y 135.

⁷² *Op. cit.*, p. 137 y siguientes.

Eso introito es necesario para demostrar nuestra profunda carencia de constitucionalismo, de efectuación/*enforcement* de las normas constitucionales. Su mera existencia no basta. Para superar esa crisis democrática, el cumplimiento de la constitución debe de ser impuesto a todos los Poderes de la República. Dicha imposición es llamada por FERRAJOLI de “expansión en sentido extensional”⁷³. Además de eso, importante también el refuerzo en sentido “intencional” para la garantía de los derechos y reducción de las desigualdades. Luego, el fenómeno del “constitucionalismo” debe de proyectarse no sólo para alcanzar el centro de los poderes constituidos, sino para obligar que los derechos presentes y constitucionalizados sean rigurosamente obedecidos y efectuados.

Y más: el constitucionalismo debe de extenderse para allá de las fronteras del país regido por una determinada constitución. Es lo que FERRAJOLI denomina de *constitucionalismo supranacional*, o sea, el derecho constitucional debe de ser “internacionalizado” (dentro del marco de la globalización), a fin de reforzar la garantía de los derechos humanos y fundamentales⁷⁴. Y esa internacionalización pasa por el refuerzo de los tribunales internacionales y de la eficacia de sus decisiones⁷⁵. Y, por qué no decir, del refuerzo de la efectividad de una decisión jurisdiccional, mismo tomada internamente por un magistrado de un determinado país. Pensemos en las decisiones del magistrado SÉRGIO MORO⁷⁶ que, incluso, están siendo ejecutadas al extranjero (como en el caso de Suiza). Como resalta PIETRO SANCHÍS “...la justicia constitucional verdaderamente indispensable no es la del tribunal constitucional, sino la de la jurisdicción ordinaria⁷⁷”.

⁷³ *Op. cit.*, p. 176 y siguientes.

⁷⁴ *Op. cit.*, p. 177 y siguientes. Según FERRAJOLI “‘funciones de gobierno’ están bien que sigan siendo competencia de los estados nacionales. Ya las ‘funciones de garantía’, legitimadas por la sujeción a la ley y por la universalidad de los derechos fundamentales que garantizan” no solo pueden más deben ser instituidas en muchos casos a escala internacional”. Y más: “**La ausencia o la ineficacia de estas instituciones y funciones de garantía de los derechos, aún cuando estipulados en múltiples cartas y declaraciones, es la laguna más llamativa del derecho internacional, equivalente a una violación estructural de los derechos proclamados**”. (p. 180 – se destacó).

⁷⁵ Según PIETRO SANCHÍS “...Un derecho cosmopolita y una justicia universal y efectiva siguen siendo una utopía; pues si en el marco de los Estados la falta de efectividad de las constituciones y de sus derechos tiende a ser circunstancial, en la esfera internacional puede calificarse todavía de estructural” (PRIETO SANCHÍS. Luís. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 231-232).

⁷⁶ Aunque SÉRGIO MORO haya dejado de ser juez federal en 2018, esta investigación continuará designando a él “magistrado”, pues fue en esta condición que ha conducido la “Operación Lava Jato”.

⁷⁷ PRIETO SANCHÍS. Luís. Constitución y Parlamento. *Op. cit.*, p. 34. La estructura kelnesiana de subsunción hecho-norma se encuentra anacrónica especialmente considerando que actualmente las constituciones meramente formales cedieron lugar a las constituciones materiales, llenas de valores, principios y directrices y que reclaman, para su *enforcement*, la aplicación de la técnica de la *ponderación* que, según PRIETO SANCHÍS, no elimina la discrecionalidad, pero “representa un esfuerzo por someter a racionalización la aplicación de unos principios y derechos constitucionales que son tendencialmente conflictivos, y sin necesidad de cuestionar en abstracto la validez de las leyes” (p. 36).

Hablar de constitucionalismo implica necesariamente tratar del llamado “trans-constitucionalismo”. En sede constitucional e internacional, especialmente en el ámbito de los derechos humanos y su *enforcement*, es demasiado obsoleto tratar de una “jerarquía entre fuentes” – constitucional e internacional. El entrelazamiento entre ordenes jurídicas diversas debe conducir no al conflicto (casi siempre de carácter destructivo), pero sí al necesario *diálogo* entre ellas, a fin de que una u otra prevalezca, de suerte a maximizar la efectución de los derechos humanos en un dado caso concreto. Una vez que, según PIETRO SANCHÍS, o un derecho es moralmente de todos y postulase jurídicamente como universal, o no es un derecho fundamental⁷⁸.

El raciocinio en muchos casos es similar al de la llamada “ponderación” de derechos fundamentales, preconizada en el ámbito del Derecho Constitucional. En las palabras de MARCELO NEVES (idealizador de la expresión “trans-constitucionalismo”) hay que formarse una “red transversal constructiva”, a fin de que no se mitigue derechos⁷⁹.

Luego, partiendo de la premisa que la constitución como norma suprema reclama como corolario indispensable la presencia de una garantía jurisdiccional⁸⁰, la conclusión que se llega es la de que debe ser incentivado no sólo el constitucionalismo, o sea, la efectución de las normas constitucionales (especialmente las que tratan de derechos humanos y fundamentales), como también hay que admitir el “trans-constitucionalismo”, o sea, la prevalencia en algún caso concreto de la norma que maximice a la efectución de dichos derechos, sea constitucional o internacional, o mismo la búsqueda de una solución óptima o constructiva.

En otras palabras, defendemos la adopción del término “constitucionalismo” en la acepción de un “trans-constitucionalismo”, con la superación de cualquier significación provinciana que mitigue – en vez de maximizar – derechos humanos y fundamentales, en una perspectiva de “alteridad”, o sea, de llevar en serio los límites y la observación del “otro” orden jurídico en la construcción de dicha “solución óptima”. Luego, preconizamos el “diálogo entre cortes”, a fin de haber entre ellas una adecuación recíproca, verdadera

⁷⁸ Op. cit., p. 237.

⁷⁹ NEVES, Marcelo. Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al trans-constitucionalismo en América Latina. *Revista de Información Legislativa* (Biblioteca del Senado Federal). Año 51 Número 201 ene./mar. 2014, p. 193-214. Entre inúmeros ejemplos, el autor menciona el conflicto entre la CF/88 y el Estatuto de Roma del Tribunal Penal Internacional, ratificado por Brasil a través del Decreto Legislativo 112/2002. La primera prohíbe la prisión perpetua (art. 5°, XLVII, alinea *b* – cláusula pétrea) al paso que el segundo se la autoriza (art. 77, n. 1, alinea *b*). según el autor, es posible la adopción de una solución constructiva, de suerte a demandar que eventual extradición de alguien condenado a la sentencia perpetua se someta a condiciones establecidas por la CF/88, entre ellas la conmutación por sentencia máxima de 30 (treinta) años de detención, la mayor admitida en nuestro ordenamiento jurídico.

⁸⁰ Cf. PRIETO SANCHÍS. Luís. Constitución y Parlamento. *Parlamento y Constitución. Anuario*, ISSN 1139-0026, N° 5, 2001, p. 9-37. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060345> (acceso en 08.02.2016), p. 23.

intonía fina con el propósito de maximizar la efectucción de los dichos derechos humanos y fundamentales.

Este diálogo entre cortes en nada perjudica la autonomía y la independencia del Poder Judicial local. Del contrario, la multiplicación de las fuentes de donde se sacan los fundamentos para una determinada decisión jurisdiccional, además de enriquecer, refuerza su racionalidad y su legitimidad, proyectándola para allá de las fronteras de un determinado país⁸¹. Se trata de un verdadero proceso de construcción jurisprudencial, sustentada en fundamentos legitimados no solamente internamente, pero en ámbito internacional, que auxilia en la creación de consensos sobre determinados temas, siendo particularmente útil en materia de derechos fundamentales y humanos para su amplia efectucción.

La creación de un consenso en materia de efectucción de los derechos humanos a través del constitucionalismo y, especialmente, del trans-constitucionalismo puede darse a través de la adopción, por los magistrados, no solamente del conocido “control de constitucionalidad”, pero, sobre todo, del poco utilizado instrumento de “control de convencionalidad”, que es, en rápidas palabras, el análisis de adecuación de una determinada norma a los patrones y estándares constantes en los tratados y convenciones internacionales. Es por él que el diálogo entre cortes de diferentes países puede ser proficuo para formatear este consenso (un *ius commune*, de acuerdo con FLÁVIA PIOVESAN⁸²), haciendo con que diferentes naciones hablen la misma lengua cuando se tratar de la protección a los derechos humanos fundamentales. Este asunto será retomado al transcurso del trabajo.

Independientemente de entenderse correcto el “constitucionalismo” o el “trans-constitucionalismo”, es cierto que el paradigma/marco jurídico, inspiración de esta investigación, es el llamado “Estado *Constitucional* de Derecho” (expresión acuñada en reciente obra de FERRAJOLI *La democracia a través de los derechos*⁸³), en el cual los derechos fundamentales (sea constantes de las constituciones o de los tratados internacionales) deben de ser puestos en primer lugar en detrimento de la burocracia y del formalismo. Según PRIETO SANCHÍS, el lema de este Estado *Constitucional* de Derecho son las “constituciones sustantivas y garantizadas”, o sea, Derechos fundamentales (que

⁸¹ En este sentido cf. MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio. *El diálogo institucional entre cortes constitucionales: una nueva racionalidad argumentativa de la jurisdicción constitucional justificada por los diálogos institucionales transnacionales*. Disponible en: www.agu.gov.br/page/download/index/id/20999164 (acceso en 11.02.2017).

⁸² PIOVESAN, Flávia. Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones. *Revista Brasileira de Derecho Constitucional* – RBDC, n. 19 – ene/jun 2012, p. 67-93.

⁸³ FERRAJOLI, Luigi. *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta Editorial, 2014. Entendemos que la base del *Estado Constitucional* de FERRAJOLI debe ser complementada por la perspectiva de MANUEL ATIENZA, que defiende el llamado *constitucionalismo principialista*, con la elevación del mecanismo de la *ponderación* como una alternativa para la solución de conflictos entre principios constitucionales.

tienen, según el autor, una “fuerza normativa granítica”, a fin de imponer normativamente la limitación del poder) gozando de plena tutela jurisdiccional no solamente a través de los tribunales constitucionales pero, sobre todo, a través de la actuación cotidiana de la justicia ordinaria interna de cada país⁸⁴.

Dentro de ese paradigma, la decisión del llamado “juez de piso” (expresión extremadamente infeliz y despreciativa, rutinariamente adoptada en Brasil para nombrar el magistrado de 1° grado de jurisdicción) tiene tanta fuerza y credibilidad como aquella emanada por un juzgador de una corte internacional, especialmente si sustentada en derechos previstos no solamente en las constituciones, pero también en la normativa internacional. El “constitucionalismo de los derechos” encuentra su proyección fundamental dentro de las fronteras del derecho interno de los respectivos Estados⁸⁵, pero la tendencia es que se expanda (y eso *debe* suceder) para la esfera internacional.

Aún para contribuir con la formación de un sustrato teórico fértil, necesario dar un giro en los estudios para enfocar la evolución de la ciencia criminológica de una perspectiva tradicionalista (que todavía prevalece, especialmente considerando el contexto brasileño) para una visión crítica, esta última importante para la proposición de un giro paradigmático en la forma de concebirse el esquema hoy dominante en el ámbito de la ejecución penal.

El giro que proponemos adelante tendrá como premisa la adopción de un constitucionalismo sustantivo – y no meramente formalista – de derechos, enfocado en la dignidad de la persona humana, cuyo instrumento sea, entre otros, la “fertilización cruzada de ideas y abordajes”⁸⁶ tanto de las cortes internas como de las internacionales, en un contexto de crítica efectiva al sistema criminológico hoy dominante. La construcción de un “magistrado global”, en el contexto de una “criminología global” (adelante analizada) pasa por la globalización de su abordaje y de sus decisiones jurisdiccionales, cuya legitimación gana fuerza y credibilidad a través del mencionado sistema de “fertilización cruzada” con las experiencias transnacionales.

2.3. CRIMINOLOGÍA

La crisis del proyecto de modernidad antes expuesta repercute, de forma inexorable, en el modo de concepción del saber. Desde el advenimiento del iluminismo la razón gana una predominancia y un protagonismo frente a la naturaleza. Todo tendría que contemplar una explicación lógica y racional. Ese raciocinio cartesiano impregnó la génesis de la ciencia

⁸⁴ PRIETO SANCHÍS, Luís. *El constitucionalismo de los derechos*. op. cit., p. 227 y siguientes.

⁸⁵ Op. cit., p. 229.

⁸⁶ Expresión acuñada por MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio. *El diálogo institucional entre cortes constitucionales: una nueva racionalidad argumentativa de la jurisdicción constitucional justificada por los diálogos institucionales transnacionales*. Op. cit. Esa “fertilización cruzada” tiene por objetivo un cambio positivo de la consciencia de la jurisdicción local, enriqueciendo la comprensión sobre una determinada cuestión puesta a juzgamiento.

criminológica, direccionada, en un primer momento, al estudio prácticamente exclusivo de las llamadas “teorías patológicas de la criminalidad”, según ALESSANDRO BARATTA⁸⁷. Se trata de una criminología de influencia marcadamente positivista, que relaciona casi que exclusivamente al factor biológico la causa de un comportamiento desviado. El criminoso sería alguien que nació con esa característica.

Sin embargo, durante el siglo XX en que la crisis del ideario moderno tomó una mayor dimensión, gana fuerza el cuestionamiento sobre el *L'uomo Delinquente*. Surgen varias líneas de teorización, algunas amparadas en la sociología jurídico-penal, que parten de la premisa de que el enfoque de estudio debería ser desviado del “criminoso” para su “entorno social”. Este último ejercería una influencia mucho más decisiva en la autodeterminación de un individuo y en su intención de cometer crímenes. En otras palabras, es el medio en que vive, y no el gene del individuo, el mayor generador de la criminalidad.

Por tanto, ese apartado que ora se inicia dedicase a realizar un “vuelo rasante” en ese camino transcurrido desde la criminología de cuño “tradicional” (producto del proyecto de modernidad) hasta las teorías que critican la colocación del “delincuente” como el centro del estudio de la ciencia criminológica. Debido al corto espacio, optamos por no pormenorizar todas las teorías criminológicas existentes, pero sí daremos destaque a una tesis, especialmente relevante para el objeto de este trabajo: la “Criminología Global”, concebida por WAYNE MORRISON, que se dedica al análisis del “punto ciego” de la Criminología en sus varias vertientes: las acciones y omisiones estatales generadoras o potenciadoras de los llamados “daños sociales”.

La conclusión presentada por el citado autor tendrá relación directa con el tema de esta investigación y con muchos de los fenómenos que asistimos diariamente, especialmente al ámbito de la ejecución penal, que sufre con las acciones y las omisiones del Estado.

2.3.1. Criminología tradicional

Como ya hemos anticipado, ALESSANDRO BARATTA destaca que en su origen la ciencia criminológica tendría como función específica – y por qué no decir exclusiva – la de identificar e individualizar las causas y factores que determinan la diversidad del comportamiento considerado criminoso. Nació con nombres como CESARE LOMBROSO (con su *L'uomo Delinquente* de 1876) y CHARLES DARWIN (y su “determinismo biológico”) una ciencia, cuyo objetivo era de “modificar” (o “aislar”) el individuo considerado delincuente, mediante el estudio de supuestas causas orgánicas de la criminalidad.

⁸⁷ BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal* (título original: *Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale*, *Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale*, trad. Álvaro Búnster). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2004, p. 21.

De este modo, esa vertiente positivista de la criminología podría ser comparada a una verdadera rama de la medicina, de cuño más etiológico y preocupada con los aspectos patológicos y clínicos del “delincuente”, que era considerado una persona verdaderamente enferma (un “paciente”). Y este estudio causal, nortado por el llamado “paradigma etiológico” sigue marcando, de forma decisiva, el camino de la criminología hasta los días actuales⁸⁸, ya que el enfoque del derecho penal vigente y de la mayor parte de las políticas criminales contemporáneas sigue siendo el delincuente y la búsqueda de su “rehabilitación”⁸⁹.

Las teorías de cuño positivista sufrieron y sufren muchas críticas, que no tenemos la ambición de agotarlas. Sintéticamente, presentamos *tres objeciones* contundentes: La *primera*, es la de que la criminología de cuño positivista, en cualquier de sus vertientes, tuvo y tiene por ambición delimitar y reglamentar la represión sufrida por un individuo, a través de la modificación de las formas de sufrimiento. Ocurre que ese intento ha surtido efecto invertido, repercutiendo en la permanencia de un tipo de sufrimiento aún más perverso y nefasto que el sufrimiento físico de las penas medievales y públicas. Se trata del *sufrimiento psíquico* ocasionado por la degradación del ser encarcelado⁹⁰. Es evidente la decadencia de la cárcel como instrumento de resocialización, ya que en tal ambiente el individuo pierde su característica de “humano”, pasando a ser encarado solamente como un “cuerpo domesticado”⁹¹, en un verdadero proceso de “cosificación”.

⁸⁸ Un ejemplo bastante ilustrativo de protagonismo del “positivismo criminológico” en la actualidad ocurrió en febrero de 2014 en la ciudad de Rio de Janeiro: un adolescente afrodescendiente (que ya tendría antecedentes criminales por robo) fue encontrado desnudo, golpeado, apuñalado y atado a un poste por el cuello con un candado. La acción habría sido practicada por un grupo de justicieros. Las imágenes son brutales. Los medios de comunicación se apuraron en explicar el ocurrido, relacionando a un estado de desesperación de la sociedad, que sufriría con la masiva criminalidad, que victimaría cada vez más a los “ciudadanos de bien”. Sin embargo, la explicación está incompleta, al paso que la responsabilidad por el desamparo de sus súbditos es, en gran medida, del Estado, que debería ser cobrado por sus propios súbditos por sus omisiones. Actitudes brutales como la narrada desvían el enfoque del problema (con la énfasis en la consecuencia en vez de la causa) y solamente condenan aún más al rapaz atado al poste, persona completamente olvidada y, por qué no decir, “invisibilizada” por un Estado supuestamente de bienestar social (http://internacional.elpais.com/internacional/2014/02/05/actualidad/1391629878_904406.html, acceso en 14.02.2015).

⁸⁹ Basta analizar el propio art. 1º, de la Ley de Ejecución Penal brasileña (Ley n. 7.210/1984), que establece como objetivos de la ejecución penal, además de la efectuación de las disposiciones fijadas en sentencia condenatoria, “proporcionar condiciones para la harmónica integración social del condenado y del internado”. La búsqueda de la (utópica) “rehabilitación” del sentenciado es la demostración cabal de que la ley admite ser él – y solamente él – la causa de la criminalidad.

⁹⁰ Recordamos que la cárcel como institución total surge casi que contemporáneamente al desarrollo de la criminología tradicional de cuño biologicista. El delincuente dicho “enfermo” era desplazado tanto para la cárcel como para los manicomios en un intento de rehabilitarlo o neutralizarlo (siendo que esta última opción era la más frecuente).

⁹¹ Cien años después del *L'uomo Delinquente* de LOMBROSO, FOUCAULT examina este proceso de mutación de la penalidad – de la corporal para la “domesticación de los cuerpos”. Esta última

Evolucionando aún más en el raciocinio, la *segunda* objeción presentada es la de que las teorías de cuño tradicional y positivista, cuyo objetivo declarado era de “limitar” la incidencia de la penalidad con la previsión de garantías al proceso penal (como los principios de la legalidad, del *in dubio pro reo*, de la retroactividad de la ley penal más benéfica, entre otros), sirvieron, al revés, como fundamento de teorías de cuño totalitario, como de la hegemonía de la raza blanca sustentada por Hitler durante el holocausto. La búsqueda desenfundada por encontrar un origen orgánica para las enfermedades (como era considerada la criminalidad) ha llegado a un extremo de autorizar el exterminio masivo de supuestas “minorías” en nombre de un proyecto de “evolución” racial. En este sentido, en el positivismo criminológico de base legal y etiológica, el determinismo presupone que el criminoso no tenga racionalidad, tampoco detenga poder de elección⁹², lo que ha justificado los mencionados – y nefastos – procesos de “purificación” racial.

La *tercera* crítica contundente a la criminología de cuño tradicional es que su preocupación se centra en la integridad de la ciencia en sí y del ordenamiento jurídico, con el direccionamiento del enfoque en la “ley” en detrimento de las personas humanas, que integran una relación jurídico-penal: caso de los infractores y de las víctimas.

Con efecto, la legalidad “pura y dura” pasa a ser una garantía técnica de aplicabilidad de las normas. El infractor es tratado como objeto de estudio y la víctima como verdadera “invitada de piedra”, no habiendo cualquier preocupación con la recomposición de su *status quo ante*. Independientemente de cómo las partes se sienten con relación al crimen contra sí cometidos, lo que basta es el cumplimiento de la norma, nada más.

Ejemplo de esta óptica, todavía reina en el proceso penal brasileño, en que la víctima siquiera tiene la prerrogativa de influir en la conminación de la pena⁹³. Al contrario, es constreñida a estar frente a la autoridad policial y en juicio por diversas veces para contar su versión de los hechos, que inevitablemente abre heridas, que en nada contribuyen con su sentimiento de realización de justicia en el caso concreto.

Aún en este capítulo que trata de la criminología de cuño “tradicional”, necesario destacar también teorías que pretendieron desencadenar una revisión crítica de la criminología de orientación biológica, sin, todavía, romper definitivamente con ese esquema.

La *primera* a merecer mención es la *teoría estructural-funcionalista* de la anomia y de la criminalidad, de matriz sociológica, cuyos exponentes fueron ÉMILE DURKHEIM y,

es extremadamente perversa, pues aniquila todo lo que hace humano un individuo vivo [Cf. FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. (título original: *Surveiller et Punir*, trad. Aurelio Garzón del Camino). Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002].

⁹² Cf. CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *La criminología radical*. 3ª ed., Curitiba: ICPC y Lumen Juris, 2008, p. 38.

⁹³ Sobre la falta de interés que las ciencias penales, de un modo general, nutren por la víctima cf. MANZANERA, Luis Rodríguez. *Victimología – Estudio de la Víctima*. Novena Edición, C. México: Editorial Porrúa, 2005.

posteriormente, ROBERT MERTON. Según BARATTA, dicha teoría, cuyo origen remonta al Siglo XIX, tiene como objetivo desencadenar una revisión crítica de la sociedad de orientación biológica, bajo el argumento segundo el cual el desvío sería un “fenómeno normal de toda estructura social”.

En otras palabras, el comportamiento desviado consistiría en un factor de equilibrio social, siendo que el desvío solamente pasaría a ser encarado como un problema estructural cuando la balanza tendiese al desequilibrio o, en las palabras de BARATTA, “si se acompaña de un estado de desorganización, en el cual todo el sistema de reglas de conducta pierde valor, mientras no se haya afirmado aún un nuevo sistema”⁹⁴.

Ya en meados del Siglo XX, el estudio de la criminología parece definitivamente tener caminado para contemplar, cada vez más, una mirada de cuño sociológico sobre el fenómeno criminológico. Las teorías que surgen en ese momento histórico pasaron a considerar, con mayor intensidad, factores sociales como causas de la criminalidad. En este sentido surgen vertientes de análisis, como las lideradas por la “Escuela de Chicago”, que dieron origen al llamado “aprendizaje criminal”, de “subcultura”, entre otras.

Aunque diversas entre sí, dichas teorías contemplan una raíz común, que es la de rechazar el “criminoso nato” y entenderlo como “enseñado”, “adestrado”. Si así se ocurriera, él podría ser “enseñado” a rehabilitarse. De ahí la fuerza que la intervención de matriz resocializadora (de reintegración del individuo a la sociedad) para a tener en este momento, materializada a través de la “terapia social”⁹⁵, influencia que es sentida, incluso, en los días actuales.

La reserva hecha a ese análisis es que sigue la misma vertiente “causal” del positivismo criminológico, no habiendo un rompimiento efectivo con la tendencia positivista y el paradigma etiológico. Según se percibe, de forma sagaz, RIVERA BEIRAS citando BERGALLI, por detrás de la anhelada “terapia social emancipadora” se esconde, en la verdad “una necesidad inconsciente y reprimida de castigo social”⁹⁶.

Otra crítica decisiva a esa vertiente sociológica es que el enfoque de dicha “terapia social” es la criminalidad de bandos y de bagatela, donde estarían ubicados los comportamientos dichos “desviados”, adoptados por personas que componían a los estratos económicamente más desfavorables de la sociedad. Por fin, la asociación entre “criminalidad” y “pobreza” no explica a los llamados “crímenes de cuello blanco”, que

⁹⁴ BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, op. cit., p. 56-57. Según el propio BARATTA, DURKHEIM no veía el delincuente como un “ser radicalmente antisocial”, sino como verdadero “agente regulador de la vida social” (p. 58).

⁹⁵ *Pena Criminal: sus caminos y sus posibles formas* (trad. Denise Hammerschmidt). Curitiba: Juruá, 2012, p. 57-62.

⁹⁶ *Pena Criminal: sus caminos y sus posibles formas*, op. cit., p. 60.

pasaron a ser contemplados solamente por la teoría de la “asociación diferencial”, desarrollada por E. SUTHERLAND en su obra *The White-Collar Crime* (1949)⁹⁷.

El apartado siguiente es dedicado a desmenuzar algunas de las teorías que, efectivamente, rompieron con la dinámica biologicista de la criminología tradicional, trayendo el enfoque del análisis en el delito como “construcción social”.

2.3.2. Criminología crítica

Previo a adentrar efectivamente en las teorías que componen a la llamada “criminología crítica”, necesario hacer referencia a un importante antecedente teórico. Como puntúa RIVERA BEIRAS, el primer intento (efectivo) de presentar una especie de antítesis al positivismo criminológico ocurrió con el ‘anarquismo’, teorización que preconiza la deslegitimación del *ius puniendi* estatal, con la negación absoluta del derecho de punir por parte del Estado. Justamente por ser una teoría de extremo y que tiene intención de romper por completo con la tradición positivista ya al siglo XIX, llama la atención la ausencia de mayores referencias a esa doctrina en el pensamiento sociológico y criminológico⁹⁸.

Diferentemente del anarquismo, las demás teorías adelante sintetizadas defienden el rompimiento con el contexto de positivismo criminológico, sin embargo, no de forma tan drástica.

Podemos decir que el marco histórico más relevante de ese intento de cambio en el pensamiento criminológico ocurrió tras la 2ª Guerra Mundial, más específicamente durante la década de 1970. En ese periodo, gana fuerza una mirada crítica de la criminología de matriz positivista, que surge como una especie de reacción a la crisis del llamado *Welfare State*. Esa crisis trajo a la luz la necesidad de una especie de “viraje paradigmático”⁹⁹, que enalteciera no solamente la búsqueda de las “causas de la criminalidad”, pero que, arriba de

⁹⁷ Cf. SUTHERLAND, E. H. *White-Collar Criminality*. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1 (feb. 1940), p. 1-12. Aunque SUTHERLAND sea considerado como uno de los exponentes de la Escuela de Chicago, era radicalmente contra las conclusiones de teorías que asociaban criminalidad a la pobreza. Según el autor, “...the generalization that criminality is closely associates with poverty obviously does not apply to white-collar criminals” (op. cit., p. 10).

⁹⁸ *Penal Criminal: sus Caminos y sus Posibles Formas*, op. cit., p 35.

⁹⁹ El término “viraje paradigmático” es una referencia a la obra del jurista brasileño LENIO STRECK *Hermenéutica jurídica y(m) crisis: una exploración hermenéutica de la construcción del Derecho* (6. ed. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2005). Aunque el autor no trate directamente de criminología, él constata la falencia de la construcción del saber amparada en el viejo esquema “sujeto-objeto” propio de teorizaciones positivistas inspiradas en la teoría del conocimiento forjada en la modernidad. El viraje paradigmático que STRECK propone que los operadores jurídicos, en especial el Poder Judicial, asuman una “postura sustancialista”, de suerte que la hermenéutica del conocimiento jurídico abandone de vez el anacrónico y cartesiano sistema “sujeto-objeto” para incorporar el esquema “sujeto-sujeto”. Y el ya referido enaltecimiento de los derechos fundamentales en detrimento de la investigación causal pura y simple de la criminalidad es consecuencia de una perspectiva, que pasa a priorizar la “persona humana” (“sujeto”) en detrimento de la “norma” (“objeto”).

todo, proporcione la protección de los derechos fundamentales de las personas humanas en detrimento de la mera preocupación con la integridad del ordenamiento jurídico.

De acuerdo con ALESSANDRO BARATTA, la matriz causal de la criminología tradicional tiene varios “puntos ciegos”, una vez que deja de fuera del campo de análisis todo lo que gira alrededor de los comportamientos criminosos, o sea “las normas jurídicas o sociales, la acción de las instancias oficiales, la reacción social respectiva y, más en general, los mecanismos institucionales y sociales a través de los cuales se realiza la definición de ciertos comportamientos calificados como ‘criminales’”¹⁰⁰.

La última parte mencionada por BARATTA – estudio de los mecanismos institucionales y sociales a través de los cuales se realiza la definición de cuales comportamientos son considerados como desviados – es el punto central de la perspectiva que preconiza la “construcción social del delito”. Aquí nos atenemos a dos referencias doctrinarias importantes: el interaccionismo simbólico de BERGER y LUCKMANN, bien como la teorización de GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, autores que encaran la pena como un fenómeno cultural, que advendría de la estructura social¹⁰¹.

Según BARATTA, la influencia de teorías como la del “etiquetamiento” (*labelling approach*), bien como de corrientes sociológicas de cuño fenomenológico sobre el análisis del fenómeno criminal consolidan un paradigma alternativo al de base etiológica. Gana fuerza, por tanto, el *paradigma de la “reacción social”*, que desencadenaría, en el propio seno de la sociedad, los procesos de criminalización social de determinadas conductas, de suerte que “... las etiquetas de criminalidad y el estatus de criminal son atribuidos a ciertos comportamientos y a ciertos sujetos”¹⁰².

BERGER y LUCKMANN sustentan que la delincuencia sería definida, en gran medida, por los estímulos externos recibidos por el “delincuente”. Como la realidad se construye socialmente, pasa a ser imprescindible analizar los procesos sociales mediante los cuales ocurriría un delito. En este sentido, las palabras-clave para la comprensión de la tesis de los autores en cuestión serían *realidad y conocimiento*¹⁰³.

¹⁰⁰ *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, op. cit., p. 223.

¹⁰¹ Sobre la perspectiva cultural del crimen y del castigo cf. también GARLAND, David. *Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía* (título original: *Crime and social order in late modernity*, trad. Manuel A. Iturralde). Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana e Instituto Pensar, 2007.

¹⁰² Op. cit., p. 225.

¹⁰³ BERGER, Peter L.; LUCKMANN, T. *La Construcción Social de la Realidad* (título original: *The Social Construction of Reality*, traducción de Silvia Zuleta). Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001, p. 13. Los autores en cuestión definen *realidad* como siendo “... una cualidad propia de los fenómenos que reconocemos como independientes de nuestra propia volición (no podemos ‘hacerlos desaparecer’)” y *conocimiento* “... como la certidumbre de que los fenómenos son reales y de que poseen características específicas”. Tales conceptos serían socialmente

Los conceptos antes mencionados tienen como característica central su amplia relatividad social, ya que pueden cambiar dependiendo del sujeto, bien como del momento histórico considerado. En Brasil del inicio del siglo XX hacía algún sentido social la criminalización del adulterio. Hoy, en el siglo XXI, por más que la conducta adulterina permanezca socialmente repudiada y cohibida en otros ámbitos (como del Derecho de la familia), no es a punto de ser considerada como criminosa, razón por la cual el artículo 240 del Código Penal brasileño fue derogado al año de 2005.

En este sentido, la profundización de la llamada *sociología del conocimiento*, que se ocupa del análisis de la *construcción social de la realidad*, es mucho más revelador que la insistencia en la búsqueda de explicaciones etiológicas para la criminalidad.

GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, a su vez, conciben la pena como un fenómeno especialmente vinculado al momento económico de una sociedad. Los exponentes de la llamada “Escuela de Frankfurt” también defienden que el enfoque de la criminología se desplace del delito y del delincuente para el alrededor social que se los gestaría, con especial énfasis al aspecto económico (de ahí tratan de la punición desde la edad media, pasando por el feudalismo y por el capitalismo).

En este sentido, la pena debería ser comprendida como un *fenómeno social* independiente de la conceptualización jurídica a ella subyacente¹⁰⁴. Ya el “delincuente” consistiría en un producto de las relaciones económico-sociales, víctima de un proceso de “rotulación” del castigo. Esa idea intensifica el rechazo de la función resocializadora/rehabilitadora de la pena, a medida en que encara la delincuencia no como una calidad nata al delincuente, pero como producto de un proceso social, que victimaría eso propio delincuente¹⁰⁵.

Partiendo de la premisa según la cual el establecimiento en el tiempo y en el espacio de comportamientos desviados es una construcción social, impone referencia a un intento arrojado de cuestionamiento de la imagen de la criminología positivista, llevada a efecto por los “abolicionistas”. Del contrario de lo que viene a la mente cuando se piensa en la palabra “abolicionista”, las teorías con esa marca destacan, de forma contundente, toda la falacia del sistema penal tradicional.

relativos, de suerte que “... el ‘conocimiento’ que tiene un criminal difiere del que posee un criminalista” (op. cit., p. 15).

¹⁰⁴ *Pena y estructura social* (título original: Punishment and social structure, trad. Emilio García Méndez). Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, v. 1, p. 3.

¹⁰⁵ Ya en la década de 1930 RUSCHE y KIRCHHEIMER constatan que no es la cantidad de pena que estimula o cohibe a la criminalidad, pero las condiciones económicas o sociales de una determinada sociedad (op.cit., p. 215 y siguientes). En las palabras de los autores “... los cambios en la política penal no inciden en forma significativa en las cifras de la criminalidad” (p. 251).

Los defensores del abolicionismo logran mostrar el enorme abismo entre los campos del “deber-ser” y del “ser”. Su gran crítica, en mayor o menor medida a depender del teórico considerado, reposa sobre la cárcel como medio de resocialización del “delincuente”¹⁰⁶. El abolicionismo es, en suma, un protesto contra una realidad absolutamente injusta, en la cual reina absoluto un derecho penal que, muy lejos de promover algún tipo de resocialización, solamente es instrumento de propagación de sufrimiento.

También son dignas de mención en este apartado las teorías de cuño “garantista”, lideradas por teóricos de suma importancia, como ALESSANDRO BARATTA¹⁰⁷, LUIGI FERRAJOLI¹⁰⁸, MASSIMO PAVARINI, ROBERTO BERGALLI y tantos otros, que defienden la aplicación del derecho penal como *ultima ratio*. En otras palabras, tal mecanismo de punición solamente debería alcanzar situaciones de lesión a bienes jurídicos. Aquí la norma también sale de cena como la protagonista y mayor protegida por el sistema penal, y le da lugar al enaltecimiento de la defensa del “bien jurídico”. Luego, si una conducta, mismo tipificada, no resulte lesión a bien jurídico, no debe de ser punida en el ámbito del derecho penal, aunque pueda resultar consecuencias en otras ramas del Derecho (civil, por ejemplo). Los ejemplos más cotidianos de aplicación del llamado “principio de la insignificancia” son los crímenes patrimoniales de bagatela¹⁰⁹.

Que se pretende con el garantismo es la recuperación de las promesas de la ilustración, como la libertad y la igualdad material, a fin de formar un derecho penal más justo. Todo eso mediante la despenalización de las conductas, que no lesionen bienes jurídicos, acompañadas de severa penalización de la “criminalidad del Estado y del poder”, que

¹⁰⁶ En este sentido cf. estudio de T. MATHIESEN: *Diez Razones para no Construir más Cárceles*. Disponible en: <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/05/12/> (acceso en 07.12.2013).

¹⁰⁷ Como ya referido, ALESSANDRO BARATTA fue uno de los pioneros a defender un enfoque crítico de la criminología, que dejaría de atender solamente a los intereses del “príncipe”, pero examinaría críticamente y de forma científica el tejido social, para en él buscar una respuesta efectiva a los problemas sociales (*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, op. cit.).

¹⁰⁸ Cf. *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (título original: *Diritto e Ragione. Teoría del Garantismo Penal*). Novena Edición, Madrid: Editorial Trotta, 2009).

¹⁰⁹ En Brasil viene siendo difundido en el ámbito de los tribunales desde el Supremo Tribunal Federal (corte responsable por dar la última palabra en materia de interpretación de la Constitución Federal de 1988 – art. 102, CF/88) el entendimiento según el cual la criminalidad de bagatela no podrá ser punida en el ámbito del derecho penal por ausencia de “tipicidad material”. Los requisitos establecidos por el Supremo Tribunal Federal para generar la absolución de una conducta con base en el principio de la insignificancia son: (i) mínimo carácter ofensivo al bien jurídico tutelado, (ii) reducido grado de reprobación de la conducta del agente, (iii) carácter inexpresivo de la lesión generada y (iv) ninguna peligrosidad social de la acción (cf. STF, *Habeas Corpus* 114723/MG, 2ª Turma, Rel. Ministro TEORI ZAVASCKI, juzgamiento 26.08.2014). Aún a lo que se refiere a los crímenes de bagatela, entendemos que tal concepto podría extenderse al delito de uso de drogas (art. 28, Ley 11.343/2006), ya que la cuestión que involucra la droga es mucho más afecta a la salud pública que al derecho penal. En este sentido, cf. ROMÁNÍ, Oriol. *Las drogas: sueños y razones*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1999. Valle recordar que esa discusión ya está en el STF, estando pendiente de juzgamiento el Recurso Extraordinario 635659/SP.

genera enormes daños sociales, que retroalimentan la espiral de la llamada “criminalidad de calle”. Se trata de una necesaria reversión de la lógica penal para priorizar el origen del problema, y no meramente combatir a sus consecuencias¹¹⁰.

En suma, todos aquellos que defienden el movimiento criminológico en su vertiente crítica son unánimes en afirmar que la criminología tradicional, basada meramente en estadísticas oficiales (que están lejos de reflejar la real taja de criminalidad)¹¹¹, viene ocupándose en demasía de la llamada “criminalidad de la calle” (criminalidad de calle, cotidiana) y muy poco – o casi nada – de la criminalidad estatal, externada en las torturas, guerras, genocidios, criminalidad más sofisticada (como la de “cuello blanco”), corrupción, entre otras figuras. A lo que concierne más específicamente al objeto de esta investigación, conviene apuntar como importante “punto ciego” de la criminología tradicional de cuño positivista la criminalidad de Estado (*state crimes*), materializada, por ejemplo, por las omisiones en materia de ejecución penal¹¹².

En este particular – criminalidad de Estado – pasamos a analizar un antecedente teórico importante, consubstanciado en la teoría de la “criminología global”, de WAYNE MORRISON, que presenta una potente crítica al esquema criminológico tradicional, que ignora el tratamiento de los crímenes cometidos por el Estado, muchas veces de efecto mucho más nefasto que la criminalidad cotidiana¹¹³.

2.3.3. “Criminología global” según Wayne Morrison

Mismo considerando que la vertiente crítica antes descripta rompe con el paradigma positivista-etiológico del fenómeno criminológico, faltaba decir algo obvio, pero que parece haber sido ignorado – de manera intencional o no – en el estudio de la criminología: millones de muertos y perjudicados en consecuencia de los mandes y desmandes estatales y del poder. Y las víctimas de esos acontecimientos (como es el caso de las guerras, por ejemplo)

¹¹⁰ Basta que observemos el orden de los dispositivos en el Código Penal brasileño para percibir que los crímenes relacionados al ejercicio del poder (más particularmente los “crímenes contra la administración pública”) están topográficamente ubicados al fin del Código Penal, y contemplan, salvo excepciones, penalidades más blandas.

¹¹¹ Como expresa una interesante frase de AARON LEVENSTEIN, “*statistics are like bikinis. What they reveal is suggestive, but what they conceal is vital*”.

¹¹² El nuevo movimiento criminológico critica, de manera severa, a las estadísticas, por no revelaren el *dark side* (*cifra negra*) de la criminalidad, con el olvido – intencional o no – de la criminalidad estatal, que viene haciendo millones de víctimas por todo el mundo.

¹¹³ WAYNE MORRISON en su obra *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial* (ampliamente referida en el punto siguiente) afirma que la criminología sigue insistiendo en mantenerse omisa a los millones de víctimas actuales y pasadas, que sufrieron y sufren con las guerras, el hambre, la miseria y que siguen muriendo todos los días sin que casi nadie se ocupe de esta problemática sumamente importante. Son las víctimas del “progreso” y que padecen con los llamados “daños sociales” [*Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial* (Título original: *Criminology, Civilization and the New World Order*, traducción de Alejandro Piombo). Madrid: Anthropos Editorial, 2012].

poseen un carrasco en común: los propios Estados. Son precisamente las entidades creadas con base a un “pacto social” para promovieren el orden y el bienestar de los ciudadanos/de los súbditos que se transforman en los peores y más sanguinarios criminosos de la actualidad. Esa es, justamente, la óptica y la crítica de WAYNE MORRISON al transcurso de la obra *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, que pasamos a hacer referencia.

EUGENIO RAÚL ZAFFARONI¹¹⁴ fue el responsable por presentar la obra de MORRISON y la elección del maestro argentino no fue aleatoria. Ambos autores comparten de la misma perplejidad: ¿Cómo la criminología tradicional positivista ha dejado de fuera fenómenos como el genocidio (como es el caso del Holocausto), como si simplemente no hubiera pasado en la historia de la humanidad¹¹⁵? En otras palabras, los autores cuestionan cual es exactamente el papel desempeñado por la criminología durante los Siglos XIX y XX frente a la barbarie, a las guerras, a las torturas, a los genocidios, prácticas que fueron respondidas con un “injustificable silencio”¹¹⁶.

Para demostrar su perplejidad, el propio ZAFFARONI en conferencia realizada en 19.09.2012 en la Universitat de Barcelona hizo una cuenta sencilla: mientras la criminología viene ocupándose de los llamados “delitos callejeros” (o sea, los delitos cotidianos, de calle), ella dejó pasar el hecho de que 1 (una) a cada 50.000 (cincuenta mil) personas alrededor del planeta fue víctima por actos masivos estatales¹¹⁷.

Presente esa brutal realidad, ZAFFARONI y MORRISON sustentan la necesidad de idealizarse una “criminología global en un mundo globalizado”, o sea, solamente será posible concebir una ciencia criminológica real con un redimensionamiento del papel de la

¹¹⁴ *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, op. cit., Presentación, p. IX-XXIV.

¹¹⁵ MORRISON cita la definición de “genocidio” de RAPHAEL LEMKIN, para quien el termino representa “un plan coordinado de diferentes acciones que apuntan a la destrucción de los fundamentos esenciales de la vida de los grupos nacionales, con el objetivo de aniquilar a dichos grupos. El objetivo de semejante plan sería la desintegración de las instituciones políticas y sociales de cultura, idioma, sentimientos nacionales, religión, situación económica, de los grupos nacionales; y la destrucción de la seguridad personal, la libertad, la salud, la dignidad, e incluso las vidas de los individuos pertenecientes a tales grupos... El genocidio se dirige a los individuos, no en su capacidad individual, sino como miembros de un grupo nacional” [Lemkim 1944:79] (*Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, op. cit., p. 89).

¹¹⁶ En este sentido cf. texto de los investigadores ALEJANDRO FORERO CUÉLLAR y CAMILO ERNESTO BERNAL SARMIENTO del *Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans* (OSPDH) de la Universitat de Barcelona: *Redefiniendo la Cuestión Criminal: Crímenes de Estado, Atrocidades Masivas y Daño Social. Presentación*. Disponible en [http://www.academia.edu/4706839/Redefiniendo la cuestion criminal crímenes de Estado atrocidades masivas y dano social. Presentacion](http://www.academia.edu/4706839/Redefiniendo_la_cuestion_criminal_crímenes_de_estado_atrocidades_masivas_y_dano_social.Presentacion) (acceso en 18.11.2013).

¹¹⁷ Video disponible en: <http://vimeo.com/50752711> (acceso en 22.03.2015). La cuenta de ZAFFARONI nos muestra una realidad brutal, mismo sin considerar la llamada victimización secundaria o en “rebote”: la de los sobrevivientes, de los familiares, de los amigos y del alrededor social. Aquellos que sobreviven a actos de terror pasan a vivir como si estuvieran muertos en vida y temen por su futuro, como es el caso de “Pepe”, un señor víctima del ETA (Euskadi Ta Askatasina – Patria Basca y Libertad) en el atentado ocurrido en Murcia (disponible en: <http://www.youtube.com/watch?v=VYmyHbGh40A>, acceso en 16.11.2013).

criminología frente a un “mundo global”. En otras palabras, es necesario estudiar con profundidad fenómenos como el genocidio, que son “justificados” en un estado de excepcionalidad, para que se forme una criminología con sensibilidad para explicar la ascensión de un “derecho penal de excepción” en la actualidad¹¹⁸, y de ofrecer alternativas para un viraje epistemológico en el ámbito del derecho penal y de la criminología.

Esa necesidad de cambio de paradigma empezó a ser sustentada por la vertiente crítica de la criminología antes referida, sin embargo, MORRISON fue adelante a fin de proponer que, a través de la modificación en la forma de estudiar el fenómeno criminológico pasará a ser posible, poco a poco, dar voz a las víctimas, que sufrieron y sufren con las acciones y omisiones estatales.

Haciendo una analogía más lúdica, es como si la criminología tradicional fuera el viento que arrastra el ya mencionado *Angelus Novus* de PAUL KLEE y la criminología crítica una fuerza en sentido reverso, que intenta fijar a los pies del ángel para oír las voces del pasado. Para MORRISON, solamente será posible estudiar soluciones reales analizando, de manera crítica, todo lo que fue hecho en el pasado para alcanzar el llamado “progreso”. Ese proceso de rescate de la “memoria”, especialmente de las víctimas del pasado, es imprescindible para hacer frente, de forma más eficiente, a los desafíos del presente¹¹⁹.

Con respaldo en la crítica sugerida por MORRISON, hacemos las siguientes consideraciones.

Primeramente, es necesario constatar que la criminología tradicional actualmente predominante en los ordenamientos jurídicos dichos “occidentales” (como es el caso de Brasil) no está en conformidad con una realidad de “mundo globalizado”. Eso porque ella

¹¹⁸ En la realidad, el llamando “derecho de excepción” nació para tener fecha de validez y un objetivo puntual: actuar en los periodos críticos de terrorismo y de lucha contra la mafia. Sin embargo, tal estado de excepcionalidad prosigue en la actualidad, extendiéndose y ramificándose para abarcar otros delitos, que no tienen cualquier relación con el terrorismo y con el crimen organizado. RIVERA BEIRAS observa que el miedo y el terror actualmente son importantes “elementos de gobernabilidad” [Entrevista intitulada *La Universidad tiene que jugar un papel importantísimo en la cárcel*. Disponible en: <http://www.ffyh.unc.edu.ar/alfilo/la-universidad-tiene-que-jugar-un-papel-importantisimo-en-la-carcel/> (acceso en 25.03.2015)]. Ya FERRAJOLI llama ese fenómeno de “otras emergencias”, que hace con que ese carácter excepcional extiéndase al caso de la inmigración, fuertemente combatida en el ámbito de los países europeos (*Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, op. cit., p. 831). Aunque el tema “inmigración” sea de suma importancia, no será profundizado en el presente trabajo, puesto el alcance diferenciado de esta investigación, más enfocada en la realidad brasileña.

¹¹⁹ Cuando trata de los acontecimientos sucedidos en Argentina en la Década de 1970 PILAR CALVEIRO afirma que: “... aunque se trata de sucesos que ocurrieron hace apenas treinta años, lo que en términos históricos no representa un período demasiado largo, parecen haber sucedido – y de hecho sucedieron – en otro milenio. ¿Qué tanto ha cambiado el mundo y el país en estas tres décadas? Mucho y nada...”. La afirmación es potente, en vista de que vivimos, sin darnos cuenta, en permanente estado de *déjà vu*. Pensamos que tragedias como el Holocausto hacen parte de un pasado distante, cuando en la realidad asistimos todos los días – y prácticamente sin nos sensibilizar – a eventos con similar potencialidad de daño social, como es el caso de la caótica situación carcelaria brasileña (*Política y/o Violencia: Una Aproximación a la Guerrilla de los Años 70*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2008, p. 10).

solamente logra ofrecer explicaciones de índole individual y no colectiva. Prueba de eso es el hecho de que en tribunales como Nuremberg fueron juzgados hombres y sus hechos particulares. Sin embargo, esas personas juzgadas y condenadas hacían parte de un engranaje mucho más compleja, legitimada por leyes que “banalizaron” el mal y lo cambiaron en algo “banal”, “trivial” e incluso “legal”, como constató HANNAH ARENDT en muchas de sus obras, con destaque para el análisis del juzgamiento de Otto Adolf Eichmann en la obra *Eichmann en Jerusalén*¹²⁰.

Como consecuencia del descompaso entre la criminología tradicional y la realidad global, el lenguaje criminológico registra cada vez más descrédito en un mundo globalizado, justamente por haber reducido un “proyecto gubernamental a reclamaciones sobre individuos y criminalidad”¹²¹.

La respuesta para acontecimientos como el Holocausto, el 11 de septiembre de 2001 (11-S) y tantos otros crímenes contra la humanidad necesita ser global, a través de una justicia global, que efectivamente puna con rigor a los Estados. Esa justicia, según MORRISON, debe de tener el respaldo de una política global legítima y no la que atiende estrictamente a algunos intereses y utiliza la responsabilidad y la demonización de pocas personas y situaciones (“chivos expiatorios”) como forma de demostrar públicamente la expiación social de todos los males¹²². Tal mecanismo, además de no se coadunar con un panorama de justicia global, es forma subrepticia de promover el control y la neutralización de los estratos sociales, justamente aquellos que más deben ser escuchados si el interés es mismo de alcanzar a la utópica “justicia global”¹²³.

En el mismo sentido defendido por MORRISON, los investigadores del “Observatori de Sistema Penal i els Dret Humans” de la Universitat de Barcelona ya advirtieron sobre la necesidad de reforzar la salvaguardia de un derecho penal, que persiga acciones y no ideologías o individuos determinados¹²⁴. En un mundo globalizado, debe prevalecer el respeto por las diferencias, para que no nos incidimos en el mismo equivoco que transformó el proyecto de “limpieza del mundo” de Hitler en una tragedia sin precedentes. Según los investigadores:

¹²⁰ El análisis más detallado del legado de ARENDT, especialmente a su concepto de “banalidad del mal” presente en la obra *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal*, será hecho en el transcurso de esta investigación.

¹²¹ *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, op.cit., p. 319.

¹²² Arriesgamos, aún, decir que la criminalidad cotidiana fuertemente punida, en especial los delitos patrimoniales y los de tráfico de estupefacientes, es potencializada por las inúmeras omisiones estatales en áreas en donde el Estado debería actuar de forma contundente (salud, educación, seguridad, entre otras), que son atribuciones estatales por excelencia.

¹²³ BARATTA ya se manifestaba respecto a la necesidad de la criminología dar voz a los estratos más desfavorecidos de la sociedad (*Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, op. cit., p. 209 y siguientes).

¹²⁴ *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, op.cit., p. XLVII.

... Ir más allá de la criminología implica dos tareas urgentes: La primera, recuperar la capacidad de análisis transdisciplinario de los daños sociales y de la criminalidad incorporando los conocimientos y las herramientas teóricas de muchas disciplinas (como la sociología, la ciencia política, la economía, la psicología y la propia semiología), dando paso a un modelo realmente integrador que rompa con el enclaustramiento y la ceguera analítica. Y la segunda, abrir la puerta del horizonte cognoscitivo de la disciplina al estudio de los crímenes internacionales, y más allá de las definiciones legales, al análisis de los procesos de creación y posible control de daños sociales de gran impacto generados por la globalización de los mercados, la mercantilización de la salud y la seguridad alimentaria de las personas e incluso la progresiva degradación del medio ambiente y del planeta Tierra. Quizás se corra el riesgo de que se pierdan los confines clásicos de la criminología¹²⁵ en esta tarea de encontrarle un nuevo rumbo; quizás ello implique ganar un espacio disciplinar más cómodo para recuperar la dignidad de los seres humanos frente al poder y la atrocidad¹²⁶.

Además de eso, y con base en la obra de MORRISON, es posible evolucionar para afirmar que existe una relación íntima – y por qué no decir promiscua – entre política y violencia, públicamente legitimada y que encuentra respaldo en saberes, como los ofertados por la criminología tradicional. Es justamente esa dinámica que merece ser rota, a fin de alcanzar una situación de “justicia global”, preconizada por el autor.

El punto alto de la obra de MORRISON es su afirmación de que hay un verdadero “apartheid criminológico” en la criminología, que solamente se ocuparía en registrar datos domésticos (justamente por haber sido construida alrededor de un “mundo de hechos políticamente confinados”¹²⁷ en el llamado “espacio civilizado”¹²⁸), excluyendo, de forma

¹²⁵ Con el surgimiento de una vertiente crítica y global de la criminología nace todo un debate respecto a la necesidad de destacar la criminología Global para formar parte de una disciplina epistemológicamente apartada de la criminología tradicional, a fin de que las garantías procesales que esta ofrece – derecho penal mínimo, principios de la fragmentariedad, de la *última ratio*, del juez natural, de la legalidad, entre otros – no corran riesgo de ser aniquiladas. Tal debate, aunque absolutamente interesante y actual, no será objeto de esta investigación debido a la limitación de su alcance. Sobre el tema cf. FERRAJOLI, Luigi. Criminología, Crímenes Globales y Derecho Penal: el Debate Epistemológico en La Criminología Contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2-13, n. 4, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/5524/7543> (acceso en 22.03.2015).

¹²⁶ *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, op.cit., p. XLIX.

¹²⁷ *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, op.cit., p. 62.

¹²⁸ Para MORRISON “...una criminología crítica – y coincidiendo con Young acerca de que cualquier buena criminología sería crítica – en la actualidad no puede estar atada al *nomos* del mundo que creó un conjunto de espacios sociales civilizados y no-civilizados”. Este fragmento es extraído del artículo del autor intitolado *La imaginación criminológica bajo la globalización: recordando lo desaparecido*, insertando en la excelente colactánea *Delitos de los Estados y los Mercados y daño social: debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal*, coordinada por RIVERA BEIRAS [Barcelona: Anthropos Editorial; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona (OSPDH), 2014, p. 248]. Según RIVERA BEIRAS, referida obra fue gestada como un intento de incremento de la producción científica respecto a esa nueva e importante criminología crítica y global (p. 5).

inexplicable, acontecimientos como los genocidios, que forman, como ya afirmado, un verdadero “punto ciego” en la ciencia criminológica, que necesita urgentemente ser reparado. Esa limitación de visión revelase inadmisible en un mundo global, una vez que, como afirmado por ZAFFARONI cuando presenta la obra de MORRISON, una ciencia pretensamente de la realidad jamás podrá “pasar indiferente frente a muchos millones de cadáveres”¹²⁹ o, según los investigadores del “Observatori de Sistema Penal i els Drets Humans” de la Universitat de Barcelona, “perseguir solamente al ladrón e ignorar las atrocidades masivas”¹³⁰.

Es también interesante constatar – y aquí tal vez esté una de las conclusiones más importantes de su trabajo – que MORRISON no se refiere a la palabra “terrorismo”, hoy mucho estigmatizada como representando solamente un ataque al llamado “espacio civilizado”, como es el caso del perpetrado a las torres gemelas (el ya mencionado 11-S). Sin cualquier intención de menospreciar a la magnitud de ese evento, el hecho es que revela, solamente, una de las múltiples facetas que el término “terrorismo” puede asumir. Para MORRISON, el terror también está presente en diversos actos cotidianamente asistidos y prácticamente invisibles, pero que tienen profundo “carácter dañoso” social, como es el caso de la cuestión penitenciaria, que no recibe de las autoridades, tampoco de los medios de comunicación, la debida importancia¹³¹.

La gran lección que se extrae de la obra de MORRISON es la de que la cuestión criminológica es mucho más compleja y necesita, con extrema urgencia, ser enfrentada, sea por la criminología que viene sistemáticamente manteniéndose inerte a los problemas decurrentes de un mundo global, sea por otra rama del conocimiento (para aquellos que, como ya brevemente referido, defienden el rompimiento epistemológico de la tesis global para que forme una disciplina autónoma). Se muestra urgente un cambio de paradigma para que los crímenes de Estado (materializado, incluso, en sus sistemáticas omisiones) pasen a sufrir una máxima y efectiva punición, de ámbito global y no meramente local, priorizando la recomposición de las víctimas de los mandes y desmandes estatales. En este punto se muestra relevante justamente el constitucionalismo y el tras-constitucionalismo, que antes fue analizado.

La dificultad para desarrollar un sistema de punición de la criminalidad de Estado, así como ocurre en el caso de los crímenes de “cuello blanco”, es el hecho de que los actos de ellos decurrentes no son socialmente vistos como graves a punto de atraer la aplicación del derecho penal, razón por la cual reciben constantemente el rotulado de meras infracciones

¹²⁹ *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, op.cit., p. XII.

¹³⁰ *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial*, op.cit., p. XXX.

¹³¹ Sobre el concepto de “daño social”/“social harm” cf. PEMBERTON, Simon. Social Harm Future (s): Exploring the Potencial of the Social Harm Approach. *Crime Law Soc Change*, 2007, n. 48, p. 27-41.

administrativas que, en la dicción de SUTHERLAND, solamente demandarían la aplicación de multas y sanciones de naturaleza también administrativa.

El público en general no siente el problema – y no se revuelve – justamente porque no toca directamente al cotidiano de cada ciudadano. Además de eso, el responsable por un delito de cuello blanco, por ejemplo, normalmente es persona de buena reputación social, circunstancia que normalmente es considerada de forma favorable en la cuantificación de eventual pena a ser aplicada.

Aquí vale un paréntesis para destacar que, aunque haya una inercia generalizada de la población, a lo que se refiere a los crímenes de poder, en Brasil podemos contemplar dos fenómenos bastante particulares, que vienen contribuyendo para modificar esa mentalidad: el juzgamiento por el Supremo Tribunal Federal, del caso del “Mensalão”¹³² y la reciente apuración de los desvíos realizados en el ámbito de la PETROBRAS (importante empresa brasileña del sector petrolífero), que originaron a la “Operación Lava Jato”. Referida operación viene sistemáticamente indiciando inúmeros políticos y ejecutivos de contratistas que contractaron con la PETROBRAS, además de tener abierto la gama de investigaciones para alcanzar presidentes y expresidentes de la república, interfiriendo, incluso, en el proceso de impugnación de la presidente removida DILMA ROUSSEFF. En estas operaciones, aunque las críticas que puedan recibir, ya hay alguna señal de intento de responsabilización del Estado por actos practicados en detrimento de sus ciudadanos y de las empresas dichas estatales, que huye de lo que es el cotidiano en el derecho penal, que es la persecución y punición de la criminalidad de calle¹³³.

En la línea de qué fue destacado por SUTHERLAND¹³⁴, normalmente quien está por detrás de crímenes de Estado ejerce decisiva influencia en la concepción de las leyes penales, mucho más que las clases dichas desfavorecidas, lo que resulta en la distorsión del sistema y en su discapacidad de alcanzar a la criminalidad de Estado y del poder, haciéndose más difícil la responsabilización en este caso.

En suma, la criminología global de WAYNE MORRISON tuvo el mérito de desmitificar el fenómeno del “terror” y mostrar que él está cerca de nosotros, sea por la miseria que asola a gran parte del mundo, por el hambre, por la corrupción entrañada en las estructuras de poder y, por qué no decir, por las condiciones subhumanas de las cárceles (incluso los brasileños), derivada de la omisión sistemática del Estado en tratar – de forma efectiva y no

¹³² (Acción Penal 470, sentencia disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=236494>, acceso en 22.03.2015).

¹³³ Para comprender mejor a los casos citados cf. <http://exame.abril.com.br/brasil/noticias/mensalao-x-lava-jato-compare-os-casos-que-chocaram-o-brasil> (acceso en 22.03.2015).

¹³⁴ *White-Collar Criminality*, op. cit.

meramente paliativa – con eso importante problema. Y el hecho de conocer y tener conciencia de esa realidad es una de las claves para su modificación.

En el próximo capítulo haremos una aproximación con la realidad brasileña, a fin de demostrar la influencia del pensamiento criminológico positivista en nuestro cotidiano.

2.3.4. Criminología crítica en Brasil

Por más que las tesis antes presentadas sean bastante seductoras, no es posible simplemente adoptarlas sin considerar a las peculiaridades del contexto latinoamericano, especialmente el brasileño. Como mencionado anteriormente, Brasil es un país relativamente reciente y que, mismo en pleno siglo XXI vive en la dinámica de la “casa grande” y de la “senzala”, en la cual el indio y el negro serían nuestros primeros delincuentes, en razón especialmente de características congénitas.

Esa metáfora dice mucho. Brasil fue objetivo de una colonización de exploración, en la cual el pueblo colonizado ya era tenido como inferior (a partir de argumentos antropológicos y evolucionistas) por el europeo colonizador¹³⁵. Tanto que la deportación para la América era considerada pena en algunos países de Europa.

Además de eso, y como bien destacado por CAMILA CARDOSO DE MELLO PRANDO, tanto la Constitución de 1824¹³⁶ como el Código Penal Brasileño de 1830¹³⁷ y el Código de Proceso Penal de Primera Instancia de 1832 combinaban matrices liberales contractualistas (influencias europeas) con matrices disciplinarias, calcadas en argumentaciones

¹³⁵ Sobre la consolidación de la antropología criminal en el periodo poscolonial cf. DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología* [título original: América Latina y su criminología, trad. Francisco Eduardo Pizzoante y Sylvia Moretzsohn. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004 (Colección Pensamiento Criminológico; 9), p. 172 y siguientes]. Según la autora en el Siglo XIX, “... las ideas evolucionistas y raciales, tan de moda en esa época, eran la principal sustentación de la antropología criminal. Para las clases dominantes de la América Latina sería la mejor explicación para justificar al surgimiento de los ‘resistentes’ a la ‘orden’, cumpliendo así esta nueva ciencia una importante función ideológica, precisamente porque estos países eran formados por diferentes grupos raciales” (p. 173). La antropología criminal correspondía, por lo tanto, al racismo difundido en la América Latina al final del siglo XIX. Y lo más flaco desempeño económico latinoamericano se daría, según la antropología criminal, por cuenta de la componente racial, que impediría la superación de la exploración y, por consecuencia, viabilizaría su continuidad.

¹³⁶ Sobre la influencia del liberalismo en la Constitución Brasileña de 1824 cf. VASCONCELOS, Diego de Paiva. *El liberalismo en la Constitución Brasileña de 1824*. Disertación presentada a la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza, 2008. Disponible en: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp049092.pdf> (acceso en 25.04.2017). El autor menciona el paradójico liberalismo brasileño, basado en lo que llama de “absolutismo constitucional”, que perduraría durante toda la etapa del primer reinado. Ejemplo de ese paradojo es la creación del llamado “poder moderador”, pretensamente “neutro” (deber-ser), pero que permitía la intervención del monarca en todas las funciones del Estado, en verdadera actitud déspota (“ser”). Vale recordar también que el art. 162 de la CF/1824 instituyó la figura del “juez de paz”, que reunía diversas funciones, incluso policiales.

¹³⁷ El Código al mismo tiempo que vehiculaba en su art. 1° el aclamado principio de la legalidad en materia penal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*) preveía en el art. 44 la “pena de galés”, en la cual los reos estarían sujetos a andar con “calceta en el pie y cadena de hierro”.

etiológicas. En ese particular, debemos recordar que la esclavitud era adoptada como el modelo productivo a la época, siendo Brasil uno de los últimos países a formalmente abolirla. Una verdadera contradicción entre discurso liberal *versus* discurso autoritario, mucho por cuenta de la adopción de la esclavitud, reconocida incluso jurídicamente¹³⁸. En Brasil el esclavo ostentaba el *status* de "cosa", de "propiedad", tanto que, según observa VERA MALAGUTI BATISTA, el secuestro de esclavos era considerado hurto¹³⁹.

Acerca de la esclavitud, se tiene que ella ha tenido influencia directa en el modelo de criminología predominante y, consecuentemente, en la ejecución penal hoy en vigor. Según JOSÉ LUÍS SOLAZZI, el *orden del castigo* históricamente ha determinado diferentes legitimidades a las prácticas de dominación y subordinación construidas desde el régimen esclavista brasileño, siendo ese orden capaz de mapear el origen de nuestra sociabilidad autoritaria. Este perfil autoritario perdura hasta hoy, a pesar de tentativas de introducción de una perspectiva criminológica crítica en la década de 1970 por nombres de peso en Brasil, como ROBERTO LYRA¹⁴⁰, que fue un gran defensor de la necesidad de cambio de la dinámica penal positivista-eugenicista.

Según SOLAZZI, desde la época de la independencia, cuando aún estaba en vigor el régimen esclavo, la clase dominante se ocupaba del problema relacionado con los llamados "enemigos internos" (lea: africanos y culturas tribales centenarias recalcitrantes) y la solución para evitar rupturas en el proceso sería un "acuerdo de liberación futura", que haría que ese contingente recién liberado y marginado sirviera a los propósitos de la nación emergente, como mano de obra en los cultivos y en las industrias urbanas¹⁴¹. Así, esas personas seguirían marginadas mientras se trazaba un plan de homogeneización físico-genética de la población, incluso con el estímulo a la inmigración europea, mediante la subvención de colonias agrícolas.

La liberación de los esclavos, por lo tanto, no les proporcionó derechos. Aun citando a SOLAZZI, el castigo aún era tolerado y si el castigado resolvía eventualmente denunciar los malos tratos, su testimonio no era aceptado como prueba jurídica. Tampoco una eventual condena a muerte podría ser objeto de apelación.

La práctica disciplinaria en el contexto post-esclavista es caracterizada, por un lado, por la defensa social y por la selectividad policial y penal sobre esa población pretendidamente libre y considerada "enferma" o "anormal" desde el punto de vista médico-sanitarista (el

¹³⁸ MELLO PRANDO, Camila Cardoso de. La contribución del discurso criminológico latinoamericano para la comprensión del control punitivo moderno. *Control penal en la América Latina*. In *Veredas del Derecho*. Belo Horizonte, v. 3, n. 6, junio-diciembre de 2006, p. 86.

¹³⁹ BATISTA, Vera Malaguti. *Introducción crítica a la criminología brasileña*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011, p. 96.

¹⁴⁰ SOLAZZI, José Luís. *A ordem do castigo no Brasil*. São Paulo: Imaginário: Editora na Universidade Federal do Amazonas, 2007, p. 245 e siguientes.

¹⁴¹ *A ordem do castigo no Brasil*. Op. cit, p. 103.

mestizaje por ejemplo, sería un indicio de propensión criminal) y, por otro, por la enorme dificultad de imposición de castigos a tenedores de cargos políticos, lo que se verifica hasta hoy, no obstante esa dinámica viene siendo invertida, con sus aciertos y errores, a través de los innumerables procesos en que si pretende combatir la corrupción¹⁴².

Además de la variable racial, tenemos que tener en mente que somos considerados una “sociedad periférica”, en la cual la pena de prisión *originalmente* no estaba relacionada a la disciplina de las masas marginalizadas en el mercado de trabajo, tal cual ocurría en la Europa occidental¹⁴³. Eso porque la población brasileña era mayoritariamente rural y no había prácticamente industrialización, que llevó inicialmente al desarrollo de nuevas categorías de control punitivo diversas de la prisión.

En otras palabras, existía la justicia importada de Europa, aplicada en las ciudades, y la justicia local, regulada por la “ley del más fuerte” y vigente en las zonas rurales, con penas no oficiales (y en la mayoría de las veces crueles, como las previstas en las Ordenaciones Portuguesas, típicamente de carácter absolutista – látigo, tronco, entre otras) aplicadas básicamente de forma privada, por los latifundistas a los pueblos antropológicamente tenidos como inferiores – negros e indios¹⁴⁴. Era lo que se llamaba de sistema de “control paralelo o subterráneo”. Luego, tanto el estado/gobierno central como el particular (el señor del latifundio) detenían el monopolio de la violencia y ejercían el control de la población, siendo ambos considerados núcleos del poder punitivo.

En esta ocasión, y como bien destacado por MELLO PRANDO, conceptos como el de “panóptico” no se aplicaban a la realidad brasileña, especialmente porque el volumen de la población carcelaria era diminuto, pues, como ya afirmado, la cárcel era pena típicamente aplicada a la población en las grandes ciudades, siendo que la mayor parte de las personas en el Brasil colonial vivía en la zona rural, sometida al poderío de los latifundistas de tierra (los coroneles, señores de ingenio, entre otros)¹⁴⁵.

En el Brasil colonial, el control privado ejercido por el latifundio sobre los habitantes de las zonas rurales (incluidos los esclavos e indígenas) era el principal y solamente complementado por el control punitivo estatal, siendo que esa dinámica solamente fue revertida en el siglo XIX con el proceso de urbanización brasileño¹⁴⁶. Digo *revertida* pues el control privado y subterráneo ejercido por los señores en las zonas rurales siguió existiendo como estrategia de perpetuación de las formas de dominación de cuño eminentemente

¹⁴² *A ordem do castigo no Brasil*. Op. cit., p. 115 e seguintes.

¹⁴³ MELLO PRANDO, Camila Cardoso de. Op. cit., p. 86.

¹⁴⁴ Cf. DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. Op. cit., p. 165-166.

¹⁴⁵ MELLO PRANDO, Camila Cardoso de. Op. cit., p. 87.

¹⁴⁶ MELLO PRANDO, Camila Cardoso de. Op. cit., p. 88.

racista¹⁴⁷. Además, penas crueles (como la de galés, bien como la aplicación de castigo a los esclavos en los centros de las ciudades) son institucionalizadas e, incluso, tornadas públicas. Existía, por tanto, una relación de complementariedad entre control privado (subterráneo) y público (oficial), control este que, en la mayoría de las veces era selectivo y tenía por foco alcanzar a aquellos pueblos tenidos por inferiores¹⁴⁸. Necesario resaltar con BERGALLI que esas formas “no oficiales” y marginales de control social siguieron existiendo paralelamente al control penal institucionalizado, evidenciando un verdadero “terrorismo de estado”, sea por medio del autoritarismo gubernamental de las diferentes dictaduras latinoamericanas (que provocaron un sin número de muertes, desaparecidos y exilios), sea por medio de los grupos armados paralelos, que evidencia a una superlativa situación de violación a los derechos humanos¹⁴⁹.

Luego, entender que el origen de la pena privativa de libertad en Brasil se dio de forma diversa de la Europa y con objetivos distintos es la clave para pensarse en una criminología crítica específica para la realidad brasileña, que no sea solamente una mera “importación” de teorías extranjeras. En Brasil, las etapas históricas normalmente seguidas para explicar el control punitivo europeo – absolutismo y el poder sobre el cuerpo, seguido de modernidad/iluminismo y positivismo, con el poder sobre el alma – no obedecen a una secuencia y están presentes de forma simultánea en la génesis del sistema punitivo brasileño, siendo la primera presentada por la justicia privada/subterránea y la segunda por la justicia estatal, siendo importante puntuar que ambas eran aceptas. Además de eso, el proceso democrático instaurado en América Latina con el fin de las dictaduras no tuvo una evolución parecida con la europea o la norteamericana, prevaleciendo el populismo, que obsta el avance de la efectucción de los derechos humanos y fundamentales, y que invariablemente desagua en una situación de autoritarismo¹⁵⁰.

Como resaltado, en el Brasil Colonial y hasta Post-Colonial, la pena privativa de libertad no era la que predominaba, tal como ocurría en las estructuras europeas capitalistas. Y más: en consecuencia del carácter dependiente, no industrial y periférico de la sociedad brasileña, el surgimiento de pena privativa de libertad fue liderado por las clases dominantes (la llamada “minoría ilustrada”, en la dicción de ROSA DEL OLMO) no como consecuencia solamente del capitalismo (domesticación de cuerpos para mano de obra), sino para

¹⁴⁷ Sobre el tema cf. DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminología y racismo: introducción al proceso de recepción de las teorías criminológicas en Brasil*. Disertación presentada a la Maestría en Derecho del CPGD/UFSC. Florianópolis, 1998, p. 209.

¹⁴⁸ En este sentido es posible constatar junto con DEL OLMO la proximidad entre la criminología y la medicina legal, hecho que persiste hasta nuestros días (op. cit., p. 176).

¹⁴⁹ Cf. BERGALLI, Roberto. Poder político y derechos humanos en América Latina (autoritarismo y democracia). *Nuevo Foro Penal*, Colombia, marzo de 1989, n. 43, p. 90.

¹⁵⁰ Cf. BERGALLI, Roberto. Poder político y derechos humanos en América Latina (autoritarismo y democracia). Op. cit., p. 93 y 102.

incorporación al sistema económico internacional y, sobre todo, como estrategia de perpetuación del poder de las oligarquías, que descalificaba la llamada "alteridad", criminalizando a indios, negros y demás minorías y, más actualmente, a los grupos que, en la dicción de NILO BATISTA, "no encontraron lugar vago a la mesa del selecto banquete neoliberal"¹⁵¹.

En lo que se refiere al prisma socioeconómico del crimen en Brasil, GIZLENE NEDER utiliza como fuente de su investigación la ya citada obra de GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, según la cual la comprensión de los sistemas punitivos debe tener en cuenta el movimiento del mercado de trabajo en el período Post-Colonial. En Brasil el punto de partida sería el análisis del proceso de formación del mercado de trabajo a través de la articulación y diseminación de la ideología burguesa, y aquí cita el ejemplo de la dinamización de la industria cafetera, que mantiene el esquema de latifundio y la coerción sobre el trabajo (mediante intimidación de las llamadas *clases subalternas*), con la permanencia del *status quo* tradicional. La justificación para abordar el tema a través del análisis del delito correlacionándolo a la dinámica del mercado de trabajo es el hecho de que los integrantes de las clases subalternas más propensas a la comisión de crímenes no dispondrían de otro bien que no su propia fuerza de trabajo. Y la ejecución penal pudo ejercer el papel de obligar a los "delincuentes" a trabajar a cambio de su subsistencia¹⁵².

Luego, la criminología crítica, para adaptarse a la realidad brasileña, debe no solamente reconocer que nuestro sistema penal evidentemente tiene raíces ibéricas (debido a la asimilación durante el proceso de colonización), pero también necesita ampliar su objeto de estudio para abarcar la multiplicidad de sistemas de producción vigentes durante y después de la colonización brasileña, bien como los objetivos diversos de los procesos de criminalización, tendientes a perpetuar el poder de las clases oligárquicas, sea en la estructura colonial, sea durante el desarrollo del capitalismo y de la industrialización nacional.

También se hace necesario considerar que en América Latina en general y en Brasil en especial hay sistemas formales e informales de control social y de castigo (estos últimos resultantes de amplia desigualdad social experimentada en esos países), que demandan una mirada más amplia sobre el tema (algo impensable en otros contextos socioculturales), bien como la búsqueda de soluciones dentro de un marco no exclusivamente legalista¹⁵³.

¹⁵¹ BATISTA, Nilo. *Matrices ibéricas del sistema penal brasileño I*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002 – 1ª reimposición noviembre de 2013 (Colección Pensamiento Criminológico; 5), p. 23.

¹⁵² NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995, p. 25 e siguientes.

¹⁵³ En este sentido cf. GANALDÓN, Luis Gerardo. La criminología latino-americana: temas, perspectivas y políticas públicas en el tránsito del milenio. *Revista Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología*. Maracaibo, vol. 19, nr. 2 (abril-junio de 2010), p. 267.

Otra variable importante que considerar es el proceso de inmigración europea, fomentado en el periodo de la Segunda Guerra Mundial que, en la dicción de DEL OLMO, dislocó el problema de la *raza* para la *peligrosidad*, otra faceta del paradigma etiológico. Los europeos que ingresaban en Brasil eran eminentemente de raza blanca, debiendo haber un argumento que justificase su control. De ahí enaltecimiento del factor “peligrosidad” ostentada por los inmigrantes, que eran tenidos por “anarquistas” fugitivos de la justicia europea¹⁵⁴.

En razón del fenómeno inmigratorio, el espectro de la criminología fue ampliado en los años 1940 y siguientes, englobando no solamente a los dichos criminosos comunes, pero también a los “sujetos antisociales”, lo que aproximaba el concepto de “delincuente” al de “psicópata”, tesis que, según DEL OLMO, tuvo más fuerza en América Latina que en Europa. De ahí el origen de la consideración, aun en los días actuales, de la variable “personalidad” del sentenciado por el magistrado al momento de la dosimetría de la pena, bien como del factor “peligrosidad”, incluso para el mantenimiento o no de un decreto de prisión. Y, como puntuado por el Prof. RENÉ ARIEL DOTTI, “un sistema jurídico propio de un Estado Democrático de Derecho rechaza la peligrosidad como fundamento o límite de la pena, así como ocurre en los regímenes autoritarios cuando la imprecisión de las normas incriminatorias se hace cómplice con el carácter fluido del estado peligroso y permite la imposición de una sanción de carácter evidentemente preventivo”¹⁵⁵.

Aprovechando esa idea de “delincuente psicópata”, es necesario destacar otra importante peculiaridad del sistema penal latinoamericano destacada por DEL OLMO: la evidente contradicción entre el modelo adoptado en las legislaciones y en las codificaciones *versus* sistema de prisión adoptado en la práctica. En otras palabras, la inspiración para códigos como el Penal brasileño de 1830 fue la cultura jurídica europea, al paso que el “éxito” del sistema penitenciario americano inspiraba a la idealización del local de cumplimiento de las condenas. En las palabras de la propia autora “se mezclaba la *ciencia jurídica europea a la ‘técnica de tratamiento’ norteamericana*” (los Estados Unidos se encargarían de la organización de los cuerpos policiales del Hemisferio Sur), pero adaptándolas y deformándolas a fin de hacerlas racionales en el contexto latinoamericano¹⁵⁶. Este paradojo está justamente reflejado en la ineficiencia del sistema penal y procesal penal como un todo, donde la prisión es rápida (véase el enorme número de detenidos provisorios), sin embargo, el proceso es complejo y lento. Y, de acuerdo con

¹⁵⁴ Op. cit., p. 179 y siguientes.

¹⁵⁵ Cf. DOTTI, René Ariel. Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño. *Bulletin de la Société internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste – cahiers de défense sociale*. Edición en Homenaje a Louk Hulsman. 2003. Disponible en: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/11966-11966-1-PB.pdf> (acceso en 01.07.2017), p. 9.

¹⁵⁶ Cf. DEL OLMO, Rosa. *América Latina y su criminología*. Op. cit., p. 168 y siguientes.

DEL OLMO, la ya mencionada aproximación del delincuente al psicópata es demasiado oportuna para justificar a la detención indefinida del individuo con base a su “estado peligroso”, que hace con que la lentitud de los juzgamientos deje de ser preocupante¹⁵⁷.

Esa noción de existencia de un control punitivo institucionalizado y otro velado/subterráneo se muestra presente desde la época de la colonización hasta los días de hoy. Es lo que ZAFFARONI designa por *realismo criminológico marginal*, cuyo marco interpretativo son los conceptos de *dependencia* del poder central y del *poder controlador disciplinario* oficial y no oficial, típico de sociedades dichas periféricas, como es el caso de Brasil. Una vez que, como constata, ni la esclavitud, tampoco la industrialización, poden ser considerados como pasos originariamente dados por países latinoamericanos. Son fenómenos que surgieron en consecuencia de las necesidades e intereses del poder central y que tornan el sistema penal de esos países altamente selectivo y, vía de consecuencia, arbitrario. Aquí el proceso de verticalización no se dio para disciplinar y generar mayor productividad y acumulación de capital, pero sin para refuerzo de los vínculos de dependencia con el poder central¹⁵⁸.

ZAFFARONI concluye que el mayor número de muertes en América Latina resulta de la acción y de la inacción de las propias agencias estatales, sea por las ejecuciones llevadas a cabo sin procesos, sea por la omisión estatal en sectores como el de la salud, y hasta mismo considerando el número de muertos en el tráfico, hecho presente cotidianamente e ignorado por el sistema penal, además de banalizado socialmente. Eso sin considerar la omisión, que culminó en la triste realidad de las prisiones especialmente las brasileñas, que espejan nuestra realidad genocida y socialmente poco percibida (aquello que ZAFFARONI designa por *entorpecimiento mental por cotidianeidad trágica*)¹⁵⁹. Luego, la alta selectividad del sistema penal latinoamericano genera situación de verdadera arbitrariedad de lo que será criminalizado, razón por la cual ZAFFARONI entiende que, del contrario de lo que puebla el imaginario común, el juez ostenta un poder mucho más aparente que real, ya que poco influye en la amplia selectividad del sistema penal¹⁶⁰. Basta ver que a cada acción más intensa del Poder Judicial hay una instantánea reacción de las instancias de poder, siendo el ejemplo más reciente el proyecto de ley que altera la configuración del crimen de abuso de

¹⁵⁷ Op. cit., p. 218.

¹⁵⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina. El poder punitivo del Estado*. Criminología crítica y control social, 1993, p. 63-74. Disponible en Neopanopticum www.neopanopticum.worldpress.com (acceso en 28.04.2017).

¹⁵⁹ En este sentido, la reflexión antes realizada sobre la obra de WAYNE MORRISON sobre la criminalidad de Estado y de poder es absolutamente fundamental para la comprensión del contexto latinoamericano, en especial el brasileño.

¹⁶⁰ Op. cit., p. 66.

autoridad (Proyecto de Ley del Senado n. 280/2016) y en lo cual se pretende la criminalización del llamado “crimen de hermenéutica” o de interpretación de la ley¹⁶¹.

La gran lección de ZAFFARONI es que nuestra caótica situación en materia penal y de política criminal no puede no dar el lujo de permanecer al nivel de una crítica teórica. Es necesario aplicar en la práctica los discursos críticos dentro de un marco de concretización de los derechos humanos (o reducción de sus constantes y reiteradas violaciones), que aproxima la criminología de la propia política criminal. En otras palabras, el sistema penal y de ejecución penal debe de ser tratado dentro del marco de enorme desigualdad económica y social, que asola países latinoamericanos como Brasil, que demanda un énfasis en la efectucción de los derechos humanos, dentro y fuera de la cárcel. Por lo tanto, y como veremos más adelante, los tratados internacionales de derechos humanos deben de tener fuerza normativa coercitiva y no meramente instrumentos ornamentales y retóricos que, no obstante, ratificados, no son debidamente conocidos y, vía de consecuencia, aplicados. En este sentido, la criminología, para esta adaptada a nuestra realidad, no puede desvincularse de las políticas criminales y sociales, a fin de que una situación de mayor dignidad alcance a los estratos más vulnerables de la población.

Pero el lector puede aquí preguntarse: pero entonces ¿Cuál es la diferencia entre la criminología de los países llamados “centrales” con aquellos inherentes a las naciones periféricas?

De hecho, el marco de los derechos humanos debe ser considerado, en cualquier caso. Sin embargo, es justamente en las sociedades dichas periféricas que la concretización/efectuación de esos derechos es más débil, principalmente considerando que, así como ocurre en muchos países de América Latina que vivenciaron a partir de la década de 1970 periodos dictatoriales y de regímenes militares, la democracia brasileña es fenómeno reciente y que viene, en tiempos actuales, enfrentando una crisis de identidad manifestada en la crisis política, ya mundialmente conocida.

Y, frente a la peculiar situación de nuestro País, teorías europeas como de la “reserva del posible” (referenciada en la secuencia de esta investigación) no pueden ser simplemente aplicadas en un contexto como el brasileño, donde falta prácticamente todo en materia de respecto a los derechos humanos, especialmente de las personas privadas de libertad. Basta analizar a las condiciones caóticas de las cárceles distribuidas por este País para percibir que no existe cualquier atendimento a derechos humanos y fundamentales en este ámbito. Luego, en vez de contener a la criminalidad, la encarcelación, sin cualquier otra política criminal direccionada a la concretización – y por qué no decir democratización – de derechos humanos, el sistema simplemente la potencializa y hace con que la sensación de

¹⁶¹ Más adelante volveremos al tema del PLS 280/2016 y del llamado “crimen de hermenéutica”.

aprisionamiento se extienda dentro y fuera de los muros de la prisión y sea sentida no sólo por los detenidos, pero por quien no está en esa condición.

La cárcel en Brasil es, por tanto, un fenómeno social que abarca básicamente a los estratos más vulnerables de la población (los llamados “delincuentes fracasados”, en la dicción de ELÍAS NEUMAN¹⁶²) y que debe ser estudiado por la criminología, considerando que su concepto abarca no sólo la realidad intramuros, como – y principalmente – aquella *extramuros*. Esa constatación no es exclusiva de América Latina y de Brasil, pero es aquí mucho más evidente de que se observa en los países dichos “centrales”. Luego, una criminología de cuño nacional, adaptada a nuestra realidad, debe llevar en cuenta esa situación de absurda desigualdad, que hace con que derechos humanos sea privilegio solamente de pocos.

En este sentido, cabe referencia a la tesis de la “criminología radical” abogada en Brasil por nombres como de JUAREZ CIRINO DOS SANTOS que, partiendo de la premisa de que justicia económica y justicia penal son aspectos de un mismo fenómeno, defienden el dislocamiento de la perspectiva de la criminología crítica (y de la política criminal, ya que una no puede estar dissociada de la otra) para abarcar el punto de vista de las clases trabajadoras¹⁶³. Para esa teoría, la solución para la problemática del crimen es la construcción de un régimen verdaderamente socialista, con la transformación de la estructura social y la consecuente eliminación de la explotación económica y de la opresión política de clase, algo que, dentro de una perspectiva realista, es todavía utópico. Se trata, por tanto, de teoría absolutamente válida y que parte de una premisa correcta, sin embargo, aún sin apelo práctico justamente por ser mucho de vanguardia, ya que el capitalismo es una realidad, siendo necesaria la búsqueda de soluciones, posibles de ser implementadas dentro del sistema ora vigente. Pero que se puede extraer de verdadero y aplicable es la premisa que el “derecho penal igualitario” de base legislativa es un mito, ya que la ley es selectiva con relación a las conductas tenidas por criminosas y a los sujetos activos de esos crímenes: selección de tipos penales y sujetos estigmatizados, que resulta en una inevitable e intolerable adopción del llamado “derecho penal del autor”.

Dentro de una perspectiva de enorme desigualdad como la brasileña (con la cual tenemos que trabajar para encontrar soluciones *posibles*), se tiene que el “estigma” de detenido alcanza no solamente al ciudadano encarcelado, pero que lo acompaña cuando se

¹⁶² NEUMAN, Elías. El estudio de la criminología en Latinoamérica y la necesidad de soluciones prácticas. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, n. 3 extraordinario, abril de 1990, p. 275. Para al autor, aquellos que pueblan a las cárceles serían aquellas personas tenidas por no exitosas y resistentes al sistema, “... gente de abajo que no han accedido a los medios, servicios, cultura y, principalmente a satisfacer diariamente su estómago y a un hábitat decoroso” (p. 275), que no deja de caracterizar una delincuencia estereotípica.

¹⁶³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *La criminología radical*. 3ª ed., Curitiba: ICPC y Lumen Juris, 2008, p. 35 y siguientes.

le concede “libertad” y se extiende a su familia y a su alrededor. Del mismo modo, aquél ciudadano que, guiado por los medios de comunicación defiende el encarcelamiento en masa, no está seguro y, de una cierta forma, está encarcelado en su propia libertad, sin entender que la prisión desenfrenada y sin mayores criterios retroalimienta esa su sensación de privación, combatiendo a los efectos en vez de las causas del problema de la criminalidad.

Luego, en nuestra criminología “tupiniquim” posee como desafío ser crítica y global en una realidad democrática y post-régimen militar llena de peculiaridades, en que el paradigma etiológico centrado en la supuesta “inferioridad” de los grupos marginalizados y que no se encuadran en ese sistema posindustrial es lo que prevalece¹⁶⁴. Basta ver discusiones recientemente enfrentadas por el STF, como de la posibilidad de colecta de material genético de personas condenadas para alimentar banco de datos estatal¹⁶⁵ para percibir que el énfasis en los derechos humanos y en la dignidad de la persona detenida es un enorme desafío y un largo camino a ser recorrido para los que se dedican a discutir criminología en este País y a dar efectividad a ese catálogo de derechos y garantías.

Según SALO DE CARVALHO, para avanzar en la crítica con efectividad práctica es necesario cambiar la mentalidad de los operadores del Derecho. Y esto está todavía lejos de ser alcanzado, especialmente considerando que el programa didáctico de los cursos universitarios de derecho penal se restringe únicamente al Código Penal y al Código de Proceso Penal (el denominado “fetichismo legalista”), muy poco hablándose en los dispositivos constitucionales correspondientes. La constitución debería, desde su advenimiento, haber provocado una nueva elaboración del pensamiento jurídico-penal bajo la égida, por tanto, del paradigma constitucional de garantías, que es disociado del modelo oficial y enseñado en las cillas universitarias, que se fundamenta básicamente en la llamada “Constitución Federal criminalizadora”¹⁶⁶. Incluso, el autor se va más allá para decir que la “teoría agnóstica de la pena” (explicitada en el transcurso de esta investigación) fue adoptada por la CF/88, siendo que muy pocos operadores del sistema penal saben

¹⁶⁴ Según DEL OLMO en América Latina, salvo pocas excepciones, la criminología sigue siendo considerada una “ciencia causal explicativa”, que estudia el delito a través de la “personalidad” y peligrosidad del delincuente (op. cit., p. 194). Esa concepción viene en la práctica mostrando su vulnerabilidad en operaciones como la Lava Jato, en que los principales objetivos son personas tenidas como de buena personalidad y ninguna peligrosidad social.

¹⁶⁵ Proceso Relacionado: Recurso Extraordinario n. 973837/MG. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=341027> (acceso en 17.05.2017). Sin querer adelantar al mérito de la discusión, la práctica pretendida, de carácter eminentemente etiológico, depone en contra derechos fundamentales de los acusados en proceso penal, como la prerrogativa de no producir pruebas en contra sí (*nemo tenetur se detegere*).

¹⁶⁶ CARVALHO, Salo de. *Anti-manual de Criminología*. 6ª ed. (2ª tiraje), São Paulo: Saraiva, 2015, p. 59 y siguientes y 188. De ahí la importancia urgente del fenómeno del “constitucionalismo”, sintetizado líneas atrás.

exactamente de qué se trata. Para CARVALHO, “el delineamiento de las penas en la Constitución en momento algún coquetea con *finés, funciones* o *justificaciones*, indicando solamente *medios* para minimizar el sufrimiento impuesto por el Estado al condenado”¹⁶⁷.

Todavía no se habla en las cillas universitarias sobre criminología, estando destinada a ser asimilada por un grupo seleccionado de personas, notablemente en los pocos cursos de posgrado, que efectivamente tratan de la materia. Luego, el esquema normativo-etiológico positivista todavía está predestinado a ser perpetuado entre los estudiantes universitarios y futuros operadores del derecho. Yo misma solamente fui oír sobre criminología mucho después de formada, en cillas de posgrado y congresos especializados.

Y el paradojo de la situación es evidente: al mismo tiempo que la vertiente crítica de la criminología tiende, en sentido general, a democratizar la condición de la criminalidad para que trascienda a ciertos grupos sociales más vulnerables, la diseminación del saber criminológico desafortunadamente es todavía restringida y elitista y, en la mayoría de las veces (digo eso porque siempre hay excepciones a la regla general), solamente alcanza a aquellos que, como yo, tuvieron el privilegio de cursar posgrado en el extranjero. Luego, el acceso a la criminología en países como Brasil es un verdadero “lujo”.

En resumen: es necesario no solamente modificar el paradigma de la criminalidad (para que pase a enaltecer a los procesos de criminalización en vez del sujeto considerado en una matriz etiológica), pero, sobre todo, democratizar y diseminar el saber criminológico crítico, tarea que debe empezar mismo antes de la universidad, dejándose de ocultar la realidad histórico-social. Es un proceso de cambio de cultura a través, sobre todo, del enaltecimiento de la protección de derechos humanos y de la dignidad de la persona humana, alcanzados, en nuestra comprensión, por la vía de la “emancipación”.

2.3.5. Reflejos del pensamiento criminológico positivista sobre la estructura jurídica y la actividad del magistrado en Brasil

Presentadas algunas corrientes que diseñan la evolución de la criminología, bien como trazadas líneas sobre las peculiaridades brasileñas, que demandan una mirada criminológica diferenciada, pasan a ser fundamental comprender la praxis jurídica en América Latina, en especial en Brasil.

Volviendo a la variable racial/evolucionista/etiológica antes estudiada, ella inexorablemente, aunque de forma inconsciente, condiciona la actuación jurídica en el ámbito penal y de la ejecución de pena en Brasil. LILIA SCHWARCZ observa que los

¹⁶⁷ Op. cit., p. 260 (itálicos en el original). De acuerdo con el autor, “... en los incisos XLV, XLVI, XLVII, XLVIII y XLIX del art. 5° está trazada la forma constitucionalizada de imposición de las penas, balizada por las ideas de personalidad, individualización, humanidad y respecto a la integridad física y moral”, no habiendo en la CF/88 la universalización de cualquier tipo de *creencia punitiva* (p. 260-261).

modelos deterministas raciales fueron bastante populares en Brasil, aunque su interpretación se ha distorsionado para una adaptación a las peculiares locales. Según la autora "... aquí se hizo un uso inusitado de la teoría original, en la medida en que la interpretación darwinista social se combinó con la perspectiva evolucionista y monogenista. El modelo racial servía para explicar las diferencias y jerarquías, pero, hechos ciertos reajustes teóricos, no impedía pensar en la viabilidad de una nación mestiza"¹⁶⁸.

Dentro de esa perspectiva nacen las facultades de Derecho en Brasil, transformadas en sedes de las élites dominantes, pero que contenía un público originariamente poco acostumbrado al estudio ya la reflexión. Este perfil gradualmente fue cambiando, pero siempre en el sentido de buscar dar al Derecho un status "científico", con la penetración de toda una jerga evolucionista, con su distanciamiento de las demás ciencias humanas. En las palabras de SCHWARCZ se busca asociar el Derecho "... a las áreas que encontraban sólo leyes y certezas en sus caminos"¹⁶⁹. Esta dinámica surgida con las primeras facultades de Derecho en el país perdura hasta hoy, como se verá a lo largo de esta investigación.

En ese sentido de enaltecimiento de las leyes y de sus supuestas certezas, de fundamental importancia la lectura de los textos de ROBERTO BERGALLI, cuyo título es *La estructura judicial en América Latina*, y de JUAN BUSTOS RAMÍREZ, intitulado *Estructura jurídica y Estado en América Latina*¹⁷⁰. También nos basaremos en este apartado de las precisas observaciones contenidas en artículos del Profesor RENÉ ARIAL DOTTI acerca de la crisis del sistema penitenciario¹⁷¹. Los escritos antes mencionados, aunque producidos en la Década de 1980 (los dos primeros) y el último al año de 2003, cuentan con enorme – y asustadora – actualidad.

Según levantamiento realizado por la Casa Civil del Gobierno Federal al año de 2007¹⁷², Brasil tenía aproximadamente 200.000 (doscientas mil) leyes y normas. Del 2000 al 2010 fueron promulgadas 75.517 (setenta y cinco mil quinientas diecisiete) normas, que hace un promedio de 18 (dieciocho) por día¹⁷³. Proyectando estos números para la fecha actual obviamente el número de leyes es aún más grande. Sin embargo, la gran mayoría de esas

¹⁶⁸ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993, p. 65.

¹⁶⁹ SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. Op. cit., p. 142 e siguientes.

¹⁷⁰ Ambos los textos introducen la obra *Pena y estructura social*, de GEORG RUSCHE y OTTO KIRCHHEIMER, antes mencionada (op. cit., p. XVII-XLIV y XLV-LVII).

¹⁷¹ DOTTI, René Ariel. La crisis en el sistema penitenciario. Texto adaptado del artículo *La crisis del sistema penal*, publicado en la Revista de los Tribunales, vol. 768, p. 421 y s. 2003. Disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf> (acceso en 04.07.2017).

¹⁷² http://www.istoe.com.br/reportagens/3144_O+BRASIL+DAS+181+MIL+LEIS (acceso en 19.03.2015). El levantamiento, realizado en 2007, acusaba la existencia de 181.000 (ciento ochenta y una mil) normas legales.

¹⁷³ <http://oglobo.globo.com/politica/brasil-faz-18-leis-por-dia-a-maioria-vai-para-lixo-2873389> (acceso en 19.03.2015).

normas ya nace anacrónica, o sea, completamente desvinculada de la realidad social. Tal distanciamiento se debe a inúmeros factores, desde la falta de apuro en la técnica legislativa hasta el enorme tiempo que una norma debe gestar hasta ser puesta en vigor. De esa manera, Brasil contempla una enorme “basura legislativa”, que confunde a la cabeza de los aplicadores de las leyes, entre ellos el magistrado. Y esta inflación legislativa ha alcanzado en pleno al ámbito penal, siendo responsable, según RENÉ ARIEL DOTTI, por una especie de “derecho penal del terror” que posee como bandera el “preconcepto ideológico” y la “intolerancia religiosa”, que masifica la responsabilidad criminal¹⁷⁴ y hace que los operadores del Derecho (entre ellos el magistrado) continúen con la mentalidad carcelaria según la cual el no decreto de la pena privativa de libertad sería una inadmisiblesuavización del castigo¹⁷⁵.

Esa hinchazón legislativa no deja de ser consecuencia de la influencia del positivismo (y su paradigma etiológico) en la praxis jurídica. En el campo del derecho penal, el problema es aún más evidente. No se puede punir sin la existencia de ley que prevea el crimen (como preconiza el aforismo *nullum crimen nulla poena sine lege*). Por lo tanto, son promulgadas una infinidad de normas, muchas de las cuales absolutamente alejadas de la realidad social, que tienen como objetivo prácticamente único la punición del criminoso. Utilizando una analogía realizada por RENÉ DOTTI, el código penal se tornó una especie de centro antiguo de una ciudad, orbitado por inúmeras leyes (muchas de las cuales fomentadas por la bandera del “derecho penal del terror”). Tales leyes vehiculan una especie de “novelengua”, o sea, incorporan jergas técnicas muchas veces inaccesible al ciudadano común, dificultando la comprensión de la norma, cuyo lenguaje debería de estar al acceso de todos¹⁷⁶. Se trata, por lo tanto, de un rebuscamiento desnecesario del lenguaje utilizado en las leyes, visando nombrar de forma diferente a lo que ya existe y que podría ser expresado de forma mucho más simple.

Además de eso, no debemos de olvidarnos que, aunque Brasil contemple elecciones directas para los ocupantes del poder, la población no participa del proceso de creación de una norma. Esa dificultad está en la propia legislación. En el ámbito Federal, la Constitución de 1988 prevé la iniciativa popular en su art. 61, párrafo 2º, mediante la presentación, a la Cámara de los Diputados, de proyecto de ley suscripto por, como mínimo, 1% (un por ciento) del electorado nacional, distribuido por lo menos por 5 (cinco) Estados, con no menos que 3 (tres) décimos por ciento de los electores de cada uno de ellos. La

¹⁷⁴ DOTTI, René Ariel. La crisis en el sistema penitenciario. Op. cit. Según palabras del propio Profesor, la masificación de la responsabilidad criminal “... fomenta el ajusticiamiento social determinado por los estándares sensacionalistas de los medios de comunicación que subvierte el principio de la presunción de inocencia y alimenta la hoguera de la sospecha que es la justicia de las pasiones, consagrando la responsabilidad objetiva” (p. 2).

¹⁷⁵ SOLAZZI, JOSÉ LUÍS. *A ordem do castigo no Brasil*. Op. cit, p. 250 e seguintes.

¹⁷⁶ DOTTI, René Ariel. La crisis en el sistema penitenciario. Op. cit., p. 13.

consecuencia: poquísimas leyes que se originan de la iniciativa popular, que aleja el ciudadano común de las decisiones político-legislativa, bien como el Brasil de una realidad de “Estado Democrático de Derecho” (como se auto-intitula). Y más: los poquísimos proyectos que consiguen este expresivo apoyo popular (muy difícil de obtenerse en una nación con tanta amplitud territorial como Brasil), muchas veces son completamente desfigurados cuando tramitan por las causas legislativas – Cámara de los Diputados y Senado Federal. Basta ver lo que pasó con las llamadas “diez medidas contra la corrupción” que, en vez de cumplirse con su objetivo, fueron desvirtuadas de suerte a favorecer a los “crímenes de cuello blanco”¹⁷⁷.

Otro aspecto que considerar fue bien puntuado por BUSTOS RAMÍREZ¹⁷⁸: en América Latina (y aquí nos referimos particularmente a Brasil) el sistema legislativo es piramidal y la ley que se encuentra en su vértice (Constitución Federal) surge desde las instancias superiores de poder para abajo (movimiento centrípeto, de fuera para adentro), resultando en una falta de conformidad con la base, que muchas veces provoca la ruptura. Es el eterno problema del “deber-ser” legal *versus* el “ser” en la práctica, que forma el abismo entre lo que está previsto en la legislación y su efectucción en el mundo de los hechos.

Y no es sólo: aún según el renombrado Profesor RENÉ DOTTI, el gran problema de Brasil en materia legislativa en el ámbito de la ejecución penal no es ni la falta de normas y el anacronismo de muchas de ellas, pero sí una especie de “resistencia blanca” de los órganos públicos, indiferentes, cuando no hostiles, a las causas propias de esa categoría jurídica (de los detenidos)¹⁷⁹. De hecho, Brasil es signatario de inúmeros tratados y convenciones internacionales en materia de derechos humanos (mucho de los cuales referenciados a lo largo de esta investigación), además de contemplar inúmeras reglas en la Constitución Federal de 1988¹⁸⁰ y en la legislación ordinaria, que tratan de los derechos humanos de los detenidos, no habiendo que se hablar en brecha legislativa. Hay, por lo tanto, un problema de falta de voluntad política y no de omisión legislativa. En otras palabras, no hay brechas en lo que se refiere a las herramientas de protección de los derechos humanos de los detenidos. Que se ocurre es el incumplimiento crónico de esas normas por los órganos responsables por la ejecución penal. Lo curioso y paradójico es que,

¹⁷⁷ Para comprender mejor que se pasó en el caso de las “diez medidas contra la corrupción” cf. <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/congresso-destruiu-as-10-medidas-contracorrupcao-diz-procurador-da-lava-jato/> (acceso en 23.05.2017).

¹⁷⁸ Op. cit., p. LV.

¹⁷⁹ DOTTI, René Ariel. La crisis en el sistema penitenciario. Op. cit., p. 8.

¹⁸⁰ El Profesor DOTTI bien observa que la primera Constitución Brasileña (de 1824, época del imperio) ya declaraba en el art. 179, XXI que “las Cárceles serán seguras, limpias, bien aireadas, habiendo diversas casas para separación de los Reos, conforme sus circunstancias, y naturaleza de sus crímenes”. Eso mandamiento tiene casi 200 (doscientos) años y jamás fue cumplido, evidenciando lo que designa por “desobediencia secular” del poder público y sus agentes en hacer efectivas las leyes, especialmente aquellas que vehiculan derechos de personas socialmente olvidadas, como es el caso de los detenidos.

si por un lado las leyes son "endiosadas", por otro se verifica selectividad en su cumplimiento.

En el caso del derecho penal, la salida es siempre forzar la legitimidad de las leyes con la creación de nuevas, además de la importación (casi siempre inadecuada a la realidad social) de doctrinas como de la "seguridad nacional", que tuvo fuerte adhesión en los Estados Unidos de la América y que tiene matices positivistas, a la medida en que, de forma sintética, preconiza a la extirpación de cualquier influencia externa (léase, cualquier persona) que deponga en contra al funcionamiento armónico de la sociedad (comparada a un organismo humano), bajo la óptica de los detenedores del poder. Brasil es prodigo en importar teorías alienígenas sin realizar cualquier adaptación a la realidad, que invariablemente repercute en enormes daños sociales, como fue el caso del régimen militar iniciado en la década de 1960 y que se utilizó ampliamente de esa lógica de la "seguridad nacional".

Proporcionalmente a la ampliación del número de leyes ocurre al aumento de los estudiantes de derecho y de los cursos universitarios, mucho de los cuales lanzados al mercado sin la calidad necesario. No raro, bachilleres en derecho son formados sin siquiera haber abierto un libro de doctrina sobre lo que quiere que sea. El estudio es realizado a partir de códigos, o sea, de las leyes.

Realidad muy lejos es la incorporación, en tales cursos, de materias de carácter interdisciplinar. Son esos estudiantes, que reflejan a la enseñanza marcadamente positivista, los que posteriormente vendrán a concurrir a los cargos públicos, entre ellos el de juez. En este sentido, la actividad crítica es demasiado reducida, y la influencia de un esquema positivista, especialmente en el ámbito criminológico, demasiado acentuada.

Resumendo: en Brasil hay leyes en demasía, muchas de las cuales anacrónicas. Otras tantas, especialmente las que enaltecen a la dignidad humana en detrimento de un esquema meramente punitivo, no cuentan con efectividad práctica. Normalmente las normas con mayor efectividad reproducen un esquema criminológico centrado en el paradigma etiológico y que tiene como plan de fondo doctrinas como las de la seguridad nacional y la del derecho penal del enemigo. Y, para empeorar, tan numerosos cuanto las leyes que tenemos son los estudiantes de Derecho, formados a los montes todos los días y sin el preparo adecuado para tratar con cuestiones la más delicadas, como las que involucran a la libertad y a la dignidad del ser humano.

La concientización de que el sistema jurídico debe ser explicado a partir de una realidad considerada es premisa absolutamente fundamental para la promoción de un viraje paradigmática en la forma de concebirse el Derecho y también la criminología, siendo por

esa razón que BERGALLI aboga el desarrollo de una *Sociología de la Justicia*¹⁸¹. Tal consciencia todavía está lejos de ocurrir en su plenitud, aunque haya intentos aislados de promoción y propagación de un raciocinio crítico. Luego – y a título de conclusión –, es mucho más evidente la influencia en la práctica del positivismo criminológico en detrimento de la criminología crítica y global (antes descripta).

Y esa influencia positivista, básicamente fundada en el predominio de la norma sobre el ser humano, está arraigada, en especial, en el ámbito de la ejecución penal en Brasil y en la propia mentalidad del magistrado producto de la modernidad, problemáticas que serán exploradas en los capítulos siguientes.

¹⁸¹ *La estructura judicial en América Latina*, op. cit., p. XX.

3. ANTECEDENTES HISTÓRICOS – BREVE HISTORIA DEL PODER JUDICIAL BRASILEÑO

Dejando un poco a parte de los antecedentes teóricos e históricos más genéricos de lado, aquí adentraremos en el análisis del Poder Judicial como un todo, desde su origen, estructura, formación y perfil de los jueces, forma y requisitos de ingreso en la magistratura, además de las dificultades inherentes a la carrera.

A partir de aquí, afuera de los capítulos que se dedicarán en apartado de análisis histórico del Poder Judicial, bien como del estudio de su estructura e institutos actuales, asumiremos postura más crítica. Entendemos necesario que el trabajo realmente ponga el “dedo en la herida”, a fin de que lleguemos a un denominador, que nos permita proponer soluciones factibles para el día a día de los magistrados. Defendemos el “derecho de ser grosero” (en las palabras del juez y pensador MAX PASKIN NETO¹⁸²) del investigador y del magistrado (figuras que en este caso se confunden), de adoptar una postura de confrontación de ideas, que ciertamente irá repercutir positivamente en la praxis jurídica. El “derecho de ser grosero” es, en suma, el de criticar y no solamente afirmar un discurso dominante. Y, en el caso de la magistratura, la autocrítica es difícil, pero imprescindible en un proceso de evolución de las instituciones, especialmente en Brasil, País que viene atravesando una severa crisis política, económica y moral.

En el prefacio de la obra antes citada, de autoría del Ministro del STF MARCO AURÉLIO MELLO, hay una importante advertencia en favor de los discursos contra-mayoritarios:

“... Se debe defender a la libertad de cualquier persona manifestar su propia opinión, aunque contraria al pensamiento oficial o al mayoritario. En la democracia, la verdad y la razón no son absolutas, no pueden estar sujetas a monopolios. Caso contrario, restricciones a la libertad de expresión pueden hacerse ilimitadas y abarcar la prohibición de crítica al gobierno, poniendo en riesgo la sobrevivencia del régimen democrático. Cuando solamente la opinión oficial tiene tráfico en la sociedad, desaparecen las opiniones discordantes o minoritarias, y la democracia muere.”¹⁸³

Es por cuenta de la existencia de los discursos contra-mayoritarios que nace una gran decisión, un raciocinio relevante que servirá de *turn point* en una determinada materia. Y esa característica contra-mayoritaria del Poder Judicial debe no sólo ser utilizada dentro de los foros y tribunales, pero también fuera de ellos.

¹⁸² PASKIN NETO, Max. *El derecho de ser grosero: libertad de expresión y prensa*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

¹⁸³ Op. cit. p. 16.

3.1. Del origen y actual estructura del poder judicial en Brasil

El objetivo de esta investigación no es traer todos los pormenores de la historia del surgimiento del Poder Judicial en Brasil, tampoco analizar uno a uno a los inúmeros órganos que componen a su agigantada estructura en este País de dimensiones continentales. Sin embargo, conforme se dice habitualmente, no hay como proyectar soluciones para el futuro sin mínimamente conocer al pasado. No es posible, por tanto, opinar sobre el funcionamiento y los rumos de una institución (o aquí en el caso de uno de los Poderes de la República) sin estar dentro de su estructura y, más, sin conocer un poco de su historia.

Como hay mucho de qué hablar sobre el tema y para no huir del objetivo de esta investigación, acá enfocaré básicamente en la trayectoria del Poder Judicial como Poder independiente.

Por el hecho de Brasil ser considerado una nación reciente (descubierta por vuelta del año 1500), evidentemente su estructura judicial es igualmente nueva. Y que marca el surgimiento del Poder Judicial en Brasil es la confusión, desde su origen, de ese Poder con el Poder Ejecutivo (y, en menor escala, con el Poder Legislativo), confusión esta que en cierta medida repercutirá hasta los días actuales, relativizando, por así decir, su marca de “Poder independiente”.

Prueba de cuanto afirmado es el hecho de que los primeros jueces de Brasil coincidirán con los primeros dirigentes de las llamadas “Capitanías Hereditarias”, siendo ellos una especie de *longa manus* de la realeza en Portugal. Incluso por ocasión del 200° cumpleaños del primer órgano de cúpula instalado en Brasil (moldeado a la forma de la “Casa de Suplicación de Portugal”) el Ministro del STJ CARLOS FERNANDO MATHIAS relata en detallada obra de cuño histórico dedicada a estudiar la historia del Poder Judicial en Brasil (a seguir multi-referenciada¹⁸⁴) que la primera persona invertida de poder judicante en la colonia fue el capitán-mor y gobernador MARTIN AFONSO DE SOUZA¹⁸⁵. Y ese poder era concedido por el rey de Portugal a través de las “cartas-regias”, que equivalían a las leyes a la época.

Por cuenta de esa “confusión” entre los Poderes Ejecutivo y Judicial y de la falta de una verdadera identidad por parte de este último, la actuación de los jueces a la época colonial suscitó muchas críticas, muchas de ellas incluso dirigidas por la opinión pública a los magistrados actuales. Se decía que la justicia en la Colonia era morosa y arbitraria y que los

¹⁸⁴ Cf. MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para una historia del Poder Judicial en Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre Gusmão, 2009.

¹⁸⁵ Incluso consta en registros históricos levantados por el autor que la primera misa en Brasil fue celebrada por un juez de Portugal, que integró a la “escuadra cabralina” en la condición de jefe de los frailes franciscanos. Frei HENRIQUE SOARES de Coimbra fue juez del Paço, en Lisboa. El “Desembargo do Paço” era una especie de corte suprema de gracia y justicia.

magistrados actuaban solamente de forma “connivente” con los mandes y los desmandes de los dirigentes de la época¹⁸⁶.

En la obra *El Río de Janeiro en el tiempo de los Vice-Reyes* el autor LUÍS EDMUNDO traza el siguiente perfil del magistrado de aquella época (que componía a la llamada “Justicia d’el-Rey”):

“... más inspiración arbitraria de conveniencia e instintos que propiamente justicia, era lo que la manopla férrea del capitán-mor, o del gobernador aquí distribuía, prepotente y brutal, al hijo de la tierra, infeliz...”.

“... Para Brasil, a bien decir, que había en vez de leyes, eran sentencias. Algunas, particularmente odiosas. Las hubo, por ejemplo, que mandaban arrancar, al suelo brasilio, todos los arboles índicos, para que no concurriese con la riqueza del Oriente portugués – una vez que mucho más distante y menos segura en la mano de sus dueños. Otras, prohibitivas de las plantaciones de trigo, para animar la agricultura de la Metrópoli, que nunca consiguió, sin embargo, suplir a las propias necesidades del país; más otras, que mandaban cerrar a todos nuestros puertos a cualquier extranjero, se los inmergiendo en el más tenebroso de los aislamientos; sentencias prohibiendo que sobre la Tierra alguien pudiera escribir una sola línea revelando el valor de nuestras riquezas; sentencias destructoras de nuestras carreteras de rodaje, hechas pacientemente durante largos años por el brazo proficuo del negro y del indio... ¿Y las que vedaban la apertura de nuevas? ¿Y las que determinaron que se bloqueasen nuestros ríos? ¿Y las que impedían que se explorasen salinas? ¿Y las que mandaban destruir a nuestra industria naciente, confiscando tejedoras y prohibiéndolos de funcionar en el país? ¿Y las que mandaban inutilizar a la única y pobre tipografía que aquí existía en los tiempos de Bobadela? ¿Y las que acabaron, entre nosotros, con el oficio de orfebre? ¿Y las que establecían impuestos vejatorios, como aquél entre otros, que se llamó subsidio voluntario, pero cuya voluntariedad era provocada por imposiciones como esta (...)

¡Justicia madrasta! ¡Justicia feroz! Tiempos, en la verdad, ¡bien poco dignos de recordación y de nostalgia!”¹⁸⁷

En el ámbito penal, la arbitrariedad que marcaba la actuación del Poder Judicial a la época también era sentida, que motivó al propio príncipe-regente (Pedro I), en el conturbado año de 1821, a hacer consideraciones, con la finalidad de instar la estricta observancia de las formalidades legales por los magistrados, a fin de que la prisión no ocurriese sin la competente orden del juez, o por mero arbitrio y sin la culpa estar formada¹⁸⁸.

De la misma manera que se ocurre actualmente, los jueces y tribunales eran mayoritariamente mal vistos. Sin embargo, su falta era demasiado sentida, como cuando

¹⁸⁶ Cf. MATHIAS, Carlos Fernando. Op. cit., p. 122.

¹⁸⁷ EDMUNDO, Luís. *El Río de Janeiro en el tiempo de los Vice-Reyes – 1763-1808*. Brasíla: Senado Federal, Consejo Editorial, 2000 (Colección Brasil 500 Años), p. 433-435.

¹⁸⁸ Cf. MATHIAS, Carlos Fernando. Op. cit., p. 123.

hubo la extinción de reparticiones y tribunales en Brasil en 1821 (tribunales estos creados por D. João VI a partir de 1808). Tales cortes presentaban un cierto nivel de independencia de la dinámica de la Colonia, que ya poseían una especie de Gobierno Central organizado en Rio de Janeiro, que era, justamente, el objetivo de los llamados “Decretos de 1821”¹⁸⁹.

La extinción de los tribunales fue una de las medidas relacionadas en los tales Decretos expedidos por las Cortes de Lisboa y que prácticamente aniquilaban a la regencia de D. Pedro en tierras brasileñas (y, por qué no decir, intentaron restablecer el *status* de Brasil de simple “Colonia”), poco antes de decretada la independencia de Brasil. Es como preconiza el dicho popular, que puede ser aplicado al caso del cierre de los tribunales: “malo con ellos, peor sin ellos”. Luego, es inevitable la conclusión de que la presencia de un Poder Judicial, no obstante, severamente criticada (como ocurre actualmente), es necesaria y su ausencia muy sentida, ya que referido Poder confiere estabilidad institucional, además de funcionar como un verdadero “termómetro” para indicar si una determinada sociedad es o no democrática.

Durante el imperio, no obstante la gran cantidad de leyes y actos expedidos, que agigantaron la organización judicial, nace efectivamente la idea de “Poder Judicial independiente” y que será ampliamente debatida en esta investigación. Según JOSÉ ANTÔNIO PIMENTA BUENO (el “Marqués de São Vicente”, que vivenció la época del “Imperio brasileño” y fue ilustre comentarista de la “Constitución del Imperio”), citado por el exministro del STF, JOSÉ NERI DA SILVEIRA, “la independencia de la autoridad judicial del magistrado asiste en la facultad que este tiene, y que necesariamente debe de tener, de administrar la justicia, de aplicar la ley como él, exacta y conscientemente entiende, sin otras vistas que no sean la propia e imparcial justicia, la inspiración de su deber sagrado. Sin el deseo de agradar, de desagradar, sin esperanzas, sin temor alguno”¹⁹⁰.

Este pasaje de la obra de PIMENTA BUENO deja muy claro que esa independencia tenía un sesgo eminentemente “subjetivo” (de la persona del juez, cuando menciona la “independencia de la autoridad judicial”) y no “objetivo”/institucional como actualmente es encarada la independencia del Poder Judicial como un todo. Durante el imperio, el juez debería restringirse en analizar y aplicar la ley (actividad de mera “subsunción hecho-norma”), tocando al hoy extinguido “Poder Moderador” y al Poder Legislativo el “control de constitucionalidad”, que en nuestros tiempos puede ser llevado a efecto por cualquier

¹⁸⁹ Según MATHIAS, citando al historiador PEDRO CALMON, uno de los pasos que culminó en la adquisición de independencia y soberanía por Brasil fue la elevación de la “relación del Rio de Janeiro” a la categoría de “Casa de Suplicación de Brasil”, que funcionaba como una especie de “Supremo Tribunal”. De sus decisiones no cabía recurso, solamente de revista (op. cit., p. 129 y siguientes). Eso significa que el Poder Judicial en la Colonia ha atingido un nuevo nivel, con más independencia de los intereses de la Corona, contribuyendo con el proceso de independencia.

¹⁹⁰ *Apud* NÉRI DA SILVEIRA, José. Dimensiones de la Independencia del Poder Judicial. *Revista de la Facultad de Derecho de la UFRGS*, Porto Alegre: 2000, v. 17, p. 168-169.

magistrado al proferir una decisión, tocando al Supremo Tribunal Federal la última palabra sobre el tema. En este sentido, y como puntúa NÉRI DA SILVEIRA, es innegable la influencia del liberalismo europeo sobre la Constitución del Imperio de 1824, que relega el Poder Judicial a una posición secundaria, si comparado a los demás Poderes de la época (Legislativo, Ejecutivo y Moderador).

Aún a lo que se refiere al periodo imperial, vale mencionar la creación, por la Constitución del Imperio, del “Supremo Tribunal de Justicia”, que vino a sustituir a la “Casa de Suplicación de Brasil” como órgano de Cúpula del Poder Judicial¹⁹¹.

Ya con el advenimiento de la República (formalmente proclamada en 15 de noviembre de 1889) se ha firmado un importante marco en la historia del Poder Judicial Brasileño, que en términos de organización pasó a inspirarse en el liberalismo de vertiente norteamericana, ganando contornos institucionales y funcionales de un verdadero “Poder” independiente¹⁹². Decía CAMPOS SALES, Ministro de la Justicia del Gobierno provisorio, que: “... la función del liberalismo del pasado fue oponer un límite al poder violento de los reyes; el deber del liberalismo en la época actual es oponer un límite al poder ilimitado de los parlamentos. Esa misión histórica incumbe, sin duda, al Poder Judicial...”. Y aún: “la magistratura que ahora se instala, en el país, gracias al régimen republicano, no es un instrumento ciego o mero interprete en la ejecución de los actos del Poder Legislativo...”¹⁹³. De “Poder subordinado” el Judicial pasa a ser encarado verdaderamente como “Poder político soberano”, asentado en el primado de la “supremacía de la Constitución” (influencia norteamericana), pasando los jueces a tener la prerrogativa de anular leyes o actos normativos con ella incompatibles. A través de la llamada *judicial review*, los magistrados pasan a tener el poder no solamente de dirimir conflictos individuales de intereses, pero también oponer límites a los demás Poderes de la República caso actúen en desconformidad con el establecido en la Constitución.

Haciendo un salto histórico en el periodo republicano, marcado por fases democráticas y dictatoriales (siendo el régimen militar más reciente e iniciado a través del “Golpe de 1964”), que obviamente tuvieron reflejos en el grado de independencia institucional del Poder Judicial brasileño, llegamos a la Constitución Federal de 1988, que refuerza la caracterización institucional del Judicial como verdadero Poder independiente, añadiendo en el art. 99 la previsión de “autonomía administrativa y financiera”. Con eso, pasan los propios tribunales a ser los responsables por el encaminamiento de sus respectivas propuestas presupuestales al Poder Ejecutivo. Esta autonomía administrativa y financiera, no obstante, una victoria para la independencia funcional del Poder Judicial, es aún carente de reparos,

¹⁹¹ Cf. MATHIAS, Carlos Fernando. Op. cit., p. 145. El Supremo Tribunal de Justicia fue materializado por la Ley del 18 de septiembre de 1828.

¹⁹² Cf. NÉRI DA SILVEIRA, José. Op. cit., p. 170.

¹⁹³ Cf. NÉRI DA SILVEIRA, José. Op. cit., p. 170.

pues no elimina por completo el “servilismo” del Poder Judicial al Ejecutivo y Legislativo, especialmente cuando del encaminamiento de propuestas (presupuestos y proyectos de ley) del interés de la magistratura. Ese punto será retomado en la secuencia de esta investigación.

Para cerrar este capítulo, algunos números más actualizados: el Poder Judicial en Brasil comprende 91 (noventa y uno) tribunales, siendo 61 (sesenta y uno) en la esfera federal – y que incluyen los superiores, como el STF y el STJ – y 30 (treinta) en el ámbito estadual, uno para cada Estado de la Federación y 3 (tres) militares, que reúnen aproximadamente 16.000 (dieciséis mil) magistrados. En el ámbito de la Justicia Estadual, la capilaridad del Poder Judicial es inmensa. Solamente para citar el ejemplo de Paraná, son 144 (ciento cuarenta y cuatro) comarcas, incluyendo 17 (diecisiete) foros regionales, totalizando 161 (ciento sesenta y una) unidades jurisdiccionales. Luego, en ciudades pequeñas con 10.000 (diez mil) habitantes es común tener un foro, con estructura de servidores y al menos un magistrado y un promotor trabajando.

3.2. Algunas curiosidades y peculiaridades del poder judicial en Brasil

Para abrir este tópico cito una reflexión realizada por un brillante colega de concurso, cuando ministró en 2017 para los magistrados de la Ciudad donde actúo un curso sobre cómo optimizar la actuación del juez en el ámbito del PROJUDI, sistema que abarca casi la totalidad de los procesos en trámite en Paraná, Estado que cuenta con casi 100% (cien por ciento) de su acervo procesal digitalizado.

Cierta ocasión, ese colega dijo que estaba en un taller mecánico y una placa decía que el servicio allá era “bueno”, “rápido” y “barato”, y que el cliente eligiese solamente dos de esas calidades. De hecho, si pensamos bien, no existe servicio “rápido” y “barato” que sea realmente “bueno”, así como todo servicio “bueno” y “rápido” normalmente es caro. O mismo, el servicio “bueno” y “barato” es más demorado. Es una tarea y tanto compatibilizar esas 3 (tres) calidades.

Con el Poder Judicial ocurre lo mismo que en un taller mecánico, salvadas las debidas proporciones, por obvio. En la medida que se valoriza servicio rápido a poco costo, la calidad queda comprometida. Y eso precisamente es lo que hace la experiencia de magistrado en Brasil única y singular.

Además de eso, la capilaridad de nuestro Poder Judicial, aliada al bajo costo para ingreso de una acción (especialmente desencadenada por la concesión indiscriminada de asistencia judicial gratuita¹⁹⁴) fueron algunos de los agentes responsables por aumentar,

¹⁹⁴ Instituto reglamentado por la Ley 1.060/1950 y que visa la democratización del acceso al Poder Judicial. Preveía su recién revocado art. 4° que la simple afirmación de la parte de que no posee condiciones de arcar con las costas del proceso sería suficiente para generar la exención. Esta

en proporción geométrica, la litigiosidad. Brasil es una de las naciones con mayor número de procesos tramitando en sus foros y tribunales (en los de trabajo somos el número 1 del ranking mundial) y, vía de consecuencia, cuenta con la mayor cantidad de facultades de Derecho, responsables por poner en el mercado una infinidad de profesionales, muchos de los cuales egresos de la facultad sin cualquier preparo técnico, distorsión que, en parte, es corregida por la obligación de los bachilleres de someterse al examen de la Orden de los Abogados de Brasil (OAB) para que ejerzan la abogacía.

Esa hinchada estructura de operadores jurídicos hace con que nuestro Poder Judicial sea muy caro. Por eso, administrar una prestación jurisdiccional que sea buena, rápida y barata es un desafío para muchos inencontrables, ya que en nuestra realidad no hay más que abrir mano de una justicia celerada y barata, teniendo al juez en la mayor parte de las veces que ser un gestor de crisis, trabajando en el “por mayor” y no más en el “por menor”. En suma, se exige de los magistrados combinar un escenario caótico con un deber de excelencia, una misión prácticamente imposible. Lógicamente, alguna de esas características será menospreciada en detrimento de la otra. Ese trabajo visa, con actitudes simples descritas adelante, rescatar un mínimo de excelencia dentro de una realidad caótica que nos es impuesta.

Para que el lector conozca un poco de las peculiaridades del Poder Judicial y de su estructura paso a enfrentar algunos temas importantes y que generan mucha discusión. Obviamente no pretendo agotar la temática, solamente pellizqué algunos temas polémicos para ilustración.

a) El quinto constitucional – previsión constitucional y críticas:

El quinto constitucional previsto en el art. 94, CF/88 ya viene de ordenes constitucionales anteriores, siendo inicialmente previsto en la Constitución de 1934 de gobierno de GETULIO VARGAS. El instituto fue idealizado justamente para servir como un factor de diversidad en la carrera, democratizándola, oxigenándola y renovándola con la presencia de abogados y miembros del Ministerio Público en los tribunales. La pluralidad de experiencias revigora y dinamiza de los tribunales¹⁹⁵.

prerrogativa pasó a ser utilizada de forma amplia e indiscriminada, en muchos casos hasta de mala-fe, que ha ayudado a incrementar sobremedida la litigiosidad. Yo misma ya tuve decisiones reformadas en que he negado la gratuidad a personas en acciones de discusión de intereses bancarios, que financiaban vehículos de alto padrón. Grande parte de esas decisiones es reformada por los Tribunales y Cortes Superiores, que aplican *ipsis litteris* la antigua redacción del art. 4º de la mencionada Ley. Afortunadamente, este dispositivo fue revocado por el nuevo Código de Proceso Civil de 2015 (Ley 13.105/2015), que vino en el intento no de suprimir ese importante instituto de acceso a la justicia, pero de optimizarlo, evitando abusos.

¹⁹⁵ Cf. FALEIROS DINIZ, Carlos Roberto. *El papel del quinto constitucional en la renovación del Judicial*. Disponible en <https://jus.com.br/artigos/3919/o-papel-do-quinto-constitucional-na-renovacao-do-judiciario> (acceso en 19.07.2016).

Sin embargo, conforme encuesta realizada en 2015 por la AMB y actualizada en 2018¹⁹⁶ (que será desmenuzada en la secuencia de esta investigación), casi 90% (noventa por ciento) de los magistrados entrevistados de primer grado y el 63,4% (sesenta y tres coma cuatro por ciento) de los de segundo grado se posiciona a favor de la extinción del quinto constitucional como forma de ingreso en los tribunales, incluso en los superiores.

¿Cuáles serían, entonces, las críticas a hacerse al sistema de “quinto constitucional”? Colectamos algunas de las reservas hechas a la mecánica del quinto constitucional, las cuales serán resumidas adelante.

La primera es la falta de perfil decisorio de algunos de los integrantes del quinto constitucional. Por más que la persona pueda haber sido un excelente abogado o promotor no necesariamente tendrá perfil para decidir. Es decir, nadie se transforma en juez “de la noche para el día” solamente porque ingresó en la carrera. Si uno es abogado o promotor por años no será de un día para el otro que se tornará magistrado (lógicamente hay excepciones).

Esta constatación conduce al segundo problema grave con relación al quinto constitucional: por haber ejercido funciones diversas a lo largo de los años, parte de los magistrados provenientes del quinto comprometen su imparcialidad al sistemáticamente defender posicionamiento armónico con su carrera anterior. Aquí no estamos acusando esos magistrados de ser deliberadamente tendenciosos, pero es natural que después de mucho tiempo de ejercicio en una función, ella continúe haciendo parte de la estructura intelectual del juez en cuestión, estando arraigada en su modo de pensar, sentir y de actuar.

Además de eso, muchos de los que critican al quinto constitucional entienden que la elección se transformó en una “disputa electoral”, donde los criterios de reputación y saber jurídico acaban siendo dejados de lado y no siendo priorizados. Luego, es posible el acceso a la magistratura de personas, que no están suficientemente preparadas para el ejercicio de tal función. Una vez más dejo claro que no estoy diciendo que los miembros del quinto sean personas sin preparo, por lo contrario. El hecho es que la elección por sus respectivos consejos y órganos de cúpula acaba tornándose una disputa política, donde prevalece el conocimiento personal y la amistad (el famoso “Q.I. – quien indica”). Yo misma ya he presenciado candidatos al quinto haciendo la tradicional ronda a los gabinetes de desembargadores para recoger apoyo.

Abriendo un paréntesis, la misma crítica de naturaleza política de las indicaciones es direccionada al mecanismo de nombramiento en los tribunales superiores. Magistrados reclaman del desprestigio de la carrera en los nombramientos. Basta citar el ejemplo del STF, que entre sus 11 (once) miembros solamente una minoría es juez de carrera.

¹⁹⁶ Disponible en: <http://www.amb.com.br/novo/?p=25829> (acceso en 15.07.2016) y <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf> (acceso en 16.02.2019).

El mismo fenómeno ocurre en el ámbito del STJ, tribunal en el cual viene siendo franqueado acceso, en las vacantes reservadas a la magistratura, de magistrados originarios del quinto constitucional¹⁹⁷. El olvido de los jueces de carrera tiene relación con la naturaleza política del cargo ya que, como un todo, los miembros de la magistratura no tienen la costumbre de abiertamente pedir apoyo político para sus nombramientos. La práctica enseña los magistrados que, para ser imparciales deben de actuar con discreción y recato, qué muchas veces anula el juez y le transforma en mero servidor público y no el agente político que efectivamente debe ser¹⁹⁸. En este particular, la sistemática de elección de los ministros del STJ prevista en la Ley n. 7.746/1989 y refrendada en el juzgamiento de la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 4078 es objetivo de contundentes críticas, como la llevada a efecto por la Ministra ELIANA CALMON del propio STJ, en el sentido de que en los últimos años las elecciones pasaron a obedecer criterios otros diferentes del especial realce de los candidatos y su vocación al cargo de ministro, qué propiciaría que abogados recién llegados en los tribunales, con pocos años de magistratura, dispute vagas con desembargadores con más de 20 (veinte) años de carrera y vasta experiencia como juzgadores. Según la ministra, esta distorsión desequilibraría la formación eclética del STJ, además de manifestar flagrante injusticia para con la magistratura de carrera, que además de ver su representatividad disminuida tendría pocas chances de atingir en el STJ funciones reservadas a los magistrados más antiguos como presidencia, vicepresidencia, “corregedoria”/asuntos internos, entre otras, que quedarían cada vez más en las manos de los representantes del “quinto”¹⁹⁹. Estamos de acuerdo con la Ministra ELIANA CALMON, en el sentido de que esa es una demostración práctica de desánimo a la magistratura y de falta de prestigio de los jueces de carrera, incluso más que el propio quinto constitucional.

Tras trabajo de investigación, he constatado que los magistrados, en su inmensa mayoría, no aprueban el quinto constitucional. Ocurre que, no obstante todas las reservas antes sintetizadas, no hay una crítica contundente, basada en datos concretos, que conduzca la conclusión de que la performance de los miembros originados del quinto sea de

¹⁹⁷ Conforme juzgamiento en 2011 de la Acción Directa de Inconstitucionalidad n. 4078 propuesta por la AMB, oportunidad en la cual el STF declaró, por mayoría de votos, la constitucionalidad de la regla prevista en la Ley n. 7.746/1989 sobre la forma de composición del STJ. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=193639> (acceso en 19.07.2016).

¹⁹⁸ La propia ministra del STJ ELIANA CALMON al posicionarse sobre el tema expresamente declara que hasta el momento en que decidió hablar, mantuvo la discreción necesaria al ejercicio de su función, en la esperanza de que la situación fuera corregida. Y es esta la postura del magistrado: esperar para que la situación naturalmente se resuelva. Cf. CALMON, Eliana. *La magistratura pide socorro*. Disponible en: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27456/Magistratura_Pede_Socorro.doc.pdf (acceso en 19.07.2016).

¹⁹⁹ Cf. artículo de la Ministra ELIANA CALMON, intitulado *La magistratura pide socorro*, citado en líneas anteriores.

inferior calidad, o mismo de que este nombramiento representa una falta de estímulo concreto a la carrera de magistratura, cuyos miembros ven cada vez más reducidas las chances de integrar un tribunal, o mismo tribunales superiores. Tanto que la mayor parte de los pocos artículos que se dedican al tema (incluso redactados por magistrados²⁰⁰) apoyan al quinto constitucional como forma de democratización y diversificación de los miembros de los tribunales. Se trata de un “tema tabú”, sobre el cual pocos osan hablar. Falta la necesaria pujanza por parte de la magistratura para finalmente asumir abiertamente su papel de agente político, no temiendo se pronunciar públicamente sobre el tema, a fin de buscar soluciones para mejoramiento del instituto que es interesante desde el punto de vista de inyectar diversidad (y consecuentemente alteridad) en la composición de los tribunales, pero que necesita ser mejorado.

En sentimiento de inconformismo es natural. Un magistrado estudia en promedio 3 (tres) años para ascender la carrera, pareciendo injusto y anti-isonómico que alguien se torne desembargador sin prestar las pruebas correspondientes. Y la indignación es mayor en lo que se refiere al quinto de la abogacía, ya que los miembros del Ministerio Público se someten a concursos tan rigurosos como el de la magistratura. Es necesario un urgente y serio relevamiento de la situación, justamente como forma de coleccionar datos concretos sobre el tema para, de ahí sí, ser posible criticar con seguridad a la sistemática vigente y salir del argumento raso de que los miembros del quinto no prestaron concurso público o no son dirigidos para el cargo. Hay muchos magistrados que claramente no se encuadran en el perfil esperado para un juez, pues el concurso, no obstante extremadamente difícil, no impide el ingreso de personas que, mismo técnicamente hábiles, no ostentan la necesaria “vocación”.

Para cerrar el tópico, hasta porque no es función de esta investigación debatir largamente sobre el sistema del quinto constitucional, defendiendo ser necesaria la democratización y la diversificación humana en el ámbito de los tribunales, para “oxigenación” de sus respectivas estructuras. Sin embargo, la actual sistemática necesita urgentemente ser revista para corrección de las distorsiones e imperfecciones, que naturalmente viene asolando el instituto con el pasar del tiempo. Entre las sugerencias, cito las siguientes: (i) incluir en este quinto otras carreras, como la defensoría pública,

²⁰⁰ Cf. artículo redactado por la Ministra del STJ NANCY ANDRIGHI, que es jueza de carrera, intitulado *Legitimación democrática del Poder Judicial brasileño: quinto constitucional, conciliador y juez laico*. Disponible en: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27659/Legitimacao_Democratica_Poder.doc.pdf (acceso en 19.07.2016). En síntesis, la ministra defiende que el sistema del quinto constitucional tiene importancia en la composición de los tribunales y que la Constitución Federal buscó asegurar que las cortes brasileñas fueran compuesta por hombres y mujeres de las más diversas formaciones y orígenes. La Ministra también hace analogía y enaltece a la figura del “juez laico” en el ámbito de los Tribunales Especiales Civiles y Criminales (art. 7º, Ley 9.099/1995), que también representaría más una ventana de legitimación democrática en el Poder Judicial.

justamente para democratizar y equilibrar a las diferentes visiones de mundo; (ii) exigencia de un periodo mínimo en la magistratura para que miembros del quinto concurren a las vacantes destinadas a la magistratura en el STJ; (iii) que la forma de indicación de los miembros de los tribunales privilegie menos el aspecto político y más la cuestión técnica. En este particular, notamos innovación propuesta por la Ministra del STF CARMEN LÚCIA, mencionada en estudio capitaneado por REGINA MARIA GROBA BANDEIRA²⁰¹ para mitigación del criterio político, cual sea, la creación de una banca examinadora, compuesta por grandes juristas, que se encargaría de la sabatina técnica y evaluación del conocimiento de los candidatos al quinto constitucional, tal cual ocurre en las pruebas orales de los concursos públicos para ingreso a la magistratura.

b) Ingresos y subsidios:

Según la Constitución Federal, los magistrados deben recibir un subsidio fijado en ley y escalonado, en nivel federal y estadual, conforme las respectivas categorías de la estructura judicial nacional, cuyo techo debe siempre ser el ganado por los ministros del Supremo Tribunal Federal (art. 93, V, CF/88).

En una primera lectura del dispositivo alguien podría pensar que la cuestión que involucra al salario de los magistrados está ecualizada, o sea, habría una estandarización.

Sin embargo, mismo entendiéndose que la carrera de la magistratura es una, hay una enorme disparidad entre los subsidios de los magistrados integrantes de la Justicia Estadual (numéricamente predominante y demasiada interiorizada y con capilaridad) y de los integrantes de la Justicia Federal (que incluye también a la magistratura del trabajo). Y peor: hay distorsiones aún más grandes entre diferentes tribunales estaduais, que teóricamente deberían ostentar una cierta equivalencia remuneratoria.

Esta disparidad existe considerando no solamente el subsidio propiamente dicho, pero los beneficios a este agregado, dando la sensación de que hay magistrados de superior y de inferior categoría. Prueba de eso es la respuesta a tal quesito en el ámbito de encuesta realizada por la AMB entre los jueces²⁰², en la cual los entrevistados, de forma prácticamente unánime, se posicionaron favorablemente a la existencia de igualdad de proventos entre magistrados activos y jubilados y de los integrantes de las Justicias Estadual, del Trabajo, Federal y Militar.

Aún sobre esta cuestión salarial, es necesario tejer algunas palabras sobre el valor del subsidio del magistrado. Pero, desde ya adelantamos que la cuestión es de hecho polémica

²⁰¹ GROBA BANDEIRA. Regina Maria. *El actual proceso de elección de los miembros de los tribunales superiores y la posibilidad de estos tribunales ser compuestos solamente por integrantes de la magistratura*. Brasília: Biblioteca Digital de la Cámara de los Diputados, 2007. Disponible en: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1505> (acceso en 19.07.2016).

²⁰² Disponible en: <http://www.amb.com.br/novo/?p=25829> (acceso en 10.08.2016).

y no vamos a entrar en los meandros de las discusiones realizadas sobre el tema, ya que el enfoque de este trabajo es otro.

Últimamente, qué se ve es una campaña intensa – incluso venida de algunos grupos dentro de la propia magistratura – de hacer mezquina la carrera. Para la opinión pública, juez debe ser una entidad “franciscana” y que debe ganar bajos salarios, porque el trabajador en Brasil gana poco. Las portadas sensacionalistas, como de la Revista Época, de que “un juez gana 23 veces más que tú”²⁰³, además de la caricatura vehiculada en el periódico “Gazeta do Povo” mostrando un juez abrazando un saco de dinero²⁰⁴, son las que prevalecen en el imaginario de las personas, creando una onda de revuelta en contra los magistrados.

Concuerdo en género, número y grado con la necesidad de elevarse el salario y el poder adquisitivo del trabajador, extremadamente desfasado en nuestro País. Pero también concuerdo que un magistrado tenga una remuneración digna y que tenga perspectivas de evolución en su carrera.

Que se habla hoy es que un juez brasileño es uno de los que más gana en el mundo. El “Diagnóstico del Poder Judicial” realizado en 2004 por el Ministerio de la Justicia provee datos del Banco Mundial mostrando que en dicha época el juez en Brasil estaría entre los que más ganaban²⁰⁵.

Realmente, es imposible decir que un magistrado no reciba un buen salario, mismo considerando que el dicho diagnóstico antes mencionado se encuentra desfasado en 12 (doce) años. Ocurre que el análisis sobre esta situación es raso y no lleva en consideración importantes variables, como la extremada carga de trabajo que asola al magistrado en Brasil. Con efecto, la carga de trabajo promedio de un juez brasileño es de 4616 (cuatro mil seiscientos dieciséis) procesos, número mucho superior al de magistrados de países como Italia (1989), España (1333), Portugal (1186) y Francia (825), naciones con características más próximas al Poder Judicial brasileño. Además de eso, la productividad del magistrado brasileño es mayor que de los países europeos, perdiendo solamente para Dinamarca y Austria²⁰⁶.

²⁰³ Disponible en: <http://epoca.globo.com/tempo/noticia/2015/06/juizes-estaduais-e-promotores-eles-ganham-23-vezes-mais-do-que-voce.html> (acceso en 08.09.2016).

²⁰⁴ Disponible en: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/em-dezembro-de-2015-salario-medio-de-magistrados-foi-de-r-1036-mil-dkf4n61j033l2u82iabl451k7> (acceso en 08.09.2016).

²⁰⁵ Disponible en: http://www.migalhas.com.br/arquivo_artigo/diagnostico_web.pdf (acceso en 08.09.2016).

²⁰⁶ En este sentido cf. estudio del Departamento de Investigaciones Judicarias del CNJ, vehiculado en noviembre de 2011, intitulado “Estudio comparado sobre recursos, litigiosidad y productividad: la prestación jurisdiccional en el contexto internacional”. Disponible en: https://issuu.com/cnj_oficial/docs/estudo_comparado_sobre_recursos_li (acceso en 21.07.2016).

Otro aspecto importante que considerar es que el salario inicial de un juez es alto, sin embargo, sus perspectivas de evolución en la carrera son demasiado reducidas, que en muchos casos genera una situación de “acomodación”. Solamente para ilustrar, yo he ingresado en la magistratura al final del 2010, con 34 (treinta y cuatro) años. Dos años después ya había sido promovida a jueza de comarca de estancia final, que es el topo de la carrera, solamente detrás del cargo de desembargador, que solamente lograré alcanzar con mucha suerte al final de mi trayectoria como magistrada. Y la situación es aún peor para quien entra muy temprano en la carrera, con menos de 30 (treinta) años²⁰⁷. Luego, en términos salariales no tengo ninguno escalón a corto, medio, y hasta largo plazo, a almejar. Importante considerar, también, que la diferencia salarial entre un magistrado de estancia final y un desembargador en Paraná es de solamente 5% (cinco por ciento).

Para el lector desavisado no estoy diciendo que debo me acomodar por cuenta de esa situación. Del contrario, ejerzo mi labor con afínco y estoy siempre en búsqueda de conocimiento y actualización, además de que yo ya conocía esa realidad cuando ingresé en la carrera. Pero eso no quiere decir que algo no pueda ser mejorado. Todo trabajador, sea de cualquier categoría, necesita buscar alcanzar algo en su trayectoria profesional. Si nada hay que almejar, naturalmente el ser humano pierde estímulo en intentar mejorar y se perfeccionar, generando una situación de frustración generalizada, que naturalmente refleja en la calidad del trabajo desempeñado por el juez.

Otro dato importante es la inmensa fragilidad de la cuestión salarial del magistrado. Como ya afirmado en líneas anteriores, los magistrados deben recibir un subsidio fijado en ley y escalonado, en nivel federal y estadual. Ocurre que la ausencia del debido reajuste hace con que se crie “mecanismos”, cuya función nada más es que de suplir la falta de la recomposición inflacionaria de los ingresos. Este es, justamente, el caso de los tan comentados “auxilios”, interpretados por la opinión pública como “baratijas”, siendo el más polémico el llamado “auxilio vivienda”.

No defiendo a los auxilios, pues son rubricas frágiles y que permanentemente son creadas y derrocadas, generando una situación de inseguridad financiera para el juez. Sin embargo, reconozco que, considerando la realidad en la cual estamos inseridos, realmente funcionan como especie de recomposición del valor nominal de los salarios. Toda esa polémica sería minimizada si se hiciera exactamente lo que preconiza la Constitución Federal: garantía al juez de un salario condigno, que sufriera los reajustes debidos y que

²⁰⁷ Cf. resultado de encuesta hecha por la AMB en 2018, que muestra que más de 50% (cincuenta por ciento) de los magistrados ingresan en el Poder Judicial con menos de 30 (treinta) años de edad. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf> (acceso el 16.02.2019).

fuera escalonado, de modo que el magistrado tenga la real perspectiva de evolución salarial en su carrera.

c) Conclusiones iniciales:

Llegamos, así, a la conclusión inicial de que la magistratura es una carrera heterogénea, dispersa, pulverizada y que carece en general de unión y confianza entre los colegas, que muchas veces son sus mayores verdugos. Debido a la enorme pulverización hay una inmensa dificultad en se proceder a la unión y a la estandarización de la carrera, mismo con todos los medios de comunicación y redes sociales actualmente disponibles. Tome el ejemplo de la posibilidad de permuta entre magistrados de diferentes Estados de la Federación. Después de muchos años, la cuestión está en debate en el CNJ²⁰⁸ y hay una dificultad de implementación por cuenta, entre otros motivos, de la “constitucionalización” de la carrera (que haría con que la permuta dependiera de Emenda a la Constitución), de la diferencia entre las estancias en cada local (que haría, en algunos casos, que no fuera posible la equivalencia), bien como la diversidad de los subsidios y auxilios entre los magistrados integrantes de diferentes tribunales. Además de eso, hay la cuestión de la contribución descontada en hoja para órgano de seguridad social, qué demandaría esfuerzo, a fin de evitar perjuicio de seguridad social a algún Estado²⁰⁹.

Esta agigantada estructura, como visto, viene desde la época imperial y fue adoptada por cuenta de las enormes dimensiones territoriales de Brasil. El paradojo está en el hecho de que, para la opinión pública somos muchos y ganando mucho. Para nosotros, somos pocos, trabajamos mucho y no tenemos el debido reconocimiento público, incluso salarial. Esta sensación de inconformismo generalizado (de la sociedad y de los propios jueces), que veo a todo momento siendo exteriorizada sea en la prensa, sea por los colegas en las redes sociales y en los grupos de WhatsApp que participo, bien como la discapacidad de la carrera organizarse en ámbito nacional (permaneciendo cada tribunal defendiendo a sus propios intereses) son factores que impiden que se aflore el “magistrado crítico y global” que ora defendemos, haciendo con que el juez permanezca estancado en la óptica meramente “positivista” y no de eso paso adelante rumbo a una verdadera “emancipación”.

²⁰⁸ Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82415-cnj-promove-debate-sobre-permuta-de-magistrados-estaduais> (acceso en 12.07.2016).

²⁰⁹ No pretendo entrar en la temática de la permuta, pero solamente para emitir una opinión, soy a favor, especialmente considerando que actualmente los requisitos para acceso a la magistratura estadual son básicamente los mismo, ya que las etapas del concurso público se encuentran estandarizadas por el CNJ. La permuta podría venir en beneficio a una mayor unión y unificación de la carrera, contribuyendo para el aumento de la productividad, ya que jueces más satisfechos y próximos a sus familiares tenderían a trabajar mejor.

3.3. De la formación de los jueces brasileños

Empiezo el capítulo citando a los “Principios básicos relativos a la independencia del Poder Judicial”, aprobados en el “Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes”, realizados en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985. Su ítem 10 preconiza que “las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y *tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas*. Todo método utilizado para la selección de personal judicial garantizará que éste no sea nombrado por motivos indebidos. En la selección de los jueces, no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; el requisito de que los postulantes a cargos judiciales sean nacionales del país de que se trate no se considerará discriminatorio”²¹⁰.

De acuerdo a la norma en cuestión, además de no poder sufrir discriminación de cualquier orden y ser persona reputada idónea, el magistrado debe de recibir una formación *diferenciada* y apropiada a la importante función que irá desempeñar. Es este, justamente, el punto que me gustaría enfatizar en este apartado.

La formación del juez brasileño se confunde con la propia formación de cualquier operador del Derecho, no habiendo – como debería de haber – diferencias significativas, estando muy lejos de la “formación jurídica apropiada”, preconizada en los antes mencionados “Principios básicos relativos a la independencia del Poder Judicial”, ya en los años de 1985. Como ya destacado anteriormente, al inicio de las facultades de Derecho en Brasil su composición era bastante clasista y reflejaba una óptica de discriminación racial ya tratada. Ser estudiante de Derecho era una señal de *status*, algo que viene modificándose, incluso por la masificación de la enseñanza jurídica en el país.

En Brasil, tras la enseñanza media el alumno (aproximadamente con 17 a 18 años) debe de optar por la facultad que desea cursar. Hecha su elección, viene la etapa del vestibular y del “Examen Nacional de la Enseñanza Media” – ENEM, ambas pruebas selectivas, que direccionan a los alumnos a las respectivas facultades, entre ellas la de Derecho.

El currículo mínimo de una facultad en Brasil es establecido por el Ministerio de la Educación – MEC, a través de sus “directrices curriculares”, fijadas según a lo que establece la Ley 9.394/1996 (la llamada “Ley de Directrices y Base de la Educación Nacional”). En el

²¹⁰ Nr. 10. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx> (acceso en 20.08.2017).

caso del curso de Derecho, tales parámetros están fijados en el Parecer CNE/CES 146, de 03.04.2002²¹¹, que establece las directrices para diversos otros cursos.

El Parecer en cuestión está dividido en: (i) directrices comunes a los cursos, que involucran práctica, actividades complementarias, acompañamiento y evaluación, bien como la necesidad de presentación de una monografía en la etapa final de la facultad y; (ii) directrices específicas apartada por curso.

En el caso del Derecho llama la atención el “perfil deseado del formando”, siendo establecido en el Parecer en cuestión, que el curso deberá “dar oportunidad al graduando de obtener una sólida formación general y humanística, con la capacidad de análisis y articulación de conceptos y argumentos, de interpretación y valoración de los fenómenos jurídicos y sociales, aliada a una postura reflexiva y visión crítica que fomente a la capacidad de trabajo en equipo, favorezca la aptitud para el aprendizaje autónoma y dinámica, además de la calificación para la vida, el trabajo y el desarrollo de la ciudadanía”. Entre las habilidades exigidas del graduando en derecho está la capacidad de “juzgamiento y toma de decisiones”.

En lo que se refiere a los contenidos curriculares, el mínimo exigido se circunscribe a: (i) contenidos de formación fundamental, que son las materias dichas “de base” y que visan a la interdisciplinariedad con otros ramos del saber, como es el caso de Sociología, Economía, Filosofía, Psicología, Ciencia Política, entre otras; (ii) contenidos de formación profesional con énfasis en el estudio de los diferentes ramos de los Derechos – Civil, Penal, Constitucional, Administrativo, entre otros y; (iii) contenidos de formación práctica, con la práctica curricular en el llamado “Núcleo de Práctica Jurídica”, en el cual los alumnos funcionan básicamente como abogados, realizando el atendimento al público y el direccionamiento de las lides al Poder Judicial. En la propia encuesta AMB de 2018 ya citada la mayoría de los magistrados hizo prácticas en despachos de abogados²¹².

Aunque el propósito de las directrices parezca ser demasiado amplio, prácticamente universal y adaptable a cualquier de las carreras a ser elegidas por los futuros bachilleres, en la práctica no hay cualquier énfasis en disciplinas, que abarquen la carrera pública, en especial la magistratura. Eso se debe al perfil mayoritario de profesionales abogados en el ámbito académico, siendo reducido el número de jueces docentes. Tanto es que en la práctica obligatoria, los bachilleres ejercen básicamente la función de abogados, solamente teniendo conocimiento de estructuras como el Poder Judicial y el Ministerio Público “de afuera” o si un día tuviera la oportunidad de hacer prácticas en foros o tribunales²¹³.

²¹¹ Disponible en: <http://portal.mec.gov.br/cne/arquivos/pdf/CES0146.pdf> (acceso en 08.09.2016).

²¹² Disponible en: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf> (acceso en 16.02.2019).

²¹³ Hay un documento intitulado “Directrices Curriculares del Curso de Derecho”, presentado por la Secretaría de Educación Superior del MEC al año de 2000, que comprueba el cuanto afirmado.

Solamente para ilustrar, el plan curricular obligatorio del Curso de Derecho de la Universidad de São Paulo (USP), una de las instituciones de enseñanza más respetadas cuando el tema es enseñanza jurídica en Brasil, no contempla cualquier disciplina específica sobre temas que hacen parte del día a día de un magistrado, como la Criminología y la Ejecución Penal, que enaltecería la formación multidisciplinar del jurista. Solamente la primera es ministrada en el plan curricular de las optativas/facultativas, sin mucho énfasis, y la segunda probablemente está entre la optativa clasificada de “Legislación Penal Especial”²¹⁴.

En artículo publicado en la propia Revista de USP, JOSÉ RENATO NALINI critica vehementemente a la enseñanza jurídica hoy predominante en Brasil. El jurista y magistrado afirma, de forma contundente, que:

“... Desde entonces, pasados casi 200 años, ¿Qué ha cambiado en la enseñanza-aprendizaje de derecho en Brasil? Casi nada. Salvo rarísimas y honrosísimas excepciones, se continúa a ministrar clases pre-leccionadas a un alumnado que se quiere pasivo e inerte. Las disciplinas son compartimentadas, no existe visión holística de la sociedad y del derecho que requiere para enfrentamiento de cuestiones a cada día más complejas. Se inhibe a la creatividad, se transmite información enciclopédica, de manera a abarcar la plenitud de la legislación, de la doctrina y de la jurisprudencia. Aunque en el discurso esté presente en la formación de un profesional crítico, apto a transformar la sociedad en que venga a actuar, en la práctica se refiere a su capacidad mnemónica.”²¹⁵

De ahí ya se ve que para que sea concebido el llamado “magistrado crítico y global”, en la línea que defendemos en esta tesis, es urgente una revisión completa en la formación jurídica de los operadores del Derecho²¹⁶, de suerte que en la propia facultad sea

Según el documento en cuestión, la práctica jurídica consiste en “redacción de actos jurídicos y profesionales, piezas y rutinas procesales, asistencia y actuación en audiencias y sesiones, visitas relacionadas a órganos judiciales, análisis de autos terminados, prestación de servicios jurídicos, entrenamiento de negociación, mediación, arbitraje y conciliación, resolución de cuestiones de deontología y legislación profesional”. Disponible en: http://portal.mec.gov.br/sesu/arquivos/pdf/dir_dire.pdf (acceso en 08.09.2016). No hay previsión de práctica junto al Poder Judicial, sino que solamente “visitas”. De ahí se ve que un alumno egreso de una facultad de Derecho no recibe la formación adecuada para ser un servidor público, cuanto más integrante del Poder Judicial.

²¹⁴ Plan curricular disponible en: http://www.direito.usp.br/graduacao/graduacao_estrutura_curricular_01.php (acceso en 08.09.2016).

²¹⁵ NALINI, José Renato. ¿Cómo reclutar magistrados? *Revista USP*. São Paulo, marzo/abril/mayo de 2014, n. 101, p. 74.

²¹⁶ Esta necesidad de revisión en la formación jurídica de los operadores del Derecho viene siendo defendida por diversos autores, entre ellos la profesora MIRIAM KRENZINGER, que ha sostenido la tesis en conferencia al 2015 en el *Workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs). Disponible en:

identificada y revelada la aptitud del alumno por determinada carrera y que sea direccionado para disciplinas, que contribuyan para la finalidad de alcanzarla. Para eso, se hace necesario un esfuerzo de conocimiento del cuerpo docente y un acompañamiento personalizado, que podrá ser realizado incluso por los orientadores de los llamados TCCs (trabajos de conclusión de curso), con la estimulación crítica de los alumnos. No es posible formar magistrados solamente después de aprobados en concursos, cuando hacen (en algunos pocos casos) algunos días de curso de formación (ministrados por las escuelas de la magistratura vinculadas a los diferentes tribunales), ya yendo inmediatamente tomar posesión en sus comarcas, muchas de las veces al final del año (qué ha ocurrido en mi caso), cuando los foros están vaciados y siquiera hay un colega para cambiar ideas.

También es necesario que integrantes de las carreras públicas como la magistratura participen más de las cillas escolares y se involucren en la universidad y en la academia y busquen una formación pluridisciplinar, importante para comprender con más profundidad a las causas puestas a juzgamiento²¹⁷. Por ejemplo: un juez que venga a decidir temas como “error médico” debe buscar comprender como funciona un hospital y, si posible, pasar un día en un centro quirúrgico, a fin de comprender mejor a las ocurrencias que pueden pasar por allá. Yo misma ya lo hice. Sin embargo, desafortunadamente muchas de las veces tal actividad es “desestimulada” entre los pares, por supuestamente comprometer a la actividad jurisdiccional y alejar al juez de la etérea “imparcialidad”.

Mi opinión es diversa: desde que se mantenga en día con sus responsabilidades laborales, juez que estudia y se mantiene actualizado (y no se apega solamente a su experiencia profesional empírica y de vida) juzgará con más calidad, se abrirá para el nuevo, osará, propondrá innovaciones en vez de pensar que, por “experiencia propia”, nada dará cierto. Se hace necesario, en las palabras de MIRIAM KRENZINGER, “hacer compleja” la mirada de los operadores del Derecho, entre ellos el magistrado.

En sabiendo el magistrado conciliar ambas las actividades – judicatura y magisterio – el Poder Judicial – y consecuentemente la sociedad – solamente tiene a ganar.

Moviéndose para más allá, nociones de derecho y de justicia, incluyendo técnicas como la llamada “justicia restaurativa”, ya tenían que estar presentes desde las cillas escolares. Los niños y adolescentes ya deberían venir para las universidades con una formación jurídica mínima para entender y cuestionar las formas tradicionales de hacerse justicia (por

<http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 07.07.2016), p. 32 y siguientes.

²¹⁷ La encuesta AMB 2018 muestra que la minoría dos magistrados brasileiros publica artículos académicos o ejerce actividad docente, a pesar de que este número viene creciendo a cada encuesta. Disponible en: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf> (acceso en 16.02.2019).

medio de juzgamientos con base en leyes y códigos), contribuyendo para la mitigación de la llamada “cultura de la punición”²¹⁸.

3.4. Requisitos para llegar a ser un juez en Brasil – los actuales “concursos públicos” y el “adestramiento” de la enseñanza jurídica

El tema de la “formación de los magistrados iniciado en el capítulo anterior tiene estrecha relación con el principio de la independencia del Poder Judicial y repercute directamente en la eficacia de las decisiones tomadas. Una vez que, como advierte el magistrado italiano GIACOMO OBERTO, “un magistrado bien formado es un magistrado más independiente”²¹⁹.

Dejo claro que en este capítulo paso a enfrentar el tema atinente a los criterios de admisión de un candidato a la magistratura brasileña, en el primer grado de jurisdicción. No me detendré a analizar aquí el criterio de promoción de los jueces para los tribunales, tampoco los nombramientos para los tribunales superiores y el “quinto constitucional”.

El requisito de la “formación jurídica apropiada” para acceso a las carreras públicas como la magistratura, además de no ser plenamente obedecido cuando de la selección de los candidatos, viene siendo sustituido por el “adestramiento jurídico” preconizado en los cursos preparatorios para concurso público, que se alastran en el País por cuenta tanto de la dificultad para el acceso a las carreras, como por la crisis política, que empuja a más y más personas para el camino del concurso público, que propicia además de un salario razonable, una cierta estabilidad del servidor, al contrario de lo que pasa en la iniciativa privada.

Y la decisión de un bachiller en hacerse un “concursero” mucha de las veces es tomada exclusivamente con base a la estabilidad financiera y en las garantías que las carreras públicas normalmente ofrecen, siendo dejada de lado la vocación, la aptitud para el ejercicio del *múnus* público. Es común ver en los cursos, los profesores incentivando el estudio para que el alumno, una vez aprobado, pueda tener acceso a determinados bienes de consumo: carros, ropas, entre otros. No se enfatiza las responsabilidades del cargo, bien como sus males, que no raro trae a muchos aprobados un sentimiento de frustración (y muchas de las veces “depresión”) cuando descubren que la realidad es mucho más cruel y no se restringe a las compras y viajes con el subsidio recibido.

²¹⁸ Nuevamente aquí traigo el discurso de la Prof. MIRIAM KRENZINGER en el *Workshop* promovido por el CNJ para los GMFs. Lógicamente esta es una discusión muy profunda y fértil y que este trabajo no tiene la pretensión de agotar. La referencia sirve para mostrar que un proyecto de cambio de una cultura jurídica eminentemente punitiva es algo para el largo plazo y necesariamente debe nacer en las cillas escolares.

²¹⁹ OBERTO, Giacomo. Reclutamiento y formación de magistrados: el sistema italiano en el ámbito de los principios internacionales sobre el estatuto de los magistrados y de la independencia del Poder Judicial. Revista de EMERJ. Rio de Janeiro, 2002, v. 5, n. 20, p. 36.

Es mucho complicado seleccionar personas efectivamente aptas al ejercicio de la magistratura entre miles de inscriptos en un concurso para juez. En estados como São Paulo ese número puede fácilmente superar a los 10.000 (diez mil) candidatos por concurso abierto. Además de eso, cada tribunal tiene un edicto propio, que dificulta el direccionamiento del alumno a la hora de estudiar. Este problema fue de cierta forma mitigado por la edición de la Resolución CNJ n. 75, de 12.05.2009²²⁰, que unifica los edictos de concurso en todos los ramos del Poder Judicial nacional, guardadas las peculiaridades de cada área: federal, estadual y del trabajo.

Según el art. 5° de la mencionada Resolución, el concurso de juez contemplará a las siguientes etapas:

1ª: prueba objetiva selectiva, de carácter eliminatorio y clasificatorio.

2ª: dos pruebas escritas, de carácter eliminatorio y clasificatorio, siendo una prueba con preguntas abiertas y otra de elaboración de sentencias por el candidato.

3ª: de carácter eliminatorio y que contempla a las siguientes fases:

- Sindicación de vida anterior e investigación social;
- Examen de sanidad física y mental;
- Examen psicotécnico.

4ª: prueba oral, de carácter eliminatorio y clasificatorio.

5ª: evaluación de títulos, de carácter clasificatorio.

6ª: curso de formación inicial, de carácter eliminatorio – esta etapa es facultativa, en la dicción de párrafo 2° del mencionado art. 5° de la Resolución n. 75/2009. Además, dicho carácter facultativo de la etapa del curso de formación es una de las más grandes críticas que haré en las próximas líneas a la sistemática actual de selección.

Como se ve, la *via crucis* para un candidato alcanzar a la tan soñada aprobación es larga. Son inúmeras etapas que vencer, muchas de las cuales exigiendo un cierto “adestramiento”, especialmente en las iniciales. Una vez que, no hay como seleccionar, de forma subjetiva y personalizada, un universo de 10.000 (diez mil) personas. Por esta razón, adoptase en la primera etapa a la “prueba objetiva selectiva”, que rende mucha discusión, pero es de más sencilla corrección. En mi opinión (y por experiencia propia), esta es la fase más difícil y para vencerla, no raro, el candidato debe “ser perfecto”, o sea, acertar a todas las cuestiones de la prueba, que refuerza la necesidad práctica de los cursos preparatorios, que enfocan en el “adestramiento” para que el candidato pase por este difícil obstáculo inicial.

Dentro de este panorama, no es exagero concluir, como el jurista y magistrado JOSÉ RENATO NALINI, que los Tribunales, de cierta forma, declinaron de la premisa de reclutar a

²²⁰ Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=2763> (acceso en 03.04.2018).

sus magistrados, pues quien acaba preparando los candidatos para las pruebas (y, por qué no decir, para la vida profesional), son los “cursos preparatorios”, que se especializaron en la revisión enfatizada e intensificada de todo el curso de bachillerato y en el entrenamiento del candidato para las pruebas escritas y orales²²¹. El sesgo crítico, que viene siendo sistemáticamente dejado de lado en las sillas universitarias, prácticamente no existe en los cursos preparatorios y en las pruebas de concurso. Incluso en las cuestiones dichas “abiertas” y en la prueba oral, el candidato que se sobresale será el más alineado con el entendimiento jurídico adoptado por la banca de concurso, razón por la cual los llamados *coaches* (especie de *personal trainers* que preparan al candidato para las pruebas) muchas de las veces desaconsejan desempeño en la prueba oral, que genere embates con la banca.

Esa democratización en el acceso a la magistratura a través de la realización del concurso público es uno de los factores que generan la “juvenilización” de la carrera, fenómeno similar al que ocurre en países europeos como Francia, Italia, Portugal y España, donde el reclutamiento de jueces es realizado por concurso y diferente de países del sistema de la *Common Law*, donde la selección es realizada ora por elección, ora por indicación de las cortes o del Presidente, selección esta cuyos candidatos normalmente figuran entre los más antiguos y experimentados, con edad más avanzada y credibilidad junto a su comunidad, responsable por elegirlo. Además de eso, como el concurso para la magistratura exige mucha dedicación de los candidatos, es común que eso favorezca a los más jóvenes, en detrimento de los más viejos, que normalmente trabajan y tienen familia, lo que reduce considerablemente su tiempo disponible para estudiar. La mayor parte de los aprobados es compuesta de los llamados “estudiantes profesionales”. Yo misma tuve que “abandonar” a la abogacía para estudiar en tiempo integral. Sin haber tomado esta decisión, mis chances de aprobación serían demasiado remotas.

En Brasil, la gran mayoría de los candidatos sale directo de la facultad para las sillas de los “cursos preparatorios para concurso”, sin que tenga cualquier experiencia profesional en el área del Derecho. Aunque la Constitución Federal exija 3 (tres) años de práctica jurídica (art. 93, I, CF/88), en realidad se percibe que esta actividad no es *efectivamente* ejercida en muchos de los casos, bastando que el candidato actúe (en otras palabras, “firme”) peticiones en algunos procesos (normalmente de abogados amigos y conocidos), obteniendo la certificación, que integrará la documentación a ser entregue a las bancas de todo el País. Una verdadera “burla” a lo que preconiza el art. 4° de la Resolución CNJ n. 11,

²²¹ NALINI, José Renato. ¿Cómo reclutar magistrados? *Revista USP*. São Paulo, marzo/abril/mayo de 2014, n. 101, p. 74.

de 31.01.2006²²², que pretendió aclarar qué se entiende por “actividad jurídica” y que establece que la comprobación del tiempo de actuación relativamente a cargos, empleos y funciones no privativos del bachiller en derecho será realizada mediante “certificación circunstanciada” indicando la práctica reiterada de actos, que exijan la utilización preponderante de conocimiento jurídico.

Oso afirmar incluso que la mera “firma” de peticiones sirve para la comprobación de la actividad jurídica mucho más incluso (y digo por experiencia propia) que la declaración de oficinas de abogacía renombradas, que ateste el tiempo de trabajo del candidato en la institución. Cabe, aún, mencionar que esta actividad jurídica solamente debe ser comprobada cuando de la “inscripción definitiva” del candidato en el concurso, que ocurre prácticamente al final del certamen y antes de la realización de la “prueba oral” y de la “evaluación de títulos”. Considerando que en promedio un concurso lleva 1 (un) año para tener un desfecho, el candidato ya puede almejar pasar con solamente 2 (dos) años de “actividad jurídica”. Como la magistratura exige ponderación, que normalmente viene con la madurez, esta aprobación precoz podrá en determinados casos comprometer la actuación jurisdiccional del candidato y la calidad de la prestación jurisdiccional ofertada.

Además de poder el candidato ingresar precozmente en la carrera, la propia sistemática del concurso en Brasil le provee muy poca importancia a la experiencia profesional anterior del candidato. Basta percibir que la prueba de títulos es la última fase del concurso y contempla solamente “carácter clasificatorio” (no siendo eliminatoria) y peso ínfimo en la formación de la nota final, si comparada a las demás etapas del certamen.

Entiendo que el criterio de elección de los jueces debe mantenerse ajeno a las interferencias externas, especialmente del Poder Ejecutivo, a fin de preservar la independencia funcional en el ejercicio de la magistratura, que tanto defendemos en esta investigación. No estoy a comentar la forma de investidura en los tribunales, especialmente los superiores, pero sí me circunscribo aquí a analizar el ingreso en la base de la carrera.

Para una formación más sólida de opinión vale aquí mencionar algunas experiencias del derecho comparado de ingreso en la magistratura, que a mí visión son demasiado interesantes²²³. La referencia es solamente *en passant*, luego no pretendo agotar el tema.

Según CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE hay básicamente dos grandes modelos conocidos de selección de magistrados en el mundo: “sistema o modelo profesional” y “sistema o modelo burocrático”²²⁴.

²²² Disponible en: http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/resolucao/rescnj_11.pdf (acceso en 03.04.2018).

²²³ Cf. estudio específico sobre el proceso selectivo de los magistrados en el derecho comparado, de autoría de REGINA MARIA GROBA BANDEIRA y capitaneado por la Consultoría Legislativa de la Cámara de los Diputados brasileña. Disponible en: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/200366.pdf> (acceso en 03.04.2018).

El llamado “sistema o modelo profesional” es propio en países, que pertenecen a la tradición de la *Common Law* (como los Estados Unidos), además de aparecer también en algunos locales de Suiza, en los tribunales de comercio de Francia y en la primera instancia civil de Noruega. En esta sistemática, los magistrados son normalmente elegidos (muchas veces exclusivamente por la vía democrática, o sea, por el voto popular), siendo los candidatos indicados, a depender del local, por el Poder Ejecutivo o Legislativo.

Además de eso, en el caso de acceso únicamente democrático no se exige del candidato la aprobación previa en estudios jurídicos, por lo menos para ocupación de puestos que forman a la llamada “magistratura común”. Además de eso, la mayor parte de esos magistrados no es incluida en la función pública de forma definitiva y allá permanece durante su “mandato”. Por un lado, esa opción es positiva, a la medida que refuerza la legitimidad popular del magistrado, que pasa a ser identificado por la población (diferentemente de que ocurre cuando se aprueba en concurso público). Otra ventaja es el hecho de que la independencia funcional es asegurada por la limitación temporal del nombramiento. Sin embargo, la desventaja – a mi visión más grande que la ventaja – es el riesgo inminente y evidente de una gran dependencia del Poder Judicial de otros poderes, con la “politización” excesiva de los que ejercen la actividad jurisdiccional.

Ya en países de Europa Continental (como Portugal, Francia, España e Italia) la sistemática de selección es la llamada “burocrática”, donde se exige formación jurídica previa y prueba de acceso. Conforme observa LINGÜERRE²²⁵, los sistemas burocráticos ven en las pruebas, la garantía de preparación del candidato para ocupar una posición de juez, asegurándole su independencia funcional. Tras la selección previa, los candidatos aprobados deben necesariamente someterse a curso de formación para adquisición de las aptitudes “no jurídicas”, necesarias al ejercicio de la magistratura, diferentemente de que ocurre en el ya mencionado “sistema profesional, donde la formación del futuro magistrado también debe contemplar materias jurídicas, ya que no es obligatoria la formación en Derecho para el aspirante a magistrado de aplicarse al cargo.

En el sistema burocrático, el curso de formación podrá durar más de dos años. Durante este periodo el candidato aprobado no ejercerá plenamente a la jurisdicción. Incluso en España todos que ingresan en la carrera como magistrado, además de los que van a componer órganos colegiados y el Supremo Tribunal (en el caso del nombramiento directo

²²⁴ LINGÜERRE, Carlos Gómez. *Jueces en Europa: formación, selección, promoción y evaluación*. Lisboa: Fundación Francisco Manuel dos Santos, 2014, p. 46 y siguientes. En la secuencia vamos citar elementos constantes de este estudio.

²²⁵ Op. cit., p. 48.

de juristas de “reconocida competencia”) debe superar un curso de formación en la “Escuela Judicial”²²⁶.

En Italia, según el magistrado italiano GIACOMO OBERTO, con el creciente aumento en el número de candidatos fueron necesarias diversas reformas en el criterio de admisión vía concurso, que se iniciaron al final de los años 1990. Entre las exigencias, fue establecida la necesidad de un candidato, para inscribirse en el concurso, ya haber se recibido en una de las escuelas de especialización previstas en el Decreto Legislativo n. 398, de 17.11.1997²²⁷, dependientes de las facultades de Derecho de las universidades italianas. Tal curso posee dos años de duración, es direccionado a diplomados en Derecho interesados en acceder a la carrera de la magistratura, y constituyese en la primera etapa selectiva²²⁸. Hay, también, la “Escuela Superior de la Magistratura”, instituida por el Decreto-Ley n. 26/2006, de 30.01.2006 y que se destina a la formación inicial y continuada de los ya magistrados, que tienen la obligación de atender a cursos teóricos y prácticos al menos a cada 4 (cuatro) años²²⁹. Ya los jueces recién aprobados se someten a cursos de formación de 18 (dieciocho) meses, posterior a la superación de las pruebas.

Por fin, cabe mencionar que el cargo es vitalicio y el magistrado aprobado en concurso en el sistema burocrático queda indefinidamente ejerciendo a la magistratura, salvo si hubiera alguna razón para removerlo de la función.

Interesantes, también, las opciones adoptadas por Alemania y Holanda, dentro de esas perspectivas de selección, seguida de preparación profesional obligatoria. En Alemania, la selección de los magistrados es realizada con base en los grados obtenidos por los candidatos en los exámenes finales de sus respectivas facultades de Derecho. Los alumnos normalmente obtienen el diploma en Derecho a los 29 (veintinueve) años, tras superaren inúmeros exámenes estatales, siendo reconocidos como “juristas completos” (*Volljuristen*). Este título se los habilita a ejercer cualquier profesión jurídica, sin la necesidad de superación de pruebas adicionales. Ya quien desear ser juez o procurador deberá buscar a las vacantes disponibles, para las cuales se requiere un perfil específico, además del título en Derecho y una puntuación mínima en los exámenes del Estado. Y, una vez seleccionados, los candidatos son nombrados “jueces en práctica” (*Richter auf Probe*) por un plazo máximo de 5 (cinco) años, durante los cuales el aspirante a juez ejerce las

²²⁶ Cf. LIGÜERRE. Op. cit., p. 58.

²²⁷ OBERTO, Giacomo. Reclutamiento y formación de magistrados: el sistema italiano en el ámbito de los principios internacionales sobre el estatuto de los magistrados y de su independencia del Poder Judicial. Op. cit., p. 26 y siguientes. En el sentido de la conveniencia de un organismo independiente que supervise la selección y formación de los jueces cf. también LIGÜERRE, Carlos Gómez. *Jueces en Europa: formación, selección, promoción y evaluación*. Op. cit., p. 43 y siguientes.

²²⁸ Cf. LIGÜERRE. Op. cit., p. 73.

²²⁹ Cf. LIGÜERRE. Op. cit., p. 74.

funciones jurisdiccionales bajo dirección y control de un superior²³⁰. De ahí se percibe la enorme selectividad del sistema alemán y la exigencia de que el magistrado sea un *Volljuristen*, lo que lógicamente repercute positivamente en su madurez, desempeño y en el ejercicio de su independencia funcional.

Ya en Holanda, los interesados también son sometidos a concurso. Al superaren a las pruebas de preselección, los candidatos deben ingresar al “centro de formación de jueces” (*Studiecentrum Rechtspleging*²³¹), donde durante un periodo máximo de 2 (dos) años recibirán formación técnica y práctica y serán considerados “jueces en práctica”. Ya vencida la etapa de “selección” propiamente dicha, los seleccionados deberán someterse al periodo de formación básica (de 6 años), oportunidad en que los candidatos a magistrado son analizados por el “Instituto Nacional Holandés para la Enseñanza Jurídica”, siendo expulsos, en caso de reincidencia de comportamiento reprochable. Finalizado este plazo, los aprobados serán nombrados “jueces adjuntos”. Resta, aún, al candidato recibir la evaluación positiva del tutor que se le fuera designado. Caso eso se ocurra, finalmente será considerado “juez de carrera”²³². Una opción interesante, que evalúa al candidato a lo largo de más de 6 (seis) años, periodo de tiempo razonable para valorarse a su vocación para tan importante función.

Considerando que la forma de selección es un elemento clave en la determinación de la calidad de la administración judicial, pienso que, mismo con imperfecciones, el concurso público es todavía la mejor forma de ingreso en la magistratura en Brasil²³³, debiendo, incluso, la “magistratura de carrera” tener mayor acceso a los cargos en los tribunales superiores (asegurada la diversidad que aquí defiende). De esta forma, la experiencia brasileña debería ser mejorada, especialmente para incluir como etapa obligatoria (eliminatória y clasificatoria) el periodo de formación del futuro juez por una institución especializada, con la atribución de preparar magistrados. Tal institución debe de ser independiente de los demás Poderes y dotada de un cierto grado de autonomía con relación a la estructura responsable por la administración del Poder Judicial²³⁴, para que sea apta a preparar el futuro juez para carrera y para los desafíos que van a surgir (y que, por

²³⁰ Cf. LIGÜERRE. Op. cit., p. 79.

²³¹ <https://ssr.nl/>

²³² Cf. LIGÜERRE. Op. cit., p. 83.

²³³ En este sentido, llego a la conclusión diversa de LIGÜRRE (op. cit., p. 48 y 89), para quien el llamado “sistema de justicia de proximidad”, adoptado en países como Noruega y que preconizan la elección popular de los magistrados que actúan en el primer nivel de justicia, sería lo mejor a ser adoptado. Entiendo que esa especie de “sistema híbrido” no funcionaría en Brasil y transformaría el ejercicio de la jurisdicción en mera actividad política. Debemos evolucionar mucho como ciudadanos para que un modelo de esa naturaleza pueda ser adoptado con eficacia. Además de eso, la mayoría de las cuestiones civiles en primera instancia en Noruega es resuelta por “tribunales de conciliación”. En Brasil, aunque haya órgano equivalente (Juzgado Especial) la “cultura de la conciliación” necesita mejorar para se sobresalir a la “cultura del litigio”, hoy ampliamente dominante.

²³⁴ Sugerencia vehiculada por GIACOMO OBERTO. Op. cit., p. 41.

experiencia propia, no son pocos). En este sentido se orienta vasta normativa internacional, incluso la Recomendación (R) 94 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa²³⁵; el art. 9º del “Estatuto Universal del Juez”, aprobado por el Consejo Central de la Unión Internacional de los Magistrados en 1999²³⁶ y el art. 10, de los “Principios Fundamentales sobre la Independencia de la Magistratura”, elaborados en 1985 por la ONU²³⁷.

Me voy a poner como sugerencia el mejor aprovechamiento de las diferentes “escuelas de la magistratura” existentes en el País, que podrían servir para incrementar la formación del juez, organizando cursos de formación, que compondrían etapa eliminatoria de los concursos públicos, además de permanecer participando activamente del proceso de formación continua del magistrado a lo largo de su carrera.

Aún, es posible cogitar que las facultades de Derecho realicen una selección previa de los candidatos según su desempeño (ofreciendo, aún, cursos para tal finalidad), tal como ocurre en Alemania y Holanda, a fin de que las aptitudes sean reveladas antes mismo del candidato prestar a las pruebas propiamente dichas.

Luego, el “mérito” debe de ser el punto de partida²³⁸, y es conseguido no solamente por el desempeño académico y en las pruebas de ingreso, pero también por el comportamiento del magistrado durante el ejercicio de la jurisdicción, que refuerza la necesidad de su formación hacer parte no sólo del proceso selectivo, pero también ser incrementada durante toda su trayectoria profesional. Una vez que, como advierte GIACOMO OBERTO, la formación del juez no debe de ser solamente encarada como un *derecho*, pero sobre todo como un *deber* del magistrado durante todo el periodo en que ejercer a la judicatura (formación continua)²³⁹. Es el sistema de méritos factor determinante de la independencia

²³⁵ “Todas las decisiones relativas a la carrera profesional de los jueces deberían apoyarse en criterios objetivos. La selección y la carrera de los jueces deberían basarse en el mérito, atendiendo a las calificaciones, integridad, competencia y eficiencia”.

²³⁶ “El ingreso en la carrera y cada uno de los nombramientos del Juez deben hacerse según criterios objetivos y transparentes fundados en su capacidad profesional. Cuando tal no se encuentra asegurado por otras vías, como consecuencia de una tradición establecida y probada, el nombramiento debe ser asegurado por un órgano independiente que integre una parte sustancial y representativa de Jueces”.

²³⁷ “Las personas seleccionadas para el ejercicio de la magistratura deberán ser íntegras y competentes, disponiendo de la formación o de las calificaciones jurídicas adecuadas. Cualquier método de selección de magistrados deberá contener salvaguardias en contra los nombramientos por motivos indebidos. La selección de los jueces deberá ser efectuada sin cualquier discriminación por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política u otra, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición; con todo, la exigencia de que los candidatos a cargos judiciales sean nacionales del país en cuestión no será considerada discriminatoria”.

²³⁸ Es lo que preconiza, incluso, la Recomendación (R) 94 12 del Comité de Ministros del Consejo de Europa antes mencionada, que expresamente se refiere al “mérito”. También necesaria la mención al trabajo de CARLOS GÓMEZ LIGÜERRE (aquí multi referenciado), para quien el “mérito” debe ser siempre el punto de partida en la formación inicial y continuada del juez.

²³⁹ OBERTO, Giacomo. Reclutamiento y formación de los magistrados ... Op. cit., p. 40.

del juez y de la calidad de la administración de la justicia²⁴⁰, debiendo ser banida la cultura de que con la aprobación se acabaría la necesidad de estudio. Un juez mismo experimentado, pero sin actualización continua, es tanto o más nocivo que aquél que ingresa en la carrera sin experiencia alguna, justamente por la resistencia del primer de abrirse al “nuevo”.

Además de eso, y como sostenido por NALINI, necesaria también es la mejora e incremento de los cursos de preparación, mejoramiento y promoción de magistrados (las llamadas “escuelas de la magistratura”, únicas según el doctrinador, que podrán subsidiar al aprendizaje del futuro juez con el significado de su ingreso y “pertenecimiento” a la carrera), propiciando al aspirante a magistrado un enfoque multidisciplinar, abarcando las áreas del conocimiento imprescindible al acto de “juzgar” y huyendo del llamado “fetichismo de la ley”²⁴¹. Considerando que el Derecho es un sistema abierto (y no cerrado y compartimentado tal como lo concebía los positivistas), y teniendo en cuenta que el saber de un juez no puede quedarse adjunto a la ciencia jurídica, debiendo ser multidisciplinar, es necesario que esa escuela de jueces proporcione al futuro magistrado un pensamiento jurídico nuevo y, sobre todo, crítico. Principalmente considerando que la formación del juez no se restringe solamente a “inicial” (antes del ingreso en la carrera), pero también abarca la “continua” (hecha a lo largo de la vida del magistrado). En este sentido, cabe a los órganos de cúpula de los tribunales incentivar a la capacitación, haciendo con que la llamada “meritocracia” sea considerada uno de los criterios más importantes cuando de la promoción o remoción del juez por “merecimiento”. Actualmente, salvo raras excepciones, no se premia el “mérito”²⁴².

Además, el juez “crítico y global” que defendemos necesita, sobre todo y para allá de la “meritocracia” antes mencionada, ser sensible y apreciar más a las personas que al papel. Debe actuar con ética, trascender el gabinete y adentrar el mundo empírico, modificando y transformando la propia experiencia de juzgar. Es lo que defenderé a lo largo de esta investigación, especialmente en la etapa conclusiva.

²⁴⁰ NALINI, José Renato. ¿Cómo reclutar a magistrados? Op. cit., p. 76.

²⁴¹ NALINI, José Renato. ¿Cómo reclutar a magistrados? Op. cit., p. 74-76. Según advertencia de JEAN CRUET citada por NALINI, “... siempre se ha visto a la sociedad cambiar la ley; nunca se ha visto la ley cambiar la sociedad” (p. 75-76).

²⁴² El promotor de justicia MARCUS VINÍCIUS AMORIM DE OLIVEIRA hace una ácida crítica (lamentablemente en gran parte verdadera en los días actuales), sobre los criterios para la promoción por merecimiento en la carrera de la magistratura. Según lo que dijo, esta cuestión “... inmerge en la inmensidad de la subjetividad, abriendo margen a la pura negociación política, adulación y conformismo con las determinaciones de los superiores jerárquicos”. Cf. Garantías de la magistratura e independencia del Judicial. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, año 4, n. 29, 1999. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/245>>. (Acceso en 06.04.2018).

3.5. De la estructura de la punición administrativa de los jueces y la dificultad en el justo juzgamiento de los propios pares – “casa de herrero, pincho de palo”

Es fenómeno reciente el crecimiento del número de reclamos disciplinares en contra magistrados, especialmente considerando el mayor acceso de los reclamantes a las “oidorías” de los diversos tribunales y del CNJ. Diariamente, los jueces reciben pedidos de explicaciones acerca de determinado proceso, muchos de los cuales de reclamo por retraso en el trámite procesal. Otros tantos, desafortunadamente son direccionados por la parte inconformada como una especie de “recurso transversal” a una decisión tomada. De cualquier modo, y salvo las imperfecciones antes citadas, la “democratización” del acceso del público a los canales de reclamos es extremadamente positivo y aproxima el Poder Judicial a la población.

Sin embargo, y mismo con el elevado número de reclamos disciplinares, el juzgamiento de los magistrados efectivamente desidiosos por sus tribunales respectivos todavía necesita de mejor redimensionamiento, con la priorización de lo que efectivamente representa el malo ejercicio de la función jurisdiccional. Por veces, hemos visto órganos de cúpula de los tribunales se ateniendo a juzgar a magistrados que, por ejemplo, critiquen decisiones de desembargadores, lo que salvo en casos de pronunciación de expresiones ofensivas, es absolutamente irrelevante.

En este sentido, menciono el reciente ejemplo del Tribunal de Justicia de São Paulo (TJ/SP), que punió administrativamente juez por haber en su decisión criticado decisión superior, aún que en tono respetuoso²⁴³. El fundamento utilizado por el Órgano Especial del TJ/SP para la punición al magistrado fue el necesario respecto a la “jerarquía funcional”²⁴⁴. Sin embargo, y a pesar de opiniones contrarias, no es productivo punir a un magistrado por haber una idea contraria y a manifestar en tono de respeto. La *alteridad* es una característica importante del juez y debe ser preservada, justamente en nombre de su independencia funcional.

Volviendo a la cuestión de la punición, además de por veces ser mal dimensionada, hay muchas etapas para que un magistrado efectivamente desidioso perca a su cargo, además del corporativismo, natural en cualquier carrera. Basta analizar a los diversos consejos

²⁴³ Íntegra de la decisión del magistrado CÉSAR AUGUSTO FERNANDES disponible en: <http://s.conjur.com.br/dl/juiz-processado-negar-erro-decisao.pdf> (acceso en 24.07.2017).

²⁴⁴ Proceso 35.505/2017. Materia disponible en: http://www.conjur.com.br/2017-jun-15/juiz-processado-criticar-decisao-anulou-liminar?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook (acceso en 24.07.2017). según el artículo, el Presidente del TJ/SP restó vencido. En el fundamento del voto tendrían sido utilizadas expresiones *data vênia* inadmisibles en una decisión de superior instancia. Solamente para registro, dejo claro aquí que la crítica no solo a esta decisión, pero a otras mencionadas en esta investigación está siendo hecha por mí en la calidad de *investigadora*, no de magistrada, para que no se alegue violación al art. 36, III, de la Ley Orgánica de la Magistratura – LOMAN, ya que el mismo dispositivo resalta la crítica “en obras técnicas” (como la presente).

profesionales – de médicos, abogados, entre otros – para saber cuántos reclamos redundan efectivamente en punición severa de sus asociados desidiosos y de exclusión de la carrera. En el caso de la abogacía, verifico diariamente comportamientos inadecuados de abogados en procesos, como aquellos que dan margen a la demora procesal, muchas veces ocultando procesos por años, en el intento de generar la prescripción del caso concreto. En otros casos, el cliente es perjudicado por el “desaparecimiento” del causídico, intimado por diversas veces a hablar en el proceso. Cuando constato tales conductas u omisiones, tengo por regla expedir oficios a la Orden de los Abogados local (OAB) narrando el ocurrido. Desafortunadamente, no es frecuente ver la adopción de cualquier punición.

Es irónico que el juez, cuya función por excelencia es la de *juzgar* (y consecuentemente punir en determinados casos) tenga tanta dificultad en hacer eso en contra sus pares. Por eso utilicé en el título de este apartado la expresión popular “casa de herrero pincho de palo”. La punición en el ámbito de la carrera se trata de un verdadero asunto “tabú”, sobre el cual poco osan públicamente se pronunciar.

De acuerdo con la LOMAN y la Resolución 135/CNJ, los magistrados pueden ser punidos en procesos administrativos, recibiendo las siguientes penalidades disciplinares (art. 42): advertencia, censura, remoción compulsoria, disponibilidad con vencimientos proporcionales al tiempo de servicio, retiro compulsorio (también con vencimientos proporcionales al tiempo de servicio) y demisión.

Esta última – de demisión, presupone que el juez sea condenado en acción penal por crimen común o de responsabilidad o que haya procedimiento administrativo para pérdida del cargo, cuando constatado que: (i) el juez ejerce, aún que en disponibilidad, otro cargo o función, salvo la de magisterio prevista en la CF/88; (ii) que recibe a cualquier título y bajo cualquier pretexto, porcentajes o cuerdas en los procesos sujetos a su juzgamiento y; (iii) que ejerce actividad político-partidaria (art. 26, LOMAN). Destaco que los deberes del cargo están básicamente previstos en la CF/88 y en la LOMAN. Además de eso, para haber acción penal es imprescindible la actuación del Ministerio Público, en el sentido de reunir elementos (constantes en investigación policial previa) para el ofrecimiento de una denuncia. Y esa actuación es discrecional, porque de la misma forma que el juez, el promotor goza de “independencia funcional” en el ejercicio de sus atribuciones. Ya en el ámbito de los tribunales, la punición adoptada solamente puede ser la de naturaleza administrativa, siendo la más severa el polémico “retiro compulsorio”.

Como visto, el proceso que redundo en la punición de un juez es complejo, y así debe ser, justamente para evitar la distribución arbitraria de penalidades, que puedan dificultar a la independencia funcional del magistrado. Es necesario proceso administrativo previo en

todos los casos, salvo la dimisión por cometimiento de crimen común o de responsabilidad, que demanda condenación en acción penal.

Mismo siendo necesaria la complejidad del procedimiento para remover de los cuadros de la magistratura un juez desidioso, es difícil ver un juez ser demitido, especialmente por cuenta de la multiplicidad de recursos que pueden ser interpuestos en el ámbito del proceso penal brasileño. Sin embargo, en el ámbito administrativo, por lo menos del CNJ, la investigación y la efectiva punición a magistrados viene aumentando considerablemente²⁴⁵, demostrando que el “corporativismo” en la carrera viene disminuyendo.

La independencia funcional de los magistrados en el ejercicio de la actividad jurisdiccional no los hace “intocables”. Pero es necesario haber criterios rígidos y transparentes y, sobre todo, más ágiles para una punición ejemplar del juez, para que no haya malestar en el ejercicio de su independencia funcional y se mantenga la seguridad jurídica y la magistratura inmune a caprichos de “poder” (dimisiones despropositadas para favorecer esa o aquella línea de pensamiento). Sin embargo, extirpar al profesional que no está a la altura del cargo que ejerce (el acusado, por ejemplo, de utilizar la fuerza de su cargo para obtención de beneficios personales) es algo que, en mi visión, enaltece a la institución como un todo, pues provee para los que cumplen debidamente sus funciones (y que constituyen, como ya dicho, la amplia mayoría) la sensación de que su trabajo es valorizado. No hay nada más repugnante que ver a colegas recibiendo como “punición” remoción para comarcas y unidades jurisdiccionales consideradas mejores.

Insisto que no es privilegio de la magistratura tener personas no adecuadas al cargo y eso pasa en cualquier carrera. Mismo con concursos públicos rigurosos, donde incluso evaluación psicológica se hace, es posible que personas sin vocación sea aprobadas. En este sentido, y para evitar eso ingreso, el periodo de perpetuidad (de dos años tras la pose del juez – art. 95, I, CF/88) puede ser mejor dimensionado y servir de importante herramienta de ingreso en la carrera, así como los cursos de formación en las escuelas de formación de jueces, defendidos en líneas anteriores cuando expusimos la experiencia comparada de admisión en la magistratura.

Al mismo tiempo en que la magistratura es una carrera dispersa y pulverizada, hay todavía un inmenso “corporativismo” en la carrera (que, como aludido, viene disminuyendo), que perjudica no sólo a su desarrollo como a su credibilidad frente a la población. Y esa “protección” demasuada es objetivo de constantes críticas por parte de la opinión pública, que considera penalidades como el retiro compulsorio privilegio odioso y anacrónico.

En este particular, caben algunas palabras sobre el tan criticado “retiro compulsorio” que es, por así decir, la “pena capital” de un magistrado, pero que es duramente criticada

²⁴⁵ Datos disponibles en: <http://g1.globo.com/politica/noticia/2013/12/conselho-nacional-de-justica-dobra-punicoes-aplicadas-juizes-em-2013.html> (acceso en 07.04.2018).

por equivaler a una especie de “premio”, a medida en que el juez punido es removido y ganaría sus proventos. Sin embargo, es necesario mínimamente comprender el instituto, para que podamos criticarlo de forma basada y sin la contaminación de las opiniones públicas.

En encuesta capitaneada por el CNJ intitulada “Justicia en Números”²⁴⁶ más de la mitad de los magistrados que contestaron al cuestionario apoya el “retiro compulsorio” del juez condenado administrativamente como pena administrativa disciplinar.

Según el art. 56, de la LOMAN, eso “retiro compulsorio” es la más grave pena aplicable a un Magistrado por medio de proceso administrativo, ya que la pérdida del cargo y de sus beneficios demanda, aunque el juez sea condenado en proceso judicial, el llenado de los siguientes requisitos: (i) que el magistrado sea manifiestamente negligente en el cumplimiento de los deberes del cargo; (ii) de procedimiento incompatible con la dignidad, el honor y el decoro de sus funciones y; (iii) de escasa o insuficiente capacidad de trabajo, o cuyo proceder funcional sea incompatible con el buen desempeño de las actividades del Poder Judicial. La penalidad en cuestión consiste en el alejamiento remunerado (vencimientos proporcionales) del juez, y es justamente eso que genera la crítica masiva de la sociedad al instituto.

Los tres casos previstos en el dispositivo son extremadamente graves y demandarían, en el ámbito de la iniciativa privada, demisión del empleado faltoso incluso “por justa causa”. Pero en la magistratura, la impresión que se tiene es que el juez faltoso y desidioso recibe un “premio” por eso, retirándose y permaneciendo a recibir sus vencimientos – aunque de forma proporcional – sin haber ofrecido la contrapartida del trabajo.

Sin embargo, una vez más insisto que es necesario que analicemos con una “lupa” a la situación, despidos de las emociones manifestadas por la opinión pública.

Es cierto que en el ámbito de la misma iniciativa privada que demitiría cualquier uno que fuera desidioso en el ejercicio de sus funciones, cualquier empleado, sea eficiente o más desidioso, al ser dispensado recibirá beneficios de seguridad social caso tenga contribuido con la previdencia oficial, sea seguro desempleo, algún tipo de retiro, auxilios enfermedad y accidente, salario maternidad, entre otros.

La opinión pública no considera es que el juez, de la misma forma que el empleado de una empresa privada, también recoge en la fuente valores bastante significativos para costeo de su previdencia oficial (el 11% sobre todo lo que excede el techo del INSS, actualmente alrededor de R\$ 5.000,00). Luego, no parece justo, incluso por el principio constitucional de la dignidad de la persona humana, que ninguna contrapartida sea debida

²⁴⁶ De 2015, con recopilado de datos referentes al año-base de 2014. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/programas-e-aco/es/pj-justica-em-numeros> (acceso en 21.07.2016). Ver p. 482.

por cuenta del descuento de las contribuciones. El magistrado no es un ente “etéreo”, aislado en el mundo. Él tiene familia, hijos, compromisos, así como cualquier otro trabajador de la iniciativa privada.

En este sentido, apoyamos solución “salomónica” propuesta por MACHADO PORTELA, en el sentido de que en casos de “retiro compulsorio” sea aplicada las mismas reglas de seguridad social adoptadas para el contribuyente oriundo de la iniciativa privada, o sea, otorgado beneficio de seguridad social levando en consideración el tiempo y el valor de la contribución, el techo legal del valor del beneficio, el sexo, la edad y las condiciones de trabajo, como forma de ecualizar una situación que para la sociedad aún parece un odioso privilegio, incompatible con un Estado Democrático de Derecho²⁴⁷.

Refiriéndose al aspecto de trabajo, podemos pensar en utilización de las reglas de la iniciativa privada para los casos de demisión por justa causa, o sea, el magistrado que ha contribuido con la previdencia oficial podría ser indemnizado de la misma manera que un trabajador de la iniciativa privada cuando es despedido, recibiendo saldo de salario y vacaciones vencidas, con su respectivo adicional. Lo que no es posible, incluso en nombre de los principios de la equidad y de la dignidad humana, es que ninguna contrapartida sea debida.

3.6. De la estructura presupuestal y del “vínculo enfermo” con el poder ejecutivo

Como ya mencionado en capítulo dedicado a desmenuzar la historia del Poder Judicial rumbo a la noción de “poder independiente”, mismo sobrevenido la independencia de Brasil y la posterior proclamación de la república, esa realidad de confusión (y coincidencia) entre Poder Ejecutivo y Poder Judicial ha perdurado prácticamente hasta 1988, cuando la Constitución Federal de 1988, dedicando inúmeros capítulos a estructurar el Poder Judicial en Brasil, declaró en el art. 99 su “autonomía administrativa y financiera”. Luego, según la Carta Magna en vigor, el Poder Judicial tiene tanto independencia funcional como institucional, y ambas están inexorablemente interconectadas. Una vez que, no hay como el magistrado, en la condición de *presentante* del Poder Judicial, juzgar con exención si inmergido en una estructura incapaz de autogestionarse.

Por “autonomía administrativa” se entiende la premisa de los tribunales de autogestión de los recursos humanos a su disposición, o sea, se organizaren administrativamente, elegir a órganos directivos, proveer los cargos de juez de carrera, proveer concurso de servidores,

²⁴⁷ Cf. MACHADO PORTELA, Jacques. *¿Es justo que el magistrado condenado al retiro compulsorio o a la pérdida del cargo continúe siendo remunerado por el erario?* Disponible en: <https://jus.com.br/artigos/15127/e-justo-que-o-magistrado-condenado-a-aposentadoria-compulsoria-ou-a-perda-do-cargo-continue-sendo-remunerado-pelo-erario> (acceso en 26.07.2016).

organizar secretarías y serventías, entre otras competencias listadas en el art. 96, de la CF/88.

Ya la “autonomía financiera” es la premisa del mismo tribunal realizar la gestión de los recursos materiales a su disposición, o sea, de su propio presupuesto, visando la entrega de una prestación jurisdiccional célere y de calidad. Esta premisa naturalmente demanda grandes inversiones, especialmente considerando la enorme estructura y capilaridad del Poder Judicial en Brasil, cuyos jueces, por un lado, son extremadamente productivos, pero, por otro, paradójicamente la justicia es todavía tenida como morosa²⁴⁸.

Aunque redundante y obvio, conviene recordar que esta autonomía administrativa y financiera está limitada a los principios generales, que nortean la actuación de la administración pública como un todo, entre los cuales la legalidad, impersonalidad, moralidad, publicidad y eficiencia (art. 37, *caput*, CF/88). Luego, la discrecionalidad de los órganos de cúpula para la autogestión debe tener como parámetros los ideales de una administración proba, ética y eficiente.

Este punto es crucial para comprender a la dinámica y a los males sentidos por el Poder Judicial hoy. Eso porque es posible decir que posee esa amplia autonomía (que incluye a la funcional, financiera y presupuestal) hay solamente 30 (treinta) años, tiempo este que es ínfimo, históricamente hablando. Y digo aún “relativa” autonomía, porque buena parte del presupuesto del Poder Judicial es proveniente de repases por parte del Poder Ejecutivo, que se los realiza muchas veces a su “bel placer”, a depender de alguna decisión de repercusión haber satisfecho o no intereses gubernamentales o partidarios.

Además de eso, la autonomía del Poder Judicial para vehicular proyectos de ley en favor de la administración judicial también no es absoluta, ya que tales leyes serán sometidas al Poder Legislativo, que podrá o no aprobarlas muchas veces a depender de las circunstancias y del innegable “juego político”. Determinados proyectos pueden o no contar con adhesión popular, que inexorablemente influye en el resultado de las votaciones por el Poder Legislativo, a depender de como la opinión de la sociedad se posicione.

Ya decía con sabiduría el Ministro NÉRI DA SILVEIRA que el Supremo Tribunal Federal (Corte ubicada en una “instancia de superposición”) debería garantizar la independencia del Poder Judicial, tanto al aspecto funcional, como al institucional, garantizando la obediencia de los inúmeros preceptos de la CF/88, que tratan de la estructura y funcionamiento del Poder Judicial²⁴⁹. Y esa participación del STF debería ser más *efectiva*, justamente para

²⁴⁸ Cf. <http://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/o-pais-dos-paradoxos-tem-os-juizes-mais-productivos-do-mundo-mas-um-judiciario-dos-mais-morosos-e-assoberbados/> (acceso en 02.04.2018).

²⁴⁹ NÉRI DA SILVEIRA, José. Op. cit., p. 175.

unificar la magistratura nacional, tan pulverizada y polarizada, mismo después del advenimiento del CNJ.

Es el STF, en mi entender, la Corte responsable por rescatar una *identidad* de la magistratura nacional y el llamado “sentido de pertenencia”, siendo el espejo de los magistrados en el ejercicio de la jurisdicción en los diversos rincones de este País, de dimensiones continentales. Sin embargo, y sin desmerecer la inmensa calidad técnica y jurídica de los miembros del STF, todos son nombrados por el Presidente de la República y no necesariamente los indicados son magistrados, que es bueno para mantener la característica de “alteridad” en la composición de la Corte, pero malo para la formación de una “identidad nacional de la magistratura”, propiciando un *efectivo* compromiso con sus causas²⁵⁰.

Obviamente, no hay como negar a los avances alcanzados por el Poder Judicial en Brasil, principalmente a lo que se refiere a su autonomía. Se sabe que cuanto más autónomo tal Poder de la República sea, más democrática será la sociedad. Basta ver que en épocas de sociedades dictatoriales el Poder Judicial prácticamente no tiene voz, solamente asiente, de forma servil, a los mandes y desmandes perpetrados por el gobierno vigente.

Sin embargo, la vinculación del Poder Judicial a nuestro ver “enferma” e histórica con el Poder Ejecutivo todavía compromete no solamente en la independencia del juez, individualmente considerada²⁵¹, pero especialmente en la independencia institucional del Poder Judicial, en la dinámica de funcionamiento de las cortes y tribunales, bien como en su política de gestión. La cantidad de repases es crucial para financiar o no un aparejamiento del Poder, que ciertamente repercutirá en su funcionamiento más dinámico y eficiente.

3.7. Análisis del Consejo Nacional de Justicia – CNJ: avances y retrocesos

La pulverización del Poder Judicial en Brasil y su inmensa estructura física y humana, bien como las enormes distorsiones entre carreras idénticas a depender de la localidad considerada generó la necesidad de creación de un órgano, que fuera responsable por realizar una especie de “rayo x” del Poder Judicial y rescatar su “identidad” nacional, proponiendo soluciones, en el sentido de unificar procedimientos y la propia carrera. Incluso la propia Constitución Federal de 1988 preconiza que la magistratura es una, siendo solamente segmentada por una cuestión de especialidad y enorme dimensión del territorio

²⁵⁰ Pienso que la formación de esta identidad de la magistratura no cabe al CNJ, pero sí al STF, justamente por el hecho del primero no ser un órgano jurisdiccional, pero sí administrativo – cuya función precípua es la de fiscalizar y controlar la actuación administrativa y financiera de los Tribunales y cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces (art. 103-B, CF/88).

²⁵¹ Muchas decisiones de relevo para los demás Poderes, tomadas por un juez singular, son reformadas, a ejemplo de las inúmeras acciones civiles públicas, que pretenden la interdicción de establecimientos penitenciarios, y que serán referidas a lo largo de esta investigación.

brasileño. Prueba de eso son los artículos 92 y siguientes de la Carta Magna, que tratan de la magistratura como un todo, incluso a lo que se refiere al subsidio de los magistrados, que debe tener siempre como parámetro máximo los proveídos por los ministros del Supremo Tribunal Federal (art. 93, V, CF/88).

En este sentido, la Emenda Constitucional n. 45/2004 incluye en la Constitución Federal la previsión del Consejo Nacional de Justicia (art. 103-B), órgano cuya incumbencia principal es la de realizar el control de la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial y del cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces. De sus inúmeras atribuciones (estipuladas en el párrafo 4° del ya citado art. 103-B, de la CF/88) destaco las siguientes: (i) asegurar la autonomía del Poder Judicial y el cumplimiento del Estatuto de la Magistratura; (ii) apreciar la legalidad de los actos administrativos (y no jurisdiccionales, que se quede bien claro) practicados por miembros u órganos del Poder Judicial; (iii) recibir y conocer de los reclamos realizados en contra miembros u órganos del Poder Judicial, incluso en contra sus servicios auxiliares, serventías y órganos prestadores de servicios notariales y de registro que actúen por delegación del poder público u oficializados y; (iv) revisar, de oficio o mediante provocación, los procesos disciplinarios de jueces y miembros de tribunales juzgados hace menos de un año, justamente con el intuito de eliminar la cultura corporativa de la impunidad en el ámbito de los tribunales.

Muchos avances fueron innegablemente liderados por la actuación del CNJ, especialmente refiriéndose a la unificación de la carrera (a ejemplo de la estandarización de los edictos para concurso público de ingreso a los cuadros de la magistratura, como antes referido), bien como la transparencia de las informaciones financieras y presupuestales del Poder Judicial. Incluso los vencimientos de los jueces pueden ser accedidos por cualquier persona, a través del llamado “portal de la transparencia”²⁵².

Sin embargo, como todo órgano de existencia reciente, el CNJ demanda algunos reajustes, justamente para que no extrapole a su función precípua prevista en el art. 103-B, párrafo 4°, de la CF/88. Y esos ajustes están paulatinamente siendo establecidos por la jurisprudencia, que viene rechazando la actuación del CNJ en el *mérito* de las decisiones de cuño jurisdiccional proferidas por los jueces, como forma incluso de asegurar a la garantía de la independencia funcional, tanto enaltecida en esta investigación. Hacer con que jueces decidan de una determinada forma supuestamente “correcta” no caracteriza independencia, pero sí refuerza una situación de indebida – e intolerable – subordinación. No se puede interferir en el contenido de una decisión o dictar lo que un juez debe decidir, incluso porque el mecanismo correcto para dar lugar a la reforma de una decisión es el recurso de las partes y no la censura de un órgano como el CNJ.

²⁵² <http://www.cnj.jus.br/transparencia>

Hay innumerables juzgados del STF, en el sentido de limitar la competencia del CNJ al ámbito administrativo – tal cual *expresamente* preconiza la Emenda Constitucional n. 45²⁵³ - con la prohibición que tal órgano proceda al reexamen de actos de contenido jurisdiccional. El art. 103-B, párrafo 4° de la CF/88 preceptúa que “compete al Consejo el control de la actuación *administrativa y financiera* del Poder Judicial y del *cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces*”²⁵⁴. Se trata de mandamiento *restricto y taxativo*, imposible de ser extendido o mismo de ser interpretado vía analogía, bajo pena de actuación *ultra vires*, cuya consecuencia es el ataque a la democracia y a la independencia del Poder Judicial²⁵⁵.

Otra distorsión que encontramos en la actuación del CNJ es su excesivo privilegio a la *productividad* en detrimento de la *calidad*, cultura que asola al Poder Judicial como un todo. Incluso en la ya citada investigación AMB 2018 la mayoría de los jueces defiende que un buen magistrado es el *célere*. Después viene aquel que dicta decisiones fundamentadas y lo que actúa objetivando la seguridad jurídica²⁵⁶. Desde la creación del CNJ, fueron establecidas diversas metas para los magistrados, a ejemplo de las rutinariamente fijadas en el ámbito de la iniciativa privada, que al mismo tiempo que pretenden la eliminación del enorme “embotellamiento” de procesos represados en los más diferentes foros y tribunales, también estimulan la productividad sin criterio. De hecho, es mucho mejor para un magistrado hacer constar en su informe altos números de decisiones y sentencias que parar para evaluar criteriosamente un proceso complejo, ya que la decisión a ser tomada en este caso complicado va a contar en el informe de productividad solamente como una *única* decisión, cuantitativamente irrelevante considerado el pasivo procesal hoy existente en el país.

Hoy, más de 10 (diez) años tras su creación, la evaluación del CNJ por parte de los propios magistrados todavía es “regular”. Encuesta realizada por la AMB muestra que, entre

²⁵³ STF, Mandato de Seguridad n. 33.570-MC/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO (decisión monocrática), j. 30.04.2015 (Informativo 788). Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo788.htm#transcricao1> (acceso en 01.07.2017).

²⁵⁴ Itálicos en la presente.

²⁵⁵ El Ministro EROS GRAU sintetizó la cuestión de forma muy feliz, siendo oportuno citar fragmento de un de sus decisiones: “... de resto – y este punto es de fundamental importancia – al Consejo Nacional de Justicia no es atribuida competencia ninguna que permita su interferencia en la independencia funcional del magistrado. Se le cabe, exclusivamente, el ‘control de la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial y del cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces’, nada más que eso. Su presencia, como órgano del Poder Judicial, en el modelo brasileño de armonía y equilibrio entre los poderes, no conformará ni informará – ni siquiera afectará – al deber-poder de decidir conforme la Constitución y las leyes que vinculan a los miembros de la magistratura. El control que ejercerá está adjunto al plan ‘de la actuación administrativa y financiera del Poder Judicial y del cumplimiento de los deberes funcionales de los jueces’. Aunque órgano integrante del Poder Judicial – razón por la cual desempeña autentico control interno – no ejerce función jurisdiccional”. (ADI 3.367/DF. Disponible en www.stf.jus.br - acceso en 01.07.2017).

²⁵⁶ Disponible en: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf> (acceso en 16.02.2019).

los magistrados entrevistados, el CNJ recibe notas regulares a bajas en diversos quesitos considerados²⁵⁷. Los puntos más criticados son: (i) la eficiencia del control disciplinar es inversamente proporcional a la instancia del magistrado, o sea, cuanto más alto el tribunal, más bajo el control sobre sus pares; (ii) insuficiente apreciación del primer grado de jurisdicción, mismo con la creación de la llamada “Política Nacional de Atención Prioritaria al Primer Grado de Jurisdicción”, que al entender de los entrevistados ha generado, cuando mucho, la creación de “comités gestores” en el ámbito de los tribunales, sin que hubiera la implementación de medidas efectivas, como la ecualización de distribución de recursos presupuestales, de la fuerza de trabajo, de infraestructura, entre inúmeras otras; (iii) bajo fortalecimiento de la independencia del Poder Judicial como un todo; (iv) priorización de la repercusión mediática al momento del órgano proferir una decisión.

Además de eso, los magistrados ampliamente critican iniciativas que son, conforme informalmente se dice, “medidas de garganta abajo”, a ejemplo de las llamadas “audiencias de custodia”, que fueron implementadas con la obligatoriedad de ser realizadas por todos los magistrados, independientemente de cogitarse, por ejemplo, de la situación de un juez de entrada inicial, de una comarca de 10.000 (diez mil) habitantes, que no posee cualquier estructura para la realización de las escoltas, bien como para la realización de las audiencias. Yo particularmente soy una entusiasta de las audiencias de custodia, por los motivos que declinaré en la secuencia de esta investigación, en momento oportuno. Pero no se puede negar que grande parte de los colegas no consigue atender a eso comando, debiendo el CNJ, en la calidad de órgano responsable por “asegurar por la autonomía del Poder Judicial”, prestar más atención a las peculiaridades de los magistrados, bien como a la enorme diversidad de situaciones, directamente proporcional a la dimensión de este País.

Otra queja que yo particularmente hago es la falta de efectividad práctica de los inúmeros informes, cuya elaboración es ordenada por el CNJ y aquí cito específicamente el “Registro Nacional de Inspecciones en los Establecimientos Penales”. Todo mes los magistrados tienen la obligación de visitar el establecimiento penal de la respectiva jurisdicción y transmitir las informaciones al CNJ. Ocurre que vengo hace años haciendo dicho informe, noticiando las pésimas situaciones de la cárcel de la comarca donde actúo (Arapongas – PR). Sin embargo, siquiera recibo un retorno, una visita de alguien integrante del CNJ a la cárcel, apoyo para tratar con la superpoblación y las condiciones degradantes noticiadas. Parece que en nada repercute lo que escribo. Además, si soy un poco “distráida”, el sistema mismo repitiendo los datos del informe del mes anterior reclasifica la parte donde pongo las condiciones del establecimiento penitenciario para “regulares”, cuando en todos los informes constaban (y aún constan) como “pésimas”.

²⁵⁷ Disponible en: <http://www.amb.com.br/novo/?p=25829> (acceso en 10.08.2016).

Como ya aludido, entiendo que el CNJ tiene actuación positiva, en el sentido de unificar a la carrera, evitando las enormes disparidades verificadas entre los diversos tribunales. Somos todos magistrados y ninguna categoría debe ser beneficiada en detrimento de otras, pues la magistratura, según preconiza la Carta Magna, es “una”. Sin embargo, muchas veces parece que el órgano se encuentra completamente alejado de la realidad de la magistratura “de base”. Es necesario defender no solamente una actuación enfocada en informes y metas. Entiendo urgente una “mirada” diferenciada para la magistratura, en el sentido de asegurar, como la propia CF/88 dice, la autonomía de la actuación del juez, independientemente de estar trabajando en un local con más o menos recursos.

4. GARANTÍAS DEL PODER JUDICIAL

4.1. Diferencia entre “garantía” y “privilegio”

En la literatura, el tema “garantía” y “privilegio” viene bastante tratado en el ámbito del Derecho Tributario. Y tuve la idea de abrir este tópico por haber sido estudiosa de la materia. Mis primeros pasos en el camino académico antes de me “apasionar” por el tema de la ejecución penal fueron en el ámbito tributario y se le debate mucho sobre tales conceptos (garantía y privilegio), que pueden ser transpuestos, bajo la óptica de interdisciplinariedad, al debate que aquí proponemos.

“Garantía” en la literatura tributaria sería el modo de asegurar un derecho o de dar eficacia al cumplimiento de una obligación²⁵⁸. Según LUCIENE ABREU MARTINS, la garantía es algo que “confiere seguridad y estabilidad al crédito tributario”, ya que todo el patrimonio de un individuo (salvo la parcela legalmente excluida) puede responder frente al fisco.

Ya el “privilegio” en Derecho Tributario tiene relación con el concepto de “regalía” o “preferencia”. En este sentido, por la legislación brasileña el crédito tributario, por tratarse de dinero público, tiene preferencia sobre una serie de otros créditos, que se le da seguridad y estabilidad. Una vez que, es con el dinero de los tributos (o, por lo menos, debería de ser) que el Estado sule a las necesidades más básicas de la población, tales como salud, educación, seguridad, siendo que en este último concepto no deja de esta abarcada la ejecución penal, que aquí tanto debatimos. O sea, el crédito tributario estaría delante de otros créditos relevantes.

Transponiendo esa idea para el ámbito de la actividad jurisdiccional, privilegios serían las “regalías” de un magistrado, teniendo eso concepto una cierta connotación “negativa”. En la jerga popular se dice que una persona es “privilegiada” cuando ostenta alguna ventaja sin muchas veces le ser merecedora. Y hoy día en los medios de comunicación hablar de privilegios del juez está en alta, por cuenta de los debates sobre los salarios y otros beneficios recibidos por los jueces. Y, digamos: tales “beneficios” muchas veces siquiera no recibidos, pero “inventados”. Esos días mi madre me llamó para cuestionarme si estaba ganando auxilio para el estudio de mi hija, que perduraría hasta que le cumplierse los 24 (veinticuatro) años. Una gran mentira, el resultado de una divulgación irresponsable de datos por la prensa y, principalmente, por las “redes sociales”.

²⁵⁸ Cf. ABREWU MARTINS, Luciene. Garantías y privilegios del crédito tributario. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponible en: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8789 (acceso en 31.01.2018).

Considerando las categorías antes explicadas, podemos hablar de “garantías” para el ejercicio de la actividad jurisdiccional como mecanismo para asegurar al juez que desempeñe bien a su principal atribución, que es la de juzgar. Citamos como ejemplos principales la independencia y la imparcialidad, que analizaremos con más celeridad. Sin embargo, hay inúmeras otras garantías. El recibimiento de una justa remuneración por su oficio es, en mi entender, una de esas, aunque la opinión pública se le atribuya el status de “privilegio”, cuyo contenido peyorativo del vocablo acaba por confundir la opinión general, sacando el enfoque de lo que realmente interesa. Sin embargo, este tema no será aquí abordado, ya que el enfoque principal es directamente el desempeño de la actividad jurisdiccional y de sus “garantías” inherentes.

La distinción ora sostenida, y que irá servir de parámetro para los ítems a seguir desarrollados es de suma importancia, pues que estamos a debatir es la necesidad de refuerzo de las “garantías” del juez mientras parte del Poder Judicial, como las ya mencionadas independencia funcional e imparcialidad.

Antes de pasar a ellas, conviene destacar que tales garantías deben siempre ser leídas bajo la óptica de la llamada *garantía de la jurisdicción* como derecho del ciudadano y deber del Estado. En Derecho Penal, Procesal Penal y de Ejecución de la Pena esta garantía está expresada en la máxima *nulla culpa sine iudicio*. Según AURY LOPES JR., se trata de la jurisdicción de “un presupuesto para el proceso penal, derecho al juez natural con inderroabilidad del juicio y prohibición de un juez de excepción. *La garantía de la jurisdicción debe ser vista en el contexto de las garantías orgánicas de la magistratura, para orientar la inserción del juez en el marco institucional de la independencia, presupuesto de la imparcialidad*, que deberá orientar su relación con las partes en el proceso. Además, el acceso a la jurisdicción es premisa material y lógica para la efectividad de los derechos fundamentales”²⁵⁹.

4.2. Independencia – definición y dificultades en la práctica

He pensado en este punto en desfilas varias tesis académicas para definir el tema independencia funcional. Sin embargo, el alcance de la presente investigación es más práctico y prefiero atenerme a una específica definición traída por la Sentencia de la Sala Constitucional de Costa Rica n. 15656, de 2011²⁶⁰, que será nuevamente referida a lo largo

²⁵⁹ LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010, v. 1, p. 11-14 (it.). Cf. también MOURA MARTINS, Alisson Thales. A problemática da verdade processual penal dentro de um sistema de garantias penais constitucionais. *Revista Ciência et Praxis da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG)*, 2011, v. 4, n. 7. Disponible en: <http://revista.uemg.br/index.php/praxys> (acceso en 19.02.2019).

²⁶⁰ Referida sentencia puede ser accedida a través del siguiente trabajo: ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre las cárceles en Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*. n. 134 (mayo-agosto 2014), p. 97-136.

de esta investigación. Tal definición, además de las traídas por los tratados internacionales de derechos humanos, *de per se* bastan para nuestro propósito.

Según la Sala Constitucional costarricense, el principio de la independencia del juez sería "... aquella potestad dada por la Constitución y la ley por medio de la cual el juez, cumpliendo en su ámbito competencial y jurisdiccional ejerce el poder que le ha sido delegado por el Estado de resolver un conflicto planteado por particulares o por la misma Administración". Y la situación carcelaria no deja de ser un "conflicto planteado por la Administración", ya que la omisión y la inercia estatales condujeron la situación a un nivel insostenible, verdadero "estado de cosas inconstitucional", para citar reciente decisión del STF sobre la materia²⁶¹.

Además de eso, la Corte costarricense enfatiza que la garantía de la independencia judicial está conectada directamente a otras garantías, como la imparcialidad, teniendo manifestación tanto en el *plan externo* – autonomía del Poder Judicial en materia económica e inamovilidad de sus integrantes – así como en el *plan funcional*, siendo este traducido por la posibilidad real del magistrado tomar sus decisiones de acuerdo a criterios propios y no como resultado de presiones provenientes de determinados grupos, instituciones o personas.

Además de eso – y tal vez esa sea la observación más interesante de la decisión ora mencionada –, la independencia del magistrado se manifiesta en el *plan interno*, o sea, dentro del propio Poder Judicial. Significa decir que la decisión del magistrado de primer grado tiene la misma autonomía que una decisión de instancia superior (excepto, obviamente, cuando son interpuestos recursos).

Y mencionando el juez de ejecución penal, la Corte en cuestión en la misma decisión resalta tratarse de autoridad judicial que actúa con plena independencia, ejerciendo su jurisdicción en un ámbito territorial determinado²⁶². Según la Sala Constitucional costarricense "... los jueces de ejecución de la pena, en cada una de sus jurisdicciones, están legitimados para dictar medidas correctivas, ya sea de oficio o bien, ante la interposición de una queja". Luego, es posible al magistrado de la ejecución penal actuar no solamente motivado por la acción en una parte, pero, sobre todo, de oficio, cuando constate situación de grave violación a derechos humanos (como ocurre en las cárceles brasileñas).

²⁶¹ Cf. Medida Cautelar en el ámbito de la Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 347/DF. Referida decisión será tratada con más detalle en la secuencia de esta investigación.

²⁶² Conforme será adelante explanado, la pretensión colectiva deducida por magistrados de Costa Rica solamente no fue acogida en dicha oportunidad porque la Sala Constitucional entendió que la jurisdicción del magistrado de ejecución penal es especialmente limitada ("incompetencia de los jueces de ejecución para dictar medidas correctivas en forma conjunta y general"). Por esta razón y en momento posterior, actitudes tomadas por magistrados como ROY MURILLO, de transferir detenidos de la cárcel de San Sebastián fueron refrendadas por la propia Sala Constitucional.

Esa actuación del magistrado de la ejecución penal es diferente de la del juez que actúa en el “proceso de conocimiento”, que se encuentra prohibido de emitir pronunciamiento jurisdiccional sin la provocación de las partes (la llamada característica de la “inercia”). Por esa razón, me atrevo a afirmar que existe un verdadero “derecho de ejecución penal”, que impone que el juez sea activo y proactivo y tome medidas, aunque no solicitadas por las partes, para garantizar que el condenado sólo cumpla la pena que le fue atribuida, con respeto a los derechos humanos ya todos aquellos derechos que no le fueron quitados temporalmente por la sentencia condenatoria.

La citación del concepto de independencia judicial firmado por la corte costarricense no es aleatoria. Allá las decisiones de los magistrados de primer grado (como es el caso de ROY MURILLO, referenciado a lo largo de este trabajo) de implementar drásticos cambios en el universo penitenciario y de la ejecución penal, fueron refrendadas por la Sala Constitucional de Costa Rica, que nos lleva a creer que la independencia es prerrogativa del Poder Judicial llevada muy en serio. Además de eso, la definición judicial respecto al tema asumida por la Corte en cuestión lleva en consideración lo que dicen las convenciones internacionales de derechos humanos, que ponen la independencia judicial (expresada en la garantía del ciudadano ver a su causa juzgada por un tribunal independiente e imparcial) a nivel de verdadero “derecho humano fundamental” del magistrado, en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Vale recordar que la independencia funcional está contemplada en diversos instrumentos internacionales, siendo ejemplos más próximos la Declaración Universal de los Derechos Humanos (art. 10²⁶³), el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos (vehiculado en Brasil a través del Decreto n. 592/1992 – art. 14, I²⁶⁴) y la Convención Interamericana de Derechos Humanos (art. 8°, I²⁶⁵), que refuerza a nuestra tesis de que es

²⁶³ “Toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a que su causa sea equitativa y públicamente juzgada por un tribunal independiente e imparcial que decida de sus derechos y obligaciones o de las razones de cualquier acusación en materia penal que en su contra sea deducida”.

²⁶⁴ “Todas las personas son iguales frente a los tribunales y a las cortes de justicia. **Toda persona tendrá el derecho de ser oída públicamente y con debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido por ley, en la apuración de cualquier acusación de carácter penal formulada en su contra o en la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de parte de la totalidad de un juzgamiento, sea por motivo de moral pública, de orden pública o de seguridad nacional en una sociedad democrática, sea cuando el interés de la vida privada de las Partes se lo exija, que en la medida que sea estrictamente necesaria en la opinión de la justicia; sin embargo, cualquier sentencia proferida en materia penal o civil deberá hacerse pública, a menos que el interés de menores exija procedimientos opuestos, o proceso diga respecto a controversia matrimonial o a la tutela de menores” (se destacó).

²⁶⁵ “**Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial**, establecido anteriormente por ley, en la apuración de cualquier acusación penal formulada en su contra, o para que se determine sus derechos u obligaciones de naturaleza civil, de trabajo, fiscal o de cualquier otra naturaleza” (se destacó).

en realidad un derecho humano y fundamental del magistrado (en el ejercicio de sus funciones), conforme será defendido a lo largo de esta investigación. Especialmente en el ámbito del Derecho Penal y del Proceso Penal, la independencia es una de las prerrogativas más caras al Poder Judicial, por un lado, y una de las garantías más importantes del ciudadano, de otro lado, evitando que sea juzgado por jueces con motivación política o discriminatoria de cualquier naturaleza. En otras palabras, el Poder Judicial independiente es corolario de la democracia, que repudia a los llamados “juicios de excepción”.

La independencia funcional igualmente está reglamentada en los “Principios básicos relativos a la independencia del Poder Judicial”, aprobados en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, realizado en Milán de 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985²⁶⁶. Esos principios fueron confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29.11.1985 y 40/146, de 13.12.1985.

En tal oportunidad se quedó consignado que la independencia del Poder Judicial debe ser garantizada por el Estado y proclamada en sus respectivas constituciones. También se quedó registrado que los magistrados pueden – y deben – resolver a los temas que les son sometidos con imparcialidad con base a los hechos y de acuerdo con la ley, sin cualquier restricción o influencia, libre de presiones, amenazas o intrusiones impropias, sea directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo. En suma, la independencia es una característica del ejercicio de la jurisdicción, impidiendo que el juez al decidir se subordine a otros órganos, personas o intereses.

Presentando un contrapunto al raciocinio antes deducido, menciono el entendimiento del abogado, filósofo y profesor de la Universidad de São Paulo (USP) SILVIO LUIZ DE ALMEIDA. Él defiende que el juez puede ser independiente en relación al gobierno, partido, pero nunca es independiente con relación a su condición de clase y a los movimientos estructurales del capitalismo. Por esta razón que, en su entender, las decisiones de los tribunales son colegiadas, justamente para evitar que el voluntarismo de una visión muy particular de mundo pueda se sobreponer en un determinado caso concreto²⁶⁷. Y, si el magistrado no es independiente, no podría, por un raciocinio lógico, ser imparcial²⁶⁸.

El Profesor se va más allá y presenta una opinión más radical, pues defiende que mucho más que “salvar a la democracia” el Poder Judicial tendría más aptitud y perfil para aliarse a determinados gobiernos, no habiendo en la historia noticia de golpe político, que no

²⁶⁶ Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx> (acceso en 20.08.2017).

²⁶⁷ Entrevista disponible en: <http://www.diariodocentrodomundo.com.br/video-a-crenca-na-independencia-do-poder-judiciario-e-estupida/> (acceso en 11.06.2017).

²⁶⁸ Particularmente entiendo, con todas las venias al Doctor, que está a referirse en su charla mucho más a la garantía de la imparcialidad que propiamente de la independencia del Poder Judicial como un todo.

tenga contado con el apoyo del Poder Judicial. De esta forma, la falta de independencia, aliada a la selección de los magistrados a través de concursos públicos que seleccionan mayoría blanca y de clase media, hace peligroso el llamado “activismo judicial”. Para él sería una “quimera liberal” pensar que el juez tendría compromiso con el país y que gran parte de las personas estaría iludida con relación a eso.

Lógicamente nada de lo afirmado por el Profesor está de todo errado y es justamente por esta razón que este trabajo está siendo escrito, o sea, para intentar rescatar el comprometimiento y el entusiasmo del juez producto de la modernidad, en un ambiente donde todo se le espera, pero que en la práctica sabemos no ser el “salvador de la patria”. Como ya expuesto en esta investigación, hay realmente un perfil de personas que ingresa en el Poder Judicial y de nada le sirve criticar sin apuntar una solución.

En otras palabras, por más que el modo de ingreso sea selectivo, no es una opción peor que otras existentes en diferentes países, como la elección directa, que favorece el involucramiento partidario del magistrado y mina a su comprometimiento y su independencia al necesariamente haber que aliarse a determinados grupos políticos, a fin de acceder a tan codiciada posición. Mismo considerando que los jueces brasileños son de mayoría blanca y de clase media es mucho más factible imaginar que la clase tenga independencia mayor que el magistrado que ingresó en la carrera por indicación política, como es el caso en Brasil de los ministros de los tribunales superiores²⁶⁹.

Aquí llegamos a otra conclusión, que va parcialmente al encuentro del defendido por el Profesor SILVIO LUIZ DE ALMEIDA: la independencia parece ser mayor cuanto menor la instancia en la cual el magistrado actúa. “Independencia” e “instancia” son grandezas inversamente proporcionales. En otras palabras, cuando más alto el individuo llega en la jerarquía del Poder Judicial mayor su nivel de comprometimiento político con los que viabilizaron su ascensión, siendo aún mayor cuando el juez es oriundo de otra carrera diferente del Poder Judicial. Lógicamente no estoy a decir que el ministro del STF no es independiente y no decide conforme sus convicciones. Sin embargo, para que decida un caso hay políticamente mucho más en juego que para un juez de primera instancia, comprometido casi que exclusivamente con su comunidad. Además de eso, es necesario considerar que muchos magistrados que integran órganos colegiados (y aquí cito el ejemplo de la Ministra del STF ROSA WEBER, que se ha pronunciado por diversas ocasiones en el mismo sentido²⁷⁰) adoptan el llamado “principio de la colegialidad”, o sea, una vez el

²⁶⁹ Aquí no estoy a criticar la calidad de los magistrados que integran a las cortes superiores, pero su *criterio de elección* viene sufriendo críticas. Incluso la Asociación de los Magistrados de Brasil (AMB) lanzó reciente encuesta entre los magistrados para que expusiera a lo que piensan del tema.

²⁷⁰ A ejemplo de su voto proferido en 04.04.2018 en el HC 152.752, impetrado por la defensa del ex presidente de la República LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA.

Tribunal teniendo se manifestado sobre determinada materia a través de su órgano colegiado máximo, esta manifestación debe preponderar sobre la posición minoritaria, a fin de privilegiar al tribunal como un todo y conferir fuerza y credibilidad a sus pronunciamiento.

Lógicamente, como prerrogativa que es, la independencia genera una *responsabilidad* sobre todo el Poder Judicial y sobre cada uno de los jueces. Conforme sostendré más adelante, tomando de préstamo los conceptos de *schuld* y *haftung* ya conocidos del ámbito de las obligaciones del Derecho Civil, el contrapunto para ser un magistrado independiente es de detener responsabilidad. Luego, la independencia es un verdadero “derecho-deber”.

A despecho de las diversas opiniones, todas convergen en un punto: la independencia funcional del juez es un punto crucial para ser discutido en el Brasil actual. Hay inúmeros intentos de mitigarse esa garantía tan cara al ejercicio de la jurisdicción. Ocurre que la opinión pública no ha asimilado correctamente ese concepto, que tiene un sesgo no personal, de prerrogativa o de privilegio de derecho privado. La independencia trasciende a la persona del juez para alcanzar a la institución “Poder Judicial”. Es el verdadero derecho-deber, que se direcciona no a la persona física del juez “João”, “María”, entre otros. La independencia es garantía del magistrado mientras “presentante”²⁷¹ de uno de los Poderes de la República. En otras palabras, la independencia no se presta para la garantía de privilegios, pero para asegurar el ejercicio libre de la jurisdicción. Luego, necesito dejar algo muy claro desde ya: cuando se habla que la independencia funcional es derecho humano fundamental del juez, esta información debe ser leída de dos maneras: (i) el derecho es del magistrado presentante del Estado solamente al momento del ejercicio de sus funciones jurisdiccionales y, (ii) eso “derecho” no es absoluto y se le corresponde la noción de “deber”, de “responsabilidad”, que será explorada más adelante en esta investigación.

Aquí quiero reforzar el raciocinio antes desarrollado y hacer una observación importante: conforme ya mencionado anteriormente, existen dos perspectivas históricas importantes, a lo que se refiere al surgimiento del Poder Judicial en Brasil como “poder independiente”: la primera, de sesgo meramente subjetivo, predominante en la época del Brasil-Imperio. La segunda, de influencia norteamericana, surgió en la época republicana y encara el Poder Judicial como poder político independiente (razón por la cual es la independencia corolario del principio de la separación de los poderes), siendo que esa perspectiva es la adoptada por la CF/88, que fue adelante al decretar la autonomía administrativa y financiera del Poder Judicial.

Luego, cuando sustento la independencia del juez como verdadero “derecho humano fundamental” obviamente defiende la independencia del magistrado “presentante” de un

²⁷¹ El término “presentante” está siendo utilizado de forma intencional para simbolizar el uno que “presenta” una institución. El juez en el ejercicio de sus funciones no representa alguien, no es mero “mensajero”. Él, a través de sus decisiones, es la propia personificación del propio Estado.

Poder de la República, o sea, el que incorpora ese Poder durante el ejercicio de su función jurisdiccional. No estoy lógicamente a sostener el retroceso a los tiempos de la fase imperial, que remonta al carácter subjetivo de la prerrogativa de la independencia. Lo que aquí se defiende es la *independencia funcional del juez* y es precisamente esa la premisa, que debe de nortear la lectura de las conclusiones habidas en la secuencia.

Cabe, también, hacer la siguiente distinción: la independencia del juez tiene dos facetas: una política y otra administrativa: la primera se destina al ejercicio de la función jurisdiccional propiamente dicha, estando prevista por la CF/88 en el art. 5º, XXXV y XXXVII. Ya la segunda – independencia administrativa – es el llamado “autogobierno” de la magistratura que, como ya mencionado en esta investigación, fue enaltecido por la CF/88 cuando decreta la autonomía administrativa y financiera de los tribunales²⁷².

Otras garantías que refuerzan la independencia funcional del magistrado son las descritas en el art. 95, CF/88: (i) el “carácter vitalicio” es la prerrogativa del magistrado, tras 2 (dos) años de efectivo ejercicio, solamente poder perder el cargo tras sentencia judicial transitada en juzgado (como ya mencionado anteriormente en esta investigación); (ii) la inamovilidad consiste en la imposibilidad del magistrado ser removido de una comarca a otra sin su consentimiento y; (iii) la irreductibilidad de vencimientos, que no puede ocurrir en represalia a una determinada actuación jurisdiccional.

Cuestión que dificulta el ejercicio de la independencia funcional en la práctica es la falta de seguridad de los foros y de los jueces, que hace con que haya por veces un miedo generalizado en el pronunciamiento de decisiones de gran repercusión, como las contrarias al crimen organizado. El magistrado necesita sentir que, independientemente del contenido de su decisión, podrá proferirla sin miedo de sufrir represalias, con la garantía de que habrá un soporte institucional, en el caso de sufrir alguna amenaza a su derecho de decidir conforme la ley, los hechos y su propia convicción. La cuestión de la seguridad será mejor desmenuzada cuando tratado el diagnóstico del magistrado actual.

En este particular, el juez de derecho ALEXANDRE BIZZOTTO hizo una investigación muy interesante respecto al factor “miedo” en el fortalecimiento del pensamiento y del actuar críticos de los que ejercen función pública (como el magistrado), especialmente en el ámbito del pensamiento criminal, que muchas veces es estancado en una dinámica punitiva para que no sea objetivo de los avances, incluso mediáticos²⁷³. Además, el “miedo” es una

²⁷² Sobre el tema cf. OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. Garantías de la magistratura e independencia del Judicial. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, año 4, n. 29, 1999. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/245>>. (Acceso en 06.04.2018).

²⁷³ BIZZOTO, Alexandre. *La mano invisible del miedo y del pensamiento criminal libertario: las dificultades del fortalecimiento de la crítica criminal libertaria frente a la exploración económica del miedo y sus vectores punitivos*. Tesis Doctoral presentada para obtención del grado de Doctor en Derecho – programa de posgrado en Derecho de la “Universidad Vale do Itajaí –

variante que considerar, no solamente como obstáculo a la efectuación de la garantía de la independencia del juez, como es uno de los factores que hacen “caer por tierra” la imagen utópica del “juez imparcial”, aquel ser que, como mencionado, se sienta en una silla y mágicamente “dice el derecho”. La imparcialidad, tal cual concebida por el sentido común, no existe. Y más: jamás puede ser asociada a la indiferencia. Es lo que será abordado en el capítulo siguiente.

4.3. Imparcialidad y su mito

Según los “Principios básicos relativos a la independencia del Poder Judicial”, aprobada en el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas para la Prevención del Crimen y Tratamiento de los Delincuentes, realizado en Milán, de 26 de agosto a 6 de septiembre de 1985, los jueces deben resolver los casos que se les fuera sometidos con *imparcialidad*, basándose en los hechos y en consonancia con el derecho, sin cualquier restricción y sin sufrir influencias externas, presiones, amenazas o intromisiones indebidas, sea directas o indirectas, de cualquier sector o por cualquier motivo²⁷⁴.

Por “imparcialidad” se entiende la equidistancia del magistrado con relación a las partes involucradas en litigio, siendo una especie de “modelo de conducta”, en la cual el juez asume posición de “tercero”/*tertius* con relación a las partes y sus intereses²⁷⁵. Por esta razón, la ley prevé una serie de hipótesis de impedimento y sospecha²⁷⁶ para el juez juzgar determinado caso concreto. Con efecto, un magistrado jamás será imparcial y equidistante si una de las partes fuera un pariente suyo, o su cónyuge, por ejemplo.

Ya debo empezar afirmando: el juez no es y ni puede ser completamente imparcial. Es un ser humano, tiene historia de vida individualizada y es guiado por sus experiencias personales de vida y sus sentimientos. Su biografía cuenta mucho a la hora de decidir, por más que no esté vinculado a las partes.

En el ámbito criminal, esa afirmación de que el magistrado no puede ser completamente imparcial hace mucho sentido. Que se observa en el cotidiano de los magistrados es la extrema emoción con que muchos tratan del tema. Y eso es natural, sea por cuenta de la vivencia personal de cada uno (¿quién ya no fue víctima de algún crimen, como hurto o robo, por ejemplo?), sea considerando la infinidad de procesos con lo cual manejamos todos

UNIVALI”, área de concentración: Constitucionalidad, Transnacionalidad y Producción del Derecho. Itajaí, 2015.

²⁷⁴ Ítem 2. Disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/IndependenceJudiciary.aspx> (acceso en 20.08.2017).

²⁷⁵ En este sentido: OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorin de. Garantías de la magistratura e independencia del Judicial. *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, año 4, n. 29, 1999. Disponible en: <<https://jus.com.br/artigos/245>>. (Acceso en 06.04.2018).

²⁷⁶ Arts. 252 e 254, CPP.

los días y la completa ineffectividad del sistema de ejecución penal, cuya distancia entre el “ser y el “deber-ser” puede ser medida en “años-luz”. Yo mismo confeso que ya me sorprendí diversas veces maldiciendo a los detenidos, especialmente a los reincidentes todas las veces que los suelto y, días después, reingresan al sistema carcelario. Luego, la emoción es indisociable de la figura del magistrado, ser humano que es. Y esa es la primera premisa que considerar: no somos “máquinas de juzgar”, pero sí personas, con biografías, experiencias de vida, sentido de justicia y, sobre todo, *sensibilidades* diversas. Es exactamente eso: el juez *siente* y eso es inherente al ser humano y remite a las calidades de equilibrio y de prudencia, esas rutinariamente asociadas al magistrado.

En este exacto sentido ZAFFARONI ya advierte que el juez no puede ser alguien “neutro”, porque no existe la neutralidad ideológica, salvo en forma de apatía, irracionalismo o decadencia del pensamiento, que no son virtudes dignas de nadie, mucho menos de un juez²⁷⁷.

Aquí hago más una reflexión: la imparcialidad también tiene que ver con cordialidad (no del ya citado “hombre cordial”, pero característica de la buena educación) y el texto de PRISCILA COUTINHO *La mala fe de la justicia*²⁷⁸ funcionó prácticamente como una “tapa” en mi cara. Yo que me juzgo preocupada por la situación carcelaria he dado mucha “lección de moral” a varios presos, cuyo origen es muy diferente de la mía y no lograrán, en su mayoría, comprender sobre lo que hablo. Como bien dijo la autora, el mecanismo del *temor* (practicado por el Poder Judicial) es muy diferente del mecanismo de la *comprensión*, normalmente desarrollada por el individuo a través de referencias familiares positivas, algo que prácticamente no existe entre la población carcelaria, constituida de personas que muy probablemente crecieron con problemas familiares serios. Lógico que hay excepciones, pero esta es la regla. Además, y como ya se ha mencionado, el negro y el pobre que habitualmente habitan las cárceles forman parte de la ya mencionada “ralé brasileña”, y digo eso sin ninguna connotación peyorativa, justamente no sólo por ostentar un menor poder económico, sino, sobre todo por la ausencia de referencias familiares positivas.

Por lo tanto, ser imparcial no es ser indiferente, ajeno, etéreo y superior, sino que es juzgar con exención y deshaciéndose de odio de tal situación, actuando de forma cordial y respetuosa con las partes, aunque la opción sea por la condenación.

Aún de acuerdo con PRISCILA COUTINHO – y particularmente pienso que es muy verdadero – en el caso de que el juez quiera hacer lo correcto y dar aplicabilidad a los derechos humanos, él juega contra una estructura obsoleta, que sólo cumple sus finalidades

²⁷⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995, p. 92.

²⁷⁸ Ya mencionado en esta investigación y que consta del libro coordinado por JESSÉ SOUZA *Ralé Brasileira: quem é e como vive* (Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009, p. 329 e siguientes).

veladas y no declaradas, siendo las prisiones actuales, como dice el prof. RENÉ DOTTI, verdaderos "errores monumentales tallados en piedra". Por eso nuestro intento de, mediante acciones simples, disminuir esa imposibilidad sistémica para asegurar el mínimo de dignidad en un espacio de autoridad, contención y condenación.

Para que podamos empezar a modificar a la realidad – proceso que no será resuelto “del día para la noche”, mucho menos con la conclusión de este trabajo investigativo – es necesario que pondremos a la “mano en la conciencia” y admitamos nuestra “vulnerabilidad psicoanalítica”, en la dicción de ANDREI ZENKNER SCHIMIDT²⁷⁹. En otras palabras, cada juez, como ser humano que es, tiene dinámica sociocultural propia, que influencia en la aplicación del poder punitivo tanto cuanto el hecho propiamente ocurrido. Como ya dicho, es inevitable que un magistrado que tenga sufrido un hurto, un robo o tenga vivenciado un homicidio en su familia (todas experiencias absolutamente traumáticas, puedo asegurar) tenga mayor aptitud para penalizar más severamente tales delitos, justamente por su *background* personal, principalmente considerando que en una sociedad cada día más violenta, el clamor por la punición sea cada vez más incisivo. Luego, para tratar con la ejecución penal y con la violencia, el juez debe admitir y encarar con tranquilidad a sus propios fantasmas, su propio miedo y parar de engañarse con la retórica de que debe ser completamente imparcial, como si fuera una “máquina de juzgar”.

El desafío, por lo tanto, es encontrar una definición de imparcialidad que no sea utópica y que, de hecho, lleve en cuenta la condición de ser humano del juzgador. Es necesario que encuentre una forma de manejar a sus miedos, con su experiencia de vida, con sus convicciones sin comprometer a la búsqueda por el justo. La admisión de la vulnerabilidad psicológica del magistrado (y no la simple negación), inherente a su propia condición humana, es el primer grande paso para que sus emociones no contaminen al juzgamiento que está a proferir. Si yo admito, por ejemplo, que tengo trauma por haber sido víctima de robo, me voy a analizar con mucho más cuidado al veredicto a ser dado y a la pena a ser aplicada, de modo a intentar alcanzar la situación “justa”, independientemente de la herida que tenga abierta por cuenta de mi experiencia personal. El *equilibrio* debe ser fundamental al juez y la percepción de que una determinada situación conmueve mucho más a mí que otra es el camino para alcanzar una “imparcialidad posible” y no la utópica, cantada en prosa y verso en los libros y en la doctrina del “deber-ser”.

Un camino factible sería dotar el magistrado de un equipo psicosocial no solamente para evaluar a los “clientes” del Poder Judicial (infractores, niños en situación de riesgo,

²⁷⁹ Conferencia proferida en 2015 en el *Workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs). Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 07.07.2016), p. 52.

familias, personas interdichas, entre otros), pero también al propio juez, a fin de que expusiera abiertamente a sus miedos, sus angustias y trabajase en su interior determinados tipos de situaciones que se le causase vergüenza, a fin de enfrentarlas de forma más serena en el día a día forense. Una vez que, el “miedo” es una constante en el ejercicio de la profesión y no raro tenemos que confrontar con nuestros “fantasmas” en un determinado caso concreto.

Por último, cabe aquí traer las críticas a la actitud de encarar con rigidez extrema el principio de la imparcialidad, tejidas por el magistrado JOSÉ CICHOCKI NETO. Como por él constatado, la consecuencia de la actuación rigurosa de la garantía de la imparcialidad en realidad, por un lado, aleja demasiado al juez de las partes parciales y, por otro, debilita sus responsabilidades por los resultados del proceso.

CICHOCKI NETO defiende que esa configuración rígida del primado de la imparcialidad sólo valdría para las hipótesis en que los demandantes mantuvieran entre sí relativa igualdad de fuerzas y potencialidades, en la deducción de sus derechos en juicio. Ya en caso de desigualdad latente, es preciso incentivar la participación activa del juez en el proceso, incluso en la producción de pruebas. En este sentido, el propio CPP en el art. 155 garantiza el principio del libre convencimiento judicial, además del art. 370, del Código de Proceso Civil (aplicado subsidiariamente al proceso penal), que establece: "corresponde al juez, de oficio o a petición de la parte, determinar las pruebas necesarias para el juicio del mérito". En este sentido, cito aquí las palabras del autor: "... no se puede afirmar ser justa la decisión resultante de proceso en el que el litigante, con menor capacidad de producción de defensa de derechos, en juicio, no logra, por esa circunstancia, disfrutar de la totalidad de los medios e instrumentos de procedimiento, técnica y abstractamente establecidos por la ley y, formalmente, puestos a su disposición. En ese caso, el proceso no es más que una farsa o un procedimiento hipócrita"²⁸⁰.

Comparto el entendimiento del magistrado de que la obtención de resultados justos en un proceso depende en gran parte de la forma de actuación del juez, siendo imprescindible que el magistrado en su actuación jurisdiccional busque un equilibrio entre el necesario mantenimiento de su imparcialidad y la búsqueda de un resultado satisfactorio de las exigencias de justicia.

4.4. Activismo judicial vs. Pro-activismo judicial

Mucho se habla en “activismo judicial”, incluso con connotación negativa, de que el juez no podría inmiscuirse en las cuestiones afectas a los demás Poderes de la República –

²⁸⁰ CICHOCKI NETO, José. *Limitações do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998, p. 136-139.

Ejecutivo y Legislativo. Yo prefiero citar y defender al término “pro-activismo”, como característica inherente al “magistrado crítico y global”, que pretendemos construir.

Eso fenómeno del activismo, aplaudido por unos y fuertemente criticado por otros, es consecuencia del proceso de “constitucionalización” del Derecho, teniendo estricta relación con el fenómeno de “constitucionalismo”, analizado en líneas anteriores. JOSÉ RENATO NALINI ya advirtió que el fenómeno de la constitucionalización obliga al magistrado brasileño a un raciocinio constitucional en prácticamente todas las cuestiones sometidas a su apreciación, que se le permite analizar (obviamente si provocado) incluso el “mérito” del acto administrativo. Acrecienta que el Ministerio Público a partir de la CF/88 (la llamada “constitución ciudadana”) ha pasado a actuar no solamente como “órgano acusador”, pero como entidad independiente y que posee frentes de actuación diversa (defensa de la orden jurídica, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles – art. 127 y siguientes de la CF/88), incluso pudiendo proponer demandas, como la acción civil pública y la acción de improbidad administrativa²⁸¹.

Luego, el “activismo” resulta directamente de la sistemática vehiculada por la CF/88, que autoriza al magistrado controlar la legalidad de los actos de la administración pública, cubriendo conductas criminosas y contrarias a la ley, siendo el límite del juez para evitar que se le inmiscuya indebidamente en la autogestión de otro Poder de la República.

Como defenderé a lo largo de esta investigación, el hecho del juez ordenar a la interdicción de un establecimiento penal en el ámbito de una acción civil pública no revela activismo en el mal sentido del término, ya que la Constitución Federal consagra en su artículo 5º, III que “nadie será sometido a tortura ni a tratamiento deshumano o degradante”. Se trata de un acto que cabe perfectamente dentro de una esfera de discrecionalidad del juez, entendida como prerrogativa del magistrado independiente para la salvaguarda de derechos humanos. La conducta revela a un *juez activo*²⁸², y que se orienta no sólo por las reglas constitucionales o internas, sino que respeta los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En este particular, estoy en desacuerdo con el ex ministro del Supremo Tribunal Federal EROS GRAU²⁸³, que niega la llamada discrecionalidad judicial basada en los primados de proporcionalidad y de razonabilidad. Especialmente en épocas de crisis de poderes es necesario que el Poder Judicial dé un paso más allá de la mera interpretación de las normas legales, justamente para hacer valer principios y valores de alta densidad, como es el caso de la dignidad de la persona humana. Un juez desnudo de valores es, a mi entender, un

²⁸¹ Op. cit., p. 76.

²⁸² Expresión utilizada por MANUEL ATIENZA en el libro *Filosofía del Derecho y transformación social* (Madrid: Editorial Trotta, 2017).

²⁸³ GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juizes*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

mero burócrata. La ausencia de valores inexorablemente refleja negativamente en las decisiones jurisdiccionales que tome. Como he mencionado a lo largo de esta investigación, el actuar *exclusivamente* positivista del magistrado es una de las causas (lógicamente no la única) para el "estado de cosas inconstitucional" que vivimos en materia de ejecución penal. Digo *exclusivamente* porque no podemos olvidarnos, como ya señalado por ATIENZA, que el positivismo no implica necesariamente formalismo, siendo posible, a través del mecanismo de la ponderación, transitar entre el universo legal y el principiológico²⁸⁴.

Entiendo que el juez *proactivo* (como prefiero llamarle), rompe definitivamente con el paradigma del juez burócrata *bouche de la loi* producto del positivismo, para enaltecer el "magistrado independiente", creativo, y que interprete a la ley de forma menos "mecánica", priorizando a la efectuación de los principios y dispositivos consagrados en la CF/88, muchos de los cuales, inspirados en los diversos tratados internacionales, de los cuales es signatario Brasil.

En ese sentido conviene destacar tendencia interesante reflejada en la investigación AMB hecha en 2018 con jueces de diversos tribunales e instancias y ya referida en esta investigación. Cuando se les pregunta sobre la aplicación de principios constitucionales para fundamentar decisiones judiciales en temas en los que no hay legislación específica, la mayoría está de acuerdo con esta práctica, con el fin de llenar una laguna legislativa. Además, los entrevistados están de acuerdo que es legítimo al magistrado basarse en principios constitucionales para obligar a los demás poderes a asegurar la efectividad de derechos, en especial en cuanto a salud, educación y seguridad. Sin embargo, en cuanto al "papel creativo" en la producción de normas en temas sobre los que no hay mayoría parlamentaria los jueces entrevistados se mostraron en su mayoría más cautelosos, es decir, concordaron con la legitimidad de esta práctica siempre que tengan en cuenta las consecuencias de sus decisiones, de acuerdo con el ideal del bien común²⁸⁵.

Aún sobre el tema "activismo judicial", aunque el objeto de esta investigación sea la ejecución penal, es necesaria la mención a la "Operación Lava Jato", pues fue a partir de ella, bien como del caso del "Mensalão", que esta expresión ha empezado a ser más

²⁸⁴ En este sentido hay una discusión entre la posición de FERRAJOLI, de carácter más positivista y más alineada al pensamiento del Min. EROS GRAU arriba mencionado ("constitucionalismo normativo o garantista") y de autores como MANUEL ATIENZA, que defienden el llamado "constitucionalismo principialista", que preconiza, de forma muy simplificada, la aproximación entre Derecho y la moral, la diferenciación entre reglas y principios y la elevación del mecanismo de la ponderación como una alternativa para la solución de conflictos entre principios constitucionales, todo para superar la rigidez hermenéutica presentada por el positivismo. Cf., entre todos, CADEMARTORI, Daniela M. L.; NEVES, Isadora Ferreira. *Constitucionalismo garantista x constitucionalismo principialista: aproximações* entre FERRAJOLI e ZAGREBELSKI. *Plataforma Publica Direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fdbd31f2027f2037> (acesso em 05.02.2019). Cf. también ATIENZA, Manuel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Op. cit.

²⁸⁵ Disponible en: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf> (acceso en 16.02.2019).

debatida. Independientemente de defenderse o no tales operaciones, es cierto que la dinámica del encarcelamiento empezó a revertirse a partir de ellas, ya que en vez de jóvenes pobres y muchas veces negros ser detenidos con ínfima cantidad de droga (como suele ocurrir) el objetivo de los mandatos de prisión distribuidos por todo el País fueron agentes políticos y poderosos empresarios, cuyos crímenes ostentan consecuencias extremadamente graves a la sociedad, pero que no son individualmente sentidas por la población en general.

Como esa realidad de “democratización de la punición” es relativamente nueva, es evidente que hay mucho que ser mejorado. No se escapa de críticas, que van desde la “politización” de la operación, que sería un diferencial normalmente citado entre la “Lava Jato” y la italiana “Operación Manos Limpias”²⁸⁶. Esta última ha provocado la destrucción de todo un sistema político, abriendo en Italia la llamada “Segunda República”. Ya el Mensalão y la Operación Lava Jato, aunque tengan vulnerado a la clase política brasileña, todavía no tuvieron el poder de romper con el sistema político. Los mismos agentes implicados en las dos operaciones, salvo algunas excepciones, permanecen con sus cargos y con el mismo poder de influencia.

La corrupción practicada de forma crónica es como una especie de “cáncer” y mina el Estado Democrático de Derecho, a la medida que interfiere en la elección de los representantes, además de barrar las inversiones en áreas primordiales, como educación y salud, ya que especialmente en esos dos universos el desvío patrimonial es considerable. En suma, la corrupción sistémica repercute en retraso de una nación y caracteriza un pésimo ejemplo, que es copiado por la población brasileña. La llamada “pequeña corrupción” practicada en el día a día en la forma de omitir tributos, adelantarse en la cola, transitar por la banquina, entre otras figuras “socialmente admitidas”, se convierte en “verdadero estilo de vida”. Como mi padre siempre dice, “las palabras convencen, pero los ejemplos arrastran”. Y tenemos los peores ejemplos que vienen “de arriba”.

No estoy a limitar todos los casos judiciales de combate a la corrupción a los dos adelante mencionados, incluso porque el Poder Judicial viene enfrentando de forma valiente a inúmeros otros, que muchas veces no aparecen en los medios de comunicación, pero que representan el combate de la corrupción sistémica en su origen (en las municipalidades y reparticiones públicas del País). Pero es cierto que tanto el “Mensalão” como la “Lava Jato” proyectaron el combate a la corrupción como meta que debe ser alcanzada por cada uno de nosotros, en todos los sectores de nuestra vida. Una vez que, como ha destacado el Juez SÉRGIO MORO en entrevista recientemente concedida al canal GLOBONEWS, el

²⁸⁶ Sobre la “Operación Manos Limpias” cf., entre todos BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operación manos limpias: la verdad sobre la operación italiana que inspiró a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016.

enfrentamiento de la corrupción solamente por el Poder Judicial no es suficiente para combatirla²⁸⁷.

Entiendo que el juzgamiento de ambos los casos mencionados (no obstante todas las críticas que se les son dirigidas) es claro ejemplo de la magistratura *proactiva* y que no más se contenta en ser la *bouche de la loi*. Sin embargo, es inevitable analizar si la actuación del juez MORO, así como de otros tantos magistrados en casos de crímenes contra el Estado y la administración pública, configura práctica de *lawfare*, término utilizado para representar el uso indebido de recursos jurídicos para fines de persecución política, en sustitución a los tradicionales métodos militares. En síntesis, *lawfare* significa el trabamamiento de una guerra, cuya principal arma es la *ley*, utilizada para enclaustrar a enemigos políticos.

Eso término ganó notoriedad en la defensa del ex Presidente LUIZ INÁCIO LULA DA SILVA, que describe la actuación del magistrado en cuestión como parcial por la práctica del *lawfare*, justamente por intentar atigrir a alguien que fue elegido democráticamente como enemigo político a través de manipulación del sistema legal, del abuso del derecho, de la judicialización de la política, del intento de manipulación de la opinión pública, entre otros mecanismos que caracterizan el *lawfare*, que es bien resumido en la expresión *al is fair in lawfare*.

El principal fundamento para el sostenimiento de esa tesis defensiva es la de que, diferentemente de lo que pasó en operaciones alienígenas (como es el caso de la “Manos Limpias”) la actuación del juez MORO, bien como la de los procuradores de la república implicados en el caso, tendría un sesgo político partidario al solamente direccionar las investigaciones y las condenaciones a miembros de un único partido, iniciativa que tendría ganado el apoyo de los medios de comunicación y, consecuentemente, el respaldo popular.

Una vez más dejo claro que ninguna operación es “perfecta”. Sin embargo, entiendo que aún que se admita una connotación partidaria (que personalmente no lo creo, especialmente conociendo al trabajo del magistrado en cuestión), el hecho es que por la primera vez en la historia fue expuesto un esquema de corrupción dentro de una empresa pública²⁸⁸, de dimensiones colosales y que casi pone abajo dicha institución tan importante y dispendiosa para la economía nacional²⁸⁹, y eso es un legado que innegablemente se va a

²⁸⁷ Entrevista disponible en: <http://g1.globo.com/politica/blog/blog-do-camarotti/post/lava-jato-foro-privilegiado-prisao-apos-2-instancia-veja-integra-da-entrevista-com-sergio-moro.html> (acceso en 19.10.2017).

²⁸⁸ La sociedad de economía mixta PETROBRAS.

²⁸⁹ El perjuicio ostentado por PETROBRAS por cuenta de la corrupción sistémica es tan grande que actualmente viene siendo soportado por la parte más débil, es decir, sus empleados y pensionistas/jubilados, que amargan un promedio de 30% (treinta por ciento) de sus sueldos. Por ejemplo, un trabajador que reciba R \$ 20.000,00 (veinte mil Reales) brutos tendrá que pagar por 18 (dieciocho) años aproximadamente R \$ 4.500,00 (cuatro mil quinientos Reales) mensuales, siendo ese valor descontado hasta el 13o salario. Este es precisamente el caso de mi padre, actualmente con casi 76 (setenta y seis) años de edad. Más información en

quedar registrado. Y es natural la actuación del Poder Judicial crecer cuando los demás Poderes de la República se encuentran en situación de fragilidad, legitimando a su actuación “proactiva” en este ámbito sin que haya configuración de *lawfare*, práctica que obviamente debe ser cohibida cuando inequívocamente caracterizada.

Como he afirmado anteriormente citando a las palabras del propio SÉRGIO MORO, el Poder Judicial puede actuar en un momento de urgencia, pero jamás hará la diferencia, en el sentido de acabar con la corrupción sistémica. El papel de romper con esa dinámica es del ciudadano, que debe pagar a sus tributos, elegir bien a sus representantes y cobrar de cada uno de ellos actuación ética, proba y comprometida con los intereses de la población.

El peligro muchas veces confundido con la práctica del *lawfare* está justamente por la divulgación equivocada y distorsionada por los medios de comunicación y principalmente por las “redes sociales” de informaciones constantes en los procesos en contra agentes públicos, que da la sensación de la práctica de *lawfare* por parte de los magistrados y procuradores que se les actúan. La “emoción” y el *hate speech* viene siendo una constante en el panorama político brasileño y a todo momento se intenta elegir el “chivo expiatorio” de la vez. Con todo, tenemos que mirar la situación con “lupa” para distinguir qué es o no verdadero. Como ya dicho, hubo la exposición de un esquema de corrupción, que no es exclusivo del partido “a” o “b”, pero sí generalizado en el ámbito de la política brasileña y que debe ser combatido por todos y por cada uno de nosotros, en nuestra práctica cotidiana.

Sólo para fines estadísticos, la “Operación Lava Jato” tiene cerca de 50 fases²⁹⁰ e implica una infinidad de personas, entre políticos y empresarios, mucho más allá de aquellos afiliados al llamado “Partido de los Trabajadores”. Como cualquier operación que gana esta magnitud no es libre de críticas y ciertamente se cometieron excesos. Pero, como ya enfatizado, creo que ha alcanzado más aciertos que errores justamente por exponer al público un esquema de corrupción sistémica que venía (y aún viene) arrastrándose desde hace muchos años. No tengo como técnicamente opinar sobre el trabajo de los profesionales involucrados, entre ellos el del magistrado SÉRGIO MORO. Sólo puedo decir que la operación ha traído a la luz un mecanismo de corrupción que, por un lado, es familiar a la población brasileña e inherente al llamado “estilo brasileño”, pero, por otro, no se sabía alcanzar empresas públicas tenidas por idóneas.

Por último, aunque esta investigación opte por no adentrarse en profundidad en el análisis de la “Operación Lava Jato”, caben algunas palabras sobre la “ejecución provisional de la pena”, o, como llamada popularmente “prisión tras decisión de segunda instancia”,

<https://economia.estadao.com.br/noticias/geral,funcionarios-vao-pagar-r-14-bi-por-18-anos-para-cobrir-rombo-da-petros,70001991181> (acceso en 09.01.2019).

²⁹⁰ Cf. sitio de la Policía Federal: <http://www.pf.gov.br/imprensa/lava-jato/fases-da-operacao-lava-jato-1> (acceso en 09.01.2019).

justamente por la pertinencia temática con los asuntos “ejecución penal” y “activismo/proactivismo judicial”, objeto de este apartado.

El tema en cuestión viene siendo desde hace mucho tiempo debatido en el ámbito del STF, con frecuentes oscilaciones en su jurisprudencia. Sin embargo, con la "Operación Lava Jato" y la prisión del ex Presidente de la República LUIZ INACIO LULA DA SILVA ganó notoriedad y generó muchas discusiones, tanto dentro como fuera del tribunal. Y para el público en general el activismo judicial se volvió sinónimo de verdadera “anarquía judicial”.

En primer lugar, quiero dejar claro, como he hecho en diversas partes de este trabajo, que defender una ejecución de pena justa y acorde con la obediencia de derechos humanos no presupone asumir una postura garantista en todos los aspectos que involucran el Derecho Penal, el Derecho Procesal y su aplicación práctica, justamente porque defendiendo, como ya puntuado a lo largo de esta investigación, un constitucionalismo de orden más principialista, que se rige por el mecanismo de la ponderación y equilibrio de principios. Es importante este hincapié, pues la posición que asumo en las líneas a seguir no es contradictoria con todo lo que defendiendo a título de actuación jurisdiccional crítica, global e independiente.

Yo soy favorable a la ejecución de pena después de la decisión de segunda instancia mucho antes de empezar la “Operación Lava Jato” y entiendo que eso no tiene ninguna relación con conducta activista por parte del juez. Tiene que ver con la efectividad procesal y de lo sistema de las penas proyectado en Brasil. Esta conclusión se basa en argumentos de orden económico y de orden “jurídico–moral”.

Comienzo por el aspecto económico. En mi experiencia como magistrada veo que las partes más vulnerables normalmente se valen de abogados pagos por el Estado y, cuando mucho, de la Defensoría Pública, cuya existencia es bastante limitada, siendo esta parca presencia territorial objeto de crítica a lo largo de esta investigación. Son raros los recursos manejados por estos profesionales (especialmente los abogados remunerados por el Estado), razón por la cual normalmente la decisión de primera instancia transita más rápido en juzgado y la pena es luego ejecutada.

Incluso en el caso de las personas que tienen mínimas condiciones de contratar abogado, difícilmente es interpuesto recurso a las instancias superiores (STJ y STF). La práctica corriente en el proceso penal brasileño es la del pago de honorarios en cada momento del trámite procesal: hay pago para interposición de *habeas corpus*, para manejo de solicitud de libertad, para actuación en el proceso de conocimiento, para la interposición de recursos y para la actuación en la ejecución penal. Dicho de otro modo, los recursos son interpuestos conforme la parte tiene o no condiciones de pagar por él. Y, salvo en rarísimas excepciones, ellos nunca trascienden a la decisión colegiada de segunda instancia, lo que

significa que recursos a las instancias superiores son privilegio de quien tiene mayor capacidad económica.

En consecuencia, una eventual decisión que permita la ejecución de la pena agotados recursos ante tribunales superiores solamente beneficiarán a aquellos con mayor poder adquisitivo para continuar recurriendo de forma indefinida. Un ejemplo: el ex presidente de la República LULA manejó más de 70 (setenta) recursos en el caso del "tríplex", todos suscritos por abogados renombrados y caros, bancados según la prensa por el Partido de los Trabajadores²⁹¹. Ningún ciudadano común podría pagar por una defensa equivalente, lo que hará una decisión que impida el cumplimiento inmediato de la decisión de segunda instancia absolutamente selectiva pues, como dicho, sólo beneficiará a quienes tengan recursos económicos.

Paso ahora al argumento que denomino "jurídico-moral", y aquí pienso que el entendimiento por la ejecución de la pena confirmada en segunda instancia no hiere el principio de la presunción de inocencia/no culpa, previsto en los tratados internacionales.

En este sentido, el saudoso ministro del STF TEORI ZAVASCKI en el HC 126.292/SP hizo una recopilación del panorama sobre la materia en diversos países, utilizando como fundamento estudio capitaneado por las Procuradoras de la República LUIZA CRISTINA FONSECA FRISCHEISEN y MÓNICA NICIDA GARCIA, junto con FABIO GUSMAN²⁹². De acuerdo con estos autores – que estudiaron la ley en países como Inglaterra, EE.UU., Canadá, Alemania, Francia, Portugal, España, Argentina²⁹³ – en ningún país del mundo, después de observar los dos niveles de jurisdicción (esta garantía sí que siempre se observa), la ejecución de una condena queda suspendida, aguardando el referéndum de la Corte Suprema. Y en tales países el principio de la presunción de inocencia/no culpa está contemplado, sea en la legislación interna, sea por la adhesión a los tratados internacionales sobre el tema.

Además, destaco que el art. 11, n. 1, de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 preconiza la necesidad de la presunción de inocencia/no culpa de perdurar hasta un juicio público, en el que se hayan asegurado al acusado todas las garantías necesarias para su defensa. No hay mención a la necesidad de garantizar la presunción de inocencia después de finalizados los innumerables recursos posibles en la legislación brasileña. Hay que existir un equilibrio entre la seguridad de la sociedad y la libertad individual.

²⁹¹ Disponible em: <https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/defesa-de-lula-entrou-com-78-recursos-no-caso-triplex/> e <https://oglobo.globo.com/brasil/pt-paga-15-milhao-para-advogados-que-defendem-lula-23078152> (acceso en 07.01.2019).

²⁹² www.stf.jus.br (acceso en 07.01.2019).

²⁹³ En este último caso de Argentina la ejecución de la pena sólo podrá ser diferida cuando la parte ejecutada sea mujer embarazada o que tenga hijo menor de 6 (seis) años en el momento de la sentencia, o si el condenado está gravemente enfermo e la ejecución ponga en riesgo su vida.

También es necesario enfatizar que en Brasil de acuerdo con la CF/88 eventuales recursos dirigidos a las instancias superiores (al STJ y al STF) sólo pueden discutir aspectos normativos (constitucionales o de la legislación), no pudiendo adentrarse en el análisis de los hechos que, aliados a la aplicación de la norma, son los responsables por la condena penal, partiendo de la premisa de que el reo se defiende sólo de los hechos que se le imputan. Y de acuerdo con GALTÍÊNIO DA CRUZ PAULINO "... la comprobación de la culpa se daría, se repita, con la indiscutibilidad fáctica y probatoria del evento, independiente de divergencias de carácter meramente normativo (constitucional e infraconstitucional), objeto de los recursos de carácter extraordinario"²⁹⁴.

Por último, el cumplimiento inmediato de la decisión de segunda instancia contribuye a la efectividad procesal, ya que evita la prescripción de la pena en el caso concreto, sobre todo ante la regla prevista en el art. 117, del Código Penal, según la cual sólo se interrumpen los plazos prescriptivos, entre otras hipótesis, "por la publicación de la sentencia o de la decisión del tribunal" (inciso IV).

Pues bien, aquí cito ejemplo presente en el ya mencionado voto del ministro TEORI ZAVASCKI en el HC 126.292/SP, basado en los registros de FERNANDO BRANDINI BARBAGALO acerca del ocurrido en la acción penal correspondiente al HC 84.078/STF, que ha contado con decisión de extinción de la punibilidad después del manejo de interminables recursos por la defensa ante los tribunales superiores. El siguiente es el relato:

"Movido por la curiosidad, comprobé en el sitio del Superior Tribunal de Justicia a cuántas andaba la tramitación del recurso especial del Señor Omar. En resumen, el recurso especial no fue recibido por el Tribunal de Justicia de Minas Gerais, siendo dirigido recurso para el STJ, cuando el recurso especial fue entonces rechazado monocráticamente (RESP 403.551/MG) por la ministra Maria Thereza de Assis. Según lo previsto, se interpuso un nuevo recurso, el cual, negado, fue combatido por embargos de declaración, el cual, conocido, pero negado. Entonces se había interpuesto un nuevo recurso de embargos de declaración, este rechazado in limine. En contra de esta decisión, ahora han venido embargos de divergencia que, como los demás recursos anteriores, han sido rechazados. Nueva decisión y nuevo recurso. De esta vez, un agravio regimental, el cual tuvo el mismo desenlace de los demás recursos: el rechazo. Insatisfecha, la combativa defensa presentó otro recurso de embargos de declaración y contra esa última decisión que también fue de rechazo, se interpuso otro recurso (embargos de declaración). Sin embargo, antes de que fuera juzgado este que sería el octavo recurso de la defensa, se presentó una petición a la presidenta de la tercera Sección. Se cuidaba de petición de la defensa para – sorpresa – reconocimiento de la prescripción de la pretensión punitiva. El 24 de febrero de 2014, el eminente Ministro Moura Ribeiro, pronunció una decisión, cuyo

²⁹⁴ Cf. PAULINO, Caltiênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. *Boletim Científico ESMPU*, a.16, n. 50, jul./dez. 2017, p. 216-217.

dispositivo fue el siguiente: "Ante lo expuesto, declaro de oficio la extinción de la punibilidad del condenado, en virtud de la prescripción de la pretensión punitiva de la sanción a él impuesta y juzgo perjudicado los embargos de declaración de fls. 2090/2105 y el agravamiento regimental de fls. 2205/2213".²⁹⁵

Por lo tanto, no es razonable entender por la ejecución de la pena sólo después de agotados los recursos posibles en el sistema procesal penal brasileño, pues ellos son innumerables y su manejo indiscriminado conduce inexorablemente a la prescripción en muchos casos, normalmente los de mayor relevancia, o sea, de aquellos acusados con mayor poder adquisitivo y económico.

Es importante considerar, además, que según la misma sistemática procesal los recursos dirigidos a las instancias superiores no cuentan por regla general con efecto suspensivo, siendo este otro argumento a favor de la tesis aquí defendida.

²⁹⁵ www.stf.jus.br (acesso em 07.01.2019).

5. EL PODER JUDICIAL HOY Y SU IMAGEN FRENTE AL PROPIO JUEZ Y AL LITIGANTE

“Amor” y “odio”. Estas expresiones definen la imagen que el litigante hace hoy del Poder Judicial y de sus miembros. El “amor” se resume, básicamente, a la actuación del ya citado magistrado SÉRGIO MORO, responsable por decidir los procesos en primera instancia, vinculados a la “Operación Lava Jato”. Ya el “odio” de la población viene siendo propagado básicamente por los medios de comunicación y por las redes sociales, que apunta casi que siempre el lado negativo de la magistratura, que naturalmente existe, pero no se resume a él. El juez es tenido siempre como una persona que gana proventos excesivos, goza de privilegios indebidos y cuya carrera padece de corporativismo.

Aquí pretendo mostrar un poco de la imagen del magistrado actual, según su óptica y de los medios de comunicación, para que podamos evolucionar en la construcción del “magistrado crítico y global”. Es necesario saber las dificultades encontradas en la práctica para que podamos proponer soluciones factibles de ser adoptadas en el día a día. Y saber cómo está hoy un juez, qué se lo aflige, cuáles son sus expectativas es un buen inicio.

5.1. Diagnóstico – Cómo está hoy un juez

En 2015 la AMB llevó a efecto amplia encuesta en la carrera de la magistratura intitulada “la AMB quiere escuchar a ti”, teniendo sometido su formulario a todos sus asociados. De este esfuerzo nació una recopilación vehiculada en el sitio de la entidad²⁹⁶, que refleja la opinión de 3663 (tres mil seiscientos sesenta y tres) magistrados filiados (aproximadamente el 30% del número total de asociados, entre activos y retirados), de todas unidades de la Federación brasileña. En esa publicación es posible extraer algunas importantes conclusiones respecto a quién son y cómo actualmente están los jueces brasileños y sus percepciones sobre diversos temas sensibles.

Cuando hizo la redacción de este capítulo esta investigación de la AMB de 2015 era la más reciente sobre el tema. Sin embargo, la misma entidad lanzó en principio de 2019 otra encuesta²⁹⁷, con algunas cuestiones coincidentes y otras no, encuesta que llamaremos de “AMB 2018”. A fin de actualizar lo más posible esta investigación haré referencia a esta encuesta de 2018 sólo cuando sus resultados se enfrentan a los que se han producido en 2015.

²⁹⁶ Disponible en: <http://www.amb.com.br/novo/?p=25829> (acceso en 15.07.2016). La encuesta tuvo la coordinación de la científica política y profesora MARIA TEREZA SADEK, de la Universidad de São Paulo (USP), una de las instituciones de enseñanza más respetadas en Brasil.

²⁹⁷ Disponible en: <https://www.conjur.com.br/dl/pesquisa-completa-amb.pdf> (acceso en 16.02.2019).

Sintetizaré las conclusiones de las encuestas en diferentes bloques. Vale recordar que los porcentajes llevan en cuenta el universo de personas que ha respondido a la encuesta, y lógicamente como toda estadística no debe ser encarada como “verdad absoluta”, pero como un punto de partida.

a) Aspectos personales, formación y escolaridad de los magistrados:

Primeramente, un dato que llama la atención es que la carrera de la magistratura viene cambiándose más joven y más femenina. La edad promedio del magistrado en la activa es de 47,7 (cuarenta y siete como siete) años, siendo que las mujeres, aunque representen el 27,9% (veintisiete coma nueve por ciento) de los entrevistados crecieron en comparación a la encuesta anterior de la AMB, realizada al año de 2005. Sin embargo, la encuesta de 2018 muestra una tendencia inversa. El período de mayor ingreso de las mujeres en la magistratura brasileña se da entre 1990 y 1999 y entre 2000 y 2009. Sin embargo, en los últimos años (entre 2010 y 2018) el porcentaje de ingreso de las mujeres cayó cerca del 34% (treinta y cuatro por ciento). Luego, en lo que se refiere a la tendencia de feminización, el movimiento ascensional en flecha que había sido detectado hace 20 (veinte) años viene perdiendo su fuerza desde 2010.

Hay mucha polémica alrededor de la edad inicial para acceso a la magistratura, siendo que una fuerte corriente defiende que se debe de pasar más tarde, específicamente tras los 30 (treinta) años de edad, momento en que el candidato teóricamente poseería mayor madurez y experiencia de vida. Este debate persiste, teniendo originado a la PEC 399/14, que fija el límite mínimo de 30 (treinta) años de edad para que un bachiller en Derecho tenga acceso a las carreras de juez, promotor y delegado²⁹⁸. Vale recordar que la estipulación de edad mínima existe en la Constitución Federal para nombramiento de ministros para los tribunales superiores, siendo de 35 (treinta y cinco) años para el STF (art. 101, CF/88). Después de un período de "juvenilización" de la carrera, constatado en la encuesta de 2015 (y que se debe a diversos factores, entre ellos la sistemática de selección vigente), en 2018 la investigación observa que la magistratura brasileña "envejeció", pues como ya aludido ya no es posible entrar directamente de los bancos universitarios a la carrera, siendo necesario el período de 3 (tres) años de actividad jurídica.

Aunque el concepto “raza” sea absolutamente obsoleto, justamente por ser herencia del ya visitado “positivismo etiológico”, que tantos males ya ha causado a la humanidad, consta de las encuestas de la AMB y vamos aquí referirlo. La encuesta de 2015 ha constatado que la inmensa mayoría de los que lograron ingresar a la carrera (a través de concursos selectivos caros y que demanda disponibilidad integral del candidato e inversión en cursos

²⁹⁸ La PEC en cuestión fue archivada en 31.01.2019, de conformidad con el art. 105 del Reglamento Interno de la Cámara de Diputados.

preparatorios, como ya visto) pertenece a la raza blanca (84,4%), muchos con padres que poseen curso universitario completo (30,6% para los padres y 18,7% para las madres). Las familias de los aprobados ostentan renta promedio de más de 4 (cuatro) salarios mínimos (76,4%). En este particular, la franca mayoría de los entrevistados (más de 80%) se posiciona contrariamente a la adopción del “sistema de cotas” para ingreso tanto a la Magistratura como en al Ministerio Público y a la Defensoría Pública, siendo que una mayoría un poco más reducida (70,9%) es contraria a la adopción de las mismas cotas para ingreso a la universidad. En la investigación de 2018 se abordó el tema del prejuicio en cuanto al color, al género ya la orientación sexual en el ambiente de trabajo del magistrado: el índice del segundo (discriminación de género) fue el mayor verificado (17% entre los jueces de primer grado).

Aunque los jueces sean originarios de familias de mayor renta, casi la mitad ha estudiado en universidades públicas (dado revelado tanto en la encuesta de 2015 como en la de 2018). Ha llamado la atención de los investigadores de 2015 el gran número de magistrados que no contestó a las cuestiones sobre si realizaron o están realizando cursos de especialización, posgrado, maestría, doctorado y posdoctorado. En la encuesta de 2018 ese aspecto quedó más claro y reveló que más del 70% (setenta por ciento) de los jueces de 1er y 2º grados afirman haber hecho cursos de postgrado. Además, la mayoría de los jueces no da clases en instituciones de enseñanza (incluso en las “escuelas de la magistratura”), aunque sea esta una actividad autorizada por la Constitución Federal (art. 94, párrafo único, I). Este porcentaje está más equilibrado entre los magistrados de segundo grado.

La inmensa mayoría de los magistrados que respondieron a la encuesta es casada (cerca de 80%), con promedio de 2 (dos) hijos. Un porcentual aún más grande ya ha ejercido actividad profesional antes de la magistratura, no necesariamente en el ramo del Derecho (95%).

El tiempo promedio de preparo del candidato para ingreso en la carrera es de 3,1 (tres coma uno) años, con participación en más de un concurso selectivo.

Mismo apuntando diversos problemas con relación al ejercicio de la actividad (algunos relacionados en la secuencia), la mayoría de los magistrados se declara “muy satisfecha” con la carrera.

b) Percepciones de los entrevistados sobre la estructura y la efectividad del Poder Judicial:

En este tópico, el 48% (cuarenta y ocho por ciento) de los entrevistados reconoce que la morosidad de la prestación jurisdiccional es su principal deficiencia. A lo que se refiere a los

ítems “efectividad”, “estructura material y de informática” y “estructura funcional”, la evaluación es meramente “regular”. Observo que, con relación a este tema la justicia estadual, a pesar de más amplia en términos territoriales, fue la peor evaluación en todos los quesitos antes mencionados, siendo que las justicias consideradas “federales” (electorales, del trabajo y federal propiamente dicha) fueron las que recibieron las mejores notas.

Realmente en la práctica que se observa es justamente el espejado de la encuesta, tanto por el punto de vista de quien está fuera del Poder Judicial (abogados y demás operadores del Derecho) como por quien está dentro del Judicial. Puedo afirmar eso con propiedad, pues ya estuve en ambas las situaciones y mi percepción a la fecha en que actuaba como abogada (durante más de 10 años) era que la Justicia Federal como un todo era más célere, más bien estructurada y más efectiva. A lo que se refiere a los tribunales superiores, el peor evaluado por los entrevistados en la mayor parte de los quesitos fue el STF.

El aumento sistemático de la litigiosidad con la ampliación del acceso al Poder Judicial ha causado como reflejo el retraso en el pronunciamiento de decisiones, que refleja en una justicia considerada morosa y poco efectiva. En 2018 la investigación revela que una de las causas apuntadas por los entrevistados para el aumento de la litigiosidad en Brasil era justamente la morosidad de la justicia. Este aumento de demanda generó un agigantamiento estructural y desproporcional del Poder Judicial. Prueba de eso son las conclusiones espejadas en informe vehiculado por el CNJ intitulado “Justicia en Números”²⁹⁹, que muestra la necesidad del Poder Judicial como un todo enfocarse más detenidamente en la primera instancia, pues es en este grado de jurisdicción que se concentra el mayor número de procesos, que generan la alta de la “tasa de congestión”, o sea, el predominio de nuevos procesos sobre los procesos finalizados (en Portugués más claro: más procesos entrando y menos procesos saliendo).

Según este mismo informe, mismo en tribunales con alta tasa de congestión, la productividad de los magistrados es elevada. Basta observar que, como ya aludido anteriormente, la carga de trabajo promedia de un juez brasileño es de 4616 (cuatro mil seiscientos dieciséis) procesos, número muy superior al de magistrados de países europeos de características más próximas al Poder Judicial brasileño³⁰⁰.

²⁹⁹ El último disponible fue lanzado en 2018, con recopilación de datos referentes a los años de 2009 hasta 2017. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2018/08/44b7368ec6f888b383f6c3de40c32167.pdf> (acceso en 19.02.2019).

³⁰⁰ En este sentido cf. estudio del Departamento de Pesquisas Judiciais del CNJ, vehiculado en noviembre de 2011, intitulado “Estudio comparado sobre recursos, litigiosidad y productividad: la prestación jurisdiccional en el contexto internacional”. Disponible en https://issuu.com/cnj_oficial/docs/estudo_comparado_sobre_recursos_li (acceso en 21.07.2016).

Luego, por más que estadísticas no puedan ostentar el 100% (cien por ciento) de credibilidad, son una importante herramienta para trazar algunos estándares comunes, considerando la realidad extremadamente pulverizada de la magistratura brasileña. Como ya referido, hay prácticamente un consenso cuando el tema es la morosidad del Poder Judicial. O sea, los propios jueces reconocen, con base a inúmeras razones (falta de estructura física y humana, entre otras) que la justicia es, sí, morosa.

A lo que se refiere al tema “efectividad”, la gran mayoría de los entrevistados en 2015 se posiciona en favor de la necesidad de previsibilidad de las decisiones judiciales, como forma de proveer mayor seguridad jurídica para las partes en litigio. Esta previsibilidad podría ser alcanzada a través de sùmulas y precedentes con fuerza vinculante. Sin embargo, la encuesta de 2018 revela que, aunque admitan que el sistema de sùmulas y precedentes vinculantes garantiza mayor velocidad y seguridad jurídica a la actividad jurisdiccional y mayor racionalización del Poder Judicial, más de la mitad de los jueces (especialmente los estatales) entienden que el magistrado no debe guiarse por jurisprudencias y que el sistema de sùmulas y precedentes afectaría la independencia del juez.

Aquí es necesario hablar un poco más sobre esos dos institutos – sùmulas y precedentes con fuerza vinculante -, tan debatidos por la magistratura y defendidos por los litigados, que utilizan como base el “éxito” del sistema adoptado por los países de la *common law* (entre ellos Estados Unidos de América y Reino Unido). Los que se alinean a la defensa de tales precedentes vinculantes enaltecen a la necesidad de “seguridad jurídica”, al paso que los que se posicionan en su contra defienden básicamente a la independencia funcional del magistrado.

En la teoría, al unificaren entendimientos, las sùmulas, enunciados y precedentes contribuirán para alcanzar a una situación de seguridad jurídica, ya que impedirían que diferentes magistrados y cortes profiriera decisiones diversas sobre temas idénticos, que muchas veces hace con que el litigado realice manobras para la “elección” de su jurisdicción, a depender del posicionamiento adoptado por un determinado juez.

Como la cuestión es demasiado profunda y no se constituye en objeto de esta investigación, solamente para no dejar de opinar definiendo tales sùmulas y precedentes vinculantes, desde que su temática sea limitada a cuestiones técnicas y que, a la medida del posible, no alcance a los llamados derechos humanos y fundamentales. Caso eso se pase, el enunciado debe siempre prever la máxima efectividad de derechos, bajo pena de ser reputado inconstitucional (en un “control de constitucionalidad”), o mismo en contrario a tratados y convenciones internacionales (en un “control de convencionalidad”).

c) Percepciones de los entrevistados sobre la repercusión de las decisiones del Poder Judicial:

Otro dato importante manifestado por los entrevistados es que para ellos los tribunales superiores tienden a priorizar a la “repercusión económica” de una decisión en detrimento de la “repercusión social”. Ya en las instancias consideradas “inferiores” la dinámica se invertiría, o sea, el enfoque mayor es en la repercusión social. Eso dato nos ayuda a comprender la razón por la cual tantas decisiones sobre temas socialmente sensibles son reformadas por las instancias superiores con base en argumentos como el de la “reserva del posible”. Un ejemplo práctico fue el ocurrido en el ámbito de la Acción Civil Pública n. 3425-64.2009.8.16.0045 (Comarca de Arapongas), cuya sentencia de interdicción de la cárcel pública local fue inicialmente reformada por el Tribunal de Justicia del Estado de Paraná justamente con base en el principio antes citado³⁰¹.

El mismo fenómeno ocurre con la llamada “repercusión mediática de las decisiones”, cuya priorización aumenta conforme se aumenta la instancia considerada (13% en 1° grado, 23,7% en 2° grado y 43,5% en tribunales superiores – encuesta de 2015). En la encuesta de 2018 hay la información de que la gran mayoría de los jueces entiende que la divulgación de actos o decisiones judiciales pela prensa contribuye con la transparencia del Poder Judicial (cuestión 77).

d) Percepciones de los entrevistados sobre la independencia en el ejercicio de sus atribuciones:

De acuerdo con la encuesta de 2015, en una escala de 0-10 (cero a diez) los magistrados entrevistados consideran su actuación independiente con relación a los tres Poderes (Ejecutivo, Legislativo y Tribunales Superiores), confirmando notas positivas. Solamente en lo que dice respecto al CNJ la independencia fue considerada más reducida (nota 6,5), aunque todavía se pueda considerar un resultado positivo. Las notas también fueron superiores a 5 (cinco) cuando cuestionados sobre la independencia de los tribunales superiores, siendo que las mujeres confirieron notas inferiores, evidenciando ser más críticas sobre el tema.

Cuanto a eso punto, se percibe una diferencia entre la encuesta manejada en 2005 por la misma AMB, oportunidad en que la percepción de los magistrados sobre su independencia funcional era más “pesimista”. Esa comparación nos muestra que la garantía de la independencia viene siendo cada vez más asegurada, siendo demostración de eso el protagonismo asumido por el Poder Judicial dentro del actual escenario político, económico

³⁰¹ Sentencias proferidas en los recursos n. 1028987-1 y 1028987-1/01 (disponibles en: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2grau>, acceso en 04.04.2015).

y social brasileño, cuyos ejemplos más emblemáticos son el “Mensalão” y la “Operación Lava Jato”.

Sin embargo, aunque haya una percepción general a lo que se refiere a la garantía del ejercicio de la independencia funcional, su concretización en la práctica no es tan simple como se parece. Las carencias estructurales y humanas ya citadas, verificadas en diversas comarcas brasileñas especialmente en el ámbito de la Justicia Estadual – que, por señal, debería ser la mejor estructurada por su mayor amplitud territorial y por cuidar de los casos directamente sensibles al ciudadano, como las demandas civiles, de familia, además de los importantes tribunales especiales, que traen mayor celeridad a la justicia – minan, aún que subrepticamente, la independencia del magistrado en el ejercicio de sus atribuciones.

También importante mencionar la falta de soporte experimentada por magistrados de diversas comarcas, en lo que dice respecto a los órganos de apoyo del Poder Judicial – Ministerio Público, Policías Civil y Militar, Secretarías y Gabinetes de Seguridad Pública, trabajadores sociales, entre otros, que carecen de problemas como escasez de estructura, de organización, corrupción y hasta mismo falta de voluntad política e institucional. Como mencionado, operaciones como la “Lava Jato” solamente contabilizan éxito mediante esfuerzo conjunto de diversos órganos – Policía Federal, Receta Federal, Ministerio Público Federal, Poder Judicial y sus servidores, entre otros³⁰². Sin apoyo institucional y de la red de órganos vinculados, no hay como el magistrado actuar solo de forma absolutamente independiente y realizar todo lo que almeja para el bien de su litigado. No hay, en suma, como se considerar el juez independiente, aunque el resultado de la encuesta ha inducido a la conclusión contraria. Él depende de otros “actores” para bien ejercer sus atribuciones.

Cuanto al establecimiento de “metas” por el CNJ, la mayoría de los entrevistados se ha manifestado favorablemente a la fijación de metas administrativas (65,4%). Sin embargo, las metas cuantitativas generaron una división mayor, el sentido de que 41,4% son contrarios. Personalmente, entiendo que en un universo de alta litigiosidad la productividad es importante. Sin embargo, no debe de ser un fin en sí misma, justamente para no estimular la productividad sin contenido, la “robotización” del magistrado, de forma a sacarle la necesaria personalidad. El enaltecimiento de la productividad termina por tener el efecto de molestar la apreciación y el juzgamiento de las causas más complejas. Una vez que, ¿qué es mejor para el informe: miles de sentencias simples o una extremadamente compleja, de las que demoran semanas de investigación y reflexión, y que resultarán en una decisión que contará

³⁰² El propio Procurador de la República DELTAN DALLAGNOL, uno de los responsables por coordinar la fuerza-tarea de la “Lava Jato”, afirma a la periodista MIRIAM LEITÃO que el suceso de la operación solamente ocurrió debido al esfuerzo conjunto de la Policía Federal, de la receta Federal, del Ministerio Público Federal, además del Poder Judicial. Según el Procurador “... hubo casi que una conspiración para que esa operación pasara tan cierta”. Entrevista disponible en: https://www.auditar.org.br/?h_pg=noticias&bin=read&id=2178 (acceso en 19.07.2016).

como solamente “1” en la productividad del juez? En otras palabras, el juez no puede ser un mero reproductor de “modelos” (pues son justamente los casos repetitivos, que generan la tan celebrada productividad), debiendo ser rescatada y enaltecida su *alteridad* intelectual.

e) Percepciones de los entrevistados sobre la composición del STF:

Otro punto de contradicción de la encuesta tiene relación con la percepción de los entrevistados respecto a la composición del STF. Aunque la mayoría ha considerado tratarse de un tribunal “independiente”, hubo severas críticas al modelo actual, respecto a la indicación de sus miembros por el Presidente de la República, refrendada por la mayoría absoluta del Senado Federal (art. 101, párrafo único, CF/88). La mayor parte de los entrevistados defiende que tal indicación recaiga solamente sobre miembros de la carrera de magistratura y no sobre cualquier ciudadano mayor de 35 (treinta y cinco) años de edad, de “notorio saber jurídico y reputación intachable”. Ya otros magistrados entrevistados entendieron que la elección de ministro del STF debe ser llevada a efecto por toda la magistratura y que su mandato debería tener límite de tiempo. Una vez más, las mujeres lideran cuando el tema es defender que la indicación sea restringida a jueces y sea llevada a efecto por elección entre los magistrados.

Lógicamente, el hecho de ser un tribunal indicado por los Poderes Ejecutivo y Legislativo acentúa el sesgo político de la institución, comprometiendo la independencia funcional de sus miembros, aunque en diversas oportunidades se ha mostrado predominantemente independiente – como en el caso del “Mensalão”, en que políticos fueron condenados por diversos crímenes contra la administración pública. Sin embargo, y como ya la referimos líneas atrás, la impresión que se tiene es que cuanto mayor la “instancia” del magistrado, menos es independiente, ya que las decisiones que fuera tomar tendrán enorme repercusión económica, política y social.

f) El espinoso tema de las elecciones directas:

Es premisa de actuación del Poder Judicial asegurar y salvaguardar al régimen democrático y a los derechos de los litigados. Paradoxalmente, el mismo espíritu democrático no permea los órganos de cúpula de los tribunales, no habiendo previsión de elección directa para llenar a sus cargos directivos – presidencia, vicepresidencia, corregiduría, entre otros. Por contrario, según el art. 96, I, a, de la CF/88 compete privativamente a los tribunales elegir a sus órganos directivos, cabiendo solamente a los desembargadores el derecho a voto. Tal previsión también consta del art. 102, de la LOMAN.

La encuesta de 2015 apuntó que una amplia mayoría de los entrevistados defiende a las elecciones directas para los cargos de dirección de los tribunales, con todos los magistrados ostentando derecho a voto (78,2%), aunque gran parte de los entrevistados (68%) apoya que solamente desembargadores sean elegibles.

En el sentido del defendido por los magistrados entrevistados, hay una PEC en tramitación (n. 187/2012), cuyo objetivo es modificar el art. 96, de la CF/88 para prever la regla de la elección directa. La redacción del nuevo inciso I, alineas a quedaría de la siguiente forma: “art. 96. Compete privativamente: I – a los tribunales: a) elegir a sus órganos directivos, por mayoría absoluta y voto directo y secreto, entre los miembros del tribunal pleno, excepto los cargos de corregiduría, por todos los magistrados vitalicios en actividad, de primer y segundo grados, de la respectiva jurisdicción, para un mandato de dos años, permitida una reconducción”.

Sobre eso tema, tengo que abrir un paréntesis para me posicionar. Abogo por la posibilidad de elecciones directas en que todos los jueces tengan derecho a voto. La justificativa para eso sentir está en el hecho de que la gran mayoría de los magistrados vinculados a un tribunal es constituida de los dichos “de primer grado”. En Paraná, hay de 120 (ciento y veinte) desembargadores contra cerca de 800 (ochocientos) magistrados de primer grado³⁰³. Parece incoherente que solamente una minoría tenga derecho a voto, siendo que la inmensa mayoría no tiene. Independientemente de la jerarquía, todos son magistrados.

Además de eso, las necesidades sentidas en el primer grado de jurisdicción son diversas de las del segundo grado. Por lo tanto, es importante que haya un panorama democrático donde los candidatos discutan ambas las necesidades, sin atenerse solamente a de los que tengan el derecho al voto.

Una de las justificaciones de los que defienden la permanencia de la sistemática actual sería la de evitar que la elección para los órganos directivos se transforme en “plataforma política”, que sería vetado por la CF/88 (art. 95, párrafo único, III)³⁰⁴. Concuero que la democratización tendrá el poder de intensificar disputas político-electorales, siendo un efecto negativo de las elecciones directas. Ocurre que necesaria la renovación de las tradiciones, justamente como forma de mejorar la dirección de los tribunales, para que salga del tradicionalismo habitual, dando efectiva transparencia de la administración a los magistrados, que podrían cobrar la actuación de los que fueron responsables por elegirlos.

³⁰³ Fuente: <https://www.tjpr.jus.br/lista-de-antiguidade-da-magistratura> (posición en 20.02.2019).

³⁰⁴ En este sentido cf. REIS FRIEDE. Roy. *El mito de la elección directa para presidente de los tribunales*. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, ago. 2014, p. 271-282. El magistrado en cuestión defiende un “... imperativo de necesario y saludable distanciamiento político y de acciones políticas” por parte de los magistrados, razón por la cual se manifiesta contrariamente a las elecciones directas en los tribunales.

Una vez que, la política también ocurre en el ámbito de las elecciones restringidas a los miembros de los tribunales, sólo que en escala más reducida y, por qué no decir, más velada. Aún: ni siempre los magistrados más antiguos son los con mayor aptitud administrativa.

Luego, el argumento de que las elecciones en los tribunales siempre fuera entre desembargadores y deben de permanecer así por cuenta de una tradición no convence. El Poder Judicial debe y merece acompañar a los cambios habidos en la sociedad, por lo tanto, necesita ser estructural e integralmente democrático y compatible con la democracia por él asegurada a través de las decisiones proferidas por sus integrantes. En el ámbito de un estado constitucional y democrático de Derecho, esa compatibilidad es fundamental y una forma de ampliar la credibilidad de las propias decisiones jurisdiccionales.

Gana fuerza, en el ámbito del Poder Judicial, la percepción de que la solución de parte de sus males tiene vínculo directo con la gestión de los tribunales. El Judicial necesita “profesionalizarse”, priorizar gastos direccionados a la prestación jurisdiccional en todas sus instancias, incorporar en su cotidiano herramientas que hagan dinámica su actividad. Es perceptible el abismo que hay entre la estructura del primer y del segundo grados, siendo esta sensiblemente superior a aquella y sin cualquier explicación plausible, ya que en primer grado de jurisdicción está concentrado el mayor número de procesos. Y eso abismo fue generado e incrementado por las sucesivas administraciones de los tribunales que, salvo excepciones, priorizan a los responsables por elegirlos.

Como ya apuntado, es claro que la democracia tiene sus aspectos negativos y puede aguzar disputas políticas y el sentido demagógico del discurso de los que pretenden ascender a los cargos directivos de los tribunales. Sin embargo, hay que hacerse una ponderación entre ventajas y desventajas y las primeras prevalecen, sea por el aumento de la transparencia y enaltecimiento del pensamiento plural, sea con la abierta discusión, entre todos los miembros de la magistratura, de propuestas, cuya ejecución será cobrada de los elegidos. La apertura del discurso genera la necesidad de que los interesados a los cargos directivos elaboren programas de gestión coherentes y se los exponga al debate.

Prevaleciendo eso raciocinio anacrónico de los que defienden a la permanencia del *status quo*, todavía estaríamos en la época de las célebres elecciones indirectas. El precio de la democracia es alto, pero no supera a los beneficios que se genera.

g) Percepciones de los entrevistados sobre temáticas polémicas:

La encuesta de 2015 nos muestra, aún, que la magistratura, además de rutinariamente decidir sobre temas de sesgo político (ejerciendo al ya mencionado “activismo judicial” o “judicialización de la política”) está saliendo de la inercia para opinar y participar de los

debates de relevancia nacional, asumiendo el protagonismo que hoy vemos. De hecho, diferentemente del ocurrido en la década de 1990 con la queda del ex presidente FERNANDO COLLOR DE MELLO, la magistratura (a través de la notoria “Operación Lava Jato”) tuvo y tiene papel decisivo en los últimos acontecimientos del País, que viene abalando toda a su clase política y empresarial.

La gran mayoría de los magistrados entrevistados (más de 90%) defiende un endurecimiento de la pena para agentes políticos en casos de corrupción e improbidad, además de un sistema más efectivo de cautela de recuperación de bienes y activos originados de la práctica de crimen.

En lo que se refiere a la represión de los delitos financieros y de lavado/blanqueo de dinero, también relevante mayoría de los entrevistados aboga por la creación de varas especializadas para juzgamiento, tal cual ya ocurre en la Justicia Federal de Curitiba, donde la “Operación Lava Jato” se encuentra actualmente en tramitación. También hay cierto consenso en lo que se refiere a la posibilidad de consideración de cualquier infracción como delito antecedente para la tipificación del lavado de dinero (76,8% de los entrevistados).

El sesgo más punitivo demostrado por la magistratura es sentido también en las preguntas sobre progresión de régimen y libramiento condicional, temas que tocan más de cerca la ejecución penal. Hay una cierta unanimidad en la defensa del aumento del tiempo de cumplimiento de la pena para obtención de la progresión en determinados “crímenes graves” (la encuesta no especifica cuales serían tales crímenes), bien como para obtención del beneficio del libramiento condicional. Pegando un gancho de los “crímenes graves”, los entrevistados opinan predominantemente por la ampliación de las hipótesis de investigación sigilosa en esos casos. Esa es una demostración concreta de la falacia de la imparcialidad antes mencionada en esta investigación, a la medida en que es común el discurso adoptado por los propios colegas (por veces demasiado inflamado), en el sentido de que la única salida para la situación caótica es la ampliación del rigor de la ley penal.

El crimen de tráfico de drogas también fue objeto de la encuesta y la mayoría de los magistrados defienden no solamente el aumento de la pena mínima, como la prohibición de libertad provisoria, con o sin fianza, para tal delito. En este particular, tanto la Ley de Drogas (Ley 11.343/2006) como la Ley de los Crímenes Hediondos (Ley 8.072/1990) ya prohibían en sus arts. 44 y 2º, II, respectivamente, la concesión de fianza o libertad provisoria a los llamados “crímenes hediondos”³⁰⁵ (siendo la mayor parte de los entrevistados favorable al

³⁰⁵ Los crímenes hediondos están tipificados en el art. 1º, de la Ley 8.072/1990, y engloban desde el homicidio calificado, el latrocinio (robo seguido de muerte), la extorsión mediante secuestro y la calificada por la muerte, el estupro, incluso de vulnerable, entre otros. También la ley prevé como crímenes equiparados a los hediondos, la práctica de tortura, el tráfico de entorpecedores y el terrorismo. Todos esos crímenes – hediondos y equiparados – están sujetos a reglas punitivas más severas, que engloban, por ejemplo, el mayor plazo de duración de la prisión temporaria

mantenimiento de esos artículos), bien como a sus equiparados, como la práctica de tortura, el tráfico de drogas y el terrorismo. Sin embargo, el STF en control incidental de constitucionalidad (efectuado en el juzgamiento por el Plenario del Habeas Corpus 104339/SP³⁰⁶ ya decidió por la mitigación de la prohibición de la libertad provisoria, que ha originado a la Súmulas Vinculante n. 26, que expresamente menciona la inconstitucionalidad del art. 2º, de la Ley 8.072/1990.

La magistratura también se manifiesta en favor de ser más punitiva cuando el tema son los menores infractores. Más de un 80% (ochenta por ciento) de los entrevistados almeja el aumento de las hipótesis y del tiempo de internación de los adolescentes en conflicto con la ley. Ya en lo que se refiere a la disminución de la mayoría penal hay una división, en que discreta mayoría se manifiesta contrariamente (49,6%).

La mayoría de los magistrados entrevistados defiende a la definición más detallada de los tipos penales, a fin de disminuir a las divergencias en su interpretación (74,6%). Al mismo tiempo, defiende la misma mayoría (74,2%) a la utilización más intensa de los acuerdos internacionales en materia penal. Un porcentaje menor (61,7%) aboga por la ampliación de la aplicación de las penas alternativas. Esas dos últimas respuestas demuestran un lado un poco diverso de la magistratura, que al mismo tiempo en que defiende al endurecimiento de las penas sostiene a la aplicación más amplia de los tratados internacionales y de las llamadas “penas alternativas”.

En lo que se refiere a otros temas relevantes en la esfera penal, hay una cierta división entre los entrevistados:

- Descriminalización del aborto: 41,6% son favorables y 50,7% son contrarios. Hay aún el predominio del aspecto religioso, tan presente en la población brasileña, considerada la mayor del mundo en número de católicos nominales³⁰⁷ (aunque este porcentaje se encuentre en franco declivio con la ascensión de las iglesias evangélicas y protestantes);
- Descriminalización del uso de entorpecedores: 59,9% es contraria y 33,8% favorable;

para investigación de tales crímenes (30 días prorrogables por el mismo periodo), bien como la obligatoriedad de inicio de la pena en régimen cerrado. Esta última – obligatoriamente de inicio de la pena en régimen cerrado – igualmente fue mitigada por el STF al declarar la inconstitucionalidad del art. 2º, párrafo 1º, de la Ley 8.072/1990) a través del juzgamiento del Habeas Corpus 111840 (disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=210893>, acceso en 04.09.2016).

³⁰⁶ Relator Min. GILMAR MENDES, disponible en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3164259> (acceso en 04.09.2016).

³⁰⁷ Según el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística – IBGE – en 2012 el porcentual de católicos declarados es de 64,6% (sesenta y cuatro coma seis por ciento) de la población. Cf. <http://veja.abril.com.br/blog/reinaldo/geral/o-ibge-e-a-religiao-%E2%80%93-cristaos-sao-868-do-brasil-catolicos-caem-para-646-evangelicos-ja-sao-222/> (acceso en 04.09.2016).

- Aumento del poder discrecional de la autoridad administrativa penitenciaria: 51,8% se dijeron contrarios y 34% a favor;
- Revisión de la “Ley de la Amnistía”: 48,2% son contrarios, 35,6% a favor y 16,1% “indiferentes”.

Como se puede percibir, la magistratura se muestra más conservadora, rígida, positivista y punitiva cuando el tema es la represión penal que, aparentemente, está en la contramano de un derecho penal de sesgo más garantista y preocupado solamente en punir a conductas materialmente relevantes. Sin embargo, este exceso tiene diversas explicaciones, especialmente en un país como Brasil, marcado por la desigualdad no solamente social, pero en la de aplicación de la pena que, como ya referido, atinge casi que mayoritariamente a la parcela más pobre y carente de la población.

El hecho de no haber políticas criminales, políticas públicas de inclusión social, de educación (incluso – y principalmente -, de los más jóvenes, constante público objetivo del reclutamiento para la criminalidad y que están en aplastante mayoría en los establecimientos penitenciarios) y mismo la ausencia de políticas en sede de ejecución penal (en que se priorice a la reintegración social de la persona condenada) hace con que haya una sensación generalizada de impunidad, contra la cual el Poder Judicial debe de luchar. En determinadas comunidades no hay como en la práctica ser extremadamente “garantista”, bajo pena de causarse un desequilibrio social.

Sin políticas eficientes, policías bien preparados y remunerados y compromiso generalizado en la cuestión criminal (que es frecuentemente olvidada en las bancadas electorales) sobra solamente la cobranza social sobre el juez para ser más rígido, más duro, qué genera, por consecuencia, la búsqueda por la solución posible dentro de eso contexto caótico, pero que ciertamente no resuelve a los problemas, que es el endurecimiento de la punición. Basta ver a los índices de la población carcelaria, que sólo tiende a aumentar mismo considerada la mentalidad más punitiva del magistrado brasileño.

Esa reflexión *supra* es naturalmente un análisis más “intuitivo”, por así decir, de las posibles explicaciones para el raciocinio punitivo del magistrado brasileño y solamente uno de los aspectos a ser considerado. Lógicamente, la formación de los jueces y la estructuración de la carrera tienen un papel relevante en el diseño del juez actual y también contribuyen para la comprensión del juzgador brasileño. Comprender como piensa el juez (y no solamente criticar a su conducta) y el contexto en el cual está inserido es fundamental para la proposición realista de una magistratura más global y enfocada en la protección de los derechos humanos.

h) De la salud mental de los magistrados:

La salud de los magistrados no está específicamente relacionada en las encuestas ora mencionadas, pero decidí por incluir algunas líneas después de la reciente noticia del fallecimiento de magistrados (incluso del Estado de Paraná), posiblemente por suicidio. No me voy a citar nombres, tampoco afirmaré categóricamente que las hipótesis son de suicidio. Sin embargo, tales episodios llevan a la cuestión del aumento de la incidencia de casos de depresión en la carrera, siendo que la aplastante mayoría no es diagnosticada, tampoco percibida por familiares y colegas. Una enfermedad silenciosa, que viene matando de forma repentina, no habiendo el preparo de las administraciones de los diferentes tribunales (aquí menciono especialmente el de Paraná, al cual estoy vinculada) para manejarla.

Un juez para ingresar en los cuadros de la magistratura necesita no solamente someterse a una serie de pruebas de conocimiento jurídico (como ya aludido), pero también pasa por exámenes físicos, de sangre, de imagen, además de pasar por psicólogos y psiquiatras. Esos profesionales tienen contacto solamente una única vez con el candidato a magistrado. Después que este pasa en el concurso – y consecuentemente pasa la euforia de la aprobación – el juez va a servir casi siempre lejos de su familia, tiene contacto con cuestiones de gran repercusión no sólo individual como social, resuelve guardia de niños en situación de riesgo, decide caso de estupro de vulnerables, entre otras situaciones delicadas y que nos abalan emocionalmente. Y nunca más eso mismo juez pasa a tener contacto con los profesionales que se le evaluaron antes de la aprobación en el concurso (salvo engaño solamente un contacto en el periodo de perpetuidad y nada más).

Durante el ejercicio de la magistratura, exigencias y metas hacen parte del día a día del juez. Las críticas provenientes de todos los lados – desde partes que no se sienten satisfechas con una determinada decisión hasta de la prensa – son demasiado frecuentes. La presión social para alinearse a determinado posicionamiento es otra constante en la vida de un magistrado. Las embestidas de abogados y otros auxiliares de la justicia son diuturnas. La vulnerabilidad de la seguridad de los foros (abordada en el punto adelante) también es un factor importante que considerar. Hay mucho que administrar en el ámbito emocional. Conciliar familia y trabajo pasa a ser un desafío, muchas veces no superado. Y esos factores llevan a la enfermedad ocupacional, generando la melancolía y el aislamiento de los colegas.

Mismo en un mundo “conectado”, con tantas redes sociales a la disposición y formas de comunicación, el magistrado producto de la modernidad está cada vez más solitario, especialmente para manejar con la variedad y la multiplicidad de presiones que sufre. Pero algunos pueden cuestionar: ¿Cuándo una persona presta un concurso público no estaría preparada para todas esas embestidas? Mismo teniendo actuado como abogada por 10

(diez) años antes de ser magistrada y conociendo a como las cosas funcionan “del lado de afuera del balcón”, no hay como prepararse totalmente para el ejercicio de la actividad jurisdiccional y todo lo que emocionalmente ella requiere.

Es necesario que los tribunales no se esquiven y enfrenten de forma efectiva eso problema de la salud mental de los magistrados, especialmente la depresión en la carrera, estableciendo políticas para identificación y acompañamiento de los casos.

La sociedad estigmatiza al magistrado y exige que sea un verdadero “super-héroe”, inmune a todo. No hay como cambiar a corto y medio plazo a eso imaginario popular. Pero, dentro de los tribunales el “tabú” debe ser quebrado para que los propios jueces rompan el preconceito y dejen de asociar la necesidad de búsqueda de un tratamiento adecuado (una vez que, depresión es enfermedad y según la Organización Mundial de la Salud la más incapacitante del mundo³⁰⁸) a una especie de flaqueza o locura del juez. Una vez que, no sólo el enfoque en los resultados, celeridad y gestión es lo que importa. Es necesario asegurar la calidad de vida y de la salud mental de quien los resultados son exigidos.

i) De la seguridad de los magistrados:

Por fin, en lo que se refiere al importante tema de la seguridad de los jueces y de los foros, la situación es desoladora, para decir el mínimo. Hay prácticamente un silencio institucional y de la prensa, siendo que las estadísticas sobre el número de magistrados amenazados – que, ni de lejos, espejan la asombrosa realidad vivenciada por miles de magistrados en los rincones de este País – solamente se hace tras un acontecimiento trágico.

Desde el homicidio de la magistrada carioca PATRÍCIA ACIOLI en agosto de 2011 el CNJ divulgó una estadística de la cantidad de jueces amenazados en el mismo año de 2011 y en 2012, dando cuenta de que había subido de 100 (cien) para 134 (ciento treinta y cuatro) y después para 150 (ciento cincuenta) el número de magistrados brasileños que tenían su vida en riesgo³⁰⁹ aunque haya estudios paralelos, uno de los cuales capitaneado por el magistrado paranaense retirado JOÃO KOPYTOWSKI, dando cuenta de números aún más alarmantes³¹⁰. También en el mismo fatídico año de 2011, la AMB creó una “Secretaría de Seguridad de los Magistrados”, que poco se sabe sobre su actuación.

³⁰⁸ Cf. <http://emails.estadao.com.br/blogs/joel-renno/depressao-e-a-doenca-mais-incapacitante-do-mundo/> (acceso en 02.04.2018).

³⁰⁹ Datos disponibles en el sitio del CNJ <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/57494-aumenta-numero-de-juizes-ameacados-no-pais> (acceso en 12.07.2016). Cf. también la siguiente reportaje disponible en: <http://oglobo.globo.com/brasil/cnj-contabiliza-150-juizes-sob-ameaca-no-pais-so-61-tem-escolta-5361876> (acceso en 12.07.2016).

³¹⁰ Artículo sobre el tema disponible en: <http://www.brasil247.com/pt/247/brasil/11738/Juiz-profiss%C3%A3o-perigo.htm> (acceso en 12.07.2016). entre los inúmeros casos narrados está el uno de una jueza del Estado de Maranhão, cuyo gabinete fue pintada de grafiti con frases

Después del fallecimiento de la magistrada PATRÍCIA ACIOLI ningún otro relevamiento más detallado había sido divulgado hasta que ha sobrevenido el caso de la magistrada TATIANE MOREIRA LIMA vinculada al Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo (TJ/SP), la cual se hicieron como rehén en marzo de 2016. El agresor, que tenía una audiencia marcada en el foro del Butantã, encendió fuego en la entrada del foro, corrió hasta el gabinete de la magistrada, se la agarró por el cuello y despejó un producto químico sobre la jueza, amenazando a encender fuego³¹¹. La situación ha durado 20 (veinte) minutos, mostrando la vulnerabilidad de las instalaciones de los foros del país, ya que un individuo logró adentrar al local con una mochila repleta de explosivos. Y eso estamos hablando de un foro de la capital paulista, la mayor ciudad del país y que supuestamente debería de abrigar mejor estructura por cuenta del mayor número de personas que transitan en el local. Por lo visto, solamente la muerte es capaz de motivar a una acción institucional y de prensa más contundente sobre tan delicado tema.

Tras eso episodio de la magistrada TATIANE LIMA, que tuvo amplia divulgación por los medios de comunicación, el CNJ lanzó en junio de 2016 un “Diagnóstico de la seguridad institucional del Poder Judicial”³¹², con conclusiones similares a las contenidas en los informes anteriores (de 2011 y 2012). El número de magistrados en situación de riesgo está actualmente en 131 (ciento treinta y uno), siendo la gran mayoría de la Justicia Estadual (116 jueces), coincidentemente donde hay menos estructura, especialmente en los locales donde se ejerce la magistratura de primer grado (foros) y donde trabaja la mayoría de los jueces brasileños y servidores del Poder Judicial. Es clara la discrepancia entre el aparato de seguridad de primer grado, comparado con el de segundo grado. En el caso de la Justicia Estadual de Paraná, el diagnóstico del CNJ muestra que el TJ/PR obtuvo score de 67 (sesenta y siete) en un máximo de 100 (cien) en el primer grado y de 100 (cien) en el segundo. Esteras y máquinas de rayo-x, cámaras de seguridad y detectores de metal son ítems casi inexistentes en muchos foros de primer grado³¹³. Tampoco el control de circulación de personas es realizado con regularidad. No hay policía ostensiva y la

amenazadoras. Hubo, aún, hurto de 31 (treinta y un) procesos, que fueron jugados en el Rio Itapecuru, juntamente con la toga de la jueza. La vestimenta, símbolo de la carrera, fue encontrada, días después de la invasión, rasgada e inutilizada. Situaciones como esta, así como inúmeras otras, no llegan a la prensa y muchas veces siquiera son contabilizadas por el CNJ, que muestra que sus estadísticas son incompletas.

³¹¹ Reportaje disponible en: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/homem-presos-em-forum-de-sp-fez-juiza-refem-e-tentou-incendiar-la.html> (acceso en 12.07.2016). Video del momento de la agresión disponible en: <http://g1.globo.com/sao-paulo/noticia/2016/03/video-mostra-pm-negociando-libertacao-de-juiza-no-forum-butanta.html> (acceso en 12.07.2016).

³¹² Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/06/afae223271540adeaa22d68b5437e07c.pdf> (acceso en 21.07.2016).

³¹³ En la comarca de Arapongas el detector de metal a la entrada fue instalado al inicio del año de 2018.

seguridad, cuando existe es llevada a efecto por agentes a servicio del Poder Judicial y vigilantes terceros.

De los muchos jueces amenazados hay pocos que tienen escolta a su disposición. Sin embargo, eso no es garantía de que tenga una vida libre. El caso más emblemático tal vez sea el del magistrado federal ODILON DE OLIVEIRA, que se quedó famoso por actuar en el combate al crimen organizado en la ciudad de Ponta Porã, región de frontera con Paraguay, teniendo condenado a cientos de personas y confiscando a más de R\$ 1.000.000.000,00 (un mil millón de Reales) en bienes utilizados en el crimen organizado. Mismo siendo uno de los únicos magistrados a recibir protección permanente de la Policía Federal, el juez ODILON viene recibiendo amenazas en contra sí y su familia hace más de 20 (veinte) años, que se le impide de llevar una vida normal, ya que usa permanentemente chaleco antibalas y anda de carro blindado y con escolta de 10 (diez) agentes, cambiados periódicamente para no se crear cualquier vínculo entre ellos³¹⁴. Un magistrado que vive tan o más detenido qué a los individuos que condena. Prueba de que la meta de decidir con independencia muchas veces cuesta caro.

j) Otras observaciones:

Una reciente encuesta realizada en 2017 en el ámbito del Tribunal de Justicia del Estado de Paraná (Encuesta de Clima Organizacional – Visión de los Magistrados)³¹⁵ sintetiza bien qué piensa un magistrado, especialmente el que actúa en primer grado de jurisdicción: la gran mayoría no trabaja esperando valoración en el ambiente de trabajo (aunque muchos no se sienten valorados) o un buen salario. La recompensa de acuerdo con 70% (setenta por ciento) de los entrevistados es simplemente el ejercicio del trabajo en sí. Luego, vemos que no obstante los problemas, el juez se conforma con el puro y simple ejercicio de su oficio.

Otro dato interesante: 63% (sesenta y tres por ciento) de los entrevistados sienten que podrían hacer más por el Tribunal al cual están vinculados, pero el cerne de la insatisfacción, y tal vez la razón por la cual no se consigue hacer más, esté justamente en la falta de infraestructura o en el exceso de trabajo, en la mayoría de las veces burocrático. Como dicho al inicio de esta investigación, además del aumento de la litigiosidad, el magistrado tiene que manejar con un sin número de obligaciones burocráticas, qué saca el “encanto” de la profesión. Además de eso, la falta de estímulo a la capacitación y la

³¹⁴ Reportaje con el magistrado ODILON DE OLIVEIRA disponible en: <http://www.capitalnews.com.br/entrevista/odilon-de-oliveira-apaixonado-por-farofa-juiz-mais-amea-ado-do-brasil-n-o-quer-ser-celebridade/276574> (acceso en 12.07.2016). La vida del magistrado ya es, incluso, inspiración para guión de la película brasileña “En nombre de la ley”, lanzado en abril de 2016.

³¹⁵ Se trata de documento interno no vehiculado en los medios de comunicación.

ausencia de reconocimiento del trabajo realizado también cuentan para desestimular al magistrado, impidiendo que evolucione en la condición de juzgador.

5.2. Algunas conclusiones importantes: estructura vs. eficiencia

De todo lo que fue expuesto, la conclusión que llego es como si el Poder Judicial fuera formado por miles de jueces individualmente considerados, que no forman un equipo, pero son, por así decir, solamente “atacantes” con brillo y proyección individual (caso del Min. JOAQUIM BARBOSA y, más recientemente, del juez SÉRGIO MORO) e incapacidad de contribución para el grupo. La autopromoción institucional del Poder Judicial y de sus miembros, incluso vía órganos nacionales de clase, es insuficiente porque la visión que tiene es que el magistrado solamente ostenta privilegios y no obligaciones. Luego, se percibe una relación de amor y odio del público en general con relación a la magistratura, tal como afirmado líneas atrás.

Y esa sensación de que el Poder Judicial no es uno, es objeto de muchos estudios, incluso comparativos, siendo pertinente citar al desarrollo por el científico político LUCIANO DA ROS, de la Universidad Federal del Rio Grande do Sul (UFRGS)³¹⁶. En su investigación, ampliamente divulgada por los medios de comunicación, DA ROS defiende que el Poder Judicial brasileño padece de problemas históricos, que llevaron al gigantismo de su estructura (comparada a de otros países por él analizados, como Alemania, Francia, Portugal, Estados Unidos, España, Italia, entre otros)³¹⁷, que sólo aumenta con la maciza ampliación del acceso, por el ciudadano, al Poder Judicial, generadora de una explosión de procesos en el País – promedio de dos procesos por habitante. Y esa mega-estructura es inversamente proporcional a su eficiencia general, dando la sensación de que, mismo con tantos jueces, no hay mano de obra suficiente. Por esa razón, el estudioso afirma no existir un único Poder Judicial en Brasil, pero sí 17.000 (diecisiete mil) magistrados³¹⁸.

DA ROS también atribuye que el esfuerzo para asegurar un elevado grado de independencia tanto para el Poder Judicial como para el Ministerio Público, además de contribuir para la formación de un Poder Judicial identificado como uno de los mejores y más independientes de la América Latina, también repercutió en la creación de una enorme

³¹⁶ DA ROS, Luciano. El costo de la justicia en Brasil: un análisis comparativo exploratorio. *The Observatory of Social and Political Elites in Brasil*. Universidad Federal do Paraná (UFPR) y Núcleo de Investigación en Sociología Política Brasileña (NUSP), 2015, v. 2, n. 9 (julio de 2015). Disponible en: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf> (acceso en 14.07.2016).

³¹⁷ De los datos recopilados por el CNJ, Brasil es el país donde son destinados más recursos al Poder Judicial en relación con el Producto Interno Bruto (PIB). Los datos son del año de 2008 y están disponibles en https://issuu.com/cnj_oficial/docs/estudo_comparado_sobre_recursos_li (acceso en 21.07.2016).

³¹⁸ Cf. entrevista de DA ROS al periódico El País, disponible en: http://brasil.elpais.com/brasil/2016/06/16/politica/1466099536_355126.html (acceso en 14.07.2016).

industria al entorno de su funcionamiento: facultades de Derecho, policías, escribanías, tribunales de cuentas, sistema carcelario, entre otros. El número de profesionales de Derecho ha aumentado exponencialmente – sólo de abogados son 4,4 (cuatro coma cuatro) para cada 1000 (un mil) habitantes³¹⁹ y 39,42 (treinta y nueve coma cuarenta y dos) abogados por magistrado, número superior a países como Italia, Portugal y Francia³²⁰. Interesante observar que, aunque tenga habido aumento de la estructura que gira alrededor del Poder Judicial, el número de jueces por 100.000 (cien mil) habitantes está debajo de la media de los países europeos³²¹. En otras palabras, hay mucho más abogados que jueces – 8,3 (ocho coma tres) jueces por 100.000 (cien mil) habitantes y 330,4 (trecientos treinta coma cuatro) abogados para la misma cantidad de personas³²². La consecuencia de eso es la avalancha de acciones y la alta propensión al litigio verificada en el ámbito del Poder Judicial brasileño, aliada a la incapacidad de tal Poder hacer frente a esa tendencia.

Y por cuenta de eso aumento en el número de profesionales, aliado a la falta de una estructura cohesiva y de estandarización de decisiones sobre un mismo tema vinieron las llamadas “demandas de masa”, que generaron el conocido problema del congestionamiento en el suministro de decisiones, y su consecuente demora. La cuenta no cierra, pues por más que se gaste, la estructura en general (salvo excepciones) parece continuar carente y obsoleta, dándonos la sensación de que faltan jueces y servidores para el atendimento de la enorme demanda.

Añado, aún, la falta de distribución equitativa de tal estructura material y humana, que se concentra más en el llamado “segundo grado de jurisdicción” (tribunales) y en las cortes superiores. Ya la magistratura de primer grado es en gran parte carente de estructura tanto física como humana. Ejemplificando, muchas comarcas de Paraná – especialmente las más pequeñas – son olvidadas, habiendo incluso falta de utensilios de higiene de limpieza y material básico de trabajo (como papel, bolígrafos, tinta para impresora, entre otros). Las adquisiciones generalmente son hechas vía licitación, con elección de las propuestas de menor precio, las cuales no necesariamente son las mejores. Común ver empresas que ceden terceros (especialmente para servicios generales) no pagaren los diminutos salarios

³¹⁹ Fuente: <http://www.oab.org.br/institucionalconselhofederal/quadroadvogados> (acceso en 14.07.2016).

³²⁰ Fuente: CNJ y Reporte sobre el estado de la justicia de las Américas (2008-2009. Disponible en https://issuu.com/cnj_oficial/docs/estudo_comparado_sobre_recursos_li y <http://www.ceja.cl/reporte/2008-2009/> (acceso en 21.07.2016).

³²¹ Fuente: CNJ y Reporte sobre el estado de la justicia de las Américas (2008-2009. Disponible en https://issuu.com/cnj_oficial/docs/estudo_comparado_sobre_recursos_li y <http://www.ceja.cl/reporte/2008-2009/> (acceso en 21.07.2016).

³²² Fuente: CNJ (2011). Disponible en: https://issuu.com/cnj_oficial/docs/estudo_comparado_sobre_recursos_li (acceso en 21.07.2016).

de sus empleados³²³, bolígrafos que no escriben, material de baja calidad, qué genera más gastos que no repercuten en la calidad del servicio prestado. En otras palabras, salvo excepciones el monto de gasto es inversamente proporcional a la eficiencia generada.

Una vez más defendemos que los tribunales tengan una llamada “administración profesional” de suerte a optimizar a sus recursos y ampliar la eficiencia del Poder Judicial, eliminando la sensación de que, por más que haya contrataciones de servidores y aprobación de magistrados en concursos, nunca el número será suficiente.

5.3. Influencia de los medios de comunicación en la percepción del poder Judicial por el litigado

Como hay falta de campañas institucionales de valoración del Poder Judicial su imagen es construida básicamente por la prensa y por sus “impresiones” y “adivinaciones” sobre el tema. Lógicamente, defendiendo de forma feroz el derecho de prensa y creo que debe de ser ejercido de forma libre, teniendo los ciudadanos la prerrogativa de cuestionar el funcionamiento del Poder Judicial y exigir mayor efectividad en su funcionamiento. Sin embargo, en el caso de la magistratura no hay contrapunto de lo que es divulgado en los medios de comunicación con lo que efectivamente ocurre en el seno de la carrera. Y me voy a citar un ejemplo emblemático para ilustrar a lo que afirmo.

Recientemente, al ver a los noticiarios en la televisión, he visto una serie de reportajes, unas seguidas de las otras que reflejan esa bipolaridad entre la confusa percepción general de la población sobre el Poder Judicial, que es alimentada por los medios de comunicación. El primer reportaje mostraba al juez SÉRGIO MORO siendo efusivamente homenajeado por la propia prensa y por la población por su labor en la “Operación Lava Jato”. Luego después, la misma prensa criticaba a un grupo de jueces vinculados al Tribunal de Justicia del Estado de Paraná por haber propuesto acción en contra reportaje vehiculada por el periódico paranaense “Gazeta do Povo”, situación que generó enorme repercusión mediática tanto a nivel nacional como internacional³²⁴. Por fin, nuevamente más críticas a jueces realizadas

³²³ Recientemente como directora del foro de Arapongas pasé por situación delicada, en que las agentes de limpieza estaban sin recibir salarios, siendo que dependen de eso dinero (que ya es escaso) para comer. El rostro de tristeza, desesperación y desamparo de esas personas, que prestan buenos servicios a la justicia, es de indignar a cualquier persona mínimamente sensible. Por cuenta del incumplimiento, las contrataciones se suceden, generando perjuicios no sólo al Poder Judicial, como a las empleadas que quedan sin recibir a sus diminutos salarios. Eso caso viene repitiéndose por inúmeras comarcas del Estado de Paraná.

³²⁴ Cf. reportaje *TJ y MP pagan super-salarios que superan en 20% al techo previsto en ley*, vehiculada en el periódico “Gazeta do Povo” en 15.02.2016 (disponible en: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/tj-e-mp-pagam-supersalarios-que-superam-em-20-o-teto-previsto-em-lei-8p4mx7sxjog1r9rivs1hlig7>, acceso en 01.07.2016). Sin discutir el mérito del reportaje (su corrección o incorrección), interesante notar que trae una caricatura de un magistrado gordo, de toga, encima de un pedestal, abrazando a un saco de dinero, al mismo tiempo en que cédulas le caen sobre la cabeza.

por el periódico por cuenta del hecho de estar votando en el Congreso Nacional reajustes salariales, que pondría a los magistrados ganando mucho más que un llamado “trabajador común”. Es como si el magistrado MORO no lo fuera, efectivamente, un juez, pero perteneciese a una categoría aparte, de “benefactores” del Estado Brasileño.

La situación terminó por ganar mayor visibilidad por medio de reportaje vehiculada en cadena nacional por el conocido “Jornal Nacional” de la TV Globo, en el cual su ancla destacó una supuesta “acción coordinada” de jueces para obstar al trabajo de la prensa, a medida en que aproximadamente 30 (treinta) acciones fueron presentadas a juicio en diversas ciudades paranaenses, que obligaría a los profesionales citados como reos a viajar por miles de kilómetros para atender a las diversas audiencias, bajo pena de decretarse rebeldía³²⁵. Vale destacar que el Poder Judicial Paranaense cuenta con más de 900 (novecientos) jueces en actividad³²⁶, fuero los retirados, que llega a un volumen de más de 1000 (un mil) magistrados. Con respecto a la prensa, hablar de “acción coordinada” de 30 (treinta) acciones en un universo de más de 1000 (un mil) magistrado bordea al exagero.

En este episodio, la charla de la prensa prácticamente reinó absoluta. Hubo intervención de la Asociación de los Magistrados de Paraná – AMAPAR que fue divulgada de forma tímida en el citado “Jornal Nacional”. También hubo apoyo a través de nota por la ANAMAGES³²⁷. Ya en el caso de la AMB hubo un silencio inicial, seguido de comentario de que la iniciativa de los magistrados representaría “un suicidio institucional”. Solamente días después de la repercusión nacional e internacional sobrevino nueva nota de la AMB criticando al premio dado a los periodistas paranaenses objetivo de las acciones (“Premio Asociación Nacional de Periódicos – ANJ – de Libertad de Prensa de 2016”). Según la AMB, “... la postura de la ANJ en premiar periodistas por materia tendenciosa sobre los vencimientos de la magistratura es un atentado al derecho a la información. Laurear el periodismo irresponsable y direccionado a desprestigiar a la magistratura brasileña atenta no solamente en contra al Poder Judicial, pero en contra a cada ciudadano brasileño que tiene el derecho de ser bien informado”³²⁸.

Irónicamente, la unión que se ve en la prensa – periódico local siendo defendido por el “Jornal Nacional” y por la prensa internacional – no es visualizada en el Poder Judicial, en que sus magistrados locales no fueron prontamente defendidos por la Asociación Nacional (AMB). Además de eso, los propios pares criticaron abiertamente a la actuación de los

³²⁵ Video de uno de los reportajes disponible en: <http://g1.globo.com/pr/parana/noticia/2016/06/jornalistas-podem-ser-condenados-por-faltarem-audiencia-no-parana.html> (acceso en 12.07.2016).

³²⁶ Datos constantes del sitio www.tjpr.jus.br (acceso en 20.02.2019).

³²⁷ Disponible en: <http://anamages.org.br/noticias/anamages-emite-nota-de-apoio-a-magistrados-estaduais-do-parana> (acceso en 12.07.2016).

³²⁸ Reportaje disponible en: <http://www.folhape.com.br/politica/2016/6/associacao-de-juizes-critica-premio-dado-a-jornalistas-alvo-de-acao-no-pr-0260.html> (acceso en 12.07.2016).

colegas que se sintieron ofendidos y propusieron las acciones, teniendo sido escapado para la prensa audio vehiculado en grupo cerrado de mensajes de WhatsApp, en el cual el entonces presidente de la AMAPAR (magistrado FREDERICO MENDES JUNIOR) solamente ha puesto la entidad a la disposición para los magistrados que desearan ingresar con sus demandas, sin jamás incitar a la presentación en juicio de masa o mismo acciones colectivas, algo perfectamente aceptable y plausible en se tratando de órgano de clase.

Entiendo que, mismo siendo magistrada en el Estado de Paraná, puedo emitir opinión respecto al tema, ya que decidí por la no proposición de acción individual. Yo particularmente no me sentí ofendida, a punto de ingresar en la justicia para reparación de daño moral. Pero, de la misma forma que sustentó la libertad de divulgación de datos por la prensa (especialmente porque las informaciones sobre vencimiento son públicas), defiendo la posibilidad de colegas ingresaren acción judicial como cualquier otro ciudadano que tiene esta posibilidad. Una vez que, juez no es “ciudadano de segunda clase”. Luego, en el caso de haber distorsión de informaciones, el vehículo de comunicación y sus profesionales no son inmunes y pueden estar sujetos a acción de los que se sientan perjudicados. Eso ocurre con cualquier clase profesional (incluso jueces, muchos de los cuales accionados judicialmente por personas que se sienten perjudicadas con sus acciones y decisiones), no habiendo razón plausible para inmunización de la prensa a eventual efecto de lo que fuera divulgado y que ofenda o perjudique determinada persona, justamente como forma de estimular el “periodismo responsable”.

La población lamentablemente no tiene la noción del trabajo realizado por los magistrados y la prensa contribuye para esa confusión, ora exaltando uno u otro magistrado como si no perteneciera a la categoría, ora desfilando reportajes en contra la clase como un todo. Sin embargo, es esa la función de la prensa que, en los dichos del saldar comunicador de masa CHACRINHA, está más “para confundir y no para aclarar”. Falta en este punto un trabajo constitucional, coordinado y de ámbito nacional, del propio Poder Judicial, de valoración de su imagen frente a la población. Una vez que, la prensa puede contribuir – y mucho – para aclaración de la población y para la efectiva fiscalización de la efectividad de la actividad jurisdiccional.

Defiendo, vehementemente, la libertad de expresión periodista sobre cualesquier temas, incluso sobre los salarios de los jueces. Una vez que, alcanzamos el nivel de nuestros vencimientos estar ampliamente divulgados en la internet y accesible a cualquier ciudadano que lo busque, de forma absolutamente justa, de ellos tener el conocimiento. Sin embargo, defiendo ferozmente el amplio acceso al Poder Judicial, consagrado en el art. 5º, XXXV, de la Constitución Federal de 1988, que preconiza que “la ley no excluirá de la apreciación del Poder Judicial lesión o amenaza a derecho”. El derecho de acción nada más es que el

derecho a la libre expresión, que debe de ser asegurada a cualquier ciudadano, sea juez o no, bajo pena de adopción de un inaceptable sistema de “dos pesos y dos medidas”.

6. EJECUCIÓN PENAL

Después de situar el marco histórico de este trabajo (modernidad y posmodernidad), enumerar algunas de los males del proyecto Iluminista y relacionarlas con las teorías criminológicas (tradicional, crítica y global), pasamos a dedicar algunas palabras sobre el Poder Judicial brasileño y su dinámica, a fin de formar estructura teórica para adentrar en el universo de la ejecución penal. Una vez que, como ya dicho al inicio, los protagonistas de esta investigación son el “magistrado” y el “detenido”.

El propósito de este apartado es recaudar subsidios para contestar a dos de los cuestionamientos realizados en la parte introductoria de este trabajo, cuales sean: (i) la situación de la ejecución penal hoy vivida especialmente en Brasil ¿puede ser considerada un reflejo del proyecto de modernidad, que tuvo inicio con el movimiento iluminista/de la ilustración? Y (ii) esa misma modernidad ¿ha formateado la criminología hoy predominante en el ámbito de la ejecución penal brasileña?

Ya tuvimos la oportunidad de aludir que el magistrado hoy actuante es preponderantemente influenciado por una dinámica positivista, que viene siendo paulatinamente rota por el juez “proactivo”, a través de otras actuaciones autorizadas por la CF/88 (fenómeno del “constitucionalismo”), tendientes a buscar la efectuación de sus principios y reglas, mismo que con eso tenga que inmiscuirse en la discrecionalidad de la administración pública. Eso dato es importante, porque en el ámbito de la ejecución penal es necesario romper con esa lógica positivista justamente para dar efectividad a los primados constantes de la Carta Magna, que reflejan a lo que se encuentra consignado en los tratados internacionales de derechos humanos, de los cuales es signatario Brasil.

Para situar el tema haremos algunas incursiones teóricas en los conceptos de *banalidad del mal*, *violencia* y otros; herramientas que nos auxiliarán a comprender la dinámica de establecimientos penales brasileños, bien como a construir una crítica al actual “sistema” penal y de ejecución penal vigente en Brasil.

Como nos advierte RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG, buscar construir una dogmática crítica en el ámbito de la ejecución penal no se trata de mero idealismo sin sentido, pero intento (muchas veces ingloria, es cierto, pero que debe ser llevada adelante) de emplear el discurso jurídico para hacerse más por la problemática carcelaria que la mera legitimación del poder punitivo del Estado³²⁹.

Advertimos, por fin, que teniendo en vista el contexto crítico de esta investigación no haremos incursiones más detalladas en los diversos dispositivos de la Ley de Ejecución Penal brasileña (Ley n° 7.210/1984, de 11.07, de aquí en adelante identificada como LEP).

³²⁹ *Ejecución Penal: teoría crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 28.

Nos intentaremos atener a sus lineamientos generales, contraponiendo a su base principiológica (que está plan del “deber-ser”) con lo que realmente ocurre en la realidad (plan del “ser”).

6.1. Antecedente teórico – violencia

La importancia de definir la *violencia* bajo la línea de raciocinio de este estudio es el hecho de ser esta una de las formas de externalización del *mal*, en su acepción cotidiana, reflejada en la indiferencia y en la letargia sociales. Por eso, un brevísimo estudio sobre la génesis de la violencia se hace necesario.

De inicio, es temerario decir que “violencia” es un concepto que contempla solamente el sesgo negativo. En un estado democrático de derecho (como el brasileño), el uso de la violencia – lógicamente sin abusos – es legítimo. Basta pensar en el concepto de violencia como significando “autoridad”. Los jueces, por ejemplo, al proferir una decisión de condenación criminal, no dejan de ejercer la violencia³³⁰. Además de eso, podemos ver en nuestro cotidiano a múltiples ejemplos en los cuales la violencia es empleada de forma legítima, como forma de imposición de la orden: Luego, limitada la visión que reduce la “violencia” solamente a su lado perverso y negativo, ya que es un fenómeno multiforme.

Hechas esas consideraciones, dejamos claro que es solamente este sesgo “perverso” del concepto de “violencia” que será analizado en las líneas subsecuentes, o sea, como exteriorización del *mal*.

Es necesario, aun, desmitificar el hecho de que violencia es solamente la física, teniendo eso concepto múltiples categorías (violencia psicológica, por ejemplo). Y más: la violencia no es siempre practicada por un sujeto determinado. Puede ser el resultado de una acción u omisión de las estructuras burocráticas, como ocurrió y ocurre hasta hoy con relación a la situación de negligencia experimentada en los presidios y respectiva población carcelaria. De hecho, como la violencia actual proviene en gran parte del desvirtuación de las estructuras de poder y no tiene solamente la connotación clásica de mecanismo utilizado para la “búsqueda por la vitoria”, decotaremos el estudio del concepto para abarcar a la llamada *violencia estructural y institucional*, que es la practicada en el ámbito de la burocracia estatal.

Según GALTUNG, habrá situación de *violencia estructural* cuando las estructuras político-económicas impidan que los individuos o grupos realicen el potencial de sus capacidades mentales o somáticas. En otras palabras, el término en cuestión es aplicable a

³³⁰ La siguiente reflexión de RUDOLF VON IHERING sintetiza el raciocinio expuesto: “La justicia tiene en una de las manos la balanza en que pesa el derecho, y en la otra la espada de que se sirve para defenderlo. La espada sin la balanza es la fuerza brutal, la balanza sin la espada es la impotencia del derecho” [VON IHERING, RUDOLF. *La lucha por el Derecho* (trad. José Tavares Bastos). Disponible en: <http://www.libertarianismo.org/livros/rvialpd.pdf> (acceso en 12.12.2015)].

aquellas situaciones en las cuales se produce un daño y un comprometimiento en términos de satisfacción de las necesidades humanas básicas, como el bienestar y la libertad, sin que haya la interferencia de cualesquier formas de violencia directa, o de “vis”, en el sentido de la fuerza³³¹. Esa es una de las formas de manifestación de la llamada *violencia estatal institucionalizada*³³².

El siguiente pasaje de la obra de GALTUNG, intitulada *Tras la violencia, 3R: Reconstrucción, Reconciliación, Resolución. Afrontando los efectos visibles e invisibles de la Guerra y la violencia*, es demasiado significativa:

“Se rechaza el malentendido común de que ‘la violencia está en la naturaleza humana’. El potencial para la violencia, como para el amor, está en la naturaleza humana, pero las circunstancias condicionan la realización de ese potencial. La violencia no es como comer o las relaciones sexuales, que se encuentran por todo el mundo con ligeras variaciones. Las grandes variaciones en la violencia se explican fácilmente en términos de cultura y estructura: la violencia cultural y estructural causan violencia directa, utilizando como instrumentos actores violentos que se rebelan contra las estructuras y empleando la cultura para legitimar su uso de la violencia.”³³³

Esa situación de violencia estatal es complementada – y por qué no decir repercute – en una forma de “violencia simbólica” (que proviene del llamado “poder simbólico”), que ciertamente es uno de los ropajes más perversos a través de los cuales se puede presentar el fenómeno “violencia”, y que alcanza la dimensión de *violencia institucional*. En este tipo de violencia, no se saca solamente el tangible al ser humano, pero sí el que está intrínseco a la propia dignidad de cada uno: su autoestima, su capacidad de desarrollar a sus potencialidades y de vivir según sus propias convicciones. Eso porque es impuesto al individuo una determinada cultura dominante, supuestamente “legítima”, que por él es internalizada como si fuera natural. Un acto sutil, que oculta las relaciones de poder, que

³³¹ Cf. LA PARRA, Daniel; TORTOSA, José María. *Violencia Estructural: una ilustración del concepto*. Universidad de Alicante, Documentación Social 131, 2003, p. 57-72, disponible en: <http://www.ugr.es/~fentren/Violen.pdf> (acceso en 27.03.2014).

³³² Es posible afirmar que una de las formas de tortura promana de la llamada violencia institucional o institucionalizada. Sin embargo, el tema de la tortura no será abordado directamente en esta investigación. Pero advertimos que la tortura es un medio utilizado en un aparato de burocratización del Estado. Con efecto, salta a los ojos la situación de tortura institucionalizada vivenciada por los detenidos en las cárceles brasileñas, mismo que el ordenamiento jurídico brasileño prohíba a la tortura y otros tratos deshumanos o degradantes (art. 5º, III, Constitución Federal de 1988 – título que trata “de los derechos y garantías fundamentales”) y a despecho de Brasil ser signatario y haber ratificado una serie de actos internacionales, como la Convención de las Naciones Unidas contra la Tortura y Otras Penas o Tratamientos Crueles, Deshumanos o Degradantes.

³³³ GALTUNG, Johan. *Tras la violencia, 3R: Reconstrucción, Reconciliación, Resolución. afrontando los efectos visibles e invisibles de la Guerra y la violencia* (título original: *After violence: 3R, Reconstruction, Reconciliation, Resolution. Coping with visible and invisible effects of war and violence*, trad. Teresa Toda). Bilbao: Bakeaz, 1998 (colección Red Gernika), p. 15 – it.

permean toda la estructura social. Luego, ese proceso de violencia simbólica es *cultural*, siendo difícil la identificación de un agente determinado, ya que ocultas están las verdaderas relaciones de poder³³⁴.

Imperioso resaltar las conclusiones de ARENDT sobre las manipulaciones humanas por medio del poder simbólico oculto:

“Los hombres pueden ser “manipulados” por medio de coerción física, de la tortura o del hambre, y sus opiniones pueden formarse arbitrariamente en función de la información deliberada y organizadamente falsa, pero no por medio de ‘persuasores ocultos’, tales como la televisión, la propaganda o cualesquier otros medios psicológicos en una sociedad libre. Los adictos en la manipulación, aquellos que se la temen no menos indebidamente que aquellos que depositan sus esperanzas en ella, difícilmente perciben la realidad de las cosas”.³³⁵

Aún con base en esa idea de violencia simbólica presente también en la media, ZAFFARONI ya señalaba que los medios de comunicación de masa – especialmente la televisión – son hoy elementos indispensables para el ejercicio del poder de todo el sistema penal³³⁶.

El hecho es que tanto la criminología (en su vertiente tradicional positivista, ya estudiada) como el derecho penal seleccionaron determinadas formas de violencia para ser tratadas por los tipos penales. Sin embargo, dejaron otras – de carácter extremadamente pernicioso – de fuera. Eso es el caso, justamente, tanto de la violencia estructural y institucional, como de la violencia simbólica y también de la violencia cultural. Como consecuencia, el universo criminalmente abarcado sirvió para ocultar la existencia de situaciones latentes de *violencia* y de *mal*, socialmente arraigadas y muchas veces poco percibidas³³⁷.

En lo que dice respecto al sistema punitivo estatal, el hecho de la punición no ser más un acto público no inhibe la ocurrencia de irregularidades. Al contrario, muchas de ellas se quedan restringidas a un ambiente inaccesible por el público en general, no habiendo una correcta fiscalización de las condiciones soportadas por una persona detenida, tanto temporariamente como condenada.

³³⁴ Cf. BOURDIEU, Pierre. *El poder simbólico* (título original: Sur le pouvoir symbolique, trad. Fernando Tomaz). Lisboa: DIFEL y São Paulo: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989. Del mismo autor ver capítulo 5 de la siguiente obra: BOURDIEU, Pierre. *Meditaciones Pascalianas* (título original Méditations Pascalienes, trad. Thomas Kauf). Barcelona: Editorial Anagrama, 1999.

³³⁵ ARENDT, Hannah. *Sobre la violencia* (trad. André de Macedo Duarte). Rio de Janeiro: Civilización Brasileña, 2009. P. 45. La constatación de la autora todavía es demasiado actual.

³³⁶ ZAFFARONI, Eugénio Raúl. *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991, p. 127-128.

³³⁷ Podemos pensar no solamente en el sistema carcelario, pero en la situación de “violencia de género” (siendo ejemplo la violencia en contra la mujer), que hasta un pasado reciente no contemplaba cualquier tratamiento por parte del derecho penal brasileño.

Si la situación de violencia estructural promana de la propia estructura social (teniendo connotación *cultural*), tenemos que indagar acerca de la influencia de nuestra personalidad y también de la experiencia biográfica de cada uno para mejor situar el problema tratado. En este sentido, la discusión involucrando al tema “memoria” adquiere especial importancia.

Para hablar de memoria, es necesario hacer un paralelo con la notación de historia. Como ya destacado en momento anterior de este trabajo, ambos los conceptos – historia y memoria no son sinónimos, siendo que la primera es connotada bajo la óptica de los vencedores y la segunda revela carácter personalísimo, no estando oficialmente registrada en lugar algún, solamente en la mente de las personas, que sufrieron un determinado mal, un proceso de violencia.

Considerando que solamente quien vivencia una situación de violencia y de mal habidos en el ámbito del sistema carcelario ostenta “memoria”, concluyese que el mejor material de conocimiento de la situación interna de una cárcel es la memoria de los propios detenidos, su experiencia biográfica³³⁸. Con todo, esa “materia prima” es sistemática y reiteradamente despreciada e ignorada, como ya incluso advertía BARATTA³³⁹, y aquí nuevamente hacemos referencia a su tesis de adopción del punto de vista de las clases “subalternas” como garantía de realización de una política criminal alternativa y diferente de la que asistimos hoy en materia de ejecuciones penales.

No es posible modificar una determinada estructura sin dar voz a quien en ella está integrado. Tal conclusión parece obvia, pero en la práctica no es lo que pasa. Quien hace las normas sobre ejecución penal, quien diseña el sistema carcelario (en un plan ideal) ciertamente no investigó a fondo la realidad de que allá realmente ocurre. La llamada “hermenéutica de la memoria” (o “paradigma epistemológico de la memoria”) es extremadamente útil y válida en el ámbito de las ciencias penales, aunque subutilizada – o no utilizada. El gran problema es que, como advierte RIVERAS BEIRAS, el estudio de la memoria es algo absolutamente incómodo, pues “le da vuelta, pone del revés, la interpretación de la realidad (pasada y presente)”³⁴⁰.

Para ilustrar la importancia de la “hermenéutica de la memoria”, pellizcamos algunos de los relatos autobiográficos extraídos de la literatura. FIÓDOR DOSTOIÉVSKI, en su obra

³³⁸ Por esa razón dediqué más adelante un capítulo de esta investigación para transmitir las impresiones que tuve en contacto directo con algunos re-educandos aquí de la región de Londrina – Paraná.

³³⁹ *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal*, op. cit., p. 209 y siguientes.

³⁴⁰ La memoria: categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales, op. cit., p. 52.

*Recordaciones de la casa de los muertos*³⁴¹, hace un relevante testigo de su vida en la cárcel de Siberia.

Luego al inicio de la obra él describe la cárcel como “una casa muerta-viva, una vida a parte de hombres a parte”. En este local, el tiempo asumía una connotación diversa, ya que la inexistencia de horarios fijos hacía la cárcel una verdadera “escuela de la paciencia” (los días eran contados por las estacas de la cerca). Las palabras del autor, aunque transiten entre la literatura y la realidad, solamente podrían haber sido escritas por alguien que realmente vivenció la experiencia de la cárcel. Luego, independientemente de tratarse el autor de las palabras antes mencionadas de un maestro de la literatura o de una persona común, el relato de quien vivencia una experiencia de violencia simbólica en el interior de la cárcel debe ser considerado, para fines de proposición de un rediseño en su estructura.

La conclusión extraída de los conceptos antes estudiados es sólo una: el sistema penal, además de ser controversia a su naturaleza de “sistema”, es inútil para tratar de situaciones de violencia estructural, institucional, simbólica y cultural. Además de eso, la banalidad del mal intrínseca en la sociedad contemporánea y vivenciada en los establecimientos carcelarios brasileños nada más es, en la visión de los detenedores del poder, que la aplicación legal del “mal institucionalizado” (necesario para cumplir con la finalidad punitiva de la pena de efectuar a las disposiciones de la sentencia o de la decisión criminal – art. 1º, LEP) y, en la visión de los reclusos, la utilización de la violencia estructural y simbólica como forma de neutralización.

Los elementos *mal* y *violencia* están inexorablemente conectados a la realidad penitenciaria. Yendo más allá, la cárcel y la propia ejecución penal no dejan de representar una de las caras de la violencia, entendida como género. Una vez que, como ya aludido en el principio de esta investigación, el proyecto de modernidad sirvió como estímulo al nacimiento de la prisión no solamente como medio para la retribución por la práctica de un delito, pero sí como un local para disciplinar a personas (la mayor parte originaria de un determinado grupo social y culturalmente vulnerable – la llamada “criminalización secundaria”), con el fin de integración - , sobre todo, colaboración – con un modo de producción diferente que surgió en aquel periodo (Capitalismo). Y la ejecución penal advino como modo *racional* y selectivo de distribución de la punición – y la palabra *racional* no está siendo utilizada en vano, ya que el motor de la modernidad es la *razón*, conforme ilustra la máxima de DESCARTES *cogito, ergo sum*.

En este sentido, vale retomar a las premisas históricas de la modernidad (ya anticipadas al inicio de esta investigación) y situarla más específicamente como génesis de la idea de cárcel – y consecuentemente nacedero de que se entiende por ejecución penal.

³⁴¹ DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordaciones de la casa de los muertos* (trad. Nicolau S. Peticov). São Paulo: Ed. Nova Alexandria, 2006.

6.2. Modernidad como la génesis de la cárcel – de la punición corporal a la punición del alma

Como adviento de la *razón* como protagonista en el control de los rumos de la humanidad, era necesario pensar en límites *racionales* (de ahí la necesaria redundancia) para la expiación y la punición del individuo. En este sentido, surgen las llamadas *instituciones u organizaciones totales* intuidas por ERVING GOFFMAN³⁴², siendo ejemplos la fábrica, los manicomios y, lógicamente la *cárcel*. Todos esos establecimientos tienen mucho en común, ya que tienen el llamado *poder disciplinar* su amalgama de funcionamiento. Eso *poder disciplinar* es, por lo tanto, la base de la operatividad de las instituciones totales y, al mismo tiempo, el principal punto de contradicción con los ideales iluminados de libertad e igualdad: presuponen la entrada de hombres libres e iguales, que después se convierten en cuerpos subordinados, domesticados y disciplinados.

Más específicamente en lo que se refiere a la cárcel, el objetivo en su concepción (su “deber-ser”) era de supuestamente “limitar” la expiación del individuo, haciendo cesar el castigo corporal, educándolo para la vida en una sociedad capitalista, que tiene en el trabajo – y en la producción que de este se origina - su pilar fundamental. Luego, no hay duda de que la pena privativa de libertad, tal como es concebida actualmente, es una institución burguesa producto de la época moderna, aunque haya registro de su existencia en la época del mercantilismo de los siglos XVI y CVII (las llamadas *casas de corrección*). Además de eso, la pena tenía doble función: castigar al individuo por un supuesto delito y prepararlo para integrar y colaborar con el modo de producción emergente en el periodo (capitalista).

Sin embargo, instituciones totales como los manicomios y las cárceles no fueron originariamente proyectadas para alcanzar todo y cualquier individuo, pero solamente aquellos que se desvían del “estándar de normalidad” dictado especialmente por las ciencias biológicas, cuyo desarrollo pos ilustración es crucial para comprender la dinámica de tales instituciones. El público-objetivo de esos establecimientos era elegido entre aquellos rechazados por el tejido social, sea por el género, por la raza (esa especialmente importante en la realidad brasileña por la esclavitud, analizada anteriormente), por alguna

³⁴² Luego al inicio de su obra *Internados* GOFFMAN define *institución total* como “un lugar de residencia y trabajo, donde un gran número de individuos en igual situación, aislados de la sociedad por un período apreciable de tiempo, comparten en su encierro una rutina diaria, administrada formalmente”. Como advertido por el autor, la cárcel es el ejemplo más notorio, sin embargo, hay otras instituciones, cuyos integrantes no violaron cualquier ley, como es el caso de los manicomios [*Internados: Ensayos sobre la Situación Social de los Enfermos Mentales* (título original: *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, trad. María Antonia Oyuela de Grant). Buenos Aires: Amorrortu, 2001, p. 13].

enfermedad, desvío de conducta, opción sexual, falta de aptitud para el trabajo, entre otras variables³⁴³.

Por lo tanto, el confinamiento no era dedicado solamente para quien infringiera leyes y cometiera crímenes, pero para todo lo que no estuviera adaptado a un nuevo modo de producción, siendo que el individuo era seleccionado especialmente a través del criterio biológico de la selectividad³⁴⁴. Era necesario, en un momento inicial, “domesticar” y “disciplinar” esas personas o simplemente alejarlas del convivio social para que, o sirviese como muelle propulsor del suceso del ideal capitalista, o no presentasen óbices para el éxito del sistema³⁴⁵. Eso era el objetivo “no declarado” de la cárcel, que convivía con aquel dicho “declarado”, o sea, el de servir de punición como sustitución a la pena corporal.

DARIO MELOSSI y MASSIMO PAVARINI estudiaron a fondo a los sistemas penales italianos y norteamericano para concluir como FOUCAULT que “las luces, que han descubierto las libertades, inventaron también las disciplinas”³⁴⁶. Todos los autores antes citados, que son fundamentales para la comprensión de la pena privativa de libertad como la entendemos hodiernamente, convergen en el sentido de que la cárcel moderna se trata de un *aparato disciplinar-correctivo*, basado en la pena como *retribución* a un mal llevado a efecto por el agresor. Luego, este pagaría con su libertad, cuya extensión de la restricción

³⁴³ Un ejemplo de institución total que vigoró durante años en Brasil, similar a las estudiadas por GOFFMAN en su obra *Internados*, es el hospicio de Colonia, ubicado en la ciudad mineira de Barbacena. Estimase que durante las décadas de 1960 a 1980, 60.000 (sesenta mil) personas murieron dentro de los muros de la Colonia. Según la periodista DANIELA ARBEX, que capitanea el estudio sobre el local, alrededor del 70% (setenta por ciento) de los internos no tenía cualquier diagnóstico de enfermedad mental, siendo homosexuales, epilépticos, alcohólicos, prostitutas e incluso niños y adolescentes embarazadas y violentadas por sus patrones, perfiles que incomodaban a la estructura conservadora de poder, propia de una sociedad como la brasileña. Como relata la obra de la periodista antes mencionada, aquí también se produzco un episodio similar al Holocausto, aunque en menor escala numérica (*Holocausto brasileño*. São Paulo: Geração Editorial, 2013).

³⁴⁴ Interesante el ejemplo de los rituales de exclusión y aislamiento del individuo portador de lepra (“leproso”) traído por FOUCAULT [*Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión* (título original: *Surveiller et Punir*, trad. Aurelio Garzón del Camino). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores, 2002, p. 183 y siguientes]. La obsesión del contagio era suficiente para atraer la segregación del enfermo y su alejamiento de la comunidad. De la misma forma, el individuo condenado era puesto en el mismo sistema disciplinar de alejamiento, y su estigmatización también exhalaría una especie de “peligro de contagio”.

³⁴⁵ Según DARIO MELOSSI y MASSIMO PAVARINI, “la idea de la privación de un quantum de libertad, determinada de modo abstracto, como hipótesis dominante de sanción penal, sólo puede realizar con el advenimiento del sistema capitalista de producción, o sea en aquel proceso económico en el que todas las formas de riqueza social se reducen a la forma más simple y abstracta de trabajo humano medido en el tiempo”. [*Cárcel y fábrica: los Orígenes del sistema penitenciario – siglos XVI-XIX* (título original: *Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario*, trad. Xavier Massimi). México: Siglo Veintiuno Editores, 1985, p. 228]. Según los autores, la matriz contractual de la pena privativa de libertad se evidencia en el “principio de la retribución”, o sea, la libertad era, por lo tanto, una “moneda de cambio”. Esta noción es hasta hoy compartida por los internos, que suelen hablar que “pagaron a su pena”, jerga rutinera en los pasillos penitenciarios.

³⁴⁶ FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión*, op. cit., p. 205.

era medida de acuerdo con la conducta punida. Y más: la racionalización del sistema jurídico penal se transforma en un importante instrumento burgués de control social³⁴⁷.

Al tratar de la cárcel en su obra *Vigilar y castigar*³⁴⁸, FOUCAULT invoca a la figura del “panóptico” de JEREMY BENTHAM como representación de ese espacio disciplinar vigilado, en el cual era posible el control total de los internos sin que ellos lograsen ver quien los controlaba, de suerte que la sensación de estar siendo vigilados (y el temor de haber alguna reprehensión) potencializaría el funcionamiento automático del poder disciplinar independientemente de quien estuviera en la práctica ejerciéndolo. Además de eso, y como destacado por FOUCAULT, las instancias de control en establecimientos como la cárcel tendrían como base la división binaria y matemática de los internos entre “peligrosos e inofensivos”, “normales y anormales”³⁴⁹. Una vez más aquí aparece la máxima racionalización utilitarista propia de la modernidad.

Este modelo arquitectónico se adecuaría no solamente al formateo de una prisión, pero también podría servir de modelo para los más diversos tipos de organizaciones totales, incluso hospitales y escuelas. Es justamente esa característica de multifuncionalidad que va al encuentro de la doctrina utilitarista preconizada por BENTHAM: alcanzar, con el mínimo de esfuerzo, a la máxima eficiencia³⁵⁰. Eso es el deber-ser de la segregación: restringir, de forma eficiente, a la libertad del individuo.

Sin embargo, el desarrollo de la punición a través de la cárcel hace nacer algunas cuestiones importantes. Primeramente, el castigo pasa a ser ejecutado en un espacio cerrado, que aleja a la fiscalización por los ciudadanos. Antes de la era moderna, las sentencias corporales eran dictadas a los ojos del público en general, que solía asistir a las ejecuciones como verdaderos espectáculos. Actualmente, es difícil imaginarse confortable frente a una punición pública. Basta ver el reciente ejemplo de los brasileños, que fueron recientemente condenados a la muerte en Indonesia por tráfico de drogas³⁵¹. La ejecución de uno de ellos con base a una sentencia condenatoria de conocimiento general causó un malestar mundial, diferentemente de que genera la punición en un espacio cerrado, como la cárcel.

Como referido, con la modernidad, la ejecución de la pena pasa del dominio público a una esfera restringida, pues es llevada a efecto en un local cerrado, no habiendo más una

³⁴⁷ *Cárcel y fábrica: los Orígenes del sistema penitenciario – siglos XVI-XIX, op. cit., p. 228.*

³⁴⁸ Op. cit., p. 184 y siguientes.

³⁴⁹ Es la llamada “obsesión clasificatoria”, en la dicción de MELOSSI y PAVARINI (op. cit., p. 230).

³⁵⁰ Cf. BENTHAM, Jeremy. An introduction to the principles of morals and legislation. Kitchener (Ontario): Batoche Books, 2000, disponible en <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf> (acceso en 21.02.2015).

³⁵¹ Cf. reportaje sobre la ejecución, por fusilamiento, del brasileño MARCO ARCHER disponible en <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2015/01/brasileiro-marco-archer-e-executado-na-indonesia-diz-tv.html> (acceso en 21.02.2015).

fiscalización *in locu* de la comunidad. El sufrimiento, que antes era un espectáculo público, se transforma en algo privado y, consecuentemente, difícil de ser controlado y socialmente percibido. Como dice el dicho popular: “que los ojos no ven, el corazón no lo siente”. En este sentido, el derecho penal, que dicha el procedimiento que va a culminar en la provisión de la pena privativa de libertad, pasa a trabajar con la materia-prima “dolor”, aportándole sentido. En otras palabras, la expiación de un mal causado por el individuo condenado mediante a su suministro a una forma de sufrimiento pasa a ocurrir intramuros, de forma socialmente “indolora”³⁵².

Otra cuestión digna de destaque es la *aporía* del sistema carcelario fruto de la modernidad, frente a las contradicciones que se encierra dentro de sí. Mientras la aplicación de la pena es formalmente democrática, ya que fijada de acuerdo con una norma de conocimiento general, que pondría, en tesis, las personas en situación de igualdad (la llamada “razón contractual de la pena”, en la dicción de MELOSSI y PAVARINI), su ejecución se modela sobre un modelo vertical de subordinación, que tiene en el poder disciplinar, con la sujeción del hombre detenido³⁵³, la base de su funcionamiento.

Esa dualidad contradictoria entre objetivos declarados y la praxis está siempre presente: certeza en la pena e incerteza/arbitrariedad en su ejecución; igualdad de la pena como retribución (carácter sinalagmático) y desigualdad en la pena objeto de ejecución; razón contractual y necesidad disciplinar. Por esa razón, los autores antes mencionados concluyen que “... la pena, como aparato disciplinar que se modela según el ejemplo de la manufactura-fábrica, en cuanto a pérdida total de autonomía, representa el ‘punto más elevado de subordinación y por lo tanto de sufrimiento’”³⁵⁴.

Frente al expuesto, podemos concluir que la segregación de la era moderna, como forma de *educar, formatear, disciplinar* al individuo para ese nuevo modo de producción capitalista, y consecuentemente *expiar* a sus males, se movió para atinir un bien más caro que el cuerpo: el *alma* del individuo³⁵⁵. Eso es paradójico, pues un sistema pretensamente racional de encarar al mundo pasó a atacar un bien intangible del individuo: su individualidad

³⁵² No estamos aquí a defender a las ejecuciones públicas. Que queremos mostrar es que el sufrimiento del individuo con la pena permanece, aunque su cuerpo no sea directamente atingido por ella.

³⁵³ Intentaremos a lo largo de esta investigación hacer siempre referencia al “*hombre detenido/condenado*”, porque la especial condición de detenido o de condenado no le saca al hombre su propia condición humana, mucho al revés. Como será visto en la secuencia, la condición humana debe, incluso, ser enaltecida en la búsqueda por soluciones al problema carcelario.

³⁵⁴ Op. cit., p. 230-233.

³⁵⁵ Según ADORNO y HORKHEIMER, las víctimas de la cárcel como imagen del mundo burgués del trabajo “... no mueren ya atadas a la rueda de tortura a lo largo de interminables días y noches, sino que pe-recen espiritualmente, - ejemplo invisible y silencioso - en los grandes edificios de las cárceles, a las que casi sólo el nombre distingue de los manicomios” (op. cit., p. 270-272).

y, por qué no decir, su propia libertad e igualdad, proclamadas como banderas fundamentales del proyecto ilustrado.

Las secuelas producidas por la segregación, sea cual fuera (y aquí no hablamos solamente de la cárcel) no pueden ser cuantificadas, pues residen en la intimidad de cada experiencia particular en el ámbito de las llamadas “instituciones totales”. Luego, si el “deber-ser” de la ilustración era de garantizar la libertad a cualquier costo, la realidad (el “ser”) muestra situación demasiado diversa.

La gran cuestión es: ¿Cómo concebir que uno de los ideales más fuertes del proyecto de ilustración sea la *libertad* si que se presenta en la práctica es, justamente, su restricción de forma cada vez más contundente? Y más: ¿Cómo concebir que esa restricción trascienda el cuerpo – que era el bien atingido por las penas medievales que, como bien aseverado por MELOSSI y PAVARINI conservaban la naturaleza de “equivalencia” a través del binomio *retributio* y *expiratio*³⁵⁶ - para alcanzar y minar, de forma muchas veces irreversible e imposible de cuantificar, la mente y el alma?

En este punto, cabe aquí una otra reflexión que debe ser llevada en consideración como premisa para las líneas que se sucedieren. Como ya aludido, la influencia del proyecto moderno en nuestra realidad es inexorable. Pero la clave para contener a la autofagia o autodestrucción gradual del sistema es no ignorar a las contradicciones que se contiene dentro de sí. En otras palabras, y citando ADORNO y HORKHEIMER: “La Ilustración es totalitaria”³⁵⁷. Esta frase es demasiado potente, en la medida que, en el ideal iluminista de libertad e igualdad, los “opuestos” realmente se atraen, de tal suerte que el camino para el totalitarismo es relativamente corto y, por qué no decir, inevitable. Basta tomar ciencia de los eventos históricos que se sucedieron al advenimiento de la era Moderna para percibir que gran parte es construida de episodios totalitarios, bien como de institutos que contienen esa génesis.

Eso es, precisamente, el caso de la pena privativa de libertad analizada en este capítulo, que se muestra totalitaria en la medida que, al atingir el alma del individuo, la *expiratio* propia de la pena pasa a no tener más límites, ya que trasciende a la materia³⁵⁸ adentrando en el ámbito de la dignidad.

Eso modelo de segregación propio de la modernidad, que tiene como base la dominación y como símbolo el panóptico, viene haciéndose obsoleto justamente con el advenimiento de las llamadas “cárceles de la miseria”. Conforme bien observado por la profesora

³⁵⁶ Op. cit., p. 20.

³⁵⁷ Op. cit., p. 62.

³⁵⁸ Una vez más insistimos que no defendemos a las penas corporales. Qué queremos decir es que, por el sistema actual, además del individuo penar en su propia carne (ya que las prisiones, especialmente las brasileñas, son absolutamente degradantes) tiene arrebatadas a su propia alma, su dignidad, la esencia que se le hace humano.

MIRIAM KRENZINGER en conferencia proferida en 2015 en el *Workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs)³⁵⁹ en una era globalizada y altamente conectada no es más posible concebirse la cárcel como una “institución total y cerrada”, pues actualmente se le abre a múltiples procesos de comunicación que atraviesan a las paredes de las cárceles (televisión, internet y celulares), conectando a los detenidos al mundo. Pero mismo habiendo esa enorme propagación de informaciones, es cierto que la cuestión carcelaria aún mantiene su “invisibilidad social”, que es uno de los trazos característicos de la llamada “banalidad del mal” en su versión contemporánea. Es lo que será desarrollado a seguir.

6.3. Posmodernidad: del panóptico a las “cárceles de la miseria”

Interesante metáfora de la historia actual de la modernidad, con la utilización de las características físicas inherentes a los sólidos y a los líquidos, es llevada a efecto por ZYGMUNT BAUMAN en su obra *Modernidad líquida*³⁶⁰. Referida metáfora guarda en sí un “aparente” paradojo, en la medida que la mayor crítica al proyecto moderno es, justamente, el enaltecimiento de la ciencia y de la razón en detrimento de la naturaleza. Se dice “aparente”, porque BAUMAN no se sirve de la naturaleza para fines de dominación, pero sí con la finalidad de explicar, de forma ilustrativa, fenómenos históricos.

Según BAUMAN, cada cambio en la historia demanda el rompimiento de antiguos paradigmas (que pueden ser considerados como “sólidos”), para que otros tomen a su lugar. En el caso del antiguo régimen, predecesor de la modernidad, la áurea mística y religiosa se levantaba como mamparo para toda la revolución liderada por la razón, por la libre iniciativa y por el modo de producción capitalista. Esos “sólidos premodernos”, que estarían ya degradados, tendrían que ser rompidos, profanados, o mejor, “disueltos” para dar lugar a otros sólidos más duraderos. En otras palabras, la nueva orden económica traída con la modernidad, que preconiza la liberación de la economía de todas las amarras políticas, éticas y culturales, debería ser más sólida que su orden antecesora.

Se pasa que, de acuerdo con BAUMAN³⁶¹, actualmente asistimos a un proceso de “licuación” de las pautas otrora solidificadas. El proyecto de modernidad estaría en una especie de “crisis de identidad”, en la medida que no habría más una claridad respecto a la solidez y durabilidad de sus premisas.

³⁵⁹ Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 07.07.2016), p. 28.

³⁶⁰ BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad líquida* (título original: *Liquid modernity*, trad. Mirta Rosemberg y Jaime Arrambide Squirru). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 2004.

³⁶¹ Op. cit., p. 12 y siguientes.

Un ejemplo citado por BAUMAN y que toca directamente este trabajo tiene relación con el ya mencionado panóptico idealizado por JEREMY BENTHAM como metáfora del poder moderno. Como aludimos en capítulos anteriores, la modernidad trajo la génesis de la pena privativa de libertad como forma de “domesticación” de cuerpos para su utilización en el trabajo. Una vez que, antes del advenimiento de la era moderna no había esa cultura, de modo que debería ser inculcada en el individuo. Para eso, se idealizó un local de internamiento en que todos los internos estarían inmovilizados, dentro de muros y en constante vigilia. No era posible saber el posicionamiento exacto de esos vigilantes, pero estaban en el propio establecimiento, en constante movimiento. Había un compromiso tácito entre “supervisores” y “supervisados”, o sea, por más que no fuera posible a los segundos visualizar a los primeros, ellos estaban siempre accesibles de algún modo porque compartían de un mismo espacio.

Actualmente, el sistema del panóptico está en franca decadencia porque, como bien puntuado por BAUMAN, se trata de una estrategia extremadamente costosa³⁶², especialmente para el Estado, que se encuentra en proceso de minimización y de retracción de su espectro de actuación. Además, el poder no más se encuentra vinculado a un espacio definido, pues la extraterritorialidad, aliada a la evolución de las tecnologías de comunicación y telecomunicación, hizo con que el poder de comando tenga se disipado de tal modo que es difícil atribuir la responsabilidad a alguien por una decisión tomada dentro de los ahora llamados por BAUMAN de “pospanópticos”³⁶³.

La lógica, por lo tanto, se ha revertido y el panóptico, otrora sólido, entra en proceso de “licuefacción”. Y el su fin marca, como bien delineado por BAUMAN, el fin del “compromiso mutuo” entre supervisores y supervisados, entre trabajo y capital, entre líderes y seguidores. La técnica de poder pasa a ser invisible en el pospanóptico de la posmodernidad.

En este sentido, pierde actualidad la concepción de “domesticación de cuerpos”, en la dicción foucaultiana, aunque el concepto todavía sea revestido de enorme potencia³⁶⁴. Principalmente considerando que, como bien puntúa la ya citada MIRIAM KRENZINGER³⁶⁵, esa visión de que la prisión es un espacio para dominio, domesticación y disciplina de cuerpos no es adaptada al contexto contemporáneo (incluso al brasileño), especialmente considerando la existencia de disciplina y de espacio para que tales “cuerpos” sean útiles,

³⁶² Op. cit., p. 16.

³⁶³ Según BAUMAN “en las relaciones de poder pospanópticas, lo que importa es que la gente que maneja el poder del que depende el destino de los socios menos volátiles de la relación puede ponerse en cualquier momento fuera de alcance... y volverse absolutamente inaccesible” (op. cit., p. 16).

³⁶⁴ Cf. Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión, op. cit.

³⁶⁵ Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 07.07.2016), p. 28.

ya que no hay un direccionamiento específico de ellos para allá de la mera inocuización. En Brasil, que se pretende con el encarcelamiento es, pura y simplemente, el alejamiento social del individuo muchas veces integrante de una llamada “masa descartable” incapaz de ser absorbida en el mercado de trabajo en un contexto de sociedad posindustrial, sin cualquier otro propósito específico. Una masa inserida en una “sociedad de riesgo” que siquiera sabe qué hará en el día de mañana, que no consigue proyectar el futuro ante todos los cambios que ocurren en la contemporaneidad.

Que asistimos hoy en el sistema penitenciario occidental como un todo se encaja perfectamente en el raciocinio de BAUMAN. El pospanóptico refleja lo que LOÏC WACQUANT llama de “cárceles de la miseria”³⁶⁶, o, en nuestra opinión, *establecimientos de contención*: locales en donde se encuentran alojadas, en su mayoría, personas excluidas de la sociedad, víctimas del fracaso del Estado de bienestar social de matriz keynesiana. Y eso número solamente crece, ya que la contratación del Estado, aliada al fenómeno de pulverización y transnacionalización económica y del poder, genera una retracción en las políticas públicas de cuño social y educacional, que podrían contener, de forma preventiva y no represiva, la espiral negativa de criminalidad.

El enaltecimiento de la cárcel a través de políticas similares a la de “Tolerancia Cero” inaugurada en los Estados Unidos³⁶⁷ no logró contener a la criminalidad. Del contrario, mismo construyendo establecimientos penales, el número de detenidos solamente crece. Además de eso, esa tal política no alcanza a la llamada “criminalidad de poder”, consustanciada en los crímenes de corrupción y lavado/blanqueo de dinero.

Eso adviento del “Estado penal” (expresión que guarda un pleonismo en sí propia) no es una fatalidad, como puntuado por WACQUANT: él transcurre del ya mencionado proceso histórico, que culminó con la crisis de los ideales de la modernidad generando, por un lado, una contracción del Estado, que se saca de las arenas económicas y social y, por otro, un robustecimiento del Estado penal, que necesita contener a la masa de insatisfechos y víctimas del proceso de transnacionalización de la economía³⁶⁸.

³⁶⁶ WACQUANT, Loïc. *Las Cárceles de la Misericordia* (título original: *Les Prisons de la Misere*, trad. Horacio Pons). Buenos Aires: Manantial, 2004. Del mismo autor cf. también: *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social* (título original: *Punishing the poor: the neoliberal government of poverty*, trad. Margarita Polo). Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2010.

³⁶⁷ Según WACQUANT, la política de “tolerancia cero”, de forma demasiado sintética, consiste en “... controlar, detener y en caso de necesidad someter a un cacheo en la calle a cualquier persona que pueda ser ‘razonablemente sospechosa’ de un crimen o un delito”. *Las Cárceles de la Misericordia*, op. cit., p. 15. ADAM CRAWFORD citado por WACQUANT realiza una de las principales críticas al modelo penal del “zero tolerance”, en la medida que él alcanzaría solamente “... determinados grupos de personas en ciertas zonas simbólicas”, razón por la cual se lo designa de “intolerancia selectiva” (op. cit., p. 17).

³⁶⁸ *Las Cárceles de la Misericordia*, op. cit., p. 22. La siguiente frase de WACQUANT sintetiza el proceso que culminó con la exacerbación del Estado penal: “borramiento del Estado económico, debilitamiento del Estado social, fortalecimiento y glorificación del Estado penal”.

CASTORIADIS, citado por BAUMAN trae una reflexión importante respecto a la dificultad de eliminación de los males del actual Estado posmoderno cuando cita la letargia social y la dificultad de autocuestionamiento de las personas, que aceptarían el actual estado de cosas como única opción de vida. Aprovechando eso raciocinio, BAUMAN se va adelante, y dice sintéticamente que hoy estamos mucho más “predispuestos críticamente” sin embargo, la crítica que normalmente llevamos a efecto “no tiene dientes”. En las palabras del autor, “la libertad sin precedentes que nuestra sociedad ofrece a sus miembros ha llegado acompañada de una impotencia también sin precedentes”³⁶⁹.

Esa llamada “hospitalidad con la crítica”³⁷⁰ referida por BAUMAN (o como preferimos decir, el predominio de la *crítica minorista* sobre la *mayorista*) se hace demasiado evidente si considerar la realidad brasileña, que vivencia una especie de *modernidad tardía*, o de una *posmodernidad anticipada* ya que, como mencionado anteriormente, la masa disciplinada cede lugar a una masa descartable que necesita ser contenida. La poca edad de nuestro País, aliada a diversos factores históricos, hace como que el brasileño sea considerado por extranjeros un pueblo extremadamente dócil. Esa impresión que pasamos para nuestros compatriotas es, de cierta manera, real.

Para crear una vinculación de todo lo que hasta ahora estudiado con la realidad brasileña, exploraremos en el próximo punto a las orígenes de la ejecución penal en Brasil y su panorama actual, buscando hacer una adaptación práctica del concepto de “banalidad del mal”.

6.4. Origen histórico de la ejecución penal en Brasil

La historia del surgimiento de las prisiones en Brasil es muy asemejada a del establecimiento del propio Poder Judicial (narrada en líneas atrás). Ambas son marcadas por la ya citada dicotomía “casa grande/senzala”, o sea, nuestra reciente república aún está impregnada con un “qué” de colonia y eso inexorablemente genera reflejos en nuestras instituciones, como el Poder Judicial y las prisiones. Eso es en parte explicado por la “modernidad” tardía en la América Latina, apuntada cronológicamente como siendo el periodo que sucedió a la época colonial (el “pos independencia”).

³⁶⁹ Op. cit., p. 28-29.

³⁷⁰ Interesante la metáfora utilizada por el autor para ilustrar a que él denomina de “hospitalidad con la crítica”: al comparar eso fenómeno con la dinámica de un *camping* resalta que “nuestra sociedad es hospitalaria para con la crítica a la manera en que un camping es hospitalario con los campistas” (it.). Es el predominio de que llama de “crítica estilo consumidor” (fundada en la máxima “yo primero”), que toma lugar de la “crítica estilo productor” (op. cit., p. 29-30). O, en otros términos, llevamos constantemente a efecto una *crítica minorista* en vez de una *crítica mayorista*, una vez que solamente nos interesa lo que directamente nos diga respecto.

Hay pocos trabajos académicos sobre el tema, la mayor parte se circunscribe a monografías y disertaciones de jóvenes investigadores. Muchas de ellas fueron recopiladas en la obra HISTORIA DE LAS PRISIONES EN BRASIL³⁷¹, adelante referenciada.

Así como ocurrió en Europa, las prisiones incluso en Brasil se originaron de una “evolución” en las costumbres y tuvieron como “objetivo declarado” acabar con los espectáculos públicos de los castigos corporales y como “objetivo no declarado” formar mano de obra para la dinámica capitalista, además de aislar del convivio social los reputados diferentes o excluidos. Por lo tanto, la política criminal que ora se instalaba a partir del Siglo XVIII privilegiaba a la ya mencionada “prisión celular” como un parámetro de punición.

Como ya mencionado anteriormente, esa prisión celular retratada a través de la figura del “panóptico” no se aplicaba a la realidad brasileña, especialmente porque el volumen de la población carcelaria era reducido, estando las cárceles básicamente ubicadas en las grandes ciudades. La ejecución penal que predominaba a la época era de carácter privado, en la forma de castigos como las ejecuciones públicas, azote y el destierro (o degredo). Ya la cárcel era pena típicamente aplicada a la población en las grandes ciudades, siendo que la mayor parte de las personas en el Brasil colonial vivía en la zona rural, sometida al poderío de los latifundistas de tierra, y aquí la esclavitud tiene mucha importancia como elemento de análisis. No eran las prisiones, por lo tanto, instituciones importantes dentro de la dinámica punitiva establecida por las autoridades coloniales. Muchas siquiera contenían registro de entrada y salida de detenidos.

Al discursar sobre la cárcel y la sociedad en Brasil y en la América Latina de 1800-1940, CARLOS AGUIRRE constata esa realidad y observa que “ser moderno” era la aspiración de las elites latinoamericanas, y las prisiones hacían parte de eso proyecto de modernidad. Sin embargo, el pos independencia fue marcado por el conflicto de los ideales importados del liberalismo, del republicanismo *versus* la realidad que dominaba en las ex colonias, marcada por las estructuras sociales racistas, autoritarias y excluyentes³⁷². En otras palabras, las elites latinoamericanas aspiraban ser “modernas” (el llamado “modernismo de fachada”), sin embargo, no deseaban que las masas rurales, iletradas y “de color” obtuviesen la “civilización”. Querían que permaneciesen a la merced de la dinámica colonialista que predominaba, aunque de forma no declarada, razón por la cual solamente algunas penitenciarias modernas (que eran excepción y no regla) fueron construidas justamente para: expandir la intervención estatal y el control social, proyectar una imagen de

³⁷¹ NUNES MAIA, Clarisse *et. al.* *Historia de las prisiones en Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2012, v. I e II.

³⁷² *Cárcel y sociedad en la América Latina*. In NUNES MAIA, Clarisse *et. al.* *Historia de las prisiones en Brasil*. Op. cit., p. 29-33.

modernidad, ofrecer a las elites urbanas una mayor sensación de seguridad, entre otros objetivos³⁷³. Como se ve, las penitenciarías eran mucho más para mantenimiento de apariencias que para eliminar a las formas privadas y crueles de castigo predominantes en la colonia.

Y como eran “excepción”, las penitenciarías (idealizadas según los modelos americanos de Alburn y Filadelfia) ya nacieron marginalizadas y superpobladas, sin cualquier estructura, con recursos escasos, en que detenidos eran mezclados sin cualquier criterio. No había siquiera división por sexo, qué generó situaciones de abusos, violencia, tortura, malos tratos, entre otras. Luego, las penitenciarías modernas no tenían nada y aunque fuera excepción hasta mediados del siglo XX, no eran más salubres que la llamada “red carcelaria privada”. No había debido proceso legal y cualesquier garantías en ambos los casos. Solamente castigo y ejercicio arbitrario de la justicia.

La década de 1930 es marcada por el inicio de la reversión de la dinámica “castigo privado regla y prisión excepción”, justamente por cuenta del apogeo de la criminología en América Latina. En 1940 fue publicado un nuevo Código Penal y en 1941 el Código de Proceso Penal, que permanecen vigentes hasta hoy, a pesar de las inúmeras reformas. En este sentido, la efervescencia de los estudios sobre el “problema social” del delito repercute en la proliferación de investigaciones de base médica y etiológica y en la implementación de “terapias punitivas”, transformando algunos establecimientos penitenciarios en verdaderos locales de producción de conocimiento visitados por médicos, psiquiatras y antropólogos³⁷⁴. La creencia en el poder de la ciencia generó un relativo optimismo en el advenimiento de las reformas carcelarias, insuficientes para eliminar de la mayoría de los establecimientos penitenciarios la ineficiencia y la corrupción.

Paulatinamente, las prisiones se hicieron regla, la ejecución penal pasó a ser reglamentada y ciertas divisiones internas fueron implementadas (especialmente la división entre mujeres y hombres). Sin embargo, es espantoso percibir que muy poco o casi nada ha cambiado desde los principios de las prisiones brasileñas, descritos en la ya citada obra *La historia de las prisiones en Brasil*, o sea, la herencia de la selectividad social presente en los relatos históricos permanece viva. Hasta hoy, el perfil de los detenidos brasileños se aproxima del ya mencionado concepto de “preariado”, de GUY STANDING³⁷⁵, o sea, jóvenes marginalizados, sea por el color, etnia, clase u orientación sexual, sin cualquier instrucción o perspectiva de trabajo, aglutinados en ambiente que potencializa violencia y mal, las ya citadas “cárceles de la miseria”. O sea, un público sin cualquier horizonte y que

³⁷³ Op. cit., p. 33.

³⁷⁴ Op. cit., p. 44-47.

³⁷⁵ STANDING, Guy. *The precariat: the new dangerous class*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2011.

en las prisiones adoptan – salvo raras excepciones – el crimen como estilo de vida y, sobre todo, de sobrevivencia.

Y en este ambiente poblado por personas normalmente excluidas y que componen al llamado “preariado” la “banalidad del mal” se disemina de forma silenciosa y prácticamente invisible a los ojos de quien está extramuros. Es que será objeto de análisis en la secuencia.

6.5. Panorama actual de la ejecución penal en Brasil – de la “banalidad del mal” y su versión “verde y amarilla”

Antes de adentrar en el concepto de “banalidad del mal” de HANNAH ARENDT es necesario tejer breves consideraciones sobre el tema *mal* a partir de la conceptualización formulada por IMMANUEL KANT, que fue el punto de partida para ARENDT construir, a partir del juzgamiento de A. Eichmann, su definición.

KANT fue el responsable por romper con la idea escolástica (presente, por ejemplo, en los escritos de SANTO AGOSTINHO), de que el mal era la “ausencia de bien”, un verdadero “mal demoníaco” – y aquí hay el esfuerzo de alejamiento de los ideales predominantemente católicos, que prevalecían para la conceptualización de los fenómenos sociales y culturales en el periodo pre moderno.

Para el autor, esa categoría de índole religiosa no existiría, pero sí el llamado *mal*, en su vertiente *moral*. El *mal moral* existe en la medida que se opone al deber moral de actuar conforme la llamada “ley universal”. KANT cree que el ser humano es bueno por naturaleza, habiendo una predisposición original del hombre al bien. La elección por el mal no sería efectivamente “libre”, aunque fruto de la libertad, y uno de sus peligros³⁷⁶. En otras palabras, el “bien” sería algo innato y el “mal” adquirido³⁷⁷.

A través de esas conclusiones, KANT llega al concepto de “mal radical”, que estaría intrínseco a la conducta humana. En esa construcción teórica, KANT realiza una transformación en su tesis para sostener ser posible al hombre elegir libremente entre el bien y el mal, aunque esta decisión no sea determinada por cualquier principio en particular³⁷⁸. El incremento de los elementos “libertad” y “libre arbitrio” fue una forma de hacer factible la concepción de responsabilización del hombre por sus actos no conformes a

³⁷⁶ KANT, Immanuel. *La religión dentro de los límites de la mera razón*. Disponible en: <http://catedras.fcp.uncu.edu.ar/claroline/backends/download.php?url=LzlwMTMvdW5pZGFkXzlvSUktS2FudC1UZxh0b3Mva2FudC1yZWxpZ2lvbi9kZW50cm9fbGltaxXRlc19yYXpvbi5wZGY%3D&cidReset=true&cidReq=PROFIL> (acceso en 29.03.2014).

³⁷⁷ Según lectura del concepto de mal kantiano por ADRIANO CORREIA, “mismo el peor villano es alguien dotado no de una voluntad mala, pero desafortunadamente carente de voluntad libre, dominado por sus inclinaciones, que nos lleva a suponer que, en vez de un villano, él es de hecho un débil inocente, digno de piedad, no de censura” – *El concepto de mal radical*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 28(2): 83-94, 2005. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n2/29415.pdf> (acceso en 29.03.2014).

³⁷⁸ Cf CORREIA, Adriano, *El concepto de mal radical*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 28(2): 83-94, 2005. Disponible en: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n2/29415.pdf> (acceso en 29.03.2014).

la ley moral. Con efecto, como en su primera aproximación, KANT concibió el mal como una elección “no libre”. Evidentemente quien siguiese por eso camino no podría ser responsabilizado, o sea, sería inimputable.

Para KANT el estadio del “mal radical” sería alcanzado cuando el que moviese la acción humana no fuera la ley moral, pero sí su vanidad o amor propio. En este caso, mismo practicando buenas acciones el hombre sería inexorablemente mal y esa dimensión adquiere una mayor profundidad.

Dando un salto en la Historia para el Siglo XX, HANNAH ARENDT inicia una trilla en dirección a una reformulación del concepto de *mal*. En este sentido, la autora en cuestión es responsable por desplazar el eje de la conceptualización de un “mal radical” para lo que ella designa por “banalidad del mal”. Eso se debió a su perplejidad frente al juzgamiento de A. Eichmann, que es por ella narrado con riqueza de detalles en su obra *Eichmann en Jerusalén*³⁷⁹.

En una brevísima síntesis de la obra, ARENDT se deparó con el juzgamiento de un hombre, que estaba lejos de representar el estereotipo de la maldad personificada en ser humano. Como ella misma relata en su obra, Adolf Eichmann era un ciudadano común, de inteligencia mediana y con ciertas calidades profesionales (según ARENDT, capacidad de organizar y de negociar³⁸⁰, padre de familia, sin trazos de ser un antisemita hervoroso y que, además de todo, se mostraba, bajo la óptica del gobierno alemán a la época del Tercer Reich, un empleado ejemplar. A la primera vista, Eichmann era un ciudadano honrado e incapaz de cometer todos los interminables hechos narrados en el juzgamiento, que culminó con su ejecución.

Así, HANNAH ARENDT utilizó el concepto de “banalidad del mal” para caracterizar una forma de perversidad, que no se ajustaba a los estándares con que nuestra tradición cultural occidental viene a lo largo de la historia tratando de representar la maldad humana. La noción de banalidad del mal reposa en una idea de absoluta *apatía* e *indiferencia*. No es lo mal ocasionado por vanidad o por manifiesta voluntad de alejarse de una norma, conforme preconizaba KANT. Tampoco es el mal proveniente de la naturaleza. Al revés, la *banalidad del mal* presupone, justamente, el cumplimiento estricto de la ley.

Como verificado en el holocausto, eso fenómeno fue mucho más letal y extremo que jamás cualquier expresión de mal tendría sido. En este caso, llama la atención el hecho de los nazistas haber convertido el mal en un verdadero *deber* para miles de personas, a través de la normalización de su práctica. La *banalidad* está, justamente, en el hecho de que el mal

³⁷⁹ ARENDT, Hannah. *Eichmann en Jerusalén: un estudio sobre la banalidad del mal* (título original: *Eichmann un Jerusalem*, trad. Carlos Ribalta). 4ª ed., Barcelona: Editorial Lumen S.A., 2003.

³⁸⁰ Op. cit., p. 32.

se ha cambiado en algo rutinario y parte de la vida de esas personas, además de ser legitimado legalmente.

El contrapunto con la teoría de “mal radical” en KANT está justamente ahí: ARENDT observa que el mal no está solamente arraigado en un individuo muchas veces estereotipado, pero es también una *categoría institucionalizada*; una verdadera relación de hombres comunes con actos brutales, entre vida cotidiana y mal. Eso fue el paso delante de la autora, su contribución para complementar la noción kantiana. Luego, y conforme bien observado por ROTTA ALMEIDA y CAMARGO MASSAÚ, la cuestión central del trabajo de ARENDT no es el mal radical, que puede victimar a cualquier ser humano, pero sí el mal institucionalizado, que posibilita que un grupo de seres humanos (o el Estado) elija política o socialmente otro grupo de seres humanos para descalificarlo en su dignidad humana³⁸¹.

En este sentido, se engaña a quien piensa que esa “banalidad del mal” fue extinguida juntamente con los campos de concentración nazistas. Se le permanece contemporánea y arraigada hoy en las formas de pensar, sentir y actuar socialmente adoptadas, bien como en las instituciones estatales como las cárceles. Además, osamos decir que el *mal* está, justamente, en eso aspecto de *normalidad institucionalizada* (o *normalidad del deshumano*, en la dicción de ROTTA ALMEIDA), ya que, por ser imperceptible socialmente no hay la debida insurgencia contra su ocurrencia. Al revés, que se percibe en la mayor parte de las veces es un estado general de profunda letargia a situaciones cotidianas de “banalidad del mal”, que a cada día se proliferan y se entranan en el ámago de las estructuras públicas³⁸².

Anteviniendo la perpetuidad del concepto de mal en los días actuales, ARENDT hace la siguiente y contundente afirmación:

“... Lo más grave, en el caso de Eichmann, era precisamente que hubo muchos hombres como él, y que estos hombres no fueron pervertidos ni sádicos, sino que fueron, y siguen siendo, terrible y terroríficamente normales. Desde el punto de vista de nuestras instituciones jurídicas y de nuestros criterios morales, esta normalidad resultaba mucho más terrorífica que todas las atrocidades juntas, por cuanto implicaba que este nuevo tipo de delincuente – tal como los

³⁸¹ ROTTA ALMEIDA, Bruno. CAMARGO MASSAÚ, Guilherme. La normalidad del deshumano: la banalidad del mal en el sistema penitenciario brasileño. *Revista Derecho y Cambio Social*, Lima, 2015, n. 41. Disponible en: http://www.derechoycambiosocial.com/revista041/A_NORMALIDADE_DO_DESUMANO.pdf (acceso en 16.04.2017).

³⁸² En Brasil, la burocracia que aquí reina perpetua esa situación de banalidad del mal, en una versión “verde y amarilla” del concepto de ARENDT. Y eso “mal” es imposible de ser extirpado, justamente considerando la constante aprobación de legislación, desproveída de voluntad política para ejecutarla. Eso es precisamente el caso de la Ley de Ejecución Penal brasileña que, como será analizado más adelante, prevé un “deber-ser” completamente disociado de la realidad (“ser”) experimentada en nuestro País. En este sentido, urgente la necesidad de cambio de paradigma: de nuestro patético intento de encontrar soluciones mágicas en una ley hueca (positivismo puro) para un embasamiento realista, fenomenológico, empírico y cultural.

acusados y sus defensores dijeron hasta la saciedad en Nuremberg –, que en realidad merece la calificación de *hostis humani generis*, comete sus delitos en circunstancias que casi le impiden saber o intuir que realiza actos de maldad...³⁸³

La *indiferencia* y la *letargia sociales* forman la *cara contemporánea del fenómeno de la “banalidad del mal”*. Es decir, la sociedad está anestesiada y no consigue siquiera sensibilizarse con trágico acontecimiento ocurridos a cada segundo, noticiados con enorme velocidad por las redes sociales como FACEBOOK, WhatsApp, entre otras. Ni bien se asimila una trágica noticia viene otra, y más otras sin que sea dada al individuo la posibilidad de reflexión. No que violencia sea un nuevo fenómeno, mucho al revés. Pero su amplia visibilidad es algo nuevo y sin precedentes.

En la práctica de la ejecución penal brasileña la indiferencia es aún más sentida. La población clama por mayor encarcelamiento, que alimenta la sobrepoblación carcelaria que es, al contrario de lo que está en el imaginario popular, uno de los mayores problemas que el sistema carcelario tiene para cumplir con su inalcanzable meta resocializadora, justamente por impedir a su gestión, haciéndolo el “monstro” fuera de control, que hoy conocemos. Yo misma como jueza a las veces me pego considerando “normal” a lo que pasa. Es una sensación de acostumbrarse con el terror que vivenciamos día tras día. Aquí en el Estado de Paraná, cárceles deshumanas y sobrepobladas son la regla. Cuando la de la ciudad donde ejerzo la jurisdicción (Arapongas) ofrece menos problemas que la de la ciudad vecina yo ya me siento tomada de un sentimiento de alivio. Pero el terror y las situaciones de extrema vulneración a los derechos humanos permanecen allá, intactas y con ellas no podemos jamás nos acostumbrar, bajo pena de la indiferencia, tenida como faceta contemporánea de la banalidad del mal de matriz arendtiana, prevalecer e impedir que avances en la ejecución penal sea llevados a efecto.

Comunes son manifestaciones del tipo “bandido tiene que estar en la cárcel”, y “la cárcel no debe ser un lugar confortable”³⁸⁴. Sin embargo, iguales a esas noticias trágicas de acontecimientos escabrosos ocurridos dentro de los establecimientos penitenciarios leemos a centenas de miles todos los días sin que nadie pare para reflejar, o mismo para emocionarse con las historias subyacentes a todas estas. Y, según el Profesor RENÉ ARIEL

³⁸³ Op. cit., p. 165 – itálicos en el original.

³⁸⁴ Eso pensamiento está lamentablemente generalizado. Conforme observado por RIVERA BEIRAS, son muchos los que defienden no tener sentido trabajar en favor de un garantismo penal en el interior de la cárcel, porque el propio contenido de la penalidad supondría la suspensión de los derechos de la persona encarcelada [Entrevista intitulada *La Universidad tiene que jugar un papel importantísimo en la cárcel*. Disponible en: <http://www.ffyh.unc.edu.ar/alfilo/la-universidad-tiene-que-jugar-un-papel-importantisimo-en-la-carcel/> (acceso en 25.03.2015)]. Sin embargo, todos los derechos inherentes a la persona humana deben de ser garantizados en cualquier situación, estando ella detenida o en libertad. Es lo que está en los diversos tratados internacionales sobre el tema, prácticamente “letra muerta” en realidades como la brasileña.

DOTTI, esa indiferencia, aliada a la insensibilidad gerencial y a la hostilidad burocrática son las “coordinadas del abandono” a que fueron reducidas las estructuras no solamente de los establecimientos penales (cárceles y penitenciarias), pero también de las comisarías de policía (que actualmente abrigan a gran cantidad de los detenidos brasileños), y también de muchos juicios y tribunales criminales³⁸⁵.

Aún sobre la *indiferencia* cito ZAFFARONI: “... a la luz de la ley internacional, la indiferencia frente a una pena cruel o a una tortura sufrida, en razón de un delito, a la hora de individualizar la pena para ese delito o respecto de la pena ya impuesta y en curso de ejecución, constituye un injusto jushumanista, o sea una lesión a los derechos humanos individuales de la persona victimizada”³⁸⁶.

Es necesario tener en mente la advertencia de RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG, en el sentido de que la represión retributiva materializada en institutos como la cárcel es expresión de un “derecho penal desigual”, que criminaliza, de forma preponderante, a los marginalizados sociales del mercado de trabajo, conforme raciocinio ya emprendido en momento anterior de este trabajo. Además de eso, y como bien acentuado por el doctrinador, la retribución pura y simple mediante la imposición de un *mal* contraría a uno de los objetivos de la República Federativa de Brasil, que es el de “promover el bien de todos” (art. 3º, CF/88)³⁸⁷.

Retomando el raciocinio de ARENDT, la conclusión traída por ella³⁸⁸, y posteriormente mejorada por autores como los ya mencionados ALESSANDRO BARATTA y WAYNE MORRISON, es demasiado contundente: los ordenamientos jurídicos no tienen estructura instrumental para manejar con las llamadas “matanzas administrativas organizadas por la burocracia estatal”³⁸⁹. En otras palabras, y haciendo una aproximación con el caso brasileño, mismo con las leyes sobre improbidad y la previsión de crímenes perpetrados por administradores públicos, frecuentemente no es posible hacer justicia en situaciones de omisión estatal, como la verificada en el sistema carcelario.

Osamos evolucionar aún más en el raciocinio emprendido por ARENDT para puntuar que el concepto de “banalidad del mal” relacionase con una estrategia de poder, de dominación. Con efecto, narra la autora que el propio Eichmann tuvo el intuio de ascender a

³⁸⁵ DOTTI, René Ariel. La crisis en el sistema penitenciario. Texto adaptado del artículo *La crisis del sistema penal*, publicado en la Revista de los Tribunales, vol. 768, p. 421 y s. 2003. Disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf> (acceso en 04.07.2017).

³⁸⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Las penas crueles y la doble punición. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.). *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: EDIAR, 2012, p. 358.

³⁸⁷ *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 21.

³⁸⁸ Op. cit., p. 175.

³⁸⁹ El término “matanza” empleado por ARENDT no significa solamente la ejecución propiamente dicha, pero la llamada “muerte en vida”, el padecimiento sufrido por millones de personas, además de los daños sociales resultantes de la omisión estatal.

cargos más importantes en el Reich. Además de eso, el Nazismo fue una estrategia de poder visando a la hegemonía de una “Alemania ariana” en el mundo. Hoy día, la lucha por el poder prosigue de forma diferente, menos ostensiva y más subrepticia, sin embargo, con la misma letalidad de otrora.

La gran indagación que se hace: ¿cómo el mal radical y la banalidad del mal pueden ser llevados de un ámbito totalitario (como era el caso del Nazismo) a un formalmente democrático (Estado Constitucional de Derecho, como Brasil)?

La clave para comprender y aplicar ese concepto Arendtiano a nuestra realidad está lejos de equiparar, de una forma simplista, nuestra situación con la del holocausto o de regímenes totalitarios. Por eso, osamos afirmar que la banalidad del mal sigue presente y arraigada, incluso en un contexto democrático como el brasileño. Es disimulada, socialmente imperceptible y se refleja en la *indiferencia* generalizada con el *status a quo* no sólo por parte de nuestros gobernantes, pero, especialmente, de la población en general, que siquiera se sensibiliza con atrocidades graves cometidas en el ámbito de nuestras instituciones, de que es ejemplo la cárcel. Una vez que, es, tal vez, la víctima más emblemática de esta diferencia, porque en una sociedad crecientemente punitiva no hay cualquier apelo en hablarse en “derechos humanos” de la población carcelaria. Mucho al contrario: quien defiende su existencia es, muchas veces, tachado de defender a “monstruos”. Y ni traiga el tema “ejecución penal” a los debates políticos, porque difícilmente el político que tuviera coraje de levantar esa bandera no será elegido.

La *indiferencia*, como faceta contemporánea del concepto de “banalidad del mal” es demasiado observada en una comunidad global, en que las personas viven corriendo en búsqueda de realizaciones personales y dicen no más tener tiempo para nada. Cualquier persona dirá caso preguntada que no desea hacer “mal” a nadie. Pero si yo preguntar a esa misma persona si se comprometería a ayudar a alguien, responderá que no tiene tiempo, que no tiene recursos, que las organizaciones no gubernamentales en su mayoría son vehículos para corrupción (véase los diversos escándalos involucrando a algunas de ellas en Brasil), que eso es deber del Estado, entre otras justificaciones. No hay, por lo tanto, un comprometimiento con la realización del “bien”, no hay comprometimiento social o mismo solidaridad entre las personas. Durante y después de la 2ª Guerra Mundial hubo un inmenso sentimiento de solidaridad entre los pueblos directamente atingidos por la guerra y una repulsa general a los actos de terror, manifestada en el conocido *slogan* del “nunca más”. Ahora en que se vive una especie de “normalidad” (por lo menos dentro del contexto brasileño) ese sentimiento de solidaridad con el próximo parece haberse perdido para dar lugar a la indiferencia, que es algo tan o más nefasto que el actuar malintencionado. Hoy el

mundo es de los “neutros”, de los “no partidista”, de los que no están preocupados en promover un cambio positivo en la realidad.

La indiferencia antes citada hace con que haya una tolerancia generalizada a la violación de derechos humanos y fundamentales, que son tenidas como aceptables, normales y banales, utilizando el término de ARENDT. Luego, esa tolerancia, fruto de la indiferencia, es una aproximación verde y amarilla al concepto de banalidad del mal, una adaptación a nuestras circunstancias particulares³⁹⁰.

Luego, llegamos a una tríade de características que moldean el concepto de banalidad del mal en un contexto formalmente democrático como el brasileño: (i) indiferencia, (ii) tolerancia y; (iii) exacerbada burocratización. No hay una motivación deliberada para el cometimiento del mal. Hay, digamos, una desprolijidad, un descaso y una indiferencia institucionalmente tolerada, que conduce la materialización del mal, especialmente en el ámbito de la ejecución penal. Y la burocracia para la concesión de derechos a los apenados que cumplen pena es más un aspecto que realza a la banalidad del mal en nuestro contexto. Además de eso, la corrupción sistémica que asola a todas las estructuras públicas, desde hospitales, escuelas, empresas públicas, presidios y otros también contribuye para realzar ese estado de “banalidad del mal”.

El problema de la criminalidad no fue, tampoco será resuelto con la negativa ciega de reconocer derechos humanos a los detenidos. Prueba de eso es que la población carcelaria sólo aumenta mismo siendo construidos más establecimientos penales. El error está en pensar en una solución inmediateista, de neutralización general de aquel, cuyo comportamiento es considerado desviado. Ocurre que ya aprendemos con historia que la “solución final” (analógicamente aplicada a los detenidos de las cárceles decrepitas de este País) es todo, menos una solución.

Para mejor sedimentar el raciocinio cabe un análisis de las Leyes de Ejecución Penal. Examinar y entender su origen y sus objetivos cuando vehiculada es fundamental, para fines de delinear la dinámica hoy existente en establecimientos penales como los brasileños, ya que es la que irá reglamentar, de forma preponderante, la entrada, la permanencia y la salida de alguien de un establecimiento penal.

³⁹⁰ Sobre la admisión generalizada de la tolerancia a violaciones de derechos fundamentales como una aproximación brasileña al concepto de banalidad del mal cf. ROTTA ALMEIRA, Bruno. CAMARGO MASSAÚ, Guilherme. La normalidad del deshumano: la banalidad del mal en el sistema penitenciario brasileño. op. cit.

6.6. Ley de ejecución penal – “deber-ser” vs. “ser” – ejecución penal como hábitat de la barbarie y de la violencia estructural

Iniciamos eso apartado con una frase de FOUCAULT, recogida de su obra *Genealogía del Racismo*, capítulo *Del Poder de Soberanía al Poder sobre la Vida*, que resume la dinámica de las cárceles actuales: “... si el viejo derecho de soberanía consistía en hacer morir o dejar vivir, el nuevo derecho será el de hacer vivir o dejar morir”³⁹¹. Las prisiones – en especial las brasileñas – reflejan un verdadero *poder* sobre las vidas y las almas de los individuos, que son prácticamente *mantenidos vivos*, siendo que la estructura se les deja morir” sin que nadie se preocupe. Por lo tanto, la reflexión de FOUCAULT sigue actual³⁹².

Como ya aludido, la Ley n. 7.210/1984 prevé en su art. 1° que la ejecución penal tiene como objetivos “efectuar las disposiciones de sentencia o decisión criminal” y “proporcionar condiciones para la harmónica integración social del condenado y del internado”. Para la legislación brasileña, la pena es una punición, pero que tiene una finalidad resocializadora y rehabilitadora. Luego, el objetivo de la legislación es concebir, dentro de eso paradojo a una “punición-rehabilitación, harmónica con los objetivos de integración social”³⁹³. Una verdadera utopía si considerar que el interior de la cárcel espeja la propia sociedad que, lejos de ser homogénea es permeada de desigualdades.

Como la ley parte de un paradojo, obviamente caracteriza un modelo ideal que, como veremos, no se reproduce en la práctica justamente por carencia de coherencia entre sus fines declarados y los efectivamente concretados – *deber-ser versus ser*³⁹⁴.

El artículo 3° de la LEP contempla la garantía de que al condenado y al internado serán asegurados todos los derechos no atingidos por la sentencia o por la ley, sin cualquier distinción de orden racial, religiosa, social o política. Tratase de dispositivo de suma

³⁹¹ FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo*. (título original: *Il Faut Défendre la Societé*, trad. Alfredo Tzveibel). La Plata: Caronte Ensayos, 1998, p. 194.

³⁹² Mencionando su experiencia personal DOSTOIÉVSKI ya decía estar convencido que “el famoso sistema celular consigue atingir solamente resultado engañoso, aparente. Chupa a la savia vital del individuo, se le enerva el alma, debilita, asústalo, y después nos presenta como un modelo de regeneración, de arrepentimiento, que es solamente una momia olvidada y medio loca” (*Recordaciones de la casa de los muertos*, op. cit.).

³⁹³ Según DUQUE ESTRADA ROIG, “el encarcelamiento es factor de desagregación familiar, repudio social, rotulado y desocialización del individuo, siendo tales características ontológicamente incongruentes con la pretendida finalidad de proporcionar condiciones para la *harmónica* integración social del condenado” (*Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 22).

³⁹⁴ También podemos añadir una explicación técnica, en la medida que la idea de *sistema* para la Ciencia del Derecho presupone, además del repertorio, de la estructura y de la unidad, la noción de *coherencia*. En cualquier caso, es imprescindible para componer un sistema haber un relacionamiento entre la pluralidad de sus elementos, no se contentando el concepto con la mera existencia de objetos sin cualquier ordenación o unidad, como ocurre con el sistema que la Ley de Ejecución Penal intenta diseñar. En este particular cf. BOBBIO, Norberto. *Teoría del Ordenamiento Jurídico* (título original *Teoria dell'ordinamento Giuridico*, traducción de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília: Polis: UNB, 1991.

importancia y que viene siendo sistemáticamente vilipendiado. Luego, la restricción en el gozo de derechos es excepción y no la regla.

Más adelante, y a partir del art. 11 son previstos diversos tipos de asistencia al recluso – material, salud, jurídica, educacional, social, religiosa y al egreso. Sus derechos están establecidos en el art. 41 y engloban, entre otros, el derecho al trabajo y a la remuneración, a la igualdad de tratamiento, a la asistencia material, a la salud, jurídica, educacional, social y religiosa.

Todos los establecimientos penales deben contener en sus dependencias áreas y servicios destinados a dar asistencia, educación, trabajo, recreación y práctica deportiva (art. 83, Ley n. 7.210/1984). Los destinados a mujeres deben ser dotados de guardería para bebés, donde las condenadas puedan cuidar de sus hijos, incluso amamentarlos, en como mínimo, hasta los 6 (seis) meses de edad (art. 83, § 2°, Ley n. 7.210/1984), además de guardería infantil (art. 89, Ley n. 7.210/1984).

Cuanto al cumplimiento de la pena, la Ley n. 7.210/1984 prevé que el régimen cerrado será cumplido en una penitenciaria (art. 83, § 2°, Ley 7.210/1984), debiendo los detenidos provisorios (en prisión cautelar) quedarse en local apartado de los condenados por sentencia judicial transitada en juzgado (arts. 84 y 87, Ley n. 7.210/1984). Ya los regímenes semiabierto y abierto serán cumplidos en colonias agrícolas, industriales o similares y en casa de albergado, respectivamente (arts. 91 y 93, Ley n. 7.210/1984). Tales establecimientos idealizados por la Ley de Ejecución Penal tienen por objetivo declarado reinsertar el apenado en el mercado de trabajo, se le dando la formación y el soporte necesario para su regreso al medio social. Incluso hay previsión de que en las casas de albergado haya local adecuado para cursos y charlas.

En lo que se refiere a la estructura del establecimiento penal (que toca más de cerca la presente investigación) hay variadas reglas importantes a partir del art. 82, de la LEP: la capacidad del establecimiento debe de ser compatible con su estructura y finalidad (art. 85), la necesidad de alojamiento del condenado en cela individual que contenga dormitorio, aparato sanitario y lavadero (art. 88, *caput*), debiendo la unidad celular contemplar área mínima de 6 m² (seis metros cuadrados) por persona y ser salubre por la concurrencia de los factores de airmiento, insolación y condicionamiento térmico adecuados a la existencia humana (art. 88, párrafo único, a y b).

Es esa la situación “ideal” traída por la LEP y que está muy lejos de ocurrir en la casi totalidad de los establecimientos penitenciarios de este País. En la práctica, la realidad en la gran mayoría de las ciudades brasileñas es demasiado diversa. El problema se va mucho allá de la sobrepoblación. Falta de todo: desde ropas, material de higiene, absorbente para las detenidas (que por veces se vullen de masa de pan para la contención del flujo

menstrual), alimentación (proveída por empresas contratadas y de calidad sufrible) hasta posibilidades de empleo y estudio. Por esa razón, personas maltratadas por las pésimas condiciones, y objeto de violencia de las más diversas formas (física, psicológica, moral, sexual, entre inúmeras otras) viven en el más completo ocio, que favorece el levante de motines y rebeliones. Una vez que, el primer deseo de quien se encuentra en el verdadero “Infierno de Dante” es, evidentemente, huir.

Imposible dejar de constatar que los objetivos inherentes a la ejecución penal no están siendo ni de lejos alcanzados. Y eso mismo teniendo el legislador de la LEP previsto en su art. 203, párrafo 1º, que en plazo de 6 (seis) meses contados de la publicación de la ley (ocurrida en 1984), las Unidades Federativas, en convenio con el Ministerio de la Justicia *deberían* proyectar la adaptación, construcción y equipo de los establecimientos y servicios penales previstos en la referida Ley, bajo pena de *suspensión* de cualquier ayuda financiera a ellas destinadas por la Unión Federal para atender a los costos de ejecución de las penas y medidas de seguridad (como consta del párrafo 4º del mencionado art. 203). Luego, la orden dada por la ley jamás fue cumplida por el poder público sin que eso generase cualquier consecuencia práctica.

Necesario añadir que el Proyecto de Ley del Senado (PLS) nº 513/2013, aún en marcha (y que se mencionará otras veces en este trabajo), prevé aún más derechos a las personas privadas de su libertad, como la posibilidad de uso monitoreado de teléfono público (artículo 41, XV), los derechos de los presos extranjeros (artículo 41-A), y un dispositivo entero tratando de la ejecución de la pena de los indígenas (artículo 197-U). Además, impone el art. 40 el respeto a la integridad física y moral de los presos y también de sus visitantes. En ese sentido, el deber ser (ley) y el ser (práctica) todavía están aún más distantes.

Para aproximar el estudio de una situación práctica, valga mención al ejemplo de la Comarca de Arapongas, local donde la investigadora actualmente actúa como Jueza de Derecho Titular de la 1ª Vara Criminal, Tribunal del Juri, Ejecución Penal y Corregiduría de los Presidios. La ciudad solamente cuenta con una única Cárcel Pública con capacidad para 34 (treinta y cuatro) detenidos provisorios. Por ser una cárcel y no una penitenciaria no hay, al menos en tesis, previsión para recepción de condenados. Decimos “en tesis” porque recibe a sentenciados, ya que no hay establecimientos adecuados para esa finalidad en la ciudad.

Ocurre que la cárcel pública de Arapongas, que constantemente llega a abrigar más de 200 (doscientos) detenidos provisorios y definitivos – y que hoy tiene una realidad no mucho diferente en términos de ocupación³⁹⁵ - no ofrece cualesquier condiciones de permanencia por quien sea. Por esa razón, fue formalmente cerrada a través de la sentencia proferida en

³⁹⁵ Tales números constan de informes enviados por la Vara de la Corregiduría de los Presidios de Arapongas directamente al Consejo Nacional de Justicia (CNJ): www.cnj.jus.br.

el ámbito de la Acción Civil Pública n. 3425-64.2009.8.16.0045³⁹⁶, propuesta por el Ministerio Público de Arapongas.

Esa sentencia jamás fue cumplida en la práctica y hoy no más subsiste, pues fue reformada por el Tribunal de Justicia del Estado de Paraná³⁹⁷ con base, especialmente, en el principio de la “reserva del posible”, absolutamente anacrónico e incompatible tanto con el principio de la humanidad (que será estudiada en la secuencia), como con la normativa internacional, siendo ejemplo el ítem 4 de las Reglas Penitenciarias Europeas³⁹⁸, que pueden perfectamente ser aplicadas a la realidad brasileña.

Prueba de cuanto ese principio de la “reserva del posible” es obsoleto es la reciente decisión proferida por el STF en el juzgamiento del Recurso Extraordinario 580.252/MS³⁹⁹, la cual fijara indemnización en el valor de R\$ 2.000,00 (dos mil Reales) en favor de un determinado detenido. Para el STF, estaría caracterizado el daño moral porque, tras laudo de vigilancia sanitaria en el presidio y pasado lapso temporal, no tendrían sido saneados los problemas de sobrepoblación y de falta de condiciones mínimas de salud y de higiene del establecimiento penal, que llevaría al aniquilamiento de la dignidad humana en aquel local. Además de eso, no siendo asegurado el mínimo existencial, sería inaplicable a tal teoría de la reserva del posible. Una vez que, como ya decidido por el Ministro CELSO DE MELLO en la ADFP (Argumentación por Incumplimiento de Precepto Fundamental) 45 referida cláusula “no puede ser invocada, por el Estado, con la finalidad de exonerarse del cumplimiento de sus obligaciones constitucionales, notablemente cuando, de esa conducta gubernamental negativa, se pueda resultar nulidad o, incluso, aniquilación de derechos constitucionales impregnados de un sentido esencial de fundamentación⁴⁰⁰”.

³⁹⁶ <http://www.tjpr.jus.br/consulta-2-grau> (acceso en 04.04.2015).

³⁹⁷ Sentencias proferidas en los recursos n. 1028987-1 y 1028987-1/01 (disponibles en: <https://www.tjpr.jus.br/consulta-2-grau>, acceso en 04.04.2015). Los fundamentos utilizados: obediencia al principio de la “reserva del posible” e incompetencia de la Vara de la Corregiduría de los presidios para declarar el veto. Sin embargo, la propia LEP en su art. 66, VIII establece competir al juez de la ejecución penal “vetar, en el todo o en parte, establecimiento penal que estuviera funcionando en condiciones inadecuadas o con infracción a los dispositivos de esta Ley”. El objeto de esta investigación no es de realizar una crítica más detallada al posicionamiento *ad quem*, pero sí traer la realidad de lo que ocurre en la cárcel pública de la Ciudad de Arapongas, que justifica la referencia tanto de la decisión que vetó el local, como de la que anuló el veto. Vale referir que posteriormente la sentencia fue anulada con base en entendimiento procesal, para que el proceso volviese “a la estaca cero” y fuera decidido por un juez civil (como posteriormente fue decidido) y no por el juez penal, a quien cabe vetar establecimientos penales, como ya mencionado.

³⁹⁸ “Las condiciones de reclusión que violen a los derechos del hombre no pueden ser justificadas con invocación en la falta de recursos”. En otras palabras, la dignidad de la persona humana jamás podrá ceder en eventual confrontación con el principio de la reserva del posible.

³⁹⁹ Conclusión del juzgamiento en 16.02.2017. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo854.htm#Responsabilidade%20Civil%20do%20Estado:%20superpopula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria%20e%20dever%20de%20indenizar%20-%204> (acceso en 03.03.2017).

⁴⁰⁰ Disponible en: www.stf.jus.br (acceso en 19.01.2018).

En lo que se refiere específicamente a la indemnización, aunque no la defiende en todo y cualquier caso de sobrepoblación, es sintomático percibir, así como lo hizo el Ministro BARROSO (citando a la doctrina de ANA PAULA DE BARCELLOS) en su voto en el Recurso Extraordinario antes referido, que el Poder Judicial concede reiteradamente indemnizaciones para casos de molestias cotidianas, como es el cancelación de un vuelo, la devolución de un cheque, la inscripción en registro de deudores, la permanencia en cola de banco, entre inúmeros otros, pero resiste en reconocer la posibilidad de resarcimiento de un detenido en celda sobrepoblada, en donde se concluye que para el sentido común la dignidad no es atributo inherente a todo y cualquier ser humano, pero calidad que puede ser o no reconocida, a depender de que el individuo hizo o dejó de hacer. La dignidad no es, tampoco puede ser considerada, atributo selectivo. Su respecto, en la dicción de KANT, es verdadero “imperativo categórico”, que no permite excepciones.

Así como esta decisión emanada por el TJ/PR que aplicó la “reserva del posible”, todavía son proferidas inúmeras otras sobre el tema, que simplemente se basan (aunque no directamente) en la llamada “doctrina del *hands off*” (o en Portugués claro, “lavar a las manos”). Esa táctica hace el Poder Judicial simplemente ajeno a las arbitrariedades practicadas en el ámbito de los establecimientos penitenciarios. Prácticamente una “salida mágica”, una falsa salvaguardia en el intuito de huir de la responsabilidad (que también es del Poder Judicial, aunque obviamente no sea exclusivamente suya) de impedir a los abusos.

Regresando al caso concreto, el “ser” verificado en el ámbito de la ejecución penal en Brasil está muchísimo distante del “deber-ser” preconizado por la legislación sobre la materia, incluso por la LEP. Eso motivó la interdicción de inúmeros establecimientos penales por el País, a ejemplo de la Cárcel Pública de Arapongas, local de trabajo de esta investigadora.

La interdicción – hoy insubsistente, como antes referido – fue motivada por inúmeros acontecimientos que vienen sucediéndose a lo largo del tiempo, y que tornarán insustentable la situación actual. Solamente para citar algunos, el ambiente es insalubre y frecuentemente hay surtos de sarnas, tuberculosis, entre otras enfermedades graves.

Si no hay cualquier condición de vida en el local, obviamente no es posible esperar que haya asistencia psicológica y psiquiátrica al detenido y a sus familias, tal como preceptúa la LEP. Además de eso, el ambiente no se les permite ejercer trabajo u otra actividad de capacitación, no hay espacio para formación y educación de los detenidos, para la adecuada visita de sus cónyuges y compañeros, para prácticas deportivas, para el ocio. En este contexto, es imposible la resocialización (y la utópica “armónica integración social del

condenado”) en una organización social carcelaria como esta que, en la práctica, no condice con los objetivos previstos en la Ley de Ejecución Penal brasileña, antes sintetizados.

La reacción a eso panorama noticiado: violencia, en sus más diversas formas: física, psicológica, estructural, institucional. Rutinariamente, el poco espacio ocupado por una inmensidad de seres humanos que, en su mayoría, duermen acostados en las paredes, tornase escenario de enfrentamientos entre ellos propios y entre los detenidos, las policías y los agentes penitenciarios, además de constantes intentos de fuga, pues no hay medios/modos de contener la delicada situación dentro de la realidad que hoy se presenta.

La falta de condiciones de la cárcel pública de Arapongas, que es un espejo del escenario de la ejecución penal en Brasil, aliada a la ausencia de vacantes para cumplimiento de la pena en establecimientos adecuados, conlleva a la necesidad del juez de ejecución penal “improvisar”. Un ejemplo es la constante realización de una especie de “adaptación” de los sentenciados en regímenes semiabierto y abierto, que es llevada a efecto mediante su colocación en prisión domiciliar⁴⁰¹, aliada a la imposición de inúmeras condiciones, como la de comparecer periódicamente ante el juicio criminal para justificar actividades, comprobación del ejercicio de actividades lícitas, recogimiento nocturno y en días de huelga, colocación de monitoreo electrónico, entre inúmeras otras.

En la práctica, la fiscalización de esas condiciones no es adecuada. Se impone al detenido comprobar actividad lícita, siendo que no le es proporcionada la necesaria formación. Mismo en una comunidad próspera como Arapongas, que es un importante polo de muebles brasileño, no hay el ofrecimiento de capacitación a esas personas que, sin la formación adecuada, parten para la economía informal y para el tráfico de drogas.

El “estigma de detenido” llega a tal punto que la libertad pasa a ser prácticamente sinónimo de segregación, pues la “etiqueta”⁴⁰² de condenado sigue acompañando al individuo por su vida, sea en la cárcel o afuera, impidiéndolo de reintegrarse al medio social y lo compeliendo a regresar nuevamente al sistema penitenciario, en un círculo vicioso. En este sentido, GARCÍA-BORÉS, utilizando las herramientas de la *psicología cultural*, hace una aproximación de la práctica carcelaria con el discurso crítico, negando la posibilidad de que la cárcel asuma cualquier misión resocializadora. Al contrario, la prisión “conforma a los

⁴⁰¹ Cf., entre todas, STJ, Recurso Especial 1187343/RS, 5ª Turma, Rel. Min. Gilson Dipp, juzgado en 17.03.2011. Tales decisiones originaron la Súmula Vinculante del STF n. 56: “La falta de establecimiento penal adecuado no autoriza la manutención del condenado en régimen prisional más severo, debiéndose observar, en esa hipótesis, los parámetros establecidos en el RE 641.320/RS.

⁴⁰² El término “etiquetamiento” hace referencia a la ya mencionada teoría del “labelling approach”. Surgida en los EUA de la década del 1960, esa tesis ha sufrido una fuerte influencia del interaccionismo simbólico, corriente sociológica que, de forma bastante resumida, sustenta que la realidad humana no es tan construida de hechos, pero de la interpretación que las personas colectivamente atribuyen a esos hechos.

sujetos en el sentido inverso al que se propone la ley, es decir, que los desadapta para la vida en libertad”⁴⁰³.

En eso universo sintéticamente narrado, los conceptos antes estudiados pasan a hacer sentido: la indiferencia de la sociedad al *mal*⁴⁰⁴ que ocurre bien a nuestro lado contribuye para potencializar una situación de *violencia institucional* o institucionalizada, o, en la visión de ARENDT, tratase de una desvirtuación del poder, que genera la violencia como consecuencia/reacción, resultando en un “mal institucionalizado”.

En el caso de Arapongas, así como de cualquier prisión brasileña, la violencia existe cuando se permite que cuerpos vivos sean literalmente *depositados* en locales, cuya estructura no difiere mucho de verdaderos “campos de concentración”, donde la máxima foucautiana antes mencionada de “hacer vivir y dejar morir” es completamente válida⁴⁰⁵. En este ambiente insalubre, donde el tiempo asume una forma diferenciada, en que el hombre es despedido de qué lo hace humano (su intimidad, su rutina, su función en la sociedad, su *humanidad*), es natural que haya la manifestación de la violencia a través de motines y revueltas, ya que el individuo pasa a vivir guiado por el instinto natural de salir de la cárcel.

La situación de “banalidad del mal”⁴⁰⁶ es, todavía, clara en la medida que la burocracia del sistema penitenciario brasileño fomenta a la situación de completa omisión vivenciada. Ampliando el ejemplo de Arapongas, podemos afirmar, aunque carecemos de datos más precisos, que el sistema penal brasileño, tal cual hoy está diseñado, solamente potencializa violencia selectiva, en una “espiral negativa”, ya que, además de la falta de instalaciones adecuadas, no hay políticas criminales que, efectivamente, visen la readaptación del hombre detenido a su comunidad de referencia. La cuestión criminal no tiene cualquier atractivo social para allá de las políticas punitivas, ampliamente divulgadas por los medios de comunicación como la solución para el problema de seguridad y de la violencia⁴⁰⁷.

⁴⁰³ GARCIA-BORÉS ESPI, Josep. El Impacto Carcelario. In R. BERGALLI (coord.). Sistema Penal y Problemas Sociales. València: Tirant lo Blanch, 2003, p. 396-425.

⁴⁰⁴ Para DELACAMPAGNE la raíz de nuestra impotencia para construir una “ciudad humana” reside en la “indiferencia” con relación a todo de malo que ocurre al nuestro alrededor, especialmente a los menos favorecidos. En otras palabras, el autor cuestiona el hecho de “banalizar” todo, incluso lo que hay de peor. Cf. DELACAMPAGNE, Christian. La banalización del mal: acerca de la indiferencia (título original: De l'indifférence: essai sur la banalisation du mal, trad. Paula Mahler). Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1999, p. 15.

⁴⁰⁵ FOUCAULT, Michel. Genealogía del racismo, op. cit., p. 194.

⁴⁰⁶ Categoría esta ajena a la criminología y al derecho penal, porque estos tradicionalmente se ocupan de acciones u omisiones intencionales, habiendo un “punto ciego” absolutamente imperdonable, porque son olvidados fenómenos que no solamente victiman al cuerpo de una persona (y su alrededor), pero también a su alma.

⁴⁰⁷ MARÍLIA DE NARDIN BUDÓ viene tratando en sus trabajos sobre la influencia de los medios de comunicación para legitimación del discurso punitivo. Cf., entre todos, su tesis de doctoramiento presentada ante la universidad Federal de Paraná intitulada *Medios de comunicación y discursos del poder: la legitimación discursiva del proceso de encarcelamiento de la juventud pobre en Brasil* disponible en: <http://dSPACE.c3sl.ufpr.br/dSPACE/bitstream/handle/1884/34641/R%20->

Además de eso, la propia inoperancia del sistema de ejecución penal antes expuesta alimenta esa situación de *selectividad* del poder punitivo, que da la sensación de que la punición solamente abarca determinado segmento social y cultural más vulnerable, constituidos por individuos más fáciles de ser alcanzados. Vale recordar que hay muchas más órdenes de prisión en abierto que los miles de detenidos de este país, siendo que muchas de esas personas tenidas por “forajidas” no están en la misma situación de vulnerabilidad de los que están dentro de los establecimientos penales.

Oso afirmar que vivimos en una situación de verdadero nihilismo, de mera contemplación del mundo, socialmente poco percibida debido al estado de letargia en que nos encontramos. La cárcel pública de Arapongas, por ejemplo, refleja justamente esa idea.

En la presentación de la obra *Filosofía del mal y memoria* es posible recoger al siguiente fragmento, que expresa la idea de que todos estamos involucrados en esta situación de violencia cotidiana, que repercute en el mal sentido en nuestras prisiones:

“... No debemos únicamente trasladarnos al estudio de los genocidios o del Holocausto como realidades históricas, momentáneas, pasadas y únicas, sino que el nunca más debe servirnos también hoy para preguntarnos hasta qué punto todos formamos parte de este mal. Pensar, por ejemplo, que nuestras prisiones cumplen, o que intentan cumplir, con estándares ‘humanitarios’ no puede dejarnos inactivos. No sólo porque en ellas existen fenómenos indeseables como la tortura y los malos tratos, sino también porque su funcionamiento legal, ordinario y cotidiano, no hacen más que alimentar en su interior la deshumanización y la barbarie.”⁴⁰⁸

La *indiferencia*, sea social, sea por la carencia de políticas públicas efectivas en materia de ejecución penal, hace con que la realidad se muestre cada día más perversa. En este sentido, en el capítulo siguiente intentaremos recopilar algunas iniciativas propuestas por estudiosos del tema carcelario para la compatibilización del problema, y partiremos de las opiniones dadas por los propios detenidos escuchados en esta investigación. Sabemos que un plan de acción va muchísimo allá de lo que es sugerido adelante, pero el camino pasa inexorablemente por el cambio en la forma de las personas implicadas encarar la cuestión. Luego, cualquier política a ser llevada a efecto debe ser elaborada por *personas* teniendo por destinatarios otras *personas*. Es esa la premisa fundamental a ser considerada.

Es cierto que la LEP ha conferido protagonismo al Poder Judicial al “jurisdiccionalizar” la ejecución de pena, al contrario de otros países en que es restringida a una actividad

[%20T%20-%20MARILIA%20DE%20NARDIN%20BUDO.pdf?sequence=1](#) (acceso en 17.11.2014).

⁴⁰⁸ FORERO, Alejandro. RIVERA BEIRAS, Iñaki. SILVEIRA, Héctor C (eds.). *Filosofía del mal y memoria*. Barcelona: Anthropos Editorial; Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans – Universitat de Barcelona, 2012 (colección Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 80), p. 11 – it.

meramente administrativa. Y el objetivo de ese desplazamiento de responsabilidad es de asegurar la legalidad del trámite ejecutorio, con la garantía de obediencia de los derechos y deberes de la persona detenida. Tratase de un raciocinio coherente y avanzado, pero que todavía no viene siendo asimilado en el día a día. En la práctica, la actuación del juez de ejecución penal tiene un perfil mucho más administrativo, en la mayor parte de las veces de “gerenciamiento de crisis”, que propiamente jurisdiccional. Y eso se debe en gran parte al hecho de que es imposible al magistrado hacer valer en la práctica todo lo que consta de la LEP sin contar con los demás operadores del sistema, bien como con el apoyo estatal, principal responsable por el actual estado de caos de la seguridad pública y de la ejecución penal, o, en otras palabras, por el “estado de cosas inconstitucional”.

Luego, la jurisdiccionalización de la ejecución penal preconizada en la Constitución Federal y en la LEP demanda para dar cierto, por un lado, estructura estatal condiciente con lo que se espera de un proceso de resocialización de un individuo y, por otro, la mayor autonomía del magistrado en su función correccional, pudiendo cerrar establecimientos penitenciarios, si necesario fuera, sin que esa decisión sea modificada en instancias superiores con base a teorías de *hands off* o de la “reserva del posible”.

6.7. Con la palabra, los “detenidos” (encuesta cualitativa – muestreo)

En el 02 de febrero de 2018 visité al Centro de Resocialización de Londrina (CRESLON), bien como a la Penitenciaría Estadual de Londrina (PEL-I). El CRESLON, además de abrigar los sentenciados en régimen semiabierto, es el órgano responsable por activar y desactivar a las tobilleras electrónicas, utilizadas como medida cautelar diversa de la prisión, en los términos del art. 319, IX, del CPP. Ya la PEL-I, así como la PEL-II son los locales de cumplimiento de pena en régimen cerrado. La primera tiene más de 600 (seiscientos) re-educandos y la segunda supera a los 1000 (un mil) sentenciados.

La visita esta vez no tuvo carácter institucional, como de praxis. Fui a conocer en el CRESLON un proyecto de iniciativa del Juez KATSUJO NAKADOMARI, que está a la frente de la Vara de Ejecuciones Penales de Londrina (VEP-Londrina), responsable por gestionar a los detenidos de Londrina y los removidos de la región metropolitana (como es el caso de Arapongás, donde trabajo yo).

Regresando al proyecto, fue iniciado en 2012, no tiene un nombre específico, apoyo gubernamental (solamente de las instituciones de enseñanza involucradas), y cuenta solamente con el empeño personal del juez KATSUJO, así como de los servidores tanto de la VEP, del DEPEN, así como del Consejo de la Comunidad de Londrina. Con todo, mismo no divulgado en los medios de comunicación, el proyecto tiene amplia efectividad e índice

de reincidencia próxima a cero. Una vez que, parte de la premisa de la fuerza del estudio y de su carácter emancipador, que es justamente la tónica defendida en esta investigación.

Llegando al CRESLON me he deparado con 9 (nueve) individuos hombres, sin esposas o cualquier otro aparato de seguridad, circulando normalmente por las dependencias del local, sin mayores formalidades o escoltas. Me llamó la atención también la articulación de los re-educandos y la forma clara con que se expresan, sin la utilización de la llamada "lenguaje de detenido", tampoco jergas de calle. Destaco que más de la mitad de los entrevistados cumple pena en régimen cerrado y todos fueron seleccionados por el magistrado KATSUJO para participar del proyecto, con base en la aprobación de la prueba, bien como en entrevista, en la cual se evalúa al histórico familiar y social del apenado, además de su voluntad de seguir con los estudios. Para la participación no son impuestas restricciones, en lo que se refiere a la pena aplicada, tampoco al crimen cometido. He entrevistado incluso a un re-educando condenado a una pena total de 27 (veintisiete) años de reclusión, siendo que uno de los delitos imputados fue el de latrocinio, que genera enorme repulsa social, incluso por parte de los órganos de seguridad y del Poder Judicial. Yo misma conozco a personas, cuyos familiares fueron víctimas de latrocinio, un delito de efectos devastadores. Solamente se quedan fuera del proyecto los individuos declaradamente pertenecientes a facciones criminosas y los sentenciados por crímenes de difícil socialización (como es el caso de quien comete crímenes sexuales, que no son tolerados por los propios presos).

Todos los 9 (nueve) individuos estaban posicionados en una especie de aula. Entré y sin mayor ceremonia (o mismo seguridad), me senté junto a ellos para un bate-papo extremadamente informal, productivo y revelador, en la presencia del idealizador del proyecto (juez KATSUJO), y de MAURÍCIO SANCHES, Director del CRESLON y quien viene colaborando con la iniciativa.

Para preservar la identidad de los re-educandos (todos sentenciados), haré solamente mención a su primer nombre. Todos tiene alrededor de 20 a 35 años, o sea, son jóvenes. Y todos cursan a la Universidad, siendo que parte de ellos terminó la educación fundamental y media ya inseridos en el sistema carcelario. Dejo claro, aún, que los entrevistados sabían de antemano de mi condición de magistrada e investigadora, bien como el objetivo de la charla (recoger la opinión de los detenidos para una tesis de doctorado).

Antes, algunas aclaraciones. He optado por una estrategia diferente para esta investigación, que fue el bate-papo informal, en vez de hacer un amplio cuestionario de sesgo cuantitativo dentro de las normas de investigación etnográfica, con preguntas personales, escolaridad, oportunidades, familia, entre otras. Una vez que, esta tesis no contempla este objetivo más técnico.

Explico la razón para esa estrategia: preguntas más abiertas y realizadas sin el rigor de la encuesta parecen ser respondidas de forma más franca, con una aproximación real entre las figuras del investigador y del investigado. Además de eso, los datos más personales/familiares y genéricos constantes de las estadísticas comúnmente vehiculadas ya son de conocimiento general, no siendo necesaria la repetición en este trabajo. Todos nosotros sabemos que la gran mayoría de quien está detenida pertenece a estratos sociales más humildes, personas normalmente estigmatizadas por su color de piel, sin buenas condiciones familiares y socioeconómicas, y carente de oportunidad de estudio y de trabajo. Además de eso, es también de conocimiento general que muchos de esos detenidos y detenidas vienen de familias desestructuradas (hay excepciones, como la de CARLOS, a seguir mencionado), en que o los padres necesitan trabajar y acaban dejando a desear en la educación de los hijos, o hacen uso de bebidas alcohólicas y drogas, creando muchas veces ambientes en que prevalece la violencia doméstica. En lo que se refiere a las mujeres, buena parte ha sufrido abusos durante la infancia y adolescencia y acaba saliendo de casa temprano, normalmente para casarse y huir de padres, padrastros, tíos y parientes abusadores. Muchos de esos enlaces son con personas vinculadas a la criminalidad (por inúmeras razones, como la sensación de aparente protección ofrecida por esos individuos, especialmente los conectados a la criminalidad organizada), qué termina vinculando esa misma mujer, que en la mayor parte de los casos necesita delinquir para alimentar al vicio de los compañeros cuando están detenidos o saldar a las deudas que hacen con otros colegas de cárcel. Por fin, la población carcelaria actualmente es básicamente formada de personas de color, pobres y sin cualquier tipo de instrucción y oportunidades y eso todos nosotros sabemos.

También es de dominio general que las cárceles brasileñas son insalubres y sobrepobladas, que no son concretizadas las determinaciones constantes de la LEP, qué genera un ambiente que, en vez de estimular a la resocialización, incentiva a la criminalidad, con formación de facciones que luchan por el poder intramuros en la falta de una fiscalización más efectiva, o mismo de una división entre los segregados (ya vamos a llegar en este punto). No voy aquí hacer mayores digresiones sobre el tema, incluso porque ya es objeto de buena parte de esta investigación.

Hechas tales aclaraciones, paso a los resultados.

He entrevistado en conjunto a las siguientes personas, conforme la tabla a seguir⁴⁰⁹. La mayor parte cursa enseñanza superior en la Universidad Estadual de Londrina – UEL, que

⁴⁰⁹ La entrevista en el CRESLON contempló a 9 (nueve) re-educandos, pero el proyecto ya tiene la adhesión de más de 20 (veinte), y algunos ya formados. Es que en dicho momento había sentenciados estudiando, y otros tantos trabajando. Quien cumple pena el régimen semiabierto también es autorizado a salir del establecimiento para trabajar.

es institución pública y los demás frecuentan facultades particulares, siendo becarios de las respectivas instituciones:

RE-EDUCANDO	CURSO SUPERIOR	REGIMEN DE CUMPLIMIENTO DE PENA
JAIR	Publicidad y propaganda	Cerrado
SÉRGIO	Ingeniería	Cerrado
LUCAS	Derecho	Semiabierto
ANDERSON	Servicio Social	Semiabierto
ANDERSON A.	Administración de Empresas	Semiabierto
BRUNO	Servicio Social	Cerrado
FABIANO	Administración de Empresas	Semiabierto
BOB CLONE	Servicio Social y Derecho	Cerrado
HERMÍNIO	Letras Portugués/Español	Cerrado

Esos sentenciados fueron apartados y no participan del convivio con los demás detenidos del régimen semiabierto del CRESLON. Duermen en un alojamiento con enchufes para carga de los aparatos de monitoreo, bien como computadoras para realización de los trabajos académicos. Aún, en lo que se refiere al monitoreo, los re-educandos en esa condición son instruidos a no divulgar a su condición de apenados en las respectivas facultades, mencionándola solamente si y cuando cuestionados. Tal medida evita la estigmatización de los re-educandos dentro de las aulas y ante al cuerpo docente. Conforme mencionado en esta investigación, el “estigma de detenido” acompaña al individuo dentro y fuera de la cárcel, haciendo con que su progresión a regímenes más amenos no modifique la estigmatización, siendo una de las barreras – si no la mayor – que debe romper con el regreso gradual al convivio social. Solamente la administración y rectoría de las Universidades tienen conocimiento de la condición de los re-educandos, incluso porque las instituciones son asociadas al proyecto, sin embargo, no divulgan el tema.

En lo que se refiere a la “estigmatización”, todos los oídos fueron unánimes en relatar su existencia, bien como el radical cambio de comportamiento de los colegas de facultad cuando es mencionada su condición de sentenciado. La mayoría tiende a alejarse y a aislar al sentenciado, mismo teniendo él adoptado buen comportamiento para con sus compañeros de aula. Incluso los entrevistados destacan que un cambio de visión de la sociedad en lo que se refiere al detenido ayudaría – y mucho – en su camino para la resocialización. Los re-educandos son unánimes en decir que la mayor parte de la masa carcelaria es “recuperable” y constituida de los llamados “criminosos ocasionales”, como los

pequeños traficantes, y quien practica crímenes patrimoniales de menor repercusión. Por otro lado, los re-educandos entrevistados afirman categóricamente que existen personas que no tienen perspectiva de recuperación, como muchos de los integrantes de organizaciones criminosas (tales como el PCC).

No se está aquí a defender la tesis lombrosiana del “criminoso nato”, pero sí refiero que la constatación de la imposibilidad de resocializarse a todos viene de quien está dentro de la cárcel, y esa fue una de las afirmaciones más sorprendentes que he escuchado. Hay innegablemente “criminosos profesionales” (los llamados “liderazgos negativos”, en la mayor parte integrante de facciones) y personas no interesadas en salir de esa espiral, mucho por cuenta de la seducción que la criminalidad organizada provoca. El crimen organizado dentro de un establecimiento penal ofrece en un primer momento lo que el Estado, personalizado en los servidores y agentes carcelarios, no ofrece. Es frecuente que personas sean reclutadas en cambio de apoyo intramuros, protección a familiares, drogas, entre otras necesidades, o mismo solamente la sensación de protección en contra un “Estado opresor”. Sin embargo, esas concesiones de favores y su aceptación a lo largo plazo pueden costar caro, obligando a una persona que muchas veces ingresó en la criminalidad al acaso a hacer de ella un estilo de vida. Y, como narrado en esta investigación, ese actual ambiente carcelario insalubre y donde todo falta, favorece ese mecanismo de reclutamiento por las organizaciones criminosas, bien como su empoderamiento y equipamiento. Es una verdadera “fábrica” de producción de criminosos. Incluso, es posible afirmar con base en los testimonios que tales organizaciones prefieren e incluso estimulan a la situación carcelaria caótica, pues en ella crecen a la medida que esclavizan personas al concedieren favores como “moneda de troca”. Caso las prisiones tuvieran un mínimo de salubridad y dignidad, no habría tanto espacio para la influencia negativa de las organizaciones criminosas.

Llama igualmente la atención que todos los entrevistados iniciaron sus estudios intramuros pensando solamente en la posibilidad de remisión de pena. Sin embargo, todos son unánimes en decir que la posibilidad de estudiar se les abrió la mente para todo un universo de posibilidades, que hizo con que tomaran gusto por el estudio, algo que no acontecía extramuros. Una vez que, la dificultad para estudiar es encontrada dentro y fuera del ambiente carcelario justamente por cuenta de los ejemplos que nortean la vida y el día a día de las personas apenadas, antes y durante esa condición.

Dentro de esa perspectiva, la separación entre los estudiantes y los que no quieren estudiar, así como entre sentenciados y detenidos provisorios, entre otras favorece la adopción de buenos comportamientos, pues los que pretenden estudiar intramuros se sentirán estimulados dentro de un ambiente con personas que comparten de los mismos intereses (como ocurre en el proyecto del CRESLON aquí referido).

En este sentido, llego al momento crucial de la entrevista, en que cuestiono a los re-educandos qué harían si tuvieran el poder de modificar solamente *una* característica del actual sistema carcelario. Y para mí sorpresa la respuesta unánime fue la mejora del mecanismo de separación de los detenidos. Actualmente, no hay un sistema de selección suficientemente eficiente, qué hace con que, por ejemplo, el pequeño traficante se quede en la misma celda de un líder de facción, qué facilita el reclutamiento de personas para la criminalidad. De misma forma, los que desean estudiar se quedan en celdas con personas que no comparten del mismo interés, dificultando el proceso de concentración y no raro propicia el abandono de los estudios. Afirman los entrevistados que la barrera para la resocialización no está solamente en el Estado, pero en el propio apenado, que además de no querer invertir en su rehabilitación muchas veces excluí y aísla aquél que la desea⁴¹⁰.

Por su parte, la pretendida separación encuentra eco en la nueva redacción de la LEP brasileña propuesta por el Proyecto de Ley del Senado (PLS) nº 513/2013. Su artículo 5º expresamente preconiza la clasificación de los presos provisionales y condenados según criterios de primariedad o reincidencia, régimen de cumplimiento de pena, escolarización y la previsión de alcance de derechos y término de cumplimiento de la pena, para orientar la individualización de la ejecución penal. Se trata de una medida importante y que va al encuentro de los anhelos de aquellos que están privados de su libertad. Además, el párrafo 2 establece que la pena se cumplirá en establecimientos distintos, de acuerdo con la naturaleza del delito, la edad y el sexo del apenado.

Parafraseando BOURDIEU, el *habitus* del estudio no condice con el actual *campus* formado por el sistema carcelario, en que prevalece la cultura del ocio y del cambio de favores como forma de sobrevivencia en un ambiente insalubre y carente de oportunidades de crecimiento y desarrollo personal. Los detenidos necesitan vencer no sólo a las dificultades inherentes al sistema, pero también a sus compañeros, y la separación entre ellos – cuya selección podría ser realizada por ellos propios, en conjunto con los agentes carcelarios y por la dirección del establecimiento – sería saludable para auxiliar a vencer a esa barrera. Para los entrevistados, el ideal de resocialización para ser alcanzado debe ser comprendido como una “vía de doble mano”, en que no basta solamente el estímulo por el Estado, pero la adhesión por el propio apenado. En este sentido, el llamado “examen criminológico”⁴¹¹, previsto en los arts. 6º y siguientes de la LEP, podría ser mejor

⁴¹⁰ Menciono que la necesidad de separación ya se encuentra consignada, aunque de forma más precaria, en la normativa internacional, a ejemplo de la Regla n. 11 de las llamadas “Reglas de Mandela” (disponibles en <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf> - acceso en 31.05.2018).

⁴¹¹ Sobre el tema cf. AQUINO DOS ANJOS, Icaro Leandro. *La importancia del examen criminológico en la ejecución penal*. 2016. Disponible en:

dimensionado y ejercer un importante papel en eso proceso inicial de selección, incluso mucho más que en el momento de la progresión de régimen (cuando es más utilizado)⁴¹².

Dejo claro que aquí no se trata de hacer una mera división binaria y matemática de los internos entre “peligrosos e inofensivos”, “normales y anormales, tal como cita FOUCAULT en su obra (referida en las líneas anteriores). Que se defiende es hacer una selección tal cual expuesta por los detenidos entrevistados, de forma a desarrollar potencialidades que se los auxiliarían en el proceso de reinserción social.

Otro punto destacado por los entrevistados es el estímulo a la formación de “buenos liderazgos” dentro del convivio carcelario, para que sirvan de ejemplo cuanto a la adopción de buenos comportamientos, en fomento a la llamada “espiral positiva”. Uno de los entrevistados cuenta que ya influenció con su comportamiento a otros compañeros de cárcel a invertir en los estudios. Como se dice, “las palabras convencen, pero los ejemplos arrastran”. En Londrina, tanto en la PEL-I como en la PEL-2 son ministradas clases regulares, tanto de primer como de segundo grado, de la cual participan centenas de re-educandos. Y repito que iniciativas como esas no son divulgadas, pero solamente lo que hay de peor dentro de establecimientos de esa naturaleza.

Los entrevistados también resaltan la necesidad de desarrollo de ocupaciones dentro de la cárcel, para evitar el ocio, que predomina en ambientes carcelarios y desestimula al individuo segregado. El estímulo al trabajo, la creación de oficinas profesionalizantes (prisión/escuela), la construcción de bibliotecas, todo eso contribuiría para que la mente de los re-educandos fuera ocupada, de surte a aprovechar la segregación de forma constructiva (palabra de los propios sentenciados entrevistados). Aquí nuevamente traemos el concepto de “emancipación” citado al inicio de esta investigación, pues es solamente a través de ella que será posible un *turn point*, en lo que se refiere a la cuestión carcelaria.

En este sentido, los entrevistados clamaron por mejor equipamiento de los establecimientos penales para favorecer al estudio, con inversión en bibliotecas, material didáctico y cursos pre-vestibulares. Incluso, los entrevistados están trabajando en un

<https://juridicocerto.com/p/icarodosanjos/artigos/a-importancia-do-exame-criminologico-na-execucao-penal-2340> (acceso en 10.04.2018).

⁴¹² La defensa del “examen criminológico” tiene por base el principio constitucional de la “individualización de la pena”, previsto en el art. 5º, XLVI, CF/88, reflejado en el art. 5º, de la LEP, que preconiza la separación de los detenidos según a sus “antecedentes y personalidad”. Conforme ya mencionado anteriormente, los propios detenidos desean la separación entre ellos, incluso para desarrollo de sus aptitudes individuales. Sin embargo, el referido “examen criminológico”, que podría ser un importante instrumento de individualización ejecutoria, se encuentra en la práctica subutilizado, ya que en vez de circunscribirse solamente al momento de evaluación de la “progresión de régimen” él debe ser realizado desde el inicio de la ejecución, con la finalidad precipua de buscar a la mejor forma de cumplimiento de la pena. Además, en los pocos casos en que realizado tal examen viene teniendo la finalidad distorsionada. Eso porque en muchas comarcas es basado meramente en los “antecedentes”, ya que no hay la tal “comisión técnica” disponible, mencionada en los arts. 6º y siguientes de la LEP, para hacer una evaluación de mayor profundidad.

proyecto en colaboración con las instituciones de enseñanza en donde estudian, para el funcionamiento de cursos pre-vestibulares intramuros, cuyas clases serían ministradas por ellos y por los propios colegas universitarios. Aquí defendemos, dentro de la perspectiva de esta investigación, que la adopción de tales iniciativas positivas podría originar remisión de pena, dentro de la óptica defendida al final del trabajo, de desarrollo y mejor aprovechamiento por el magistrado crítico y global que defendemos de este tan importante instituto.

En este mismo día de las entrevistas en el CRESLON regresé al Foro de Londrina, donde conocí a mi último entrevistado. Para resguardar su integridad (ya que en su entrevista el re-educando hace importantes revelaciones sobre la dinámica carcelaria), su nombre ficticio es CARLOS y con 24 (veinticuatro) años de edad ingresó al sistema penitenciario para cumplir una pena de 27 (veintisiete) años por crímenes como latrocinio (pena mayor que su propia edad). Vale recordar que difícilmente algún magistrado o alguien daría crédito a una persona sentenciada por eso crimen, que es visto como bárbaro, incluso por la gran cantidad de pena que se le es impuesta por el Código Penal brasileño (de 20 a 30 años de reclusión – art. 157, párrafo 3°, Código Penal).

CARLOS me ha contado que ingresó en el sistema penitenciario solamente teniendo concluido a la 7ª serie del 1º grado. Y que, al contrario de muchos de sus compañeros de cárcel, él tenía una familia relativamente estructurada y jamás fue adicto de bebidas o drogas. Según él, su ingreso en la criminalidad fue inducido por inmadurez y por cuenta de las amistades y no para sostener a cualquier vicio (qué a menudo se pasa). Cuando se dio cuenta, estaba practicando crímenes.

De esos 27 (veintisiete) años de condenación CARLOS permaneció por 8 (ocho) años y 2 (dos) meses en régimen cerrado, 2 (dos) años y 2 (dos) meses en régimen semiabierto y actualmente está cumpliendo pena en el régimen abierto con monitoreo electrónico.

Por cuenta de la larga condenación (27 años) CARLOS decidió estudiar solamente con el objetivo de “pagar” pena por la remisión. Mismo con todas las dificultades impuestas por la estructura carcelaria y por sus colegas de cela, CARLOS fue gradualmente “tomando gusto” por los estudios. Terminó la enseñanza fundamental, la enseñanza media e ingresó en la UEL en el curso de Derecho, uno de los más concurridos de la institución.

CARLOS es una de las únicas personas que habló con todas las letras que la prisión fue buena para él y para su familia. Fuera de la cárcel, él dejó temprano a la escuela y fue trabajar, sin tener la menor pretensión de volver a estudiar. Con su prisión, el padre se quedó deprimido por tener un hijo detenido y su hermana igualmente abandonó a los estudios. El hecho de tener comenzado a cursar una concurrida facultad estimuló positivamente incluso a su hermana, que también volvió a las cillas escolares y hoy también

es universitaria. Es estudio sirvió de ejemplo y reflejó positivamente en la familia de CARLOS, que puede ser considerada estructurada, pero desestabilizada por cuenta de la prisión de uno de sus integrantes.

Refuerza el entrevistado que la mayoría de los detenidos necesita solamente de oportunidades y que la minoría es considerada “mala”. En este sentido, CARLOS destaca que es urgente que se dé un tratamiento humanitario dentro de la cárcel, no en el sentido de proteger y tratar al re-educando como “pobrecito”, pero sí propiciarle medios para que pueda alcanzar a su resocialización. Una vez más, hay la convergencia de que dijo el entrevistado al concepto de “emancipación” aquí defendido.

Refuerza el entrevistado el dicho por sus colegas de CRESLON, cuanto a la necesidad de separación entre los detenidos y que podría ser hecha por la propia dirección del establecimiento, que conoce más que nadie “quien es quien” dentro de la cárcel. Destaca que el contexto en el cual el segregado está insertado, sea intra o extramuros, influencia en gran medida a su comportamiento y estimula a la criminalidad. Además, el modelo carcelario tal como está solamente desestimula a los buenos comportamientos y buenas iniciativas y favorece el apareamiento de malos liderazgos, especialmente provenientes del crimen organizado. De acuerdo con él, aquellos que quieren usar la cárcel como forma de mejorar a su comportamiento y su vida están sujetos a los que no quieren que eso ocurra. Según relata, el sistema debería estimular, en la forma de una especie de premiación, a los buenos comportamientos y las buenas prácticas adoptadas por los apenados.

Otro punto importante enfatizado en esa entrevista es la necesidad, tanto de los administradores de presidios como de los jueces y promotores de la ejecución penal, observaren al detenido del inicio del cumplimiento de la pena para adelante, sin indagar la naturaleza del crimen cometido, bien como la pena aplicada. Ese cambio de mentalidad favorecería y estimularía comportamientos positivos. Conforme relatado líneas anteriores, CARLOS es condenado por latrocinio a una pena bastante elevada, y caso tal hecho fuera tomado en consideración por el juez de la ejecución penal seguramente no estaría en la condición que actualmente está. Hoy CARLOS cumple pena en el régimen abierto con monitoreo electrónico, trabaja como voluntario en el Ministerio Público (órgano paradójicamente responsable por su condenación) y hace práctica remunerada en una oficina de abogacía. Tiene pretensión de recibirse, pasar en el examen de la OAB y quizás prestar un concurso público. Pero CARLOS sabe de las dificultades que todavía tiene que enfrentar, sobre todo en lo que se refiere a la influencia de sus antecedentes en una aprobación en la OAB o en un certamen público.

Pregunté a CARLOS como hizo para “sobrevivir” en el sistema carcelario. Él me contestó que como el sistema en sí no trata, tampoco rehabilita (surte el efecto en contrario,

tal cual defendemos en esta investigación), hay 3 (tres) reglas para sobrevivencia: neutralidad, violencia y astucia. Es necesario que el sentenciado sea “neutro” y no tome partidos, especialmente con relación a los liderazgos de facción dominantes en el local. También el apenado tiene que ser violento, o al menos “fingir bien que sea”. Y la astucia es necesaria para que esquivarse de las situaciones. Otro punto importante es que dentro de la organización carcelaria los “papeles” parecen en un primer momento estar reversos: quien tendría que proteger al detenido se lo oprime y el que está condenado es el primer a estirarle la mano al compañero en contra eso “Estado opresor”. Sólo que esos favores concedidos muchas veces cuestan caro y quien los acepta acaba creando deudas con la criminalidad, muchas veces difíciles de saldar, qué hace con que el criminoso ocasional entre de vez en el mundo del crimen. El propio entrevistado narra que cuando ingresó en uno de los pasillos del presidio “fue golpeado” sin motivos por un agente carcelario. Eso tipo de iniciativa genera revuelta y hace con que muchas veces las víctimas de esos episodios de violencia gratuita acaben uniéndose al crimen organizado en contra el tal “Estado opresor”. Y, según el entrevistado, una vez la persona entrando en esa espiral se abren solamente dos caminos: la continuación en el crimen o el “cementerio”. Esa analogía refuerza su punto de vista respecto a la necesidad de separación dentro de los establecimientos penales.

Para concluir eso apartado, nos quedamos con la idea de “humanización” de la ejecución penal, destacada por todos los entrevistados. Pero esa humanización debe tener el sentido de “emancipación” aquí defendidos, sea a través de la separación entre los apenados, sea, aún, por estimulación a la adopción de liderazgos y comportamientos positivos. En este particular, la ampliación y mejor difusión del instituto de remisión de pena por un juez global y comprometido con el “principio de la humanidad” (a seguir detallado) podría cumplir un importante papel para la reversión de la dinámica de la ejecución penal en Brasil.

6.8. Crítica a la actuación del poder Judicial en el ámbito de la ejecución penal

Mucho tengo escuchado respecto a la omisión estatal en el tratamiento del tema ejecución penal. Hay omisión en lo que hay de más elemental para una sociedad auto-conducirse de forma satisfactoria. Salud, educación y seguridad son los ítems más importantes que me vienen a la cabeza, sin decir en inúmeros otros. La corrupción desenfadada, que tomó cuenta de las instituciones públicas brasileñas, hace con que cualquier mejora en lo que es deber de Estado pase a ser objeto de ganga, en que pocos ganan, pero la sociedad como un todo pierde.

No es novedad, tampoco objeto de discusión, la responsabilidad estatal por su (in)acción respecto al tema ejecución penal. Como afirma FERRAJOLI, "... al ser el preso confiado a la ejecución carcelaria, su persona debe ser considerada sagrada y la institución carcelaria debe ser la primera responsable de cualquier violación de sus derechos"⁴¹³. En otras palabras, no es posible aceptar que el Estado se haga completamente ausente en un local paradójicamente sujeto a su total control, permitiendo el establecimiento de la fuerza privada y de la "ley del más fuerte" en una especie de sociedad paralela sin ley y sin control. Parece que, tanto para el Estado como para la sociedad en general, el dicho popular "qué los ojos no ven, el corazón no siente" se aplica a las "cárceles de la miseria" de este País.

Pero, pensar que solamente el Estado tiene el deber de actuar es un raciocinio realmente simplista. En caso eso fuera un 100% (cien por ciento) verdadero, yo no tendría razón para escribir una tesis de doctorado sobre el tema. Podría terminar por aquí y decir que eso "estado de cosas inconstitucionales" – para utilizar el término acuñado por el STF en el paradigmático juzgamiento de la Medida Cautelar en el ámbito de la Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 247/DF, referido con más lentitud en el transcurso de esta investigación – es culpa exclusivamente del Poder Ejecutivo y él que remende a la situación. El objetivo de la Corte Colombiana al firmar ese concepto de "estado de cosas inconstitucionales" es de poner la cuestión carcelaria en la agenda gubernamental, atrayendo una actuación conjunta y coordinada de los diversos órganos y Poderes – Ejecutivo, Legislativo, Judicial, Ministerio Público, Defensoría Pública, abogacía, órganos de seguridad pública, de administración carcelaria, solamente para citar a algunos.

Pensar, aún, que eventual actuación del Poder Judicial se trataría de activismo judicial, que incentivaría a la perpetuación de la situación de omisión, bajo mi óptica, también es estrechar demasiado al espectro de análisis del problema. Una vez que, no podemos quedar "de brazos cruzados" esperando el Estado actuar, porque eso no va a pasar, especialmente en ese escenario de posmodernismo, en que la minimización de la estructura es una realidad prácticamente irreversible, por lo menos a corto y medio plazos. Importante considerar que, según nuestro sistema legal, la ejecución de pena está "judicializada" y es todavía tramitada en la Vara de Ejecución Penal. Mientras prevalecer esa realidad, es *deber* del juez no quedarse inerte y trascender a una actuación meramente burocrática, de análisis objetiva de los requisitos para la fruición de beneficios penales y penitenciarios por parte de los sentenciados.

Y aquí quiero enfrentar tal vez a la crítica más importante y potente en contra a la posibilidad del diseño de un "magistrado crítico y global" en el ámbito de la ejecución penal/

⁴¹³ FERRAJOLI, Luigi. Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2016, n. 11, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783> (acceso en 13.04.2018).

vigilancia penitenciaria que hoy está instalada, crítica esta llevada a efecto por nombres, como el del eminente magistrado LUIGI FERRAJOLI. Como se trata de afirmaciones hechas por alguien que conoce a fondo al sistema jurisdiccional (especialmente el italiano, pero cuya dinámica se asemeja a la brasileña), es necesario firmar premisas epistemológicas, para fines de legitimar lo que defiende en la secuencia. Por lo tanto, aquí llegamos en un momento crucial.

En *Derecho y Razón*⁴¹⁴ FERRAJOLI teje una severa crítica al llamado *juez de vigilancia penitenciaria* (equivalente al magistrado de ejecución penal brasileño), raciocinio que es mejorado en su reciente artículo *Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional*⁴¹⁵. En síntesis, el maestro parte de la premisa del carácter estrictamente disciplinar de la ejecución de la pena, que contemplaría a la contradictoria dualidad entre “cumplimiento” y “resocialización”. Esa verdadera “contradicción institucional” hace con que el juez de la ejecución penal tenga un poder inmenso e incontrolable (“discrecionalidad administrativa”), generando en la práctica una actuación despótica y antidemocrática, por mejor intencionado que sea el magistrado.

En suma, para el maestro, el juez de ejecución penal (o de vigilancia penitenciaria) difícilmente logrará superar a eso carácter arbitrario inherente a su actuación disciplinar, porque mismo que el magistrado tenga buenas intenciones, seguirá pronunciándose sobre incidentes penitenciarios (en el caso brasileño, básicamente progresión y regresión de régimen), que reduce a su actividad para una actuación administrativa-judicial, y no jurisdiccional. Para FERRAJOLI, el trazo característico de una actividad verdaderamente jurisdiccional es la pronuncia del magistrado sobre “hechos” y no sobre “inclinaciones, peligrosidad, buena conducta”, que son normalmente analizadas al momento de la ejecución de la pena. Para el maestro, “... las violaciones de los derechos de los presos son a tal punto intrínsecas a la detención carcelaria”, siendo prácticamente imposible garantizar derechos humanos en su interior.

Con todo, osó discordar en parte, con la máxima humildad, del maestro FERRAJOLI. Como estoy prácticamente en el inicio de la magistratura y todavía tengo mucha “carrera por la frente”, no puedo darme al lujo de ser tan pesimista. Por otro lado, no es posible ser tan ingenua, a punto de creer que el “estado de cosas inconstitucionales” va a cesar “de la noche para el día”, y el Estado asumirá a su efectiva función dentro de la ejecución penal, siendo garantizados derechos humanos a las personas privadas de su libertad. Estoy

⁴¹⁴ *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (título original *Diritto e Ragione. Teoria del Garantismo Penal*, trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares y Luiz Flávio Gomes). 3ª ed., São Paulo: Revista de los Tribunales, 2002.

⁴¹⁵ FERRAJOLI, Luigi. *Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. Revista Crítica Penal y Poder*. 2016, n. 11, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783> (acceso en 13.04.2018).

manejando con un contexto, que difícilmente va a cambiarse al corto y medio plazos, salvo proyectos de cambio de la Ley de Ejecución Penal, que mal se sabe cuándo será efectivamente convertido en ley. Luego, tengo que buscar, dentro de mi realidad y del sistema que me es puesto, una forma de tener una actuación garantista para allá de la actuación disciplinaria, que es inherente al cargo de juez de ejecución penal (y eso estoy de acuerdo con el maestro). Y me voy a seguir intentando. Una vez que, THOMAS EDISON hizo nada menos que 700 (setecientos) experimentos antes de llegar a la lámpara eléctrica. Según él, no hubo 700 fracasos, pero sí fueron dados 700 pasos rumbo al éxito final.

No puedo decir que no concuerdo con FERRAJOLI y la contradicción intrínseca al sistema parece realmente insuperable. Sería una inaceptable ingenuidad mía pensar que eso puede mágicamente cambiar. Sin embargo, entiendo que nada es absoluto y en la propia *contradicción institucional* es posible localizar una “zona gris”, dentro de la cual sea posible trabajar con enfoque más jurisdiccional y menos administrativo-disciplinar.

Y uno de los ejemplos más emblemáticos que puedo dar (y que aquí defiendo vehementemente) es la actuación del magistrado de ejecución penal en el ámbito de las acciones civiles públicas manejadas por el Ministerio Público, visando básicamente a la interdicción de establecimientos penitenciarios no condicionados con el principio de la dignidad humana. Al decidir en demandas de esa naturaleza, el juez asume verdadera función garantista y jurisdiccional, visando salvaguardar a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad. Y esa iniciativa es posible de ser implementada y difundida en el día a día del magistrado de ejecución penal. Y es justamente de eso que se trata esta investigación: idealizar soluciones prácticas para ser de inmediato adoptadas, aunque perdure eso “estado de cosas institucionales”.

Otro importante ejemplo que también puedo citar, como forma de revertir a la dinámica de *discrecionalidad administrativa* incontrolada por parte de los magistrados, es el redimensionamiento de institutos inherentes a la ejecución penal, como es el caso de la remisión de pena, propuesta esta defendida en esta investigación y que será referida con más lentitud en la secuencia.

Es cierto que la ejecución penal de jurisdicción no se trata (al menos en su mayor parte) y en eso estoy de acuerdo con FERRAJOLI y RIVERA BEIRAS. También concuerdo con RIVERA BEIRAS, en el sentido de que la alternativa posible y que será más efectiva sería una transformación radical y reduccionista de la opción segregativa⁴¹⁶. Esta tesis no tiene la menor pretensión de contestar a las conclusiones tomadas por maestros que estudian hace años el tema en diversos ordenamientos jurídicos. Solamente quiero defender a una alternativa posible de ser inmediatamente implementada dentro de que actualmente existe

⁴¹⁶ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017, p. 70 y siguientes.

en Brasil, qué ciertamente repercutirá a medio y largo plazos en la evolución para soluciones “a pesar de la cárcel” y no “a través de la cárcel”.

Entiendo que es posible modificar ese cuadro para que el “magistrado crítico y global”, en vez de circunscribirse a analizar matemáticamente a beneficios y a evaluar aspectos subjetivos de los sentenciados, pueda tener una actuación realmente proactiva y transformadora, en el sentido de garantizar a la obediencia de los derechos humanos fundamentales de las personas privadas de su libertad, siempre escuchando, a nombre del principio del contradictorio, la defensa del re-educando, para que pueda considerar las situaciones concretas que surgen en el día a día de la personalidad del re-educando. Una vez que, la punición de alguien debe mayoritariamente llevar en cuenta qué hizo ese individuo, y no qué lo es⁴¹⁷.

En este sentido, defiendo vehementemente a la realización de la llamada “audiencia de custodia”⁴¹⁸ juntamente con la “audiencia de justificación” del re-educando⁴¹⁹, que se sucede cuando es retrocedido cautelarmente de régimen por el cometimiento, en tesis, de falta grave. Tratase de “oportunidad de oro”, en que es posible escuchar al sentenciado, bien como analizar a las justificaciones por él presentadas para el incumplimiento de determinada medida. Como la realidad de la mayor parte de las personas encarceladas es de extrema pobreza, es posible oír a las más diversas justificativas plausibles, desde la imposibilidad de comprobación de empleo por cuenta de la crisis económica que reduce a los puestos de trabajo hasta la falta de local con enchufe para recargar el equipo de monitoreo electrónico (que ocurre con las personas en “situación de calle”). Recientemente he manejado con el caso de una re-educanda condenada por tráfico de drogas, que estaba cumpliendo medida en régimen “semiabierto adaptado” (prisión domiciliar) y fue nuevamente sorprendida portando cantidad de estupefaciente. Tratase de caso clásico de regresión de pena según el art. 118, I, LEP, recordando que la mera noticia de práctica de nuevo crimen conlleva

⁴¹⁷ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Op. cit., p. 65-66.

⁴¹⁸ Instrumento que tiene origen en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil, entre ellos el art. 7°, 5, de la Convención Americana sobre Derechos humanos/“Pacto de San Jose de Costa Rica”, que establece que: “toda persona detenida o retenida debe de ser conducida, sin demora, a la presencia de un juez u otra autoridad autorizada por la ley a ejercer funciones judiciales y tiene derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que prosiga el proceso. Su libertad puede ser condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en juicio”. Mismo no prevista en ley, esa audiencia viene siendo realizada en diversos Estados de la federación cuando de la prisión de alguien en flagrante, conforme Resolución CNJ 213/2015, que impone su presentación en 24 (veinticuatro) horas de la comunicación del flagrante para ser oída sobre las circunstancias en que realizada la prisión. Por mi experiencia, tal audiencia viene reduciendo drásticamente a la cantidad de prisiones preventivas decretadas, ya que el juez puede en contacto con el detenido evaluar mejor al caso. Registro que las audiencias de custodia pasarían a ser oficializadas en el marco del art. 5o, párrafo 3o, del PLS 513/2013, que como ya enfatizado pretende modificar la Ley de Ejecución Penal brasileña.

⁴¹⁹ Asegurada en el art. 118, párrafo 2°, LEP.

regresión definitiva de régimen⁴²⁰. Con todo, esa misma re-educanda está embarazada, qué cambia completamente la situación, pasando a importar el “superior interés del niño” y no la letra fría de la ley. En este sentido, entiendo que el juez ejerce verdadero *ius dicere* en el caso concreto, pues es posible alejar la aplicación de la ley en nombre de un principio con carga axiológica mucho mayor.

Evolucionando aún más en el raciocinio, es claro que no es tarea del Poder Judicial construir establecimientos penales, dirigir tales establecimientos, entre otras funciones inherentes exclusivamente al Estado. Pero es posible hacer más, independientemente del magistrado ser o no considerado “garantista” (que para la mayoría de los colegas es un “demérito”). Además, esos rotulados no ayudan en nada. Ser o no garantista no es exactamente la cuestión, ya que esa discusión es más pertinente en el momento de fijación de la pena y obviamente tiene fundamental importancia para minimizar las entradas en el sistema carcelario. Ya la ejecución de pena es otro universo, que debe partir del inicio del cumplimiento de la pena para adelante, sea fijada con más o menos rigor. En otras palabras, mismo el magistrado no siendo “garantista” al momento del proceso de conocimiento (por su opción ideológica) necesariamente tiene que ser garantista (en el sentido de garantizar derechos humanos) al momento de la ejecución de pena, a fin de concretar el aforismo de ULPiano *suum cuique tribuere*, o sea, dar a cada sentenciado qué es suyo, en la exacta medida constante de la sentencia, no pudiendo su situación ser indebidamente agravada.

Además de la acción civil pública y de la remisión antes citadas, otro ejemplo práctico (y de carácter eminentemente *jurisdiccional*) irá auxiliar a ilustrar el cambio de postura que vengo aquí ofrecer. Lógicamente, aquí no citaré nombres y referencias, incluso por el sigilo que debe resguardar charlas en grupos cerrados, como el de WhatsApp.

El TJ/PR venía defendiendo en sus Cámaras Criminales (excepto la 3ª Cámara, que ostenta entendimiento diverso) que la fecha-base para la concesión de beneficios en la ejecución penal – entre ellos la progresión de régimen – debe de ser la una del tránsito en juzgado del proceso para la acusación y no la fecha de la última prisión registrada por el individuo sentenciado⁴²¹. Tal entendimiento se alinea al defendido por el STJ, corte suprema en la interpretación de la legislación federal⁴²².

⁴²⁰ Según a la ley y a la jurisprudencia, el propio delito de uso de sustancia estupefaciente, no obstante, sea considerado un “crimen híbrido”, ya que no es apenado con restricción de libertad, es suficiente para caracterizar a “falta grave” en virtud del comportamiento inadecuado del re-educando.

⁴²¹ Cf. entre todas, sentencia proferida en el juzgamiento del Agravo en Ejecución 1568892-9, Relator Desembargador JOSÉ CICHOCKI NETO de la 3ª Cámara Criminal del TJ/PR, j. en 13.10.2016 y decisión monocrática proferida en el juzgamiento del Recurso de Agravo 1564359-3, Relator Desembargador NAOR R. DE MACEDO NETO de la 1ª Cámara Criminal del TJ/PR, j. en 30.08.2016. Disponible en: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia> (acceso en 29.11.2016).

⁴²² HC 260.950/MG, 6ª Turma, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, j. en 03.02.2015, DJe 13/02/2015. Disponible en: www.stj.jus.br (acceso en 18.10.2016).

Aunque se trate de posicionamiento que sigue estrictamente a lo que fue determinado por una corte superior, no es exento de críticas. Primeramente – y la más importante – es que hace con que el detenido sea rehén de la demora inherente a la máquina judicial, pues solamente podría disfrutar de los beneficios de la ejecución penal (como el derecho a la progresión de régimen) con el tránsito en juzgado de la última condenación ostentada por el sentenciado detenido. Y ese tránsito en juzgado podría llevar años para sucederse, qué haría con que el individuo tuviera que permanecer en el mismo régimen mismo que al final del proceso su pena no registre alteración. En la práctica, el periodo que el sentenciado cumplió a su pena “por anticipación” (tras su última prisión) sería desconsiderado.

Luego, suponiendo que un sentenciado tenga cumplido a la primera pena 2 (dos) años después de la última prisión, pero continúe detenido aguardando al juzgamiento de una nueva pena de 3 (tres) años de régimen inicial cerrado y que haya una demora de 5 (cinco) años para la sentencia por el segundo delito transitar en juzgado (qué no es anormal de ocurrir, considerando a todas las instancias del Poder Judicial brasileño y las inúmeras posibilidades apelativas), se tiene que cuando del tránsito en juzgado el sentenciado ya tendría cumplido a la totalidad de su segunda condenación sin que se le asegurase el derecho legal a los beneficios constantes de la LEP, entre ellos el de progresión de régimen. En otras palabras, el detenido cumplirá a toda su pena en régimen cerrado y más gravoso que el uno que alcanzaría con la implementación de su derecho a progresión y a detracción de pena (art. 44, párrafo 4°, del Código Penal), generando un verdadero “represamiento” del régimen cerrado, contribuyendo para la situación de sobrepoblación carcelaria que hoy vivenciamos.

Además de eso, los defensores del entendimiento del Egregio STJ alegan que modificar a la fecha-base para la última prisión significaría beneficiar indebidamente al sentenciado multi-reincidente. Sin embargo, en los casos presentados, el sentenciado es un reincidente, pero en regla cumpliendo a la pena anterior en régimen sin restricción de libertad. Luego, cuando hay una unificación y detracción normalmente es de una pena fijada en régimen cerrado y otra en régimen más blando (semiabierto o abierto). Y, en ese caso debe prevalecer el comando constitucional presente en el art. 5°, LXVI, CF/88 (principio de la “libertad del hombre”), tal cual preconizado por la 3ª Cámara Criminal del TJ/PR⁴²³.

También destaco que la diversidad de entendimientos sobre el tema, específicamente en el ámbito del TJ/PR y de la magistratura de ese Estado puede ocasionar situaciones bizarras, como de eventual transferencia de un detenido de una comarca a otra poder

⁴²³ Citado en la sentencia de la 3ª Cámara Criminal del TJ/PR proferido en el Proceso 1488998-0, Rel. Des. GAMALIEL SEME SCAFF, j. en 29.09.2016. disponible en: <https://portal.tjpr.jus.br/jurisprudencia/j/12244257/Ac%C3%B3rd%C3%A3o-1488998-0> (acceso en 18.10.2016).

cambiarse, de forma demasiado radical, la fecha prevista para su progresión, en flagrante contrariedad al principio de la seguridad jurídica. Además de eso, se está a conferir al Ministerio Público, al decidir si va o no recurrir, una indebida facultad de “controlar” a la posibilidad de progresión por parte de un determinado individuo condenado en primera instancia.

En eso caso concreto, la solución legal adoptada por la 3ª Cámara Criminal del TJ/PR no es simplemente la más favorable al re-educando. Al contrario de que sustentan aquellos que defienden el rigor de la ejecución como fin en sí mismo, entiendo que esa es la solución justa y que considera el periodo de cumplimiento de la pena desde la última prisión, que debe ser considerado. No hay nada que diga que los beneficios de la ejecución penal deben ser sustraídos de los sentenciados considerados multi-reincidentes. La ley debe ser cumplida, independientemente de pensar que eso ciudadano, aparentemente de mayor peligrosidad, no debe ser beneficiado.

Afortunadamente, el entendimiento del STJ sobre la materia parece estar cambiando, y su nueva orientación viene repercutiendo en el ámbito de las cortes estaduais, entre ellas el TJ/PR⁴²⁴. Reciente decisión proferida por su Tercera Sección fija a la última prisión como fecha-base para el conteo de beneficios penales⁴²⁵. Tratase de un marco en la ejecución penal, ya que se quedó expresamente reconocido que eventual desconsideración del periodo de cumplimiento desde la fecha de la última segregación caracteriza exceso de ejecución.

Bien a propósito del tema, esos días estaba leyendo uno de los inúmeros grupos de WhatsApp del cual participo, compuesto por magistrados y ha surgido justamente el tema de la fecha-base para la progresión de régimen: si de la fecha de la última prisión o del tránsito en juzgado para la acusación. Un colega, juez de ejecución penal manifestó su perplejidad con el rumbo tomado por la jurisprudencia mayoritaria del TJ/PR, que de forma mayoritaria todavía considera la hipótesis menos benéfica al reo (tránsito en juzgado de la última condenación) y rogó, de forma demasiado educada, para que los desembargadores revisen a su posición, pues no se trata de mero garantismo, pero de justicia y alejamiento del arbitrio. Una vez que, como ya subrayado, el tránsito en juzgado para la acusación puede demorar meses o años, mientras que el detenido se queda en la condición en que está indefinidamente, abarrotando al sistema carcelario y sin el derecho a los beneficios legales que, independientemente de ser buenos o malos, están en la ley y deben ser asegurados

⁴²⁴ Cf. sentencia en Recurso de Agravo a la Ejecución 2308-23.2018.8.16.0045, 5ª Cámara Criminal, Rel. Des. MARIA JOSÉ TEIXEIRA, j. en 07.06.2018. La relatora compartía del entendimiento por la adopción de la fecha del tránsito en juzgado de la última condenación para la concesión de beneficios penales, sin embargo, modificó a su posicionamiento por cuenta del juzgamiento de la 3ª Sección del STJ.

⁴²⁵ Recurso Especial 1.557.461/SC, 3ª Sección, Rel. Ministro ROGERIO SCHIETTI CRUZ, j. en 22.02.2018. Disponible en: www.stj.jus.br (acceso en 16.06.2018).

por el juez. La respuesta inusitada de un colega fue de que el insatisfecho con la jurisprudencia “absolviese a todos”, a fin de evitar el caos en el sistema carcelario.

Esa reacción, *data venia* limitada, ilustra bien el cambio de mentalidad que se pretende proponer en este trabajo. La tolerancia a las críticas debe hacer parte del rol de calidades de un magistrado, cualquier que sea la instancia a que pertenece. Incluso porque en el caso concreto citado no se trata de hacer una especie de “adaptación jurídica” (en otras palabras, invención jurídica), normalmente aplicada para el enfrentamiento de un sistema fallido y que no cuenta con apoyo estatal para cambiarse. Aquí, como ya demostrado, tratase de asegurar a un derecho. E independientemente de un ciudadano ser multi-reincidente no se pude atribuirle eventual demora en el juzgamiento de un recurso de la acusación. Y cabe al juez de ejecución penal, dentro de su función *jurisdiccional*, decidir sobre eso hecho en particular, que no tiene relación con ningún re-educando en sí (o con cualquier carácter subjetivo que permea a la actividad administrativo-judicial del magistrado), pero sí con una manera más coherente y justa de contabilizar a los plazos para consecución de los beneficios penales. Y la “justicia” es el bien que alcanzar por el actuar del magistrado.

El mensaje que deseo pasar es de que, una de las características del magistrado “global” que defendemos es, además de su humildad y apertura a discusiones, su preocupación en interpretar a ritos procesales, de suerte a buscar siempre a la máxima efectividad al proceso. Eso no puede ser considerado arbitrio, muy al contrario. El juez, amparado en la propia ley procesal penal puede – y debe – buscar a la mejor y más efectiva solución para el caso. Una vez que, nos cabe punir a una conducta, pero jamás el papel de “verdugos o vengadores”, agravándose allá del necesario a la situación de un detenido, mismo que sea considerado peligroso o multi-reincidente, que para fines de ejecución penal no se le interesa.

Justamente como forma de no agravar más que el necesario a la situación de la persona encarcelada (perspectiva de la reducción de daños), la actuación del Poder Judicial debe sufrir una metamorfosis, a fin de garantizar de forma efectiva (y no meramente retórica) que alcance a una de las máximas romana de justicia de ULPIANO, que es de “dar a cada uno que es suyo” (*suum cuique tribuere*).

En este exacto sentido, y entre muchas sugerencias apuntadas por la doctrina, destaco a las importantes premisas invocadas por DUQUE ESTRADA ROIG en reciente conferencia proferida en *Workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs)⁴²⁶, ya que tratase de evento justamente direccionado a los

⁴²⁶ Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbeafd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 16.11.2016), p. 58.

integrantes del Poder Judicial. Pasamos a sintetizar algunas de sus interesantes conclusiones:

(i) Jamás un principio de ejecución penal puede ser invocado para justificar restricción de derechos o mayor punición, ya que los principios atienden a la finalidad de protección del individuo y no a los propósitos punitivos estatales;

(ii) La interpelación de los principios de ejecución penal debe ser *pro homine*, de suerte a enaltecer a la ampliación del ejercicio de derechos;

(iii) Como ya mencionado en este trabajo, ninguna ofensa a derechos humanos debe ser justificada por el principio de la “reserva del posible”, siendo esta la regla reflejada en el art. 4° de las Reglas Penitenciarias Europeas;

(iv) Personas detenidas deben ser encarceladas como estando en situación de vulnerabilidad, justamente por depender del Estado para la satisfacción de sus necesidades elementares;

(v) Los derechos humanos y fundamentales de los detenidos deben ser tutelados, aunque la opinión pública y los medios de comunicación manifiéstense contrariamente. Vale recordar que la crisis carcelaria rutinariamente vehiculada por los medios de comunicación solamente muestra la “punta del iceberg”, o sea, revela superficialmente al problema a través mayoritariamente de la exploración de la tragedia humana, que potencializa a la sed punitiva, que en nada contribuye para la solución del problema carcelario⁴²⁷;

(vi) Debe haber una corrección de la carga probatoria en el proceso de ejecución penal. Esa tal vez sea una de las más importantes iniciativas, que pueden ser adoptadas por el Poder Judicial, ya que traduce un efectivo cambio de mentalidad y resguardado al principio de la dignidad de la persona humana;

(vii) Comprensión de que el fenómeno de la sobrepoblación carcelaria en Brasil no es episódico o de emergencia, pero sí estructural⁴²⁸ y que debe ser corregido, bajo pena de ser adoptadas medidas enérgicas. Debe haber penalización para la omisión estatal, en la línea de reciente decisión del STF que, aunque tenga suscitado demasiada polémica y crítica (en el sentido de que la concesión de indemnización al detenido víctima de la sobrepoblación no

⁴²⁷ Uno de los ejemplos de equivocada percepción de la realidad fomentado por los medios de comunicación está en las salidas temporarias de detenidos. Ocurre que no se divulga que el índice de regreso supera a los 95% (noventa y cinco por ciento) de los casos (cf. <http://g1.globo.com/politica/noticia/2015/01/466-dos-presos-beneficiados-pela-saida-temporaria-nao-retornam.html>, acceso en 11.06.2017). De la misma manera, la prensa no le da espacio para las iniciativas positivas en la experiencia carcelaria, como las APACs, los centros de resocialización, los talleres de trabajo, entre otras. Se hace negativo en exceso y no se valora a lo que hay de bueno.

⁴²⁸ Como antes mencionado, viene desde la época poscolonial.

resolvería a los problemas inherentes al sistema carcelario), representa el inicio de un cambio de mentalidad sobre el tema⁴²⁹.

Todavía sobre el tema, vamos más allá para recoger fragmento de testimonio dado por un detenido en reciente visita realizada por la Ministra Carmem Lúcia del STF al Presidio Central de Porto Alegre⁴³⁰: "... el crimen no es una facción, no es una persona que coordina. El crimen es una situación social, que es viva, es orgánica y trabaja por cuenta propia". Luego, de la misma forma que el problema carcelario es estructural y crónico, el crimen también lo es. Ambos están arraigados, enraizados en nuestra estructura social, siendo la criminalidad reflejo de una sociedad enferma y en crisis no solamente económica, como social y moral. La sobrepoblación es, por lo tanto, el primer y más grande hecho generador de la crisis justamente porque posibilita a la dominación del más flaco por el más fuerte (a través de la actuación de las facciones).

(viii) Influencia del tratamiento arbitrario del detenido en el cómputo de su pena remanente, conclusión esta extraída de encuesta capitaneada por ZAFFARONI y otros investigadores, intitulada "Medida cualitativa de prisión en el proceso de ejecución de la pena" (2013). Significa decir que, cuanto mayor el tratamiento arbitrario dado al detenido, más debe repercutir para reducir a su pena, ya que ultrapasa a la punición admitida en Ley, en la Constitución Federal y en tratados internacionales de derechos humanos.

(ix) Adopción del principio del *numerus clausus*, o sea, una entrada en el sistema carcelario debe corresponder necesariamente a una salida, valiendo siempre recordar que esa política del "entra uno sale uno" no puede ser aplicada de forma aislada, debiendo venir acompañada de políticas estatales públicas de evolución cualitativa del sistema ejecutorio. Muchas de esas críticas serán tratadas en capítulo, en el cual relacionaremos algunas iniciativas para el tratamiento del tema "ejecución penal".

Aquí hacemos un paréntesis para exponer la nueva redacción del Proyecto de Ley del Senado (PLS) n. 513/2013 (que pretende alterar a la LEP brasileña), que está en tramitación. El Proyecto expresamente consagra en el artículo 114-A el principio del *numerus clausus* al establecer la prohibición de acomodación de presos en los establecimientos penales en número superior a su capacidad, debiendo el juez de vigilancia

⁴²⁹ Según el STF, "... considerando que es deber del Estado, impuesto por el sistema normativo, mantener en sus presidios los estándares mínimos de humanidad previstos en el ordenamiento jurídico, es de su responsabilidad, en los términos del art. 37, § 6º, de la Constitución, la obligación de resarcir a los daños, incluso morales, comprobadamente causados a los detenidos en consecuencia de la falta o insuficiencia de condiciones legales de encarcelamiento". Extracto del juzgamiento disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo854.htm#Responsabilidade%20civil%20do%20Estado:%20superpopula%C3%A7%C3%A3o%20carcer%C3%A1ria%20e%20dever%20de%20indenizar%20-%204> (acceso en 03.03.2017).

⁴³⁰ Noticia disponible en: <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=329848> (acceso en 14.11.2016).

penitenciaria convocar a “fuerza trabajo especial” (los llamados “mutirões penitenciários”) siempre que si exceda la capacidad del establecimiento. Sin embargo, como se verá a continuación, la adopción pura y simple de una “fuerza trabajo especial” sólo ataca las *consecuencias* del problema carcelario y no su *causa*, siendo legítima la adopción de este mecanismo sólo si asociado a otras medidas de igual o mayor efectividad para ataque a la raíz del problema.

Nuevamente resalto que la culpa del caos en el sistema penitenciario no es exclusiva del Poder Judicial, tampoco debe ser el único responsable por cambiar eso llamado “estado de cosas inconstitucionales”. Sin embargo, su papel de guardián de los derechos humanos y fundamentales, bien como de la dignidad de la persona humana de los individuos encarcelados, especialmente durante el periodo de ejecución de la pena, es innegable, indelegable e inamovible. Y eso el magistrado tiene que tener convicción, sea garantista o no, amando u odiando a los GMFs.

6.9. De la necesaria actuación del ministerio público en el ámbito de la ejecución penal

Antes de iniciar a ese capítulo es necesario destacara a cada vez mayor importancia de la actuación del Ministerio Público en el combate a la criminalidad, especialmente la de poder. Basta citar las operaciones más recientes, como la Lava Jato (en ámbito federal) y la Publicano (en ámbito estadual – esta responsable por desmantelar esquema de corrupción en los cuadros de auditores-fiscales del Estado de Paraná) para percibir el protagonismo que viene ejerciendo esa institución, cuyos miembros cada vez más actúan de forma combativa e intrépida. Luego, independientemente de nos posicionar en contra o a favor de tales operaciones, es cierto que el Ministerio Público viene destacándose, incluso con la actuación en áreas diferentes de la criminal, como la salud pública, medio ambiente, protección a la infancia y al anciano, entre otros temas sensibles y que componen al universo de los llamados “derechos difusos y colectivos” (art. 129, de la CF).

Y, según la Constitución Federal (art. 127, de la CF), cabe al Ministerio Público la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles, donde se concluye que por el formato de la institución trazado por la Carta Magna su actuación debe ser mucho más “garantista”, que “punitiva”, siendo la persecución penal solamente y tan solamente, una de sus inúmeras líneas de actuación. Mucho más que un órgano de acusación, el Ministerio Público tiene actuación en la defensa de la propia democracia, siendo el guardián de los derechos individuales indisponibles, de los cuales son ejemplos los derechos humanos y fundamentales, como la dignidad de la

persona humana. La proposición de la acción penal (sesgo acusatorio) es solamente una de las múltiples funciones del *Parquet*, estampilladas en el art. 129, de la CF/88.

En los jurados y conferencias realizadas por miembros del Ministerio Público, normalmente la primera cosa referida por los expositores en sus respectivos discursos es la amplitud en la actuación del Ministerio Público y que una de sus inúmeras atribuciones – que no es la principal – es de órgano de acusación. Escucho eso en absolutamente todo jurado que presido.

Sin embargo, entiendo que la mentalidad acusatoria todavía subsiste en ciertos aspectos, y el ejemplo más claro de eso resquicio de pensamiento inquisitorio está, justamente, en el momento de la ejecución de pena.

Pues bien. Esa actuación combativa se da más durante todo el proceso penal hasta el momento de la entrega de la decisión condenatoria definitiva (sentencia). El problema es que, especialmente en la etapa de ejecución de pena la actuación ministerial no cuenta con el mismo entusiasmo, determinación y constancia, qué perjudica a la actuación judicial, sobre todo en el momento de fiscalización de la aplicación de pena (y verificación de violación de derechos humanos de los condenados), bien como de la concesión de beneficios ejecutorios. La prioridad del Ministerio Público en el proceso de conocimiento no es, por lo tanto (salvo obviamente excepciones), la misma manifestada en el proceso de ejecución.

Esa mi sensación sobre la necesidad de una actuación ministerial más efectiva en el momento de la ejecución de la pena no es aislada. La crítica viene de los propios miembros de la entidad, a ejemplo de artículo redactado por la promotora de justicia del Rio Grande do Sul CYNTHIA FEYH JAPPUR⁴³¹. La autora defiende que el Ministerio Público debe ser el garantizador del principio de dignidad de la persona humana en la ejecución penal, y que uno de los instrumentos más eficaces para el suceso de esa jornada es, justamente, el manejo de la acción civil pública en materia criminal. Incluso, y como ya aludido, la acción civil pública es uno de los mecanismos que podrá hacer con que la ejecución penal trascienda el carácter meramente administrativo para adentrar en un ámbito más jurisdiccional, para fines de asegurar la protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

La posibilidad de actuación del Ministerio Público vía acción civil pública está presente desde la Constitución Federal hasta las leyes sobre el tema. Según destaca la promotora antes referenciada, la sobrepoblación carcelaria viola derecho difuso, en la medida que aniquila no solamente a la dignidad humana de un detenido individualmente considerado,

⁴³¹ Cf. JAPPUR, Cynthia Feyh. El Ministerio Público como garantizador del principio de la dignidad de la persona humana en la ejecución penal. *Revista del Ministerio Público del Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, sep.-dic. 2011, n. 70, p. 99-143.

pero de todos los que están o van a ingresar al sistema penitenciario, personas estas que constituyen un grupo de víctimas indefinidas de la misma ofensa⁴³². Eso sin considerar los familiares de todos los actuales y futuros detenidos, que igualmente sufren con la sobrepoblación, sea por ver a sus entes en situación indigna, sea por ver tales familiares su propia dignidad violada. Es muy común ver familias enteras sometidas a situación degradante al momento de visitación en los establecimientos carcelarios del País.

Y, tanto el art. 129, II y III, de la CF/88 como el art. 1º, IV, de la Ley n. 7.347/1985 legitiman el Ministerio Público a proponer acción civil pública para la protección de derechos e intereses difusos⁴³³.

Pero, no hay como culpar solamente al Ministerio Público por no involucrarse como debería en la cuestión carcelaria. Muchas acciones civiles públicas fueron y son propuestas y, no raro, dejan de recibir una respuesta adecuada por parte del Poder Judicial, sea con base a supuesta incompetencia del Ministerio Público actuante en el ámbito criminal para la proposición (que quedaría restringida al promotor ubicado en el área civil), sea con fundamento en el principio de la “reserva del posible” que, conforme analizado en esta investigación, es inaplicable cuando el mínimo existencial no es ni de lejos, garantizado por el Estado. Muchas de esas acciones, a ejemplo de la propuesta en la comarca donde actúa esta investigadora, podrían incluso recibir sentencias favorables en primera instancia, pero tales decisiones eran, en su mayoría, reformadas en las instancias superiores.

Afortunadamente, esa tendencia de no admisión de acciones civiles públicas en materia criminal y penitenciaria está cambiando. Según recientemente decidió el Superior Tribunal de Justicia, constatándose irregularidades en cárceles públicas, tales como sobrepoblación, celdas sin condiciones mínimas de salubridad, desacato a la integridad física y moral de los detenidos, debe ser juzgada procedente acción civil pública, que objetive obligar al Estado a adoptar providencias administrativas y respectiva previsión presupuestal para reformar a la referida cárcel pública o construir nueva unidad⁴³⁴.

Conviene, aún, destacar el artículo 67, párrafo único, del ya mencionado Proyecto de Ley del Senado (PLS) n. 513/2013 (que pretende alterar a la LEP), que expresamente admite que el Ministerio Público actuante ante el juicio de la ejecución penal maneje acción civil pública. Tal dispositivo, en nuestro entender, aunque innecesario frente al dispuesto en la CF/88, es un paso adelante, incluso para vincular a los operadores del Derecho de mentalidad más positivista, que todavía están en mayoría.

⁴³² Op. cit., p. 141.

⁴³³ El art. 81, párrafo único, I, de la Ley n. 8.078/1990 (Código de Defensa del Consumidor) define derechos o intereses difusos como aquellos (trans-individuales, de naturaleza indivisible, de que sean titulares personas indeterminadas y relacionadas por circunstancias de hecho”.

⁴³⁴ STJ. Recurso Especial n. 1.389.952-MT, 2a Turma, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, j. 03.06.2014 (Informativo 543).

Para terminar ese punto que trata del manejo de la acción civil pública por el Ministerio Público, es necesario enfatizar que Poder Judicial y Ministerio Público deben actuar en conjunto, en el sentido de dar la debida efectividad a tales demandas: de un lado, constatándose irregularidades, el promotor debe lanzar mano de referido instrumento, una vez que cárcel pública o comisaría de policía no es lugar para abrigar detenidos condenados, mucho menos debe ostentar las precarias condiciones que vemos hoy. De otro, es urgente que el Poder Judicial (especialmente sus órganos de cúpula) salga de su inercia pragmática y de la situación de complacencia con la incompetencia de la administración pública y, utilizándose de su independencia funcional, efectivamente endurezca con el poder público. Mientras eso no ocurra, la situación de caos en la seguridad pública solamente tiende a perpetuarse.

Además del mecanismo de acción civil pública, el papel del Ministerio Público en la etapa ejecutoria debe ser ampliado, incluso para que pase a conducir la ejecución de pena, fiscalizando las condiciones de su cumplimiento y manejando a los instrumentos adecuados en caso algo no esté conforme a la ley. Así como ocurre con el magistrado, es papel de los miembros del Ministerio Público visitar periódicamente a los establecimientos penitenciarios, además de proponer la ya mencionada acción civil pública cuando verificaren condiciones inadecuadas en las cárceles de este País. Hay que fomentarse una mayor proximidad del *Parquet* al momento de la ejecución de pena, proximidad esta que debe darse sin el sesgo acusatorio, que todavía permea la institución, de suerte que la pena sea cumplida, en los moldes exactos de lo que consta de la sentencia condenatoria, ni más, ni menos.

La mayor actuación ministerial de sesgo garantista (y no sólo punitivo) dentro de las cárceles ya viene siendo abogada por nombres como RIVERAS BEIRAS, que defiende que es necesaria para que la propia ejecución penal no sea un “simulacro” de jurisdicción para erigirse en “auténtico poder del Estado en la ejecución penal”. Según el maestro: “...asimismo, se hay de establecer la obligatoria intervención del Ministerio Público, no sólo para evacuar trámites procesales ante los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (por la vía de la emisión de meros ‘informes’), sino exigiéndoles también su presencia obligatoria en el interior de los Centros penitenciarios para velar por el estricto cumplimiento del principio de legalidad (en su garantía ejecutiva)”⁴³⁵.

Destaco, aún, que la necesidad de actuación del Ministerio Público al momento de la ejecución de la pena se hace aún más urgente en comarcas que no cuentan con defensoría pública, que es, según el Profesor RENÉ ARIEL DOTTI, el órgano que tiene el mayor deber

⁴³⁵ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Op. cit., p. 109.

institucional y humano de proteger a los acusados y detenidos considerados “pobres”⁴³⁶, que están en aplastante mayoría en los establecimientos penales del País. Es también atribución del Ministerio Público celar por la justa ejecución de la pena, especialmente en los casos de detenidos considerados más vulnerables.

En suma, la actuación ministerial en la ejecución de la pena, así como la judicial, debe revestirse de menor asimetría (salvo en los casos de cometimiento de falta grave y necesidad de regresión de régimen, justamente como forma de mantener la necesaria autoridad en el cumplimiento de la pena), justamente para salvaguardar el atendimento de los derechos humanos y fundamentales de las personas privadas de su libertad. Y, para eso es importante tener en mente que, mucho más que estar condenado, el sentenciado debe cumplir exactamente a su pena en las condiciones preceptuadas en la Constitución Federal, en los tratados internacionales y en las leyes sobre el tema, siendo la ejecución penal el momento más importante y crucial del proceso criminal, no obstante, relegado muchas veces a según plan. Es precisamente en este momento que se definirá el futuro del individuo y, dependiendo de las condiciones experimentadas, la probabilidad de volver o no a delinquir.

Para cerrar este apartado, cabe breve mención a un instituto que viene siendo hablado y objeto de un reciente proyecto de ley encaminado por el ex magistrado y Ministro de Justicia SÉRGIO MORO para tramitación en el Congreso Nacional⁴³⁷. Se trata del llamado "acuerdo de no persecución penal". Aunque no se refiera directamente a la actuación del Ministerio Público en el marco de la ejecución de la pena, eventual aplicación de este mecanismo (de inspiración anglosajona en la *plea bargaining*) podrá tener reflejos para reducir el número de procesos disminuyendo, en consecuencia, el número de sentencias condenatorias a ejecutar.

Entiendo saludable la modificación, porque amplía la competencia del Ministerio Público/la fiscalía para que él pueda resolver muchos problemas (especialmente relacionado con crímenes de penas más blandas, inferiores a 4 años), dejando para la decisión por el

⁴³⁶ DOTTI, René Ariel. El pobre en el Derecho Penal y en el Proceso Penal. *Periódico Gazeta do Povo*, 03.11.2015. Disponible en: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/o-pobre-no-direito-penal-e-no-processo-penal-4xi5ykoaglsq66kjrr2petofm> (acceso en 01.06.2017). El profesor utiliza la concepción de “pobreza” de ALLAN JOHNSON (en su Diccionario de Sociología), según la cual tratase de situación en la cual las personas carecían de lo que tienen necesidad para vivir.

⁴³⁷ Proyecto disponible en: http://estaticog1.globo.com/2019/02/04/mjsp_projeto_de_lei_anticrime.pdf (acceso en 05.02.2019).

Poder Judicial de casos más graves, en que las condenas estarán dirigidas a las situaciones en las que realmente son necesarias⁴³⁸.

6.10. Algunas iniciativas posibles para tratamiento del tema y para reducción de daños de las personas encarceladas

Hay una visión equivocada, y lamentable difundida en Brasil, según la cual el problema carcelario sería solamente de orden técnica y procesal. Basta editar nuevas normas y *voilà*, como dicen los franceses: la mágica se operaría⁴³⁹. Otro mito frecuente es que el impase podría ser solucionado con la identificación de las “finalidades de la pena”, cuestión que viene consumiendo a lo largo de los años ríos de tinta y horas de pensamiento de los juristas⁴⁴⁰.

RIVERA BEIRAS advierte que la problemática carcelaria está mucho allá de lo que registra la visión normalmente estrecha de los operadores jurídicos, ya que tiene una dimensión política, teniendo profunda relación con un modelo de organización económico-social⁴⁴¹. Con efecto, la “minimización del Estado”, que viene dejando de cumplir con las funciones que se les son inherentes, es un fenómeno generalizado contra el cual es necesario combatir. Falta “Estado”, y el poco que se tiene está en su mayoría contaminado por la corrupción y por la incompetencia e indiferencia administrativas.

Es evidente que la cuestión no será resuelta solamente en el ámbito jurídico, mismo considerando que problemas, como de la sobrepoblación carcelaria, reflejan una situación de permanente ilegalidad (afrenta a los arts. 5º, II, CF/88, art. 88, de la LEP, entre inúmeros

⁴³⁸ Según el párrafo 3º del art. 28-A del proyecto el acuerdo será formalizado por escrito y firmado por el miembro del Ministerio Público, por el investigado y su abogado, siendo solamente homologado por el juez.

⁴³⁹ Aunque en la exposición de motivos del proyecto de la nueva Ley de Ejecución Penal (de 29.11.2013) correctamente contenga la necesaria conjunción entre los principios de la dignidad de la persona humana (fundamento de la República Federativa de Brasil – art. 1º, III, CF/88), de políticas de reducción de daños, mecanismos de escolarización e inserción del re-educando en el mercado de trabajo, los cambios propuestos en el art. 1º hoy vigente, de orden meramente terminológica, no podrían, *de per sí*, de mágicamente realizar una “viraje paradigmática” en la materia. Proyecto disponible en: <http://www.iabnacional.org.br/IMG/pdf/doc-16172.pdf> (acceso en 03.04.2015).

⁴⁴⁰ Interesante la metáfora utilizada por DUQUE ESTRADA ROIG según la cual, así como en el caso de las mitológicas serenas, la interminable discusión sobre la finalidad de la pena “atrae al jurista para un labirinto inexpugnable y fatal para el realístico y útil enfrentamiento de las cuestiones mundanas de la ejecución penal” (*Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 22). Para el autor, el problema central de la pena dice respecto a su *humanidad* (que es algo que se atinge en la práctica) y no a su finalidad – esta, objeto de pura teoría (op. cit., p. 24). Por lo tanto, elucubraciones académicas no dispensan el confronto directo con la realidad de las cárceles y penitenciarias de este inmenso País.

⁴⁴¹ Entrevista intitulada *La Universidad tiene que jugar un papel importantísimo en la cárcel*. Disponible en: <http://www.ffyh.unc.edu.ar/alfilo/la-universidad-tiene-que-jugar-un-papel-importantisimo-en-la-carcel/> (acceso en 25.03.2015).

otros). Es necesario haber políticas públicas efectivas, consistentes y de largo plazo (políticas que deben ir mucho allá de las rutinarias transferencias de detenidos cuando ocurre algún tipo de rebelión⁴⁴²), especialmente de cuño educacional, para formar una nueva base de ciudadanos. Una vez que, el cuerpo social debe en sus raíces ganar consciencia del problema e combatir, desde su base y de su centro, para generar reflejos en las decisiones políticamente tomadas (movimiento centrífugo, o sea, de dentro para afuera, o de abajo para arriba). O sea, tratase de una ardua lucha para poner – de forma definitiva y no paliativa – la cuestión carcelaria en la agenda política del gobierno brasileño.

En este sentido, es necesario que haya el convencimiento general (especialmente de los responsables por el gerenciamiento de las políticas criminales) de que la prisión existe y son sus males que deben ser enfrentados. De nada adelanta pensar con base a la convicción de que se le integra un sistema fracasado y, por lo tanto, incapaz de sufrir algún tipo de mejora. Eso raciocinio que preconiza ser desperdicio de tiempo y de dinero invertir en la cuestión penal y de ejecución penal es duramente criticado, ya que refleja a un llamado “inmovilismo” incapaz de producir alternativas para los que están cumpliendo a una punición, o sea, una masa carcelaria de más de 700.000 (setecientas mil) personas directamente afectadas, fuera los indirectamente afectados (familiares), bien como los que cumplen a regímenes menos rigurosos, con la posibilidad de regresión a la cárcel⁴⁴³.

En este momento de la investigación, interesante hacer referencia a la llamada “teoría agnóstica de la pena”⁴⁴⁴, sostenida en Brasil por autores como SALO DE CARVALHO y el juez de derecho GLEISON DOS SANTOS SOARES, que hacen una interpretación de la obra de maestros como ZAFFARONI. De forma demasiado simplificada, tal teoría tiende, sin

⁴⁴² Respecto a la inaptitud de las transferencias de detenidos como solución para el problema carcelario, siendo eso un odioso mecanismo que solamente “mascara” al problema con su transferencia al vecino cf. DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 90.

⁴⁴³ Cf. conferencia proferida por MIRIAM KRENZINGER en el *Workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs). Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 07.07.2016).

⁴⁴⁴ Sobre la “teoría agnóstica de la pena” cf.: BARBOSA E SILVA, Adrian. Teoría agnóstica y la crisis de las funciones de la pena en la era del punitivismo. *Revista de Criminología y Ciencias Penitenciarias*, ISSN 2238-1678, São Paulo, año 3, n. 2 (junio/julio/agosto de 2013), p. 365-376. Disponible en: https://www.academia.edu/4373985/Teoria_Agnóstica_e_a_Crise_das_Funções_da_Pena_na_Era_do_Punitivismo (acceso en 26.03.2015); CARVALHO, Salo de (coord.). *Crítica a la Ejecución Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007; JOBIM DO AMARAL, Augusto. *Ensayo sobre una teoría agnóstica de la pena: fronteras entre el político y el Derecho Penal*. Disponible en: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/augusto_jobim_do_amaral.pdf - Anuario del CONPEDI (acceso en 26.03.2015); SANTOS SOARES, Gleison dos. Teoría agnóstica de la pena: por una justificación legítima de la sanción criminal. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponible en: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14623&revista_caderno=3 (acceso en 26.03.2015).

negar al propio derecho de punir, a rechazar legitimidad a las doctrinas que intentan (en vano) buscar una finalidad para la imposición de la pena. La motivación de esa construcción teórica fue la constatación de la falta de correlación entre los objetos declarados de la pena y sus objetivos reales (el embate “organización-respuesta” y “organización-construcción”, el “ser” *versus* el “deber-ser”, antes referido), que hace con que la pena tenga, en la verdad, fuente y función políticas (maximización del Estado punitivista), además de un papel degenerativo de neutralización de individuos (como ya mencionado)⁴⁴⁵.

El objetivo de esa construcción teórica sería de desmitificar el “mito” de la rehabilitación, además de intentar buscar a la implementación de políticas horizontales – que maximicen el Estado Democrático de Derecho y promuevan la *efectiva* reintegración del hombre detenido a la sociedad -, en detrimento de las políticas verticalizadas y meramente punitivas que vemos hoy, típicas de un estado policial caracterizado por “paternalismo, arbitrariedad, selección, verticalismo, represión y estigmatización”⁴⁴⁶. En otras palabras, la llamada “resocialización social” no debe ser perseguida *a través* de la pena (que comprobadamente no ocurre en la práctica), pero sí *a pesar* de ella.

Dentro del raciocinio de la *pena agnóstica*, traigo la reflexión de THIERRY PECH acerca de la *pena neutra*, libreta de toda la pasión de venganza, de toda la intención moral y de todo el arbitrio en su ejecución. Según el autor, el *punir neutro* para legitimar la punición posee tres componentes complementares: *pacto humanitario*, *consenso procesal* e *ethos de la performance*. El primero objetiva garantizar a los sentenciados condiciones de vida aceptables, con la quitación de la violencia institucional. El segundo está relacionado al ato de proceder en la ejecución penal, con la lucha en contra el arbitrio en la prisión a través de protocolos de decisión judicial. Por fin, el *ethos de la performance* lida con los procesos de transformación del condenado, o sea, su efectiva *emancipación*, de acuerdo con lo defendido en esta investigación⁴⁴⁷. Se trata de un código de conducta, que podría ser adoptado por el juez en la ejecución de la pena, con el fin de que la punición alcance la justa medida y no trascienda lo que fue estipulado en la sentencia de condena (*punir sin degradar, punir sin humillar*).

Otra perspectiva interesante y ya mencionada en esta investigación fue levantada en Brasil por DUQUE ESTRADA ROIG y dice respecto a un sistema de *numerus clausus*, mecanismo en el cual para cada entrada en ámbito del sistema penitenciario debe

⁴⁴⁵ RIVERA BEIRAS ya advertía sobre la necesidad de comprensión de la pena y del fenómeno punitivo desde otros puntos de vista diferentes del meramente jurídico [Entrevista intitulada *La Universidad tiene que jugar un papel importantísimo en la cárcel*. Disponible en: <http://www.ffyh.unc.edu.ar/alfilo/la-universidad-tiene-que-jugar-un-papel-importantisimo-en-la-carcel/> (acceso en 25.03.2015)].

⁴⁴⁶ DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 22.

⁴⁴⁷ PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a justiça será*. LISBOA: Instituto Piaget, 2001, p. 139 e seguintes.

necesariamente ocurrir la salida de otra persona detenida, de suerte que la proporción de detenidos se mantenga en el mismo nivel y no aumente⁴⁴⁸.

El problema que visualizamos reside en los criterios para la selección de las personas que saldrán de la cárcel, elegidas por un tal “índice comportamental de la persona detenida” concebido por el citado autor y que estaría indicado en el “atestado de conducta carcelaria” de la persona segregada⁴⁴⁹. Con efecto, cualquier elección que considere antecedentes, adaptabilidad social u otro aspecto personal reflejará una dinámica positivista, conduciendo no raro a injusticias en el caso concreto. Comprendemos más viable en la práctica, como solución inmediata a ser adoptada (ya que la solución mediata es la realización de políticas públicas menos punitivistas y más inclusivas, con la superación de la idea de cárcel como fin en sí mismo), el criterioso análisis de la necesidad de prisión en caso concreto por el magistrado que conduce al proceso de conocimiento, con preferencia para la adopción de las medidas cautelares previstas en el art. 319, CPP.

Además de eso, y como mencionado en esta investigación, la adopción única del mecanismo del *numerus clausus* a través de esfuerzo conjunto, si no viene acompañada de políticas públicas estatales de efectiva mejora en el sistema penitenciario y, en mayor escala, con el comprometimiento de la propia sociedad, de nada va a servir para compatibilizar el problema de la criminalidad.

Independiente de la solución adoptada – *numerus clausus*, priorización de medidas cautelares diversas de prisión, entre otras⁴⁵⁰ –, es cierto que los ideales de tratamiento, de resocialización y de rehabilitación del apenado, constantes en el art. 1º, de la LEP representan resquicios de la anacrónica criminología tradicional positivista ya estudiada⁴⁵¹, ya que destinan al condenado un papel pasivo, que se contrapone al papel activo de las instituciones. Relegar el detenido a una posición pasiva significa admitir que es un individuo anormal, que debería ser readaptado a una sociedad supuestamente sana⁴⁵² - y en eso estamos de acuerdo con la teoría agnóstica antes referida, además de la *pena neutra*. Además de eso, la finalidad de la pena constante del art. 1º de la LEP de “proporcionar condiciones para la harmónica integración social del condenado y del internado” es otra

⁴⁴⁸ *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 87-101 y 535.

⁴⁴⁹ Op. cit., p. 100. Ora, en la práctica, especialmente en ciudades menores en las cuales no existen penitenciarias, el contenido de ese atestado muchas veces no refleja mínimamente a la realidad, pudiendo incluso ostentar un carácter “tendencioso”.

⁴⁵⁰ En la verdad, defiende que no existe solamente una solución para el problema carcelario, pero la aplicación asociada de varias iniciativas. Como afirmado, el *numerus clausus*, aisladamente considerado, no resolverá a la cuestión, aunque pueda ser un camino a ser seguido caso asociado a otras iniciativas.

⁴⁵¹ DOSTOIÉVSKI ya decía, por su propia experiencia en la cárcel, que la prisión no mejora al criminoso, pero solamente lo castiga y garantiza a la sociedad contra los atentados que aún podría cometer (*Recordaciones de la casa de los muertos*, op. cit.).

⁴⁵² En este exacto sentido cf. DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Ejecución Penal: teoría crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014, p. 21.

utopía. Como bien puntuado por DUQUE ESTRADA ROIG, la idea de “armónica integración social” presupone la existencia de una sociedad homogénea, justa y no conflictiva (que permitiría una adhesión casi que natural del sentenciado), “deber-ser” que se contrapone al verdadero “ser”: sociedad plural, selectiva, palco de conflictos y en la cual conviven diversas ideologías y concepciones morales⁴⁵³.

Al contrario de que pueda parecer, no estamos abogando por el abolicionismo total de la pena privativa de libertad, incluso porque en un contexto donde impera la desigualdad económica (como el brasileño) no puede haber espacio para una teoría abolicionista⁴⁵⁴. Comprendemos que, para que la ejecución penal pueda ser mínimamente satisfactoria, se le impone revertir a la dinámica hoy vigente, eliminando del ordenamiento jurídico todos los residuos de un derecho penal y de una criminología del autor, de formación de un “diagnóstico” y de proposición de un “tratamiento rehabilitador”⁴⁵⁵, con la inversión de la lógica de punición para una perspectiva de reducción de daños y de no agravamiento innecesario de la situación del individuo detenido.

Además de eso, es necesario asociar esas iniciativas de reducción de daños con un rompimiento de la inercia social cuanto a la cuestión carcelaria (incentivo al despertar de la conciencia de que el detenido a un momento u otro regresa al convivio social), bien como estimulando que el propio individuo segregado pueda ser considerado una persona responsable por su reinserción social (en una perspectiva *emancipadora* defendida en esta investigación) y no un individuo “anormal”, que necesita ser tratado.

Eso significa deja de esperar que la intervención estatal opere, de forma milagrosa, la modificación “cualitativa” de la persona detenida, como si padeciera de alguna enfermedad. Es la aplicación del llamado “principio de la secularización”, ya intuido por FERRAJOLI, según el cual no existiría cualquier conexión entre el derecho y la moral, razón por la cual el primer no podrá punir actos o conductas simplemente tenidas por “inmorales”. La protección de la individualidad de cada persona es expresión de la protección de su propia dignidad, razón por la cual, según el maestro italiano “el hombre delinque no *por lo que es*, si no *por lo*

⁴⁵³ Op. cit., p. 22.

⁴⁵⁴ En este sentido, abogar, de forma pura y simple, una teoría abolicionista en una sociedad fuertemente agravada por desigualdades sociales, como la brasileña, sería el equivalente a hacer vista gruesa al tratamiento de síntomas que se agravan en progresión geométrica mientras las causas no están siendo tratadas.

⁴⁵⁵ Un ejemplo bien emblemático es la equivocada valoración negativa de la “personalidad” en la etapa de dosimetría de la pena. Según ya decidido por la 5ª Cámara Criminal del Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul “... la valoración negativa de la personalidad es inadmisibles en Sistema Penal Democrático fundado en el Principio de la Secularización: ‘el ciudadano no puede sufrir sanción por su personalidad – cada uno la tiene como entiende’” [Tribunal de Justicia de Rio Grande do Sul, Apelación Crimen n. 700004496725, 5ª Cámara Criminal, Relator AMILTON BUENO DE CARVALHO, juzgado en 07.08.2002, disponible en <http://www.ibccrim.org.br/artigo/235-Decises-Penal-e-processual-penal-Principios-primrios-imparcialidade-juiz-natural-inrcia-da-jurisdio-Inadmissibilidade-de-interrogatrio-sem-a-presena-do-defensor> (acceso en 02.04.2015)].

que hace”⁴⁵⁶, razón por la cual deben ser analizados “hechos”, y no “personas”, como ya exhaustivamente mencionado en esta investigación. La violación del íntimo de cada uno está vedada incluso – y principalmente – al derecho penal en un verdadero Estado Democrático de Derecho.

Insistimos que la solución no es únicamente de abrir más vacantes en presidios, pues la omisión estatal en el formateo de políticas públicas inclusivas solamente potencializa el número de marginalizados y excluidos sociales, personas que representan hoy la casi totalidad de los individuos encarcelados. La mera construcción de establecimientos penales sin un cambio de políticas públicas, prioridades y mentalidad social (incluso del propio detenido, que es fruto de esa misma sociedad) repercutirá en la inmediata sobrepoblación de todos y en el continuo aumento de la población carcelaria, en progresión geométrica.

Existen diversas iniciativas de estudiosos de la cuestión carcelaria para concebir soluciones posibles – y no meramente utópicas – al problema. Entre todas las existentes decidimos hacer referencia a un excelente trabajo capitaneado por RIVERA BEIRAS, intitulado *Lineamientos Garantistas para una transformación radical y reduccionista de la cárcel (una visión desde España)*⁴⁵⁷. Las premisas fundamentales adoptadas en el estudio (insertado en un marco garantista y que lleva en cuenta algunas experiencias europeas) son: (i) reinterpretación de la finalidad de “reintegración” del hombre detenido a la sociedad; (ii) inversión radical en los procesos de reforma de la estructura penitenciaria, que pasarían a considerar la opinión de las personas por ella afectadas (detenidos, sus familias, su comunidad de referencia, en esta orden) y; (iii) concientización de que el problema de la cárcel no será resuelto en el ámbito de la cárcel, sino que en su exterior “con la misma sociedad que crea, que produce, que alimenta y que reproduce a la cárcel”.

El raciocinio de RIVERA BEIRAS evolucionó y dio oportunidad a la publicación de la reciente obra *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*⁴⁵⁸. FERRAJOLI destaca en el prefacio que se trata de un proyecto muy ambicioso, que consiste en la “progresiva y constante superación de la cárcel”⁴⁵⁹. Y el autor ha utilizado muy bien el término “progresivo”, o sea, las iniciativas en materia de política criminal deben direccionarse mucho más para la superación de idea de prisión⁴⁶⁰ que para la construcción de más vacantes, que serán en poco tiempo llenadas,

⁴⁵⁶ *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* op. cit., p. 386 – it.

⁴⁵⁷ Disponible en: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_03.pdf (acceso en 05.04.2015).

⁴⁵⁸ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

⁴⁵⁹ Op. cit., p. 19.

⁴⁶⁰ FERRAJOLI deja claro que el marco de la obra de RIVERA BEIRAS no es el abolicionismo, pero la gradual superación de la idea de cárcel, con lo que estamos de acuerdo. Tratase de un “programa de refundación del sistema penal de acuerdo con el principio que justifica la pena,

generando la sobrepoblación y la continuidad de la espiral negativa. Es necesario romper la dinámica de la cárcel y para eso debe la sociedad evolucionar. No definiendo que se acabe pura y simplemente, pero debe haber un proceso social y político mucho más grande y mucho más amplio que construir a nuevos presidios o recambiar detenidos de local. En suma, el proceso de “descarcelación” defendido por RIVERA BEIRAS depende de un paulatino proceso de evolución de una sociedad, exactamente como menciona FERRAJOLI (citando MONTESQUIEU) en el prefacio de la citada obra⁴⁶¹, con políticas públicas que preconizan la construcción (y efectivo funcionamiento) de más escuelas, aumento de los puestos de trabajo y desarrollo de los métodos de castigo alternativos, que hoy se constituyen en verdadera falacia, una vez que no correctamente dimensionados o fiscalizados, llevando su total inoperancia⁴⁶².

Las conclusiones del autor en ambos los trabajos son casi que integralmente aplicables a la realidad brasileña, razón por la cual destacaremos algunas de las prácticas sugeridas y que podrían, desde ya, ser adoptadas, mezclándose con otras ideas decurrentes de nuestra percepción de la realidad local (brasileña).

Para agregar elementos, hago también mención a las iniciativas propuestas por el Ministro ROBERTO BARROSO en el ámbito del excelente voto divergente proferido en el juzgamiento del RE 580252/MS (que es por diversas oportunidades mencionado a lo largo de esta investigación), además de mis propias ideas, fruto de mi actuación como jueza titular de una vara de ejecución penal.

Cabe recordar que las iniciativas a seguir referidas no están dispuestas en orden de importancia, pues entendemos que todas son igualmente válidas en el camino para la construcción de una ejecución penal más efectiva. Tampoco agotan el problema, siendo solamente un recopilado de directrices las cuales, directa o indirectamente, ya hicimos referencia en esta investigación:

dentro de lo que él bien define como ‘garantismo radical’, como garantía de la minimización de la violencia punitiva” (op. cit., p. 20).

⁴⁶¹ RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Op. cit., p. 28. Según MONTESQUIEU citado por FERRAJOLI “la civilización de una sociedad se mide por la suavidad de sus penas”.

⁴⁶² En Arapongas-PR todas las personas que reciben del juez una pena alternativa de prestación de servicios a la comunidad son dirigidas por la administración pública municipal a prestar servicios en el cementerio municipal, sin que los responsables del direccionamiento señalen funciones o realicen fiscalización. Es obvio que la pena no alcanzará los fines a los que se destina. Por otro lado, hay algunas iniciativas interesantes para dar efectividad a esa penalidad, como el proyecto “Justicia, Educación y Sobriedad en el Tránsito” (establecido en São José dos Pinhais-PR y Maringá-PR), que dirige a los infractores de tránsito (de delitos como embriaguez al volante) a la prestación de servicios en ambulatorios que atiendan a personas accidentadas (cf. http://www.noticias.uem.br/index.php?option=com_content&view=article&id=21754:hum-fara-parte-do-projeto-justica-educacao-e-sobriedade-no-transito&catid=986:pgina-central&Itemid=101, acceso en 12.02.2019).

(i) Investigación de índole *sociológica* (léase, no meramente estadística) de la realidad carcelaria: es importante traer el contexto y la perspectiva social del tema, amparándose en la opinión de profesionales ajenos a la realidad del derecho. El primer paso para enfrentar a un problema es conocerlo profundamente y desde la perspectiva de sus actores principales: detenidos, familiares, entidades de apoyo y operadores jurídicos – juez, promotor, defensor, abogado, policías, entre otros – y penitenciarios.

(ii) Organización de una comisión integrada por los involucrados en el tema penitenciario, antes descrito, para que funcione como interlocutora junto al poder público, en carácter permanente.

(iii) Prevalencia de los *criterios objetivos* para la concesión de beneficios penitenciarios, reduciendo la discrecionalidad para solamente el necesario y el previsto en ley.

(iv) Colocación a la disposición del juez de las ejecuciones penales de equipos multidisciplinares para auxiliarlo en cuestiones atinentes a la realidad penitenciaria, entre las cuales la concesión de beneficios. Es un equívoco pensar que el problema solamente podrá ser resuelto por el juez. Él debe ser auxiliado por un equipo formado mínimamente por psicólogos y asistentes sociales.

(v) Mayor actuación de los jueces de ejecución penal en el ámbito de la cárcel (mediante visitas e inspecciones sin previo aviso). Aquí añadimos también la necesidad de participación activa del Ministerio Público, de la Defensoría Pública (donde la hay) y de los abogados (especialmente los que integran a las llamadas “comisiones de derechos humanos”, que poco se ve incluso en las cárceles de ciudades menores) en la realidad carcelaria para tomaren ciencia de las diferentes situaciones, proponiendo la concesión de beneficios penales, incluso a quien se encuentre próximo de alcanzar el marco legal para su obtención⁴⁶³.

Es sabido que, en la práctica, la defensa del acusado prácticamente “desaparece” después de ser proferida una sentencia condenatoria, que deja a los sentenciados a la mingua justamente en momento crucial del Proceso Penal, que es la aplicación de la pena. Eso hace con que no pleiteen beneficios cuando tienen derecho, aumentando la estada en la cárcel innecesariamente. Destaco aquí que, al juez cabe solamente el análisis del llenado de los requisitos para la obtención de los beneficios, sin embargo, los pedidos deben ser manejados por los defensores y, en su falta, por el propio Ministerio Público con base a su

⁴⁶³ *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 98. En este punto, ¿dónde está la verba para el nombramiento de los defensores públicos? En el caso del Estado de Paraná vergonzosamente esa importante institución fue tímidamente instalada (presente solamente en las ciudades más grandes del Estado) y siquiera fue aparejada.

constitucional función de defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles – art. 127, *caput*, CF/88.

(vi) Capacitación diferenciada de los jueces de ejecución penal y de vigilancia penitenciaria – además de promotores, defensores públicos, operadores penitenciarios y extra-penitenciarios – para allá de una formación centrada en un “paradigma etiológico de la criminalidad”. La realidad que hoy vivenciamos, especialmente en el ámbito del Poder Judicial estadual, espeja la actuación de jueces sin cualquier tipo de especialización. A un momento están en el área civil, a otro actúan en causas familiares y así sucesivamente, qué es natural en la carrera. Las áreas de actuación son tan dispares y el movimiento en carrera tan intenso a punto de impedir la especialización de un juez en una determinada materia. En este sentido, al menos en el ámbito de las ejecuciones penales esa capacitación debería ser constante.

Además de eso, es muy raro ver a alguien realmente capacitado para actuación en las cárceles y establecimientos penitenciarios de este País (incluso directores de penitenciarias), que perjudica sobremanera a la ejecución penal como un todo. El cuadro general ya apuntado por el Profesor RENÉ ARIEL DOTTI en 2003 (y que persiste hasta hoy) es de servidores mal remunerados, mal entrenados y nada capacitados, no habiendo programa o apoyo para introducir personal y equipo multidisciplinar (de las áreas de Medicina, de Sociología, entre otras), qué podría contribuir para una mejora y optimización de la administración, gestión y, sobre todo, humanización del sistema penal⁴⁶⁴. Conforme observado por DOTTI, citando el médico DRAUZIO VARELLA en su célebre *Estación Carandiru*, en la cárcel no raro existe abundancia del caro y del innecesario, al paso que falta el básico, como aspirina y medicinas para sarna. Esa frase espeja que el caos del sistema penal es decurrente, en gran medida, de su mala gestión que, a su vez, tiene origen en la falta de capacitación de sus gestores para manejar la materia, bien como para percibir que involucra a seres humanos (y no solamente mera burocracia). En este sentido, las citadas “Reglas de Mandela” preconizan a la capacitación de los empleados que integran a la administración carcelaria (reglas n. 74 a 82), con destaque al entrenamiento especializado de las empleadas encargadas de la custodia de mujeres.

Dentro de eso ítem es importante destacar como absolutamente imprescindible no sólo la capacitación, pero el *efectiva* participación y compromiso de todos los sujetos que integran al “sistema penal”: promotores, defensores, abogados, personal penitenciario, consejo de seguridad y de la comunidad, entidades de apoyo y la sociedad en general,

⁴⁶⁴ DOTTI, René Ariel. La crisis en el sistema penitenciario. Texto adaptado del artículo *La crisis del sistema penal*, publicado en la Revista de los Tribunales, vol. 768, p. 421 y s. 2003. Disponible en: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf> (acceso en 04.07.2017).

todos en verdadero “litisconsorcio activo” de instituciones y personas mandatarias de la voluntad popular⁴⁶⁵, y orientados por una perspectiva verdaderamente humanista y que converja alrededor de un objetivo común: hacer la ejecución penal mejor y más humana.

(vii) Derecho de defensa y asistencia jurídica gratuita durante toda la fase de ejecución de la pena. Tal papel podría ser desarrollado en Brasil por una Defensoría Pública actuante y presente en todas las ciudades que tienen establecimientos penales. Qué pasa hoy (especialmente en el contexto del Estado de Paraná) es que la defensa de los reos en procesos penales es realizada por abogados dativos. Ocurre que al momento pos condenación, los defensores “desaparecen”, ya que en muchos casos no son remunerados por el Estado para la realización del trabajo, y los sentenciados se quedan olvidados sin tener a quien cuide de la aplicación inmediata de los beneficios de ejecución penal a quien de ellos les merezca. Cuando no hay pago por parte del Estado, solamente pocos se disponen a actuar en defensa de los más necesitados.

(viii) Incentivar al estudio (incluso la lectura, con organización de bibliotecas en los presidios, obligación que ya consta en las Reglas de Mandela – regla n. 64) y el trabajo de los detenidos (aquí menciono la regla n. 96 de las Reglas de Mandela), debiendo este ser remunerado y no de cuño meramente exploratorio, además de priorizar a su capacitación profesional⁴⁶⁶. Tanto el trabajo como el estudio y más, recientemente, la lectura (esta por construcción jurisprudencial) pueden – y deben – ser considerados para fines de remisión de pena, en los términos ya preconizados por el art. 126, de la LEP. Cuanto al tema “estudio”, destacamos una frase brillante de GARCÍA-BORÉS: “antes que reeducar, el Estado tiene que educar”⁴⁶⁷. No solamente educar fuera de la cárcel, pero adentro, proporcionando el acceso al estudio y al conocimiento, formación de bibliotecas y espacios adecuados, de forma a que el detenido participe activamente de su proceso de resocialización, en una perspectiva *emancipadora*. Eso es un reclamo de los propios detenidos, incluso los universitarios entrevistados para esta investigación.

En lo que se refiere al trabajo y al estudio/lectura como remisión de pena, hay que crear un sistema para efectivamente propiciar ese derecho a los condenados, tal como consta del art. 126, párrafo 1°, de la LEP. Que hay actualmente es una situación de desorganización

⁴⁶⁵ El término “litisconsorcio activo” en esta situación fue coñado por el Prof. RENÉ ARIEL DOTTI (“La crisis en el sistema penitenciario”. Op. cit., p. 14).

⁴⁶⁶ A pesar de pocos, todavía hay buenos ejemplos en Brasil, como el Presidio Regional de Jaraguá do Sul (en Santa Catarina), en donde detenidos trabajan y son remunerados por las empresas locales asociadas, además de estudiaren intramuros. Ejemplo de que la propia sociedad se compromete en la resolución del problema carcelario, pues sabe que esas personas regresarán al convivio social y es necesario que regresen al menos capaces de trabajar (disponible en: <https://www.aconteceuemjaragua.com.br/presidio-regional-de-jaragua-do-sul-e-bom-exemplo-no-sistema-carcerario/>, acceso en 07.05.2018).

⁴⁶⁷ La Cárcel. En A. Aguirre y A. Rodríguez (Eds.). *Patios Abiertos y Patios Cerrados. Psicología Cultural de las instituciones*. Barcelona: Editorial Boixareu, 1995, p. 93-117.

generalizada de los establecimientos penitenciarios, que siquiera consiguen hacer un control adecuado del *quantum* de trabajo y estudio realizado para subsidiar al juez de ejecución penal a la hora de aplicar el beneficio⁴⁶⁸.

(ix) Incentivo a la concesión de beneficios “descarcelizadores” (sursis, libramiento condicional, prisión domiciliar, indulto, conmutación de penas, entre otros), lógicamente respetadas las hipótesis legales, tal cual defiende autores como LARRAURI⁴⁶⁹. En este particular, la actuación del juez de ejecución penal en conjunto con el promotor de justicia y el defensor público es fundamental. Vale recordar que la descarcelización, *de per se*, es inocua, debiendo ser acompañada de las diversas medidas aquí citadas y de otras, que fomenten políticas públicas de educación, principalmente de los más jóvenes designados “NEET” (“not in employment, education or training”) o “NINI” (ni estudian, ni trabajan)⁴⁷⁰ en la mayoría de los casos por falta de oportunidad de inclusión social y profesional, siendo que esos jóvenes del grupo de los 18 a los 25 años constituyen justamente a la mayoría de la población penitenciaria brasileña. La experiencia enseña que cuanto más se suelta, más se prende, ya que sin una “puerta de salida” el detenido y el egreso quedan haciendo parte de una espiral de la cual no consiguen desenmarañar, especialmente si previamente a la cárcel ya no tenían acceso a oportunidades profesionales. Debe haber una preocupación descarcelizadora-educadora.

Aún sobre el tema “descarcelización” cabe aquí hacer un paréntesis para mencionar reciente esfuerzo del CNJ en el intuito de viabilizar la promoción de “una nueva mirada para la ejecución penal”. Tratase de estudio vehiculado en 2016⁴⁷¹ que sintetiza los “preceptos

⁴⁶⁸ Respecto a la remisión de pena me voy a detener más al final de esta investigación, cuando defiende a la aplicación de ese importante instituto de cuño resocializador para allá de las hipótesis de trabajo y estudio (preconizadas en el art. 126, párrafo 1º, de la LEP) y, más recientemente, de la lectura, acogida en sede jurisprudencial y referenciada por la Recomendación n. 44, de 26.11.2013, del CNJ (disponible en: <http://cnj.jus.br/busca-atos-adm?documento=1235>, acceso en 08.09.2017).

⁴⁶⁹ Cf. LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2ª edición, Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000, p. 209 y siguientes). Según la autora “... las alternativas deben poseer unos valores para merecer el título de alternativas, se trata, por consiguiente, de dar primacía a aquellas más alejadas de estructuras punitivas y de castigos”. La autora cita como ejemplo la descriminalización de algunos tipos penales, el desaparecimiento de la prisión preventiva, el comprometimiento de los afectados por un conflicto en su solución, entre otras medidas. Luego, hay que priorizar el objetivo descarcelizador sobre la mera creación de “alternativas” punitivistas.

⁴⁷⁰ Las causas para la proliferación de esos jóvenes designados NEET o NINI son las más variadas, desde problemas familiares y sociales, dificultad de acceso a la educación, paternidad prematura, dificultad para acceso al empleo formal, entre inúmeras otras que aquí no detallaremos, por no ser el alcance de esta investigación. Cabe, aún, reflexionar que eso público de NEET o NINI no necesariamente está asociado a la pobreza, habiendo también personas de clase media o alta, cuya vulnerabilidad es objetivo fácil para la captación por la delincuencia organizada.

⁴⁷¹ Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 07.07.2016).

mínimos de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) para el tratamiento de detenidos”, vehiculados en 1955 y actualizados en 2015 con ampliación del respecto a la dignidad de los detenidos. Esa actualización viene siendo llamada de “Reglas de Mandela” (Mandela’s Rules⁴⁷²). El objetivo de la acción del CNJ, según el Ministro del STF RICARDO LEWANDOWSKI, es de “... examinar y discutir a la ejecución penal de forma prospectiva y no retrospectiva”⁴⁷³.

Dentro de este tópico es posible admitir, aún, la aplicación a la criminalidad común de beneficios ya previstos en ley especial, incluso en el ámbito de la ejecución penal. Como dijimos a lo largo de este trabajo, hay una especie de “predilección legal” para la criminalidad de poder (los llamados crímenes de cuello blanco) que es, incluso, reflexionada en las bendiciones de la legislación.

Pues bien: mucho se habla en adopción de la llamada “progresión anticipada” en la ejecución de la pena. El tema causa consternación general, una vez que la pena para la población en general es baja y sería prácticamente ofensivo disminuirla aún más por medio de ese mecanismo. Sólo que las personas no se dan cuenta que ese exacto beneficio tan criticado en los medios de comunicación ya es adoptado desde 2013 en la ley que trata de las organizaciones criminosas, para los casos de colaboración premiada (Ley n. 12.850/2013, art. 4º, párrafo 5º⁴⁷⁴). Luego, se hace sentido considerar esa bendición en los casos de crímenes cometidos a través de organizaciones criminosas, cuyo daño social es incontestable, ¿por cuál razón el magistrado no podría evaluar de forma independiente, dentro de su discrecionalidad, y con atención al caso concreto, la progresión anticipada, en los mismos moldes del contenido en la Ley n. 12.850/2013?

(x) Amplio acceso de los detenidos a la red de salud y concesión de prisión domiciliar a internos gravemente enfermos. Como bien destaca RIVERA BEIRAS, la descarcerización en este caso debe darse por dos motivos: (i) porque la enfermedad normalmente es

⁴⁷² Versión en Inglés disponible en: <http://ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf> (acceso en 07.07.2016). Versión en Portugués disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf> (acceso en 07.07.2016).

⁴⁷³ Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/82456-cnj-lanca-obra-sobre-execucao-penal-e-traducao-de-regras-de-mandela> (acceso en 07.07.2016).

⁴⁷⁴ “Art. 4º El juez podrá, a requerimiento de las partes, conceder el perdón judicial, reducir en hasta 2/3 (dos tercios) a la pena privativa de libertad o sustituirla por restrictiva de derechos del uno que tenga colaborado efectiva y voluntariamente con la investigación y con el proceso criminal, desde que de esa colaboración advenga uno o más de los siguientes resultados: (...) § 5º Si la colaboración fuera posterior a la sentencia, la pena podrá ser reducida hasta la mitad o será admitida la progresión de régimen aunque ausentes los requisitos objetivos”.

ocasionada por las malas condiciones carcelarias y; (ii) para salvaguardar la salud de los demás reclusos⁴⁷⁵.

Añadiendo al raciocinio, en locales donde haya cárceles públicas entendemos que debe de haber personal médico a la disposición 24 (veinticuatro) horas para atendimento de los detenidos, separación y encaminamiento a la red hospitalaria. En ciudades como Arapongas esa es una reivindicación constante de los internos. Tales profesionales podrían, incluso, ser cedidos por la municipalidad local.

(xi) Viabilizar un proceso “descarcelizador” de las reclusas gestantes y con niños. Además, la mujer detenida consigue ser (si es que sea posible) aún más olvidada y abandonada que el hombre encarcelado. Eso ocurre por variadas razones, desde el diseño de las cárceles y penitenciarias, que son exclusivamente adaptadas al hombre incluso el hecho de que culturalmente la mujer detenida es completamente olvidada cuando está en esa condición. Son rarísimos los casos en que maridos y parejas realizan visita semanal a las reclusas. Luego, la carencia en el tratamiento de la situación de la mujer detenida, sea por el Estado, sea por sus propios familiares (incluso cónyuge/compañero, amigos, hijos), es evidente. Servicios y políticas penales, además de escasos, cuando existen son direccionados a la población carcelaria masculina.

Además de los factores antes mencionados, los números manifiestan la necesidad de cuidarse de la realidad carcelaria femenina. Según el “Relevamiento Nacional de Informaciones Penitenciarias – INFOPEN Mujeres – Junio de 2014”, Brasil cuenta con un población exclusivamente detenida de aproximadamente 607.731 (seiscientos siete mil setecientos treinta y una) personas. De este total, 37.380 (treinta y siete mil trecientas ochenta) son mujeres y 542.401 (quinientos cuarenta y dos mil cuatrocientos y uno) hombres. En el periodo de 2000 a 2014 el aumento de la población femenina fue de 567,4% (quinientos sesenta y siete coma cuatro por ciento), mientras que el promedio de crecimiento masculino, al mismo periodo, fue de 220,20% (doscientos veinte como veinte por ciento). O sea, el crecimiento del número de mujeres encarceladas fue más que el doble del número de hombres en la misma condición⁴⁷⁶.

Es necesario hacer mucho todavía por las mujeres detenidas, especialmente las gestantes y con hijos. Y esa actitud proactiva puede y debe empezar por el atendimento al

⁴⁷⁵ *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Op. cit., p. 26.

⁴⁷⁶ Datos disponibles en la siguiente recopilación: Reglas de Bangkok: Reglas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de Mujeres Presas y Medidas No Privativas de Libertad para Mujeres Infractoras/Consejo Nacional de Justicia, Departamento de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario y del Sistema de Ejecución de Medidas Socioeducativas. Brasilia: Consejo Nacional de Justicia, 2016. Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/03/a858777191da58180724ad5caafa6086.pdf> (acceso en 06.06.2017).

que ya está dispuesto tanto en la CF/88⁴⁷⁷, como en la LEP⁴⁷⁸, en el CPP⁴⁷⁹ y, más aún, en las llamadas “Reglas de Bangkok”, diploma internacional aprobado en 2010, resultante de un compromiso entre países (incluso Brasil, que participó activamente de sus negociaciones) de mirar para las especificidades de género, priorizándose alternativas penales al encarcelamiento femenino, especialmente en las situaciones en que no haya decisión condenatoria transitada en juzgado. Aquí está más un ejemplo de absoluta carencia, por Brasil, de efectiva internalización de las normas internacionales en materia de derechos humanos. Una vez que, no basta solamente jerarquizarlas en posición privilegiada en la llamada “pirámide” normativa. Es necesario fomentar a la efectividad de dichas normas.

Y, cuando no hay alternativa a la prisión en determinada situación (tal cual preconizan las Reglas de Bangkok), es necesario fomentar a la idealización de espacios condicientes con las particularidades femeninas (especialmente de las madres embarazadas y con hijos menores), además de viabilizar la realización de exámenes ginecológicos periódicos y atendimento médico y psicológico a la mujer, entre otras necesidades inherentes a su universo. Importante puntuar que las mujeres detenidas tienen demandas y necesidades muy específicas, que no raro es agravado por histórico de violencia familiar y condiciones como la maternidad, la pérdida financiera, abusos sexuales, o el uso de narcóticos.

En buena hora, el STF reiteradamente viene concediendo liminar en *habeas corpus* para viabilizar prisión domiciliar a reclusas con hijos menores. El fundamento de las decisiones está justamente en los dispositivos antes citados, bien como en el hecho de que la cárcel domiciliar en este caso protege no solamente a la mujer, pero, sobre todo, el hijo menor, que está en situación de mayor vulnerabilidad, además de evitar el encarcelamiento del “feto”, que ya vivencia las condiciones insalubres de la cárcel desde antes de su nacimiento⁴⁸⁰.

Por último, es necesario destacar el detalle en el marco del ya citado PLS 513/2013 de algunos derechos importantes para las presas mujeres, como es el caso de los arts. 197-H,

⁴⁷⁷ Destaco los arts. 5º, L (derecho de la detenida permanecer con su hijo durante el periodo de amamantamiento), 6º (que relaciona como derecho social la protección a la maternidad), 226 y 226 (que establecen protección a la familia).

⁴⁷⁸ Que protegen básicamente a la mujer gestante, bien como las que ya son madres. En este particular también es importante citar las reglas constantes del Estatuto del Niño y del Adolescente que protegen a la maternidad de la menor de edad (arts. 7º a 10).

⁴⁷⁹ El art. 318 que trata de la prisión domiciliar relaciona como hipótesis la condición de gestante (inciso IV) y de mujer con hijo de hasta 12 (doce) años incompletos (inciso V).

⁴⁸⁰ STF, Medida Cautelar en Habeas Corpus n. 141.874/SP, Rel. Min. Gilmar Mendes (decisión monocrática), juzgado en 31.03.2017. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/cms/noticiaNoticiaStf/anexo/HC141874.pdf> (acceso en 06.06.2017). Ver también decisión del STF en el HC colectivo n. 143.641/DF, interpuesto por la Defensoría Pública de la Unión en beneficio de “todas las mujeres sometidas a la prisión cautelar en el sistema penitenciario nacional, que ostenten la condición de gestantes, de púerperas o de madres con niños con hasta 12 años de edad bajo su responsabilidad”.

197-I y 197-J: el primero impide el uso de esposas durante el parto, el segundo impone la presencia de un acompañante de la madre presa durante el nacimiento del niño y el tercero amplía el tiempo de baño de sol para las detenidas con hijos.

(xii) Modificación en la arquitectura carcelaria, desestimulando el establecimiento de unidades penitenciarias lejos de los grupos de referencia y familias de los detenidos. Mascarar y dejar invisible el problema está lejos de ser la solución. La sociedad debe estar consciente de que pasa adentro de la cárcel, superando la apatía y la indiferencia a la situación. Aun en lo que se refiere a la arquitectura, es necesario incentivar a la construcción de establecimientos para cumplimiento de la pena en régimen semiabierto, seguramente uno de los mayores focos de problemas, que dicen respecto a la efectividad del sistema penal. Con efecto, en la falta de locales condignos para el cumplimiento de la pena con la posibilidad de prestación de servicio por el apenado dentro y fuera de la cárcel, hay una deflación del régimen semiabierto, que sería un momento crucial para el cambio de la dinámica en dirección al ideal de resocialización.

También entiendo necesario proceder a una separación entre los detenidos, de suerte a ser incentivadas aptitudes, como el estudio. Conforme relatado líneas anteriores, la mayor queja de los internos es la falta de separación entre ellos, que compromete el desarrollo de actividades por quien tenga interés. Con efecto, es muy difícil la persona decidir estudiar estando en una celda con otros varios detenidos que no compartan del mismo interés y donde el ocio predomina. Por esa razón, iniciativas como la del juez de ejecución penal de Londrina (KATSUJO NAKADOMARI, citada en esta investigación) son bien sucedidas. Eso porque a veces la separación entre régimen cerrado y semiabierto es contraproducente. Tanto es que en el proyecto antes citado conviven re-educandos de ambos los regímenes, pero que comparten de intereses comunes.

(xiii) Foco en una perspectiva de reintegración y eso incluye a una actuación junto a las familias de los detenidos, para que tengan acceso a una mejora en su vida, escolarización de los hijos (para que salgan del círculo vicioso que lleva a la criminalidad), incentivo al deporte, entre otras iniciativas. Tan importante cuanto mirar para el detenido es enfocar en su estructura familiar, en su alrededor. Tal medida puede y debe ser liderada por órganos, como el Consejo de la Comunidad local, que tiene por objetivo actuar para minimizar a los daños sociales inherentes a la cárcel, actuando tanto junto a los detenidos como junto a sus respectivas familias.

(xiv) Estímulo a la denuncia por la vulneración de derechos, debiendo la comunidad, movimientos sociales (a través de asociaciones de protección a los detenidos, que deben ser rescatadas) y la prensa local ser movilizadas y motivadas a denunciar, incluso a las instancias superiores, si fuera el caso (comisiones internacionales de derechos humanos,

por ejemplo). Es el fomento a la “construcción social de los derechos humanos”, a través de la “emancipación” de todos los sujetos implicados. Una vez que, la violencia promana de la propia sociedad, siendo su espejo. Natural que se espere que esa misma sociedad participe de la solución del problema, en una perspectiva *emancipadora*.

(xv) “Abrir” la cárcel a otras instituciones, como escuelas y la universidad. Es necesario despertar y fomentar el interés del alumno de Derecho para el tema, ya que la ejecución penal no es un tema mínimamente tratado en el plan de estudios obligatorio de las facultades de Derecho. Es necesario traer al alumno para cerca de la realidad penitenciaria, a fin de que emerjan desde eso universo de estudiantes, profesionales que actúen, de forma comprometida y más preparada, en el ámbito carcelario.

Una idea sería la actuación de los alumnos junto a los detenidos (a través de los llamados “oficinas-modelo de práctica jurídica”), pleiteando beneficios en el ámbito de la ejecución penal. Visitas a presidios y establecimientos penales son también importantes para dar un “choque de realidad” al individuo, para que se torne menos insensible e indiferente a esa problemática carcelaria.

(xvi) Difusión del universo carcelario en el contexto social, para que la sociedad se lo conozca, se involucre y se sienta responsable por lo que ocurre intramuros. En este sentido, privilegiar también acciones informativas (especialmente de las buenas prácticas adoptadas intra y extramuros) y no solamente noticias sensacionalistas. Tal iniciativa es corolario de la premisa según la cual se debe dar voz a quien está vivenciando la experiencia carcelaria. Para que tal premisa resocializadora tenga algún suceso es necesario la participación activa de la comunidad. Es imposible la resocialización si la comunidad de destino del detenido a ser liberado no se involucre en el problema y no lo reciba, sea personal o profesionalmente.

(xvii) Colocación, a la disposición del “juez corregidor de los presidios”, de una rúbrica presupuestal para inversiones en construcciones útiles y necesarias en el presidio del cual es el corregidor. Es raro y paradójico un magistrado ser “corregidor” y no tener cualquier noción o control sobre el dinero necesario para realizar mejoras en el sistema carcelario. Cabe aquí la mención de la necesidad de aplicación de la llamada “teoría de los poderes implícitos”⁴⁸¹. El juez tiene derecho de bloquear y cerrar a la cárcel (incluso garantizado en la nueva redacción del artículo 66, IX propuesta en el mencionado PLS 513/2013), pero no medios para repararla o mejorarla. Se puede, aún, proponer una reversión en el modelo de gestión, creyendo que la asignación de gastos debe darse por criterios objetivos por medio de aprobación conjunta por miembros de una comisión multidisciplinaria compuesta por el

⁴⁸¹ La teoría de los poderes implícitos tiene su origen en la Suprema Corte de los EUA, al año de 1819, en el precedente *McCulloch vs. Maryland*. De acuerdo con la referida teoría, la Constitución, al conceder una función a determinado órgano o institución, también se le confiere, implícitamente, los medios necesarios para la consecución de esta actividad.

director del presidio, por el juez corregidor, por el Ministerio Público, por la Defensoría Pública, además de un representante del Poder Ejecutivo local.

(xviii) Abandono gradual de la llamada “justicia actuarial”⁴⁸², que es un instrumento de reducción de riesgos meramente basada en la *peligrosidad* del sujeto, tan propia de la realidad brasileña, conforme ya expuesto cuando trazamos el perfil de una criminología adaptada a nuestro contexto. El enfoque en la peligrosidad genera prisiones de individuos o grupos no con base a hechos cometidos, pero en sus características personales (la llamada “criminalización de la pobreza”), sin el debido proceso legal, ya que esos individuos serían considerados “agresores en potencial”. Esa conducta, mayoritariamente adoptada en el ámbito del Poder Judicial, en nada redujo a la criminalidad, siendo ejemplo las absurdas cifras de encarcelamiento ya mencionadas, bien como el altísimo número de delitos sin solución por la policía y por el Ministerio Público (“cifra negra”). Además, es extremadamente contradictorio el hecho de la sobrepoblación carcelaria de Brasil estar a un nivel crítico, comparada a la cifra negra de crímenes sin resolución. Luego, la única respuesta es: estamos arrestando mucho – y mal y en nos concentrando en grupos de excluidos y marginalizados sociales⁴⁸³. El culto de la “peligrosidad” (o en otras palabras, de la “*racionalidad punitiva de corte actuarial*”, en la dicción de RIVERA BEIRAS⁴⁸⁴) nunca hizo, ni jamás lo hará con que la criminalidad sea reducida. Al contrario, su enaltecimiento muestra la aplicación del odioso mecanismo del “derecho penal del autor”, desmereciendo el hecho, que es que realmente importa para fines de condenación.

En el ámbito de la ejecución penal el llamado “actuarismo” debe tener aún menos lugar, ya que el pasado no importa en la ejecución de pena, solamente la cantidad fijada y el comportamiento del re-educando desde que inició a su cumplimiento. En este particular, el ya mencionado “examen criminológico” que viene sufriendo adaptaciones por la ley para alejarse de un contexto más “actuarial” y “estandarizado”, podría ser un instrumento mejor dimensionado, para fines de individualización de pena, no sólo con enfoque al pasado del

⁴⁸² Sobre el tema cf. ZACKESKI, Cristina. Fragmentos del juego político-criminal brasileño. In AMARAL MACHADO, Bruno (coord.). *Justicia Criminal y democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundación Escuela Superior del Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios, 2013, p. 263-287.

⁴⁸³ Cf. datos presentados por CARRANZA, Elías. Derechos humanos, criminalidad y justicia penal en América Latina en el siglo XXI. In AMARAL MACHADO, Bruno (coord.). *Justicia Criminal y democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundación Escuela Superior del Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios, 2013, p. 393-413.

⁴⁸⁴ RIVERA BEIRAS hace críticas contundentes y pertinentes respecto al avance del llamado “actuarismo penitenciario” en España, que se encuentra de tal forma institucionalizado, incluso con la difusión del modelo norteamericano y canadiense de gestión de riesgo (*Psychopathy Checklist-Revised*). Actuarialismo penitenciario. Su recepción en España. In. GARCÍA-BORÉS ESPÍ, Josep; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coords.). *La cárcel dispar: retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2016 (Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona – OSPDH – Crítica Penal y Poder), p. 91-134.

apenado, sino analizando a sus intereses para el desarrollo de aptitudes (como el estudio y el trabajo), bien como proposición de medidas en el ámbito del cumplimiento de la pena.

(xix) Detracción en la pena de medidas como el monitoreo electrónico, concedidas en el ámbito del proceso de conocimiento, tal cual ya ocurre en el proceso de ejecución: como no hay establecimientos para cumplimiento del régimen semiabierto, normalmente los jueces de ejecución penal sueltan al individuo condenado con la colocación de equipos de tobillera electrónica. La tobillera es monitoreada desde una central y cada infracción cometida por su portador (violaciones de fin de batería, de área de permanencia, entre otras) es reportada al juez de ejecución que puede, incluso, retroceder el régimen del condenado con base al cometimiento de falta grave. El Estado tiene ciencia de los movimientos de los individuos que portan el equipo 24 (veinticuatro) horas por día, 7 (siete) días por semana, qué hace con que esa cautelar diversa de la prisión, aunque solamente restrinja a la libertad de locomoción del agente, haga las veces del “panóptico” moderno, siendo justo que provoque la detracción (art. 42, CP), tal cual ya ocurre con el mismo monitoreo en el ámbito de la ejecución de pena.

Sin embargo, defendemos que, como el monitoreo cautelar es medida *restrictiva* y no privativa de la libertad (diversamente de la prisión domiciliar), la detracción no puede ser paritaria (de 1 para 1). Por una cuestión de justicia, debe ocurrir la razón de 3 (tres) para 1 (uno), en analogía al dispuesto en el art. 8º, del CP, cumulado con el art. 126, párrafo 1º, II, LEP (remisión por trabajo o estudio)⁴⁸⁵. Ya en el ámbito de la ejecución de pena, ante la concesión de la medida de monitoreo por ausencia de establecimiento regular de cumplimiento de regímenes semiabierto y abierto, cada día evidentemente contará con 1 (un) día de pena cumplido, incluso porque en este caso habrá el decreto de verdadera “prisión domiciliar”.

(xx) Enfoque en la actuación preventiva y educativa y no en la represiva, con inversión estatal masiva en educación, incluso intramuros. Eso es tal vez qué se dice de más cliché sobre cómo mejorar al problema de la criminalidad, pero no deja de ser verdad y una de las medidas más importantes a ser implementadas. Con ciudadanos mejores y más conscientes obviamente habrá menos crímenes y, vía de consecuencia, mayor sensibilidad sobre la cuestión de la ejecución de la pena. Además de eso, con la inversión e incentivo de la educación dentro de los establecimientos penitenciarios y la colocación de los egresos en el mercado de trabajo, la tasa de reincidencia será menor. Una vez que, la criminalidad está muy asociada a la disponibilidad de oportunidades. Nuevamente traemos aquí la entrevista

⁴⁸⁵ En este sentido cf. AMORIM MACHADO, Felipe Daniel; COSTA OLIVEIRA, Filipe. *Detracción en las medidas cautelares personales: ¿es posible?* Sitio Emporio del Derecho, 2015. Disponible en <http://emporiiodireito.com.br/detracao-nas-medidas-cautelares-pessoais-e-possivel-por-felipe-daniel-amorim-machado-e-filipe-costa-oliveira/> (acceso en 26.05.2017).

realizada con los re-educandos del CRESLON-Londrina, que reclaman abiertamente de la dificultad de muchos segregados estudiaren y trabajaren, siendo que la estructura penitenciaria hoy existente estimula mucho más al ocio (que es perjudicial y propicia el dominio por las facciones criminosas) que al estudio y al trabajo.

Por mi experiencia, y por lo que vengo observando al visitar a los establecimientos de prisión de mi región, la mayor parte de la población carcelaria no está constituida de “criminosos profesionales”, sino de “criminosos ocasionales”, como por ejemplo los practicantes de delitos patrimoniales (especialmente los cometidos sin violencia y/o grave amenaza) y pequeños traficantes, que acaban embarcando para eso mercado por no tener la formación adecuada para acceder a mejores oportunidades, especialmente en periodos de crisis económica, en los cuales dichas oportunidades quedan más escasas⁴⁸⁶. La cultura de la “ignorancia” debe ceder espacio a de la “emancipación”, aquí tan defendida. En este particular, vale recordar que la tesis positivista del “criminoso nato” es obsoleta (aunque haya excepciones, conforme relatos de los propios detenidos entrevistados en esta investigación, de personas que no tienen el menor interés en salir de la criminalidad), pues sabemos la mayoría de los comportamientos criminosos son originados por las condiciones presentadas en el medio social dentro del cual el individuo está inserido. Y, una vez moldeado socialmente, la dificultad en rehabilitación de este individuo será directamente proporcional a la falta de inversión para romper esa espiral de criminalidad, que se dará mediante la toma de consciencia del propio individuo (la multicitada idea de “emancipación”) y el ofrecimiento de oportunidades reales.

(xxi) Involucramiento no sólo del juez de ejecución penal, pero también del magistrado actuante en el proceso de conocimiento, mediante actuación más criteriosa en la recepción de denuncias⁴⁸⁷ (tal como ya ocurre en el ámbito del proceso civil con la recepción de peticiones iniciales y verificación de las condiciones de la acción), bien como – y, sobre todo – en el decreto de las prisiones preventivas. Como ya expuesto, el número de detenidos provisorios es demasiado elevado y en muchas unidades de prisión supera en mucho al número de detenidos condenados. Hay muchas denuncias que siquiera merecerían ser recibidas (situaciones en que no hay tipicidad material, como el principio de la insignificancia), pero rutinariamente lo son en nombre del propalado principio del *in dubio*

⁴⁸⁶ Em periodos de crisis es visible el aumento del cometimiento de crímenes patrimoniales, bien como del tráfico de drogas, justamente por la escasez de oportunidades en el mercado de trabajo.

⁴⁸⁷ Ya en los idos de 1980, cuando de la defensa de su tesis para el cargo de profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Federal de Paraná (UFPR), RENÉ ARIEL DOTTI ya defendía el mayor control sobre la viabilidad procesal en el proceso penal en el cual, según sus palabras “... las denuncias son sistemáticamente recibidas, dejándose las desviaciones y los abusos de imputación para tortuosos desdoblamientos posteriores” (DOTTI, René Ariel. *Bases y alternativas para el sistema de penas*. 2ª ed., São Paulo: Revista de los Tribunales, 1998, p. 118.

pro societate, especialmente cuando el acusado ostenta ficha de antecedentes (aplicación, aunque subrepticia, del “derecho penal del autor”)⁴⁸⁸. Es necesario que haya más cuidado en esta etapa de recepción de las denuncias presentadas por el Ministerio Público, incluso para que su ofrecimiento sea más criterioso. Además de eso, caso sea hipótesis de recepción de la denuncia, proponemos un mejor examen de la causa en la etapa sanadora, donde tras el ofrecimiento de la respuesta del reo, dependiendo de la consistencia de su argumentación podrá ser decretada su absolución sumaria sin necesidad de instrucción procesal (cf. art. 397, CPP), que demanda más gastos por parte del poder público.

La disminución de la decretación de prisiones preventivas también pasa por la necesidad de una mayor inversión en la investigación por las policías judiciales (Civil y Federal). Hoy casi el 100% (cien por ciento) de los casos en tránsito en una Vara Criminal proceden de "prisiones en flagrante", de quien está en la base de una organización criminal, cuya estructura es piramidal. Se mantienen presas esas personas, que son rápidamente sustituidas por otras y la organización continúa. Es el famoso "enjugar hielo".

En la medida en que haya un aumento y mejora en las investigaciones como un todo, para que alcance el núcleo de una organización delictiva y no sólo su base, automáticamente disminuirán las prisiones en flagrante, pues la organización se desestabilizará. Mientras sólo trabajamos en la "lógica del flagrante" poca cosa o casi nada cambiará.

(xxii) Desburocratización del proceso criminal como un todo. Actualmente no se hace más cualquier sentido un delito de hurto simple (que atrae incluso beneficios despenalizadores, con la suspensión condicional del proceso) ser de acción penal pública incondicionada⁴⁸⁹. Para el proceso penal y, consecuentemente para la ejecución penal ser más efectiva es necesario simplificar a los procedimientos y mitigar principios, como de la obligatoriedad de la acción penal, exactamente como ocurre con la ya mencionada Ley de las Organizaciones Criminosas para los casos de colaboración premiada (n. 12.850/2013)

⁴⁸⁸ Recientemente una decisión de rechazo de denuncia por hurto calificado por el concurso de agentes de 2 (dos) frascos de acondicionador, evaluados en R\$ 26,00 (veintiséis reales) fue reformada por el TJ/PR. Los fundamentos fueron básicamente: existencia de concurso de agentes (que potencializaría a la capacidad de reprobación de la conducta) y ficha criminal del autor. Sin embargo, y con todas las venias a la decisión colegiada, el costo para el Estado en procesar el caso, con realización de audiencias, expedición de cartas rogatorias, decisiones, oficios, comunicaciones, entre otras inúmeras providencias inherentes al Proceso Penal superarán, en mucho, a los beneficios obtenidos socialmente con eventual condenación (cf. TJ/PR, RESE 1740594-4, 5ª Cámara Criminal, Rel. Des. MARIA JOSÉ TEIXEIRA, j. 30.11.2017).

⁴⁸⁹ También ya en los idos de 1980, cuando de la defensa de su tesis para el cargo de profesor titular de Derecho Penal de la Universidad Federal de Paraná (UFPR), RENÉ ARIEL DOTTI ya defendía a esa idea de mitigación del principio de la obligatoriedad, con el consecuente archivamiento de investigaciones "... cuando el ofensor tuviera reparado a la lesión o las partes se compusiera de otra forma, en las hipótesis de pequeña o insignificante ofensa" (DOTTI, René Ariel. *Bases y alternativas para el sistema de penas*. Op. cit., p. 121).

⁴⁹⁰. También interesante la mayor utilización del principio de la oralidad para casos más simples, permitiendo, incluso, al magistrado proferir sentencia oral, más accesible a las partes⁴⁹¹.

(xxiii) Atención especial a las situaciones en que la ejecución penal no se muestra efectiva, debiendo el magistrado buscar a nuevos caminos (dentro de nuestra propuesta del “juez crítico y global”).

Me voy a ilustrar eso tópico con un ejemplo: recientemente hice una audiencia en ejecución de pena de un re-educando que estaba en libertad. Él cumplía pena por el régimen semiabierto y como no hay en Arapongas establecimiento de esa naturaleza, la praxis es poner al sentenciado en libertad. Una especie de “prisión domiciliar con condiciones”, entre ellas el uso del monitoreo electrónico.

Pues bien: el sentenciado en cuestión tuvo inúmeras violaciones al monitoreo y no atendía a los llamados del juez para explicar por qué de las violaciones, pues no era encontrado en la dirección constante del proceso. Por esa razón, y como también de praxis (ya que eso en tesis configura “falta grave” según la LEP), su régimen fue retrocedido y el ciudadano fue detenido.

Yo tengo la costumbre de realizar a las llamadas “audiencias de custodia” en todo y cualquier ingreso del individuo en el sistema carcelario y esa conducta viene siendo demasiado útil para la rápida detección de situaciones de prisión innecesaria. Y en el caso objeto del ejemplo ora citado hizo la audiencia de custodia y de justificación de eso detenido.

Cuando él fue conducido hasta la sala de audiencia me deparé con un individuo de 32 (Trinta y dos) años, con aspecto de demasiado anciano. Tratase de persona adicta en bebidas y drogas, en situación de calle (sin hogar) y que según a los policías que hicieron la escolta es solamente “mendigo” y no crea problemas, tampoco comete crímenes, siendo socialmente “inofensivo” (en las propias palabras de los policías). Eso individuo no tiene como cargar a la batería del equipo de monitoreo, porque vive a la calle. Y como es adicto en bebidas, el sentenciado no es aceptado en su núcleo familiar y por eso declaró incluso “gustar” de vivir a la calle, pues allá no sufrirá rechazo.

Técnicamente, hubo regresión de pena por la falta grave y eso sentenciado tendría que quedarse recogido detenido hasta atngir nueva fecha-base para progresión de régimen. Sin embargo, quedarse encarcelado no es la solución para su problema, ya que puede hacer con que vuelva a vincularse a la criminalidad, como forma de “pagar” deudas de drogas y

⁴⁹⁰ En ese sentido podría ser interesante la reglamentación de la *plea bargaining*, arriba mencionada.

⁴⁹¹ El Centro de Estudio de Justicia de las Américas (CEJA) viene liderando a inúmeras iniciativas en este sentido, con la publicación de artículos y la realización de programas de capacitación incluso para el desarrollo de la cultura de litigio oral en materia penal (cf. <http://www.cejamericas.org> – acceso en 05.07.2018).

bebidas. Tampoco la solución es quedarse simplemente en libertad, ya que el individuo en cuestión es declaradamente adicto y no toma la iniciativa de buscar a un tratamiento adecuado.

En este caso, el magistrado necesita actuar de manera a accionar y comprometer a la red de apoyo a su alcance: secretaría de salud, asistentes sociales, consejo de la comunidad, de suerte a inserir eso individuo en un tratamiento adecuado, con el acompañamiento personal y familiar, y hacerlo con eso regresar a su núcleo familiar. Esa “atención especial” a la cual me refiero trasciende al que está en la ley y tiene como objetivo dar efectividad a la propia ejecución de pena.

Sé que tratase de iniciativa de cierta forma utópica y muchos van a decir que eso no es problema del juez (nuevamente volvemos a la omisión y responsabilidad del Poder Ejecutivo, que sabemos que existe), y que esa salida no sería viable, especialmente en ciudades menores. Pero es posible pensar en soluciones interdisciplinarias, incluso con apoyo del consejo de la comunidad y de la municipalidad local (que recibe verba de la Unión Federal para mantenimiento de entidades como el “Centro de Atención Psicosocial” – los conocidos CAPS – entre otras). Desafortunadamente, tenemos que ser técnicos, pero también creativos, bien como apelar a todo apoyo que disponemos.

(xxiv) Realización de audiencia de custodia para toda y cualquier entrada del detenido en el sistema penitenciario. Aquí aprovecho el gancho proveído por el ítem anterior para defender vehementemente esa iniciativa tan criticada por los colegas magistrados.

La audiencia de custodia es instrumento que tiene origen en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Brasil, entre ellos el art. 7°, 5, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos/”Pacto de San Jose de Costa Rica”, que establece que: “toda persona detenida o retenida debe de ser conducida, sin demora, a la presencia de un juez u otra autoridad autorizada por ley a ejercer funciones, sin perjuicio de que prosiga el proceso. Su libertad puede ser condicionada a garantías que aseguren su presencia en juicio”. Mismo no prevista en ley, esa audiencia viene siendo realizada en diversos Estados de la federación cuando de la prisión de alguien en flagrante, conforme Resolución CNJ 213/2015, que impone la presentación del detenido en 24 (veinticuatro) horas de la comunicación del flagrante para ser oído sobre las circunstancias en que realizada la prisión.

Por mi experiencia tal audiencia viene reduciendo drásticamente la cantidad de prisiones preventivas decretadas, ya que el juez puede en contacto con el detenido evaluar mejor al caso. Explico.

Diferentemente de que es preconizado por el art. 1° de la citada Resolución CNJ 213/2015, tengo como praxis hacer esa audiencia en todo y cualquier ingreso del individuo

en el sistema carcelario, sea en la prisión en flagrante como en las demás prisiones y en ejecución de pena. Eso porque creo vehementemente que es un instrumento que sirve mucho más para la detección de prisiones injustas que para ver si el detenido sufrió o no violencia al momento de su detención. Una vez que, pocos aludirán haber sufrido tortura mismo en audiencia designada para tal finalidad siendo escoltados por policías. De esa forma, además de obviamente cuestionar la ocurrencia de tortura y malos tratos (como impuesto por la resolución), aprovecho el momento para oír al individuo segregado y en la mayoría de los casos es posible sustituir la prisión por medidas cautelares y alternativas.

Creo que lo mejor sería modificar el alcance de la audiencia de custodia para que sirva no sólo para la detección de arrestos injustos o de torturas (casi nunca mencionadas), sino para el efectivo impulso del proceso penal. Veo que en la gran mayoría de los casos nada más se produce de pruebas para la instrucción procesal que aquello que consta en el auto de prisión en flagrante. En los casos simples y en la propia audiencia de custodia el Ministerio Público ya podría tener la prerrogativa de, o requerir el archivo del proceso (evitando trámite inútil de una investigación), o incluso ofrecer la denuncia y eventual acuerdo o propuesta de suspensión del proceso, a depender del caso. La parte requerida, acompañada de un abogado, podría o no aceptar. En caso negativo, el reo ya sería citado y de inmediato marcada audiencia para la resolución del impasse. Por lo tanto, la custodia podría ahorrar mucho trámite procesal, siendo buena para el reo (que podría tener su problema de inmediato resuelto), como para la justicia en sí.

(xxv) Incentivo la práctica de la llamada “justicia restaurativa”. Defiendo que el crimen nada más es que una “situación problemática”, cuya resolución (o al menos su compatibilización) debe tener la participación activa de las personas directamente involucradas en esta situación. La justicia restaurativa funciona, por lo tanto, en un contexto de cambio de cultura para una dinámica emancipadora, en que los propios sujetos implicados tendrán condiciones de, en algunos casos, resolver a sus propios problemas sin una intervención drástica del Estado.

(xxvi) Por fin, añado como necesidad urgente la corrección de la carga probatoria en el ámbito del proceso de ejecución penal para que se asemeje al que ya ocurre en el proceso de conocimiento, donde quien acusa (la fiscalía) tiene la obligación de producir prueba. Eso es necesario pues para el individuo detenido y condenado queda más complicado hacer prueba de sus derechos, siendo que el Estado y sus instituciones penales son los que tienen el efectivo control de la pena a ser cumplida y de los momentos para la concesión de beneficios. Además, lo que normalmente se observa en la práctica (especialmente en las ciudades en las que no hay actuación de la defensoría pública) es que en la fase de conocimiento (en que normalmente hay el arbitramento de honorarios en las sentencias)

hay abogados dispuestos a hacer las defesas. Al revés, en la etapa de ejecución de la pena no hay el mismo “entusiasmo” por parte de los abogados dativos, con el fin de auxiliar a los detenidos condenados a obtener sus beneficios penales. Ejecución penal es un tema intrincado, con muchas leyes y especies de beneficios, no atrayendo mucho a la simpatía de los abogados.

El gran mal de la sociedad moderna es que nadie se siente responsable por el mal que cotidianamente pasa (muchas veces hasta por desconocimiento). Ejemplo de eso es el menosprecio sistemático a la dignidad del detenido en Brasil, situación que genera daños sociales de los más extensos, sea para el detenido, para sus familias y para todo su entorno. Son víctimas de un sistema que sólo les genera exclusión. Tratase de un tipo de atrocidad moderna estatal, que no es denunciada, no genera la punición adecuada por intermedio de los organismos nacionales e internacionales. WAYNE MORRISON compara tales situaciones con la de verdaderos genocidios, que hacen muchas más víctimas que las estadísticas criminales oficiales constatan⁴⁹².

Está claro que *mal* no se puede pagar con *mal*. Sea quien fuera el detenido, él ostenta dignidad y humanidad. Es justamente bajo la óptica de los “derechos humanos”, y no meramente de la “seguridad pública” que la cuestión debe ser tratada. Luego, qué se propone es un “viraje paradigmático” para que, en lo que se refiere a la cuestión carcelaria, la primera óptica (derechos humanos) prevalezca sobre la segunda (seguridad pública).

Bajo otro prisma, no menos importante, la “organización-construcción” *intra* y extramuros causa importantes reflejos, incluso psicológicos, sobre las propias víctimas de los delitos, reiteradas y sistemáticamente olvidadas como importantes sujetos de la relación procesal⁴⁹³. Con efecto, el regreso del infractor al círculo vicioso crimen-cárcel-libertad “vigilada” se les da la sensación de que no son impuestas condenaciones y que la justicia no estaría siendo realizada en el caso concreto. Hay una falsa idea de que solamente la neutralización del individuo es capaz de aplacar la sed de justicia instaurada cuando de la ocurrencia del delito, cuando en la verdad es precisamente esta neutralización uno de los grandes problemas de la organización-construcción del sistema carcelario actual. Independientemente del *quantum* de la condenación, el hecho es que el individuo no se queda “neutralizado” para siempre. A un momento u otro regresa al convivio social y debe ser absorbido por la sociedad. Entonces, su permanencia en este círculo vicioso es que genera la sensación de inseguridad. Es justamente este círculo que debe ser roto.

⁴⁹² Op. cit.

⁴⁹³ Sobre el tema victimología cf. MANZANERA, Luis Rodríguez. *Victimología – Estudio de la Víctima*. Novena Edición, C. México: Editorial Porrúa, 2005.

Por fin, es importante recordar que la temática de la ejecución penal es socialmente vista por la sociedad y contaminada con las inúmeras políticas populistas punitivas y de “tolerancia cero”, defendidas simplemente como si fuera la “tabla de salvación” para todos los problemas atinentes a la cuestión penal.

Con base al raciocinio antes emprendido, y partiendo de la premisa de que estamos inmersos en un “contexto de posmodernidad”, es posible afirmar que la situación de la ejecución penal hoy vivida especialmente en Brasil puede ser considerada un reflejo del proyecto de modernidad, que fue incapaz de cumplir con sus promesas. En este sentido, el camino para solución del problema es político y no meramente jurídico, razón por la cual los operadores del “sistema” penal, incluso los jueces, deben se concientizar de su papel en esta esfera de actuación. Considerando que todavía predomina una dinámica positivista, inexorablemente vemos, vía de consecuencia, la influencia de eso mismo proyecto de modernidad en el formateo de la criminología hoy predominante en el ámbito del derecho penal y de las ejecuciones penales, bien como en la propia actuación de los operadores del Derecho (entre ellos el magistrado). Y las medidas antes propuestas representan una especie de comienzo para la reversión de esa dinámica positivista rumbo a la *emancipación* de las personas implicadas en el tema carcelario.

7. JUEZ Y DERECHOS HUMANOS

La tarea del juez, especialmente el actuante en la ejecución penal, no es fácil. Al mismo tiempo que funciona como una especie de protector de la sociedad, garantizando el cumplimiento regular de las penas fijadas por el juicio de conocimiento, es también un garantizador de la obediencia de los derechos humanos, más específicamente de la dignidad de las personas encarceladas. Eso porque la pena tiene que ser cumplida exactamente en la forma y en las condiciones establecidas en la CF/88, en los tratados internacionales y en la legislación interna, ni más ni menos.

Como visto, no hay carencia de legislación que asegure la protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad. Que falta es la efectividad práctica, o sea, el *enforcement* de esas normas.

En el caso de los derechos humanos, Brasil es signatario de prácticamente todos los tratados y convenciones internacionales sobre la materia, ya teniendo, incluso, otorgado el *status* de *legislación suprallegal* a esas normas internacionales, que se posicionarían debajo de la CF/88 y arriba de las leyes⁴⁹⁴. Además, el hecho de esos tratados internacionales de derechos humanos situarse jerárquicamente debajo de la Carta Magna no los desmerecen, una vez que la Constitución brasileña es demasiado completa, en lo que dice respecto a la protección de tales derechos, estando, incluso, la dignidad de la persona humana designada como *fundamento* de la República Federal de Brasil (art. 1º, III, CF/88). Además de eso, y como defendido al inicio de este trabajo, la máxima efectividad de los derechos humanos fundamentales puede ser obtenida a través de la vía del “trans-constitucionalismo”, que preconiza la aplicación de norma – interna o internacional – que más atienda a principios, como de la dignidad de la persona humana.

La CF/88 trae, aún, otro dispositivo de carga demasiado significativa y que tangencia la temática de los derechos humanos: el art. 4º, IX. Tal inciso designa como *principio* que rige la República Federal de Brasil en sus relaciones internacionales la “cooperación entre los pueblos para el progreso de la humanidad”. Según el Profesor RENÉ ARIEL DOTTI es a través de eso compromiso asumido en la Carta Magna que será posible desarrollar en Brasil programas de tutela de los derechos humanos, sin perjuicio de las acciones y medidas rutineras internas a través de la ley y de los poderes y órganos encargados de su cumplimiento⁴⁹⁵.

Luego, el *paradigma de los derechos humanos* debe nortear la actuación de los operadores jurídicos, incluso el magistrado. La búsqueda de la humanización y del

⁴⁹⁴ Cf. STF, RE 466.343-1/SP, disponible en www.stf.jus.br (acceso en 10.12.2016).

⁴⁹⁵ *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y notas de la legislación brasileña*. 3ª ed., São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 65.

enaltecimiento del sujeto, como ya decía el multicitado SOUSA SANTOS⁴⁹⁶, es urgente. La “cosificación” del hombre, de índole positivista, no puede tener lugar en la actuación del magistrado crítico y global que defendemos. Y la emancipación del sujeto está íntimamente conectada al nivel de comprensión que tiene del tema *derechos humanos*, bien como de la importancia de su efectucción en la práctica, para allá de la mera retórica.

Desde ya aclaro que el objetivo de este trabajo no es ser un “tratado de derechos humanos”, razón por la cual abordaremos *en passant* solamente a 3 (tres) de los diferentes sistemas de derechos humanos – global, europeo y latinoamericano, con enfoque en decisiones tomadas por los respectivos tribunales.

7.1. Definición de derechos humanos

Antes de ir al punto propiamente dicho, conviene, al menos que rápidamente, establecer qué sea “derechos humanos”, ya que aquí defendemos una actuación jurisdiccional, que se compatibilice con esa noción.

Definir “derechos humanos” es una tarea difícil. Tratase de uno de los institutos en que intuitivamente sabemos de qué se trata, pero no logramos precisar qué efectivamente sea. Para intentar una definición, apelo a una de las mayores autoridades sobre el tema en Brasil que es, sin duda, la Profesora FLÁVIA PIOVESAN. En su obra *Derechos humanos y el derecho constitucional internacional* ella cita tres definiciones: de LOUIS HENKIN (*The rights of man today*), de ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO (*Derechos humanos, estado de derecho y constitución*) y de VILLIERS (*The socio-economic consequences of directive principles of state policy: limitations on fundamental rights*)⁴⁹⁷. En todas estas hay elementos importantes a ser considerados: derechos humanos serían (i) reivindicaciones morales y políticas que todo ser humano tiene o debe de tener ante una sociedad o gobierno, siendo “de derecho” y no por amor, gracia o caridad (HENKIN); (ii) conjunto de facultades que en cada momento histórico concretizarían las exigencias de dignidad, libertad e igualdad, debiendo ser reconocidas por los ordenamientos jurídicos, tanto en el plan interno como en el internacional (PÉREZ LUÑO) y; (iii) esenciales al proceso democrático (VILLIERS).

Como visto, todas las definiciones hacen sentido y son válidas, una vez que los derechos humanos son los consensualmente necesarios a enaltecer a la dignidad humana en un determinado momento histórico, y sin los cuales el “ser” perece⁴⁹⁸. Ellos deben ser asegurados tanto en el plan interno (a través preferencialmente de las constituciones de las

⁴⁹⁶ *Para un nuevo sentido común: la ciencia, el derecho y la política en la transición paradigmática*. 4ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2002, col. I. (La crítica de la razón indolente: contra el desperdicio de la experiencia).

⁴⁹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Derechos humanos y el derecho constitucional internacional*. 14ª ed., São Paulo: Saraiva, 2013, p. 69.

⁴⁹⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Derechos humanos versus seguridad pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. 6.

naciones democráticas), como en el plan internacional, a través de los mecanismos del “constitucionalismo” y del “trans-constitucionalismo” ya mencionados en esta investigación, y que priorizan al respecto de la norma que confiera la máxima efectividad de los derechos humanos y fundamentales, sea la de plan interno, sea la internacional. La lucha por la efectución de esos derechos es permanente, remontando a épocas pasadas, en que el fuerte dominaba al flaco por el uso de la fuerza, pasando por los tiempos actuales, en que esa dominación se opera de forma más sofisticada⁴⁹⁹.

Derechos humanos son, por lo tanto, aquellos conectados a la libertad y la igualdad y, especialmente, a la dignidad y que están positivados en el plan internacional. Ya los derechos fundamentales (expresión preferida por los “positivistas”) son los mismos derechos humanos cuando designados en la Constitución Federal⁵⁰⁰. Así, el contenido de los dos es esencialmente el mismo, qué difiere es el plan en que están consagrados, razón por la cual este trabajo ora se refiere a “derechos humanos”, ora a “derechos humanos fundamentales”, que no genera cualquier perjuicio, ya que la CF/88 es demasiado detallada, en lo que se refiere a la positivización de los derechos humanos consagrados por los tratados y convenciones internacionales, aunque Brasil todavía deje mucho a desear en lo que se refiere a la efectución de tales derechos.

La premisa importante que seguir (y que debe nortear el actuar de los operadores jurídicos, entre ellos del magistrado crítico y global que defendemos) es de que, según el llamado “Derecho de los Derechos Humanos”, el ser humano en cualquier condición que se encuentre (incluso el privado de su libertad), es sujeto tanto del derecho interno como del derecho internacional (la llamada “personalidad internacional del individuo”), pudiendo recibir protección en esos dos ámbitos. Incluso ambos – derecho interno y derecho internacional – deben nutrir constante interacción, de modo a asegurar a la más plena protección al hombre, consagrando el principio de la “primacía de la norma más favorable” a cualquier víctima de violación de sus derechos humanos, estando en cualquier status o condición⁵⁰¹. Y es justamente este raciocinio seguido por el “juez crítico y global” que defendemos, que debe siempre buscar a la máxima efectividad de la protección a los derechos humanos, sea recurriendo al derecho interno, sea al internacional, laborando siempre en defensa de la parte más vulnerable.

⁴⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Derechos humanos versus seguridad pública*. Op. cit., p. 1, donde cita doctrina de HELIO BICUDO.

⁵⁰⁰ Cf. NUCCI, Guilherme de Souza. *Derechos humanos versus seguridad pública*. Op. cit., p. 8-9.

⁵⁰¹ PIOVESAN, Flávia. *Derechos humanos y el derecho constitucional internacional*. Op. cit., p. 56 (presentación de ANTÔNIO AUGUSTO CANÇADO TRINDADE). Aquí no abogamos pura y simplemente el respecto a los derechos humanos de las personas privadas de su libertad, pero de todo y cualquier individuo, incluso de las víctimas de un crimen, razón por la cual sustentamos el predominio del mecanismo de la “ponderación” sobre la mera “subsunción” hecho-norma. Para los más “ansiosos”, dejo claro que el enfoque de la investigación es el detenido y por esa razón es multi-referenciado, qué no significa que haya cualquier menosprecio a las víctimas de delitos.

Abriendo aquí un paréntesis, no se está a defender aquí pura y simplemente al predominio de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad a cualquier precio, pero sí mediante el ejercicio del método de la *ponderación* entre derechos para la protección de la parte más vulnerable. Esos días me he deparado con la situación de conflicto entre el derecho de un detenido y el de un niño y en este caso, por más que defienda que es necesario actuar positivamente en el sentido de garantizar la dignidad al detenido, el llamado “superior interés del niño” debe prevalecer.

Continuando. Partiendo de la premisa de que los seres humanos tienen derecho bajo el plan interno e internacional, concluyese que eventual negación de esos mismos derechos impone, como sanción, la responsabilización internacional del Estado violador⁵⁰², y aquí añadimos que esa responsabilidad es de naturaleza *objetiva*, o sea, independientemente de la comprobación de dolo o culpa por parte del Estado. Este es el raciocinio seguido por las decisiones de las cortes internacionales, algunas de las cuales citadas a lo largo de este apartado. Y aquí no se trata de admitir pura y simplemente a la violación de la soberanía de una nación, pero su flexibilidad es por veces necesaria, ya que el respecto a los derechos humanos es una especie de consenso internacional para garantía de una especie de “soberanía universal” en la cual se enaltece al individuo⁵⁰³.

En este punto, es importante citar el mecanismo de “control de convencionalidad”, muy poco utilizado por los operadores jurídicos en Brasil, especialmente debido a la falta de conocimiento y a la poca divulgación tanto de la normativa internacional (aunque internalizada por Brasil) como de la jurisprudencia de las cortes internacionales de derechos humanos. La difusión de esa especie de control en Brasil se dio básicamente a partir de 2008, cuando fue establecido el *status* supralegal de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, a través del juzgamiento del Recurso Extraordinario n. 466.343.

Respecto al control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el ámbito del juzgamiento del caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile (sentencia de 26.09.2006) aseveró que: “... cuando un Estado ratifica a un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del apartado del Estado, también están sometidos a ella, qué se les obliga a asegurar que los efectos de los dispositivos de la Convención no se vean mitigados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto, y que desde el inicio carecen de efectos jurídicos (...) el Poder Judicial debe ejercer una especie de ‘control de la convencionalidad de las leyes’ entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, pero también la interpretación que del mismo tiene hecho la Corte Interamericana,

⁵⁰² PIOVESAN, Flávia. *Derechos humanos y el derecho constitucional internacional*. Op. cit., p. 67.

⁵⁰³ Op. cit., p. 68.

intérprete última de la Convención Americana⁵⁰⁴. Así, es tarea del juzgador, desde el uno de primera instancia hasta el que integra a las altas cortes de este País, velar por el *enforcement* de las normas de protección de derechos humanos, realizando el control de convencionalidad siempre que una normativa interna sea contraria a tratados y convenciones internacionales sobre el tema, especialmente considerando su carácter de norma suprallegal.

En el ámbito de la ejecución penal hay una dualidad difícil de compatibilizar: la necesidad de seguridad pública y efectución de las decisiones jurisdiccionales y el respecto a los derechos humanos, especialmente de la persona encarcelada. En la verdad, aunque parezca tratarse de una dualidad insuperable, o sea, o se privilegia a uno o a otro, es necesario haber una alianza entre ambos⁵⁰⁵, dentro de una perspectiva constitucionalista y solidaria de respecto a los derechos humanos, ya estudiada en momento anterior de esta investigación. La búsqueda de la orden pública no debe quitar esos derechos.

Vale resaltar que Brasil empezó a ingresar en el proceso de internacionalización de los derechos humanos con la CF/88, que como ya aludido consagra inúmeros principios de protección a la persona humana, alcanzando a la dignidad de la persona humana como fundamento de la República Federativa de Brasil (art. 1º, III), donde se concluye que no hay cualquier justificación para dejarse de implementar a las normas internacionales sobre derechos humanos como verdadero *jus cogens*, independientemente de la víctima de una violación estar o no privada de su libertad. Y el enfoque de los capítulos subsecuentes será los dispositivos de las convenciones internacionales, bien como las decisiones de las cortes internacionales respecto a los derechos humanos de las personas detenidas.

7.2. Sistemas en especie

Aunque haya en la doctrina una división entre los sistemas de derechos humanos, solamente se da como forma de asegurar una mayor efectividad en las decisiones tomadas por las respectivas cortes, siendo meramente una cuestión de logística. Una vez que, el concepto de derechos humanos y la necesidad de su protección es un reclamo considerado universal, permeando toda la historia de la humanidad, aunque recientemente sistematizado. Según FLÁVIA PIOVESAN, el proceso de universalización e internacionalización de los derechos humanos es relativamente reciente en la historia del derecho, presentando delineamientos más concretos solamente tras la Segunda Guerra

⁵⁰⁴ In PIOVESAN, Flávia. *Derechos humanos y el derecho constitucional internacional*. Op. cit., p. 30, 32, 134 y 174.

⁵⁰⁵ NUCCI, Guilherme de Souza. *Derechos humanos versus seguridad pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. X (introducción).

Mundial⁵⁰⁶, especialmente tras la adopción de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948. Es el discurso del “nunca más”, especialmente después de los horrores vivenciados durante el periodo del holocausto.

Como es de conocimiento general, los derechos humanos tienen diversas características, algunas de las cuales rápidamente referidas:

- Historicidad: derechos humanos son construidos por la convivencia colectiva a lo largo de la historia.

- Universalidad: derechos humanos son inherentes al universo de todas las personas, independientemente de su condición momentánea. Aquí está la justificación para la garantía de derechos humanos a las personas privadas de su libertad, que como ya mencionado, no puede tener más derechos sustraídos además de los constantes de la sentencia criminal. Basta, por lo tanto, la condición de ser persona para que se pueda invocar derechos humanos en los planes interno y/o internacional. Además de eso, de nada sirve tener derechos si no se los puede ser ejercidos, siendo su *enforcement* reflejo del propio principio de la dignidad de la persona humana. Es el llamado “derecho a tener derechos”.

- Esencialidad: los derechos humanos son formalmente esenciales debido a su posición topográfica de precedencia tanto en la normativa internacional como en la interna. Son derechos materialmente esenciales, sin los cuales la vida no se completa en su integridad.

- Irrenunciabilidad: diferentemente de los derechos subjetivos en general, que pueden ser renunciados (ej: renuncia a la herencia), los derechos humanos no pueden ser abdicados. Siquiera la autorización de su titular justifica a la renuncia.

- Inalienabilidad: la titularidad de los derechos humanos no permite la desinvestidura por parte de su titular, no pudiendo ser cedidos gratuita u onerosamente a otro. Son, por lo tanto, innegociables.

- Inagotabilidad: los derechos humanos son inagotables, o sea, cada derecho nuevo agrega algo nuevo. En la CF/88 esa cláusula de inagotabilidad consta del art. 5º, § 2º, CF.

- Imprescriptibilidad: los derechos humanos son imprescriptibles.

- Principio del vedamiento del retroceso: los derechos humanos nunca pueden retroceder, no pudiendo el Estado pasar a proteger menos. Una vez que, la conquista de derechos se origina de un proceso paulatino, donde no raro la conquista no fue pacífica. Luego, es necesario siempre agregar derechos, jamás sustraerlos.

Tras eso rápido panorama, paso a detallar a los sistemas propiamente dichos, con un enfoque más jurisprudencial.

⁵⁰⁶ Op. cit., p. 69.

7.2.1. Sistema global

Necesario iniciar ese capítulo con la necesaria referencia histórica a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (DDHC – Paris, 1789) que ya al Siglo XVII contenía en su art. 8°⁵⁰⁷ la raíz de que se entiende hoy por principio de la intervención penal mínima, recibido por la CF/88 en su art. 5°, párrafo 2°⁵⁰⁸. Vale recordar que tal norma también trae el principio de la anterioridad de la ley penal, consagrado en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*.

Con todo, la internacionalización de la protección de los derechos humanos, aunque perseguidos por la humanidad a lo largo de toda historia, es un acontecimiento histórico reciente y que remonta al fin de la Segunda Guerra Mundial⁵⁰⁹, oportunidad en la cual las personas decidieron dar un fin a todas las atrocidades especialmente del régimen nazista.

En este contexto de “posguerra”, las potencias aliadas se reunieron en 1945 en la Conferencia de San Francisco y elaboraron a la Carta de las Naciones Unidas, que originó a la Organización de las Naciones Unidas (ONU). Ya en el 10 de diciembre de 1948 fue firmada la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), que además de contener diversas reglas importantes estableció en su preámbulo y luego al art. 1°, el reconocimiento de la “dignidad” como algo inherente a todo y cualquier ser humano. En mi opinión, la simple mención a la igualdad de todos los hombres y a la dignidad es tan abarcadora que dispensaría cualquier una de las reglas subsecuentes al art. 1°, incluso las que dicen respecto a más de cerca del sistema penitenciario, como el art. 5°, que prohíbe a la tortura o cualquier otro tratamiento cruel, deshumano o degradante, entre otras⁵¹⁰.

RIVERA BEIRAS bien observa que, por más bienintencionada que fuera la DUDH, ella carecía de fuerza obligatoria para los Estados signatarios, tampoco contaba con un sistema de protección internacional, que pudiera garantizar su cumplimiento y una tutela efectiva de los derechos allá inseridos. Además, importa considerar a la inmensa resistencia de los Estados de renunciaren a sus concepciones nacionalistas y aceptaren una forma de control supranacional⁵¹¹, resistencia esta que es observada hasta hoy, mismo existiendo sistemas regionales de protección de los derechos humanos, como el europeo y el latinoamericano,

⁵⁰⁷ Según el art. 8°, de la DDHC, “la ley solamente debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser punido sino por fuerza de una ley establecida y promulgada antes del delito y legalmente aplicada”.

⁵⁰⁸ Cf. DOTTI, René Ariel. Principios fundamentales del Derecho Penal Brasileño. *Bulletin de la Societé internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste – cahiers de defense sociale*. Edición en Homenaje a Louk Hulsman. 2003. Disponible en: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/11966-11966-1-PB.pdf> (acceso en 01.07.2017), p. 12.

⁵⁰⁹ Cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. 2ª ed., Buenos Aires: Del Puerto, 2009, v. I, p. 135.

⁵¹⁰ Aquí me reporto al rol ya mencionado por RIVERA BEIRAS (*La cuestión carcelaria: historia, epistemología, derecho y política penitenciaria*. Op. cit., p. 137).

⁵¹¹ Cf. RIVERA BEIRAS, Iñaki. Op. cit., p. 135-136.

adelante referidos. En otras palabras, los Estados indebidamente desconsideran que la DUDH es verdadera norma de *jus cogens*, de carácter imperativo y no susceptible de derogación por voluntad de las partes.

El tribunal responsable por conferir el *enforcement* a las reglas del sistema global es la Corte Internacional de Justicia, con sede en Haya, siendo esta el órgano Judicial de las Naciones Unidas responsable por el procesamiento y juzgamiento de todos los litigios entre Estados miembros de la ONU. En el ámbito del sistema global no hay litigios entre Estado miembro y persona física, siendo las demandas solamente entre naciones.

Importante, también, en el ámbito del sistema global hacer alusión a las “Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos”, vehiculadas por la ONU en 1955 y actualizadas en 2015 con la ampliación del respecto a la dignidad de los detenidos. Esa actualización de 2015 viene siendo llamada de “Reglas de “Mandela” (Mandela’s Rules⁵¹²) y fue desencadenada por la necesidad de alcanzarse una mejora en las condiciones de las personas privadas de su libertad. Me voy a enfocar aquí en algunos puntos de esa actualización, sin perjuicio de las demás reglas, cuya observación en el ámbito de los Estados miembros de la ONU es de suma importancia.

La Regla n. 5 ya establece directriz importante, en el sentido de que “el régimen de prisión debe buscar minimizar a las diferencias entre la vida en la cárcel y en libertad que tienden a reducir la responsabilidad de los detenidos o el respecto a su dignidad como seres humanos”. Es justamente qué aquí se defiende, o sea, que la dignidad del detenido sea integralmente preservada, de modo que solamente le sea sustraído los derechos desechados en virtud de sentencia penal condenatoria. Además de eso, cuando la norma trae el término “responsabilidad de los detenidos” indirectamente refuerza a la necesidad de su *emancipación*. Insisto que tratar a alguien con dignidad también significa conferir *responsabilidad* a esa persona.

Otra directriz importante es la que consta en la regla n. 7, que establece que ninguna persona será admitida en establecimiento carcelario sin una orden de detención válida, debiendo ser prestadas inúmeras informaciones cuando de su ingreso, tales como: identidad (respectada atribución de género), motivos, fecha, horario y local de prisión; fecha y horario de cualquier soltura o transferencia, herimientos visibles y reclamos sobre malos-tratos sufridos por el detenido, inventario de bienes personales (reforzado en la regla n. 67), datos de familiares y contactos de emergencia.

⁵¹² Versión en Inglés disponible en: <http://ohchr.org/Documents/ProfessionalInterest/NelsonMandelaRules.pdf> (acceso en 07.07.2016). Versión en Portugués disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/39ae8bd2085fdb4a1b02fa6e3944ba2.pdf> (acceso en 07.07.2016).

Parece demasiado obvia la norma, sin embargo, en países como Brasil es común verificar en el día a día forense a inúmeros casos de detención sin el cumplimiento del mandato de prisión, qué hace los números referentes al sistema carcelario mencionados al inicio de esta investigación altamente cuestionables. Yo misma diariamente me deparo con detenidos que tuvieron sus mandatos cumplidos días después de su encarcelamiento, situación completamente absurda y que interfiere, incluso, en el cómputo de la pena, ya que muchos días de prisión no serán detraídos caso la información sobre la prisión no llegue correctamente al Poder Judicial. Además de eso, no son raros los casos en los que los detenidos reclaman de la sustracción de sus pertenencias al momento de su detención, ya que ningún inventario es realizado por la autoridad responsable.

En este sentido, las Reglas de Mandela inspiran dos institutos que fueron implementados para minimizar a eso problema, como es el caso de las ya referidas “audiencias de custodia”, bien como el recién implantado Banco Nacional de Mandatos de Prisión (el BNMP), herramienta que unificará en todo el territorio nacional a los mandatos de prisión y que contendrá todas las informaciones constantes de la mencionada regla n. 7, además de la n. 8⁵¹³.

Menciono, aún, las reglas n. 50, 51 y 52 que tratan de las revistas íntimas e inspección en celdas, que deben seguir a normativa internacional sobre el tema garantizando, por un lado, a la seguridad en las unidades de prisión y, por otro, a la dignidad y privacidad del individuo bajo inspección. En la mayor parte de los establecimientos brasileños no hay la adopción de métodos y equipos adecuados para la realización de revista, de modo a hacerla mínimamente invasiva, sin perjuicio de su eficacia. En caso de revista de partes íntimas (enfoque de la mayor parte de los reclamos), la regla n. 52 – 2 preconiza que será conducida solamente por profesionales de salud calificados, que no sean los principales responsables por la atención a la salud del detenido o de la detenida o, como mínimo, por personal apropiadamente entrenado por profesionales del área médica en los estándares de higiene, salud y seguridad. Evidente que eso no ocurre en la mayor parte de los casos.

Otro derecho absolutamente fundamental asegurado por las Reglas de Mandela y que es sistemáticamente olvidado como si fuera de menor importancia es el derecho a la información y a la queja, previstos en las reglas n. 53, 54, 55, 56 y 57. Actualmente con la progresiva informatización de los datos de prisión en Brasil viene siendo posible proveer a la persona detenida informaciones seguras sobre su pena, sus derechos y sus obligaciones. Como ya mencioné, especialmente en las ejecuciones de pena en ciudades que no cuentan con defensoría pública constituida, son pocos los abogados que actúan en la defensa de los sentenciados tras la sentencia condenatoria, siendo que los pocos tienen parco o ninguno

⁵¹³ El BNMP fue desarrollado por el CNJ y empezó a ser implantado en 2018, teniendo los magistrados y servidores del TJ/PR recibido entrenamiento en mayo de 2018.

conocimiento más profundizado sobre ejecución penal. Por esta razón, es común el re-educando tener derecho a beneficios sin que haya su análisis por el Poder Judicial. El acceso del detenido a la información es importante, justamente para que pueda activamente participar de su ejecución de pena y manejar reclamos para el caso de no tener sus derechos asegurados.

Aún dentro de la perspectiva emancipadora de divulgación de información está el derecho de las personas detenidas al contacto con el mundo exterior (regla n. 58 a 64 y 68 a 70), sea con familiares, con abogados o defensores públicos, por correspondencia, e incluso mediante acceso a representantes diplomáticos o traductores en caso de detenidos extranjeros (regla n. 62). También importante garantizar el acceso a los medios de comunicación escrito y hablado y a libros, debiendo toda unidad carcelaria contemplar una biblioteca (regla n. 64).

Por fin, las reglas n. 106 y siguientes traen una perspectiva importantísima de *futuro* del detenido. Como ya mencionado, la persona condenada regresa al convivio social, de modo que deben ser fortalecidos los vínculos familiares y desarrolladas las aptitudes para el trabajo, siendo fundamentales las entidades de apoyo a los detenidos libertados (regla n. 108). En Brasil, esa función de encaminamiento profesional de los egresos del sistema penitenciario es ejercida por los llamados “patronatos penitenciarios”, cuya actuación debe ser ampliada, socialmente difundida (incluso en los medios de comunicación) e incentivada.

Importante recordar, por más redundante que parezca, que toda la normativa que compone al sistema global es posible de ser aplicada en cualquier uno de los sistemas regionales. Y las normas regionales, que en su mayoría son réplicas de las integrantes del sistema global, igualmente pueden ser invocadas para protección de los derechos humanos en un sistema diferente, exactamente por cuenta del mecanismo del paralelismo y del “trans-constitucionalismo”, ya citado.

Son tantas las normas que hablan exactamente sobre la misma cosa que es de causar perplejidad el hecho no encontrarnos muy lejos de cumplir con lo que es básico, o sea, asegurar a todos los derechos inherentes a la condición de ser humano a las personas que están privadas de su libertad, salvo solamente los que fueran temporariamente sacados por la sentencia penal condenatoria.

7.2.2. Sistema europeo

El llamado “sistema europeo” está centrado básicamente en la llamada Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH), originada de la “Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales”, suscritas en Roma en 04.11.1950. Vale destacar el art. 3° que preceptúa que “Nadie puede ser sometido a

torturas, ni a penas o tratamientos deshumanos o degradantes”, repitiendo las normativas más generales sobre el tema, antes referenciadas. Interesante percibir que en esa Convención no interesa la calidad de la persona (la víctima puede, incluso, ser apátrida), pero sí si el Estado es parte de la convención y si la violación fue cometida dentro de ese Estado.

Diferentemente del sistema americano adelante mencionado, en el sistema europeo, a través del llamado Protocolo 11 de la “Convención para la Protección de los Derechos del Hombre y de las Libertades Fundamentales” (1994), hubo el redimensionamiento de la Corte Europea de Derechos Humanos (o Tribunal Europeo de los Derechos Humanos – TEDH, con sede en Estrasburgo) aumentando su competencia, para abarcar no solamente a los llamados “juicios de deliberación” (juzgamiento propiamente dicho), pero también a los de “pre-libación” (o sea, de admisión de las causas sometidas al TEDH), anteriormente de competencia de la Comisión Europea de Derechos Humanos. Esta pasó a agregar solamente funciones de supervisión del cumplimiento de las decisiones emanadas por el TEDH. Según el preámbulo del protocolo en cuestión, la modificación estructural tuvo como objetivo responder al aumento del número de peticiones y de miembros del Consejo de Europa, y buscó ampliar la eficacia del mecanismo de garantía de los derechos y libertades previstos en la Convención. Una vez que, según la propia convención (art. 6.1), toda persona tiene derecho a que su demanda sea oída en un “plazo razonable” y la sistemática con dos grandes órganos de control – Comisión y Corte/Tribunal – burocratizaba el trámite de las demandas. También se consideró en el Protocolo que la competencia para labrar los “juicios de pre-libación”/de admisión de las causas debería ser ejercido por jueces, ya que tratase de momento importante dentro de las peticiones direccionadas al TEDH⁵¹⁴.

Mucho más que mencionar de forma pormenorizada la estructura del TEDH, bien como todos los instrumentos normativos que componen al llamado sistema europeo, que son paralelos a la normativa del sistema global antes mencionada, aquí vale llamar la atención de la cultura jurisprudencial del TEDH que se estableció, de forma pionera, en el sentido de posibilitar la condenación de los Estados por los daños morales ocasionados a los detenidos, decisión que, como mencionado en esta investigación, ya encuentra similar en Brasil⁵¹⁵. Sin embargo, la evaluación del TEDH lleva en cuenta un “nivel mínimo de gravedad”, que toma en consideración algunos criterios, como la duración del encarcelamiento, el espacio físico de la celda, uso privativo de lavabos, ventilación e iluminación, higiene, entre otros. Haciendo un paralelo con nuestra situación, aquí en Brasil

⁵¹⁴ Sobre el tema cf. GASPAROTO, Ana Lúcia; BLANES SALA, José. El sistema europeo de protección de los derechos humanos. *Revista del Instituto Brasileño de Derechos Humanos*. n. 15, p. 17-36, <<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/301>> (acceso en: 23.05.2018).

⁵¹⁵ El ya mencionado Recurso Extraordinario 580.252/MS.

todavía no hay formación de criterios objetivos para evaluarse y cuantificarse eventual indemnización de un detenido por soportar condiciones subhumanas en los presidios, cuya posibilidad ya fue afirmada por el STF, tal cual mencionado a lo largo de esta investigación.

Pero, en lo que dice respecto a la sobrepoblación, el TEDH afirmó ser un parámetro que, por sí sólo, puede ser tomado en cuenta como elemento central de la condenación estatal, por configurar un problema sistémico del Estado, y en este punto hay como transponer eso entendimiento para nuestra realidad, ya que puede ser objetivamente verificado (como por ej. número de vacantes vs. número de detenidos por celda, independientemente de la medida). En el ámbito europeo, en casos de sobrepoblación el TEDH pasó a adoptar un procedimiento creado por su jurisprudencia (a través de “juzgamiento piloto”), en el sentido de, por un lado, identificar y diagnosticar las causas estructurales del problema carcelario y, por otro, ordenar al Estado requerido que tome medidas a fin de mitigar el problema, siendo la adopción de tales medidas supervisada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa⁵¹⁶, que se les confiere mayor efectividad. Una vez que, no basta solamente la determinación por parte del TEDH, debiendo ocurrir su *enforcement* por parte del Estado que fuera punido.

Para ejemplificar la línea de raciocinio adoptada en el ámbito del TEDH, cabe la mención de decisión proferida en 08.01.2013 en la causa *Torreggiani y otros vs. Italia*⁵¹⁷. La controversia fue desencadenada por siete sentenciados de las prisiones de Busto Arsizio y Piacenza – Italia (Srs. Torreggiani, Bamba, Biondi, Sela, El Haili, Hajjoubi y Ghisoni). Ellos alegaban que cada uno dividía a una celda de 9 m² (nueve metros cuadrados) con dos otros sentenciados, que hacía con que cada uno dispusiera de 3 m² (tres metros cuadrados) de espacio. Además de eso, todos reivindicaban, entre otras peticiones, agua caliente e iluminación en las celdas. Básicamente atribuían las precarias condiciones a la sobrepoblación de los establecimientos penitenciarios.

Antes de la cuestión llegar al TEDH, fue analizada por el Juicio de fiscalización de la Ejecución Penal en Piacenza, que refrendó el tratamiento inhumano y degradante sufrido por los detenidos (violación al art. 3º, de la Convención Europea de Derechos del Hombre), que estarían en situación de flagrante discriminación considerando otros detenidos en condiciones más favorables.

⁵¹⁶ Cf. el voto divergente del Min. LUÍS ROBERTO BARROSO en el ya mencionado Recurso Extraordinario n. 580252/MS (disponible en www.stf.jus.br, acceso en 08.08.2017).

⁵¹⁷ Application n. 43517/09. Disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng-press/pages/search.aspx?i=003-4212710-5000451> (acceso en 06.04.2015). Cf. también el sitio <http://www.prisonovercrowding.eu/en> que vehicula el proyecto “Prision Overcrowding and Alternatives to Detention”, una alianza entre la Università Degli Studi di Ferrara y la Università Degli Studi di Milano, que objetiva el desarrollo de alternativas a la prisión en el ámbito de la Unión Europea.

De forma sintética, las conclusiones más importantes fijadas en la decisión del TEDH fueron las siguientes:

- (i) El encarcelamiento no saca de los detenidos los derechos garantizados por la CEDH.
- (ii) La carga de la prueba de sobrepoblación no es de quien alega (detenidos), pero del Estado, que tiene mejores condiciones de averiguación de la situación. En el caso concreto, el TEDH consideró que el Gobierno de Italia no comprobó, de forma cabal, que las celdas midieron 11 m² (once metros cuadrados) en vez de 9 m² (nueve metros cuadrados). Esa *reversión de la carga probatoria* lleva en consideración la vulnerabilidad de la parte que alega la ilegalidad, siendo una premisa absolutamente fundamental que seguir en juzgamientos de demandas involucrando sobrepoblación carcelaria⁵¹⁸.
- (iii) El encarcelamiento en local no conforme con los *standards* aceptables repercute en violación al art. 3º, de la CEDH, que preceptúa que “nadie puede ser sometido a tortura, ni a penas o tratamientos deshumanos o degradantes”.
- (iv) Consideración que el problema de sobrepoblación carcelaria en Italia es *estructural y sistémico*.
- (v) El TEDH también cita recomendación, en el sentido de que promotores y jueces prioricen a la utilización, en el caso concreto, de medidas alternativas al encarcelamiento.
- (vi) El TEDH considera que el ciudadano detenido que tenga su dignidad degradada por las condiciones de la cárcel tiene el derecho de reclamar compensación (incluso financiera) por la violación sufrida.
- (vii) Por fin, el TEDH determinó que el Gobierno de Italia reparase la situación de los litigantes. Hubo determinación del plazo de 1 (un) año a partir del juzgamiento (ocurrido en 08.01.2013) para el Estado italiano poner en práctica medidas alternativas para la compatibilización de la sobrepoblación carcelaria⁵¹⁹, diagnosticada por el TEDH como verdadero problema estructural.

Conforme observado por el Min. BARROSO en su multicitado voto proferido en el Recurso Extraordinario n. 580.252/MS, lo que llama la atención en este caso es la repercusión positiva del juzgado del TEDH sobre las condiciones de encarcelamiento italianas. Atendiendo a las determinaciones, Italia ha presentado a la Corte un plan de

⁵¹⁸ Citando a los exactos términos constantes de la decisión de la Corte de Estrasburgo: “... In the absence of any documentary evidence to the contrary, the Court had no reason to doubt the allegations made by the applicants serving their sentences in Piacenza prison, according to which they had each shared a cell with two other prisoners, meaning that they had – like the prisoners in Busto Arsizio – 3 sq. m of living space per person”.

⁵¹⁹ En los términos originales de la versión en lengua inglesa de la decisión: “the Court concluded that the Government must put in place, within one year from the date on which the present judgment became final, an effective domestic remedy or a combination of such remedies capable of affording, in accordance with Convention principles, adequate and sufficient redress in cases of overcrowding in prison. It ruled that the examination of applications dealing solely with overcrowding in Italian prisons would be adjourned during that period, pending the adoption by the domestic authorities of measures at national level”.

acción y efectivamente adoptó medidas de reforma de su sistema carcelario, estimulando, por ejemplo, a la aplicación de medidas alternativas a la prisión, ampliando las hipótesis de conveniencia de prisión domiciliar, especialmente para las infracciones de menor potencial ofensivo, redujo penas para crímenes de tráfico considerados livianos, estableció hipótesis de remisión de pena para el detenido que la cumpla en condiciones deshumanas y degradantes⁵²⁰, ha ampliado las oportunidades de trabajo para los detenidos, entre otras.

Esa última medida – incentivo al trabajo – es, en mi entender, una de las más importantes providencias adoptadas por el gobierno italiano para enfrentamiento de la cuestión carcelaria, porque efectivamente contribuye para la resocialización del re-educando, ampliando a su *emancipación*. Vale recordar al lector que la idea de emancipar nortea a todo el raciocinio desarrollado en este trabajo, pues entiendo y creo que no basta el Estado adoptar medidas de enfrentamiento del problema de naturaleza despenalizadora y desencarceladora, como mitigar a penas, trasladar a detenidos, anticipar progresión, ampliar prisión domiciliar, hipótesis de monitoreo, entre otras. Providencias como estas solamente enfrentan las *consecuencias* del problema y no a su *causa*. Por esta razón, insistimos en el concepto de “emancipación”, pues es solamente su efectiva interiorización y adopción que marcará un *turn point* en materia de ejecución penal.

El caso italiano antes mencionado tratase de precedente paradigmático/juzgamiento piloto, que se sitúa en el ámbito del llamado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, teniendo precedencia sobre el dispuesto en los ordenamientos jurídicos locales. Vale destacar que la división entre sistemas de derechos humanos diversos (europeo, latinoamericano, entre otros) derivase de solamente de una cuestión de logística, siendo las decisiones tomadas en el ámbito de las cortes internacionales de derechos humanos vinculantes para cualquier nación que adhiriera al “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, principalmente porque la tónica de protección a los derechos humanos debe ser universal. Eso es decir que, aunque Brasil no se circunscriba en el ámbito de actuación del TEDH, el juzgado vehicula orientaciones importantes y que pueden (y deben, a mi sentir) ser trasladadas a la realidad brasileña, especialmente considerando a lo que consta del art. 1°, CF/88, que estipula la dignidad de la persona humana como fundamento de la República Federativa de Brasil, bien como del art. 4°, II, de la CF/88 que prevé como principio la “prevalencia de los derechos humanos”.

Por fin, sirve aquí la mención a las “Reglas Penitenciarias Europeas”, que deben servir como parámetro incluso en el ámbito latinoamericano, que no contempla normativa similar. Como ya referido a lo largo de esta investigación, referido instrumento tiene directrices interesantes, entre las cuales la estampada en el art. 4°, en el sentido de que ninguna

⁵²⁰ La cuestión que toca específicamente a la remisión de pena será objeto de análisis más detenida al final de esta investigación.

ofensa a derechos humanos debe ser justificada por la invocación de falta de recursos (que nada más es que el multi-referenciado principio de la “reserva del posible”). Además de eso, prevé expresamente la normativa que las personas privadas de su libertad conservan a todos los derechos que no les fuera sustraídos por la sentencia condenatoria (art. 2°), además del estímulo a la participación y cooperación de la sociedad civil en el ámbito carcelario (art. 7°), partiendo de la premisa de que la persona detenida no quedará permanentemente en esa condición. Mucho del contenido de esas reglas ya contó con referencia en esta investigación. Una vez que, ya está consagrado por diversas veces en inúmeras normativas internacionales que deben ser respetados derechos humanos de las personas privadas de su libertad y las “Reglas Penitenciarias Europeas” no traen cualquier novedad en este sentido.

Paso adelante a mencionar el sistema latinoamericano, que toca más de cerca a la realidad brasileña.

7.2.3. Sistema latinoamericano

Como la intención de este trabajo no es desmenuzar a fondo todos los instrumentos que componen los sistemas de derechos humanos, haremos referencia más especialmente a la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH – conocida como Pacto de San José de Costa Rica), carta de derechos firmada en 22.11.1969 y que tiene su antecedente normativo tanto en la Carta de la ONU (San Francisco – 1945) como en la carta de la OEA (Bogotá – 1948). Tales documentos resultaron tanto en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 (DUDH) como en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADDH), también de 1948. Una curiosidad: la Declaración Americana fue históricamente el primer instrumento internacional posguerra a declarar derechos humanos, anticipando a la propia Declaración Universal (DUDH), más conocida del público en general.

Diferentemente del sistema europeo, en el americano el control de admisibilidad de las demandas todavía es realizado por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. La principal función de la Comisión es recibir a las peticiones o quejas de ciudadanos de los Estados parte de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (el llamado “Pacto de San José de Costa Rica”), que aleguen haber sido violados sus derechos humanos.

El art. 46 de la citada Convención establece como requisitos de admisibilidad de las peticiones, comunicaciones o quejas direccionadas a la Corte Interamericana de Derechos humanos (CIDH) básicamente los siguientes:

a) que han sido interpuestos y agotados todos los recursos internos. Tratase del principio del “previo agotamiento de los recursos internos”, que solamente puede ser mitigado

en caso de “demora injustificada”, como ocurrió con la petición de Maria da Penha Fernandes sobre el no juzgamiento de caso de violencia de género y doméstica por sí vivida, y que originó a la Ley n. 11.340/2006. tratase de la célebre “Ley Maria da Penha”, cuya edición fue exigencia de la CIDH.

b) Que la petición sea presentada en un plazo de 6 (seis) meses a partir del conocimiento de la decisión final en las instancias internas, que, como ya aludido, puede ser mitigado en casos de demora injustificada.

c) Que el procedimiento (petición o comunicación o queja) no esté pendiente de solución en otro órgano, instancia o tribunal internacional, siendo vetada la llamada “litispendencia internacional”.

El simple hecho de ser Brasil signatario de la CADH hace con que sea filiado a la jurisdicción de la CIDH. Y, si es así, las decisiones brasileñas han que examinar a la compatibilidad de las normas aplicadas tanto con la CADH como con la jurisprudencia firmada por la CIDH⁵²¹, principalmente porque el STF decidió reposicionar la CADH en la jerarquía del Derecho brasileño como “norma suprallegal”⁵²², realizando verdadero “control de convencionalidad”, muy criticado por algunos⁵²³, pero bueno a mi entender, ya que afirma la necesidad de respecto a las convenciones internacionales de derechos humanos. Y, según RENÉ ARIEL DOTTI⁵²⁴ la compatibilización entre la letra y el espíritu de las leyes internas y de las declaraciones internacionales constituye exigencia de una orden jurídica universal, en la cual está inserido el “magistrado crítico y global” que estamos intentando diseñar en esta investigación.

⁵²¹ En este exacto sentido cf. conferencia de LEONARDO ROSA en *Workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs). Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 10.12.2016), p. 75.

⁵²² Cf. STF, RE 466.343-1/SP, disponible en www.stf.jus.br (acceso en 10.12.2016). aunque esa decisión ha representado un avance en materia de protección a los derechos humanos, el STF mantuvo el formateo piramidal del ordenamiento jurídico, que difiere del sistema en forma de “trapezio”, propuesto por autores como FLÁVIA PIOVESAN, en la cual la Constitución estaría junto (y no arriba) de los tratados internacionales de derechos humanos en el ápice de la orden jurídica (Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones. *Revista Brasileira de Derecho Constitucional – RBDC*, n. 19 – ene./jun. 2012, p. 67-93).

⁵²³ LENIO STRECK es un incondicional crítico del llamado “activismo judicial”, por entender que él, independientemente de las buenas intenciones, representaría riesgo democrático por transformar la jurisdicción constitucional en lo que llama de “poder constituyente permanente” [STRECK, Lenio; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses y el Canto de las Serenas: sobre activismos judiciales y los peligros de la instauración de un tercer turno constituyente. In: *Revista de Estudios Constitucionales, Hermenéutica y Teoría del Derecho (RECHTD)* 1(2): 75-83 julio-diciembre 2009. Disponible en: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401> (acceso en 10.12.2016)]. Hacemos solamente referencia al contrapunto doctrinario de la decisión del STF, pero no bajaremos a analizar las posiciones por no tratarse del enfoque directo de esta investigación.

⁵²⁴ Op. cit., p. 12.

Esa cultura de conocimiento no sólo de las normas de la CADH como de las decisiones de la CIDH debe ser cultivada no solamente por los magistrados, pero por todos los que manejan al sistema penal. Lamentablemente no es lo que pasa normalmente. Los operadores del Derecho en este particular quizás ya escucharon de la Convención, pero difícilmente tendrán recurrido a alguna norma o jurisprudencia para sostenimiento de sus actitudes. Y es justamente en el ámbito de la ejecución penal que debe haber este control de convencionalidad con la CADH y con las decisiones de la CIDH, ya que, como mencionado por el citado LEONARDO ROSA, la ejecución es un campo extremadamente fértil para la ocurrencia de toda suerte de violación a los derechos y garantías fundamentales del hombre.

Engañase quien piensa que en el ámbito americano no hay decisión paradigmática sobre el tema. Hay dos ejemplos dignos de nota.

El más reciente involucró el ya mencionado Complejo Penitenciario de Pedrinhas en el Estado de Maranhão, que fue objetivo de medidas cautelares recomendadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Resolución de 14.11.2014⁵²⁵), desencadenada por denuncia encaminada en el año de 2013 por la Sociedad Maranhense de Derechos Humanos y por la Orden de los Abogados de Brasil (seccional Maranhão). Las violaciones a los derechos humanos de los detenidos eran a tal punto graves que incluso originaron denuncia del Ministerio Público referente a casos de “canibalismo” en el interior de ese establecimiento penitenciario.

Las medidas cautelares decretadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos fueron las siguientes:

1. Requerir al Estado que adopte, de forma inmediata, a todas las medidas que sean necesarias para proteger eficazmente a la vida y a la integridad personal de todas las personas privadas de la libertad en el Complejo Penitenciario de Pedrinhas, así como de cualquier persona que se encuentre en este establecimiento, incluyendo a los agentes penitenciarios, empleados y visitantes.

2. Requerir al Estado que mantenga a los representantes de los beneficiarios informados sobre las medidas adoptadas para implementar la presente medida provisoria.

3. Requerir al Estado que informe a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a cada 3 (tres) meses, contados a partir de la notificación de la presente Resolución, sobre las medidas provisionales adoptadas en conformidad con esta decisión.

4. Solicitar a los representantes de los beneficiarios que presenten las observaciones que consideren pertinentes al informe requerido en el punto anterior dentro de un plazo de 4 (cuatro) semanas, contado a partir de la recepción del referido informe estatal.

⁵²⁵ Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/pedrinhas_se_01_por.pdf y http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/asuntos_unidad_se_01_por.pdf (acceso en 09.05.2018).

5. Solicitar a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que presente las observaciones que considere pertinentes al informe estatal y a las correspondientes observaciones de los representantes de los beneficiarios dentro de un plazo de 2 (dos) semanas, contado a partir de la transmisión de las referidas observaciones de los representantes.

6. Disponer que la Secretaría de la Corte notifique la presente Resolución al Estado, a la Comisión Interamericana y a los representantes de los beneficiarios.

Sin embargo, actualmente el escenario en Pedrinhas no está muy diferente de lo que originó la intervención de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵²⁶, razón por la cual defendemos que las sanciones aplicadas por las Cortes Internacionales para casos de violación de derechos humanos deberían ser más severas y seguir allá de las “meras consideraciones” que son dadas, justamente como forma de dar el *enforcement* necesario a los tratados y convenciones internacionales sobre la materia. En este sentido, defiendo que el magistrado crítico y global objeto de esta investigación, dentro de una perspectiva de maximizar la protección de los derechos humanos, debe buscar observar a las decisiones de las cortes internacionales (especialmente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), independientemente del carácter o no vinculante de tales decisiones.

El segundo caso que pretendo citar es el que involucra a establecimiento penitenciario ubicado en el Estado de Roraima (Brasil), en la cual la CIDH ha arbitrado en 18.06.2002 (determinación renovada periódicamente – cf. informe de 21.09.2005) medidas provisionales a ser adoptadas por el Estado brasileño para proteger a la vida y a la integridad personal de todas las personas detenidas en la Casa de Detención José Mário Alves (conocida como “Penitenciaría Oso Blanco”)⁵²⁷. El panorama era alarmante, en la medida que por lo menos 100 (cien) internos fueron violentamente ejecutados.

Las medidas fueron adoptadas y fiscalizadas periódicamente por la CIDH hasta 2011 (año en que fueron suspendidas por supuesto cumplimiento de la sentencia por Brasil), teniendo motivado, incluso, el juzgamiento y la condenación de 17 (diecisiete) responsables por la masacre ocurrido dentro de la penitenciaría, juzgamiento este desencadenado por determinación de investigación de los acontecimientos ocurridos en la Penitenciaría tras emisión, por la CIDH, de la resolución de 18.06.2002.

Aunque el tema central de la decisión de la CIDH no ha sido la sobrepoblación carcelaria, era uno de los problemas sentidos en la Penitenciaría Oso Blanco, aliado a la

⁵²⁶ Cf. <http://www.global.org.br/blog/brasil-descumpre-medidas-internacionais-para-pedrinhas/> (acceso en 17.05.2018).

⁵²⁷ Decisión disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/urso_se_05_portugues.pdf (acceso en 06.04.2015).

falta de adecuación del cuadrante penitenciario a las normas internacionales de protección de los derechos humanos.

De las decisiones mencionadas hay el destaque de la llamada “interpretación *pro homine*”, con el enaltecimiento de la solución que más amplía al ejercicio de derechos, tal cual propalado en el art. 5º, del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y 29, ítem 2/b, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

Considerando tanto la normativa internacional como las decisiones de la CIDH, es necesario estimular a la realización por las cortes internas del llamado “control de convencionalidad”, pues es uno de los instrumentos-clave que pueden ampliar a la efectividad de las decisiones emanadas por los tribunales internacionales, en la perspectiva de qué sustento a seguir⁵²⁸.

7.3. Críticas a la limitación práctica de las decisiones de los tribunales internacionales – carencia de constitucionalismo y trans-constitucionalismo y control de convencionalidad

Como antes aludido, un determinado Estado que sea signatario de tratados y convenciones en materia de derechos humanos debe ser responsabilizado, en carácter objetivo, caso tolere violación de tales derechos, siendo solamente necesaria la configuración del daño y del nexo de causalidad entre la conducta comisiva u omisiva estatal⁵²⁹. Sin embargo, hay notoria falta de *enforcement* de las decisiones de las cortes internacionales, que deberían tener eficacia *erga omnes* dado el carácter de *jus cogens* de los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, indebidamente sub-juzgados en la práctica la categoría de normas de *soft law*.

En este sentido, cabe breve referencia a la tendencia de “humanización y democratización del derecho internacional”, defendida por autoridades como el profesor CANÇADO TRINDADE, que aboga la emancipación del ser humano como sujeto de Derecho Internacional⁵³⁰. Es innegable la contribución del autor para consolidar el carácter imperativo del llamado “Derecho internacional de los Derechos Humanos”, mediante

⁵²⁸ La democratización del acceso a las decisiones de las cortes internacionales, entre ellas la CIDH, ya es una realidad, incluso la jurisprudencia ya se encuentra traducida para el Portugués y clasificada por asuntos: <http://www.sdh.gov.br/noticias/2014/outubro/governo-traduz-para-o-portugues-a-jurisprudencia-da-corte-interamericana-de-direitos-humanos> (acceso en 23.05.2018).

⁵²⁹ Cf. GONÇALVES SANTOS, Lincoln. *El sistema de prisión brasileño y la posibilidad de responsabilización internacional del país por violación de documentos internacionales de protección de los derechos humanos*. Monografía presentada como requisito parcial para obtención del grado de Bachiller en Derecho – programa de graduación en Derechos de la “Universidad Vale do Itajaí” – UNIVALI, Orientador Prof. Rodrigo Mioto dos Santos, São José, 2016, p. 38 y siguientes.

⁵³⁰ Cf. CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *La humanización del Derecho Internacional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

consagración de la obligación *erga omnes* de protección de sus respectivas normas, reputadas verdaderamente un *jus cogens* y no meramente *soft law*, como desafortunadamente muchas de las naciones signatarias de los tratados y convenciones internacionales se las tratan.

Según ANTÔNIO CELSO ALVES PEREIRA, sin la consolidación del carácter de *jus cogens* de las normas internacionales sobre derechos humanos, "... poco avanzaremos en la lucha contra el poder arbitrario y en la protección del ser humano contra los actos de barbarie y las atrocidades contemporáneas". Además de eso, el mismo autor reverencia al esfuerzo de CANÇADO TRINDADE en la búsqueda de: (i) obligatoriedad de la jurisdicción de los tribunales internacionales y; (ii) democratización del acceso del ciudadano a las cortes internacionales, en especial a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ya que el art. 61 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos limita la jurisdicción de la Corte a los casos presentados o por los Estados Partes, o por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos⁵³¹.

Definitivamente, el llamado "control de convencionalidad" antes referido, sobre todo en lo que se refiere a las decisiones emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe ser incentivado, en la perspectiva del trans-constitucionalismo aquí defendida (diálogo entre el orden constitucional y la internacional), como forma de dar efectividad a la jurisprudencia de las cortes internacionales. Sin embargo, no es lo que ocurre en la práctica, mismo en el ámbito del propio Supremo Tribunal Federal, responsable por alzar los tratados internacionales en materia de derechos humanos al *status* supralegal.

VIRGÍLIO AFONSO DA SILVA hizo un relevamiento de las decisiones del STF en 2010, y llegó a la conclusión que 80 (ochenta) de sus precedentes hacen alusión a la jurisprudencia de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América, al paso que 58 (cincuenta y ocho) casos aluden a las decisiones del Tribunal Constitucional Federal de Alemania. Solamente 2 (dos) fueron los precedentes encontrados que se amparaban en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Ya en lo que se refiere a la aplicación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, algunos juzgados refieren su existencia (79 sentencias), y versan básicamente sobre temas penales como: prisión del depositario infiel (este tal vez el más emblemático ejemplo de control de convencionalidad en Brasil), doble grado de jurisdicción, uso de esposas, individualización de la pena, presunción de inocencia, derechos de apelar en

⁵³¹ ALVES PEREIRA, Antônio Celso. Antônio Augusto Cançado Trindade y la humanización del derecho brasileño. *Revista del Instituto Brasileño de Derechos Humanos*. Vv. 12, n. 12, 2012, p. 61.

libertad, razonable duración del proceso, entre otros temas⁵³². Y la gran mayoría de los precedentes en los cuales la Convención es referida no versa sobre la ejecución penal, al menos a la época del relevamiento realizado por el citado autor. Afortunadamente, ese panorama viene cambiando, aunque de forma paulatina, especialmente con decisiones como la que reconoce daño moral al detenido insertado en establecimiento sobrepoblado (citada en esta investigación).

Según FLAVIA PIOVESAN, control de la convencionalidad y diálogo entre jurisdicciones constituye tema de especial relevancia y complejidad para la cultura jurídica contemporánea, reflejando la emergencia de un nuevo paradigma⁵³³. Es necesario y urgente que el magistrado crítico y global tome conocimiento de la normativa y de las decisiones emanadas por las cortes internacionales, especialmente la CIDH (decisiones esas que se encuentran plenamente disponibles en la internet, incluso en portugués), para mejorar a su prestación jurisdiccional, poniéndola en armonía con la necesidad de protección de la dignidad de la persona humana en cualquier situación, incluso de las personas privadas de su libertad. En este sentido la autora cita las liciones del maestro CANOTILHO, para quien "... los derechos humanos articulados con el relevante papel de las organizaciones internacionales proveen un encuadramiento razonable para el constitucionalismo global. (...) el constitucionalismo global comprende la emergencia de un Derecho Internacional de los Derechos Humanos y la tendencial elevación de la dignidad humana a premisa no-eliminable de todos los constitucionalismos. (...) es como si el Derecho Internacional fuera transformado en parámetro de validez de las propias Constituciones nacionales (cuyas normas pasan a ser consideradas nulas si violadoras de las normas del *jus cogens* internacional)", todo de forma a caminar para qué la autora llama de *ius commune latinoamericano*⁵³⁴.

Luego, dentro de una perspectiva de constitucionalismo y trans-constitucionalismo, los tratados internacionales de derechos humanos deben situarse junto con la CF/88 en el ápice de un llamado "trapecio" de normas, con repudio a la idea de "pirámide normativa" de matriz Kelseniana, de modo que el magistrado ponga la máxima efectividad de la norma que mejor resguardar la protección a la dignidad humana, sea la interna, sea la internacional.

7.4. Como el juez brasileño interpreta a los derechos humanos (encuesta)

Nuevamente aquí, de la misma forma que en el capítulo que trata de la entrevista realizada con los detenidos de la PEL-Londrina, he proyectado una encuesta cualitativa,

⁵³² AFONSO DA SILVA, Virgílio. Integración y diálogo constitucional en América del Sur. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.), Derechos humanos, democracia e integración jurídica en América del Sur. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 529.

⁵³³ Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones. *Revista Brasileira de Derechos Constitucional – RBDC*, n. 19 – ene./jun. 2012, p. 68.

⁵³⁴ Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones. Op. cit., p. 71-72.

incluso porque datos más objetivos en lo que se refiere a la actividad jurisdiccional están presentes en diversos informes periódicamente vehiculado por el CNJ y la AMB, siendo algunos ya referidos en esta investigación.

El punto que quiero enfatizar es el conocimiento del “Derecho Internacional de los Derechos Humanos” por el magistrado brasileño, bien como si se entiende necesario y pertinente aplicar en la práctica a los instrumentos normativos internacionales como la CADH, además de las dificultades prácticas vivenciadas en su día a día. Por esa razón, proyecté un cuestionario abierto, relativamente sencillo y que fue sometido a diversos grupos de e-mails y WhatsApp del cual hago parte y que reúnen más de 500 (quinientos) magistrados inscriptos, la gran mayoría jueces de derecho del Estado de Paraná. Cuando del suministro, fue explicitada la finalidad estrictamente académica de la colocación de las preguntas, bien como el hecho de que ningún colega sería identificado.

Las cuestiones fueron sometidas entre abril y mayo de 2018 y tienen la siguiente redacción:

- ¿Por cuánto tiempo V. Exa. ejerce a la magistratura?
- ¿Qué le ha motivado a ingresar en la carrera?
- ¿Qué le motiva y/o le desmotiva en la carrera de juez?
- ¿Cuáles son las mayores críticas que podría hacer al Poder Judicial como hoy está establecido?
- Específicamente en el ámbito de la ejecución penal, ¿entiende V. Exa. que debe de hacer algo el juez cuanto al “estado de cosas institucional” vivido en los establecimientos penales del País? Caso la respuesta sea positiva, ¿cuáles iniciativas entiende adecuadas?
- ¿V. Exa. conoce a los sistemas internacionales de derechos humanos?
- ¿V. Exa. cree en la efectividad práctica de las normas de Derecho Internacional, en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos?
- ¿V. Exa. conoce a la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos?
- ¿V. Exa. aplica en su día a día la jurisprudencia de las cortes internacionales? Caso no aplique, mencione las dificultades prácticas.
- ¿V. Exa. tiene algún ejemplo de sentencia o decisión interlocutoria en que tenga mencionado alguna convención internacional de derechos humanos o mismo alguna jurisprudencia de las cortes internacionales? ¿Podría compartir tal decisión para enriquecimiento de esta investigación?
- ¿V. Exa. ya hizo algún curso de capacitación en materia de Derechos Humanos?
¿Cree que tales cursos son importantes?

- En su visión, ¿V. Exa. cree que los establecimientos penales brasileños están en desacuerdo con la normativa internacional sobre garantías de los derechos humanos?
- En su visión, ¿qué sería posible hacer para mejorar al panorama de la ejecución penal brasileña?
- ¿V. Exa. ya ha ejercitado en su práctica jurisdiccional el llamado “control de convencionalidad”? ¿Puede mencionar en cual caso?
- ¿V. Exa. tiene alguna otra consideración que entienda importante que compartir?

Mismo enviando el cuestionario a diversos grupos de e-mail y WhatsApp, que reúnen a centenas de magistrados (la gran mayoría paranaenses, ya que integro al TJ/PR), para mi total perplejidad he recibido solamente 3 (tres) respuestas y ningún comentario positivo sobre la iniciativa. Percibí que fue más fácil lograr auxilio de los detenidos que de colegas para quien he enviado una encuesta por escrito, que podría ser contestada por la computadora sin mayores formalidades.

Los pocos colegas que contribuyeron fueron demasiado sinceros y útiles y aquí sigo a recopilar a lo que dijeron. Todos tienen en común el hecho de sumar hasta 10 (diez) años de carrera y declinar que la razón que los llevaron a prestar el concurso de magistratura fue la posibilidad de poder interferir positivamente en la vida de las personas, distribuyendo justicia para alcanzar a la paz social. En uno de los cuestionarios fue mencionada, también, la cuestión de estabilidad financiera en la carrera, pero como algo secundario. Las respuestas muestran, por lo tanto, que el juez normalmente ingresa en la magistratura con un objetivo grandioso, pretendiendo, como mencionó uno de los colegas, “hacer las cosas derecho”.

Todos también concuerdan que lo que más estimula en la actividad jurisdiccional es la posibilidad de funcionaren como “agentes transformadores de la realidad”, mediante la resolución de litigios, especialmente los que tocan derechos fundamentales e indisponibles. Uno de los magistrados entrevistados ejerce la jurisdicción en vara de familia y apuntó como punto positivo la posibilidad de poder proporcionar nuevas familias para niños víctimas de abandono, violencia y malos-tratos y eso sería el aspecto que más le estimularía.

Los puntos negativos relatados por los entrevistados se concentran en los siguientes: (i) carga excesiva de trabajo; (ii) constantes críticas por parte de la prensa y de la sociedad cuanto al trabajo desarrollado por el juez, críticas estas que no llevarían en cuenta lo que de bueno se hace; (iii) falta de estructura física y de personal; (iv) presión pro productividad y números transformando los magistrados, como mencionado por uno de los colegas, en “meros calculadores estadísticos, creando autómatas”; (v) alto grado de litigiosidad de la

población brasileña, que formaría a la llamada “cultura del litigio”, con el desestimulo a la resolución extrajudicial de conflictos; y (vi) intolerancia asociativa.

Las críticas al Poder Judicial también son relevantes y se concentran básicamente en los problemas de administración por parte de los tribunales, que mostrarían dificultades en la gestión patrimonial y de servidores. Eso lleva a otra observación realizada por uno de los entrevistados, que reputo absolutamente relevante: el mantenimiento de estructuras tan discrepantes al primer y al segundo grados de jurisdicción. Debo de concordar que eso es una triste realidad, especialmente en el Estado de Paraná. No obstante, diversos avances a lo largo de los últimos años, es cierto que la estructura física y de personal difiere mucho entre las instancias, siendo que la mayor parte de las demandas es resuelta en primer grado. De esa forma, la carga de trabajo del juez (especialmente de los más nuevos, como los entrevistados) es inversamente proporcional a la estructura que recibe, de modo que este es un factor altamente desestimulante.

Aún en lo que dice respecto a la administración judicial, fue destacado el hecho de no haber participación de todos los magistrados para elección de los que ocuparán a los cargos directivos. Eso ya fue apuntado a lo largo de esta investigación cuando abordamos y defendemos “elecciones directas” para la cúpula directiva, una vez que solamente mediante participación de todos los magistrados en las decisiones podrá ser construido un tribunal más democrático y, por consecuencia, más justo. Por fin, uno de los entrevistados se queja de la falta de reglas claras y consistentes, en lo que toca al movimiento de los magistrados en sus carreras, problema este que también dice respecto a las deficiencias de gestión por parte de la administración de los tribunales.

Ya en lo que toca a la ejecución penal en Brasil, todos los magistrados entrevistados están de acuerdo con el hecho de que los establecimientos penales brasileños están en desacuerdo con la normativa internacional sobre garantías de los derechos humanos y que el “estado de cosas inconstitucional” en ese ámbito es consecuencia en gran parte de la omisión del Poder Ejecutivo. También destacan la necesidad de reparos a la ejecución penal brasileña y concuerdan con el hecho de que ni de lejos está a concretizar las premisas constantes de la LEP. Uno de los entrevistados ha actuado como juez de ejecución penal durante algunos años y está convicto de que el caos hoy vivenciado se origina *exclusivamente* del total descaso del Ejecutivo al cumplimiento de sus obligaciones. Luego, para él no sería la modificación del contexto tarea del Poder Judicial, no obstante, el juez pueda, a través de juzgamiento en acciones civiles públicas, obligar al Ejecutivo a que cumpla su papel. Destaco que esta posibilidad es ampliamente defendida en esta investigación, con base incluso en las alteraciones propuestas a la LEP, cuya nueva redacción fue mencionada y todavía está pendiente de aprobación legislativa. Dentro de esa

línea de raciocinio, otro entrevistado menciona algo importantísimo: la política de “zero tolerance” debe ser direccionada al Estado (y no solamente al ciudadano), para repudiar vehementemente a los incumplimientos estatales a la normativa de derechos humanos.

En lo que se refiere a la concesión de beneficios penales descarcelizadores, hay quien condene decisiones que flexibilizan a las reglas legales atinentes a la ejecución de pena, tales como los que conceden de forma anticipada de beneficios penales, relajación de los requisitos para su concesión o prisiones domiciliarias fuera de los casos previstos en ley. Por otro lado, recibí respuestas en el sentido de que el juez de ejecución penal debe sí ser proactivo: acelerando cursos de procesos, estimulando y aplicando remisiones y convocando a la sociedad para actuar en conjunto (firmando alianzas para trabajo extramuros), con aclaraciones sobre derechos y deberes de los detenidos, además de viabilizar el estudio y la inversión maciza en educación intra y extramuros. En este sentido, uno de los entrevistados está de acuerdo que la criminalidad originase de la situación social y que la mera construcción de nuevos establecimientos de prisión no resolvería al problema.

Pasando ahora para la normativa internacional de derechos humanos (que toca especialmente a esta parte de la investigación), los entrevistados declinan conocerla, aunque genéricamente, especialmente a la CADH. Cuanto a la efectividad, uno ha mencionado que los tratados y convenciones serían “verdadero norte, pero las especificidades y soberanía de cada país acaban por dificultar tal aplicación”. Dos de ellos declararon, incluso, no creer en la efectividad práctica de las normas de Derechos Internacional, en lo que se refiere a la protección de los derechos humanos. El conocimiento de las decisiones de la CIDH es solamente genérico y ninguno ha citado ejemplo de aplicación de su jurisprudencia (dos mencionaron que nunca ha necesitado), salvo la mención en algunas decisiones a la CADH, además de nunca haber ejercido el “control de convencionalidad”.

De todo lo que he leído destaco las siguientes conclusiones: (i) el magistrado, especialmente los más nuevos en la carrera (que fueron los pocos que respondieron a mi encuesta), son muy bienintencionados e intentan, dentro de sus posibilidades y limitaciones, hacer algo para modificar al “estado de cosas inconstitucional” vivido en los establecimientos penales del País; (ii) la discrepante estructura física y de personal entre primer y segundo grados impide a los magistrados, especialmente los que actúan en comarcas menos estructuradas, de hacer más; (iii) el juez poco conoce de la normativa respecto a los derechos humanos y, aún menos, de las decisiones de la CIDH, pero entiende importante capacitarse respecto a la materia. Eso poco conocimiento viene de la falta de cultura en aplicar la CADH, y el malo ejemplo viene incluso “de arriba”, o sea, de las instancias superiores. Como ya mencionado en este trabajo, incluso el STF viene citando más a la

jurisprudencia americana y alemana en detrimento de la emanada de la CIDH. Comprendo que difusión de la capacitación en materia de derechos humanos, como incluso mencionado por los entrevistados, sería una importante herramienta para dar conocimiento y efectividad a la normativa internacional sobre el tema, además de, por supuesto, ser necesario el comprometimiento de todas las instancias, pues de nada sirve el juez de primer grado dar una decisión de acuerdo con las directrices de la CADH si va a ser reformada por los tribunales superiores.

En la búsqueda de contribución para mis estudios – y aparte de las excepciones de los que contestaron prontamente a mi cuestionario y cuyas voces intenté fielmente reflejar en este capítulo – percibí una indiferencia general de los colegas al desarrollo académico, bien como el bajísimo interés de hacerse escuchados. Vivo leyendo reclamos a todo momento de cómo la clase de magistratura es desvalorada, de cómo la opinión pública se proyecta en contra al juez (y eso fue incluso destacado en los cuestionarios). Sin embargo, en las oportunidades que les dan a los jueces para hablen, casi nadie se manifiesta. Fue así con mi encuesta y así lo es de una forma general.

El magistrado crítico y global debe sí hablar en los autos de proceso, sin embargo, debe salir de la inercia procesal para hacerse oído y manifestar su opinión a través de los canales puestos a su disposición, a fin de contribuir positivamente con la mejora de sus condiciones de trabajo y de su actividad. De nada sirve un juez permanecer “encastillado” en su gabinete: él debe abrirse y colaborar para el desarrollo de la clase como un todo. Y un primer paso es, justamente, hablar, exponer sus dificultades y proponer soluciones. Una vez que, si el magistrado brasileño considera que su situación está mala, es lamentablemente en gran parte por culpa de su habitual inercia.

8. ACTUACIÓN DEL JUEZ EN EL ÁMBITO DE LA EJECUCIÓN PENAL

Como hemos visto anteriormente, la actuación de los operadores del Derecho, entre ellos del magistrado, también es reflejo del mismo proceso histórico que diseñó la criminología y la ejecución de pena tal cual la concebimos hoy, y su actuación influye (aunque obviamente no sea causa determinante) en la realidad vivenciada en el ámbito del sistema carcelario brasileño.

Diferentemente del enfoque de la crítica realizada líneas anteriores, que direccionase de forma preponderante al sistema de las ejecuciones penales como un todo, bien como la actuación (o mejor, omisión) estatal con respecto a esa sistemática, en este capítulo el intento es de realizar una aproximación con la actividad del juez, en el sentido de deflagrar ideas respecto a lo que podrá ser modificado en su actuación, a fin de *efectivamente* atender a un contexto de Estado Democrático de Derechos.

Teniendo en cuenta las premisas firmadas anteriormente, y dentro de un paradigma que enaltezca a la protección de los derechos humanos y de la dignidad de la persona privada de su libertad, pretendo empezar a diseñar al “magistrado crítico y global”, objeto de esta investigación, en el intento de responder al quinto cuestionamiento propuesto, cual sea: (v) considerando la realidad analizada y las dificultades inherente ¿cómo puede ser diseñado, de forma realista y no meramente utópica, un juez que predominantemente garantice derechos humanos? En otras palabras, ¿qué puede hacer eso juez ante la realidad carcelaria sin que haya usurpación de poder?

El gran dilema que existe es “¿cómo hacer eso?” En otras palabras: cómo conciliar al juez “autoridad” propio de ejecución penal con el juez “garantista” y garantizador de derechos humanos. Sabemos que la imposición de cualquier forma de tratamiento deshumano o degradante (como es el caso de las cárceles sobrepobladas) es algo que trasciende a la propia privación de libertad⁵³⁵, o sea, mandar hoy a una persona para un establecimiento de prisión significa imponer pena más grave que la efectivamente aplicada en la sentencia. Sin embargo, ¿es posible un juez simplemente “abrir a las puertas de la cárcel”?⁵³⁶ Los que laboran en el área sabe que las consecuencias negativas de actitudes pensadas e impulsivas son enormes, principalmente considerando a realidades vivenciadas por comunidades menores, en que absolutamente todo que se haga repercute directamente en la vida y en el día a día de las personas.

⁵³⁵ DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 530.

⁵³⁶ Véase al ejemplo del juez Costarricense ROY MURILLO (adelante detallado) que, perplejo con la situación de inhumanidad y desamparo que sufrían los detenidos bajo su jurisdicción, determinó la retirada de 370 sentenciados de la cárcel de San Sebastian. Reportaje disponible en: http://www.nacion.com/sucesos/seguridad/Roy-Murillo-cumplido-respetar-dignidad_0_1371062891.html (acceso en 04.04.2015).

Para eso, proponemos *dos* frentes de acción, que parecen caminar en direcciones opuestas, pero que convergen para el mismo objetivo, que es de hacer la ejecución penal más apropiada con la dignidad de la persona detenida, bien como con el dispuesto en el *principio de la humanidad*, reflejando en los diversos tratados internacionales que tratan del tema penitenciario. La premisa debe ser siempre el respecto a los derechos humanos, a los tratados y convenciones sobre la materia bien como la jurisprudencia de las cortes internacionales, especialmente de la CIDH, como referido en parte anterior de la investigación.

La *primera* consiste en la aplicación del “principio de la secularización” defendido por muchos autores de matriz garantista, entre ellos el maestro LUIGI FERRAJOLI. Aquí el enfoque es apartar consideraciones en las decisiones respecto a la personalidad de la persona juzgada, y a esto ya me referí, aunque *en passant* en esta investigación. Una vez que, como ya enfatizado en momento anterior de este trabajo, eventuales ponderaciones sobre el íntimo y sobre el moral de alguien presuponen considerar a la anacrónica conclusión de que la criminalidad es innata al hombre detenido, cuando en la realidad depende mayoritariamente de factores ambientales y culturales. Y esa perspectiva de secularización es aún más importante en el ámbito de ejecución penal, pues en este momento no más importan factores personales como en la fijación de la pena, pero sí su adecuado cumplimiento.

Ya la *segunda* iniciativa – y esa será objeto más específicamente de la tesis a seguir sostenida – será de *deconstruir* a lo que se entiende por el *principio de la independencia judicial* (especialmente en el ámbito de la ejecución penal) para que no contemple – como suele ocurrir – en buena dosis de indiferencia que, como ya destacado en esta investigación, es la cara contemporánea de que se entiende por el concepto de “banalidad del mal”, en la dicción arenditiana.

8.1. Premisa principal: principio de la humanidad

La premisa fundamental que adoptar en cualquier una de las frentes de actuación a seguir propuestas es la perspectiva de *humanización*, incluso – y principalmente – en el ámbito de la ejecución de pena. La idea parece evidente, pero su adhesión en la práctica no es tan significativa. Vale resaltar que ya he mencionado a la humanidad en diversos pasajes de esta investigación, incluso cuando relato a las entrevistas que hice con los sentenciados en el CRESLON.

El *principio de la humanidad* objetiva contener los daños producidos por la excesiva actuación del poder punitivo. Tratase de considerar al ser humano como la máxima de las

prioridades. Adoptar a la perspectiva humanista es ir al encuentro del ya citado “viraje paradigmático”, que busca el enaltecimiento de los sujetos en detrimento del propio Estado.

Trayendo ese principio para el ámbito penal y de la ejecución penal, la pena que se detiene en la simple retribución en se distingue de la venganza. De ahí la necesaria intervención del principio de la humanidad, a fin de racionalizar la aplicación de la pena, haciendo con que tenga, en las palabras de NILO BATISTA, “un sentido compatible con el humano y sus cambiantes aspiraciones”⁵³⁷.

El primado humanista está ampliamente reflejado en la legislación internacional sobre derechos humanos (que componen al llamado “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, antes mencionado), mereciendo mención los siguientes diplomas legales:

- Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), dando destaque para su art. 5º que preconiza que “nadie será sometido a tortura ni a penas o tratamientos crueles, deshumanos o degradantes”.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Bogotá, 1948).
- Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos, de la ONU, con las alteraciones que dieron origen a las llamadas Reglas de Mandela.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica – 1969), con entrada en vigor al ordenamiento jurídico brasileño en 1992, con destaque para el art. 5.2.: “nadie debe ser sometido a torturas, ni a penas o tratos crueles, deshumanos o degradantes. Toda persona privada de libertad debe ser tratada con el respecto debido a la dignidad inherente al ser humano”.
- Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador – 1988), ratificado por Brasil en 1996.
- Convención contra la Tortura y Otros Tratamientos o Penas Cruelles, Deshumanas o Degradantes (1984), ratificada por Brasil en 1989.

El fenómeno de la humanización del Derecho Internacional es notorio. Basta ver al vasto número de instrumentos internacionales dedicados a la protección de los derechos humanos. NORBERTO BOBBIO citado por RENÉ ARIEL DOTTI en la nota a la Segunda Edición del libro *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y notas de la legislación brasileña*, ya decía que en medio a tantas causas que generan preocupación en la actualidad, hay alguna señal positiva, y se consiste precisamente en la creciente importancia atribuida al problema del reconocimiento de los derechos del hombre⁵³⁸.

⁵³⁷ BATISTA, Nilo. *Introducción crítica al Derecho Penal brasileño*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007, p. 100.

⁵³⁸ *Declaración Universal de los Derechos del Hombre y notas de la legislación brasileña*. 3ª ed., São Paulo: Lex Editora, 2006, p. 11.

En Brasil, y como ya visto, desafortunadamente no hay mucha costumbre – especialmente entre los magistrados de 1° y 2° Grados – de citar en sus decisiones a la legislación y la jurisprudencia internacionales en materia de derechos humanos, aunque en el derecho brasileño esas normas ostenten status mínimo de norma *supra* legal llegando, en algunos casos y dependiendo del quórum de votación, a alcanzar nivel constitucional⁵³⁹.

Aunque no se cogite de la amplia legislación internacional antes citada por muestreo, el principio de la humanidad está presente en nuestro propio ordenamiento jurídico, materializado en el primado de la dignidad de la persona humana, uno de los fundamentos (léase base) de la República Federativa de Brasil (art. 1°, III, CF/88). Además de eso, el art. 4°, II, de la CF/88 preconiza el principio de la prevalencia de los derechos humanos, que se coaduna con el mencionado primado de la humanidad.

Para que haya reducción de sufrimiento en el ámbito de la ejecución penal y la efectuación del principio de la humanidad, se exige del magistrado un imperativo de *tolerancia* o *alteridad*, en la dicción de DUQUE ESTRADA ROIG. Significa decir que el juez debe, en sus decisiones judiciales, reconocer a la persona detenida como sujeto de derechos y no como alguien objeto de una utópica rehabilitación⁵⁴⁰. Tratase de salir de un raciocinio eminentemente positivista (lamentablemente predominante) según el cual todo aquél que está privado de su libertad padecería de alguna enfermedad⁵⁴¹. Importante también traer la idea de *punir neutro* de THIERRY PECH ya referida, con el fin de buscar que el cumplimiento de la pena ocurra bajo los límites fijados en la sentencia de condena, ni más ni menos, independiente del crimen que el individuo haya cometido.

También proponemos el efectivo *comprometimiento* de los órganos integrantes del sistema penal, para que trabajen en conjunto en favor no sólo de la efectuación del principio de la humanización antes mencionado, pero de la búsqueda de una punición mucho superior que la de criminalidad callejera. En este sentido, la tarea de cambiar el ya referido “estado constitucional de cosas” no es solamente del Poder Judicial, pero de todos los órganos y entidades involucradas con la ejecución penal, en especial del Ministerio Público, principalmente considerando sus importantes atribuciones previstas en la Constitución Federal de 1988 (arts. 127 y siguientes), entre las cuales la defensa del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles; bien como de la Defensoría Pública, entidad fundamental para la defensa de los intereses de las personas detenidas y, lamentablemente, ausente en la mayor parte de las ciudades brasileñas. En este sentido, la instalación de la defensoría pública en todas las ciudades de la federación,

⁵³⁹ Cf. art. 5o, párrafo 3°, CF/88.

⁵⁴⁰ *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 32.

⁵⁴¹ Afortunadamente, hay inúmeras decisiones judiciales y actuaciones de magistrados en estricta consonancia con una perspectiva humanista de respecto a la alteridad y haremos un rápido apañado en la secuencia de este trabajo.

proveída a través de concurso público tal cual previsto en la CF/88 y con salarios compatibles con su fundamental misión, ya sería un gran paso para la efectucción del principio de la humanidad en el ámbito de las ejecuciones penales⁵⁴².

Otro mecanismo importante para la garantía del respecto al principio de la humanidad es la herramienta de la “vedar al retroceso”, que puede perfectamente ser desplazada de la esfera de los derechos sociales (donde es demasiado utilizada) para la perspectiva penal y de reducción de daños. La prohibición de retroceso nada más es que cláusula general de protección de los derechos fundamentales, que direccionase al legislador, cuyo alcance es evitar a la reducción de las conquistas sociales⁵⁴³.

Tras leer la idea antes expuesta, muchos pueden preguntar: ¿la perspectiva de humanidad propuesta no legitimaría a la red de corrupción y criminalidad existente dentro de las cárceles, a través de grupos y milicias organizadas, como el PCC, que frecuentemente hacen víctimas dentro de los establecimientos penales entre los que sean “disidentes” de sus objetivos?

Entendemos que la generalización de las situaciones, especialmente como frecuentemente realizado por los medios de comunicación a través de la creación del llamado estado de “pánico moral”⁵⁴⁴, no refleja a la realidad carcelaria. En este sentido completamente actuales las nociones de P. BOURDIEU sobre *campus* y *habitus*. Según el mencionado autor, dentro de un universo como la cárcel (*campus*), los individuos desarrollan redes de relaciones objetivas, verticalizadas y jerarquizadas según reglas que, de cierta forma, reproducen a los esquemas de dominación existentes “extramuros” (*habitus*)⁵⁴⁵. Es una forma de sobrevivencia en un ambiente inhóspito, que no les ofrece la menor expectativa de presente y de futuro. Al contrario, contribuye para aniquilar a la dignidad de las personas encarceladas⁵⁴⁶.

⁵⁴² Es absolutamente inadmisibles concebir que, mientras el Ministerio Público está presente en prácticamente todas las ciudades del País, la defensoría pública sea un verdadero “lujo” accesible a pocos. Y, cuando está instalada no raro su posición es extremadamente desfavorable si comparada con la del Ministerio Público en términos de salarios, estructura, condiciones laborales y otros. Muchos de los grandes trabajos de índole garantista realizados en Brasil en el ámbito penal y de ejecución penal son llevados a efecto por defensores públicos, como el multicitado RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG, defensor público del Estado de Rio de Janeiro.

⁵⁴³ Sobre el principio de la prohibición de retroceso cf. SARLET, Ingo Wolfgang. *La eficacia de los derechos fundamentales*. 4. ed. Porto Alegre: Librería del Abogado, 2004.

⁵⁴⁴ Sobre la conceptualización de “pánico moral” cf. COHEN, Stanley. *Folks Devils and Moral Panics: The Creation of mods and Rocker*. Oxford: Routledge Classics, 2011.

⁵⁴⁵ Cf. *La Lógica de los Campus* – Entrevista a PIERRE BOURDIEU. Disponible en <http://pendientedemigracion.ucm.es/info/socvi/Aina/componentes/COMUNCULTURA/01EntrevistaBourdieu.pdf> y en <http://pierre-bourdieu.blogspot.com> (acceso en 30.03.2014). Cf. También BOURDIEU, Pierre. *Sociología y Cultura* (título original: Questions de Sociologie, trad. Martha Pou). Miguel Hidalgo, México: Editorial Grijalbo, 1990.

⁵⁴⁶ Sobre el proceso de victimización en el ámbito de las instituciones totales como la cárcel cf. VARONA, Josep M.; PEREDA, Noemi (coord.). *La respuesta de la victimología ante las nuevas*

Entonces, para sobrevivir, los individuos encarcelados deben aprender y mejorar, de forma cada vez más veloz, nuevas prácticas de delito dentro de la cárcel. Esa vivencia proporciona el surgimiento de una “organización-construcción” regida por el crimen organizado, que es comandado muchas veces de dentro de los establecimientos carcelarios⁵⁴⁷. Y eso *habitus* también acompaña al sentenciado extramuros, haya vista que además de sus familiares, no raro, involucrarse en actividades delictuosas para salvaguardar al detenido de represalias de sus compañeros de cárcel, cuando puesto en libertad termina perpetuando el crimen para “compensar” a quien todavía permanece dentro de la cárcel⁵⁴⁸.

Vale también resaltar que en ciudades menores esos esquemas de dominación son especialmente facilitados, pues además de los detenidos no realizaren actividades laborales, la ociosidad y el gran número de personas, aliados a la estructura física de las celdas (en que una tiene acceso a la otra) facilitan la perpetuación de *habitus* con tendencias a la multiplicación de violencia y criminalidad. Tal punto también pone en jaque al ideario de “rehabilitación”, realidad cada vez más distante considerando la situación tal cual está. Es inocencia pensar que un individuo que sea puesto en las cárceles brasileñas, en que vigora la violación a los derechos humanos fundamentales más básicos de los detenidos, en que todo tipo de mala influencia está presente, salga listo para una vida en sociedad.

Luego, es evidente que el paradigma liberal de la “libertad-propiedad” solamente intensifica la formación de *habitus* como los anteriormente descritos. Luego, y según defiende DUQUE ESTRADA ROIG, tenemos que evolucionar para atingir al paradigma “libertad-dignidad”, este apropiado con el principio republicano⁵⁴⁹. Es este el desafío de los operadores del “sistema” penal, entre ellos el magistrado. Por lo tanto, la conclusión es que la adopción del principio de la humanidad no legitimará a los esquemas de corrupción y criminalidad dentro de las cárceles ya que interferirá, directamente, en los sistemas de *campus* y *habitus* hoy existentes, modificando a su dinámica.

Por lo tanto, “humanización” no es seguir ciegamente a lo que está previsto en la ley. Es sinónimo de “conocimiento”. Sólo podremos tratar a detenidos como seres humanos si

formas de victimización. Madrid: Edisofer Libros Jurídicos; Montevideo y Buenos Aires: Editorial B de F, 2014 (Colección Actualidad Criminológica y Penal), p. 247-302.

⁵⁴⁷ Importante mencionar el ejemplo del PCC y de otros, grupos extremadamente organizados y cuyo liderazgo es ejercido “intramuros”.

⁵⁴⁸ Cf. Proceso número 0003266-82.2013.8.16.0045, de la 1ª Vara Criminal de Arapongas. En este caso, la compañera de un detenido (recién ingresado en el sistema penitenciario) intentó introducir drogas al interior de la Cárcel Pública de Arapongas, bajo el argumento de que él tendría una deuda contraída en la cárcel. Eso tendría generado una presión interna de los demás detenidos sobre su compañero, incluso amenazas en contra su familia, caso no se proveyera el estupefaciente.

⁵⁴⁹ *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 37.

conocemos a la realidad donde viven. Y eso significa primeramente salir de los gabinetes y visitar a las inúmeras cárceles públicas y presidios brasileños. Intentar charlar con los internos⁵⁵⁰ para tomar ciencia de su realidad y, en la medida del posible, intentar atenuar al sufrimiento de esas personas. Como aboga DUQUE ESTRADA ROIG, hay un verdadero “deber jurídico-constitucional” de reducción del sufrimiento y de la vulnerabilidad de las personas encarceladas (condenadas o no) y eso deber adviene del principio de la humanidad.

Esa humanización debe considerar la perspectiva del constitucionalismo y del correlato trans-constitucionalismo, en el sentido de que la decisión de un magistrado que respete y enaltezca a los derechos humanos debe extenderse para allá de las fronteras del país regido por una determinada constitución, dentro de la dinámica antes sustentada, o sea, aplicar la legislación – sea interna o internacional – de suerte a garantizar a la máxima efectividad de los derechos humanos, incluso para las personas privadas de su libertad.

Advertimos que ninguna de las iniciativas a seguir propuestas prosperará sin que sea obedecida la premisa fundamental de humanización vehiculada en este apartado y sin que los órganos actuantes en el “sistema” penal efectivamente se comprometan con la efectucción de tal importante principio.

8.2. Actuación limitativa – principio de la legalidad vs. principio de secularización

Considerando a los parámetros previstos en la ley para suministro de sentencias y decisiones jurisdiccionales, es posible afirmar que la actuación del magistrado es, de hecho, reflejo del mismo proceso histórico antes descrito, que diseñó a la criminología tradicional y positivista hoy predominante en la legislación penal. Una vez que, hay una comprensión generalizada de que el legalismo en la esfera penal debe ser llevado a las últimas consecuencias como forma de protección del reo en proceso criminal. Eso raciocinio del magistrado influye, de forma negativa, en la realidad vivenciada en el ámbito del sistema carcelario brasileño.

Esa conclusión es respaldada por dispositivo del Código Penal, especialmente los que trazan las normas para realización de la dosimetría de la pena, que es el momento de

⁵⁵⁰ La mayoría de los detenidos tiene miedo de hablar sobre su situación con recelo de represalias policiales y de los demás detenidos. Por eso, es ingenuidad imaginar que todos se abrirán de forma tranquila. El conocimiento debe aliar a lo que es dicho con la observación. En este sentido, defendemos una actuación no solamente del Poder Judicial, pero también del Ministerio Público, pues en la calidad de entidad que tiene por deber “la defensa de la orden jurídica, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles” (art. 127 y siguientes, CF/88) y que normalmente ejerce el control externo de la actividad policial, debe fiscalizar de cerca a esa situaciones y buscar a su resolución, con punición de los responsables por perpetuar a las situaciones de sufrimiento narradas por los detenidos. Además de eso, urgente la actuación de la defensoría pública, lamentablemente ausente en muchas ciudades de este País.

fijación de la reprimenda en una sentencia criminal. El propio art. 59, del Código Penal⁵⁵¹ establece que el juez debe atenerse, entre otros factores, a la *personalidad* del agente para fines de fijación de la pena a ser cumplida. Esa disposición viene mencionada en diversos momentos de la normativa en cuestión.

Además de eso, el tecnicismo en la actividad jurisdiccional es evidente, ya que se prioriza últimamente en términos de efectucción de la justicia a los números, en detrimento de la calidad. Los magistrados son evaluados por su productividad, por cuantas sentencias y decisiones jurisdiccionales que logran producir. La consecuencia de eso es que su actuación termina restringiéndose a una inevitable superficialidad, para que sea posible alcanzar a todas las metas impuestas por órganos como el Consejo Nacional de Justicia (CNJ).

Aquí no estamos a decir que el magistrado no tenga que ser productivo. En un mundo extremadamente beligerante, con el juicio de litigios a todos los días y el gradual aumento del acceso de la población a la justicia, debe de ser. Tampoco estamos sacando los méritos de la creación del CNJ, que logró una mayor integración de la actividad jurisdiccional en un País de dimensiones continentales como Brasil. Pero productividad no debe ser “un fin en sí misma”. Es necesario más.

Amparados al principio de la humanidad proponemos dos direcciones para una mejora actuación del magistrado, especialmente en el ámbito penal y de las ejecuciones penales: una más restrictiva y otra más ampliativa. La primera será objeto de este apartado.

La actividad más “restrictiva” debe iniciar al momento de aplicación del apena, pasando por la concesión de beneficios en el ámbito de las ejecuciones penales. Se recomienda que el magistrado se abstenga, como sea posible, en la emisión de juicios de valor sobre la persona del condenado, debiendo atenerse a la conducta por él practicada y a la pena arbitrada en el proceso de conocimiento. Una vez que, la retirada del “rotulado” de desviado debe empezar en el ámbito de las decisiones jurisdiccionales.

Además, eso rotulado es uno de los grandes problemas por los cuales el derecho penal y la criminología hoy dominante no alcanzan adecuadamente a la criminalidad de Estado y del poder. Una vez que, esta no es cometida por sujetos que se encuadran en cualquier rotulación, siendo personas en la mayor parte de las veces bien vistas socialmente. Por lo tanto, la constante consideración de aspectos personales de alguien llevado a juzgamiento

⁵⁵¹ “Art. 59 – El juez, atendiendo a la culpabilidad, a los antecedentes, a la conducta social, a la *personalidad* del agente, a los motivos, a las circunstancias y consecuencias del crimen, bien como al comportamiento de la víctima, establecerá, conforme sea necesario y suficiente para reprobación y prevención del crimen: I – las penas aplicables entre las impuestas; II – la cantidad de pena aplicable, dentro de los límites previstos; III – el régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad; IV – la sustitución de la pena privativa de la libertad aplicada, por otra especie de pena, si adecuado”. Releva destacar que tales circunstancias previstas en el mencionado dispositivo sirven de norte para la aplicación de otros institutos favorables al condenado, como la suspensión condicional de la pena (arts. 77 y siguientes, del Código Penal).

inhibe que se amplíe el horizonte para percibir que la criminalidad trasciende a la figura del anacrónico *L'omo delinquente*.

Concordamos con FERRAJOLI, en el sentido de que el primer paso para dejar la actividad jurisdiccional más apropiada con un contexto de criminología crítica y global, quitando las amarras impuestas por una ciencia criminológica de cuño tradicional positivista (producto de la modernidad) es hacer con que la persecución penal se dirija, cada vez más, para la conducta del ofensor y no cuestione a su índole.

Específicamente en lo que se refiere a la actividad jurisdiccional, también nos ponemos de acuerdo con FERRAJOLI en el sentido de que el “principio de la secularización” (que proviene del ya mencionado principio de la humanidad, siendo uno de sus consecutivos lógicos) “... impone que el juzgamiento no verse sobre la moralidad, o sobre el carácter, o, aún, sobre otros aspectos sustanciales de personalidad del reo, pero solamente sobre los hechos penalmente prohibidos que se le son imputados y que, por su turno, constituyen las únicas cosas que pueden ser empíricamente probadas por la acusación y refutadas por la defensa”⁵⁵².

La sentencia ya tiene una carga de subjetividad que se le es inherente, una vez que su suministro es obra de una persona humana. Sin embargo, hay aspectos en los cuales es defensa a la actividad de juzgar. Y uno de esos campos es el alma, el íntimo de cada uno. El juez necesita comprender que juzga solamente a “hechos” y no a “personas”.

A partir del momento que un juez deja de ver a todo detenido como una persona “anormal” o, en la jerga popular, un “vagabundo”, la actividad jurisdiccional será más efectiva, en el sentido de buscar punir a los hechos, independientemente del rotulado de quien los ha practicado. Es esa la actividad “limitativa”, ora propuesta. Tal raciocinio tiene demasiada relevancia en la criminalidad del poder, antes referida, que muchas veces es apreciada (y no ejemplarmente punida) teniendo en cuenta la aurea de “idoneidad” de quien se la practica.

Luego, las siguientes medidas limitativas y de alejamiento de una dinámica positivista-etiológica deben ser destacadas:

- La efectiva consideración del encarcelamiento como *ultima ratio*, destinándose solamente las hipótesis de inadecuación de otras medidas cautelares no privativas de libertad (como las dispuestas en el art. 319, del Código de Proceso Penal).
- La reversión sugerida por FERRAJOLI, para que la justicia deje de ser fuertemente clasista, es decir, dura e inflexible con la delincuencia de los pobres y liviana e indulgente

⁵⁵² *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, op. cit., p. 178-179.

con la criminalidad del Estado y del poder⁵⁵³. Esa dinámica debe contar con una adhesión general no sólo de la magistratura de 1° grado, pero también de la magistratura *ad quem*.

En sentido contrario a la limitación de punición de la persona por lo que es (reversión de la dinámica positivista) proponemos una actuación ampliativa que trascienda al mero tecnicismo legal. Para eso, in “rediseño” de las garantías de la *independencia* y de la *imparcialidad* del magistrado es necesaria, sobre todo en el ámbito penal y de las ejecuciones penales, debiendo ser rompido el mito de que la estricta legalidad es la única garantía de la persona detenida/condenada.

8.3. Actuación ampliativa: principio de la legalidad vs. principios de la independencia y de la imparcialidad

Como ya analizado, *independencia* e *imparcialidad* son tenidas por garantías de la magistratura, previstas en la Constitución Federal de 1988, destinadas a proteger al juez de eventuales retaliaciones o manipulaciones de su actividad. Ambos los conceptos están íntimamente relacionados y serán rápidamente revisados.

La *independencia* ya viene luego prevista en el art. 2°, de la CF/88 cuando establece que los poderes de la Unión – Ejecutivo, Legislativo y Judicial – son independientes y armónicos entre sí. En este sentido, y aún segundo la Carta Magna, el Poder Judicial disfruta de autonomía económica y financiera para gestionar a sus recursos particulares (art. 99, CF/88), pudiendo los tribunales establecer a su propia dinámica de funcionamiento (art. 96, CF/88). Luego, la independencia tiene un sesgo más corporativo, siendo una nota de los jueces mientras *presentantes* del Poder Judicial, al ejercicio de sus atribuciones.

Ya la *imparcialidad* dice respecto más específicamente a la actividad del juez, al momento que este se posiciona para la resolución de un conflicto. Según tal garantía, el juez debe ponerse en posición equidistante de las partes en una relación procesal, o sea, no podrá tender para ningún lado, bajo pena de ser declarado impedido o sospechoso. Debe mantener, por lo tanto, una postura de “tercero”.

Considerando las ideas rápidamente expuestas, se tiene que la independencia y la imparcialidad del magistrado no impiden que la actividad jurisdiccional trascienda a la mera legalidad para intentar una aproximación social. Una vez que, la decisión jurisdiccional debe buscar, sobre todo, consolidar una importante función social que es inherente al ejercicio de la magistratura. No es posible más negar el carácter político y social de la atribución desempeñada por los magistrados, que no debe restringirse a la mera subsunción “hecho-

⁵⁵³ FERRAJOLI, Luigi. Criminología, Crímenes Globales y Derecho Penal: el Debate Epistemológico en La Criminología Contemporánea. *Revista Crítica Penal y Poder*, 2013, n. 4, disponible en: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/5524/7543> (acceso en 22.03.2015).

norma". Este raciocinio, por lo tanto, refleja a la frase de ANATOILE FRANCE mencionada al inicio de esta investigación: el magistrado es un ser vivo, un hombre y no una máquina repetidora de normas y cumplidora de metas.

Según BERGALLI, para que el magistrado se aproxime más del contexto social sería imprescindible el desarrollo de una *Sociología de la Justicia*, que preconice no solamente al conocimiento de la estructura del aparato judicial, pero también del comportamiento del magistrado, sus ideologías e intereses, la imagen que tienen de su función, su relación con la sociedad civil, además de la valoración que hacen de la jurisdicción⁵⁵⁴. Es necesario revertir eso distanciamiento entre derecho y sociología, muy evidente en América Latina por cuenta de la política cultural instaurada con los regímenes totalitarios, que se establecieron en sus diversos países.

Además de eso, y aún de acuerdo con BERGALLI, esa identificación entre "derecho" y "ley" mina a la actividad reflexiva y creadora del magistrado en la interpretación y aplicación de la norma. Eso fenómeno en Brasil, en vez de retraer por cuenta del fin del régimen militar, viene se ampliando, siendo ejemplo la reciente promulgación del nuevo Código de Proceso Civil (Ley n. 13.105, de 16.03.2015), cuyo art. 489 prácticamente elimina al "libre convencimiento motivado del magistrado". Aquí se encuentra el dilema: por un lado, es necesario estimular la actividad crítica del juzgador y, por otro, limitar a su libertad de apreciación de la prueba y de los argumentos, a fin de proporcionar una mayor seguridad jurídica y evitar decisiones dispares en cuestiones similares a nombre de la democracia⁵⁵⁵.

Pero al final, transformar al juez en un técnico burócrata y mero "repetidor" de la jurisprudencia de las cortes superiores ¿implica en la consolidación de la democracia y contención del arbitrio? Mismo respectando a las respetables opiniones en contrario⁵⁵⁶, entiendo que no. El arbitrio inherente al magistrado solamente podrá ser contenido mediante una mejor formación interdisciplinar y sociológica del juez para que comprenda a los problemas sociales y se haga sensible a ellos, en una perspectiva humanista. Prenderlos a

⁵⁵⁴ *La estructura judicial en América Latina*, op. cit., p. XX.

⁵⁵⁵ En este particular, hay dos orientaciones sobre tal dispositivo: (i) al contener orientación decisoria al magistrado, sea de cual ramo del Derecho pertenecer, el art. 489 en cuestión representa un verdadero retroceso en materia de hermenéutica, ya que consolida definitivamente al magistrado como un técnico, un burócrata y (ii) tal dispositivo sería un avance en términos político-económicos para Brasil, teniendo en vista el grado de seguridad que genera en inversionistas de que trayendo a sus recursos para Brasil, obtendrán una decisión judicial segura en los casos de entendimientos jurisprudenciales consolidados. Hay aquí un conflicto de importantes derechos fundamentales: independencia del magistrado *versus* seguridad jurídica. Entendemos que, no obstante la seguridad jurídica deba siempre ser enaltecida para generar una aurea de confiabilidad en una Nación, la independencia del magistrado jamás puede ser minada para hacerlo retroceder a la figura del juez positivista, mero *bouche de la loi*.

⁵⁵⁶ Referencia de este raciocinio más tecnicista puede ser encontrado en STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dos jueces ante el fin del libre convencimiento del NCPC. Consultor Jurídico. Disponible en: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-npc> (acceso en 19.03.2015).

leyes y a precedentes surtirá el efecto reverso y alejará, cada vez más, al juez de la sociedad a la cual sirve⁵⁵⁷.

Más específicamente en lo que se refiere a la *independencia* del Poder Judicial, BERGALLI constata a partir de la experiencia argentina (similar a la brasileña) que la clave está en un cambio en la concepción de tal principio. Según el autor, se impone una tomada de consciencia de la función política del derecho, de su interdependencia con las relaciones sociales, económicas y políticas. Luego, dentro de esta concepción, el magistrado sería un agente de efectiva transformación social y no de repetición de un esquema positivista dominante⁵⁵⁸. Este punto es absolutamente fundamental, a fin de evitar a la ya mencionada tendencia a homogeneización de discursos, recatando a la buena heterogeneidad en el ámbito de la magistratura, con miembros advenidos de los más diferentes estratos sociales, portando un bagaje social y cultural diferenciado. Tal realidad parece demasiado utópica si se concibe que hoy la selección de magistrados se pasa a través de concurso público, en que los candidatos llegan no por vocación, pero también por la búsqueda de estabilidad y de un buen salario⁵⁵⁹. Es necesario, por lo tanto, reforzar y enaltecer a las diferencias y, no incentivar el proceso de imposición fascista de un mismo raciocinio.

Defiendo que la *independencia* (y, en secuencial lógico, la *imparcialidad*) es un *derecho fundamental del magistrado*, que debe tener consciencia de la función política que representa (comprometimiento), no debiendo ambas representaren mera indiferencia a los problemas sociales. Una cosa es el magistrado conferir seguridad jurídica a la parte a través de una estructura diseñada para estimular al comportamiento deseado. Una vez que, la estandarización vía precedentes, si bien trabajada y con observaciones, puede ser una buena alternativa. Pero la búsqueda por “seguridad jurídica” no puede ser un fin en sí misma y jamás podrá representar “indiferencia”, tampoco minar a la independencia, tan cara al juez. Según BERGALLI, esa independencia no es solamente la exterior, que se manifiesta en la relación del Poder Judicial con los demás Poderes, pero debe nacer en el seno de la propia organización judicial⁵⁶⁰.

En este particular, emerge importante la discusión sobre la democratización en la administración de los tribunales (también ya mencionada), permitiendo que el juez de derecho también participe de las decisiones, asumiendo las asociaciones de magistrados

⁵⁵⁷ El mismo LENIO STRECK referido en la nota anterior es que propone el “viraje paradigmático” la cual ya nos referimos anteriormente en este trabajo. Luego, el raciocinio innovador propuesto en su obra *Hermenéutica jurídica y(en) crisis: una exploración hermenéutica de la construcción del Derecho* parece entrar en conflicto con el contenido del artículo antes referido.

⁵⁵⁸ *La estructura judicial en América Latina*, op. cit., p. XXXI.

⁵⁵⁹ Frecuentemente los cursos preparatorios para concurso atraen a sus alumnos con promesas de que la aprobación proporcionará la adquisición de bienes materiales. El objetivo de la función – que es de servir a la sociedad – es prácticamente ignorado en las aulas, como ya mencionado en momento anterior de esta investigación.

⁵⁶⁰ Op. cit., p. XXXIII.

papel fundamental en la defensa no solamente de los intereses corporativos, pero de los que garanticen la efectividad de la independencia de la carrera como un todo. También relevante discutir la actuación del Consejo Nacional de Justicia (CNJ) que, al mismo tiempo que tuvo inúmeros méritos, en el sentido de impulsar el andamio de los procesos y optimizar la actividad jurisdiccional, también contribuye de cierta forma para minar a la característica de la independencia del magistrado por cuenta de la exigencia de metas solamente cuantitativas, y no cualitativas.

Además de eso, toda prerrogativa (*independencia*) debe venir acompañada de su contrapunto, que es la *responsabilización*, para que no sea sinónimo de irresponsabilidad y, como ya aludido, indiferencia. Una vez que, no es posible concebir que una clase destinada a realizar la justicia social se compadezca con irregularidades cometidas en su seno, que deslegitiman a toda la categoría e implican en descrédito de las decisiones judiciales. Como poder político que es, el Judicial debe esmerarse por la responsabilización ejemplar de conductas incompatibles con la función jurisdiccional y no caminar para el mero corporativismo.

En el apartado siguiente traigo la experiencia ejemplar de un magistrado, que tuvo que adoptar una aptitud extrema para hacerse oído por las instancias superiores del Poder Judicial de su País. Tratase del juez ROY MURILLO. A través de él intentaremos ejemplificar a lo que entendemos por “magistrado crítico y global”.

8.4. Case emblemático: juez Roy Murillo

“He cumplido con respetar la dignidad humana”. Esta frase sintetiza a la aptitud extrema adoptada por el juez Costarricense ROY MURILLO en 2013.

Perplejo con la situación de inhumanidad y desamparo que sufrían los detenidos bajo su jurisdicción, ROY MURILLO determinó que el Ministerio de la Justicia costarricense procediese la retirada de 370 (trescientos setenta) sentenciados de la cárcel de San Sebastián, con su transferencia para otros establecimientos, además de adopción de beneficios penales con relación a otros tantos detenidos condenados. El fundamento utilizado por el magistrado fue el estricto cumplimiento de la ley. Según MURILLO, el magistrado de la ejecución penal de Costa Rica tendría dos responsabilidades: (i) asegurar el efectivo cumplimiento de las penas, definiendo la aplicación de los beneficios específicos para cada caso y; (ii) tutelar el respecto a los derechos fundamentales durante la ejecución de la pena⁵⁶¹.

Conforme será visto, el ejemplo del magistrado MURILLO sirve para ilustrar la posibilidad del juez de ejecución penal, no obstante tenga atribuciones marcadamente

⁵⁶¹ Disponible en: http://www.nacion.com/sucesos/seguridad/Roy-Murillo-cumplido-respetar-dignidad_0_1371062891.html (acceso en 04.04.2015).

disciplinarios y administrativas (en la dicción del FERRAJOLI), revelar *actuación jurisdiccional* garantista sobre hechos concretos (caos del sistema penitenciario) y de protección de los derechos humanos de las personas privadas de su libertad.

La situación carcelaria en Costa Rica, que curiosamente es el País-sede de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, no difiere mucho de la brasileña. La problemática siempre cede en detrimento de tesis de “seguridad ciudadana”, que tiene más prioridad política – y, por consiguiente, logra más apoyo popular. Vale la referencia a algunos acontecimientos, para que se pueda trazar un paralelo entre nuestra realidad y la que ocurre no muy lejos de Brasil.

Por cuenta del descaso estatal en Costa Rica surgieron iniciativas de magistrados como MURILLO, que empezaron en los idos de 2010 a exigir aptitud de la *Dirección General de Adaptación Social* y del *Instituto Nacional de Criminología* (del Ministerio de la Justicia), para reducir en un plazo máximo de 6 (seis) meses la población penal institucionalizada a la capacidad real del sistema penitenciario nacional⁵⁶². Sin embargo, esta iniciativa colectiva fue rechazada por la “Corte Plena del Poder Judicial”, al fundamento que los jueces no podrían actuar colectivamente, solamente de forma individual y en caso concreto. Tal negativa generó la interposición por esos magistrados del llamado “recurso de amparo” ante la Sala Constitucional costarricense, al fundamento de que la decisión de la Corte Plena violaría a la independencia del Poder Judicial. Tal recurso fue denegado a través de la sentencia del Tribunal Constitucional 15656, de 2011.

En 24.09.2013 MURILLO ordenó que nadie más sería conducido a la unidad carcelaria de San Sebastián, además de determinar la transferencia de 370 (treientos setenta) sentenciados y la “adaptación de régimen” de otros 370 (treientos setenta), que pasaron a cumplir su pena en un “régimen de confianza”, una especie de “progresión” para los que no ostentasen antecedentes, estuvieran próximos a cumplir sus penas y tuviera alguna opción o perspectiva laboral.

Referida decisión extrema tuvo el respaldo del Ministerio de la Justicia costarricense y de la Sala Constitucional, que confirmó la aptitud del magistrado MURILLO en nombre de la independencia del Poder Judicial costarricense. La Magistrada Presidente de la Corte a la época (ZARELLA VILLANUEVA) mantuvo la decisión colegiada de la Sala Constitucional y públicamente afirmó que “ninguna Sala ni ninguna Comisión especial podrá valorar un fallo judicial sino es a través de la vía recursiva. Ningún miembro de esta Corte puede poner a

⁵⁶² Un histórico del periodo más crítico de la situación carcelaria costarricense puede ser accedido en el siguiente trabajo: ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre las cárceles em Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*. n. 134 (mayo-agosto 2014), p. 97-136.

valoración la resolución de un juez”⁵⁶³. En el mismo sentido, la Asociación Costarricense de la Magistratura (ACOJUD) se pronunció: “ACOJUD ha sostenido que el Juez Murillo actuó apegado a la ley, la constitución y los convenios internacionales y en protección de los derechos humanos, como es su obligación. La Asociación proclama que la independencia judicial es un principio democrático incuestionable y se mantiene ineludible en su defensa, como garantía para cualquier ciudadano o ciudadana usuario(a) del sistema de administración de justicia”.

No estamos a defender, de forma irresponsable, a la apertura total de las cárceles y eso vengo repitiendo a lo largo de este trabajo. Sin embargo, el descaso institucional es tamaño que es necesario que alguien adopte una providencia extrema para llamar la atención de las autoridades implicadas sobre la cuestión carcelaria, que normalmente se movilizan solamente para “apagar incendios”, o sea, cuando el problema está realmente grave.

Y la responsabilidad por la toma de decisiones en este ámbito, mismo siendo compartida con el Poder Ejecutivo, también es del juez de ejecución penal que, según MURILLO, tiene no solamente la incumbencia legal de asegurar al cumplimiento de las penas y la definición de los beneficios específicos, pero, sobre todo, el compromiso de respetar a los derechos fundamentales, qué designamos de “responsabilidad principiológica o moral”⁵⁶⁴. Aún para MURILLO, “la ejecución de la pena es una competencia compartida: la sanción la impone y la asegura el Poder Judicial, con la colaboración del Poder Ejecutivo, a través de Adaptación Social. El juez está puesto para que corrija esas desviaciones y asegure el cauce de la ejecución de las penas bajo parámetros de legalidad”.

Y ambas las funciones también son inherentes al magistrado de ejecución penal brasileño, que no solamente tiene que cumplir al dispuesto en la LEP, pero también atender a la CF/88 y a los tratados internacionales en materias de derechos humanos (repeto: tenidos en Brasil como legislación suprallegal), los cuales repudian a cualquier tratamiento cruel, deshumano y degradante de quien sea.

Engañase quien piensa que solamente países reputados latinos (Costa Rica de MURILLO, Colombia y su “estado de cosas inconstitucional”, entre otros ejemplos) que son tomadas medidas desencarcelizadoras para compatibilizar la población carcelaria. En los Estados Unidos de la América, País con fama de endurecimiento de las leyes penales, donde la compra y la pose de arma es permitida y que fue la cuna de medidas como la muy famosa “zero tolerance”, hay decisiones de su Suprema Corte en el sentido de imponer a un determinado Estado de su federación la limitación de la población carcelaria. Este es,

⁵⁶³ Noticia disponible en: <http://www.acojud.org/corte-plena-da-respaldo-a-la-independencia-judicial/> (acceso en 06.08.2017).

⁵⁶⁴ Entrevista del magistrado concedida en 09.10.2013 para el jornal La Nación. Disponible en: http://www.nacion.com/amp/sucesos/seguridad/Roy-Murillo-cumplido-respetar-dignidad_0_1371062891.html (acceso en 07.08.2017).

precisamente, el objeto del conocido caso *Brown v. Plata*, relativo al sistema carcelario de California. En este precedente, la Corte entendió que la imposición de un límite a la población carcelaria era medida necesaria para remedar la violación de los derechos humanos de las personas detenidas, según incluso qué establece la Octava Emenda a la Constitución norteamericana⁵⁶⁵.

Por lo tanto, todo gira alrededor de no solamente reconocer retóricamente a la independencia del Poder Judicial, pero a ella dar aplicabilidad práctica y efectividad. Y esa cultura de priorización del actuar independiente del magistrado en materia de ejecución penal viene, a pocos, tomando cuerpo en Brasil, conforme algunas decisiones a seguir referenciadas.

8.5. Decisiones y prácticas de destaque en Brasil

En el caso concreto de la sobrepoblación carcelaria, realidad que afronta el principio de la humanidad antes mencionado, ya hay decisiones de los tribunales brasileños respecto a la necesidad de actuación del Poder Judicial en casos de profunda y absoluta omisión estatal en la realización de sus actividades fines, como ocurre en las inúmeras situaciones enfrentadas en los establecimientos penitenciarios de todo el País. Referidas decisiones revelan un protagonismo del Poder Judicial como agente influenciador de políticas públicas, y dan sentido práctico a la prerrogativa de independencia del Poder Judicial.

Aunque haya algunos segmentos de la magistratura que insisten en la aplicación del “principio de la reserva del posible”⁵⁶⁶, impidiendo la toma de aptitudes drásticas en contra la omisión estatal en materia penitenciaria con base en la indisponibilidad presupuestal, hay inúmeras iniciativas de destaque, que promanan, incluso, del Supremo Tribunal Federal (STF), corte máxima brasileña responsable por la última palabra en la interpretación de la CF/88, bien como del Superior Tribunal de Justicia brasileño (STJ), tribunal este responsable en Brasil por dar la última palabra en las controversias involucrando el derecho federal.

Recientemente, el Supremo Tribunal Federal profirió una decisión, que fue verdadero marco en lo que se refiere al tema carcelario. Tratase de la ya mencionada sentencia proferida en Medida Cautelar en el ámbito de la Argumentación de Incumplimiento de Precepto Fundamental n. 347/DF⁵⁶⁷. Aunque tal decisión tenga sido proferida en sede cautelar, contiene dos importantes determinaciones: (i) que los jueces y tribunales pasen a

⁵⁶⁵ Cf. <https://www.law.cornell.edu/supct/html/09-1233.ZO.html> (acceso en 04.01.2018).

⁵⁶⁶ Entendemos que la “reserva del posible” solamente puede ser invocada por Estado que logre garantizar a sus ciudadanos el llamado “mínimo existencial”. En este sentido, cf. STF, Agravo Regimental en Recurso Extraordinario n. 745745/MG, Relator Ministro Celso de Mello, juzgado en 02.12.2014. Disponible en: www.stf.jus.br (acceso en 06.04.2015).

⁵⁶⁷ Juzgado en 09.09.2015.

realizar, en hasta 90 (noventa) días, audiencias de custodia, con comparecencia del detenido ante la autoridad judicial en el plazo máximo de 24 horas, contados del momento de la detención (previsión esta que consta tanto del art. 9.3 del Pacto de los Derechos Civiles y Políticos, como del art. 7.5 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos) y (ii) que la Unión Federal libere el sueldo acumulado del Fondo Penitenciario Nacional para utilización en la finalidad para el cual fue creado, absteniéndose de realizar nuevas contingencias.

Referida decisión es paradigmática en la medida que consagra, en lo que se refiere al sistema carcelario, la existencia de un llamado “estado de cosas inconstitucional”⁵⁶⁸. Significa decir que en el sistema carcelario brasileño ocurre violación generalizada de derechos fundamentales de los detenidos en lo que toca a la dignidad, salubridad física e integridad psíquica.

En este contexto, diversos dispositivos constitucionales (artículos 1º, III, 5º, III, XLVII, y, XLVIII, XLIX, LXXIV, y 6º, todos de la CF/88), además de las normas internacionales reconocedoras de los derechos de los detenidos (el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, la Convención contra la Tortura y otros Tratamientos y Penas Cruelles, Deshumanos y Degradantes y la Convención Americana de Derechos Humanos) y normas infra-constitucionales como la LEP y la Ley Complementar n. 79/1994 (que creó al Fondo Penitenciario – FUNPEN), vienen siendo solemnemente transgredidas.

⁵⁶⁸ El concepto de “Estado de Cosas Inconstitucional” fue originalmente desarrollado por la [Corte Constitucional colombiana](#) en el contexto de violaciones sistemáticas de derechos fundamentales (Decisión [T. 025/2004](#) - importante recordar que ya en la sentencia T-153, de 1998 había referencia a esta figura del estado de cosas inconstitucional). Tal formulación tiene un propósito demasiado ambicioso: permitir el desarrollo de soluciones estructurales para situaciones de graves y continuas inconstitucionalidades practicadas contra poblaciones vulnerables frente a fallas (omisiones) del poder público. En términos muy sintéticos, al declarar el Estado de Cosas Inconstitucional, el Poder Judicial reconoce la existencia de una violación masiva, generalizada y estructural de los derechos fundamentales contra un grupo de personas vulnerables y clama que todos los órganos responsables adopten medidas eficaces para solucionar al problema. En este sentido, el ECI es una forma de decir que la situación está tan caótica y fuera de control que se hace necesario que todos los involucrados asuman un compromiso real de resolver al problema de forma planificada y efectiva, poniendo la crisis carcelaria en la agenda gubernamental. En la decisión supra-citada, la Corte Constitucional colombiana sistematizó 6 (seis) factores que suelen ser llevados en cuenta para establecer que una determinada situación fáctica constituye un estado de cosas inconstitucional: (1) violación masiva y generalizada de varios derechos constitucionales, capaz de afectar un número significativo de personas; (2) la prolongada omisión de las autoridades en el cumplimiento de sus obligaciones para garantizar los derechos; (3) la adopción de prácticas inconstitucionales a generar, por ejemplo, la necesidad de siempre tener que buscar a la tutela judicial para obtención del derecho; (4) la no adopción de medidas legislativas, administrativas y presupuestales necesarias para evitar la violación de derechos; (5) la existencia de un problema social, cuya solución depende de la intervención de varias entidades, de adopción de un conjunto complejo y coordinado de acciones y de disposición de recursos adicionales considerables; (6) la posibilidad de un congestionamiento del sistema judicial, caso ocurra una procura masiva por protección jurisdiccional. Resumen disponible en <http://direitosfundamentais.net/2015/10/02/o-estado-de-coisas-inconstitucional-eci-apanas-uma-nova-onda-do-verao-constitucional/> (acceso en 10.12.2015).

Para llegar a esta conclusión, el Plenario del STF realizó importantes constataciones (muchas de las cuales objeto de la presente investigación): (i) la fuerte violación a los derechos fundamentales de los detenidos produciría más violencia contra la propia sociedad; (ii) las cárceles brasileñas, además de no servir a la resocialización de los detenidos, fomentaría el aumento de la criminalidad, pues transformaría pequeños delincuentes en “monstruos del crimen”; (iii) la prueba de la ineficiencia del sistema como política de seguridad pública estaría en las altas tasas de reincidencia, valiendo mencionar que el reincidente pasaría a cometer crímenes aún más graves; (iv) la situación sería asustadora: dentro de los presidios, violaciones sistemáticas de derechos humanos; afuera, aumento de la criminalidad y de la inseguridad social; (v) la responsabilidad por esa situación no podría ser atribuida a un único y exclusivo poder, pero a los tres – Legislativo, Ejecutivo y Judicial -, y no sólo a la Unión Federal, como también a los Estados-Miembros y al Distrito Federal; (vi) ponderó que habría problemas tanto de formulación e implementación de políticas públicas, cuanto de interpretación y aplicación de la ley penal; (vii) faltaría coordinación institucional, o sea, la ausencia de medidas legislativas, administrativas y presupuestales eficaces representaría falla estructural a generar tanto la ofensa reiterada de los derechos, cuanto la perpetuación y el agravamiento de la situación; (viii) el Poder Judicial también sería responsable por el referido “estado de cosas inconstitucional”, ya que aproximadamente un 41% (cuarenta y uno por ciento) de los detenidos estaría bajo custodia provisoria y encuestas demostrarían que, cuando juzgados, la mayoría alcanzaría a la absolución o la condenación a penas alternativas; (ix) el mantenimiento de elevado número de detenidos para allá del tiempo de pena fijado evidenciaría la inadecuada asistencia judicial; (x) la violación de 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, en el sentido de sacar a los demás poderes de la inercia, catalizar a los debates y nuevas políticas públicas, coordinar a las acciones y monitorear a los resultados; (xi) la intervención judicial sería reclamada ante la incapacidad demostrada por las instituciones legislativas y administrativas; sin embargo, no se autorizaría al STF sustituirse al Legislativo y al Ejecutivo en la consecución de tareas propias. No se le incumbiera, sin embargo, definir el contenido propio de estas políticas, bien como los detalles de los medios a ser empleados⁵⁶⁹.

Abriendo aquí un paréntesis, vale resaltar que la teoría del “estado de cosas inconstitucional” viene ganando cuerpo dentro del Poder Judicial Brasileño, valiendo

⁵⁶⁹ Informativo 798/STF. Disponible en: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo798.htm#Sistema%20carcer%C3%A1rio:%20estado%20de%20coisas%20inconstitucional%20e%20viola%C3%A7%C3%A3o%20a%20direito%20fundamental%20-%206> (acceso en 10.12.2015).

mencionar iniciativas como la recientemente adoptada por el Consejo Nacional de Justicia, en el sentido de organizar proyecto intitulado “Ciudadanía en los Presidios”⁵⁷⁰. El término de apertura fue elaborado por el Juez LUIS GERALDO SANT’ANNA LANFREDI⁵⁷¹ y la premisa que nordea a las diversas orientaciones constantes en el memorando es, justamente, la existencia del “estado de cosas inconstitucional”. En suma, el proyecto constata que la iniciativa de los “trabajos conjuntos”, constantemente adoptadas en las diversas unidades judiciales son completamente ineficaces para disminución de la población carcelaria. Al contrario, desde el inicio de su realización el número de detenidos solamente ha aumentado. El objetivo del proyecto, entre otros, es rescatar a la utilización de los institutos del indulto y de la conmutación de penas (conforme Decretos Presidenciales 8380/2014 y 8615/2015, ambos versan sobre el “indulto navideño”), además de preconizar una mayor agilidad en la apreciación de los incidentes de la ejecución penal, evitando que el sentenciado permanezca en el sistema carcelario más tiempo que debería.

En este proyecto hay mención, incluso, de utilización de la teoría del *numerus clausus* vehiculada en Brasil por el multicitado doctrinador RODRIGO DUQUE ESTRADA ROIG. Tal proyecto viene siendo gradualmente implementado en Brasil, más específicamente al Estado de Paraná, por los llamados GMFs (Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario y del Sistema de Ejecución de Medidas Socioeducativas). Sin embargo, y como ya aludido, de nada sirve la adopción irrestricta del *numerus clausus* a través de trabajos conjuntos si no viene acompañada de políticas públicas estatales de efectiva mejora del sistema penitenciario y, en mayor escala, de la propia sociedad. Una vez que, entendemos que “hacer terrorismo” para que el juez “suelte por soltar”, además de violar su independencia funcional y descalificarlo ante la unidad judicial en la cual actúa (ya que una especie de “tribunal interino” estará a revisar sus decisiones, en la mayoría de las veces sin el conocimiento adecuado del caso concreto), es el otro lado del mismo terrorismo vendido por el populismo mediático, que preconiza el “prender por prender”.

Una vez más recuerdo la importancia vital de iniciativas, que presuponen la existencia de una red interdisciplinar de apoyo al magistrado para adopción de las medidas, qué no existe en la casi totalidad de los municipios brasileños, cuyo Poder Judicial estadual (que es responsable por apreciar y juzgar a la llamada “criminalidad común”, o sea, la que directamente afecta al ciudadano) carece de estructura, de personal, de entrenamiento, de todo. Luego, siempre vamos a insistir que la creación de proyecto es buena, sin embargo,

⁵⁷⁰ Para mayores detalles sobre el proyecto cf. <http://www.cnj.jus.br/sistema-carcerario-e-execucao-penal/cidadania-nos-presidios> (acceso en 07.06.2016).

⁵⁷¹ Vale mencionar que el magistrado en cuestión es exalumno del máster en Derecho de la Universitat de Barcelona, teniendo presentado excelente trabajo en 2010, cuyo título es *El ‘Juez de Garantías’ y el sistema penal: (re) planteamientos socio-criminológicos críticos hacia la (re) significación de los desafíos del Poder Judicial frente a la política criminal brasileña*.

debe ser *ejecutable* y *efectiva*. Y, en este punto de viabilizar a la implementación de la red interdisciplinar en los diferentes rincones de este País, el GMF puede asumir un papel fundamental en vez de exclusivamente enfocarse en el *numerus clausus* sin cualquier otra contrapartida. Una vez que, más que soltar, es necesario estructurar tanto al detenido como a su alrededor para que la soltura no venga a generar – como normalmente ocurre – en la reincidencia futura.

Otra decisión que merece mención fue la proferida por el STF en 13.08.2015 en el juzgamiento del Recurso Extraordinario 592.581/RS⁵⁷². En referida sentencia, la corte suprema brasileña aleja la aplicación del principio de la reserva del posible y decidió ser posible al Poder Judicial imponer a la administración pública el deber de realizar obras de emergencia en establecimientos carcelarios con objetivo de dar efectividad al postulado de la dignidad de la persona humana. Tratase de raciocinio alineado con la efectividad de los derechos humanos y que, desafortunadamente, y por una cuestión de pragmatismo sin sentido, no viene siendo adoptado en muchos tribunales de inferior instancia.

Aún del STF menciono al Recurso Extraordinario 641.320/RS⁵⁷³, que ha dado oportunidad a la práctica de la “adaptación del régimen semiabierto”, en la medida que prohíbe el mantenimiento del sentenciado en régimen de prisión más grave cuando no hay existencia de establecimiento penal adecuado a su cumplimiento. Como dicho, ese juzgado ha originado la Súmula Vinculante STF n. 56.

Ya en el ámbito del STJ, entre sus muchos juzgados destaco al Agravo Regimental en el Recurso Especial n. 853.788/SP⁵⁷⁴, que refrenda la posibilidad de fijación de multa coercitiva (astreintes) para el fin de obligar al Estado a reformar establecimiento de prisión, especialmente cuando su inercia implicar en riesgo a la integridad física de los apenados. La decisión en cuestión confirma la prerrogativa del juez de la ejecución penal de bloquear, en el todo o en parte, cárcel que estuviera funcionando en condiciones inadecuadas o con infracción al dispuesto en la LEP (art. 66, VIII)⁵⁷⁵.

En el Tribunal de Justicia Paranaense, mismo habiendo mucha resistencia respecto al tema, hay inúmeras decisiones de jueces de primer grado y algunas pocas en el ámbito *ad quem*. Entre ellas merece mención sentencia de la 5ª Cámara Criminal del TJ, proferida en

⁵⁷² Tribunal Pleno, Relator Min. Ricardo Lewandowski, juzgado en 13.08.2015, disponible en www.stf.jus.br (acceso en 16.11.2016).

⁵⁷³ Tribunal Pleno, Relator Min. Gilmar Mendes, juzgado en 11.05.2016, disponible en www.stf.jus.br (acceso en 03.06.2018).

⁵⁷⁴ 5ª Turma, Relator Min. Jorge Mussi, juzgado en 17.08.2010, disponible en www.stj.jus.br (acceso en 06.04.2015).

⁵⁷⁵ Cf. STJ, Agravo Regimental en el Recurso en Mandato de Seguridad n. 41.445/MS, 2ª Turma, Relator Min. Herman Benjamin, juzgado en 27.05.2014, disponible en www.stj.jus.br (acceso en 06.04.2015).

27.03.2014 en el ámbito del Proceso n. 1173255-1⁵⁷⁶. El relator, Desembargador JORGE WAGIH MASSAD, reproduciendo trechos de la sentencia proferida por magistrado actuante en Foz do Iguacu, sintetiza con maestría y una sensibilidad impar todo lo que seguimos defendiendo a lo largo de esta investigación:

“... La cuestión carcelaria en Brasil, de larga fecha, viene siendo tratada con dejadez, pereza, descuido, abandono y negligencia por parte del Poder Público (entiéndase Poder Ejecutivo, que cuenta con obligación constitucional de gestión y atendimento de los custodiados que infringieron las leyes que rigen nuestra sociedad). En el Estado de Paraná, el abandono del sistema carcelario es de una claridad solar y viene siendo realizado por tantos años, que, por obvio, encuentra su ápice en los días actuales. La ‘ironía’ de la cuestión es tan nítida, que hace con que los operadores del Derecho en el sistema carcelario no logren siquiera sentirse como Don Quijote en búsqueda de sus molinos. Los detenidos se encuentran segregados de la sociedad por haber practicado conductas que infringen a las leyes que rigen nuestra sociedad civilizada y moderna’, PERO TRAS ADENTRAR A LAS PUERTAS DE LA CÁRCEL, o a los portones del Infierno de Dante, CONSTATAN EL PESO DEL INCUMPLIMIENTO DE LAS LEYES DE LA MISMA SOCIEDAD ‘CIVILIZADA Y MODERNA’ POR PARTE DEL PODER PÚBLICO. Y la respuesta es muy sencilla, como bien resaltó el d. Promotor de Justicia: ‘detenido no vota’. Oso ir más allá: en el país del populacho, y en Paraná del modelo de ‘gestión carcelaria para la ONU’, además de detenido no votar, cuidar de detenido no da voto. Pero es innegable también constatar que el Poder Público solamente continúa en su inhalación desidiosa porque también reverberación en el estúpido sentido común de que detenido bueno es detenido muerto’, vociferando puniciones cada vez más graves y deshumanas, como si hoy cualquier unidad de prisión fuera un spa. **Se llega el momento (aunque tardío) de la sociedad como un todo comprender que la ley determina la retirada de la libertad de ir y venir del detenido, y no sus derechos fundamentales para el mantenimiento de sus integridades física y mental y su dignidad como ser humano. Detenidos todavía tienen derechos a la salud, a alimentación, a asistencia en general, COMO TODO Y CUALQUIER SER HUMANO. Es imperioso comprender que TODO HOMBRE ES MAYOR QUE SU ERROR’, y que es obligación del Poder Público y deber cívico y humano de toda la sociedad tener desvelo por sus hermanos que erraron. En más de nueve años de carrera como Magistrada actuante en el área criminal, he visitado e inspeccionado a inúmeras carcelajes de Comisaría de Policía y presidios, pero nada me conmovió más que las condiciones insalubres, peligrosas, degradantes, precarias, deshumanas de las celdas del sector de carcelaje provisoria de la 6ª SDP de Foz do Iguacu, que por cierto sería bloqueada por la Vigilancia Sanitaria si allá fuera un local para almacenamiento de animales a ser sacrificados, quizás un lugar que se hizo ‘almacén de gente’.**”⁵⁷⁷

⁵⁷⁶ Publicado en el Diario de Justicia 1315, de 09.04.2015. Disponible en: www.tjpr.jus.br (acceso en 06.04.2015).

⁵⁷⁷ Destques en el original y en la presente.

Por fin, oportuno destacar que la cuestión que involucra a la obligación del Estado en indemnizar a los detenidos sometidos a tratamiento deshumano y degradantes por cuenta de la excesiva población carcelaria fue analizada por el Supremo Tribunal Federal (STF), corte brasileña máxima en materia de Derecho Constitucional, que ha firmado entendimiento por mayoría de votos, según el cual "... considerando que es deber del Estado, impuesto por el sistema normativo, mantener en sus presidios los estándares mínimos de humanidad previstos en el ordenamiento jurídico, es de su responsabilidad, en los términos del art. 37, § 6° de la Constitución, la obligación de resarcir a los daños, incluso morales, comprobadamente causados a los detenidos en consecuencia de la falta o insuficiencia de las condiciones legales de encarcelamiento"⁵⁷⁸. Vale recordar que la responsabilidad civil del Estado por la ausencia de las mínimas condiciones para cumplimiento de pena contempla naturaleza *objetiva*, o sea, no se cogita de dolo o culpa del agente público, bastando la mera demostración del daño y del nexo de causalidad.

Aunque entienda (tal cual el Ministro BARROSO en su voto divergente) que la mera entrega de una prestación pecuniaria confiere una respuesta poco efectiva a los daños morales soportados por los detenidos, que podrán recibir el dinero, pero permanecerán sometidos a las condiciones deshumanas y degradantes (que acarretan daños existenciales imposibles de ser cuantificados), insisto que la iniciativa expresada en decisiones como las antes mencionadas representa una salida (aunque no sea la ideal) del estado de inercia generalizada, que permea el tema carcelario. Además, entiendo no haber cualquier burla al principio de separación de los poderes consagrado constitucionalmente (art. 2°, CF/88)⁵⁷⁹, tampoco en activismo judicial sin sentido. Tratase de una actuación necesaria y de emergencia por parte de un Poder, teniendo en vista la naturaleza estructural y sistémica del problema carcelario en Brasil⁵⁸⁰.

Además de eso, conforme preconiza la propia Constitución Federal, el tema "seguridad pública" es "deber del estado, derecho y responsabilidad de todos" (art. 144, CF/88). Además, como el propio STF reconoció en el juzgamiento de la ADPF-MC n. 347/DF, la

⁵⁷⁸ STF, Recurso Extraordinario n. 580.252/MS, Relator Ministro ALEXANDRE DE MORAES y Relator para sentencia Ministro GILMAR MENDES. Andamio procesal disponible en www.stf.jus.br (acceso en 08.09.2017). Vencidos los Ministros ROBERTO BARROSO, LUIZ FUX y CELSO DE MELLO, que, al dar proveimiento al recurso, adoptaron la remisión de pena como forma de indemnización. Daremos énfasis más adelante a esos votos vencidos, particularmente del Ministro BARROSO.

⁵⁷⁹ El trecho de la decisión de la Corte Federal de California en los casos *Coleman v. Brown* y *Plata v. Brown* refrenda la inexistencia de burla al principio de separación de los poderes cuando no incurre en omisión latente: "... donde el proceso político dejó de proteger a los derechos constitucionales de una minoría, las Cortes pueden, y deben, tutelar tales derechos" (citación por DUQUE ESTRADA ROIG, RODRIGO. *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 91).

⁵⁸⁰ Sobre la naturaleza estructural y sistémica del problema carcelario brasileño cf. DUQUE ESTRADA ROIG, RODRIGO. *Ejecución Penal: teoría crítica*, op. cit., p. 524.

responsabilidad por el “estado de cosas inconstitucional” sentido en el sistema carcelario y en la ejecución penal “no podría ser atribuida a un único y exclusivo poder, pero a los tres – Legislativo, Ejecutivo y Judicial –, y no sólo a la Unión Federal, como también a los Estados-Miembros y al Distrito Federal”. Añadimos, aún, la necesaria e imprescindible actuación del Ministerio Público, de la Defensoría Pública, de los abogados y de la Orden de los Abogados de Brasil. En una sociedad, cada ente debe entender y desempeñar su papel. El problema ocurre cuando no hay consciencia de los operadores del sistema penal cuanto a su papel, qué genera actuación equivocada o, en la mayoría de los casos, omisión. Luego, no basta trabajar por trabajar. Hay que trabajar cierto, con consciencia de la grandiosidad del problema y del desafío que la ejecución penal genera.

Es necesario entender que el concepto de seguridad pública basado exclusivamente en la contención está ultrapasado, aunque sea necesaria. El paradigma debe cambiar y la ejecución penal necesita estar calcada en el respecto a los derechos humanos, con rescate de la dignidad de la persona humana. Si es Estado, que debe dar el ejemplo, no trata al detenido con el mínimo de dignidad, no debe evidentemente esperar que trate adecuadamente al próximo, o que tenga un comportamiento socialmente adecuado. El “estado de cosas inconstitucional” nada más es que un gatillo, un verdadero incentivo a la difusión de la criminalidad.

El gran problema es que, mismo en conformidad con toda normativa internacional sobre derechos humanos, las decisiones citadas carecen de efectividad práctica, ya que muchas veces son ignoradas por el Estado, mismo que su incumplimiento genere multas (como refrendado en la decisión proferida por el STJ en el Recurso Especial n. 853.788/SP, antes citada). Además de eso, varias de esas decisiones de jueces de 1° grado no son respaldadas por sus propios Tribunales por cuenta de varios factores, entre ellos el político. Una vez que, parte del presupuesto del Poder Judicial es repasado por el Poder Ejecutivo, qué crea una simbiosis enfermiza entre esos dos Poderes, que deponen contra los principios de la independencia y de la imparcialidad del magistrado.

Para allá de las decisiones jurisdiccionales, merecen destaque algunos ejemplos, incluso en el Estado de Paraná, de iniciativas victoriosas de reinserción del apenado al medio social, con recuperación de su dignidad en una perspectiva socio-constructivista, como es el caso del proyecto de estudio liderado por el magistrado KATSUJO NAKADOMARI mencionado líneas atrás. También es posible mencionar la metodología de las “Asociaciones de Protección y Asistencia a los Condenados” (APACs), idealizadas por MÁRIO OTTOBONI y que visan a la inclusión social del hombre detenido mediante la

participación activa de la comunidad⁵⁸¹, además de proyectos como el “Grano de Mostaza” y el “Rescatando Vidas” (este último direccionase a los jóvenes, en una perspectiva de prevención a la criminalidad)⁵⁸², entre inúmeros otros.

Además de eso, la propia Ley de Ejecuciones Penales – más precisamente en sus arts. 80 y 81 – provee un importante mecanismo, que es la previsión de implantación de los “consejos de la comunidad”, que también se constituye en herramienta importante en el auxilio a la mejora de la calidad de ejecución penal, pues actúan en colaboración con el juez de ejecución penal, especialmente en la fiscalización de los establecimientos penales, presentando sus deficiencias, además de actuar junto a las familias de los sentenciados⁵⁸³.

Por fin, y no menos importante, hay que cogitar de la viabilidad de desarrollo de la llamada *justicia restaurativa* (cuyo origen está en la tradición abolicionista, antes mencionada) en el ámbito penal. Referida técnica viene trayendo resultados positivos en Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Canadá y Estados Unidos y afortunadamente viene siendo gradualmente implantada en Brasil⁵⁸⁴. En este punto, incluso, defendemos que la justicia restaurativa tenga aplicabilidad en la propia ejecución penal, tras dictada la sentencia, como forma de cumplimiento de la pena caso el sentenciado tenga ese perfil.

Esa metodología de la justicia restaurativa, que cambia el mero esquema de retribución por una dinámica de respecto a la humanidad y a la singularidad/alteridad de las partes, posibilita no solamente una situación de regreso del protagonismo de la víctima en el ámbito del proceso penal, pero la inclusión de todos los involucrados en un hecho delictuoso en la búsqueda de una decisión, cuya obediencia sonará más “natural”, ya que fue construida no

⁵⁸¹ Acerca de la APAC consultar el link del “Instituto Innovare”, que vehicula premio para las buenas prácticas que optimicen la prestación jurisdiccional: <http://www.premioinnovare.com.br/praticas/a-apac-e-a-inclusao-social-do-homem-presos/>, acceso en 29.11.2013. OTTOBONI decía ser necesario “matar” al criminoso para “nacer” el hombre. Es importante registrar que el mencionado PLS 513/2013 añade la previsión de la posibilidad de cumplimiento de la pena privativa de libertad en establecimiento administrado por organizaciones de la sociedad civil, como es el caso de la APAC (arts. 83-B y 90-A).

⁵⁸² Mayores detalles sobre los proyectos cf. <http://www.amapar.com.br/responsabilidadesocial/index.php/using-joomla/extensions/components/content-component/article-category-list/352-magistrados-e-servidores-do-parana-conhecem-nucleo-de-justica-restaurativa-de-caxias-do-sul> (acceso en 06.04.2015). Vale destacar que el art. 4º, del Proyecto de Ley del Senado (PLS) n. 513/2013 (que pretende alterar a la LEP), expresamente establece que “el Estado deberá recorrer a la cooperación de la comunidad en las actividades de ejecución de la pena”.

⁵⁸³ El Consejo de la Comunidad puede y debe capitanear iniciativas de mejora de las condiciones carcelarias, de inserción de los egresos del sistema penitenciario en el mercado de trabajo (a través de alianzas junto a empresas y al sistema SENAI), de visita a las casas y a las familias de las personas detenidas (para acompañamiento familiar), de compra de utensilios para minimizar el dolor de la cárcel, como colchones, productos de higiene personal, entre otras providencias.

⁵⁸⁴ Cf. <http://www.amapar.com.br/responsabilidadesocial/index.php/using-joomla/extensions/components/content-component/article-category-list/352-magistrados-e-servidores-do-parana-conhecem-nucleo-de-justica-restaurativa-de-caxias-do-sul> (acceso en 06.04.2015). Además de eso en Paraná la técnica de la justicia restaurativa también viene siendo implementada no solamente en materia de Derecho de Familia, pero también en el ámbito criminal, en las llamadas “infracciones de menor potencial ofensivo”.

por una tercera parte ajena a la situación conflictiva, pero por sus propios sujetos (víctimas e infractores)⁵⁸⁵. Tratase, en brevísima síntesis, de la sustitución de la premisa “justicia-castigo” hoy existente por la “justicia-reparación”⁵⁸⁶. Reparación no sólo del daño ocasionado por la conducta delictuosa, pero sobre todo de las relaciones interpersonales subyacentes al hecho, previniendo que se repita. La prestación jurisdiccional, tal cual concebida hoy, es paternalista y reproduce un esquema positivista, ya que entrega la solución lista y terminada. Ya la justicia restaurativa pretende revertir a esa dinámica, llamando a los sujetos de un hecho delictuoso la responsabilidad, permitiendo que efectivamente se *emancipen* con la búsqueda de una solución para el impase creado.

LOUK HULSMAN⁵⁸⁷ ya predicaba que pretender solamente transformar la prisión significa “trabajar en el interior de una posición inmutable, sin cualquier perspectiva de progreso”. Es necesario situarse más arriba, al inicio del proceso, donde son seleccionadas las personas que van a ser detenidas. Luego, sacar el enfoque de la prisión y desplazarlo para iniciativas educativas, de resocialización y de inclusión, además de ser mucho más barato que el mantenimiento de un monstruoso sistema carcelario, que solamente genera costos sin dar la contrapartida en términos de efectividad, es tal vez la única salida para revertir a la espiral negativa de aumento de la criminalidad que diuturnamente vivenciamos. Y, para eso objetivo, es necesario personas no solamente comprometidas en realizar eso verdadero “viraje paradigmático” en el campo de la ejecución penal, pero que tengan respaldo para participar de ese cambio. En este sentido, y sin excluir a los demás operadores del sistema penal (que no son abordados directamente en esta investigación) pasamos a destacar la importancia de un juez independiente para asegurar derechos humanos en el ámbito de la ejecución penal, independencia esta que debe ser considerada como un verdadero derecho fundamental, un “poder-deber”.

⁵⁸⁵ Sobre posibilidad de aplicación de la justicia restaurativa en la esfera penal cf. ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. *Justicia restaurativa: un camino para la humanización del derecho*. Curitiba: Juruá, 2012 y GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra Mera. *Justicia Restaurativa y Proceso Penal. Garantías Procesales: Límites y Posibilidades*. Disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n2/art06.pdf> (acceso en 28.11.2013).

⁵⁸⁶ En este sentido cf. REYES MATE, M. *Justicia de las víctimas: terrorismo, memoria, reconciliación*. Barcelona: Anthropos Editorial y Fundación Alternativas, 2008 (Colección Huellas. Memoria y Texto de Creación, n. 31. Serie Problemas: la complejidad negada), p. 24.

⁵⁸⁷ HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas. El sistema penal en cuestión* (título original: Peines perdues. Le système pénal en question, trad. Maria Lúcia Karan). Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993, p. 93.

9. NUESTRA TESIS

Recapitulando, el antes estudiado, ya llegamos a las siguientes conclusiones: (i) la situación de la ejecución penal hoy vivida especialmente en Brasil puede ser considerada un reflejo del proyecto de modernidad, que tuvo inicio con el movimiento Iluminista/de Ilustración; (ii) Esa misma modernidad formateó la criminología hoy predominante en el ámbito de la ejecución penal brasileña; (iii) El juez brasileño también es reflejo del mismo proceso histórico que diseñó la criminología y la ejecución de pena tal cual la concebimos hoy y; (iv) Mismo trabajando y produciendo mucho, la actuación del magistrado brasileño todavía se encuentra impregnada de una dinámica positivista que, mismo sin querer, aún influye negativamente en ciertos aspectos en la realidad vivenciada en el ámbito del sistema carcelario brasileño.

En el capítulo anterior he fijado algunas premisas, como la del principio de la humanidad, y mencioné el ejemplo del magistrado ROY MURILLO, en el intento de iniciar el diseño del “juez crítico y global” objeto de esta investigación. A partir de aquí, y considerando la realidad analizada y las dificultades inherentes, intentaré construir, de forma realista y no meramente utópica, a un juez que predominantemente garantice derechos humanos y que haga frente a la realidad carcelaria sin que haya usurpación de poder.

La idea, por lo tanto, es construir no un *juez activista*, en el sentido peyorativo del término, sino un *juez activo*, en las palabras de MANUEL ATIENZA y que tenga una actuación *realista*. Según el autor, el formalismo exacerbado que toma cuenta del Poder Judicial no se combate ignorando que en la cultura del legalismo hay valores, cuya preservación se muestra importante. Es importante aproximar los dos mundos: el de la obediencia a las normas (que existe y seguirá existiendo) y el de la ponderación de principios, siempre que el magistrado dentro de una perspectiva humanista se valga en cada caso de aquel que mejor optimice la efectividad y la protección de derechos humanos⁵⁸⁸. En las palabras de ATIENZA:

“... el positivismo jurídico no implica necesariamente formalismo y que, en definitiva, un juez activo no es lo mismo que un juez activista... aunque los límites del activismo no pueden ser trazados exactamente de la misma manera en países de institucionalidad, digamos, fuerte, en los que existen instancias distintas a la judicial en condiciones de asegurar la tutela de los derechos fundamentales allí donde no llega la acción judicial, que en otros, de

⁵⁸⁸ ATIENZA. Manuel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta, 2017, p. 141.

institucionalidad más débil, en los que la no actuación por parte del juez puede suponer lisa e llanamente la no satisfacción de derechos.”⁵⁸⁹

Y para alcanzar ese "mejor de los dos mundos" es necesario que el juez actúe de forma realmente independiente, y que esa garantía le sea asegurada como un *derecho fundamental suyo en el ejercicio de la jurisdicción*. Es la idea que orienta el capítulo a seguir.

9.1. Independencia como derecho humano fundamental de todo y cualquier magistrado, incluso de la ejecución penal

A lo largo de este trabajo, el concepto de “emancipación” (trabajado por autores como SOUSA SANTOS) fue por diversas veces referenciado. Y su reflejo directo en la actividad jurisdiccional está, justamente, en el enaltecimiento de la “independencia” como “derecho humano fundamental” de todo y cualquier magistrado, para que pueda desempeñar de forma mejor y más efectiva a la función jurisdiccional.

Al momento en que es encarada como derecho fundamental del magistrado en el ejercicio de sus funciones, la independencia se reviste de características que la ponen en especial posición justamente para evitar a su vulneración, como forma de obstruir a la actividad jurisdiccional libre. Aquí no se está a decir que la independencia tiene carácter absoluto, incluso porque ningún derecho fundamental tiene esa característica, salvo a nuestro juicio, el de dignidad de la persona humana.

Y ¿por qué decimos que la independencia es un derecho al mismo tiempo humano y fundamental del magistrado en el ejercicio de sus funciones? Como ya visto en capítulos anteriores, la independencia está consagrada no solamente en el ámbito de la CF/88 – qué le hace asumir la característica de derecho fundamental y cláusula pétrea, ya que inherente al principio de la separación de los poderes –, pero también en diversos tratados internacionales de derechos humanos, entre ellos la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (art. 10⁵⁹⁰), la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (art. XVIII), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San Jose de Costa Rica – art. 8°), entre otros instrumentos, que confirma esa naturaleza de verdadero derecho humano fundamental inherente a la magistratura.

La independencia, además de derecho fundamental presente en la Constitución Federal, también se ajusta perfectamente como derecho humano de primera generación,

⁵⁸⁹ Op. cit., p. 141-142.

⁵⁹⁰ “toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a que su causa sea equitativa y públicamente juzgada por un tribunal independiente e imparcial que decida de sus derechos y obligaciones o de las razones de cualquier acusación en materia penal que contra ella sea deducida”.

categoría que engloba el derecho a un justo juicio⁵⁹¹, que, a su vez, sintetiza todas las garantías judiciales para la efectucción de los llamados “derechos de libertad” y también de los derechos de las demás generaciones – económicos, sociales, culturales, de solidaridad, del medio ambiente, entre otros. Luego, la independencia judicial (en las vertientes funcional e institucional, como ya puntuado) situase en el vértice del sistema de derechos humanos, ya que los derechos no sólo de la primera como de las demás generaciones demandan, de suerte a asegurar al ciudadano el debido proceso legal, en todos sus matices – juzgamiento por juez o tribunal independiente e imparcial, presunción de inocencia/no culpa, entre otras, muchas de las cuales detalladas en el art. 8° del Pacto de San Jose de Costa Rica. En otras palabras, más que ser una garantía inherente al Poder Judicial, la independencia es una garantía de la propia sociedad. Esta jamás podrá ser reputada democrática si no hubiera un Poder Judicial independiente, cuyos miembros actúen de forma libre y sin cualquier tipo de jerarquía, salvo los sistemas de recursos, que igualmente son corolarios de una sociedad democrática.

No se puede olvidar también que los derechos humanos, así como los derechos fundamentales, son universales, inalienables, interdependientes, indivisibles, imprescriptibles, entre otras características que impiden invertidas legales tendientes a restringir a su alcance. Luego, eventual restricción al derecho humano fundamental de independencia del magistrado tendrá reflejos negativos en la implementación de los derechos no solamente de la primera, como de las demás generaciones.

El reconocimiento de la independencia como derecho fundamental del juez ya ocurre de forma amplia e irrestricta en la legislación internacional sobre el tema, bien como en el derecho comparado, probando que no se puede concebir una sociedad democrática sin que la respectiva magistratura sea independiente, siendo ella – independencia – uno de los corolarios de la democracia. JORGE LUIZ SOUTO MAIOR y MARCOS NEVES FAVA nos hacen el siguiente apañado en donde es posible verificar la consagración de la independencia del juez en diversos dispositivos internacionales conectados a los Derechos Humanos⁵⁹²:

⁵⁹¹ Sobre el derecho a un “juicio justo” como derecho humano de primera generación cf. CARRANZA, Elías. Derechos humanos, criminalidad y justicia penal en América Latina en el siglo XXI. In AMARAL MACHADO, Bruno (coord.). *Justicia Criminal y democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundación Escuela Superior del Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios, 2013, p. 393-413.

⁵⁹² SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. NEVES FAVA, Marcos. *La defensa de su independencia: un deber del magistrado*. Disponible en: http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=29 (acceso en 19.01.2018). las traducciones de los diversos dispositivos citados fueron realizadas por los autores.

- Declaración Universal de los Derechos del Hombre, 1948, Artículo 10: “todo hombre tiene derecho, en plena igualdad, a una justa y pública audiencia por parte de un tribunal independiente e imparcial, para decidir de sus derechos y deberes o del fundamento de cualquier acusación criminal contra sí”.
- Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1948, Artículo XVIII
 - “Toda persona puede recorrer a los tribunales para hacer respetar a sus derechos. Debe poder contar, otrosí, con proceso sencillo y breve, mediante el cual la justicia la proteja contra actos de autoridad que violen, en su perjuicio, cualesquier de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente”.

Convención Americana sobre Derechos Humanos/Pacto de San Jose de Costa Rica, 1969, Artículo 8° - “Garantías judiciales. 1. Toda persona tendrá el derecho de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o Tribunal competente, independiente e imparcial, establecido anteriormente por ley, en la apuración de cualquier acusación penal formulada contra ella, o en la determinación de sus derechos y obligaciones de carácter civil, de trabajo, fiscal o de cualquier otra naturaleza”. Y: “Artículo 1° - Obligación de respetar a los derechos. 1. Los Estados-parte en esta Convención se comprometen a respetar a los derechos y libertades en ella reconocidos y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que se encuentre sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna, por motivo de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier naturaleza, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

- Recomendación n. (94) 12, del Comité de los Ministros del Consejo de Europa, de 13 de octubre de 1994, que trata de la independencia de los jueces.
- Constitución de Alemania: “Los jueces son independientes y solamente se someten a la ley” (art. 97).
- Constitución de Austria: “Los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones judiciales” (art. 87).
- Constitución de Dinamarca: “En el ejercicio de sus funciones los magistrados deben conformarse a la ley” (art. 64).
- Constitución de España: “La justicia emana del pueblo y es administrada a nombre del rey por jueces y magistrados que constituyen el poder Judicial y son independientes, inamovibles, responsables y sometidos exclusivamente al imperio de la ley” (art. 117). Y: “Toda persona tiene el derecho de obtener la protección efectiva de los jueces y tribunales para ejercer sus derechos y sus intereses

legítimos, sin que en ningún caso esta protección se le pueda ser recusada” (art. 24).

- Constitución de Francia: “El presidente de la República es garante de la independencia de la autoridad judicial. Él es asistido por el Consejo superior de la magistratura” (art. 64).
- Constitución de Grecia: “La justicia es compuesta por tribunales constituidos de magistrados de carrera que tienen independencia funcional y personal” (art. 87-1). Y: “En el ejercicio de sus funciones, los magistrados son sometidos solamente a la Constitución y a las leyes; ellos no son, en ningún caso, obligados a someterse a disposiciones contrarias a la Constitución” (art. 87-2).
- Constitución de Irlanda: “Los jueces son independientes en el ejercicio de sus funciones judiciales y sometidos solamente a la presente Constitución y a la ley” (art. 35-2).

Constitución de Italia: “La justicia es ejercida a nombre del pueblo. Los jueces se someten solamente a la ley” (art. 101).

Constitución de Portugal: “Los jueces son inamovibles. Ellos no podrán ser multados, suspendidos, puestos en disponibilidad o exonerados de sus funciones fuera de los casos previstos por la ley” (art. 218-1). Y: “Los jueces no pueden ser tenidos por responsables de sus decisiones, salvo excepciones consignadas en la ley” (art. 218-2).

Aunque no sea exactamente fan de la clasificación de los derechos humanos en “generaciones”, reafirmo que, si fuera encuadrar la independencia del Poder Judicial en alguna categoría, ella puede ser considerada verdadero derecho humano y fundamental de primera generación. Eso porque, además de constar de la CF/88 y en los diversos tratados internacionales antes referenciados, el Poder Judicial, mientras agente político, es instrumento necesario para garantizar ciudadanía y derechos civiles básicos a los jurisdiccionales en un Estado Democrático de Derecho, qué se materializa, entre otros instrumentos, a través de la efectividad de la prestación jurisdiccional.

Según el ya citado NÉRI DA SILVEIRA, el ejercicio de la plenitud de la ciudadanía – y consecuentemente de los derechos civiles y políticos que la materializan – no es posible si no hubiera mecanismo y prerrogativas eficientes aptos a asegurar esos derechos, especialmente en una sociedad cada día más compleja, diversa y desigual⁵⁹³. Y la independencia va al encuentro de eso ideal de ejercicio pleno de la ciudadanía. Un

⁵⁹³ Cf. NÉRI DA SILVEIRA, José. Op. cit., p. 177-180.

magistrado independiente decide conforme la ley, a los hechos, a los principios y a su conciencia, no cediendo a los intereses “de ocasión”.

La mayor demostración de que la independencia funcional es de hecho derecho humano fundamental del magistrado está en las propias decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que viene admitiendo su competencia para analizar demandas que tienen por finalidad el fortalecimiento de instituciones y la propia consolidación de la independencia del Poder Judicial. Cito aquí como ejemplo el célebre caso “Aguirre Roca y otros vs. Perú”, juzgado por la CIDH en 31.01.2001⁵⁹⁴.

En tal ocasión, la CIDH declaró que el Estado de Perú violó en detrimento de los peticionarios (integrantes del Poder Judicial) al ya citado art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que dispone sobre las garantías judiciales tanto de los jueces como de los jurisdiccionales. La Corte entendió indebida la destitución de magistrados por el simple hecho de posicionarse por la inconstitucionalidad de una ley que permitía al presidente del País un tercer mandato consecutivo, siendo necesario garantizar la independencia de cualquier juez en un Estado de Derecho, especialmente en Cortes constitucionales, qué demanda: a) un adecuado proceso de nombramiento; b) un mandato con plazo cierto; y c) garantías contra presiones externas, especialmente de cuño político⁵⁹⁵. El simple hecho de la CIDH haber afirmado su competencia quiere significar que el art. 8° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos vehicula la independencia como verdadero derecho humano del magistrado en el ejercicio de sus funciones.

También como forma de ilustrar la importancia de la tesis traída en este trabajo, de que la independencia funcional es derecho humano fundamental del magistrado mientras *presentante* del Poder Judicial, cabe un ejemplo de medida que viene, a nuestro ver indebidamente, intentar minar a esa garantía del ejercicio libre de la jurisdicción. Incluso porque, como visto anteriormente, la independencia mientras derecho fundamental del juzgador es inalienable, innegociable, irrenunciable, imprescriptible, verdadera cláusula pétrea presente en la CF/88 y que no puede ser vulnerada por ley, siquiera por emenda a la Constitución.

Recientemente fue discutido en el Congreso Nacional Brasileño el Proyecto de Ley del Senado (PLS) n. 280/2016, de autoría del Senador RENAN CALHEIROS, que pretendía rediseñar las hipótesis de crímenes de abuso de autoridad. Hasta aquí no hay perplejidad, porque la punición de tales delitos es necesaria para evitar al arbitrio. Actualmente el proyecto está archivado.

⁵⁹⁴ Disponible en: <http://www.acnur.org/t3/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1898.pdf?view=1> (acceso en 23.05.2018).

⁵⁹⁵ Cf. PIOVESAN, Flávia. Derechos humanos y diálogo entre jurisdicciones. Op. cit., p. 77.

Sucede que este proyecto contiene un dispositivo que resucita la vetusta y anacrónica figura del “crimen de hermenéutica”, condenada desde hace mucho por el célebre RUI BARBOSA, que a ella se refería como verdadera “hipérbole del absurdo”⁵⁹⁶. Hace más de 100 (cien) años atrás, en 1896, el magistrado ALCIDES DE MENDONÇA LIMA recusara la aplicación del art. 65 de la Ley Estadual 10, que impedía que un jurado recusase su míster, además de terminar con el voto secreto, por entender tal norma inconstitucional. Por esa conducta, el magistrado en cuestión fue denunciado penalmente por la práctica de prevaricación. El magistrado fue condenado por el Tribunal del Rio Grande do Sul y el caso llegó al Supremo Tribunal Federal (Revisión Criminal 2015). La defensa del juez le tocó a nadie menos que RUI BARBOSA que, de forma brillante, defendió la conducta del magistrado en alejar aplicación de ley que desfalcaba el Tribunal de Jurados en su esencia (ya que él perdería su independencia con el escrutinio a descubierto y la abolición de la recusa perentoria).

En la fundamentación de su defensa, RUI BARBOSA trajo a la baila la figura de los “crímenes de hermenéutica” que, según él, equivaliera a la responsabilización penal del juez por las “rebeldías de su consciencia al estándar oficial en el entendimiento de los textos”, algo que, según el eterno “Agua de Haya”, equivaliera a una “hipérbole del absurdo” que, si pasase, haría “de la toga la más humilde de las profesiones serviles, estableciendo, para el aplicador judicial de las leyes, un carácter subalterno constantemente amenazado por los oráculos de la ortodoxia cortesana”. Y arremata: “si el juzgador, cuya opinión no condiga con la de sus juzgadores en la análisis del derechos escrito, incurrir, por esa disidencia, en sanción criminal, la jerarquía judicial, en vez de ser la garantía de la justicia contra los errores individuales de los jueces, por el sistema de recursos, tener-se-á convertido, a beneficio de los intereses poderosos, en mecanismo de presión, para sustituir a la consciencia personal del magistrado, base de toda la confianza en la judicatura, por la acción conminatoria del terror, que disuelve al hombre en esclavo”. La brillante defensa fue responsable por el proveimiento del recurso del magistrado por el STF, que consideró que los jueces, tanto federales como estaduales, tendrían la prerrogativa de, en el ejercicio de sus funciones, dejaren de aplicar leyes inconstitucionales.

La lición de RUI BARBOSA se reviste de una actualidad asombrosa, ya que, volviendo al PLS n. 280/2016, hay en su texto regla que resucita a esa figura del crimen de hermenéutica. Dispone el art. 9º, párrafo único, II del proyecto en cuestión que el magistrado

⁵⁹⁶ Sobre el caso cf. ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. La lición de Rui: crimen de hermenéutica, la hipóbole del absurdo. *Revista de Derecho Renovar*, v. 16, p. 31-36, ene./abr. 2000. Disponible en: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8429/A_Li%c3%a7%c3%a3o_de_Rui_Crime.pdf (acceso en 26.11.2016). La tesis de RUI BARBOSA fue aplicada en 2007 por el Ministro LUIZ FUX, a la época integrante del STJ, en el ámbito de la Representación n. 357/SP, formulada contra magistrada del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo.

puede ser detenido de 1 a 4 años cuando “deja de conceder al detenido libertad provisoria, con o sin fianza, cuando así admitir la ley y estuviera inequívocamente presentes sus requisitos”.

Parece que el dispositivo dice el obvio, una vez que, no es dado al magistrado mantener a quien quisiera en cárcel si estuviera presentes los requisitos para la concesión de libertad provisoria. Sucede que la vaga redacción del dispositivo podrá ocasionar que cualquier evaluación del magistrado sobre la presencia de los requisitos del art. 312, del CPP – garantía de la orden pública, garantía de la orden económica, conveniencia de la instrucción criminal o aplicación de la ley penal – pueda ser considerada, a depender de los intereses involucrados, penalmente típica. Ahí está presente el llamado “crimen de hermenéutica”, en su versión contemporánea, que generaría la persecución criminal de magistrado que interpretase la ley en favor de una de las partes.

En este sentido, entendemos que tal regla, si sancionada, ya nacerá inconstitucional y contraria a los tratados internacionales de derechos humanos, pues vulnera a la independencia funcional del juez mientras derecho humano fundamental suyo en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales. Una vez más debe quedar claro que la garantía de la independencia no es concedida a persona del magistrado, pero es inherente al cargo que ocupa. Una vez que, y como bien puntuó la Ministra CARMEN LÚCIA en discurso realizado al día 29.11.2016, “... Juez sin independencia no es juez, es sellador de despacho, según intereses particulares y no garantiza derechos fundamentales, según la legislación vigente”⁵⁹⁷.

Volviendo al nuestro caso concreto – ejecución penal – y haciendo la conexión con el ejemplo del PLS antes mencionado, es lógico que defendemos que el juez debe ser más criterioso al encarcelar y al punir, justamente para evitar el fenómeno que ocurre hoy, de superación del número de detenidos provisorios sobre los condenados. Y es justamente eso que defendemos en nuestra tesis: la utilización de la independencia funcional como forma de *emancipación* del magistrado, para que se haga más global y atento a los derechos humanos fundamentales de los detenidos, a los tratados internacionales y a las decisiones emanadas de las cortes internacionales de derechos humanos. Pero de ahí a secuestrar la independencia funcional del juez, con base en una ley que estipula que prácticamente cualquier contrariedad a una decisión jurisdiccional hace con que el juez sea susceptible de punición penal, se va un largo camino. Además, la probabilidad de eso mecanismo presente en el PLS ser utilizado por el acusado más vulnerable es ínfima, porque demanda una defensa combativa que haga la debida representación criminal (conforme dispone el art. 3° del PLS en comento). Luego, el dispositivo en cuestión tiene todo para ser ampliamente

⁵⁹⁷ Disponible en: <http://zh.clicrbs.com.br/rs/noticias/politica/noticia/2016/11/juiz-sem-independencia-nao-e-juiz-e-carimbador-de-despacho-diz-carmen-lucia-8543298.html> (acceso en 29.11.2016).

utilizado en el ámbito de la llamada “criminalidad del poder”, perpetrada por los que confunden la esfera pública con la privada, criminalidad esta ciertamente más bien aparejada y con mejores recursos para defensa.

Luego, el magistrado global que defendemos va en el contramano de toda esa reciente iniciativa parlamentaria de minar a la independencia del magistrado, para hacer con que sea solamente la *bouche de la loi*, característica de un positivismo anacrónico y que debe ceder espacio a una perspectiva crítica y global.

Leyendo esa propuesta de reconocer la independencia como derecho humano fundamental del magistrado muchos podrán cuestionarse si eso ya no está previsto en la propia CF/88 y en los diversos tratados y convenciones internacionales. Sin embargo, el verdadero reconocimiento de ese especial *status* de independencia funcional no es algo tan tranquilo y pacífico. Y para ilustrar cito a un ejemplo reciente que vino a mi conocimiento cuando estuve justamente a redactar esta parte de la investigación.

Fue vehiculado en los medios de comunicación que los magistrados en España iniciaron un movimiento paredista como forma de exigir del gobierno español la adopción de medidas que refuercen la independencia judicial y que garanticen estructura y modernización de los tribunales, con la digitalización de procesos, aumentos presupuestales y de representatividad de los jueces togados en el “Consejo General del Poder Judicial”, con la consecuente despolitización de los nombramientos⁵⁹⁸.

Sin querer polemizar o mismo adentrar en el mérito de las reivindicaciones de los magistrados de España, las cuales no conozco a fondo, las noticias sirven para mostrar que la garantía de la independencia funcional es un reclamo generalizado de la clase justamente para garantizar que cualquier magistrado, desde lo de base hasta al que integra a una corte superior, juzgue con tranquilidad a causas complejas y que involucran partes influyentes sin cualquier temor de represalias políticas, especialmente procesos que involucran corrupción. Y, por lo tanto, considerar la independencia funcional como derecho humano fundamental del juez en el ejercicio de sus funciones significa enaltecer al importante papel del Poder Judicial de garantía de una sociedad verdaderamente democrática.

9.2. Independencia vs. discrecionalidad o arbitrio

Cuando se está a defender la independencia como derecho humano fundamental del juez, muchos pueden preguntarse si esa tesis no daría poderes ilimitados al juez a punto de estimular el ejercicio del arbitrio.

⁵⁹⁸ Cf. <http://www.lavanguardia.com/politica/20180405/442202214037/jueces-fiscales-espana-exigen-gobierno-medidas-reforzar-independencia-judicial.html> (acceso en 23.05.2018). La íntegra del manifiesto se encuentra transcrita en el cuerpo del reportaje.

No es esta la consecuencia del raciocinio hasta aquí desarrollado y eso quiero dejar claro. Una vez que, independencia no es, ni nunca va a ser, sinónimo de irresponsabilidad, pero sí un concepto que se aproximaría al de “emancipación”, que deriva de un proceso de ganancia de conocimiento, de preparo, de ampliación de horizontes y sólo con esa estructura teórica y práctica es posible alcanzar a la independencia. Es esa emancipación que hará con que el juez decida mejor, con más calidad, y no el secuestro de su independencia funcional, pretendida por algunos intereses oportunistas.

Además de aproximar la noción de independencia con la idea de *emancipación* del sujeto juzgador, tenemos que correlacionarla con el concepto de *responsabilidad*, en el sentido de que la independencia no se sustenta sin la segunda. Tratase de un raciocinio que puede tener analogía con los conceptos de *schuld* y *haftung* tan conocidos en el ámbito de las obligaciones del Derecho Civil. Entonces, el contrapunto para ser un magistrado independiente es el de detener responsabilidad. Luego, la independencia es un verdadero “derecho-deber”. En otras palabras, el magistrado es independiente al momento que está a ejercer sus funciones, debiendo sus decisiones ser fundamentadas y pautadas en principios, en las normas internacionales, constitucionales, legales y también en su buen-sentido.

Y ¿por qué hablo en buen-sentido? Él debe siempre servir como baliza para medir la aplicación de la ley. Una vez que, el Derecho está lejos de ser una ciencia exacta, ya que permite “n” interpretaciones. Y es justamente ahí que entra el buen-sentido. En el caso de la ejecución penal tratada en este trabajo, simboliza la capacidad del magistrado dar la máxima efectividad a interpretaciones que prioricen los derechos humanos. En este sentido, la actuación tenida por “contra-mayoritaria” y normalmente objeto de críticas hasta entre los pares no vulnera la democracia, al contrario, la fortalece, a la medida que la interpretación de las leyes votadas por los representantes del pueblo mejora el sistema democrático, haciendo posible en la práctica la buena aplicación de tales normas.

Pero los cuestionamientos todavía pueden subsistir. ¿No sería obvio decir que cualquier magistrado tiene responsabilidad? Por cierto, todos detienen la enorme responsabilidad derivada de su cargo. Pero el concepto de responsabilidad al cual nos referimos es mucho más amplio que la mera responsabilidad formal originaria del cargo. Tenemos que evolucionar como clase para detener mayor *responsabilidad social*, o sea, mayor comprometimiento con la dignidad humana.

Veo por mí experiencia que ser independiente y tener responsabilidad social no es una mera cuestión de “querer”, de esta bienintencionado. La coyuntura debe operar dentro de esa misma lógica, a fin de que la independencia tenga fuerza suficiente para ser considerada un derecho humano fundamental del magistrado. De nada sirve un juez consciente de sus responsabilidades sociales si todo su alrededor parece que está “jugando

contra”. ¿Qué tipo de independencia un juez que labora en el ámbito de la ejecución penal tiene si ostenta poquísimo poder de interferir en la realidad penitenciaria para allá de las transferencias de detenidos, que obligatoriamente deben ser hechas durante las frecuentes rebeliones en los establecimientos penales de Brasil? ¿Cuál el nivel de independencia del magistrado que, considerando su realidad decide cerrar a un establecimiento penal y su tribunal no apoya a su decisión?

Luego, la independencia del magistrado debe vale no solamente para las actividades fines del juez (decidir casos que le son puestos), pero también las consideradas actividades-medio que, a mi visión, son tan o más importantes que la tarea de decidir a un caso concreto. En el caso de la atribución de la corregiduría de los presidios (considerada una actividad administrativa, mera actividad-medio) el acierto en el momento de conducir a la ejecución penal – ancorado en la premisa de buscar, tanto cuanto posible, materializar el ideal de resocialización en vez de promover el mero depósito y recolocación de cuerpos – ciertamente tendrá efecto mayor y más potente que la decisión pura y simple de un caso concreto. Sin desmerecer al acto de juzgar, el bueno ejercicio de la función administrativa, caso cuente con la fuerza y el respaldo adecuados, podrá transformar, aunque de forma paulatina, la realidad.

De esa forma, independencia nada tiene que ver con arbitrio. Actuar de forma independiente es actuar con *responsabilidad social* en favor de modificar a una realidad, siendo que tal independencia solamente se materializará como derecho cuando hubiera una adhesión maciza de la clase y de los demás operadores jurídicos, en el sentido de respaldar un cambio de realidad.

Lógicamente, para la concretización del magistrado independiente en la acepción que defendemos muchos elementos deben conspirar a favor, desde un mayor estímulo al juez como clase (ya que, como visto, hay una sensación de desaliento general mismo considerando que el magistrado gana mucho más que un trabajador normal) incluso el propio cambio de mentalidad de los órganos de cúpula de la magistratura y su unión como categoría. Lo que más veo incluso en los grupos que participo es ataque a colegas, especialmente si ostentan determinado sesgo ideológico. La unión es necesaria, así como la aceptación de que cada juez tiene su orientación y sus valores y eso no hace que sea mejor o peor.

También es necesario reflexionar, en la línea de que alecciona GUILHERME NUCCI⁵⁹⁹, que todo y cualquier derecho humano genera un deber humano contrapuesto (analogía a la idea de *haftung*, ya referida). Luego, para que la independencia sea considerada un derecho fundamental es necesario que el juez actúe de forma solidaria/fraterna (para citar uno de los

⁵⁹⁹ NUCCI, Guilherme de Souza. *Derechos humanos versus seguridad pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. XI y XII.

lemas de la Revolución Francesa normalmente olvidado en la práctica), consciente de su responsabilidad. Es necesario que realmente se importe (de ahí el concepto de CARE, adelante referido). Y es dentro de ese contexto y ancorado en esas premisas de *responsabilidad* que el magistrado debe ejercer a su discrecionalidad.

En el ámbito de la ejecución penal, es necesario eliminar la actuación asimétrica y “robotizada”, que se dará a través de un mayor preparo del juez para los desafíos particularizados de esa esfera de actuación. Es necesario entender que, más que un desafío jurisdiccional, la ejecución penal es un *desafío de gestión*, siendo que el magistrado siquiera recibe entrenamiento a lo largo de su carrera para ser gestor. El aprendizaje ocurre en la práctica, con mucha dificultad.

Y, diferentemente de qué ocurre en el proceso de conocimiento, que importa en la ejecución de la pena no es la productividad como fin en sí mismo, pero el ejercicio del buen-sentido, de la ponderación, de la solidaridad, en verdadera “actuación simétrica”, o sea, en vez de simplemente ejercer autoridad, el magistrado debe mirar el otro lado. Es actuar con firmeza sin perder de vista los derechos humanos fundamentales de los detenidos. Es encontrar un medio término, en el sentido de conjugar el clamor general por seguridad con el respecto a los derechos humanos de los internos, tarea que el mismo NUCCI considera absolutamente viable⁶⁰⁰. La actuación del juez de ejecución penal, por lo tanto, no puede ser asimétrica, pues es la salvaguardia del atendimento de los derechos fundamentales del detenido durante la ejecución penal.

Lo importante es que el juez pase a ver ante sí no solamente una moldura rígida, pero todo el contexto de la situación, por más que el ambiente procesal sea restricto. Es necesario ver delante de lo que dicen los autos, dentro de una perspectiva más “humanista” y menos dogmática. En el caso de la ejecución penal, esa necesidad es más urgente, sobre todo porque la aplastante mayoría de la población carcelaria tiene en el crimen un reflejo de su situación social. Hay impactos personales, familiares, sociales y laborales que necesitan ser considerados en la decisión del magistrado.

Recientemente el profesor MICHAEL J. SANDEL vino a Brasil para ministrar en el STF la conferencia “Ética Pública y Democracia”⁶⁰¹. Y el momento no podría ser más oportuno, ya que vivenciamos una crisis ética no sólo en la esfera política, pero en todos los seguimientos de la sociedad brasileña. Una de las conclusiones más emblemáticas extraídas de la charla del profesor dice respecto al muy relevante papel del Poder Judicial para estimular al comportamiento ético y la confianza de los ciudadanos en las instituciones

⁶⁰⁰ NUCCI, Guilherme de Souza. Op. cit., p. XII.

⁶⁰¹ Conferencia ministrada en diciembre de 2016. Cf. <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=331244&tip=UN> (acceso en 06.12.2016).

y en la democracia, demasiado desacreditada en el ámbito de la sociedad brasileña. El hecho de la ley ser aplicada de forma equitativa a todos ya es una señal que la justicia funciona independientemente de clases o posiciones sociales. Y más: las opiniones y conductas de los miembros del Poder Judicial deben servir como fuente de inspiración para que el ciudadano repense su papel en la democracia y despierte su responsabilidad de comprometerse en discusiones sobre grandes cuestiones de justicia, como el bien común y el significado de ser un ciudadano. Y es justamente dentro de una perspectiva más humanizada y menos dogmática que el magistrado se afirmará socialmente como un instrumento fundamental para el rescate de la ética y de la noción colectiva de ciudadanía.

En entrevista ya mencionada, el magistrado costarricense ROY MURILLO afirmó que cualquier sentencia dictada por un magistrado que no obedezca a los parámetros legales y de principios (como el sagrado e inviolable principio de la dignidad de la persona humana) puede y debe ser cuestionada, no sirviendo la independencia de escudo para cualquier arbitrariedad⁶⁰².

Para concluir este tópico, cito interesante texto divulgado por el magistrado MÁRCIO TOKARS en una red social, en el cual exalta la necesaria ética que debe nortear la actuación del juez. En el escrito hay las siguientes afirmaciones: "... el real poder del juez está en no necesitar demostrarlo" y "... en los ringues impera la técnica de la fuerza, pero en los tribunales debe imperar la fuerza de la técnica, o sea, la fuerza de la ley que todos juraron obedecer, y no la fuerza de los individuos".

Luego, además de los requisitos que deben limitar la independencia – ley, hecho pruebas y principios – debe ser enaltecido el actuar con ética en la actuación jurisdiccional. Todo eso es necesario a fin de que la independencia no se convierta en arbitrio.

9.3. Necesario cambio de cultura jurisdiccional en clave constitucional y garantista

La solución para el problema que afecta al Poder Judicial especialmente en el ámbito penal y de la ejecución penal pasa por la profunda reflexión de que sea "Estado *Constitucional* de Derecho" y su papel. Como ya abordado anteriormente, él es en la mayor parte de las veces retórico (o "emotivo", según PRIETO SANCHÍS). Una vez que, como nos alerta el autor en cuestión, es difícil encontrar en el mundo contemporáneo un régimen político que carezca de un texto llamado "constitución" que contenga determinados derechos cualificados como "humanos o fundamentales"⁶⁰³.

⁶⁰² Disponible en: http://www.nacion.com/amp/sucesos/seguridad/Roy-Murillo-cumplido-respetar-dignidad_0_1371062891.html (acceso en 07.08.2017).

⁶⁰³ PRIETO SANCHÍS. Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2013, p. 225.

Pasa que, según el mismo autor, la constitución y los derechos encartados en ella no son descriptivos de una dada realidad existente, pero encarnan a un simple “deber-ser”, que es constante y solemnemente ignorado por la práctica política y, incluso, la jurídica. Es necesario darnos cuenta de esa realidad a fin de cambiar el estado actual de cosas⁶⁰⁴.

Dentro de un paradigma/marco jurídico de “Estado Constitucional de Derecho” (extraído de la obra de FERRAJOLI *La democracia a través de los derechos*⁶⁰⁵) los derechos humanos y fundamentales deben ser puestos en primer lugar en detrimento de la burocracia. Insistimos en la necesidad de que los derechos de la persona humana estén por arriba de los derechos del Estado o de la administración pública. El Estado no puede ser tratado como un ente casi “sagrado” y que siempre tiene razón ante toda y cualquier circunstancia. Y por “Estado” se debe comprender también los integrantes de sus poderes – Ejecutivo, Legislativo y Judicial. La estructura debe servir a la persona.

Luego, el paradigma que debe ser alcanzado pasa por la toma de consciencia de que la estructura existe únicamente para servir a la persona humana, no al contrario. Por eso en Brasil el término “funcionario público” cayó en desuso, cediendo lugar a la denominación “servidor público”. Pero, no basta solamente cambiar al término. La nomenclatura debe ser puesta en práctica y todos los que integran el Estado (incluyendo los miembros del Poder Judicial) deben ser vistos no solamente como autoridades, pero también – y principalmente – como *servidores* públicos, o sea, servidores del individuo, de la persona humana.

El paradigma de “Estado Constitucional” no significa menor rigor en la punición de crímenes o, como muchos creen, un ablandamiento de la autoridad del Poder Judicial. Una vez que, el juez independiente no puede estar vinculado a políticas extremistas de “tolerancia cero” (prender a todos) o “abolicionistas” (soltar a todos). La solución no está en ningún extremismo, o sea, está comprobado que prender por prender y soltar indiscriminadamente no es la solución. Igualmente, los constantes “trabajos conjuntos” resuelven mucho poco y atacan a las consecuencias y no a la causa del problema.

La modificación real en dirección a una solución satisfactoria debe nacer en la perspectiva de análisis del caso concreto, o sea, qué eso Estado Constitucional reclama es que la justicia sea más célere y efectiva, especialmente con la criminalidad de Estado y de Poder, no al contrario. Tenemos que prender mejor y, consecuentemente, soltar mejor y con puntualidad a quien tenga derecho.

⁶⁰⁴ Aún con PRIETO SANCHÍS “la constitución y sus derechos no son descriptivos de ninguna realidad efectivamente existente, sino que encarnan un simple *deber ser* que como tal está llamado a ser ignorado por la práctica política y jurídica de los operadores formalmente sometidos a la misma; en el mejor de los casos, ignorado de manera excepcional o circunstancial, pero en no pocas experiencias ignorado de modo sistemático” (*El constitucionalismo de los derechos*. Op. cit., p. 225).

⁶⁰⁵ FERRAJOLI. Luigi. *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta Editorial, 2014.

Qué mucho se ve en la práctica es la enorme preocupación de los jueces con la productividad. Más vale en las estadísticas la elaboración de 200 (doscientas) sentencias estandarizadas que una única compleja. Y esos procesos complejos van siendo muchas veces “empujados” sin que sea dada una solución definitiva y efectiva. Nadie niega que el juez esté con mucho trabajo. Sin embargo, esa cobranza exagerada por productividad, aliada al aumento de la litigiosidad hace con que los problemas serios sean “empujados” y no atacados. Una vez que, hay una aversión generalizada por lo que se muestre difícil, que salga de la rutina. Es necesario superar al formalismo y pensar el Derecho “fuera de la caja”, o sea, adoptando una perspectiva que va delante de la mera subsunción “hecho/norma”, a fin de alcanzar una situación de *emancipación* del magistrado como forma y herramienta de superación de la injusticia⁶⁰⁶.

Hago más las palabras del colega magistrado LUÍS GERALDO SANT’ANNA LANFREDI en su tesina presentada en 2010 para conclusión del Máster en Criminología y Sociología Jurídicopenal en la Universitat de Barcelona: “... *jamás un control social penal va a ser justo en el contexto de una estructura social injusta. La preocupación, por lo tanto, es la de optar entre convertirse en cómplice y potenciador de esa violencia o embarcarse en la empresa de reducirla*”⁶⁰⁷.

Estando la justicia por arriba de la política⁶⁰⁸, es notorio el papel del Poder Judicial en la concretización de ese nuevo constitucionalismo, de carácter substancial y distanciado del mero formalismo, y que se utilice predominantemente del mecanismo de *ponderación* en detrimento de la mera *subsunción* hecho-norma. Y ahí entra, precisamente, el papel del “juez constitucional” (y global) para, mediante el ejercicio de su derecho fundamental a la independencia y ejerciendo juicio de ponderación, hacer acontecer y concretizar ese Estado Constitucional (incluso para delante de las fronteras de una determinada jurisdicción),

⁶⁰⁶ Cf. ATIENZA. Manuel. *Podemos hacer más*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013. La tesis del libro, de forma extremadamente resumida, es de que para potencializar la emancipación social y disminuir a la injusticia del mundo necesitamos superar al formalismo y pensar el Derecho de otra manera. Además, la necesidad de “emancipación” es tema recurrente en los congresos, que tratan de la defensa de los derechos humanos, siendo referida recientemente en las conclusiones del *Encuentro de defensores de derechos humanos*, realizado en Sevilla entre los días 04 y 06.12.2017. En la página 7 de las conclusiones del evento se le lo siguiente: “*el respeto a la dignidad de la persona es básico: aunque el solo hecho de tener que recordarlo es triste, la realidad nos demuestra que la agresión permanente que implica la prisión deteriora la autoestima y confianza de la persona presa. Por ello, empoderarla, reivindicar su humanidad y evitar tuteladas que la infantilicen es fundamental. Contar con la opinión, autorización y consenso de la persona afectada es un requisito imprescindible para cualquier intervención*” (disponible en: <http://www.apdha.org/media/conclusiones-defensoresdh2015.pdf>, acceso en 26.01.2016).

⁶⁰⁷ LANFREDI, Luís Geraldo Sant’Ana. *El ‘Juez de Garantías’ y el sistema penal: (re) planteamientos socio-criminológicos críticos hacia la (re) significación de los desafíos del Poder Judicial frente a la política criminal brasileña*. Tesina/disertación presentada al Máster Oficial en Criminología y Sociología Jurídicopenal de la Universitat de Barcelona. Barcelona, 2010.

⁶⁰⁸ Cf. PRIETO SANCHÍS, Luís. *El constitucionalismo de los derechos*. op. cit., p. 227.

superando el mero formalismo para atingir y garantizar la esencia de los derechos⁶⁰⁹. Una vez que, conforme puntuado por JOSÉ ROBERTO NALINI, la constitucionalización de todo el Derecho obliga al magistrado brasileño a un raciocinio constitucional (y también trans-constitucional) en todas las cuestiones sometidas a su apreciación⁶¹⁰.

Nuevamente dejo claro que no se está aquí a defender y traer apología al arbitrio, pero sí al enaltecimiento de la *ponderación* sobre la mera subsunción automática hecho-norma. En un marco constitucional en que derechos fundamentales deben ser asegurados, es imposible que la ley prevea un catálogo exhaustivo de situaciones, en las cuales haya una única respuesta a ser seguida por el juzgador. Por lo tanto, la *ponderación*, como corolario de la independencia del juez, debe ser ejercida por un juez crítico y global (dentro del marco de la *emancipación*) a fin de dirimir, caso a caso, situaciones de conflicto de derechos, cuya densificación debe ser realizada en el análisis del caso concreto dada la inaptitud de la ley en resolver y abarcar todas las variables posibles⁶¹¹.

En este sentido, hay relevancia en lo que aquí se defiende, en el sentido de construir, dentro de un marco constitucionalista propio de un estado democrático de derecho, a un magistrado que actúa con independencia en la búsqueda de la protección de los derechos humanos fundamentales, incluso de las personas privadas de su libertad.

9.4. Juez cumplidor de la ley e instrumento de concretización material y efectiva de los derechos humanos y fundamentales – posibilidad – teoría “CARE”

Aquí me voy a basar en una situación de la ficción y otra de la realidad para sostener a mi raciocinio.

(i) SITUACIÓN DE FICCIÓN: recientemente vi a una película estrellada por los actores Tom Hanks and Julia Roberts llamado *Larry Crowne* (Estados Unidos, 2011). La actriz en cuestión hacía papel de la profesora de oratoria Mercedes Tainot, una mujer de mediana edad amargada. En su primera clase a un aula de nuevos alumnos ella pone la palabra americana “care” en la pizarra y dice a los estudiantes qué es eso que deben aprender. Aunque se trate de una película aparentemente banal, la enseñanza es preciosa y vale no sólo para estudiantes, pero para todos, de cualquier profesión o área.

⁶⁰⁹ Vale recordar que, por más fundamentales que se parezcan, los derechos no son absolutos y la predominancia de dos derechos en conflicto es materia que decidir por el magistrado mediante la adopción del juicio de ponderación, corolario de su independencia funcional como derecho fundamental. Cf. los ejemplos dados por PRIETO SANCHÍS respecto a la laicidad del Estado y de la libertad y objeción de la consciencia (*El constitucionalismo de los derechos*. op. cit., p. 247-303).

⁶¹⁰ NALINI, José Renato. ¿Cómo reclutar a magistrados? Op. cit., p. 76.

⁶¹¹ Véase nuevamente a los ejemplos dados por PRIETO SANCHÍS respecto a laicidad del Estado y de la libertad y objeción de consciencia mencionados en la nota anterior.

(ii) SITUACIÓN DE LA VIDA REAL: recientemente una persona próxima a mí ha recibido en contra sí una sentencia condenatoria en proceso de indemnización por daños morales por error médico. El hecho ya se arrastraba hacía casi 10 (diez) años, sin realización de audiencia de instrucción. Sin embargo, por cuenta de una exigencia de celeridad (proceso inserido en las famosas “Metas cuantitativas del CNJ”), se ha optado por el prematuro juzgamiento del hecho con condenación severa, sin realización de audiencia para instrucción y sin oír a las partes, con base solamente en la opinión de un perito que siquiera estaba presente al momento de los hechos. Sentí en la práctica a las agruras de una parte re que, por más que tenga abogado constituido, quería solamente hablar mirando al magistrado a su versión de los hechos, le siendo perentoriamente impedido dicho derecho. Luego, no discuto a la condenación, pero sí a la conducta de siquiera abrir espacio para la parte que está siendo condenada de hablar. Ni en el proceso criminal – teóricamente más grave, dada la característica de *ultima ratio* del Derecho Penal – es posible que eso pase. El reo siempre habla, y su versión, incluso, es dada después de oír a todo que fue hablado y tratado en el proceso.

La realidad es compleja y cada vez más nos preocupamos en ser complejos sin mucho contenido sentimental. Personas gastan una infinitud en ropas de moda, calzados, carros y todo cambia de una hora para otra. La vida parece que pasa en los *posts* de una red social, que minutos después son olvidados. Medimos el afecto por el número de “likes” recibidos. Se vende una felicidad que no existe en la mayor parte de las veces. La rutina impone que seamos cada vez menos sencillos y dejemos de estimar a valores milenarios, como el de importarse con el próximo. Y esa simplicidad viene se perdiendo, de modo que siempre idealizamos las soluciones complejas.

La tesis que aquí defendemos, no obstante la cantidad de páginas escritas, es demasiado sencilla y tiene en la palabra “CARE” su sustentación. Es, en pocas palabras, la compatibilización entre la magistratura basada en productividad (un camino hoy sin vuelta), con lo que puedo designar “magistratura *old school*”, que se preocupa con las partes, en oír las para allá de las manifestaciones procesales, en sentir a la realidad que permea a los autos.

En esa realidad compleja ya referida nadie más se importa con nada. Estamos siempre corriendo, con prisa, con compromisos. Y eso ocurre con todos, incluso con el magistrado. Se exige del juez velocidad cada vez mayor en el suministro de decisiones, principalmente ahora con el advenimiento del proceso electrónico. Se decide sin tener tiempo para pensar. Como aludido, tratase de una realidad inexorable y sin vuelta. Y lógicamente no cometeríamos la infantilidad de defender el contrario.

Sin embargo, defendemos aquí el rescate del concepto de “CARE”, o sea, de actuación centrada en la premisa de “importarse”, de cuidar, de llamar a sí la responsabilidad (la llamada co-responsabilización), excluida la actuación basada en un deseo de venganza, muchas veces disfrazada con una mirada terapéutica⁶¹². No basta ser una “máquina”, tener altos índices de productividad si el principal – que es el cuidado con seres humanos – no es asimilado.

En este sentido cito aquí un ejemplo de lo que defiendo.

En el centro de tantas noticias recientes contra la magistratura y su independencia ha venido a público un caso demasiado interesante, y que representa la perspectiva del “magistrado global” que defendemos en esta investigación. Una colega magistrada, incluso aprobada en el mismo concurso que yo (pero que prefirió quedarse en su estado de origen) dio un ejemplo al salir de su gabinete y buscar resolver a una demanda que se arrastraba hacía más de 15 (quince) años. PATRÍCIA CARRIJO decidió en el transcurso de una instrucción procesal visitar a un área, cuyas divisas y confrontaciones eran el cerne de la discusión en un proceso de usucapión. El resultado: el caso terminó siendo resuelto a través de acuerdo entre las partes, en el cual ha predominado el buen-sentido. Todos salieron ganando, incluso el propio Poder Judicial que encerró a una demanda que consumía altos costos, empleados, cuya solución por veces era evitada por cuenta de su alta complejidad⁶¹³.

El magistrado crítico y global debe ir allá de lo que está en la ley. Debe ser un fiel seguidor de la legislación, pero debe dar un paso adelante, en la búsqueda de *efectividad*. Eso porque el cumplimiento estricto de la ley puede, además de generar injusticias, hacer el proceso inefectivo. En el ejemplo antes mencionado, el magistrado por la ley no tenía cualquier obligación en comparecer al área objeto del litigio. Con todo, ella pensó “fuera de la caja” y decidió hacer más. Ella, en momento algún, incumplió a lo que está en la ley, tanto que ciertamente decidió el caso con base en la legislación. Con todo, resolvió ver al local del conflicto, oír a las partes. Además, el “ver”, “oír” y “sentir” a las partes viene lamentablemente cayendo en desuso por cuenta de la velocidad procesal y de las metas que son impuestas a los magistrados, además del proceso electrónico que, aunque con muchas ventajas, fue el responsable por fue responsable de impersonalizar aún más el proceso judicial.

⁶¹² Nuevamente cito la conferencia de MIRIAM KREZINGER, que hace referencia a una célebre historia contada por LOUK HULSMAN en su obra *Penas perdidas. El sistema penal en cuestión* (título original: Peines perdues. Le système pénal en question, trad. Maria Lúcia Karan). Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993, p. 100 y siguientes).

⁶¹³ Noticia disponible en: <http://www.jornalopcao.com.br/colunas-e-blogs/opcao-juridica/juiza-sai-de-gabinete-e-resolve-acao-de-15-anos-90899/> (acceso en 05.04.2017).

En el campo del Derecho Penal y de la ejecución de pena esa actitud basada en el concepto de “CARE” es diariamente opuesta a aquella comúnmente tomada en muchas decisiones judiciales, que utilizan al principio de separación de los poderes y de la reserva del posible, en el intuito de “lavar a las manos”. Tratase de la ya mencionada aplicación de la doctrina del *hands off*. Sin embargo, cuando se trata de ejecución penal, la responsabilidad debe ser efectivamente compartida y todos los que actúan en el área – Poder Ejecutivo, Poder Legislativo, Ministerio Público, Poder Judicial, Defensoría Pública, abogacía – deben comprometerse a, en la medida de sus responsabilidades, impedir y cohibir a abusos en el ámbito del sistema carcelario. Luego, es necesario que todos pongan efectivamente “la mano en la masa” en materia que no solamente es de interés administrativo, pero de interés general, dada la perspectiva de enaltecimiento de los derechos humanos.

La ejecución de pena, por lo tanto, debe pasar a ser integralmente “jurisdiccionalizada”, con el cambio de postura – y de comprometimiento – de todos los actores involucrados. Y, porque no decir, es preciso que la ya mencionada *emancipación* alcance la fase ejecutiva, para formar un verdadero *derecho de ejecución penal*. Como puntúa ANDRÉ GIAMBERARDINO⁶¹⁴, hay inúmeras cuestiones de relevancia jurídico-constitucional en el ámbito de la ejecución penal, que demandan el posicionamiento de los tribunales para allá de la dimensión propia de los actos administrativos de directores de presidio. Y esa “jurisdiccionalización” no implica en asunción de responsabilidades indebidas por parte del Poder Judicial, del Ministerio Público y de los demás actores involucrados en el tema, pero sí el reconocimiento de que la incumbencia de gestionar la ejecución penal debe ser compartida por todos y no simplemente repasada adelante como si no fuera de nadie. Cada cual debe desempeñar a su papel, siendo el del magistrado de ejecución penal el de orientación superior y efectiva, así como de garantizar la aplicación de los derechos humanos y fundamentales en el ámbito carcelario.

Luego, en materia de ejecución penal la primera premisa a ser seguida es la siguiente: detenidos son seres humanos y a ellos se aplican todas las garantías presentes en la Constitución Federal, en la ley y en los tratados y convenciones internacionales, en especial de la dignidad de la persona humana, debiendo ser enaltecida la aplicación práctica – y no meramente retórica – del principio de la humanidad⁶¹⁵, de modo que solamente sean relativizados los derechos mencionados en la sentencia condenatoria, ni más ni menos.

⁶¹⁴ Cf. *workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs). Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 29.11.2016), p. 70 y siguientes.

⁶¹⁵ Vuelvo nuevamente al trabajo del bachiller en Derecho LINCOLN GONÇALVES SANTOS, que defiende sean conferidos a los detenidos y apenados los derechos previstos en la CF/88 y en los

Pero, hay quien pueda rotular y decir de lo que defiende: bien, tratase de una tesis socialista y marxista de una persona meramente académica y “sin noción”, que debería proponer sea cambiada la realidad llevando a un detenido para su casa. Un típico debate de extremos en los moldes de aquel reciente sobre “meritocracia”, trabado en las redes sociales por la jueza paranaense FERNANDA ORSOMARZO y la igualmente magistrada del Rio de Janeiro LUDMILA GRILO⁶¹⁶. Además, lamentablemente la sociedad brasileña vive hoy dividida en polos, en que el extremismo prevalece en ambos los lados y el concepto de “importarse” viene siendo completamente ignorado.

Puede parecer inocente, pero hay que mantener una dosis de empatía y comprensión y no simplemente generalizar y estigmatizar las situaciones, algo que veo con mucha frecuencia no sólo en la magistratura, sino en la sociedad como un todo, que viene sufriendo con el extremismo exacerbado. Vivo escuchando que si usted sostiene preso es de “derecha”, se suelta es de “izquierda” y un grupo no tolera el otro. No quiero ni necesito ser etiquetada de nada. Quiero tener la libertad de elegir en cada lado de los extremos lo que veo más adecuado para un caso concreto.

La teoría CARE pone en práctica uno de los lemas de la Revolución Francesa, que es la “fraternidad”, asociada al principio de la humanidad, antes citado. Recuerda muy bien JACINTO NELSON DE MIRANDA COUTINHO que la fraternidad se trata de un sentimiento que no describe la modernidad y que cada vez más anda desaparecido, incluso entre personas que ostentan la misma función.

tratados y convenciones internacionales, especialmente el de dignidad de la persona humana. Tratase de investigación realizada por alguien que es egreso del sistema penitenciario brasileño y que tiene enorme credibilidad, pues ya ha vivenciado de adentro al caos, la penuria, la precariedad que le son inherentes (*El sistema carcelario brasileño y la posibilidad de responsabilización internacional del país por violación de documentos internacionales de protección de los derechos humanos*, op. cit.).

⁶¹⁶ Este debate surgió de un *post* en el Facebook de la magistrada Fernanda, que prácticamente viralizó en la internet. La jueza hace una reflexión sobre su trayectoria para pasar en el disputadísimo concurso para la magistratura, relativizando a los propios méritos y afirmando al siguiente: ... el mérito no es mío. En la línea de la carrera en búsqueda del suceso y realización, yo salí adelante desde que nací. No es justo, no es honesto exigir que un joven que siquiera tiene profesores pagos por el Estado entre en esa competencia en iguales condiciones. Nunca, jamás estuvimos en iguales condiciones”. Entre aquellos contrarios a su punto de vista, repercutió la respuesta de la magistrada Ludmila, que también fincada en su ejemplo personal, de persona que creció en medio a dificultades, teniendo, incluso, sobrevivido a un ataque de “bala perdida” en favela en Rio de Janeiro, sostiene que “... *mientras Fernanda dice que sólo es jueza porque también recibió un ‘empujoncito’ de la vida, yo te digo que eso empujoncito no es necesario: usted puede empezar desde el cero. No tenemos castas en Brasil. Un rico puede quedarse pobre y un pobre puede quedarse rico. Mientras Fernanda te dice que debes esperar todo del Estado, yo te digo que no debes de esperar NADA del Estado. ¡Levántate! ¡Hagas tu mismo! ¡Come on!*”. (cf. <http://www.gazetadopovo.com.br/blogs/caixa-zero/juizas-discutem-em-publico-elas-tem-ou-nao-merito-por-passar-no-concurso/>, acceso en 14.09.2016). Lógicamente no entraremos en este rico debate, siendo el caso mencionado solamente para situar al lector y para demostrar quien en un mundo donde la intolerancia prevalece quien levanta un debate sobre la dignidad – especialmente aquella que permea el sistema penitenciario – está susceptible a duras críticas.

Raciocinio similar defiende el constitucionalista portugués PAULO FERREIRA DA CUNHA, que en reciente conferencia proferida en la Primera Turma del STF intitulada “Fraternidad y Humanismo” defiende, dentro de una perspectiva altruista, que los nuevos tiempos para el Derecho, que incluyan la *fraternidad* y el *humanismo*, dependen de nuevos tiempos para la sociedad⁶¹⁷. Trayendo tales enseñamientos para la temática de esta investigación, es necesario, por lo tanto, rescatar la *fraternidad* para que ella de la tónica de las acciones que van a hacer con que haya un *turn over* en la cuestión carcelaria⁶¹⁸. Y la fraternidad es, justamente, el opuesto de la indiferencia, que impregna a la sociedad en general y a los operadores jurídicos en particular, y que es, conforme ya defendido anteriormente, la faceta contemporánea del concepto arendtiano de “banalidad del mal”.

No se trata de decir que el juez está soberbiado y entonces, como yo creo que puede más, debería yo “llevar al detenido para casa”. Qué sustento no es que el magistrado muera trabajando y asuma más responsabilidades que ya tiene. Defiendo que la actuación jurisdiccional lleve en consideración que el individuo detenido no queda en esta condición para todo el siempre, de nada sirviendo “mascarar a la realidad”. Él regresa a la sociedad, y en la mayoría de las veces, mucho peor que cuando ingresó. Ahí muchos dirán: eso es un problema del Estado, de proveer educación, trabajo y establecimientos penales adecuados. Es, realmente lo es. Concuero plenamente que tanto el Estado como sus instituciones y los demás operadores del derecho tienen su parcela de culpa en la situación, incluso más relevante que la de quien juzga. Pero no se puede quedar sin actuar solamente con base en este argumento. Como dice la magistrada LUDMILA GRILO antes citada: “*!Usted no debe esperar nada del Estado. Hagas tú mismo, come on!*”

La parábola mencionada por LOUK HULSMAN en su obra *Penas perdidas. El sistema penal en cuestión* es extremadamente pertinente e ilustra muy bien al mensaje que se pretende pasar a través de esta investigación, que en la verdad es algo muy sencillo, pero que no viene siendo percibido.

HULSMAN narra a la historia de 5 (cinco) estudiantes que viven juntos. En determinado momento, uno de ellos (nr. 1) causa daños materiales a objetos de la residencia⁶¹⁹. Las reacciones son diversas. Uno de los estudiantes (nr.2) se enfurece y propone la expulsión

⁶¹⁷ Conferencia de iniciativa del Ministro EDSON FACHIN dentro del proyecto “Hora de Actualización”. Íntegra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QNnPWAh63WM> (acceso en 25.06.2017). Según el Profesor FERREIRA DA CUNHA “... con la sociedad egoísta que tenemos hoy y las crisis, parece que estamos un poco, como en los viejos tiempos de Quijote, en la situación que la esperanza de justicia sólo puede residir en quien tiene circunstancialmente las armas para defenderse”.

⁶¹⁸ MIRANDA COUTINHO. Jacinto Nelson de. Un poco de la ideología de las reformas y de la crisis del derecho criminal en Brasil. In *Revista do Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)*, n. 26, p. 51-63. Disponible en: <http://www.ilanud.or.cr/A097.pdf> (acceso en 06.12.2016).

⁶¹⁹ Op. cit., p. 100.

del nr. 1 de la casa. Ya el nr. 3 propone la compra de nuevos objetos, a ser arcada por el estudiante nr. 1. El nr. 4 ya parte para un análisis más “sanitarista” (y positivista), y defiende que nr. 1 está enfermo y necesita tratarse. Sin embargo, la postura que HULSMAN llama la atención es la del estudiante de nr. 5. Él cree que, independientemente de cuál sea el problema del nr. 1, percibe que puede estar habiendo algo errado en el convivio entre los 5 (cinco) estudiantes, que puede haber contribuido para desencadenar el gesto de furia del estudiante de nr. 1.

Es llegado el momento de hacer un examen de consciencia. Independientemente del cuanto pensamos que trabajamos (y de hecho trabajamos mucho – y duro), y sin desconsiderar la co-responsabilidad estatal y de los inúmeros organismos y actores involucrados en la ejecución penal. Como jueces, hacemos parte del problema y necesitamos nos comprometer en la búsqueda de la solución. Según me ha confidenciado recientemente el magistrado costarricense ROY MURILLO, “al margen de las dificultades tenemos que ser creativos y persistentes: ordenar giros presupuestarios, aunque sea a varios años... prohibición de ingreso a las cárceles... ordenar construcción de cárceles, aunque sea en varios años... pero poder poner en evidencia siempre la arbitrariedad y el trato inhumano”.

Además de eso, dentro de su independencia funcional el magistrado puede dar efectividad a la actuación del Ministerio Público vía acción civil pública (como ya destacado en ítem propio), dejando de tener una visión más pragmática y efectivamente endureciendo con la inercia estatal en el tema ejecución penal. Muchos pueden alegar que defiende a un activismo judicial a punto del Poder Judicial inmiscuirse de la competencia del Poder Ejecutivo. Con todo, en situaciones de absoluta omisión es necesario el juez independiente actuar como última salvaguardia del ciudadano. Son actitudes aparentemente sencillas, pero de inmensa efectividad y que reflejan eso cuidado (CARE) que defendemos. Una vez que, como ya dijo el Ministro MARCO AURÉLIO MELLO, la última trinchera de la ciudadanía es el Poder Judicial y el magistrado crítico y global debe tener esa responsabilidad en cuenta en su actuar.

Qué defiende es un cambio de mentalidad y de enfoque de la cuestión, una mayor utilización de las herramientas disponibles tanto en el derecho interno (tales como el juzgamiento de acciones civiles públicas) como en el derecho internacional de los derechos humanos, dentro de la perspectiva de la “teoría CARE” antes mencionada, y del paradigma emancipatorio. No se trata de abrir las puertas de la cárcel, tampoco de ser abolicionista, pues tengo la consciencia de que eso no es la solución, pero sí acto de desesperación.

Propongo una mejor preparación y capacitación del juez responsable por la ejecución penal, para que haga valer, al máximo que pudiera, a los derechos previstos en la CF/88, en

las convenciones y tratados internacionales y en la LEP. Y que esa preparación venga desde la escolar y avance necesariamente a las cillas universitarias. Además de eso, la implementación de sencillas medidas como la concesión de los atestados de pena a cumplir (prevista, por señal, en el art. 41, XVI, LEP), la consideración de la fecha-base para obtención de los beneficios de la LEP (debatida en capítulo específico de este trabajo) y el mejor aprovechamiento de institutos como la remisión de pena (objeto de las líneas a seguir) ya hacen absurda diferencia en el contexto de la ejecución penal. En suma, ya ha pasado el tiempo de construir una “cultura de derechos humanos”, ya que, entre otros motivos, Brasil se somete a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos desde 1998.

Este cambio de mentalidad debe tener presente el constitucionalismo y el trans-constitucionalismo ya tratados, de suerte a que la aplicación de la jurisprudencia de las cortes internacionales en el ámbito interno no sea acrítica, pero lleve en cuenta la solución conciliadora y óptima en el caso concreto, a fin de maximizar la efectucción de derechos humanos. En la dicción de MARCELO NEVES, la invocación de jurisprudencia extranjera e internacional no debe conducir a una mera forma de “colonialismo”, o sea, de importación acrítica de modelos, pero sí debe ser ponderada según nuestra realidad local⁶²⁰.

Otra forma de aplicación de esa sencilla teoría que defiendo es considerar la ejecución de pena otro momento. Para el análisis de obtención de beneficios ejecutorios, la mirada debe ser del inicio de la condenación para adelante. No se puede mirar para atrás, una vez que, la persecución penal ya fue hecha y el individuo sentenciado. Para la ejecución penal no importa el crimen cometido, pero sí el comportamiento del individuo en la cárcel y si da muestras de conseguir regresar al convivio social. Por esta razón vengo insistiendo en esta investigación que la discusión entre ser o no garantista no es pertinente, pues independientemente de tener o no la sentencia sido más severa, la ejecución penal debe ser conducida con otra mentalidad, que está lejos de ser meramente punitivista. El momento de la ejecución es crucial en la retroalimentación o no de la criminalidad y es necesario invertir tiempo y estudio en ella para que alcancemos una efectividad en el proceso penal, que no está en la promulgación de leyes punitivistas, como normalmente ocurre.

La crítica ora vehiculada y la necesidad de aplicación de la “teoría CARE” no es restricta al magistrado. Pasa por los sujetos procesales – partes, abogados, promotores, entre otros – pero también – y, sobre todo, por la institución “Poder Judicial” como un todo. Nuevamente cito a ANDRÉ GIAMBERARDINO: “... para que la compleja travesía en la dirección de formas menos arcaicas de producción de censura sea construida, tiene el sistema de

⁶²⁰ NEVES, Marcelo. Del diálogo entre las Cortes Supremas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos al trans-constitucionalismo en América Latina. *Revista de Información Legislativa* (Biblioteca del Senado Federal). Año 51 Número 201 ene./mar. 2014, p. 199.

justicia, incluyendo Defensoría Pública, la abogacía, el Ministerio Público y el Poder Judicial, papel protagonista y fundamental”⁶²¹.

Específicamente en lo que se refiere a las partes, especialmente al reo, víctima de un sistema carcelario deshumano, la solución para la situación caótica en que se encuentra también pasa por una actitud proactiva suya, caracterizada en la ampliación del instituto de la remisión de pena, adelante estudiado. Pues de nada sirve un juez que se importe con los males sentidos en la ejecución penal si la parte interesada siquiera se comprometa en la solución del problema y permanece inerte, víctima de nuestro “paternalismo tupiniquim”, que en nada agrega, en lo que dice respecto a la resocialización del individuo. Por lo tanto, además de *emancipar* al juez y la propia ejecución de penal, es necesario *emancipar* al individuo preso, tratarlo como persona portadora de derechos, dándole herramientas para, si quiere, cambiar la historia de su propia vida.

Enaltecer y sobre todo *efectivizar* derechos humanos es, en nuestra concepción, *emancipar* (y aquí insistimos en este concepto). En otras palabras, el magistrado no puede ser solamente un “tutor” de las partes, pero sí un *garantizador* del respecto a los derechos humanos, que se traduce en tratar a cualquier persona – incluso a las privadas de su libertad – como seres humanos, en todos sus matices, como personas verdaderamente capaces de contribuir con su proceso de resocialización. Se debe estimular, por lo tanto, actitudes proactivas. Además, pienso que el ideal de resocialización presente en la ley solamente será posible en la medida que la ejecución penal disponer herramientas de emancipación, a fin de “hacer bilateral” este proceso (detenido y sistema carcelario). Y la mejor utilización del instituto de la remisión de pena podrá ser un importante camino.

Destaco, aún, que la valoración de las personas que trabajan en favor de la justicia – desde un ministro de la más alta corte del País hasta la persona que sirve al cafecito – es también una meta que alcanzar. La prepotencia propia de la carrera necesita ser dejada de lado para dar lugar a una conducta basada en la solidaridad y en el respecto al ser humano, independiente de su jerarquía.

Para que todo eso ocurra necesario es el “empoderamiento” de la magistratura. Esa verdadera “palabra de moda” no significa de forma alguna dar superpoderes ilimitados a los magistrados, pero hacerlos trascender de la preocupación y del miedo de ser criticados por adoptaren posiciones, que contraríen al sentido común.

Las mejores soluciones son las sencillas. Una vez que, como seres humanos tenemos inmensas dificultades en percibir a lo que es elemental, especialmente a los que actúan en

⁶²¹ Cf. *workshop* promovido por el CNJ para los Grupos de Monitoreo y Fiscalización del Sistema Carcelario (GMFs). Disponible en: <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2016/05/0899bbebfd1f851f49bdc49e5d810479.pdf> (acceso en 29.11.2016), p. 74.

el ámbito jurídico, con sus infinitas formalidades. Siempre nos perdemos en soluciones vistosas, cuando en la verdad las soluciones más elementares son las que traerán mayor efectividad, mayor pacificación social, mayor sensación de justicia y mayor “empoderamiento de la magistratura”, para utilizar la tal expresión de la moda. Una vez que, no veo cualquier incompatibilidad entre la figura de un juzgador independiente, imparcial y también *humano*.

9.5. De la aplicación práctica de la teoría del juez crítico y global – de la ampliación del instituto de la remisión de pena

Para iniciar este capítulo llamo la atención para dos situaciones completamente diferentes (siendo una extraída del mundo real – jurisprudencia del STF – y otras de un episodio de ficción), y que fundamentan, en uno u otro sentido, qué quiero defender a través de una actuación jurisdiccional crítica, global y direccionada a la preservación no sólo de los derechos humanos, pero del propio principio de la humanidad. Tal principio, en mi entender, contempla dos vías: la del Estado con relación al detenido (como ya ampliamente citado cuanto a la cuestión de la inhumanidad del sistema penitenciario) y también del detenido con relación al Estado y a la sociedad. Tratase del sesgo de la *emancipación*, que igualmente defendemos en esta investigación, y que debe alcanzar no solamente al juzgador, pero la persona sentenciada, despertándole sentimientos de compasión y de humanidad.

Paso a exponer las situaciones, que basarán al raciocinio:

SITUACIÓN 1 (real): voto dado por el Ministro LUÍS ROBERTO BARROSO en el ámbito del ya mencionado Recurso Extraordinario n. 580.252/MS, en que se discute la obligación del Estado en indemnizar a los detenidos sometidos a tratamientos deshumanos y degradantes por cuenta de la excesiva población carcelaria. En el juzgamiento concluido por el Tribunal Pleno del STF en 16.02.2017 se quedó decidido, por mayoría de votos, ser obligación del Estado brasileño de resarcir en dinero a los daños, incluso morales, comprobadamente causados a los detenidos en consecuencia de la falta o insuficiencia de las condiciones legales de encarcelamiento.

Sin embargo, llamamos la atención para la divergencia abierta en el juzgamiento y que no logró vencedora, espejada en los votos de los Ministros CELSO DE MELLO, LUIZ FUX y ROBERTO BARROSO. Este último voto merece mención, por contener elementos importantes para análisis.

Según el Ministro BARROSO, ante el carácter estructural y sistémico de las graves disfunciones verificadas en el sistema carcelario brasileño, la entrega pura y simple de una indemnización en dinero conferiría una respuesta poco efectiva a los daños morales soportados por los detenidos como un todo, además de drenar recursos públicos escasos,

que podrían ser empleados en la propia mejora de las condiciones de encarcelamiento, drenaje esa que ocurriera a través de la proposición en masa de acciones judiciales.

Por esta razón, el Ministro defiende la adopción de un mecanismo de reparación alternativo, que confiera primacía al resarcimiento *in natura* o en la forma específica de los daños, por medio de la remisión de parte del tiempo de ejecución de la pena, en analogía al art. 126, de la LEP (que trata de la remisión por trabajo o por estudio). Sería una especie de remisión penal no como mecanismo resocializador, pero sí de reparación de daños. La indemnización pecuniaria debería contemplar solamente carácter subsidiario, en las hipótesis en que el detenido ya tenga cumplido integralmente a su pena o no sea más posible aplicarle la remisión.

SITUACIÓN 2 (ficción): Un determinado episodio de la quinta temporada del seriado americano GREY'S ANATOMY ("Stairway to Heaven") me llamó la atención. Cuenta la historia de un detenido que está en el llamado "pasillo de la muerte" e que iba a ser ejecutado en pocos días. Sucede que dicho condenado tiene una enfermedad, cuyo pronóstico es fatal, y se recusa a hacer la cirugía, pues gustaría de donar a sus órganos para un chico, que también está internado en el mismo hospital y necesita de un trasplante urgente de hígado e intestino para sobrevivir. El dilema del seriado era si el médico que asistía al detenido (un neurocirujano que tuvo a su padre muerto en un latrocinio) debería o no llevar a efecto el tratamiento quirúrgico, en otras palabras: si debería operar al sujeto y dejar que la pena de muerte fuera ejecutada o "burlar al sistema", permitiendo que el condenado muriera en el hospital, pero que donase a sus órganos. Esta situación, aunque no sea real, tiene todo el potencial de ocurrir en la realidad.

Eso dilema jurisprudencial y de la ficción, aunque aparentemente opuestos, me llamó la atención para un instituto existente en el Derecho brasileño, pero cuya aplicabilidad todavía es demasiado restricta: *la remisión de pena*⁶²². El magistrado crítico y global puede – y debe en nuestro sentir – lanzar mano de eso mecanismo con forma de manejar con el caos del sistema penitenciario de un lado y, de otro, como medio de instilar *humanidad* en la persona condenada y estimular comportamientos positivos. El re-educando tendría en contrapartida la reducción de su pena, en una dinámica efectivamente resocializadora. Pasamos a explicar nuestro punto de vista.

Actualmente, la remisión de pena es prevista en el ordenamiento jurídico brasileño y reglamentada en los arts. 126 a 130, de la LEP. El instituto prevé que el condenado puede redimir, por trabajo o por estudio, parte del tiempo de la ejecución de pena, a la razón de 1

⁶²² En portugués este instituto llamase "remissão de pena", queriendo decir "pago" de la pena y no perdón. El perdón en portugués es expresado a través de una palabra parecida con el Castellano, un "falso amigo": "remissão".

(un) día de pena a cada 3 (tres) días trabajados y 1 (un) día de pena a cada 12 (doce) horas de frecuencia escolar, sea en la enseñanza fundamental, media, superior e incluso profesionalizante. La remisión, aún, será declarada por el magistrado de ejecución, oídos el Ministerio Público y la defensa, pudiendo el juez, en caso de constatación de falta grave del condenado, revocar hasta 1/3 (un tercio) del tiempo redimido, que será computado, para todos los efectos, como pena efectivamente cumplida.

Por cuenta del movimiento jurisprudencial, el CNJ editó en 2013 la Recomendación n. 44, de 26.11.2013, que prevé la remisión a través de la práctica de actividades complementares al estudio (como las de naturaleza cultural, deportiva, de capacitación profesional, de salud, entre otras), incluyendo la lectura. Aunque no se trate de ley en sentido estricto, es una normativa expedida por una institución, cuya función constitucional es de mejorar al trabajo del Poder Judicial.

La *remisión* es instituto diferente de la *redención*, esta última sinónimo de *perdón*. Remisión (que en derecho brasileño no es remitir/perdonar) significa abatir pena con la necesaria presentación de contrapartida por el sentenciado. No se trata de un acto gratuito concedido por el juicio, pero sí de un beneficio de cuño eminentemente *resocializador*, que demanda esfuerzo por parte del sentenciado (su *emancipación*).

Qué aquí defendemos es que esa remisión contemple otras formas de esfuerzo del re-educando, para que él en algunos casos va adelante y practique actos de *humanidad*. No se trata aquí meramente de compensación de la víctima – aunque pueda ser contemplada por el formato de remisión que defendemos, como una de sus modalidades –, pero de la práctica de alguna actitud humanitaria, que engrandezca al sujeto y le direcciona para el camino de la resocialización. Un acto de humanidad como forma de “compensar” (entre comillas mismo, pues nada puede compensar a un crimen) un acto de inhumanidad normalmente evidenciado en la práctica delictuosa.

Y el magistrado tendrá un papel fundamental en este proceso, haciendo las veces de un “liderazgo positivo”, que falta en este universo carcelario, siendo su actuar autorizado por la independencia funcional, que aquí es defendida como derecho humano fundamental del juez en el ejercicio de sus atribuciones, como forma de *emancipar* al sujeto detenido, que también es una de las formas de asegurarle derechos humanos, así como garantizar por ejemplo mejoras en la estructura penitenciaria. Debido al caos y a la sobrepoblación, el ideal es que se abrevie el tiempo de pena, siendo el instituto de la remisión importante herramienta que puede ser utilizada en este sentido.

La tesis aquí sostenida se ha fortalecido en la propia entrevista con los detenidos llevada a cabo para la redacción de este trabajo. Todos los oídos están de acuerdo que un mejor redimensionamiento del instituto de la remisión de pena sería demasiado oportuno

para enfrentar tanto al caos del sistema penitenciario actual, como para estimular comportamientos positivos y buenos liderazgos, que puedan alejar el dominio de las organizaciones criminosas intramuros y marcar el inicio de un proceso real de resocialización del individuo sentenciado.

Este acto de humanidad apto a atraer la remisión puede revestirse de diversas formas: remisión por donación de sangre y de órganos inter vivos (como es el caso de la medula, por ejemplo), práctica de justicia restaurativa, desarrollo de proyectos por parte de los detenidos, como el de establecimiento de un curso pre-vestibular en la Penitenciaría de Londrina, iniciativa que viene siendo liderada por los detenidos de allá tanto en régimen cerrado como en semiabierto. En el caso de los sentenciados por crímenes de corrupción o de cuello blanco se podría proponer que se aplicara a su *expertise* de forma a ayudar personas más carentes, desde funcionar como abogados dativos, contadores, formando cooperativa de trabajo para el auxilio de micro y pequeños empresarios, por ejemplo.

Cuanto a la propuesta de remisión por condiciones inhumanas y degradantes presentada en el citado voto del Ministro BARROSO, entendemos no ser posible su aplicación *de per se* en nuestro formato de remisión de cuño resocializador, una vez que *remir* pena presupone una actitud activa del sentenciado. Una vez que, el vocablo “remisión” por etimología significa rescate o readquisición *onerosa* de alguna cosa y la remisión idealizada en el voto en cuestión se asemeja más a una técnica de reparación de daños (como además está consignado en el propio voto), inherente al instituto de la responsabilidad civil.

En este sentido, y conforme nuestro raciocinio, las condiciones inhumanas de las cárceles, aisladamente consideradas, pueden atraer medida por el juez de ejecución penal, consistente por ejemplo en bloquear determinado establecimiento, obviamente debiendo esa decisión estar ancorada en artículo de la Ley de Ejecución Penal (art. 66, VIII) y detener efectividad práctica, muy diferente de lo que viene ocurriendo con las varias decisiones liminares y sentencias proferidas especialmente en primer grado de jurisdicción, que no vienen siendo cumplidas en la práctica por el poder público. Recuerdo que es el Estado civilmente responsable por los daños, incluso morales, comprobadamente causados a los detenidos en consecuencia de violaciones a su dignidad provocadas por la sobrepoblación carcelaria, tal cual consignado en el propio voto aquí mencionado, cuya premisa estamos enteramente de acuerdo.

Sin embargo, tales condiciones inhumanas no pueden aisladamente generar remisión por la propia incompatibilidad con la génesis de ese instituto, que presupone un *deber*, una *carga* para la concesión de un bono. En suma, qué defiende el Ministro es la *redención* (perdón) de parte de la pena basada en las condiciones de encarcelamiento, como técnica

de reparación de los daños causados por la omisión/inacción estatal y no propiamente la *remisión penal*, tal como consta en su voto.

Entiendo que las condiciones degradantes pueden servir en ese modelo de remisión que proponemos como una especie de “acelerador” del tiempo a ser redimido, o sea, si el detenido realiza acto de humanidad y está instalado en un ambiente degradante, el coeficiente para remisión establecido por el juez de la ejecución puede ser más benéfico.

Qué defiende es la emancipación no sólo del juzgador – con la ampliación de su actuación *efectiva* y de su independencia funcional para minimizar el caos en que se encuentra el sistema penitenciario – como también de la propia ejecución penal y del sentenciado, a través del desarrollo de su sentido de responsabilidad. Y este objetivo puede ser alcanzado vía remisión penal, a fin de que el detenido le dé una contrapartida social por su acto de inhumanidad, aproximándose del ideal de resocialización, ganando en troca cumplir de forma más rápida a su pena, disminuyendo así su tiempo de permanencia en local sobrepoblado y repleto de condiciones inhumanas. Como ya afirmado, asegurar derechos humanos de las personas privadas de su libertad no es solamente garantizar mejores condiciones en la cárcel, pero sí *emancipar* el individuo detenido, para que pueda reconstruir a su historia. Y esa emancipación a través de la optimización de institutos como la remisión de pena se compatibiliza con la ya mencionada necesidad de priorización de soluciones “a pesar de la cárcel” y no “a través de la cárcel”.

Defiendo, por lo tanto, la reversión de la dinámica ora vigente, no solamente para comprometer a los agentes y autoridades implicadas en la cuestión, como desarrollar un sentido de responsabilidad en el detenido, importante en su proceso de resocialización y consecuentemente *emancipación*. Cabe a cada uno decidir, dentro de su individualidad, si va o no adherir a la idea. Qué debemos hacer es dar condiciones para que eso ocurra, caso el re-educando lo quiera. De la manera que está el sistema carcelario, no hay prácticamente chance de alguien salir resocializado. La mayor probabilidad es que el sentenciado salga peor que ha ingresado. Prueba de eso son los enormes índices de reincidencia frecuentemente observados.

Brasil es notoriamente una sociedad de cuño paternalista – conforme ya referido anteriormente en esta investigación cuando tratamos de la analogía de la “Casa Grande y de la Senzala” –, y esa característica se refleja en todos los ámbitos, incluso en la ejecución de pena. Por más que haya problemas graves, en lo que dice respecto a la situación de las cárceles distribuidas por el País, la ejecución es prácticamente dada “lista y terminada” al sentenciado, que recibe la concesión de beneficios sin dar cualquier contrapartida, solamente por el hecho (aunque extremadamente grave) que hay problemas estructurales, que permean el sistema penitenciario brasileño.

Qué sustento en términos de política criminal es que medidas de deshinchado de la cárcel (como la ya citada *numerus clausus*), aunque necesarias en un primer momento (pues hay mucha gente detenida sin la real necesidad de estar encarcelada) deben ser acompañadas no sólo de políticas preventivas y de un amplio proyecto educacional – que mejore a la enseñanza básica y fundamental, dando reales oportunidades de las personas se inserir socialmente⁶²³ -, pero de una política “curativa”, que incentive la construcción, por el sentenciado, de algo bueno, de un legado, en vez de quedarse diuturnamente pensando en cómo escapar de un ambiente insalubre y degradante, o mismo, caso adoptada pura y simplemente la propuesta constante en el voto del Ministro BARROSO, defender a su inserción en un ambiente insalubre como forma de “pagar” a su pena. Es necesario que esa pena sea paga no sólo individualmente, pero socialmente, con el despertar del sentido de responsabilidad y madurez de la persona condenada, que necesita salir del sistema con reales oportunidades extramuros.

Podríamos aquí formular el bosquejo de un proyecto de ley, cuyo *slogan* podría ser “remir y remar”, o mismo “remir es legal”. La idea se basa en la remisión anticipada de pena condicionada a acto o trabajo de carácter humanitario como forma de compensación del acto de inhumanidad característico del crimen. La finalidad sería la emancipación del sujeto sentenciado, dando una especie de “primer paso” para alcanzar al ideal de la resocialización. Tal iniciativa, como referido en esta investigación, ya viene siendo adoptada en Londrina, con relación a los re-educandos universitarios, que mismo en régimen cerrado se quedan en establecimiento en el cual transitan libremente y pueden salir para sus respectivas facultades. Y cuando se reciben, dependiendo de sus condiciones/merecimiento y de ya haber encontrado una colocación en el mercado, ya progresan para el régimen abierto. Defendemos, por lo tanto, que la remisión trascienda al preconizado en la Súmula 562/STJ, que prevé solamente el trabajo extramuros como hipótesis de remisión de pena en los regímenes cerrado y semiabierto⁶²⁴.

Me atrevo a decir que ni necesitaba ley para prever la remisión en el contexto aquí defendido, ya que esa emancipación es una forma de conferir derechos humanos a las personas privadas de su libertad, derechos éstos asegurados no sólo en la CF / 88, sino en los tratados internacionales sobre la materia, que ostentan status supralegal.

Más que lo que viene siendo practicado, qué se pretende en esta investigación es un desvío de enfoque del instituto de la remisión actualmente de cuño básicamente

⁶²³ Considerando que la casi totalidad de la población carcelaria es constituida de personas sin cualquier tipo de instrucción, que viven a la margen de la sociedad y despidas de medios de inserción profesional o social.

⁶²⁴ Súmulas 562/STJ: “Es posible la remisión de parte del tiempo de ejecución de la pena cuando el condenado en régimen cerrado o semiabierto, desempeña actividad laboral, aunque extramuros”.

individualista (materializada en el estudio, en el trabajo y en la lectura), para que pase a abarcar también a actos humanitarios, que reviertan en beneficio del próximo. No estoy a defender la eliminación de las hipótesis legales y jurisprudenciales ya existentes, pero sí la agregación de nuevas, cuya importancia generaría un peso mayor al momento de detraer la pena del sentenciado.

Y un ejemplo me llamó la atención y me ayudó a traer la idea objeto de la tesis ora sostenida: los ya mencionados sentenciados del proyecto del CRESLON-Londrina liderados por el magistrado KATSUJO NAKADOMARI están trabajando en un proyecto en colaboración con las instituciones de enseñanza donde estudian, para el funcionamiento de cursos pre-vestibulares intramuros, cuyas clases serían ministradas por ellos y por los propios colegas universitarios. Tratase de un ejemplo perfecto de iniciativa de carácter humanitario apta a generar remisión de pena, dentro de la óptica ora defendida en este capítulo, pues es algo que aprovechará a los propios detenidos y, por extensión, a sus familiares, pues el individuo preso saldría de la cárcel mejor preparado y con mayores condiciones de inserción en el mercado formal de trabajo, beneficiando, vía de consecuencia, a sus respectivas familias. Y el manejo de la remisión, bien como su mejor aprovechamiento, es tarea que incumbe al Poder Judicial independiente (dentro de la *perspectiva emancipadora* ora defendida), que por ley es el responsable por gerenciar la ejecución de pena.

La presentación de este proyecto de remisión por el detenido podría seguir el rito del art. 196, de la LEP, o sea, presentada por el propio detenido, por su defensa/defensor público, o mismo por el Ministerio Público. Cuando de la presentación, el sentenciado sería llamado a exponer su proyecto ante una comisión formada por el juez de ejecución penal, Ministerio Público, responsable por el establecimiento penitenciario y víctima (cuando posible y caso tenga interés), siendo responsable por aprobar o rechazar a la propuesta, o mismo realizar diligencias, convocando a profesionales para la verificación de la viabilidad del proyecto presentado. Aquí llamo la atención para la inserción de la víctima en el contexto de la ejecución penal, confiriéndole importancia y protagonismo.

Como bien destacado por el Ministro BARROSO, la realidad carcelaria brasileña es un problema generalizado, complejo y estructural, fruto de acciones y omisiones de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial durante décadas. Según el Ministro, el enfrentamiento del problema presupone un conjunto completo y planeado de medidas, articuladas por todos los órganos implicados en la realidad carcelaria, que deben de salir de la confortable inercia, asumiendo su parcela de culpa por el “estado de cosas inconstitucional” ora verificado en los establecimientos carcelarios de este País.

Aquí en esta investigación defiendo, así como el Ministro BARROSO, a la actuación articulada de los actores implicados en la ejecución penal y más específicamente la figura del “magistrado crítico y global”, preocupado con la efectuación de los derechos humanos en el ámbito penitenciario y que ejerza plenamente la atribución que se le fuera conferida por la LEP de asegurar la ejecución de pena. Sin embargo, queremos ir adelante para defender que sean ampliados los mecanismos ya existentes – como es el caso de la remisión de la pena – como forma de el detenido también contribuir positivamente para la resolución de problema que le aflige directamente.

En la dinámica ora propuesta, el término “resocialización” o mismo “reintegración” hace mucho más sentido que “rehabilitación”, ya que este hace alusión a una dinámica positivista en que la persona detenida era comparada a alguien enfermo. Preferimos encarar esa misma persona como carente de oportunidades, cabiendo a todos los involucrados en la ejecución penal, entre ellos el magistrado, a abrir las puertas para que el detenido pueda, por iniciativa propia y dentro de un marco emancipatorio, buscar a su reintegración social, caso así lo desear.

En suma, proponemos el comprometimiento de todos los actores implicados en la ejecución de pena, incluso de los propios detenidos, de las víctimas y de la propia sociedad civil organizada, que necesita percibir que la dignidad de la persona humana no es una prerrogativa selectiva (que puede o no ser reconocida, a depender de la circunstancia⁶²⁵), pero sí es inherente a cualquier persona, independientemente del tamaño del error que tenga cometido. Una vez que, la justicia tiene que ser colectivamente conquistada, una *construcción* que exige, sobre todo, madurez democrática. Es lo que defiendo aquí.

9.6. Resumen de la ópera: del “juez crítico y global”

En el transcurso de esta investigación formamos algunas premisas importantes, que nos guiarán en la difícil tarea de concebir a un magistrado crítico y global, especialmente en el ámbito de la ejecución penal.

Primeramente, dejo claro que, al contrario de qué piensa la mayoría (incluso los propios colegas) ejercer el papel de un juez crítico y global en el ámbito de la ejecución penal no tiene cualquier relación sobre la línea de pensamiento que la persona siga. El magistrado realmente preocupado con el tema no necesita ser el rotulado como “garantista” y que muchas veces gana la antipatía de sus pares por defender a la “soltura de bandido” y por componer órganos y asociaciones hostilizadas por predicar la defensa de los derechos

⁶²⁵ Esa percepción de que el brasileño es selectivo en lo que se refiere a aplicación de la garantía de la dignidad de la persona humana está destacada por ANA PAULA DE BARCELLOS en su artículo intitulado “Violencia urbana, condiciones de las prisiones y dignidad humana” (In *Revista de Derecho Administrativo*, n. 254, p. 39-65).

humanos a cualquier costo. Quien sigue a mis decisiones jurisdiccionales va a percibir que no me encuadro exactamente en esta figura garantista, pues sé que tengo, además de la responsabilidad con los detenidos, responsabilidad con la sociedad a la cual represento, qué refleja en el rigor de muchas de mis decisiones y penas, que son comúnmente reformadas por las instancias superiores, que ablandan a mis entendimientos. Esa es quien soy y decido con base a los valores en los cuales creo.

Sin embargo, la situación de la ejecución de pena en el País trasciende a las discusiones sobre la eficacia o no del garantismo en el ámbito penal. Qué se busca es el cumplimiento de la reprimenda por el condenado, en la exacta medida en que fijada, ni más ni menos. Es dar condiciones dignas a los establecimientos penales para que el individuo tenga la chance de salir como una persona mejor. Caso salga peor, eso debe ser una opción suya. Actualmente el sistema prácticamente obliga al interno a ser una persona peor. Esa es la dinámica que hay que ser revertida.

En nuestro entendimiento, un magistrado crítico y global debe no solamente cuidar de las condiciones de cumplimiento de la pena de acuerdo con los dictámenes de la Ley de Ejecución Penal, pero, sobre todo estimular actitudes proactivas para que el sentenciado busque a su emancipación. El problema del aumento de la criminalidad pasa necesariamente por una carencia social generalizada, generada por un Estado populista que da el superfluo (para recoger apoyo popular) y si omite en las áreas esenciales (como es el caso de la educación), muchas veces porque los recursos destinados son dragados en esquemas de corrupción sin fin.

La figura del magistrado global tiene influencia en el llamado “juez hércules” de RONALD DWORKIN que, según WAYNE MORRISON⁶²⁶ es el individuo direccionado para las cuestiones globales que involucran el ser humano. O sea, debe el magistrado invertido del poder hercúleo, analizar no sólo por el reglamento establecido, pero también bajo (y a través) del manto constitucional y internacional, a fin de formar su convicción.

Aún mencionando DWORKIN, “llevar en serio a los derechos”⁶²⁷ – como los de las personas privadas de su libertar – es la única vía para la construcción de un sentido de

⁶²⁶ MORRISON, Wayne. *Filosofía del derecho: de los griegos al posmodernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006. Según MORRISON, “... en la reta disposición del término, sería un juez ideal, con intención de elaborar teorías políticas que podrían servir como justificaciones del conjunto de reglas constitucionales que son expresamente relevantes al problema. Si dos o más teorías ajustarse, pero presentaren resultados contrastantes para el caso – Hércules debe direccionarse para el conjunto remaneciente de reglas, prácticas y principios constitucionales para crear una teoría política para la Constitución como un todo” (op. cit., p. 508).

⁶²⁷ Importante citar las reflexiones de RIVERA BEIRAS sobre DWORKIN: “... Aún en el convencimiento de la imposibilidad estructural de que en la cárcel los derechos fundamentales de las personas presas sean respetados, como ya se dijo, en una *perspectiva política* (que no jurídica) ‘tomarse en serio’ el respeto de los derechos (Dworkin 1989), puede y debe configurar un escenario de trabajo, de lucha, de investigación y de estudio que lleve a la clásica postura garantista hacia la raíz que no admite desviación alguna y se orienta por el principio del *Taking*

justicia. Y para esta investigación, respetar derechos significa defender a una actitud proactiva de todos los operadores involucrados, incluso del magistrado, creando un ambiente en que cada cual desempeñe su parte. Además de eso, los propios detenidos podrán auxiliar de forma importante en la garantía de sus propios derechos. Es una “vía de doble mano”.

En otras palabras: razones de índole meramente utilitarista no pueden ser suficientes para limitar derechos. El hecho de que la limitación teóricamente puede ser mejor para la mayoría no implica necesariamente que deba de ser tomada en consideración. Ahí está justamente el punto de “llevar derechos en serio” (“taking rights seriously”). Y esa colocación de DWORKIN es extremadamente importante cuando la traemos para el ámbito de la ejecución de pena. Una vez que, por más que la ley entienda útil para la mayoría mantener detenida determinada persona que ha cometido un crimen, es posible a eso mismo individuo invocar razones para sostener la protección de su dignidad en el caso concreto. Luego, es correcto proteger a la dignidad de los llamados “disidentes” (cuyo ejemplo aquí son los detenidos). El raciocinio esencialmente utilitarista es desautorizado aún más si la ponderación lleva en cuenta los derechos de índole humana y fundamental⁶²⁸.

Cualquier persona que labora en el ámbito de la justicia penal debe tener en mente que tiene dos tipos de responsabilidad: como operarios del sistema y como ciudadanos. Eso nada más es que la expresión de efectivo comprometimiento (CARE) con la causa criminal, sea en la mejor aplicación de la legislación penal y del encarcelamiento, sea en la actuación como ciudadano, votando mejor y exigiendo de los gobernantes actitudes tendientes a romper el círculo negativo formando en el ámbito del sistema carcelario. Esta es definida por MICHAEL J. SANDEL como “cultivar a la virtud cívica”, o sea, priorización del bien común en detrimento de hábitos puramente egoístas⁶²⁹.

En otras palabras, es necesario luchar, sea en el oficio o afuera, por la inclusión de políticas criminales efectivas de resocialización/de restauración/de reducción de daños en la agenda gubernamental. Urgente es la adopción de una verdadera “política de comprometimiento moral”, para citar nuevamente SANDEL, necesaria la verdadera *emancipación* del sujeto juzgador y para la formación de una “base más promisoras para una sociedad justa”⁶³⁰. Y, de la misma forma que la ejecución penal debe ser puesta en la agenda gubernamental, necesitar dejar de ser puesta en segundo plan por el propio Poder Judicial como si fuera una especie de “justicia de 2ª clase”. La emancipación del juzgador

Rights Seriously” [Descarcelación: principios para una política pública de *reducción de la cárcel (desde un garantismo radical)*. Op. cit., p. 65-66 – destacados en el original].

⁶²⁸ DWORKIN, Ronald. *Llevando en serio a los derechos* (título original: taking rights seriously, trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Justicia y Derecho), p. 283 y siguientes.

⁶²⁹ Cf. SANDEL, Michael J. *Justicia – qué es hacer la cosa cierta* (título original Justice, trad. Heloisa Matias y Maria Alice Máximo). 4ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011, p. 325.

⁶³⁰ Op. cit., p. 330.

debe considerar un cambio de prioridades de una justicia numérica para aquella que no sólo enaltezca a la dignidad de la persona humana por un lado, pero que por otro contribuya para la verdadera emancipación del individuo detenido.

Dentro del ámbito de la ejecución penal, enfatizo que el objetivo no es aumentar el “lujo” de las prisiones, sino que el puro y simple rescate de su dignidad. Dignidad no solamente de los detenidos, pero de todos los que allá trabajan. Citando el ejemplo de la República Dominicana, ELÍAS CARRANZA afirma que “... lo más importante del ejemplo Dominicano es que nos corrobora que sí se pueden cambiar nuestras cárceles y establecer los derechos humanos en nuestros sistemas de justicia penal si contamos con dos condiciones indispensables: un equipo de gente honesta y dedicada a tiempo completo para hacerlo, y decidida y sostenida decisión política. Es difícil, es duro, pero sí se puede”⁶³¹.

En la ejecución penal debe de haber el comprometimiento no sólo del Estado, pero de los demás órganos que integran al sistema penal, a fin de que la actuación del juez, normalmente asimétrica en el proceso de conocimiento (pues en esta etapa es que se va a sobrevivir eventual sentencia de mérito condenatoria, cuyo carácter mandatorio se le es inherente), sea más simétrica. Una vez que, en la Ejecución Penal el magistrado no está más dictando a una sentencia de forma asimétrica, o sea, desde arriba para abajo. El objetivo es hacer cumplir al mandamiento de la sentencia, de tal suerte que el sentenciado cumpla a lo que le fue imputado, ni más, ni menos. Y estando en un ambiente indigno el sentenciado está evidentemente a cumplir más de lo que le fue imputado. Además de eso, el magistrado de la ejecución penal debe de asegurar que el cumplimiento de la sentencia ocurra sin el menoscabo de los derechos fundamentales garantizados al condenado. Luego, su actuación en esta etapa no se revestirá de la asimetría que se le es peculiar.

Dentro de eso panorama definiendo la *emancipación* del juez, para que pueda ministrar a lo que sea necesario para minimizar al problema carcelario, bien como la *emancipación* del propio sentenciado, en una perspectiva de “vía de doble mano”, para que también tenga la oportunidad, si así se desea, de dar su contrapartida para contribuir positivamente con la disminución de los problemas sentidos en el ámbito de la ejecución de pena que, a su vez, también debe ser objeto de emancipación, a fin de formar un verdadero *derecho de ejecución penal*.

Como mi padre siempre dice, “las palabras convencen, pero los ejemplos arrastran”. Mientras se haga vista gruesa y no se trabajar *efectivamente* y en conjunto para cambiar a los referenciales y ejemplos que tenemos, el “estado de cosas inconstitucional” prevalecerá.

⁶³¹ Cf. Derechos humanos, criminalidad y justicia penal en América Latina en el siglo XXI. In AMARAL MACHADO, Bruno (coord.). Justicia Criminal y democracia. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundación Escuela Superior del Ministerio Público del Distrito Federal y Territorios, 2013, p. 412.

Es necesario mejorar a nuestra conducta, creando un espacio de proactividad de todos los lados para que cada uno asuma a su papel – Estado, juez, promotores, defensores, abogados, fuerzas de seguridad y demás actores implicados y también del detenido. En caso contrario, qué prevalecerá es el triste ejemplo que tenemos hoy, de aumento exponencial de la criminalidad, de omnipresencia de la corrupción en todas las instancias de poder y de ejecución penal inoperante. La sensación (que se torna ejemplo que “arrastra”) es que el crimen y la abominable “manera brasileña” “compensan”.

10. Consideraciones finales – “cenas de los próximos capítulos”

En el transcurso de esta investigación formamos algunas *premisas* importantes, que nos guiarán en la difícil tarea de concebir a un *magistrado crítico y global*.

La *primera* tiene relación con la aún presente (y fuerte) influencia de los ideales iluministas y de la modernidad sobre nuestras instituciones, entre ellas la cárcel y el Poder Judicial, que todavía están predominantemente inmersas en un esquema criminológico tradicional. Advertiremos que este trabajo jamás objetivó la “crítica por la crítica” del iluminismo, de la modernidad, del capitalismo, de la criminología tradicional o del positivismo, tampoco tenemos la inocente creencia de que toda una dinámica consolidada hace siglos pueda ser mágicamente modificada “del día para la noche”. Qué insistimos ser importante es el *conocimiento* del origen de las instituciones para que se pueda enfrentar, de forma *efectiva*, a sus problemas reales, proponiendo soluciones reales. Luego, *conocimiento y efectividad* son palabras-clave para el enfrentamiento de la cuestión carcelaria. Pero el hecho es que, especialmente dentro de la perspectiva socio-criminal que aquí estudiamos, el iluminismo no trajo emancipación. Dominar a la naturaleza no es lo mismo que dominar a nosotros propios, ser los señores de nuestras vidas y de nuestros destinos.

La *segunda* premisa es reflejo de la anterior, o sea, si admitimos que los ideales modernos están arraigados en nuestras instituciones, ellos están, vía de consecuencia, presentes en las personas que se las componen. Este es el caso, precisamente, de los actores que integran al “sistema” penal, entre los cuales se insiere el magistrado, enfoque de esta investigación.

La *tercera* premisa es que no hay como concebir solamente soluciones formales a la cuestión carcelaria. Debe de trascender a la mera elaboración de comunicados e informes de un órgano a otro. Además de eso, no es posible esperar solamente que el juez haga milagro. Él debe de contar con el respaldo de una voluntad política, además de la *efectiva* participación de todos los sujetos que integran al “sistema penal”: promotores, defensores, abogados, personal penitenciario, entidades de apoyo, sociedad, en verdadero “litisconsorcio activo” de instituciones y personas mandatarios de la voluntad popular⁶³², todos orientados por una perspectiva verdaderamente humanista y que converja a un objetivo común: hacer mejor la ejecución penal.

Como visto, hay un abismo entre el sistema carcelario previsto en la Ley de Ejecución Penal y el constatado en la realidad y enfrentado por los operadores de derecho todos los

⁶³² El término “litisconsorcio activo” en esta situación fue cuñado por el Prof. RENÉ ARIEL DOTTI (La crisis en el sistema penitenciario”. Op. cit., p. 14).

días. Y la *premisa de la humanidad* es la tónica que debe nortear a cualquier iniciativa bien-sucedida en el ámbito de las ejecuciones penales.

Muchas veces, el excesivo apego a la legislación por los juristas (y por el magistrado) sin considerar principios como el de la humanidad, el de la dignidad de la persona humana, bien como los tratados internacionales en materia de derechos humanos hace con que haya en estrechamiento de visiones de mundo. Eso porque ni todo qué está idealmente establecido en la ley refleja a la realidad, el mundo de los hechos.

Se quedó claro también que el magistrado no es el único responsable por el caos en el sistema penitenciario. Mientras perdurar los niveles de pobreza en Brasil y la amplia desigualdad social, los problemas de ejecución penal permanecerán, independientemente del cambio o no de las leyes y de códigos. Pero, no se puede olvidar de su parcela de responsabilidad para contribuir con la solución del problema, asumiendo una actuación no solamente asimétrica, pero que enaltezca a la protección de los derechos humanos de los individuos encarcelados. Enfrentar a la crisis sin el correspondiente mejoramiento de la sociedad es un desafío hercúleo para el juez. Pero que debe de ser enfrentado.

Cada gestor o actor del sistema penal y penitenciario debe entender bien a su papel y desempeñarlo bien, haciéndose una efectiva y eficiente red multi-disciplinar. Como defendido en el ámbito de esta investigación, la función del juez en la ejecución penal es de garantía, diferente de la función del juez en el proceso de conocimiento.

En lo que se refiere específicamente al magistrado, frecuentemente vemos que la gran mayoría trabaja – y mucho. Sin embargo, por cuenta de las exigencias de una justicia basada meramente en números, en la emisión de informes y en el cumplimiento de metas, todavía prevalece una visión de cierta conformidad con el estado actual de cosas. Eso desencadena una postura pasiva del magistrado, de no reclamar, de no expresar públicamente a sus ideas, para fines de preservar a una utópica imparcialidad. Una verdadera situación de *bipolaridad* que asola a los magistrados, que mismo reclamando (en foros internos) siguen al sistema y dejan de autoafirmarse en la sociedad como detenedores de derechos y, sobre todo, defensores y guardianes de estos derechos. Eso repercute en una justicia tecnicista, apegada a números y desapegada a la calidad. Ambos – productividad y calidad – pueden y deben caminar juntos⁶³³.

No hay como el magistrado entrar en la casa y en la vida de todas las partes en conflicto para entender mejor a la controversia que se le es puesta a enfrentamiento. Principalmente considerando que en la mayor parte de las veces el magistrado está sólo,

⁶³³ Basta ver al sitio del TJ del Estado de Paraná (www.tjpr.jus.br) y del CNJ (www.cnj.jus.br) para percibir la infinidad de iniciativas como trabajos conjuntos, que preconizan la resolución de varios casos 'por arrastramiento', sin la necesaria percepción del problema social subyacente a cada uno de ellos.

teniendo que gerenciar a un sistema en crisis sin cualquier apoyo político, social y estructural. Sin embargo, es posible desvendar, aunque poco, a la *Themis* dentro del juez para que vea más a las personas a su alrededor y no tanto al número que la representa⁶³⁴.

Además, y aquí abro a un paréntesis importante, las representaciones iniciales de la *Iusticia* por parte del imperio romano no la presentaban como una mujer destituida de visión, del mismo modo que la *Themis* del panteón griego. Ya PAULO FERREIRA DA CUNHA incluso destaca que la “venda” en los ojos de la diosa de la justicia nunca existió, habiendo sido en realidad, una parodia que ha surgido por los siglos XIV-XVI a fin de simbolizar la venda en el emperador que nada ve, habiendo sido realizada una “recuperación/evolución intelectualizadora/justificadora” para que la venda simbolizase a la propia justicia. Ya VICTOR CAVALLINI defiende que una de las primeras representaciones de la justicia vendada tenga sido vehiculada en la obra de SEBASTIAN BRANT *Nau de los tolos (Das Narrenschiff)*, publicada en alemán al año de 1494⁶³⁵.

El gran desafío es, conscientes de que la actuación del magistrado es reflejo del mismo proceso histórico que diseñó a la criminología y a la ejecución de pena tal cual la concebimos hoy, buscar desarrollar métodos tanto para dar efectividad al principio de la *independencia* del juez (como derecho humano fundamental que es), bien como para trans-cambiar la *imparcialidad*, a fin de que se aleje de la noción de mera indiferencia. Para eso, se hace necesario deconstruir a los conceptos de independencia e imparcialidad del juez (que son derechos fundamentales del magistrado), a fin de que se adapten a una realidad crítica y “global”. Además de eso, mecanizar a la actividad del juez significa restringir a su libertad de expresión, qué atenta contra las garantías antes mencionadas. La justicia, por lo tanto, jamás puede ser ciega e ignorar/ser indiferente a las enormes desigualdades propias de un contexto histórico de modernidad y posmodernidad.

Un paso importante sería minimizar, o mejor, *racionalizar* la tendencia creciente de homogeneización de discursos, que naturalmente asolan a la carrera por cuenta de los inúmeros esfuerzos de estandarización de entendimientos, manifestados en Brasil en varias circunstancias, siendo ejemplo la edición de súmulas (muchas vinculantes). Es necesario que se rescate a la *alteridad* en la magistratura, o sea, el respecto a la diferencia, el

⁶³⁴ Cf. conferencia de iniciativa del Ministro EDSON FACHIN dentro del proyecto “Hora de Actualización. Íntegra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QNnPWAh63WM> (acceso en 25.06.2017).

⁶³⁵ CAVALLINI, Victor. *La justicia de ojos vendados: los discursos jurídicos de la creación judicial del derecho bajo la mirada de una estética marxista*. Tesis Doctoral presentada para obtención del grado de Doctor en Derechos – programa de posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Santa Catarina – UFSC, área de concentración: Teoría, Filosofía e Historia del Derecho. Florianópolis, 2016, p. 17. La ilustración contenida en el libro retrata a uno de los personajes atando una venda sobre los ojos de la justicia, qué, en el contexto de la obra, sugeriría que estaría, por las manos de este hombre, siendo destituida de su habilidad de ver a la realidad a su alrededor de forma adecuada.

enaltecimiento del carácter de heterogeneidad de sus miembros, evitando que la simbología de la justicia, en vez de ser retratada por la Themis, sea tristemente representada por una “máquina de hacer copias” (las famosas “máquinas de Xerox” o, actualizando la comparación, la “copia y pega” del ordenador), parafraseando la analogía al Derecho que no queremos, realizada por PAULO FERREIRA DA CUNHA⁶³⁶. Para eso, se sugiere que en los concursos se busque personas con esa filosofía y no solamente aquellos que pretenden pasar en las pruebas simplemente para poder alcanzar la estabilidad y un determinado estándar de vida que la carrera ofrece en un ambiente político y económico inestable, como el brasileño⁶³⁷. También es necesario que el concepto de “alteridad” sea adoptado entre los propios jueces. Una vez que, como recientemente afirmado por el magistrado MÁRCIO TOKARS en red social: “... saber discordar o quedarse vencido es un arte reservada a los sabios”.

Una sociedad solamente es libre con un Poder Judicial independiente en su plenitud, que asegure, de forma intransigente, a todos los derechos de la población que busca el Judicial. Pero es necesario que el magistrado independiente, crítico y global (específicamente el actuante en el ámbito de la ejecución penal, que es tal vez la fase más importante en todo el proceso penal, pues es la que va a darle o no efectividad) esté en sintonía con el *principio de la humanidad*. En otras palabras, el juez para decidir debe de estar vinculado a la ley, a los hechos, a las pruebas y, sobre todo, a los principios, como es el caso de la dignidad de la persona humana. Conforme destaca NUCCI, “... la justicia, de cuya imagen se sirve la mujer de ojos vendados, no puede usar a su fuerza para consagrar y celebrar a la incoherencia, la inconstancia y la parcialidad”⁶³⁸. Un juez crítico y global debe de estar preparado para manejar y mitigar a los desnecesarios embates entre “derechos humanos” y “seguridad pública”, utilizando la fuerza de su “bolígrafo” y haciendo valer la autoridad de su decisión, sin descuidarse del respecto al próximo, dentro de una perspectiva humanista.

Y más: el juez de la ejecución penal debe de estar aún más en sintonía con los principios, como es el caso de la humanidad. Debe fomentar al tratamiento adecuado, entendiendo que el concepto de seguridad pública no es basado en la contención, aunque

⁶³⁶ Según el profesor, son necesarios nuevos vientos para que se permita una sociedad libre (qué no se confunde con libertinaje u opresión), igualitaria, fraterna y humanista en que la persona pueda realizarse. Y esa igualdad debe venir en el sentido positivo y no de estandarizar y debe respetar a la individualidad. Cf. conferencia de iniciativa del Ministro EDSON FACHIN dentro del proyecto “Hora de Actualización”. Íntegra disponible en: <https://www.youtube.com/watch?v=QNnPWAh63WM> (acceso en 25.06.2017).

⁶³⁷ En los concursos solamente se pregunta sobre teorías nuevas, diferentes nomenclaturas para se decir lo mismo. El monto de energía gasta es enorme. Preocupación con “perfumaría” y no con lo que es esencial. En las pruebas, en vez de preguntar al nombre de algo, el candidato debería ser llevado a resolver alguna cuestión práctica, real, para fines de evaluación de su sensibilidad.

⁶³⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. *Derechos humanos versus seguridad pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016, p. XIV (introducción).

no la niegue, pero sí calcado en el respecto a los derechos humanos, con rescate de la dignidad de la persona humana. Y esa humanidad es una “vía de doble mano”, que debe de ser también incentivada en la persona segregada, incluso a través de la ampliación del espectro de institutos como el de remisión de pena, para contemplar actitudes humanitarias como forma de cumplimiento de pena y como medio de desarrollo de sentido de responsabilidad en los detenidos y, vía de consecuencia, de *emancipación*. Una vez que, la contrapartida social a través del instituto de remisión es tal vez qué más podría aproximarse de un ideal de resocialización, que sabemos estar aún más lejos de ser alcanzado.

Es decir, el paradigma debe cambiar y el juez de ejecución penal debe ser uno de los responsables por considerar ese cambio de paradigma, entendiendo que su papel es, sobre todo, de garante de derechos humanos y fundamentales. Luego, engañase quien piensa que con eso el juez está a asumir responsabilidad que no le pertenece. Hay responsabilidad del Poder Judicial y él, así como los demás operadores del sistema penal, deben involucrarse y comprometerse en la solución de eso grave problema que se hizo la ejecución de la pena el Brasil.

Urgente es, por lo tanto, la construcción de un *magistrado global*, independiente y sensible a los problemas sociales, y que sea al mismo tiempo fuerte para cohibir a los casos de ilícitos – incluso a los llamados “atípicos”⁶³⁹ – verificados, sobre todo, en el ámbito de la criminalidad de Estado y del poder, y sensible para manejar con la inmensa cantidad de detenidos marginalizados por una sociedad extremadamente desigual. Luego, la fuerza de la espada debe caminar junto con la sensibilidad, con el equilibrio, la prudencia y, sobre todo, con la humanidad. El cambio es muy sutil y es, justamente el sutil el estadio más difícil de ser alcanzado. Basta, solamente, que Themis “abra a su ojo”.

Según ROY MURILLO, el trabajo del juez de ejecución penal es muy gratificante, pero vencer al problema carcelario sólo es imposible y todos sabemos eso. Según sus palabras, la prisión es una especie de “monstruo a la que de vez en cuando logro pegarle grandes pellizcos y con eso me conformo, que desde la misma institucionalidad se denuncie y cuestione el estado de nuestras cárceles ya es una ganancia enorme”. De esa forma, al menos la denuncia es un instrumento importante de combate al estado de cosas inconstitucional que se hizo el sistema carcelario brasileño, sea a través de las decisiones tomadas por los magistrados y por las otras tantas pequeñas actitudes, que son adoptadas

⁶³⁹ El concepto de “ilícitos atípicos” fue construido por MANUEL ATIENZA y JUAN RUIZ MANERO en su obra de mismo nombre [*Ilícitos atípicos: sobre el abuso de derecho, fraude a la ley y desvío de poder* (título original: *Ilícitos atípicos*, trad. Janaina Roland Matida). 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2014], siendo tal concepto adoptado por el Min. GILMAR MENDES del STF cuando apreció y, 18.03.2016 a la Medida Cautelar en Mandado de Seguridad 34.070/DF, impetrada por el Partido Popular Socialista en contra el nombramiento del Ex Presidente Luiz Inácio Lula da Silva para el Cargo de Ministro Jefe de la Casa Civil (disponible en www.stf.jus.br - acceso en 09.04.2016).

días tras día por el juez comprometido con los derechos fundamentales, que insistimos en esta investigación en defender.

En las palabras del Profesor RENÉ ARIEL DOTTI en conferencia proferida para magistrados brasileños actuantes en la ejecución penal⁶⁴⁰, tratase de una ardua misión del magistrado, no solamente terrena, pero sobre todo espiritual, de hacer con que el detenido no sufra más que la pérdida de su libertad.

Ya en lo que se refiere a la ejecución penal en sí, su efectivo cambio/*turn point* va mucho allá de cambiar a la estructura física y la arquitectura de las cárceles, o mismo construir más establecimientos penales. Necesariamente pasa por tratar a los detenidos como seres humanos capaces de contribuir para su resocialización. La estructura, por lo tanto, debe propiciar *oportunidades*. Como dicho líneas atrás, la mayor queja de los detenidos es esta, mucho más incluso que la falta de estructura en sí. Luego, es urgente traer la idea de *emancipación* para el sistema carcelario, cuya dinámica vigente lejos de emancipar, solamente esclaviza y fideliza el sujeto detenido, que reiteradamente regresa, en un círculo vicioso. Y el papel de los operadores del sistema, incluso del juez crítico, global e independiente que defendemos, dentro de la perspectiva “CARE” antes mencionada, es de romper a esa espiral negativa, a través de institutos, como el de remisión de pena. Una vez que, independientemente de nos posicionar o no como garantistas, de acuerdo con el sistema penal y procesal penal hoy vigente el individuo detenido regresa a las calles, en la mayor parte de las veces peor, siendo necesario convivir con esa realidad y no solamente “dejarla invisible”.

La implementación de un magistrado crítico y global es un inmenso desafío dentro de una realidad en la cual la exigencia de una justicia “rápida” y “barata” es un camino irreversible, qué inexorablemente fulmina a la “calidad” de la prestación jurisdiccional. Sin embargo, dentro de una actuación más principiología, posible de ser adoptada en sede de ejecución penal, podemos alcanzar a una mejora posible, mitigando el “miedo” que las personas normalmente tienen de los jueces⁶⁴¹.

Retomando qué fue dicho al inicio de este trabajo sobre las dificultades para ingreso en la magistratura, los años e interminables horas de estudio y la inconmensurable alegría de la aprobación, toda esa fuerza y entusiasmo que permea el difícil proceso de estudio deben ser perpetuados. Es justamente el estado de espíritu de este instante en que tomamos conocimiento de la aprobación todo lo que la sociedad espera de nosotros, como

⁶⁴⁰ Foz do Iguaçu – PR, 04 y 05.05.2017.

⁶⁴¹ Como ya se ha dicho, y a diferencia de lo que sostiene el ex Ministro EROS GRAU en la citada obra *Por que tenho medo dos juizes* (8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017) entiendo que una actuación del magistrado centrada no sólo en la ley, sino también en principios y valores, aproximará más su figura de la población, eliminando el pedestal imaginario y humanizando su figura. Después de todo, un juez es una persona y no hay como huir de esta realidad.

recientemente dicho en un discurso de posesión para el cargo de juez del Tribunal de Justicia del Estado de Piauí y que ha “viralizado” en la internet.

Que no se pierda ese entusiasmo, mismo con todas las dificultades que encontramos en el camino. Por experiencia propia, vale la pena ser magistrado.

Referencias

- ABREU MARTINS, Lucilene. Garantias e privilégios do crédito tributário. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=8789 (acesso em 31.01.2018).
- ADORNO, Theodor; HORKHEIMER, Max. *Dialéctica de la Ilustración. Fragmentos Filosóficos*. (título original: Dialektik der Aufklärungder, trad. Juan José Sánchez). 4ª ed., Madrid: Editorial Trotta S.A., 1998.
- AFONSO DA SILVA, Virgílio. Integração e diálogo constitucional na América do Sul. In: VON BOGDANDY, Armin; PIOVESAN, Flávia; MORALES ANTONIAZZI, Mariela (coord.), *Direitos humanos, democracia e integração jurídica na América do Sul*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 529.
- AGOSTINHO, Santo. *Confissões* (trad. Alex Martins). São Paulo: Editora Martin Claret, 2003.
- ALENCAR, Luiz Carlos Fontes de. A lição de Rui: crime de hermenêutica, a hipérbole do absurdo. *Revista de Direito Renovar*, v. 16, p. 31-36, jan./abr. 2000. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/8429/A_Li%c3%a7%c3%a3o_de_Rui_Crime.pdf (acesso em 26.11.2016).
- ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales* (título original: Theorie der Grundrechte, trad. Carlos Bernal Pulido). 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012 (Colección El Derecho y la Justicia).
- ALVES CAPPELLE. Mônica Carvalho *et. al. Relações de Poder Segundo Bourdieu e Foucault: uma Proposta de Articulação Teórica para a Análise das Organizações*. Organizações Rurais & Agroindustriais, Lavras, 2005, v. 7, n. 3, p. 356-369. Disponível em [http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/43936/2/Artigo%209%20\(05.196\).pdf](http://ageconsearch.umn.edu/bitstream/43936/2/Artigo%209%20(05.196).pdf) (acesso em 03.02.2014).

ALVES PEREIRA, Antônio Celso. Antônio Augusto Cançado Trindade e a humanização do direito brasileiro. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. Vv. 12, n. 12, 2012, p. 59-69.

AMARAL MACHADO, Bruno (coord.). *Justiça Criminal e democracia*. São Paulo: Marcial Pons; Brasília: Fundação Escola Superior do Ministério Público do Distrito Federal e Territórios, 2013.

AMORIM MACHADO, Felipe Daniel; COSTA OLIVEIRA, Filipe. *Detração nas medidas cautelares pessoais: é possível?* Site Empório do Direito, 2015. Disponível em <http://emporiododireito.com.br/detracao-nas-medidas-cautelares-pessoais-e-possivel-por-felipe-daniel-amorim-machado-e-filipe-costa-oliveira/> (acesso em 26.05.2017).

ANDRIGHI, NANCY. *Poder Judiciário brasileiro: quinto constitucional, conciliador e juiz leigo*. Disponível em: [http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27659/Legitimacao Democratica Poder.doc.pdf](http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27659/Legitimacao_Democratica_Poder.doc.pdf) (acesso em 19.07.2016).

AQUINO DOS ANJOS, Icaro Leandro. *A importância do exame criminológico na execução penal*. 2016. Disponível em: <https://juridocerto.com/p/icarodosanjos/artigos/a-importancia-do-exame-criminologico-na-execucao-penal-2340> (acesso em 10.04.2018).

ARBEX, Daniela. *Holocausto brasileiro*. São Paulo: Geração Editorial, 2013.

ARENDT, Hannah. *Eichmann em Jerusalém: un estudio sobre la banalidad del mal* (título original: *Eichmann in Jerusalem*, trad. Carlos Ribalta). 4ª ed., Barcelona: Editorial Lumen S.A., 2003.

_____. *Eichmann em Jerusalém* (título original: *Eichmann in Jerusalem*, trad. José Rubens Siqueira). 16 ed. São Paulo. Companhia das Letras, 1999.

_____. *Los Orígenes del totalitarismo* (título original: *The origins of totalitarianism*, trad. Guillermo Solana). Madrid: TAURUS, 1998.

- _____ *Responsabilidade e Julgamento: Escritos Morais e Éticos*. (trad. Rosaura Eichenberg). São Paulo: Companhia das Letras, 2004.
- _____ *Sobre a violência* (trad. André de Macedo Duarte). Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2009.
- ARNAUD, André-Jean; LOPES JR., Dalmir (org.). *Niklas Luhmann: do sistema social à Sociologia Jurídica*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.
- ATIENZA, Manuel. *Filosofía del Derecho y transformación social*. Madrid: Editorial Trotta, 2017.
- _____ *Podemos hacer más*. Madrid: Pasos Perdidos, 2013.
- ATIENZA, Manuel; RUIZ MANERO, Juan. *Ilícitos atípicos: sobre o abuso de direito, fraude à lei e desvio de poder* (título original: Ilícitos atípicos, trad. Janaina Roland Matida). 1ª ed., São Paulo: Marcial Pons, 2014.
- ÁVILA, Humberto. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*. 5. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. atual. São Paulo: Malheiros, 2004.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología Crítica y Crítica del Derecho Penal: Introducción a la Sociología Jurídico-Penal* (título original: Criminologia Critica e Critica del Diritto Penale, Introduzione alla Sociologia Giuridico-Penale, trad. Álvaro Búnster). Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores Argentina, 2004.
- _____ *Política Criminal. Memorias Foro de Política Criminal*. Pontificia Universidad Javeriana – Facultad de Ciencias Jurídicas, Santa Fe de Bogotá, 1998, colección seminarios n. 9, p. 25-78.
- BARBACETTO, Gianni; GOMEZ, Peter; TRAVAGLIO, Marco. *Operação mãos limpas: a verdade sobre a operação italiana que inspirou a Lava Jato*. Porto Alegre: CDG, 2016.

BARBOSA, Rui. *Oração aos Moços*. Disponível em <http://www.ebooksbrasil.org/eLibris/aosmocos.html> (acesso em 06.06.2014).

BARBOSA E SILVA, Adrian. Teoria agnóstica e a crise das funções da pena na era do punitivismo. *Revista de Criminologia e Ciências Penitenciárias*, ISSN 2238-1678, São Paulo, ano 3, n. 2 (junho/julho/agosto de 2013), p. 365-376. Disponível em: https://www.academia.edu/4373985/Teoria_Agnóstica_e_a_Crise_das_Funções_da_Pena_na_Era_do_Punitivismo (acesso em 26.03.2015).

BARCELLOS, Ana Paula de. Violência urbana, condições das prisões e dignidade humana. in *Revista de Direito Administrativo*, n. 254, p. 39-65.

BARROS, Lyvia Ramos Sales Mendes de. OLIVEIRA, Giordana Bruno Leite de. A vitimologia e os novos institutos de proteção à mulher vítima de crimes. Disponível em <http://www.ufpb.br/evento/lti/ocs/index.php/17redor/17redor/paper/view/195> (acesso em 25.01.2014).

BATISTA, Nilo. *Introdução crítica ao Direito Penal brasileiro*. 11ª ed., Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

_____. *Matrizes ibéricas do sistema penal brasileiro I*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002 – 1ª reimpressão novembro de 2013 (Coleção Pensamento Criminológico; 5).

BATISTA, Vera Malaguti. *Introdução crítica à criminologia brasileira*. Rio de Janeiro: Editora Revan, 2011.

BAUMAN, Zygmunt. *Modernidad líquida* (título original: *Liquid modernity*, trad. Mirta Rosemberg e Jaime Arrambide Squirru). Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica de Argentina S.A., 2004.

BELLEI, Ricardo J. *O livre-arbítrio e o mal em Santo Agostinho*. Disponível em: http://www.revistamirabilia.com/sites/default/files/pdfs/2010_02_04.pdf (acesso em 02.04.2014).

BENJAMIN, Walter. *Sobre el Concepto de Historia* (trad. Bolívar Echeverría). Disponível em: <http://histomesoamericana.files.wordpress.com/2012/02/benjamin-sobre-el-concepto-de-historia.pdf> (acesso em 02.02.2015).

BENTHAM, Jeremy. *An introduction to the principles of morals and legislation*. Kitchener (Ontario): Batoche Books, 2000, Disponível em <http://socserv2.socsci.mcmaster.ca/econ/ugcm/3ll3/bentham/morals.pdf> (acesso em 21.02.2015).

BERGALLI, Roberto. La estructura judicial en América Latina. In: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Pena y estructura social* (título original: Punishment and social structure, trad. Emilio García Méndez). Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, Colección Pensamiento Jurídico Contemporáneo, v. 1. p. XVII-XLIV.

_____ *Las Funciones del Sistema Penal en el Estado Constitucional de Derecho, social y democrático: perspectivas sócio-jurídicas*. In *Sistema Penal y Problemas Sociales* – coord. ROBERTO BERGALLI. Valencia: Tirant lo Blanch Alternativa, 2003.

_____ Poder político y derechos humanos en América Latina (autoritarismo y democracia). *Nuevo Foro Penal*, Colômbia, março de 1989, n. 43, p. 83-106.

BERGER, Peter L.; LUCKMANN, T. *La Construcción Social de la Realidad* (título original: The Social Construction of Reality, trad. Silvia Zuleta). Buenos Aires: Amorrortu Editores, 2001.

BERNAL SARMIENTO. Carlos Ernesto; FORERO CUÉLLAR, Alejandro. *Redefiniendo la Cuestión Criminal: Crímenes de Estado, Atrocidades Masivas y Daño Social*. *Presentación*. Disponível em: http://www.academia.edu/4706839/Redefiniendo_la_cuestion_criminal_crimes_de_estado_atrocidades_masivas_y_dano_social_Presentacion (acesso em 18.11.2013).

BESTER, Gisela Maria. *Direito Constitucional: fundamentos teóricos*. São Paulo: Manole, 2005, v. I.

BITTAR, Eduardo C. B. *Curso de filosofia do direito*. 10 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

BIZZOTTO, Alexandre. *A mão invisível do medo e o pensamento criminal libertário: as dificuldades do fortalecimento da crítica criminal libertária em face da exploração econômica do medo e seus vetores punitivistas*. Tese Doutoral apresentada para obtenção do grau de Doutor em Direito – programa de pós-graduação em Direito da “Universidade Vale do Itajaí - UNIVALI”, área de concentração: Constitucionalidade, Transnacionalidade e Produção do Direito. Itajaí, 2015.

BLACK, Edwin. *A guerra contra os fracos: a eugenia e a campanha dos Estados Unidos para criar uma raça dominante* (trad. Tuca Magalhães). São Paulo: A Girafa, 2003.

BOBBIO, Norberto. *Teoria do Ordenamento Jurídico* (título original: Teoria dell'ordinamento Giuridico, tradução para o português de Maria Celeste Cordeiro Leite dos Santos). Brasília: Polis unb, 1991.

BORTOLANZA, Ana Maria Esteves. A educação burguesa em *Viagens de Gulliver*: apontamentos para uma leitura na perspectiva histórica do texto literário clássico. *Cadernos de História da Educação*, v. 14, n. 1, jan./abr. 2015, p. 137-148. Disponível em: www.seer.ufu.br/index.php/che/article/download/32110/1732 (acesso em 29.06.2017).

BOURDIEU, Pierre. *Meditaciones Pascalianas* (título original Méditations Pascalienes, trad. Thomas Kauf). Barcelona: Editorial Anagrama, 1999.

_____ *O poder simbólico* (título original: Sur le pouvoir symbolique, trad. Fernando Tomaz). Lisboa: DIFEL e São Paulo: Editora Bertrand Brasil S.A., 1989.

_____ *Sociologia* (coletânea organizada por Renato Ortiz, trad. Paula Montero e Alicia Auzmendi). São Paulo: Ática, 1983.

_____ *Sociología y Cultura* (título original: Questions de Sociologie, trad. Martha Pou). Miguel Hidalgo, México: Editorial Grijalbo, 1990.

BUARQUE DE HOLANDA, Sérgio. *Raízes do Brasil*. 26ª ed., São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

BUSTOS RAMÍREZ, Juan. Estrutura jurídica y Estado en América Latina. In: RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Penal y estructura social* (título original: Punishment and social structure, trad. Emilio García Méndez). Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, Colección Pensamento Jurídico Contemporáneo, v. 1. p. XLV-LVII.

CALMON, Eliana. *A magistratura pede socorro*. Disponível em: http://bdjur.stj.jus.br/jspui/bitstream/2011/27456/Magistratura_Pede_Socorro.doc.pdf (acesso em 19.07.2016).

CALVEIRO, Pilar. *Política y/o Violencia: Una Aproximación a la Guerrilla de los Años 70*. Buenos Aires: Grupo Editorial Norma, 2008 – en verticales de bolsillo.

CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. *A humanização do Direito Internacional*. 2ª ed., Belo Horizonte: Del Rey, 2015.

CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 6. ed. Coimbra: Almedina, 2002.

CARVALHO, Salo de. *Antimanual de Criminologia*. 6ª ed. (2ª tiragem), São Paulo: Saraiva, 2015.

_____ *Aplicação da pena e garantismo*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

_____ (coord.). *Crítica à Execução Penal*. 2ª ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CARVALHO, Salo de; HERRERA FLORES, Joaquín; SANCHEZ RÚBIO, David (organizadores). *Direitos humanos e globalização: fundamentos e possibilidades desde a teoria crítica*. Anuário Íbero-americano de Direitos Humanos 2003/2004. 2ª ed., Porto Alegre: EDIPUCRS, 2010.

CASTELLS, Manuel. *Globalización, Estado y sociedade civil: el nuevo contexto histórico de los derechos humanos*. ISEGORIA/22, 2005, p. 5-17. Disponível em: <http://isegoria.revistas.csic.es/index.php/isegoria/article/viewArticle/518> (acesso em 02.05.2014).

CAVALLINI, Victor. *A justiça de olhos vendados: os discursos jurídicos da criação judicial do direito sob o olhar de uma estética marxista*. Tese Doutoral apresentada para obtenção do grau de Doutor em Direito – programa de pós-graduação em Direito da Universidade Federal de Santa Catarina - UFSC, área de concentração: Teoria, Filosofia e História do Direito. Florianópolis, 2016.

CICHOCKI NETO, José. *Limitações do acesso à justiça*. Curitiba: Juruá, 1998.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 3ª ed., Curitiba: ICPC e Lumen Juris, 2008.

CODINO, Rodrigo. Por uma outra criminologia do terceiro mundo: perspectivas da criminologia crítica no sul (trad. Salo de Carvalho). *Revista Liberdades (IBCCRIM)*. São Paulo, Ed. 20, set./dez. 2015, p. 22-35.

COHEN, Stanley. *Folks Devils and Moral Panics: The Creation of mods and Roker*. Oxford: Routledge Classics, 2011.

_____ *Human Rights and Crimes of the State: the Culture of Denial*. Australian and New Zealand Journal of Criminology, 1993.

CORREIA, Adriano. *O conceito de mal radical*. Trans/Form/Ação, São Paulo, 2005, 28(2): 83-94. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/trans/v28n2/29415.pdf> (acesso em 29.03.2014).

CRETELLA JÚNIOR, José. *Curso de filosofia do direito*. 11ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

DA ROS, Luciano. O custo da justiça no Brasil: uma análise comparativa exploratória. *The Observatory of Social and Political Elites in Brasil*. Universidade Federal do Paraná (UFPR) e Núcleo de Pesquisa em Sociologia Política Brasileira (NUSP), 2015, v. 2, n. 9 (julho de 2015). Disponível em: <http://observatory-elites.org/wp-content/uploads/2012/06/newsletter-Observatorio-v.-2-n.-9.pdf> (acesso em 14.07.2016).

DELACAMPAGNE, Christian. *La banalización del mal: acerca de la indiferencia* (título original: *De l'indifférence: essai sur la banalisation du mal*, trad. Paula Mahler). Buenos Aires: Ediciones Nueva Visión, 1999.

DEL OLMO, Rosa. *América Latina e sua criminologia* (título original: *América Latina y su criminología*, trad. Francisco Eduardo Pizzolante e Sylvia Moretzsohn). Rio de Janeiro: Editora Revan, 2004 (Coleção Pensamento Criminológico; 9).

DONATO, Verônica Chaves Carneiro. *O Poder Judiciário no Brasil: estrutura, críticas e controle*. Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza, 2006.

DOSTOIÉVSKI, Fiódor. *Recordações da casa dos mortos* (trad. Nicolau S. Peticov). São Paulo: Ed. Nova Alexandria, 2006.

DOTTI, René Ariel. A crise no sistema penitenciário. Texto adaptado do artigo *A crise do sistema penal*, publicado na Revista dos Tribunais, vol. 768, p. 421 e s. 2003. Disponível em: <http://www.egov.ufsc.br/portal/sites/default/files/anexos/12441-12442-1-PB.pdf> (acesso em 04.07.2017).

_____. *Bases e alternativas para o sistema de penas*. 2ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. *Declaração Universal dos Direitos do Homem e notas da legislação brasileira*. 3ª ed., São Paulo: Lex Editora, 2006.

_____. O pobre no Direito Penal e no Processo Penal. *Jornal Gazeta do Povo*, 03.11.2015. Disponível em: <http://www.gazetadopovo.com.br/vida-publica/justica-e-direito/colunistas/rene-ariel-dotti/o-pobre-no-direito-penal-e-no-processo-penal-4xi5ykoaqlsq66kjr2petofm> (acesso em 01.06.2017).

_____. Princípios fundamentais do Direito Penal Brasileiro. *Bulletin de la Societé internationale de défense sociale pour une politique criminelle humaniste – cahiers de defense sociale*. Edição em Homenagem a Louk Hulsman. 2003. Disponível em: <http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/anexos/11966-11966-1-PB.pdf> (acesso em 01.07.2017).

DUARTE, Evandro Charles Piza. *Criminologia e racismo: introdução ao processo de recepção das teorias criminológicas no Brasil*. Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito do CPGD/UFSC. Florianópolis, 1998.

DUQUE ESTRADA ROIG, Rodrigo. *Ensaio sobre uma execução penal mais racional e redutora de danos*. Disponível em: <http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/viewFile/1373/1163> – Portal de Publicações Eletrônicas da Universidade do Estado do Rio de Janeiro – UERJ (acesso em 26.03.2015).

_____. *Execução Penal: teoria crítica*. São Paulo: Saraiva, 2014.

DWORKIN, Ronald. *Levando os direitos a sério* (título original: taking rights seriously, trad. Nelson Boeira). São Paulo: Martins Fontes, 2002 (Justiça e Direito).

EDMUNDO, Luís. *O Rio de Janeiro no tempo dos Vice-Reis – 1763-1808*. Brasília: Senado Federal, Conselho Editorial, 2000 (Coleção Brasil 500 Anos).

FALEIROS DINIZ, Carlos Roberto. *O papel do quinto constitucional na renovação do Judiciário*. Disponível em <https://jus.com.br/artigos/3919/o-papel-do-quinto-constitucional-na-renovacao-do-judiciario> (acesso em 19.07.2016).

FARIA FELIPE, Ana Paula. *Mediação Penal – Um Novo Modelo de Justiça, in Congresso Internacional Interdisciplinar em Sociais e Humanidades*, 2012. Disponível em: <http://www.aninter.com.br/ANAIS%20I%20CONITER/GT18%20Acesso%20+%E1%20justi+%BAa,%20direitos%20humanos%20e%20cidadania/MEDIA+%E7+%E2O%20PENAL%20%D4%C7%F4%20UM%20NOVO%20MODELO%20DE%20JUSTI+%E7A%20-%20Trabalho%20completo.pdf> (acesso em 25.01.2014).

FERRAJOLI, Luigi. *Criminología, Crímenes Globales y Derecho Penal: el Debate Epistemológico en La Criminología Contemporánea*. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2013, n. 4, disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/5524/7543> (acesso em 22.03.2015).

_____ *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal* (título original Diritto e Ragione. Teoría del Garantismo Penal). Novena Edición, Madrid: Editorial Trotta, 2009.

_____ *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal* (título original Diritto e Ragione. Teoría del Garantismo Penal, trad. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio Gomes). 3ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

_____ Jurisdicción y ejecución penal. La cárcel: una contradicción institucional. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2016, n. 11, disponible em: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/16783> (acceso em 13.04.2018).

_____ *La democracia a través de los derechos*. Madrid: Trotta Editorial, 2014.

FLORENZANO, Zola. *Socialismo científico*. Curitiba: edição independente do autor, 2012, v. I (História).

FORERO, Alejandro. RIVERA BEIRAS, Iñaki. SILVEIRA, Héctor C (eds.). *Filosofía del mal y memoria*. Barcelona: Anthropos Editorial; Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans – Universitat de Barcelona, 2012 (coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 80).

FOUCAULT, Michel. *Genealogía del racismo* (título original: Il Faut Défendre la Societé, trad. Alfredo Tzveibel). La Plata: Caronte Ensayos, 1998.

_____ *Vigilar y Castigar: Nacimiento de la Prisión* (título original: Surveiller et Punir, trad. Aurelio Garzón del Camino). Buenos Aires: Siglo Ventiuno Editores, 2002.

FREYRE, Gilberto. *Casa Grande & Senzala: formação da família brasileira sob o regime da economia patriarcal*. 48ª ed., São Paulo: Global, 2003.

FRIEDBERG, E. *El Analisis Sociológico de las Organizaciones*. Revista "POUR" n. 28, GREP, Paris, 1972.

GABALDÓN, Luis Gerardo. La criminología latino-americana: temas, perspectivas y políticas públicas en el tránsito del milenio. *Revista Espacio Abierto Cuaderno Venezolano de Sociología*. Maracaibo, vol. 19, nr. 2 (abril-junho de 2010), p. 253-272.

CADEMARTORI, Daniela M. L.; NEVES, Isadora Ferreira. Constitucionalismo garantista x constitucionalismo principialista: aproximações entre FERRAJOLI e ZAGREBELSKI. *Plataforma Pública Direito*. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=fdbd31f2027f2037> (acesso em 05.02.2019).

GALTUNG, Johan. *Tras la violencia, 3R: Reconstrucción, Reconciliación, Resolución. afrontando los efectos visibles e invisibles de la Guerra y la violencia* (título original: *After violence: 3R, Reconstruction, Reconciliation, Resolution. Coping with visible and invisible effects of war and violence*, trad. Teresa Toda). Bilbao: Bakeaz, 1998 (coleção Red Gernika).

GARCÍA-BORÉS ESPÍ, Josep. El Impacto Carcelario. In R. BERGALLI (coor.). *Sistema Penal y Problemas Sociales*. València: Tirant lo Blanch, 2003, p. 396-425.

_____ La Cárcel. En A. Aguirre y A. Rodríguez (Eds.). *Patios Abiertos y Patios Cerrados*. Psicología Cultural de las instituciones. Barcelona: Editorial Boixareu, 1995, p. 93-117.

GARCÍA-BORÉS ESPÍ, Josep; RIVERA BEIRAS, Iñaki (coords.). *La cárcel dispar: retóricas de legitimación y mecanismos externos para la defensa de los Derechos Humanos en el ámbito penitenciario*. Barcelona: Edicions Bellaterra, 2016 (Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona – OSPDH – Crítica Penal y Poder).

GARLAND, David. *Crimen y Castigo en la Modernidad Tardía* (título original: *Crime and social order in late modernity*, trad. Manuel A. Iturralde). Bogotá: Siglo del Hombre Editores – Universidad de los Andes – Pontificia Universidad Javeriana y Instituto Pensar, 2007.

GASPAROTO, Ana Lúcia; BLANES SALA, José. O sistema europeu de proteção dos direitos humanos. *Revista do Instituto Brasileiro de Direitos Humanos*. n. 15, p. 17-36,

out. 2016. ISSN 1677-1419. Disponível em:
<<http://revista.ibdh.org.br/index.php/ibdh/article/view/301>> (acesso em: 23.05.2018).

GIAMBERARDINO, André Ribeiro. Proposições sobre o presente e o futuro da criminologia crítica no Brasil. *Revista Eletrônica Direito e Sociedade (REDES)*. Unilasalle Editora, Canoas, v. 3, n. 1, maio de 2015. Disponível em: <http://www.revistas.unilasalle.edu.br/index.php/redes> (acesso em 22.05.2017).

GOFFMAN, Erving. *Internados: Ensayos sobre la Situación Social de los Enfermos Mentales* (título original: *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Inmates*, trad. María Antonia Oyuela de Grant). Buenos Aires: Amorrortu, 2001.

GONÇALVES SANTOS, Lincoln. *O sistema prisional brasileiro e a possibilidade de responsabilização internacional do país por violação de documentos internacionais de proteção dos direitos humanos*. Monografia apresentada como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito – programa de graduação em Direito da “Universidade Vale do Itajaí” - UNIVALI, Orientador Prof. Rodrigo Mito dos Santos, São José, 2016.

GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra Mera. *Justicia Restaurativa y Proceso Penal. Garantías Procesales: Límites y Possibilidades*. Disponível em <http://www.scielo.cl/pdf/iusetp/v15n2/art06.pdf> (acesso em 28.11.2013).

GORSKI SEVERO. Cristine. Sobre o sujeito na perspectiva (do círculo) de Bakhtin. *Revista Eletrônica do Instituto de Humanidades da UNIGRANRIO*, ISSN 1678-3182, abr-jun 2008, vol. VII, n. XXV, p. 45-60. Disponível em: <http://publicacoes.unigranrio.com.br/index.php/reihm/article/viewFile/9/16> (acesso em 08.04.2014).

GRAU, Eros Roberto. *Por que tenho medo dos juízes*. 8ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2017.

GROBA BANDEIRA. Regina Maria. *O atual processo de escolha dos membros dos tribunais superiores e a possibilidade de esses tribunais serem compostos apenas por integrantes da magistratura*. Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2007. Disponível em: <http://bd.camara.gov.br/bd/handle/bdcamara/1505> (acesso em 19.07.2016).

_____ *Seleção dos magistrados no Direito pátrio e comparado. Viabilidade legislativa de eleição direta dos membros do Supremo Tribunal Federal.* Brasília: Biblioteca Digital da Câmara dos Deputados, 2002. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/a-camara/documentos-e-pesquisa/estudos-e-notas-tecnicas/arquivos-pdf/pdf/200366.pdf> (acesso em 03.04.2018).

GROSSI, Paolo. *A formação do jurista e a exigência de um hodierno “repensamento” epistemológico* (trad. Ricardo Marcelo Fonseca). Disponível em: http://www.estig.ipbeja.pt/~ac_direito/PGrossi2004.pdf (acesso em 07.04.2014).

HIRSCHBERGER, Johannes. *O bem e o mal no Banquete de Platão – História da Filosofia Antiga*, Disponível em: <http://www.consciencia.org/o-bem-e-o-mal-no-banquete-de-platao-historia-da-filosofia-antiga-johannes-hirschberger> (acesso em 02.04.2014).

HUERTAS-DÍAZ, Omar. Anomia, Normalidad y Función del Crimen desde la Perspectiva de Robert Merton y su Incidencia en la Criminología. *Revista Criminal. Bogotá*, junho de 2010, vol. 52, n. 1, p. 365-376. Disponível em: <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3620642> (acesso em 08.02.2014).

HULSMAN, Louk; BERNAT DE CELIS, Jacqueline. *Penas perdidas. O sistema penal em questão* (título original: Peines perdues. Le système pénal en question, trad. Maria Lúcia Karan). Rio de Janeiro: Luam Editora, 1993.

IBÁÑEZ, Tomás. Ciencia, Retórica de la ‘Verdad’ y Relativismo. In *Revista Archipiélago: Cuadernos de Crítica de La Cultura*, Barcelona: Ed. Archipiélago, 1995, p. 33-40.

JAPPUR, Cynthia Feyh. O Ministério Público como garantidor do princípio da dignidade da pessoa humana na execução penal. *Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul*. Porto Alegre, set.-dez. 2011, n. 70, p. 99-143.

JOBIM DO AMARAL, Augusto. *Ensaio sobre uma teoria agnóstica da pena: fronteiras entre o político e o Direito Penal*. Disponível em: http://www.publicadireito.com.br/conpedi/manaus/arquivos/anais/salvador/augusto_jobim_do_amaral.pdf – Anuário do CONPEDI (acesso em 26.03.2015).

- KANT, Immanuel. *La religión dentro de los límites de la mera razón*. Disponível em: <http://catedras.fcp.uncu.edu.ar/claroline/backends/download.php?url=LzlwMTMvdW5pZGFkXzlvSUktS2FudC1UZXh0b3Mva2FudC1yZWxpZ2lvbl9kZW50cm9fbGItaXRlc19yYXpvbi5wZGY%3D&cidReset=true&cidReq=PROFIL> (acesso em 29.03.2014).
- KEHL, M. R. Civilização partida. In: NOVAIS, A (org). *Civilização e barbárie*. São Paulo: Cia das Letras, 2004. p. 111-120.
- KELSEN, Hans. *Teoria Pura do Direito: introdução à problemática científica do Direito* (trad. CRETELLA JR., J. e CRETELLA). Agnes. 3. ed. São Paulo: RT, 2003.
- LADEIA SILVA, Aline Mariane; YOSHIURA, Jackson Apolinário. *O paradigma criminológico no Brasil sob a ótica da criminologia crítica*. Conteúdo Jurídico, Brasília-DF, 2015. Disponível em: www.conteudojuridico.com.br (acesso em 21.05.2017).
- LA PARRA, Daniel; TORTOSA, José María. Violencia Estructural: una ilustración del concepto. Universidad de Alicante, Documentación Social 131, 2003, p. 57-72, disponível em: <http://www.ugr.es/~fentrena/Violen.pdf> (acesso em 27.03.2014).
- LAFER, Celso. A reconstrução dos direitos humanos: a contribuição de Hannah Arendt. *Estudos Avançados* 11 (30), 1997, p. 55-65. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/ea/v11n30/v11n30a05.pdf> (acesso em 08.04.2014).
- LANFREDI, Luís Geraldo Sant'Ana. *El 'Juez de Garantías' y el sistema penal: (re) planteamientos sócio-criminológicos críticos hacia la (re) significación de los desafíos del Poder Judicial frente a la política criminal brasileña*. Tesina/dissertação apresentada ao Máster Oficial em Criminología y Sociología Juridicopenal da Universitat de Barcelona. Barcelona, 2010.
- LARRAURI, Elena. *La herencia de la criminología crítica*. 2ª edição, Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores, 2000.
- LIGÜERRE, Carlos Gómez. *Juízes na Europa: formação, selecção, promoção e avaliação*. Lisboa: Fundação Francisco Manuel dos Santos, 2014.

LOPES JR, Aury. *Direito Processual Penal e sua conformidade constitucional*. 5ª edição, Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2010.

MACHADO PORTELA, Jacques. *É justo que o magistrado condenado à aposentadoria compulsória ou à perda do cargo continue sendo remunerado pelo erário?* Disponível em: <https://jus.com.br/artigos/15127/e-justo-que-o-magistrado-condenado-a-aposentadoria-compulsoria-ou-a-perda-do-cargo-continue-sendo-remunerado-pelo-erario> (acesso em 26.07.2016).

MANZANERA, Luis Rodríguez. *Victimología – Estudio de la Víctima*. Novena Edición, C. México: Editorial Porruá, 2005.

MARTINS DE ARAÚJO, Luis Claudio. *O diálogo institucional entre cortes constitucionais: uma nova racionalidade argumentativa da jurisdição constitucional justificada pelos diálogos institucionais transnacionais*. Disponível em: www.agu.gov.br/page/download/index/id/20999164 (acesso em 11.02.2017).

MATHIAS, Carlos Fernando. *Notas para uma história do Judiciário no Brasil*. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2009.

MATHIESEN, T. *Diez Razones para no Construir más Cárceles*. Disponível em: <http://neopanopticum.wordpress.com/2006/07/05/12/> (acesso em 07.12.2013).

MAWBY, R. I.; WALKLATE, S. *Critical Victimology*. London: Sage Publications (reprint), 1998.

MAYORA, Marcelo; GARCIA, Mariana. Apontamentos sobre criminologia e política a partir da reconstrução de um debate latino-americano. In *Sistema Penal & Violência*. Revista Eletrônica da Faculdade de Direito – Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUC-RS. Porto Alegre, v. 5, n. 2, julho-dezembro de 2013, p. 187-200.

MELLO PRANDO, Camila Cardoso de. A contribuição do discurso criminológico latino-americano para a compreensão do controle punitivo moderno. Controle penal na América Latina. In *Veredas do Direito*. Belo Horizonte, v. 3, n. 6, julho-dezembro de 2006, p. 77-93.

MELOSSI, Dario; PAVARINI, Massimo. *Cárcel y fábrica: los Orígenes del sistema penitenciário – siglos XVI-XIX* (título original: Carcere e fabbrica. Alle origini del sistema penitenziario, trad. Xavier Massimi). México: Siglo Veintiuno Editores, 1985.

MIRANDA COUTINHO, Jacinto Nelson de. Un poco de la ideología de las reformas y de la crisis del derecho criminal en Brasil. In *Revista do Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente (ILANUD)*, n. 26, p. 51-63. Disponível em: <http://www.ilanud.or.cr/A097.pdf> (acesso em 06.12.2016).

MORRISON, Wayne. *Criminología, Civilización y Nuevo Orden Mundial* (título original: Criminology, Civilisation and the New World Order, trad. Alejandro Piombo). Barcelona: Anthropos Editorial; Barcelona: Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans – Universitat de Barcelona, 2012 (Coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 83).

_____ *Filosofia do direito: dos gregos ao pós-modernismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

MOURA MARTINS, Alisson Thales. A problemática da verdade processual penal dentro de um sistema de garantias penais constitucionais. *Revista Ciência et Praxis da Universidade do Estado de Minas Gerais (UEMG)*, 2011, v. 4, n. 7. Disponível em: <http://revista.uemg.br/index.php/praxys> (acesso em 19.02.2019).

NALINI, José Renato. Como recrutar magistrados? *Revista USP*. São Paulo, março/abril/maio de 2014, n. 101, p. 67-82.

NARDIN BUDÓ, Marília de. *Mídias e discursos do poder: a legitimação discursiva do processo de encarceramento da juventude pobre no Brasil*. Tese Doutoral apresentada para obtenção do grau de Doutor em Direito – programa de pós-graduação em Direito da “Universidade Federal do Paraná”, Curitiba, 2013. Disponível em: <http://dspace.c3sl.ufpr.br/dspace/bitstream/handle/1884/34641/R%20-%20T%20-%20MARILIA%20DE%20NARDIN%20BUDO.pdf?sequence=1> (acesso em 17.11.2014).

- NEDER, Gizlene. *Discurso jurídico e ordem burguesa no Brasil*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1995.
- NÉRI DA SILVEIRA, José. Dimensões da Independência do Poder Judiciário. *Revista da Faculdade de Direito da UFRGS*, Porto Alegre: 2000, v. 17, p. 167-187.
- NEUMAN, Elías. El estudio de la criminología en Latinoamérica y la necesidad de soluciones prácticas. *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*. San Sebastián, n. 3 extraordinário, abril de 1990, p. 269-286.
- NEVES, Marcelo. Do diálogo entre as Cortes Supremas e a Corte Interamericana de Direitos Humanos ao transconstitucionalismo na América Latina. *Revista de Informação Legislativa* (Biblioteca do Senado Federal). Ano 51 Número 201 jan./mar. 2014, p. 193-214.
- NUCCI, Guilherme de Souza. *Direitos humanos versus segurança pública*. Rio de Janeiro: Forense, 2016.
- NUNES DA COSTA, Marta. O que Marx nos pode ensinar sobre a nova “classe perigosa”- crítica, neoliberalismo e o futuro da emancipação humana. *Novos estudos CEBRAP*. N. 101, São Paulo, jan./mar. 2015. Disponível em: http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0101-33002015000100097 (acesso em 19.04.2018).
- NUNES MAIA, Clarisse *et. al.* *História das prisões no Brasil*. Rio de Janeiro: Rocco Digital, 2012, v. I e II.
- OBERTO, Giacomo. Recrutamento e formação de magistrados: o sistema italiano no âmbito dos princípios internacionais sobre o estatuto dos magistrados e da independência do Poder Judiciário. *Revista da EMERJ*. Rio de Janeiro, 2002, v. 5, n. 20, p. 15-50.
- OLIVEIRA, Marcus Vinícius Amorim de. [Garantias da magistratura e independência do Judiciário](#). *Revista Jus Navigandi*, ISSN 1518-4862, Teresina, [ano 4](#), [n. 29](#), [1999](#). Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/245>>. (Acesso em 06.04.2018).

PASKIN NETO, Max. *O direito de ser rude: liberdade de expressão e imprensa*. Curitiba: Bonijuris, 2015.

PAULINO, Caltênio da Cruz. A execução provisória da pena e o princípio da presunção de inocência. *Boletim Científico ESMPU*, a.16, n. 50, jul./dez. 2017, p. 207-232.

PECH, Thierry. Neutralizar a pena. In GARAPON, Antoine; GROS, Frédéric; PECH, Thierry. *Punir em democracia: e a justiça será*. LISBOA: Instituto Piaget, 2001, p. 139 e seguintes.

PEMBERTON, Simon. Social Harm Future (s): Exploring the Potencial of the Social Harm Approach. *Crime Law Soc Change*, 2007, n. 48, p. 27-41.

PIOVESAN, Flávia. Direitos humanos e diálogo entre jurisdições. *Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC*, n. 19 – jan./jun. 2012, p. 67-93.

_____. *Direitos humanos e o direito constitucional internacional*. 14^a ed., São Paulo: Saraiva, 2013.

PRIETO SANCHÍS. Luís. Constitución y Parlamento. [Parlamento y Constitución. Anuario](#), ISSN 1139-0026, N^o 5, 2001, p. 9-37. Disponível em: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1060345> (acesso em 08.02.2016).

_____. *El constitucionalismo de los derechos*. Madrid: Editorial Trotta, 2013.

_____. Identificación y justificación del Derecho. Disponível em: https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-F-2008-10048500506 ANUARIO DE FILOSOF%26%23833%3B DEL DERECHO Identificaci%F3n y justificaci%F3n del Derecho (acesso em 28.02.2016).

_____. Neoconstitucionalismo y ponderación judicial. Disponível em: <https://www.uam.es/otros/afduam/pdf/5/6900111%28201-228%29.pdf> (acesso em 28.02.2016).

REIS FRIEDE. Roy. *O mito da eleição direta para presidente dos tribunais*. Rev. SJRJ, Rio de Janeiro, v. 21, n. 40, ago. 2014, p. 271-282.

REYES MATE, M. *Justicia de las víctimas: terrorismo, memoria, reconciliación*. Barcelona: Anthropos Editorial y Fundación Alternativas, 2008 (Coleção Huellas. Memoria y Texto de Creación, n. 31. Série Problemas: la complejidad negada).

REYNA ALFARO, Luis Miguel. Las víctimas en el Derecho Penal Latinoamericano: presente y perspectivas al futuro. Disponível em: http://www.ivac.ehu.es/p278-content/es/contenidos/boletin_revista/eguzkilore_numero22/es_numero22/adjuntos/06%20Reyna.indd.pdf (acesso em 25.01.2014).

RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Delitos de los Estados y los Mercados y daño social: debates en Criminología crítica y Sociología jurídico-penal*. Barcelona: Anthropos Editorial; Observatori del Sistema Penal i els Drets Humans de la Universitat de Barcelona (OSPDH), 2014 (Coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 87).

RIVERA BEIRAS, Iñaki (coord.). *Mitologías y discursos sobre el castigo: historias del presente y posibles escenarios*. Rubí (Barcelona): Anthropos Editorial; Barcelona: OSPDH. Universitat de Barcelona, 2004 (Autores, Textos y Temas. Ciencias Sociales; 40. Utopías del control y control de las utopías).

RIVERA BEIRAS, Iñaki. *Descarcelación: principios para una política pública de reducción de la cárcel (desde um garantismo radical)*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2017.

_____. La memoria: categoría epistemológica para el abordaje de la historia y las ciencias penales. *Revista Crítica Penal y Poder*. 2011, nº 1, septiembre, p. 40-55, OSPDH – Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos – Universitat de Barcelona, _____ disponível em: <http://revistes.ub.edu/index.php/CriticaPenalPoder/article/view/1984> (acesso em 06.04.2014).

_____. *La cuestión carcelaria: historia, epistemología, Derecho y política penitenciaria*. 2ª ed., Buenos Aires: Del Puerto, 2009, v. I.

_____. *La Universidad tiene que jugar un papel importantísimo en la cárcel*. Entrevista concedida à Revista Digital da Facultat de Filosofia y Humanidades da Universidad

Nacional de Córdoba (ALFILO). Disponível em: <http://www.ffyh.unc.edu.ar/alfilo/la-universidad-tiene-que-jugar-un-papel-importantisimo-en-la-carcel/> (acesso em 25.03.2015).

_____ *Lineamientos Garantistas para una transformación radical y reduccionista de la cárcel (una visión desde España)*. Disponível em: http://perso.unifr.ch/derechopenal/assets/files/articulos/a_20120608_03.pdf (acesso em 05.04.2015).

_____ *Pena Criminal: seus Caminhos e suas Possíveis Formas* (trad. Denise Hammerschmidt). Curitiba: Juruá, 2012.

_____ (coord.). *Política Criminal y Sistema Penal: Viejas y Nuevas Racionalidades Punitivas*. 2ª ed., Madrid: Anthropos, 2011 (Coleção Autores, Textos y Temas Ciencias Sociales, n. 41).

ROBALO, Teresa Lancry de Gouveia de Albuquerque e Sousa. *Justiça restaurativa: um caminho para a humanização do direito*. Curitiba: Juruá, 2012.

ROMAN BORGES. Clara Maria. As atuais tendências de reforma do Código de Processo Penal e a promessa de constitucionalização e democratização do sistema processual penal vigente. In: IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional, 2011, Curitiba. *Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional*, 2010. v. 1. p. 201-223. Disponível em: <http://www.abdconst.com.br/revista3/claraborges.pdf> (acesso em 01.03.2015).

ROMANÍ, Oriol. *Las drogas: sueños y razones*. Barcelona: Editorial Ariel S.A., 1999.

ROMANO NETO. Odilon. Influência americana na reforma do Código de Processo Penal. *Revista Eletrônica de Direito Processual da Universidade do Estado do Rio de Janeiro*. Ano 3 (jul-dez 2009), v. IV. Disponível em: <http://www.arcos.org.br/periodicos/revista-eletronica-de-direito-processual/volume-iv/influencia-americana-na-reforma-do-codigo-de-processo-penal> (acesso em 01.03.2015).

ROMERO PÉREZ, Jorge Enrique. Consideraciones sobre las cárceles em Costa Rica. *Revista de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Costa Rica*. n. 134 (maio-agosto 2014), p. 97-136.

ROTTA ALMEIDA, Bruno. CAMARGO MASSAÚ, Guilherme. A normalidade do desumano: a banalidade do mal no sistema penitenciário brasileiro. *Revista Derecho y Cambio Social*, Lima, 2015, n. 41. Disponível em: http://www.derechocambiosocial.com/revista041/A_NORMALIDADE_DO_DESUMANO.pdf (acesso em 16.04.2017).

RUIZ-HUIDOBRO, Rocio Miralles. La Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Relativa a España por Torturas: Del Terrorismo a la Criminalización de la Disidencia. Coordinador: ESTAPÀ, Jaume Saura (2013). Institut de Drets Humans de Catalunya (www.idhc.org). Disponível em: http://www.idhc.org/esp/documents/incidencia/CoE/TEDH/20130900_TEDH_InformeTortura.pdf (acesso em 28.01.2014).

RUSCHE, Georg; KIRCHHEIMER, Otto. *Penas y estructura social* (título original: Punishment and social structure, trad. Emilio García Méndez). Bogotá: Editorial Temis Librería, 1984, Colección Pensamento Jurídico Contemporâneo, v. 1.

SÁNCHEZ MARTÍN, Beatriz. *Delincuencia femenina: análisis de la situación de la mujer en el centro penitenciario de topa desde la perspectiva de genero*. Trabalho de final de Master apresentado no “Master en Estudios Interdisciplinarios de Género” da Faculdade de Direito da Universidad de Salamanca, 2011, disponível em: http://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/100234/1/TFM_EstudiosInterdisciplinariosGenero_SanchezMartin_B.pdf (acesso em 31.05.2014).

SANDEL, Michael J. *Justiça – o que é fazer a coisa certa* (título original Justice, trad. Heloisa Matias e Maria Alice Máximo). 4ª ed., Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2011.

SANDOVAL HUERTAS, Emiro. *Penología: parte general*. Bogota: Universidad Externado de Colombia, 1982.

SANTOS SOARES, Gleison dos. Teoria agnóstica da pena: por uma justificação legítima da sanção criminal. *Revista Âmbito Jurídico*. Disponível em: http://ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=14623&revista_caderno=3 (acesso em 26.03.2015).

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. 4. ed. Porto Alegre : Livraria do Advogado, 2004.

SARMENTO, Daniel. *Direitos fundamentais e relações privadas*. 2. ed. Porto Alegre: Lúmen Juris, 2006.

SARRABAYROUSE OLIVEIRA, Maria José. Reflexiones metodológicas en torno al trabajo de campo antropológico en el terreno de la historia reciente. *Cuadernos de Antropología Social – Universidad de Buenos Aires*, nº 29, 2009, p. 61-83.

SEARLE, John R. *La construcción de la realidad social* (título original: The construction of social reality, trad. Antoni Domenech). Barcelona: Ediciones Paidós Ibérica S.A. y Editorial Paidós, 1997.

SERBENA, Cesar Antonio et. al. Justiça em números: uma análise comparativa entre os sistemas judiciais brasileiro e de países europeus. *Revista Democracia Digital e Governo Eletrônico* (ISSN 2175-9391), nº 8, p. 73-92, 2013. Disponível em: <http://buscalegis.ufsc.br/revistas/index.php/observatoriodoegov/article/viewFile/34234/3117> (acesso em 21.07.2016).

SERRANO BLASCO, Javier. Psicología Cultural. In *Cartografía de la Psicología Contemporánea: Pluralismo y Modernidad* (editores: STECHER, Antonio y KAULINO, Adriana), Santiago: LOM Editores, 2008, p. 349-363.

SCHWARCZ, Lilia Moritz. *O espetáculo das raças: cientistas, instituições e questão racial no Brasil – 1870-1930*. São Paulo: Companhia das Letras, 1993.

SOLAZZI, José Luís. *A ordem do castigo no Brasil*. São Paulo: Imaginário: Editora na Universidade Federal do Amazonas, 2007.

SOUSA SANTOS, Boaventura de. *Para um novo senso comum: a ciência, o direito e a política na transição paradigmática*. 4ª ed., São Paulo: Cortez Editora, 2002, vol. I. (A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência).

SOUZA, Jessé (coord.). *Ralé brasileira: quem é e como vive*. Belo Horizonte: Editora UFMG, 2009.

SOUZA, Jessé. A gramática social da desigualdade brasileira. *Revista Brasileira de Ciências Sociais*, v. 19, n. 54, fev. 2004, p. 79-96.

SOUTO MAIOR, Jorge Luiz. NEVES FAVA, Marcos. *A defesa de sua independência: um dever do magistrado*. Disponível em: http://www.ajd.org.br/artigos_ver.php?idConteudo=29 (acesso em 19.01.2018).

SOUTO MAIOR BORGES, José. *Ciência Feliz*. 3. ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

STANDING, Guy. *The precariat: the new dangerous class*. Londres: Bloomsbury Publishing, 2011.

STEINMETZ, Wilson. *A vinculação dos particulares a direitos fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 2004.

STRECK, Lenio Luiz. Dilema de dois juízes diante do fim do livre convencimento do NCP. Consultor Jurídico. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-mar-19/senso-incomum-dilema-dois-juizes-diante-fim-livre-convencimento-ncpc> (acesso em 19.03.2015).

_____ *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. 6. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

STRECK, Lenio; BARRETTO, Vicente de Paulo; OLIVEIRA, Rafael Tomaz de. Ulisses e o Canto das Sereias: sobre ativismos judiciais e os perigos da instauração de um terceiro turno constituinte. In: *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*1(2):75-83 julho-dezembro 2009. Disponível em: <http://revistas.unisinos.br/index.php/RECHTD/article/view/47/2401> (acesso em 10.12.2016).

STROUD. Scott R. Viciado em suas próprias inclinações? Kant sobre a propensão ao mal. *Revista de Ciências Sociais e Humanas*. Piracicaba, v. 15, n. 38, set/dez. Editora Unimep, 2004. p.25. Disponível em: <http://www.unimep.br/phpg/editora/revistaspdf/impulso38.pdf> (acesso em 03.04.2014).

SUTHERLAND, E. H. White-Collar Criminality. *American Sociological Review*, v. 5, n. 1 (fev. 1940), p. 1-12.

TAMARIT, Josep M.; PEREDA, Noemi (coord.). *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*. Madrid: Edisofer Libros Jurídicos; Montevideo y Buenos Aires: Editorial B de F, 2014 (Coleção Actualidad Criminológica y Penal).

TAYLOR, F. W. *Management Científico* (título original: Scientific Managemen – trad. Alicia Arrufat). Barcelona: Oikos-tau S.A. Ediciones, 1970, Obras Completas I.

VARONA, Gema. Procesos de victimización y desvictimización en las instituciones totales. In: TAMARIT, Josep M.; PEREDA, Noemi (coord.). *La respuesta de la victimología ante las nuevas formas de victimización*. Madrid: Edisofer Libros Jurídicos; Montevideo y Buenos Aires: Editorial B de F, 2014 (Coleção Actualidad Criminológica y Penal), p. 247-302.

VASCONCELOS, Diego de Paiva. *O liberalismo na Constituição Brasileira de 1824*. Dissertação apresentada ao Mestrado em Direito Constitucional da Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Fortaleza, 2008. Disponível em: <http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/args/cp049092.pdf> (acesso em 25.04.2017).

VON IHERING, Rudolf. *A luta pelo Direito* (trad. José Tavares Bastos). Disponível em: <http://www.libertarianismo.org/livros/rvialpd.pdf> (acesso em 12.12.2015).

WACQUANT, Loïc. *Castigar a los pobres: el gobierno neoliberal de la inseguridad social* (título original: Punishing the poor: the neoliberal government of poverty, trad. Margarita Polo). Barcelona: Editorial Gedisa S.A., 2010.

_____ La tormenta global de la ley y el orden: sobre neoliberalismo y castigo. In GONZÁLEZ SÁNCHEZ, Ignacio. *Teoría social, marginalidad urbana y estado penal*. Madrid: Dykinson, 2012, p. 203-227.

_____ *Las Cárceles de la Miseria* (título original: Les Prisons de la Misere, trad. Horacio Pons). Buenos Aires: Manantial, 2004.

_____ Toward a dictatorship over the poor? Notes on the penalization of poverty in Brasil. *Punishment & Society*. Londres: Sage Publications, 2003, v. 5 (2), p. 1997-205. Disponível em: <http://pun.sagepub.com/content/5/2/197.abstract> (acesso em 01.03.2015).

ZAFFARONI, E. Raúl. *Derechos Humanos y sistemas penales en América Latina. El poder punitivo del Estado*. Criminología crítica y control social, 1993, p. 63-74. Disponível em Neopanopticum www.neopanopticum.worldpress.com (acesso em 28.04.2017).

_____ *El Crimen de Estado como Objeto de La Criminología*. Disponível em: http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ZAFFARONI_CRIME_DE_ESTADO_CO_MO_OBJETO_DA_CRIMINOLOGIA_em_esp.pdf (acesso em 07.04.2014).

_____ *Em busca das penas perdidas: a perda da legitimidade do sistema penal*. Rio de Janeiro: Revan, 1991.

_____ Las penas crueles y la doble punición. In ZAFFARONI, Eugenio Raúl (coord.). *La medida del castigo. El deber de compensación por penas ilegales*. Buenos Aires: EDIAR, 2012, p. 355-366.

_____ *Poder Judiciário: crises, acertos e desacertos*. São Paulo: RT, 1995.

ZAGREBELSKY, Gustavo. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia* (título original: *Il diritto mite. Legge diritti giustizia*, trad. Marina Gascón). Madrid: Editorial Trotta, 2011 (Colección Estructuras y Procesos – Série Derecho).

ZILIO, Jacson; BOZZA, Fábio (org.). *Estudos críticos sobre o sistema penal: homenagem ao Professor Doutor Juarez Cirino dos Santos por seu 70º aniversário*. Curitiba: LedZe Editora, 2012.

ZINO TORRAZZA, J. *Aproximación Histórica a las Teorías de las Organizaciones* (1999). Disponível em: <http://www.ub.edu/penal/instituciones/intro2.htm> (acesso em 25.11.2013).

_____ El Análisis de las Instituciones y Organizaciones del Sistema Penal: una Propuesta Metodológica. In BERGALLI, Roberto (coord.). *Sistema penal y problemas sociales*. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2003, p. 209-242.

_____ La Prisión y La Transmisión Institucional. In RIVERA, Iñaki; SILVEIRA; Héctor C; BORDELÓN, Encarna; RECASENS, Amadeu (coordinadores) *Contornos y Pliegues del Derecho: Homenaje a Roberto Bergalli*. Barcelona: Anthropos Editorial, 2006, p. 229-236.

_____ *Lo Local en lo Global: Elementos Para un Análisis Organizacional del Sistema Penal* (2008). Disponible em: http://www.ub.edu/penal/libro/article_SPPS_RA.pdf#! (acceso em 25.11.2013).

_____ *Trayectorias Sociales y Procesos de Identidad en Prisión* (1993). Disponible em: <http://www.ub.edu/penal/docs/zino1.html#>! (acceso em 25.11.2013).