# La sociedad de las penas. (La cuestión de la pena en el momento actual en Brasil)

*Gomercindo Clovis García Rodrigues**

## Society of punishment. (The punishment issue at present in Brazil)

## Resumen

La cuestión debatida es de la pena de prisión. En busca de algunos conceptos introductorios, las diferentes teorías sobre la pena, sus finalidades y la importancia de la pena como instrumento de control social. Se hace una recolección de datos sobre la cuestión de la pena, en especial la cuestión de la ejecución de ella, la situación carcelaria para, al fin, buscar algunas contribuciones que den alternativas a la pena de prisión hasta que se pueda, lo más pronto posible, retirarla del ordenamiento jurídico.

Palabras clave: Pena; Prisión; Teorías alternativas; Política criminal en Brasil.

## Abstract

The debated question is imprisonment. Looking for some introductory concepts, different theories of punishment, its purposes and the importance of the penalty as an instrument of social control. A data collection on the issue of punishment in particular the question of the execution of it is done, the prison situation to at last find some contributions that provide alternatives to imprisonment until you can, as soon possible, remove the legal system.

---

* Agrónomo de la Universidade Federal de Mato Grosso do Sul, Abogado de la Universidade Federal do Acre, estudiante regular de Cursos de Doctorado en Derecho de la Universidad de Buenos Aires, *e-mail*: [instituto@ideasbrasil.org].

KEYWORDS: Punishment; Prison, Alternative theories, Criminal Policy in Brazil.

Fecha de presentación: 8 de agosto de 2012. Revisión: 21 de septiembre de 2012. Fecha de aceptación: 4 de diciembre de 2012.

## I. INTRODUCCIÓN

En Brasil, en esto momento, proliferan muchos programas televisivos que hacen la apología de la pena, del encarcelamiento cada vez mayor de personas, como forma de disminuir la violencia existente. Muchos, incluso, son aquellos presentadores de esos programas televisivos que, después, utilizando la notoriedad que adquieren con sus "bordones" tales como: "bandido bom é bandido morto!" (criminal bueno es criminal muerto!), o "cadeia foi feita para bandido!" (la cárcel fue hecha para los criminales!) se van a la política y se eligen alcaldes, diputados, senadores y hasta gobernadores de los Estados. La población brasileña, por el aumento de la criminalidad, se siente insegura y, conducida por la media, clama por cada vez más prisiones, mayores penas, penas para cualquier delito, como si la pena fuera la solución de todos los problemas de seguridad que se tiene hoy en Brasil.

## II. ¿QUÉ ES LA PENA?

Para OLIVÉ[1]

> a pena não é outra coisa que a privação de bens jurídicos fundamentais (como a liberdade, o patrimônio ou inclusive, em alguns sistemas, a própria vida), que está prevista em lei e se aplica ao responsável de um fato criminoso.

Los mismos autores, por otro lado, hablan de una "crise de legitimação da pena"[2].

1 JUAN CARLOS FERRÉ OLIVÉ, MIGUEL ÁNGEL NÚÑEZ PAZ, WILLIAM TERRA DE OLIVEIRA, y ALEXIS COUTO DE BRITO. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011, p. 191.

2 Ibid., p. 208.



Para FERRAJOLI[3] la definición de pena esta vinculada a su principio retributivo, así, la pena es una sanción aplicable cuando se tenga cometido un delito, por lo que hace una larga discusión sobre lo que es delito, con una clara distinción entre los conceptos formalistas y aquellos substancialitas.

Afirma el pensador italiano que las doctrinas formalistas

> consideram "delitos" todos – e somente – os previstos por uma lei válida como pressupostos de uma pena [...] São [...] substancialistas as [doutrinas] que, na definição do conceito de "delito", fazem referência também a elementos extrajurídicos do tipo moral, social, natural e em qualquer caso ontológico[4].

ZAFFARONI[5], por su vez, es mas duro al responder la cuestión puesta arriba al decir:

> *Qué es la pena y para qué sirve* son preguntas que se han respondido y se siguen respondiendo de muchos modos diferentes y lo grave es que cada una de esas respuestas, dado que indica un límite y una función para el derecho penal, deja de ser una cuestión referida al capítulo de la pena, para pasar a ser una teoría completa del derecho penal.

En verdad, una definición de la pena va estar, efectivamente, vinculada a su finalidad o cómo las diferentes teorías entienden cual es esta.

Para BUSATO[6] la pena está directamente relacionada al sistema penal y nada más es del que "um instrumento utilizado pelo próprio sistema para sua efetivação".

Ya WEBER[7], dice que la pena "en general se trata de imponer un mal al autor de un delito en razón de su hecho" y, también, que "la

3 LUIGI FERRAJOLI. *Direito e razão*, SP:RT, 3.ª ed., revista, 2010, p. 339. ANA PAULA ZOMER SICA, FAUZI HASSAN CHOUKR, JUAREZ TAVARES e LUIZ FLÁVIO GOMES (trads.).

4 Ibid., p. 341.

5 EUGENIO RAUL ZAFFARONI, ALEJANDRO ALAGIA, y ALEJANDRO SLOKAR. *Manual de derecho penal: parte general*, 2.ª ed., 6.ª reimp., Buenos Aires, EDIAR, 2011, p. 33.

6 PAULO CÉSAR BUSATO. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011, p. 475.

7 HELMUTH VON WEBER. *Lineamientos del derecho penal aleman*, 1.ª ed., Buenos Aires, EDIAR, 2008, pp. 15 a 17. Traducción de la 2.ª ed. alemana por LEONARDO G. BROND, revisada y prologada por EUGENIO RAÚL ZAFFARONI.

pena como retribución se muestra, por lo tanto, como un presupuesto para la existencia de la comunidad".

O sea, dicho autor, define claramente que la pena, para el, tiene, sin duda, fundamentalmente, el carácter retributivo.

Fragoso[8], enseña que la pena es la punición al transgresor que practicó la conducta típica antijurídica y culpable, por lo que su fundamento es la realización de la conducta delictuosa y debería, por lo tanto tener como medida la gravedad del facto y la culpabilidad del agente.

Beiras[9] registra que

> apelando a teorías absolutas, la pena fue contemplada como una retribución-reparación del mal causado por el delito (Ferrajoli, 1995), como lógica herencia de concepciones medievales *talionales* primero y en sus versiones kantiana y hegeliana más adelante.

Si dejáramos de lado las definiciones teóricas y fuéramos a las calles escuchar o que piensan los transeúntes, la "voz del pueblo", por cierto, de ellos tendríamos la definición de que pena es el encarcelamiento por mucho tiempo que debe sufrir el criminal, siempre siendo mayor la condena cuanto más grave o violento sea el delito. El carácter, por lo tanto, sería, claramente retributivo, sin que las personas pensasen en el carácter de la pena ni en su finalidad.

El concepto de pena como retribución y, más especialmente, como castigo es aquello que más se difunde en el sentido común y crece siempre, porque es lo que la media utiliza repitiendo, como forma de justificar su apología a la prisión y el discurso de que la cárcel es la mejor salida para la seguridad de la población.

## III. ¿Cuales son los fines de las penas?

Como ya se ha visto arriba, por la posición expresa por Zaffaroni, la respuesta a esta pregunta puede generar toda una teoría de derecho penal, lo que no es el caso en este pequeño artículo.

8 Heleno Cláudio Fragoso. *Lições de direito penal. Parte geral*, 15.ª ed., rev. e atual., por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro, Forense, 1994, p. 278.

9 Iñaki Rivera Beiras. *La cuestión carcelaria: historia, epistemologia, derecho y política penitenciaria*, vol. I, 2.ª ed., actualizada, Buenos Aires, Del Puerto, p. 51.



De toda forma, es necesario que se enfrente la cuestión para que se pueda discutir la efectiva necesidad de las penas y cuales son sus fines.

Aunque, Beiras[10], cuestione el "simplismo" de que la pena sea una "consecuencia del delito" y que deba cumplir tal o cual función.

Discutir las finalidades de las penas, por cierto es un trabajo muy largo, pues existen libros y libros, manuales y manuales que tratan muy largamente de dicha cuestión.

Muchas son las teorías sobre la pena y según Busato[11] todas siempre presentadas desde un punto de vista borroso porque parten siempre de la pregunta arriba, pero definiendo "fin" como "efecto" o "impresiones" que la pena causa y no por su efectiva motivación.

Concordando con el profesor y fiscal brasileño, pero siguiendo los varios estudiosos de la cuestión, a empezar por el maestro Zaffaroni, se propone un rápido paseo por las diferentes formas de presentación de la cuestión y, especialmente, de las diferentes teorías sobre la pena y su finalidad.

Zaffaroni[12] presenta lo que llama de "teorías positivas de la pena", que son aquellas que "creen que el castigo es un bien para la sociedad o para quien sufre la pena" y que "tiene una función de prevención general (se dirige a quienes no delinquieron para que no lo hagan) o de prevención especial (que se dirige a quien delinquió para que no reitere)".

Ferrajoli[13], por su vez, habla de "teorías absolutas" que son "todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ous seja, como 'castigo', 'reação', reparação ou, ainda, 'retribuição' do crime" y de "teorías relativas", que son las utilitaristas cuando las penas son un "meio para a realização do fim utilitário da prevenção de futuros delitos". El pensador italiano hace cuestión de registrar en las notas del final de capítulo donde trata de esta "clasificación" que las denominaciones que presenta non son originales, pero que son usuales en la literatura alemana, italiana y francesa[14].

10 Ibid., p. 52.

11 Busato. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, cit., p. 474.

12 Zaffaroni. *Manual de derecho penal*, cit., pp. 33 y ss.

13 Ferrajoli. *Direito e razão*, cit., p. 236.

14 Ibid., pp. 266 y 267.

Olivé[15] también utiliza la misma división de Ferrajoli, cuando dice que hay las "teorías absolutas" que son aquellas que sostienen que la pena es aplicada como "expiación" por el delito cometido y "teorías relativas" cuando las penas tienen una finalidad para la sociedad, con una "eficacia futura".

Pablos De Molina y Gomes[16] hacen una clasificación tratando la pena como respuesta al delito, como integrante de "modelos" que pueden ser "disuasorio y preventivo" cuando la pena tiene la finalidad intimidatoria, con una "implacável resposta ao delito"; "resocializador", cuando la pena es aplicada y ejecutada con la finalidad de "resocializar" el criminal, con una intervención "de forma positiva e benéfica na pessoa do infrator"; y, por último, el modelo "integrador", cuando busca una solución conciliadora del conflito.

Bissoli Filho[17] afirma que

> as sanções penais caracterizam-se por seus propósitos, tão somente, retributivos ou, cumulativamente, retributivos e preventivos, ou, ainda, conciliatórios…

Roxin[18] habla de "tres interpretaciones fundamentales" para determinar el fin de la pena. Son ellas: "la teoría de la retribución", "la teoría de la prevención especial" y la "teoría de la prevención general" siendo que, las otras teorías son mezclas de esas tres teorías. Al concluir el capítulo en que discute sobre esa cuestión, afirma el penalista alemán:

> La teoría penal aquí defendida se puede resumir, pues, como sigue: la pena sirve a los fines de prevención especial y general. Se limita en su magnitud por la medida de la culpabilidad, pero se puede quedar por debajo de este límite en tanto lo hagan necesario exigencias preventivoespeciales y a ello no se opongan las exigencias mínimas preventivogenerales.

15 Olivé. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 195.
16 Antonio García-Pablos De Molina y Luiz Flávio Gomes. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*, 2.ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997, pp. 343 y 407.
17 Francisco Bissoli Filho. *A sanção penal e suas espécies*, Curitiba, Juruá Editora, 2010, p. 72.
18 Claus Roxin. *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos, la estrutura de la teoria del delito*, 1.ª ed., reimp., Madrid, Civitas, 2000, pp. 83 y ss., traducción de la 2.ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal.



El resumen esquemático presentado por Zaffaroni[19], es muy interesante del punto de vista didáctico. El gran maestro argentino divide las teorías positivas de la pena en "absolutas (venganza)" y "relativas" que se subdividen en a. "Prevención general", aquellas que tienen la sociedad como destinataria y contienen las "positivas" que visan "mantener la fidelidad al derecho" y "negativas", que tienen por objetivo "atemorizar a la población vulnerable"; y b. "Prevención especial", o sea aquellas que tienen el "individuo como destinatario" y se subdividen en "positiva", la que busca la socialización, y "negativa", que tiene por objetivo la "eliminación física, neutralización".

El mismo maestro argentino defiende, basándose en el jurista brasileño del siglo xix, Tobias Barreto que la

> pena no es un concepto jurídico sino un concepto político y agregaba: Quien busque el fundamento jurídico de la pena debe buscar también, si es que ya no halló, el fundamento jurídico de la guerra[20].

Y se podría continuar haciendo citas de varios autores sobre las diferentes teorías sobre la finalidad de la pena, pero, tal vez, se puede buscar lo conclusión a que llega Busato[21] de que "se pune para manter o controle social, que é a tarefa primordial do Estado".

Anitua[22], al mencionar Radclife-Brown, por su vez, también habla del "control social", al afirmar que

> por primera vez ambas formas de castigo, la institucional y la social, fueran definidas como "el control social a través de la aplicación sistemática de la fuerza de sociedades organizadas políticamente".

Olivé, dice que

19 Zaffaroni. *Manual de derecho penal*, cit., p. 38.
20 Tobias Barreto *apud* Ibid., pp. 58 y 59.
21 Busato. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, cit., p. 32.
22 Gabriel Ignacio Anitua. *Historia de los pensamentos criminológicos*, 1.ª ed., 2.ª reimp., Buenos Aires, Del Puerto, 2010, p. 279.

> a pena, na realidade, nem resocializa, e nem intimida e, ainda se assim o fizesse, até o momento não fomos capazes de demonstrar científicamente[23].

De una forma mas radical, Zaffaroni[24] son categóricos: *nadie sabe cuáles son las funciones de la pena*.

Con esta afirmación lapidar, tal vez, se pudiera encerrar el presente trabajo, pero, desde el punto de vista de la sociología del derecho, quizá se pueda analizar un poco más el entendimiento de que la pena es una forma de ejercitar el control social por parte del Estado.

En esto punto, es importante decir que, se puede adjuntar la finalidad propuesta por Busato con los contenidos ideológicos y útiles para los dirigentes políticos de mantener en permanente discusión la cuestión de la pena, pues, así, tienen sus banderas para conseguir los votos de los electores en tiempo de elecciones, perseguir enemigos, conseguir recursos extrapresupuestarios para las agencias etc., como dice Zaffaroni[25].

El fato de que las penas cada vez más se amplían, sea en gravedad, sea en la creación de nuevas leyes penales que crean tipos penales, al mismo tiempo en que no hay una solución para la cuestión de la violencia y de la criminalidad, al contrario de ser una preocupación de las clases dirigentes, es su alimento permanente para ejercitar su poder, al tiempo en que, usando la media, buscan el convencimiento de las clases marginadas de que, en verdad están buscando garantizar la seguridad. Pero esto no es, en verdad, su objetivo.

Si la pena no resuelve la cuestión de la violencia y de la criminalidad, entonces, se propone más penas, más prisiones, más investimento en seguridad, en equipos, armas, autos para las agencias, retirando recursos presupuestarios de la educación, de la salud, de la habitación para invertirlos en más pena y más violencia del Estado y todo esto solo crea un sistema muy propio de realimentación, como dice Fragoso[26] y que transforma los presidios en verdadera "universidades del crimen".

23 Olivé. *Direito penal brasileiro*, cit., p. 209.
24 Zaffaroni. *Manual de derecho penal*, cit., p. 55.
25 Ibid., p. 55.
26 Fragoso. *Lições de direito penal*, cit., p. 279.



Sobre esa realidad, se hablará poco más adelante para que se pueda analizar la cuestión de fato existente hoy en Brasil en la cuestión de la pena y del derecho penal.

Como se ha visto más arriba, la pena es, en verdad, un medio de control social ejercitado por el Estado frente, especialmente, a las clases marginadas y siempre estuvo directamente ligada a los intereses económicos de las clases dominantes.

## IV. La pena como ejercicio del control social por el Estado

Si la pena es el ejercicio del control social por el Estado, es muy importante empezar por buscar el concepto de que sea "control social".

Para García[27] "el control social puede ser definido como el conjunto de instituciones, dispositivos y prácticas destinadas a preservar o imponer un determinado orden para regular las relaciones sociales". El mismo autor también afirma que el "control penal" es "una especie" del control social y, más adelante asume que cuando trata de "control social" está limitando el objeto de estudio al "control penal"[28].

Interesante es la división en dos etapas, siendo que, para la cuestión discutida en el presente artículo, la etapa que interesa es la segunda, o sea, aquella que dice respecto a la "aplicación de los instrumentos de control" y, más especialmente, la segunda y la tercera fase de dicha aplicación, más precisamente, la etapa del juzgamiento (fija la pena, si es el caso) y la punitiva (ejecuta la pena).

Roxin también habla del derecho penal siendo utilizado para el control social, pero con la garantía de salvaguarda del derecho individual de libertad, diciendo que el mejor derecho penal debe conciliar un "eficiente controllo sociale con il massimo grado di libertà individuale de los ciudadanos"[29].

27 Germán Silva García. *Criminología: teoria sociológica del delito*, 1.ª ed., Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ilae–, 2011.
28 Ibid., p. 150.
29 Claus Roxin. "I compiti futuri dela scienza penalistica", en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, vol. 43, Fasc. I, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore,. 2000, p. 9.

Busato y Huapaya[30] antes de hacer una crítica más dura sobre el uso de la pena para el control social, por parte del Estado, afirman que

> a finalidade da pena não é mais do que manter o controle social. Todo o demais, o sentido de castigo da retribuição, a idéia de cura expressa na ressocialização, a ameaça coercitiva e a motivação à norma são impressões provocadas como efeito da atuação no sentido de preservação do controle social.

La cuestión puesta por estos autores es: ¿hasta que punto puede ser la pena usada para realizar el control social? Y ellos contestan:

> o controle social através da pena só é admissível quando representa uma intervenção de *ultima ratio*, uma intervenção em situações já inadmissíveis, sob pena da própria desestruturação da sociedade.

O sea, si la pena va a ser utilizada como medio de control social, ella solo es legítima si fuera una intervención cuando ya otros medios de control no consiguen ningún resultado.

El riesgo de la pena ser utilizada para inmovilizar o amenazar las clases mas pobres y/o marginadas de la sociedad es muy gran, porqué las clases dominantes están en el control del Estado y pueden maniobrar para que la pena sea un medio eficaz de mantener sin posibilidades de reacción los trabajadores e las clases marginadas.

Es el abuso del poder por los dirigentes de lo Estado, mas esto ya ocurrió muchas veces en la historia de la humanidad, hasta como se puede ver por los recientes acontecimientos de aquel que se denominó "la primavera árabe".

Cymrot[31], citando Wacquant, afirma que el derecho penal, y por lo tanto la aplicación de las penas, con el fin del *welfare state*, pasa a ejercer el control de la "población superflua".

En esto punto, tal vez lo importante sea que se mire en la dirección de quien y porqué existen las penas y, entonces, decir como

30 Paulo César Busato y Sandro Montes Huapaya. *Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 208.

31 Danilo Cymrot, en Alvino Augusto De Sá, Davi De Paiva Costa Tangerino y Sérgio Salomão Shecaira (coord.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*, Rio de Janeiro, Elseiver, p. 46.



Quinney[32] que es necesario comprender que el sistema legal no sirve a la sociedad como un todo, pero si, a la clase dominante. Esto es totalmente aplicable a la cuestión de la pena, pues el control ejercido es exactamente aquel que interesa no a todos, pero si a la clase dominante.

## V. La cuestión en Brasil

Si en los países centrales, la pena está en total falencia, en los países periféricos y en desarrollo, esta es una cuestión crucial en esto momento, sea por la gran presión ejercida por la media, diciéndose porta voz de la "opinión pública", sea por que, aparentemente, hay un aumento de la criminalidad, pero lo que existe, mismo, es un gran aumento en las tajas de encarcelamiento sin que se tenga una solución para el problema de la violencia y de la criminalidad.

La situación en Brasil viene en un crecimiento, pero no es una situación particular. Santoro[33] afirma que "durante el decenio del setenta [del siglo pasado] también los criminólogos comenzaron a reconocer el fracaso de la pena como instrumento de control del crimen".

Aunque muchos doctrinadores brasileños tengan estudiado y escrito mucho contra la pena de prisión, en contramano del momento político y hasta de la orientación presente en la exposición de motivos del Código Penal brasileño, en su reforma de 1984, en esto momento, hay, en Brasil un "boom" de leyes penales y de encarcelamiento, sin que esto tenga, como ya se constató en otros países, disminuido la criminalidad y la violencia.

Sobre la cuestión de la pena, la exposición de motivos del Código Penal brasileño, en su reforma de 1984[34], afirma que:

> 26. Uma política criminal orientada no sentido de proteger a sociedade terá de restringir a pena privativa da liberdade aos casos de reconhecida neces-

32 Richard Quinney. "O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal", en Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young (orgs.). *Criminologia crítica*, Juarez Cirino dos Santos e Sérgio Tancredo (trads.), Rio de Janeiro, Graal, 1980, p. 240.

33 Emilio Santoro. *Cárcel y sociedade liberal*, Bogotá, Editorial Temis, 2008, p. 102. trad. de la 2.ª ed. italiana de Pablo Eiroa.

34 [www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF], consultado en 28 de octubre de 2011.

> sidade, como meio eficaz de impedir a ação criminógena cada vez maior do cárcere. Esta filosofia importa obviamente na busca de sanções outras para delinqüentes sem periculosidade ou crimes menos graves. Não se trata de combater ou condenar a pena privativa da liberdade como resposta penal básica ao delito. Tal como no Brasil, a pena de prisão se encontra no âmago dos sistemas penais de todo o mundo. O que por ora se discute é a sua limitação aos casos de reconhecida necessidade.

Pero, en la realidad, se tiene un gran incremento en las penas de prisión, incluso con la creación del régimen disciplinar diferenciado (el RDD, como es conocido en Brasil), donde muchos de los derechos de los encarcelados son suprimidos o disminuidos drásticamente, o, mismo, con la ley de crímenes hediondos, que estableció una metodología diferenciada para la concesión de progresión de los regímenes para el cumplimiento de las penas.

Daufemback[35], aquella psicóloga de la "Comissão Nacional de Fomento aos Conselhos da Comunidade, da Comissão Nacional de Penas Alternativas do Conselho Nacional de Política Criminal e Penitenciária" del Ministerio de la Justicia de Brasil, en conferencia presentada en congreso especializado, después de una gran exhibición de datos, afirmó que en Brasil, muchas de las leyes penales aprobadas tuvieron por base un fato de repercusión momentánea. A esto llamó de la "Legislação do Pânico". Y muestra ejemplos: 1. La "lei de crimes hediondos" fue aprobada por el Congreso brasileño después del secuestro del gran empresario brasileño Abílio Diniz; 2. La "nova lei de crimes hediondos" fue aprobada después del asesinato de la actriz brasileña Daniela Perez, hija de la novelista Gloria Perez, autora de muchas historias exhibidas por la poderosa "Rede Globo de Televisão", que hizo una gran campaña por la media para aumentar las puniciones para los "crímenes hediondos"; 3. La ley contra la tortura, aprobada después de la exhibición en nivel nacional de una tunda hecha por policías en la ciudad de São Bernardo do Campo, en la región metropolitana de São Paulo; 4) la ley que creó el régimen disciplinar diferenciado (RDD) fue aprobada después de una serie de rebeliones de presidiarios en varias prisiones brasileñas.

35 Valdirene Daufemback, M. Jordao, F. Castex y K. Sposato. "Violência, Política Criminal e Direitos Humanos", 2010, (Apresentação de Trabalho/Congresso).



En la misma conferencia, la especialista exhibió, habló de la "Celebração da Violência: em 1 semana 1.211 crimes exibidos" y presentó un cuadro que comprueba que la media hace una súper explotación de los crímenes que les rinde mayor audiencia, los más violentos. El cuadro muestra lo siguiente:

| Total de crímenes | Exibidos na televisão | Praticados |
|---|---|---|
| Homicídios<br>Latrocínios | 59% | 1,7% |
| Furtos<br>Roubos | 6,6% | 69,3% |

Fonte: ILANUD.

Como se dice al inicio, la media tiene un rol importante en la "reacción al delito", pues hace una "propaganda" de la violencia y de la criminalidad, pero de forma selectiva, escogiendo los temas que le interesa y de esto pasando como si fuera el "interés público".

Daufemback[36], en la mista conferencia dijo que actualmente, en Brasil, hay un déficit de 194 mil vagas en el sistema carcelario, lo que hace con que se tenga cárceles con llenos, con exceso de presidiarios y que sirve, incluso para generación de muchos conflictos y rebeliones, no raro con varias y hasta docenas de muertes.

Las informaciones que están en el propio sitio del Ministerio de la Justicia de Brasil[37] muestra una evolución constante del número de presidiarios, como se puede ver de los datos y por el gráfico que sigue:

Taxa de Encarceramento – Brasil

| Ano | Quantidade |
|---|---|
| dez-05 | 361402 |
| dez-06 | 401236 |
| dez-07 | 422373 |
| dez-08 | 451219 |
| dez-09 | 473626 |
| nov-10 | 496251 |

36 Ídem.

37 [http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm], consultado en 28 de octubre de 2011.

Los datos arriba muestran que entre diciembre de 2005 y octubre de 2010, la población carcelaria, en Brasil salió de 361.402 personas para 496.251 encarcelados, con un crecimiento de 36% en cinco años o una taja anual por vuelta de 5%, a excepción del año 2005/2006, cuyo crecimiento fue en torno de 11%.

A pesar del crecimiento constante, se ve que el número relativo de encarcelados no desafía, como dice la media y los defensores de cada vez más cárceles, que hay un "boom" de la criminalidad.

Por otro lado, muchas veces los criminales que hacen parte de la estadística de 2005 salen y no hacen parte de la estadística de 2006, pero ya están, de nuevo en las estadísticas de los años posteriores, pues hay, por cierto, un gran número de reincidencia, pues, la prisión es, como dice el dicho popular en Brasil, la "universidad del crimen", o, como dice Ferrajoli[38] "escolas de delinquência e de recrutamento da criminalidade organizada", pues un criminal que tiene una condenación por homicidio, por ejemplo, cuando sale por progresión del régimen de cumplimiento de la pena o en libertad condicional o, hasta mismo por cumplimiento integral de la condena, muchas veces vuelve por la práctica de otro delito cuya "enseñanza" fue objeto de su estadía anterior en el cárcel.

Como ya se dice más arriba, Fragoso[39] llama esto de la "realimentación" del sistema carcelario por el propio sistema, cuando dice que

> É praticamente impossível alcançar a ressocialização do delinquente através da pena privativa de liberdade, que funciona realmente como realimentadora do sistema.

38 Ferrajoli. *Direito e razão*, cit., p. 378.
39 Fragoso. *Lições de direito penal*, cit., p. 279.



Lyra y Araújo Júnior[40] dicen, por su vez, que la

> reincidência no crime é realmente um fato desesperador para o jurista do velho estilo, para o jurista-teólogo, que proventura ainda crê nos efeitos salutares e purificadores da pena...

Y concluyen por afirmar que la reincidencia no pertenece exclusivamente al dominio de la criminalidad.

La descreencia en que la pena pueda hacer algo para "mejorar" el presidiario no es nueva. Platón, en *La República*[41], en el diálogo entre Sócrates y Polemarco sobre la justicia, ya cuestiona si al se hacer mal a alguien esto se torna mejor o peor, concluyéndose que el mal, solo torna el ser humano peor. Así, se la pena es un mal, y no se puede tratar de otra forma, pues quien a sufre tiene atingidos bienes jurídicos que le son muy caros, como la libertad, especialmente, por cierto que ella no ayudará al hombre a ser mejor, mucho por lo contrario.

Todo el discurso mediático hizo que Brasil pasase a investir en prisiones de máxima seguridad, incluso creando el "sistema penitenciario federal", implantado hacia 2006, con cuatro presidios que son usados de forma "selectiva" para aquellos presidiarios ligados al crimen organizado, con la aplicación del régimen disciplinar diferenciado (rdd).

Ya en 1984, los investigadores Neuman y Irurzun[42] cuestionaban la prisión de máxima seguridad al decir que ellas, en el mejor de los casos, "despersonaliza a todos y a cada uno de los individuos que cumplen la condena". Y contestando a su propia pregunta sobre se debían o no desaparecer esto tipo de presidio, decían que "lamentablemente [...] aún no", pero sugerían su uso moderado y para "un grupo de delincuentes habituales".

## VI. ¿Hay alternativas?

Si la pena de prisión no ha resuelto la cuestión de la criminalidad y de la seguridad, y esto es cuestión indiscutible, hasta porque no se logró

40 Roberto Lyra y João Marcello De Araújo Júnior. *Criminologia*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995, p. 118.
41 Platão. *A república (ou da justiça)*, Edson Bini (trad.), Bauru, Edipro, 2006, p. 53.
42 Elías Neuman y Víctor J. Irurzun. *La sociedade carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1984, p. 9.

suceso con las políticas de resocialización y reintegración y también porque de nada adelanta aumentar los dispositivos penales, pues esto solo aumenta los delitos, pero torna casi imposible reaccionar a la mayoría de los crímenes con penas de prisión, por sus altos cuestos, como dice Roxin[43], entonces, es necesario buscarse alternativas.

El propio Roxin[44] propone que el desarrollo "político-criminal debe, portanto, afastar-se ainda mais da pena privativa de liberdade" y defiende el resarcimiento del daño como una alternativa a la pena de prisión y como modo di "ristabilire la pace giuridica"[45] y recomienda: "una certa prudenza nella sostituzione della pena col risarcimento avrebbe peraltro il vantaggio di far si che sull'introduzione di una simile pssibilità possa raggiungersi un ampio consenso"[46].

El penalista alemán, en otra oportunidad propone otras sanciones, como

> inflizione di sanzioni non penali [...] il lavoro socialmente utile, il ritiro della patente come pena autónoma anche per reati diversi da quelli della circolazione stradale, la detenzione domiciliare con sorveglianza elettronica...[47].

Ferrajoli[48], después analizar las cuestiones de la abolición de la pena carcelaria, la reducción de las penas privativas de libertad y defender la abolición de las penas pecuniarias, propone lo que llama de un "sistema de penas alternativas": la prisión domiciliar, la limitación del fin de semana, la "semilibertad", la libertad vigilada, la residencia obligatoria o la prohibición de residir en determinado local. Para el sistema propuesto por el doctrinador italiano, la privación de libertad sería la sanción más severa, "reservada aos casos mais graves e destinada a ser abolida em perspectiva", esto porque, como la libertad es un derecho personalísimo, es indisponible y inalienable por lo que, con base en el argumento de Beccaria, debería ser prohibida tal pena.

---

43 Claus Roxin. "Tem futuro o direito penal?", en *Revista dos Tribunais*, ano 90, volume 790, agosto de 2001, São Paulo, Revista dos Tribunais, p. 468.
44 Ibid., p. 469.
45 Claus Roxin. "Risarcimento del danno e fini dela pena", en *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Nuova Serie, Anno XXX, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987, p. 23.
46 Ídem.
47 Roxin. *I Compiti futuri dela scienza penalistica*, cit., p. 11.
48 Ferrajoli. *Direito e razão*, cit., pp. 385 y 386.



De cualquier forma, es importante registrar que, como afirman Busato y Huapaya[49]: la intervención del Estado para mantener el control social solo se justifica si el principio que la dirige sea o de la intervención mínima.

Por más que la pena de prisión en nada resuelva la cuestión de la violencia y de la seguridad, no es, en esto momento, abogar su extinción, pero es necesario caminar a pasos largos para que en un futuro muy próximo ella sea, definitivamente retirada del ordenamiento jurídico.

Hay, por cierto, que cambiar la sociedad, pero la incorporación de nuevas tecnologías e la sumisión del criminal a una vigilancia permanente, pero, en libertad, será mucho más efectiva en la prevención de los delitos y, también, en generar oportunidad de una efectiva inserción –ya que, muchas veces el criminal no fue inserido en la sociedad, por lo que no se puede hablar de su "reinserción"– en el medio social, contribuyendo para la pacificación de la sociedad.

Algo que puede ser hecho con una cierta brevedad es la retirada de las leyes penales de todos los "tipos penales de menor potencial ofensivo", estos deberían ser resueltos, siempre, o con la arbitraje o con el resarcimiento y la reparación de daño. Siempre en ámbito civil.

## VII. Conclusión

La cuestión de la pena, especialmente de la pena de prisión, lejos de ser algo fácil de ser resuelto, es de una gran complexidad y esto se queda muy visible al se ver las grandes batallas entre los doctrinadores y no solo de ahora, pero desde ha siglos, para definir su importancia, su necesidad, su función, su finalidad y su futuro.

En Brasil la cuestión de la pena pasa, también por presidios llenos, con un déficit de vagas que está cerca de 200 mil para una población carcelaria de cerca de 500 mil.

Hay muchas leyes penales creadas a partir de algunos fatos aislados, conducidos mediáticamente, de acuerdo con intereses de las clases dominantes que hacen con que se aumente el número de en-

---

49 Busato y Huapaya. *Introdução do direito penal*, cit., p. 208

carcelados sin que haya, de fato, un "boom" de la criminalidad, como sugiere la media.

La pena de prisión, en el Brasil, como en todo el planeta, no ha resuelto la cuestión de los conflictos sociales y no crea perspectivas para los egresos del sistema carcelario, lo que hace con que haya una alta taja de reincidencia, con el sistema penitenciario haciendo la realimentación del propio sistema.

Si hay la falencia de la pena de prisión, necesario que se pueda buscar, lo más pronto posible, alternativas a ese tipo de pena. Mucho ya se puede hacer de una forma relativamente rápida, con alguna inversión en tecnología y con la retirada de los tipos penales de "menor potencial ofensivo" de las leyes penales.

No hay duda que el momento es de una profunda crisis en la cuestión de la pena de prisión, pero es en estos momentos de crisis que es posible canalizar los esfuerzos para hacer los cambios necesarios.

El primer cambio necesario a hacerse es dejar de ser la "sociedad de las penas", preocupada en crear y desarrollar nuevas leyes y tipos penales y nuevos presidios, para ser la sociedad de la libertad, preocupada con la felicidad de las personas y la realización de sus sueños!

## Bibliografía

Anitua, Gabriel Ignacio. *Historia de los pensamentos criminológicos*, 1.ª ed., 2.ª reimp., Buenos Aires, Del Puerto, 2010.

Beiras, Iñaki Rivera. *La cuestión carcelaria: historia, epistemologia, derecho y política penitenciaria*, 2.ª ed. actualizada, vol. I, Buenos Aires, Del Puerto.

Bissoli Filho, Francisco. *A sanção penal e suas espécies*, Curitiba, Juruá Editora, 2010.

Busato, Paulo César. *Reflexões sobre o sistema penal do nosso tempo*, Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2011.

Busato, Paulo César y Sandro Montes Huapaya. *Introdução do direito penal: fundamentos para um sistema penal democrático*, 2.ª ed., Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

Cymrot, Danilo en Alvino Augusto De Sá, Davi De Paiva Costa Tangerino y Sérgio Salomão Shecaira (coord.). *Criminologia no Brasil: história e aplicações clínicas e sociológicas*, Rio de Janeiro, Elseiver.

Daufemback, Valdirene; M. Jordao, F. Castex y K. Sposato. "Violência, Política Criminal e Direitos Humanos", 2010, Apresentação de Trabalho/Congresso.



Ferrajoli, Luigi. "Direito e razão", SP:RT. 3.ª ed. revista, 2010, Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Tavares e Luiz Flávio GomeS (trads.).

Fragoso, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal. Parte geral*, 15.ª ed. rev. e atual., por Fernando Fragoso, Rio de Janeiro, Forense, 1994.

[http://portal.mj.gov.br/data/Pages/MJD574E9CEITEMIDC37B2AE94C6840068B1624D28407509CPTBRNN.htm], consultado el 28 de octubre de 2011.

Lyra, Roberto y João Marcello De Araújo Júnior. *Criminologia*, 4.ª ed., Rio de Janeiro, Forense, 1995.

Molina, Antonio García-Pablos De y Luiz Flávio Gomes. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos. Introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais*, 2.ª ed., revista, atualizada e ampliada, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1997.

Neuman, Elías y Víctor J. Irurzun. *La sociedade carcelaria. Aspectos penológicos y sociológicos*, 2.ª ed., Buenos Aires, Depalma, 1984.

Olivé, Juan Carlos Ferre; Miguel Ángel Núñez Paz, William Terra De Oliveira y Alexis Couto De Brito. *Direito penal brasileiro: parte geral: princípios fundamentais e sistema*, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 2011.

Platão. *A república (ou da justiça)*, Edson Bini (trad.), Bauru, EDIPRO, 2006.

Quinney, Richard. *O controle do crime na sociedade capitalista: uma filosofia crítica da ordem legal*, en Ian Taylor, Paul Walton y Jock Young (orgs.). *Criminologia crítica*, Juarez Cirino dos Santos y Sérgio Tancredo (trads.), Rio de Janeiro, Graal, 1980.

Roxin, Claus. *Derecho penal. Parte general. Tomo I: Fundamentos, la estrutura de la teoria del delito*, 1.ª ed., reimp., Madrid, Civitas, 2000. Traducción de la 2.ª ed. alemana y notas por Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz Y García Conlledo y Javier De Vicente Remesal.

Roxin, Claus. "Tem futuro o direito penal?", en *Revista dos Tribunais*, ano 90, volume 790, agosto de 2001.

Roxin, Claus. "Risarcimento del danno e fini dela pena", *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, Nuova Serie, Anno XXX, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 1987.

Roxin, Claus. "I compiti futuri dela scienza penalistica", *Rivista Italiana di diritto e procedura penale*, vol. 43, Fasc. I, Milano, Dott. A. Giuffrè Editore, 2000.

Santoro, Emilio. *Cárcel y sociedade liberal*, Bogotá, Editorial Temis, 2008. Traducción de la 2.ª ed. italiana de Pablo Eiroa.

Silva García, Germán. *Criminología: teoria sociológica del delito*, Bogotá, Instituto Latinoamericano de Altos Estudios –ilae–, 2011.

Weber, Helmuth Von. *Lineamientos del derecho penal aleman*, Buenos Aires, Ediar, 2008. Traducción de la 2.ª ed. alemana por Leonardo G. Brond, revisada y prologada por Eugenio Raúl Zaffaroni.

[www.ombadvocacia.com.br/acervo/LEIS/L7209_84.PDF], consultado el 28 de octubre de 2011.

Zaffaroni, Eugenio Raul; Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Manual de derecho penal: parte general*, 2.ª ed., 6.ª reimp., Buenos Aires, Ediar, 2011.