

# CRÍTICA A LA ADMINISTRACIÓN JURÍDICO-PENAL DEL SUFRIMIENTO Y LA PENA PRIVATIVA DE LIBERTAD: LAS FUNCIONES REALES DE LA PUNICIÓN ESTATAL

## CRÍTICA À ADMINISTRAÇÃO JURÍDICO- PENAL DO SOFRIMENTO E A PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE: AS FUNÇÕES REAIS DA PUNIÇÃO ESTATAL

Julia Abrantes Valle 1

**Resumen:** El objetivo de esta investigación es discutir, críticamente, la pena de privación de libertad, sus funciones reales y objetivos no declarados y, especialmente, sobre la forma en que la administración del sufrimiento del individuo se lleva a cabo en el sistema penitenciario brasileño. El trabajo permitirá la visualización de una prisión real, así como sus consecuencias para la sociedad. Así, por medio de la utilización de la investigación cualitativa, de naturaleza inductiva y con el uso del método de revisión bibliográfica, se hace posible evidenciar la falta de respeto por los derechos humanos más básicos, la justicia, la proporcionalidad y la propia Constitución en la experiencia de la cárcel real, y la crítica se hace precisamente por la falta de interés de las políticas públicas en la lucha, de hecho, por la construcción de una modalidad punitiva que sea más equivalente a los principios que el Estado Democrático brasileño pretende defender.

**Palabras clave:** Encarcelamiento. Derechos humanos. Sufrimiento. Privación de libertad.

**Resumo:** A presente investigação tem por objetivo discorrer, de forma crítica, acerca da pena privativa de liberdade, suas reais funções e objetivos não declarados e, especialmente, sobre a maneira como a administração do sofrimento do indivíduo é realizada no âmbito carcerário brasileiro. O trabalho permitirá a visualização de um cárcere real, bem como de suas consequências à sociedade. Assim, por meio da utilização da investigação qualitativa, de natureza indutiva e com o uso do método de revisão bibliográfica, se faz possível evidenciar a falta de respeito aos direitos humanos mais básicos, à justiça, à proporcionalidade e à própria Constituição na experiência do cárcere real, e a crítica se realiza justamente pela falta de interesse das políticas públicas em, de fato, lutar pela construção de uma forma de punição mais equivalente aos princípios que o Estado Democrático Brasileiro pretende defender.

**Palavras-chave:** Encarceramento. Direitos Humanos. Sofrimento. Pena Privativa de Liberdade.

## Introdução

Ni siempre la privación de la libertad fue considerada como la forma de punición principal a ser aplicada en la sociedad. En realidad, tratase de una modalidad punitiva bastante reciente, habiendo surgido en la modernidad, y existen diversas explicaciones para el surgimiento de tal penalidad y su rápida difusión en el mundo.

El cuento original es que se trataría de una forma de aplicación del poder estatal mucho más “humana”, pero no todos los investigadores están de acuerdo con tal idea. En esta investigación, se buscará demostrar como tal penalidad surgió, sus objetivos declarados para, así, ver como ella realmente es aplicada en la cárcel real brasileña y cuales objetivos “no declarados” persigue en realidad. Se criticará la representación jurídica del sufrimiento que tal penalidad representa y, también, se buscará comprender el motive por la cual tal pena se encuentra fallida y no tiene capacidad de perseguir uno de sus fines más fundamentales: el de resocializar el individuo.

Considerando, pues, este objetivo, el trabajo será realizado por medio del abordaje cualitativo, de naturaleza inductiva e con el uso del método de revisión bibliográfica, con la búsqueda de informaciones en libros, artículos científicos y otros documentos que se presenten relevantes al desarrollo del tema propuesto.

Así, la investigación se subdivide en cinco puntos. En el primero, se discurre sobre la utilización del dolor en la pena privativa de libertad, discuriendo también sobre el surgimiento de la función resocializadora de la pena como legitimadora del poder punitivo del Estado. En el segundo punto se busca hacer un breve recorrido acerca de lo que dispone la ley penal sobre la ejecución de pena en Brasil para, entonces, en el tercer punto, conocerse la realidad de la experiencia del encarcelamiento en Brasil, con todas sus violaciones de derechos y garantías fundamentales, que en nada se asemejan a lo que dispone la ley.

En el cuarto punto, por su vez, se comprenderá la incoherencia existente entre la administración del sufrimiento y el objetivo resocializador de la pena privativa de libertad, comprendiendo pues su falencia. Por fin, en el quinto punto, se discurre sobre las políticas de desencarcelamiento como la solución más viable al escenario problemática presentado.

Tratase de temática de profunda relevancia pues el encarcelamiento masivo en Brasil es problema conocido mundialmente, y la cuestión criminal ni siempre recibe la importancia que necesita. Así, la investigación busca producir reflexiones que ayuden a la idealización y resolución de la problemática presentada, buscando hacer más justicia y sugerir medidas que sean más compatibles con los derechos y garantías fundamentales.

## El Uso Punitivo del Dolor en la Pena Privativa de Libertad y el Surgimiento de la Función Resocializadora

En la historia de la humanidad, la noción de punición siempre ha existido, aunque no como hoy se la entiende. En el ámbito del derecho, especialmente, existe la asunción histórica de la correspondencia entre daño y reparación, y el delito mismo ha sido entendido como un “mal que exigía compensación” (MADRID, 2010 p. 37).

Y bueno, el contenido de la “pena”, que debe ser aplicada al sujeto criminoso, viene correlacionada con la idea del dolor físico o psíquico. La privación de libertad viene justamente en este sentido, con la pretensión de causar sufrimiento al individuo que la recibe. Aunque esta causación de dolor no sea el fin último de la pena, es un efecto deseado e imprescindible para el alcance del objetivo de tal penalidad: el dominio, control y disciplina del sujeto desviado (MADRID, 2010).

Se trata, por tanto, de un dolor legalizado por la ley y que tiene su extensión y limitación determinada por el aparato legal. Si así no fuera, como enseña el Prof. Antonio Madrid (2010, p. 38), “[...] no se podría distinguir entre condena y tortura, o entre un trato admisible en la ejecución de una pena y un trato vejatorio, degradante o humillante”.

Y la aplicación del dolor hacia el punto permitido por la ley, es soportable por la sociedad y amparado por el Derecho; sin embargo, al ultrapasarse tal límite, en tesis, la aplicación de punición debería ser considerada como inhumana. La cuestión, por tanto, no tiene que ver con

la naturaleza de la pena, pero sí con el grado de dolor permitido o no de ser infligido al sujeto condenado (MADRID, 2010).

Tal idea, del carácter de sufrimiento de la pena, viene de la concepción de que esta es, en realidad, una forma de “pago” que el sujeto que comete un delito “debe” a la sociedad. O sea, el derecho encara al individuo que comete un delito como un sujeto que rompe con el equilibrio de la sociedad, y la forma que el Estado encuentra para reparar tal desequilibrio es mediante la aplicación de la pena. Como trae el Prof. Antonio Madrid (2010, p. 40), “[...] el sufrimiento causado hay que repararlo mediante otro sufrimiento”.

Tal carácter claro de la pena permite ver que, aunque en la teoría moderna de la pena no se acepte esto, la realidad es el trato de la sanción penal como modalidad de pago y la función puramente retributiva, que visa la aflicción del dolor, aún existe y es parte fundamental del sistema jurídico y penitenciario actual. Aunque el pensamiento penal moderno intente negar, existe mucho en común a apuntarse sobre la pena actual de privación de libertad y su intención vindicativa de imponer sufrimiento a quien causa sufrimiento (MADRID, 2010).

Y esa noción viene reforzada, también, por las características del derecho penal en la edad media, momento en que este respondía a los preceptos e intereses de la ya mencionada Iglesia Católica. En este momento, la comprensión de aflicción de dolor y de aplicación de venganza por medio de la pena venía correlacionada con la idea de expiación. O sea, la noción de que es a través del sufrimiento que la persona se librerá de la culpa de sus actos (MADRID, 2010).

La idea es que, mediante el cometimiento del delito, el sujeto se queda culpado, responsable por su acto y, por tanto, “impuro”. Así, por medio de la noción de la expiación es que existe una deuda, que debe ser pagada, y tal deuda se paga con el dolor y el sufrimiento, el “sacrificio” con el objetivo de alcanzar la salvación y la purificación (MADRID, 2010).

Básicamente tales conceptos evocan la teoría retributiva de la pena, y justo por eso costumbran ser conceptos ignorados, “barridos” para bajo del tapete, alejados de los “ojos”, de la superficie de la sociedad. Esto porque tal noción remete a la idea de que la pena ocasiona sufrimiento, y pensar que tal sufrimiento viene de la intención retributiva de la pena horroriza a la sociedad contemporánea y aleja la idea de que esta misma pena tiene un objetivo mayor, que la caracteriza como un “mal necesario”, que es su intención recuperadora, resocializadora del individuo.

La creación de este sentido “humanista” de la pena fue fundamental para la implementación de la penalidad tal cual esta ocurre en los ordenamientos jurídicos actuales. La justificación de la aflicción del dolor a los sujetos por cuenta de este objetivo preventivo, de resocializarlos para que “aprendan” a vivir en sociedad, es un hilo fundamental para el mantenimiento de la utilización de esta forma de punición. Así, se hace interesante comprender el surgimiento de tal perspectiva para, entonces, poder profundizarse la comprensión de sus reales objetivos.

Foucault (2001), en su obra, cuenta que antes del advenimiento de la difusión de la prisión carcelaria vigoraba la punición por el suplicio, que era la punición estrictamente corporal y cruel que ocurría públicamente y se caracterizaba por verdadera salvajería, que por la visión de hoy se podría decir motivada por una “rabia irracional”. Sin embargo, no se trataba de acto salvaje, pero tan solamente cruel, aunque poseía técnica y jerarquía, correspondiendo a criterios precisos de aplicación del dolor.

La perspectiva “humanista o pietista” es la visión defendida como siendo la “historia oficial” del surgimiento de la penalidad de privación de libertad. La idea que busca tal vertiente arraigar en la sociedad es que el liberalismo clásico y el cristianismo influenciaron el surgimiento de tal modalidad punitiva porque desprendían un gran humanismo, que justo inspiró de la gran reforma de las penas (BOUIERI, 2016).

En razón de la crueldad y tiranía evidenciada por los episodios del suplicio, tales instituciones, con sus ideales, tendrían revolucionado la manera de punir a los desviados. O sea, tal vertiente pliega la necesidad de verse la pena privativa de libertad como un gran progreso de la humanidad, que alejó al suplicio, promoviendo la reducción de penalidades crueles por medio del nacimiento de la cárcel punitiva (BOUIERI, 2016).

Sin embargo, Foucault (2001) ya defendía que tal punición no actuaba en este sentido,

y que no se trataba, de facto, de una “humanización” de la pena, pero sí, de una estrategia capitalista con el objetivo de remenejar el poder de punir del Estado, buscando justo tornarlo más eficaz, regular y detallado.

Cambio la punición puramente corporal y la transformó en una punición, también, temporal, actuando sobre el tiempo de vida de la persona (pero sin dejar de actuar en su cuerpo, que se mantiene como el objeto de la pena, quedando bajo el poder estatal).

También la nueva forma de punir ha dejado claro a la sociedad quienes son los “enemigos de todos”, siendo que la propia condenación asumió el papel de estigmatizar y etiquetar a los “anormales”, “locos” o “salvajes” que necesitan ser corregidos y resocializados.

Se trató el surgimiento de la prisión, por tanto, de una verdadera estrategia de disciplinar no solo a los desviantes, pela a la sociedad como un todo, y utilizándose, claro, de la función de “resocialización” para no dejar traspasar el objetivo principal de la retribución, pues así caracterizaría una instrumentalización del cuerpo humano y las críticas sufridas por el suplicio volverían a asombrar a los detenedores del poder.

Tal transformación, por tanto, produjo dos cambios fundamentales en el uso del dolor legalizado: (i) la búsqueda por la eficacia de la penalidad y (ii) la tecnificación del instrumento jurídico (MADRID, 2010).

Pero la principal de las alteraciones tiene respeto justo a esta utilización de nuevas formas de administrar a la vida y disciplinar a las personas, a través de la aplicación del sufrimiento. Antes, la publicidad y la aflicción del dolor físico era la característica principal del poder punitivo del Estado; en la modernidad, la característica principal es la reclusión-privatización del castigo penal. Como trae el Prof. Antonio Madrid (2010, p. 55), “el dolor legalizado se despersonaliza en su aplicación en la misma medida en que el aparato estatal se burocratiza”.

Sin embargo, la referida pena privativa de libertad, en la contemporaneidad de los estudios criminológicos, ya viene siendo muchísimo criticada y su falencia viene siendo apuntada. Y la crítica principal tiene que ver con el punto que ya suscitaba Foucault (2001): aún que parezca tal penalidad una forma mucho más “humanitaria” de punir al sujeto desviante, esta se presenta, en la realidad, tal cual o, a veces, peor que el suplicio tan criticado.

Lo único que ocurrió con el advenimiento de la pena de prisión fue, tan solo, la modificación del carácter público de la pena para el carácter privado. Aunque no ocurran más torturas y asesinatos ante los ojos de la población, la completa incertidumbre de lo que se pasa adentro de los muros de la cárcel es tan o más inhumana que la penalidad pública. El encierro total en una institución totalitaria, con la suspensión de derechos y la vivencia en constante vigilancia del Estado, viviendo en condiciones precarias y sometidos a una diversidad de violencias físicas, psíquicas y morales no puede ser considerado como algo “humano”.

Sin embargo, este fue el discurso defendido para justificar la modificación de la penalidad considerada “inhumana”, que era el suplicio, para esta nueva forma de punición, que cumplía a una función social mayor, y hacía eso justo con base en una función especial de la pena, que iba más allá de la sencilla retribución del Estado por la norma violada. Fue ahí que entró, por primera vez en el escenario penal, la función resocializadora de la pena, buscando justo dejar en las sombras la función puramente retributiva y mantenedora del poder y del “status quo”, trayendo a la “luz” la idea de “mal necesario” que el individuo desviante, el “loco” y “anormal” debe pasar para que sea reeducado en los moldes de la sociedad.

Su decadencia llevó en consideración una serie de momentos y contextos históricos y una diversidad de estudios prácticos y teóricos que estudiaron su eficiencia. El caer del Welfare State fue la principal ocurrencia, que ha hecho el Estado más pequeño y empezó un proceso de desinstitucionalización que se dio, especialmente, por los costos asociados a las instituciones totales (RIVERA, 2005).

Además, tras el surgimiento de una sociedad cada vez más en la lógica neoliberal, las argumentaciones de las tendencias de derecha (con la criminología de la intolerancia y la política represiva) y de izquierda (con los estudios empíricos de los efectos negativos de la cárcel), que a modos distintos evidenciaron la inutilidad de la pena resocializadora, entre otros factores, todos llevaron al mismo punto: la crítica de que tal ideal resocializador de la privación de libertad de nada funcionaba (RIVERA, 2005).

Pero mismo ante a tal ineficacia, el Estado necesitaba una forma de mantener el control y devolver el equilibrio y el orden social a las relaciones de poder. Y así fue que, con el mismo motivo en que se crearan las ideologías resocializadoras, estas se mantuvieron hasta los días actuales existiendo como primera opción de punición el prácticamente todo el mundo. La función resocializadora de la pena se mantiene existiendo pues ejerce un papel dominante en la producción y reproducción del orden social, justificando la aplicabilidad de una pena tan sabidamente negativa con la falacia de la “necesidad social” de recuperar el detenido (OLLER; DÍAS, 2018).

Así es que las corrientes contemporáneas de la criminología critican tal función resocializadora de la pena y anuncian su decadencia inutilidad con relación a su fin declarado. Y eso se da por una infinidad de razones, como por ejemplo el contexto del encierro en lo cual los detenidos están sometidos; la selectividad del sistema penal que encierra, principalmente, a los pobres y los grupos marginalizados, como ya mencionado y, especialmente; porque la pena de prisión no tiene ninguna funcionalidad en preparar a lo individuo para, una vez egreso del sistema, o volver a delinquir, sino que hace todo lo contrario (OLLER; DÍAS, 2018).

Como se ve, por tanto, la penalidad moderna que se aplica mediante la pena privativa de libertad no abandona la “carga mágica” de la capacidad expiatoria que posee el sufrimiento penal (y penitencial), y la función retributiva se mantiene fuerte (mientras su justificación por la función preventiva, cada vez más, anuncia su falencia), siendo que la función resocializadora es ya conocidamente falla y solo se mantiene siendo aplicada por razones que no pueden ser compatibles con el discurso “humanitario” de la pena.

Lo que se adeuda aún se mantiene teniendo que ser pagado. Aún se observa, en el proceso penal, la misma idea de la antigüedad, donde se identifica el daño, la deuda, y se establece el pago. Se define por qué se paga, quien paga y como se paga. Y la tarificación de la deuda aún sigue siendo determinada por la medida de valor de los bienes sociales (MADRID, 2010).

Sin embargo, con la modernización y la despersonalización de la aplicación de la pena (y, consecuentemente, del dolor), es fundamental cuestionarse, cada vez más, el significado, la eficacia y la proporcionalidad del pago establecido a estos bienes jurídicos que vienen siendo “ofendidos” por los sujetos.

Tales cuestiones representan la práctica del sistema penal, que se presentan como el completo opuesto del “deber ser” que trae la ley penal sobre las funciones y la forma de aplicación del cumplimiento de pena. Y esto queda bastante claro cuando se observa el sistema penal y carcelario brasileño. Las condiciones inhumanas en que viven los detenidos, el perfil del sujeto preso y el fracaso total de la pena resocializadora son informaciones obvias cuando se observa el caso brasileño. Sobre eso, se estudiará mejor a seguir.

## La Ley Penal y la Cárcel en Brasil

La penalidad basilar del sistema penal brasileño es, justo, la privación de libertad. Tal penalidad será utilizada, según trae la ley constitucional y especial brasileña, después del tránsito en juzgado de sentencia condenatoria contra el sujeto, considerando el principio constitucional de la presunción de inocencia. Sin embargo, tal penalidad también puede ser utilizada flexibilizándose tal principio en algunas hipótesis: (i) en caso de flagrante delito, (ii) prisión preventiva y (iii) prisión temporaria (MIRABETE, 2008).

En cualquier de estos casos, con excepción de la prisión cautelar por flagrante delito (que solo ocurre por plazo determinado y corto con objetivo distinto), la Ley de Ejecución Penal (LEP) brasileña trae, en sus arts. 1º y 2º que el cumplimiento de la pena será realizado en condiciones capaces de proporcionar la harmónica integración social del condenado o internado (en caso de sujeto inimputable).

El cumplimiento de la pena ocurre en tres regímenes distintos: (i) el cerrado, (ii) el semiabierto y (iii) el abierto, definidos de acuerdo con la cuantificación final de la pena aplicada al sujeto y en las condiciones personales del agente (como reincidencia, peligrosidad y afines). La progresión de pena es esencial en el funcionamiento carcelario, pero, así como la grande parte de las previsiones legales en materia carcelaria, en la práctica ni siempre son respetadas

(MIRABETE, 2008).

En el caso del régimen cerrado, trae el art. 88 de la LEP que el sujeto debe permanecer en una celda individual, debiendo esta presentar condiciones de salubridad adecuada a la existencia humana y conteniendo, al menos, seis metros cuadrados. Además, tienen los detenidos el derecho al baño solar y a la visita de familiares en data previamente acepta por la dirección del presidio. Se encuentran en tal régimen los sujetos condenados por pena superior a ocho años de reclusión y el cumplimiento ocurre en las penitenciarías (MIRABETE, 2008).

El régimen semiabierto, por su vez, ocurre para los detenidos condenados a penalidad superior a cuatro años y no superior a ocho años de reclusión, siendo que, para tener el derecho a tal modalidad, no pueden tener reincidencia criminal. A pesar de tratarse de penalidad más branda, en realidad, acaba siendo una verdadera extensión del régimen cerrado, una vez que los detenidos de tal régimen son colocados en locales muy similares a las penitenciarías y poseen condiciones de vida también en el mismo estilo (MIRABETE, 2008).

Por fin, el régimen abierto es concedido a los sujetos con penalidad igual o inferior a cuatro años y que no sean reincidentes. Tal modalidad se trata de la pena más blanda, situando los detenidos en zona urbana, en albergue y sin grandes obstáculos de cierre, siendo bastante similar a la vida normal en sociedad (MIRABETE, 2008).

Para todos estos regímenes, trae la LEP que estos deben ocurrir respetando siempre los principios y garantías constitucionales del ser humano (art. 3º) y establece una serie de derechos del detenido que deben ser asegurados durante el cumplimiento de pena.

Los derechos asegurados son, básicamente, aquellos necesarios a la vivencia digna. Tienen derecho, de acuerdo con el art. 11 y otros de la LEP, a la asistencia material, a la salud, a la asistencia jurídica, educacional, social y religiosa, debiendo su estadía en la cárcel buscar la resocialización y el preparo para la vida egresa del sujeto.

Sin embargo, a pesar de tales previsiones en el “deber ser” del sistema carcelario brasileño, la realidad de la cárcel en Brasil es totalmente distinta, caracterizada por la verdadera falta de respeto a cualquier uno de estos derechos arriba dispuestos. Sobre eso, se trata a seguir.

## **La Realidad de la Vida en la Cárcel de Brasil**

Brasil tiene, actualmente, 748 mil personas cumpliendo pena, siendo que 333 mil de ellos están en régimen cerrado, pero, a pesar de eso, en torno de 700 mil se mantienen, de alguna forma, vinculadas al régimen penitenciario. El país tiene una tasa de aprisionamiento de 349%, siendo una de las mayores del mundo y evidenciando el encarcelamiento masivo que viene ocurriendo desde el año 2000 (INFOPEN, 2017).

La realidad del sistema carcelario brasileño no podría estar más alejada de los deberes estatales y de la protección constitucional prevista en la ley. A pesar de la legislación traer una serie de derechos y garantías a estos sujetos, prácticamente nunca estas son respetadas.

En Brasil, los sujetos detenidos viven en condiciones insalubres, con pésima alimentación, falta de asistencia médica y quedan sumisos a la arbitrariedad de los dirigentes de la unidad penitenciaria en que se encuentran para obtener o no la grande mayoría de sus “derechos” previstos por ley (MACHADO; CARDOSO, 2013).

A pesar de traer la ley que los sujetos serán detenidos en celda individual con un espacio mínimo para su sobrevivencia, la realidad evidencia que estos son alojados en celas compartidas, donde existe un hacinamiento de personas sin igual, de aproximadamente 170%, llegando a haber hasta 8 detenidos en un espacio donde solo debería haber uno. El déficit de vagas es de 303 mil (INFOPEN, 2017).

Tal situación hace con que, especialmente en tiempos como este, donde existe una crisis pandémica, estos individuos quédense sujetos a la proliferación de epidemias y enfermedades diversas. Tal fator, aliñado a la pésima alimentación, al sedentarismo, al uso de drogas y a la insalubridad permiten que el sujeto que adentre a la cárcel saludable, de ella salga acometido por disfunciones en su salud física y mental y, muchas veces, sin vida (ASSIS, 2017).

Otro ejemplo de falta de respeto a la ley viene con relación al art. 126 de la LEP, que dispone sobre la progresión de régimen, que concede el derecho al detenido a descontar de su

pena cada día de trabajo o estudio. Sin embargo, aún que tenga tal derecho, casi nunca es posible tal descuento para su progresión porque no existe oferta de trabajo y estudio a la grande mayoría de los detenidos (MONTEIRO; CARDOSO, 2013).

La situación es insostenible, y la falta de respeto a cualquier tipo de derecho es obvia en este ambiente. En la cárcel brasileña, existe una dinámica social que más se asemeja a una situación de guerra: los fuertes comandan y se imponen a los más débiles, habiendo disputas entre agentes penitenciarios y detenidos, pero, también, entre los propios detenidos (MONTEIRO; CARDOSO, 2013).

Existe en fenómeno de las facciones criminales, que demuestra justo tal escenario de guerra. Actualmente, en toda la cárcel del país, existe el comando de al menos una facción. Cuando la unidad penitenciaria es dominada por una sola facción, es presidio costumbre ser “pacífico” y no presentar grandes muertes. Sin embargo, si existen dos o más facciones en el mismo local, la “cachina” ocurre esporádicamente (CERVINI, 1997).

Tales facciones son verdaderas organizaciones criminales que encaran al presidio como una oportunidad. En este escenario de guerra, es importante elegir un lado, y tales facciones consiguen a todos los sujetos que adentran a la cárcel, por medio de amenazas a estos sujetos y a sus familiares que están afuera de la cárcel, pero, también, consigue su apoyo pues, ante la extrema falta de cualquier tipo de asistencia estatal, aliarse a estos grupos es, muchas veces, la única forma de sobrevivir aquello pesadillo (CERVINI, 1997).

Así es que la cárcel, en Brasil, se configura como una verdadera “escuela del crimen”, que, al enviar los sujetos aquello ambiente con la declarada “finalidad” de resocializarlos y recuperarlos, acaba enviándolos directo para el ambiente en que aprenderán a la organización de la criminalidad, saliendo de allá preparados al cometimiento de las más diversas atrocidades – y comprometidos, hasta el final de sus vidas, a trabajar junto aquellas facciones.

## **La Incoherencia en la Administración del Dolor con el Objetivo de “Resocializar” al Individuo y los Objetivos “No Declarados” de la Pena**

El dolor administrado en las cárceles brasileñas cuando del cumplimiento de la pena parece haber pasado directamente de la función retributiva, cargada de la noción “expiatoria” del sufrimiento, hacia la real experiencia de la tortura.

Eso porque, como se puede observar por los comentarios del apartado anterior, no hay nada de “justo” o mismo de “proporcional” en el dolor vivenciado por los detenidos en estas cárceles. En realidad, lo que se percibe es justamente la aplicación de un grado de punición absolutamente deshumano, que ni siquiera guarda cualquier relación a la naturaleza de la conducta criminosa del sujeto y que, más que la intención de punir el sujeto con el objetivo de purificarlo realmente ultrapasa cualquier límite punitivo y se presenta con una intencionalidad de torturarlo sin preocuparse con justificar tal tortura.

Tal idea de la ineficacia y la desproporcionalidad del sufrimiento aplicado por medio de la pena privativa de libertad puede ser visto, por ejemplo, en la constatación de que en torno de 60% de los sujetos detenidos en las cárceles masculinas, y en torno de 70% de las detenidas en las cárceles femeninas, allí están debido al cometimiento de delitos relacionados a drogas (INFOPEN, 2017).

O sea, el sistema penal permite la aplicación del dolor legalizado (que como se vio, en el caso de la cárcel brasileña, se trata de un dolor completamente desproporcional) a personas que se endeudaran con el Estado por el cometimiento de delitos que ni siquiera poseen víctimas, como es el caso de los crímenes de drogas. Estos sujetos pasan años vivenciando diariamente las más diversas atrocidades y violaciones en el ámbito carcelario, de manera legal, por conductas que, en la práctica, ni siquiera llegan a ofender a nadie. Y esto es lo que este sistema penal y penitenciario, este gobierno y esta sociedad llaman de “hacer justicia”. ¿Cuál sería el real objetivo de tal dinámica?

El objetivo de tal dinámica carcelaria tornase más evidente cuando se observa el perfil del detenido en Brasil. De acuerdo con una investigación oficial de gobierno brasileño, se de-

tiene que el sujeto encarcelado en Brasil se trata del joven (más de 50% tiene de 18 a 29 años), negro (más de 50% tiene etnia parda o negra), sin escolaridad y pobre (más de 50% no tiene el enseño fundamental completo) (INFOPEN, 2017).

Eso evidencia que la función no declarada de la pena de privación de libertad en Brasil es, justamente, criminalizar a un cierto grupo de personas que, en este caso, es el sujeto negro y pobre. Se puede decir que vigora el fenómeno de la criminalización de la pobreza, ya evidenciado por la criminología y que hace parte de la estigmatización de lo sujeto en condiciones socioeconómicas desfavorables, bien como a los sujetos de grupos sociales marginalizados, como siendo predeterminados como criminosos. Tal entendimiento corrobora con Foucault (2001) en el sentido de que uno de los objetivos de la cárcel es, justo, “barrer” a los pobres a determinadas instituciones.

O sea, en Brasil existe una verdadera y clara criminalización de la pobreza, y, también es claro que el sistema penal brasileño, que basase especialmente en la privación de libertad, en nada funciona, especialmente en su función “resocializadora” del sujeto, una vez que los datos demuestran que siete en cada diez egresos vuelven a reincidir (ISTOÉ, 2011).

Aquí se percibe incluso una misma dinámica aplicada a la penitencia en la edad media, y que fue trasladada a la aplicación de la pena actual. Como enseña el Prof. Antonio Madrid (2010), la penitencia era aplicada, en general, por penas pecuniarias a quienes se encontraban en posiciones sociales más privilegiadas, y con mayor utilización de castigos corporales a aquellos de las posiciones sociales más desfavorecidas. Por lo que se comentó arriba, se puede ver que tal dinámica se mantiene y denuncia justo esta función no declarada de la pena en Brasil.

Y todo eso ocurre, justamente, legitimado por las estructuras de poder principales (por el Estado, pero, también, por los medios de comunicación, las instituciones sociales como iglesia, etc.). En realidad, hay mucho que se asemeja a la aplicación de penitencias de la edad media. Tal instrumentalización del dolor con el objetivo de corregir y “curar” el sujeto sufrió esto traslado hacia la modernidad.

Como enseña el Prof. Antonio Madrid (2010), de la misma manera en que, en aquel tiempo, se mantenían prácticas dolorosas como tareas educativas, tales prácticas de administración del dolor son mantenidas para asegurar la obediencia de la ley. Como la “letra con sangre entra”, también “la sangre asegura la ley”.

El dolor viene entendido justo como una forma necesaria para la salvaguarda cognitiva de la norma jurídica impuesta a la sociedad. Es el dolor que mantiene el orden social normativo, según defiende Jakobs (apud MADRID, 2010). Así, el ataque a la norma es el ataque al orden social, y tal ataque, al producir alteración, necesita de la pena para confirmar a la sociedad que tal norma, aunque vulnerada, continúa siendo válida, y su ataque genera consecuencias.

O sea, el objetivo general de la pena es, en este sentido, demostrar el fracaso del comportamiento delictivo por medio del dolor contenido en la sanción penal aplicada a los sujetos que vulneran estas normas, asegurando a la adhesión cognitiva del derecho, conforme enseñaba Jakobs (apud MADRID, 2010).

Sin embargo, tal perspectiva y justificación que trae Jakobs, como bien pone el Prof. Antonio Madrid (2010), es rechazable. En primer lugar, porque tan solo se centra en el derecho penal como forme de resolución de conflictos que envuelvan el ataque a normas jurídicas, olvidándose de la fuerza que detienen otras áreas del derecho como el civil, administrativo, entre otros. En segundo lugar, justifica a la aplicación de la pena privativa de libertad siempre apoyada en esta teoría “cognitiva-correctiva”, que ya hace décadas no demuestra aciertos históricos.

La decadencia de las ideologías resocializadoras son reconocidas por los expertos de la criminología y de las ciencias jurídicas, como ya mencionado anteriormente (RIVERA, 2005). Sin embargo, aún hoy es la existencia de tal ideología como justificadora que permite la pena privativa de libertad se mantener legitimada por el Derecho en los más diversos códigos penales por el mundo.

Y esto ocurre por la necesidad de la sociedad en engañarse sobre lo que realmente ocurre dentro de las cárceles. Lo que parece es que encarar a la pena privativa de libertad tal cual como realmente es – eso es, como medida aplicada por el poder punitivo del Estado con

el estrecho objetivo de ocasionar dolor y sufrimiento al apenado que posee “deuda” con el orden social – se trata de tarea demasiado costosa a la sociedad. Y ante esto, la aceptación de tal cuento sobre el “mal necesario” que es la pena, porque tiene el objetivo último de “resocializar” al individuo, por más utópico que pueda ser, continua preferible a la verdad.

Mantener a tal narrativa es interesante al Estado, pues aleja de los ojos de la sociedad la realidad de dolor y sufrimiento inhumano vivenciado en la cárcel. Y al mantenimiento de tal narrativa también parece ser objetivo de la sociedad, que no puede aceptar conocer la realidad.

El problema es que, en tal contexto, nada cambia para aquellos que realmente sufren con tal imposición de dolor. Y la defensa de la teoría de Jakobs (apud MADRID, 2010), acaba no llevando en consideración los problemas reales de la temática. No considera, por ejemplo, que lo que para un grupo social específico pueda ser la confirmación de la apreciación cognitiva de la norma, para el otro grupo puede significar, justamente, la confirmación cognitiva de la exclusión social.

Y esta es la más pura realidad de los detenidos en las cárceles brasileñas. Sujetos específicos, de grupos sociales bastante definidos, son los que corresponden a los objetivos de encierro del sistema penal brasileño. Negros, pobres, marginalizados por la historia ocupan a las celdas superpobladas de la cárcel, y vivencian las más distintas formas de sufrimiento y dolor, legitimados por el Estado y la sociedad, víctimas de un efecto de la racionalización y mecanización del sistema de matar de esta modernidad (MADRID, 2010): la deshumanización técnica de la muerte que lleva a criminales sin culpados específicos, siendo que la “culpa” – que así no lo es, porque es legitimada – es solo del aparato estatal y cultural de la sociedad.

### **La Desencarcelación como Única Solución Posible**

Así, por todo que se vio en el apartado anterior, se puede afirmar que la realidad carcelaria, tal cual como ocurre hoy en Brasil, constituye un verdadero asesinato masivo de las personas de grupos sociales marginalizados que, en este caso, se trata del joven negro y pobre. Es lo que ya se menciona sobre la situación de los EEUU: se trata de un “nuevo holocausto” (RIVERA, 2017), que se mantiene alimentado por los gobiernos, la población y los propios estudiosos del sistema penal, mientras estas mismas personas apuntan para la historia alemana y se demuestran horrorizados con la “banalidad del mal” que ya denunciaba Hannah Arendt.

Como se vio, la cárcel brasileña se trata de una institución total cuyo único objetivo solo puede ser el encierro de los grupos sociales al margen de la sociedad, actuando como un verdadero depósito de pobres y minorías, que el sistema intenta insistentemente retirar de la superficie de la sociedad para que no se los vean.

Aún, como visto, como ocurre en la realidad brasileña, con las facciones criminales, sobre todo, la cárcel en el país se presenta como verdadera “escuela del crimen”, evidenciando más una vez que la intención del Estado detentor del poder, más una vez, en nada tiene que ver con su ideal resocializador, como viene previsto en su legislación, pero sí que la intención es lo que ya denunciaba Foucault (2001), sobre la utilización de la cárcel no para resocializar, sino para, única y exclusivamente, apuntar un enemigo social en común y mantener el poder punitivo estatal.

Como defendía el referido autor (FOUCAULT, 2001), las practicas disciplinares se tratan de verdaderas armas de poder que alcanzan a todos los miembros de la sociedad. Pero la prisión, en especial, demuestra una forma de represión que claramente nada tiene que ver con la idea de resocializar o educar para reducir la criminalidad, pero sí, se ve una represión que demuestra una organización de la delincuencia y que contribuye directamente a su propia manutención. Eso se ve claro en la cárcel brasileña y lleva a creer justo que la intención no declarada, que predomina en tal sistema punitivo es, justo, la verdadera intención del poder estatal en mantener la existencia de la criminalidad para poder apuntar a la sociedad este “enemigo social” y, así, defender su absoluta necesidad de mantener su poder punitivo, mientras también aleja a la preocupación de la población de sus actos de gobierno.

Así, se puede ver por todo que lo expuesto que, en los días actuales, con toda la inves-

tigación acerca del tema, ya no hace sentido defender a la cárcel con base en su ideal resocializador, especialmente en Brasil.

La cárcel, como defiende Ferrajoli (apud RIVERAS, 2017) se trata de verdadera contradicción institucional. Esto porque, como trae el autor, la pena privativa de libertad es, por naturaleza, contraria a (i) al criterio de justificación de la pena general como minimización de la violencia punitiva, (ii) al modelo teórico y normativo de la pena privativa de libertad como penal igual y taxativamente determinada por la ley y (iii) a los principios de respeto de la dignidad de la persona y de la finalidad reeducativa de la pena positivamente establecida por muchas Constituciones.

Así, una penalidad que se demuestra totalmente contraria a lo que declara ser debería, por obvio, ser alejada de la sociedad, pues se caracteriza como contradicción institucional, una vez que se trata de institución que, aunque creada por la ley, acaba desarrollándose por el propio gobierno de las personas. Es un local confiado y protegido externamente por el Estado, pero, en su interior, no existen leyes, reglas o controles, vigorando a la ley del más fuerte poniéndose en condición de verdadera salvajería (especialmente tal cual como ocurre en Brasil).

O sea, en un ámbito como este, con tales características, el reconocimiento de los derechos del preso al mismo tiempo en que se mantiene legitimado, por el discurso de los derechos humanos y de las constituciones, acaba por demostrar la contradicción del propio Estado y de la pena de reclusión (OLLER; DÍAS, 2018). Es una verdadera legitimación “humanitaria” de la total falta de derechos que, en la práctica, como visto, ocurren dentro de las cárceles brasileñas y de la mayoría de los países en el mundo.

Además, como bien enseñó Baratta (apud RIVERAS, 2017), no es posible hablarse en cárcel y respeto a derechos, una vez que este ambiente se construye como verdadera negación de derechos, y eso se ve especialmente en casos como el de Brasil con las más variadas necesidades materiales y funcionales propias de la experiencia de la ejecución de pena.

Justo por eso el referido autor, defensor de la vertiente del garantismo, se aleja de discutirlo cuánto al ámbito carcelario, pues sabe ser tal idea una creencia ingenua de que se podría haber respeto a cualquier derecho dentro de una zona propia de “no-derechos”.

Justo por eso es que Baratta (apud RIVERAS, 2017) apunta la necesidad de desencarcelar para respetar, finalmente, a los derechos del preso. O sea, el autor trae la necesidad de utilizarse del “garantismo radical” justo en este sentido: utilizándose de las estrategias de defensa a los derechos del detenido como forma de reclamo constante, que pueda ser “tomado en serio” y que posibilite el conocimiento de que tales derechos tan fundamentales no pueden ser logrados en la cárcel, evidenciando la necesidad, así, de construir su un camino hacia su constante reducción hasta llegar a la superación de la pena carcelaria.

Así, ante el expuesto, es que se señala la necesidad de entenderse la cárcel no como medio de reintegrar el sujeto en la sociedad, pues no debe esta continuar a ser utilizada como herramienta resocializadora y, en este sentido, mantenerse justificada. Se debe entender que la cárcel no tiene capacidad de cumplir a funciones positivas, y que se debe buscar la reinserción del sujeto en la sociedad “a pesar de” la cárcel (RIVERA, 2017).

En este sentido resta claro que, en Brasil (y en todo el mundo), es necesario repensar el sistema penal y encuadrar cada vez más medidas alternativas a la prisión, de forma a producir un desencarcelamiento hasta que se llegue a la abolición total de esta modalidad punitiva – que, por obvio, es posible, teniendo en cuenta que la propia pena privativa de libertad, como visto, es una creación relativamente reciente de la sociedad.

Y en Brasil, especialmente, esto necesita ocurrir en conjunto con la reforma profunda de la política criminal en materia de drogas, una vez que, como visto, más de 60% de los detenidos en el país ahí están justo en razón de la “guerra contra las drogas”, que concede munición a la selectividad del sistema penal y alimenta las facciones criminales y el sistema carcelario en general.

O sea, tan solamente una reforma general del sistema penal, aboliendo la política de drogas brasileña actual y que camine en el sentido de proponer alternativas a la privación de libertad será capaz de solucionar el problema de la cárcel en el país y respetar a los derechos humanos en general, que como visto, vienen propuestos en la ley penal, pero son incompati-

bles con la cárcel.

Hay que abandonarse, poco a poco, todas las medidas que se basan fundamentalmente en el contexto de encierro, cambiando todo el fondo que sostiene tal sistema fallido, para que nuevas medidas, que, mínimamente, sean compatibles con los derechos humanos y puedan hacer la justicia posan surgir.

## Consideraciones Finales

Por todo el expuesto, se puede concluir que la pena privativa de libertad es contradictoria y que, ya hace tiempo, no se justifica por sus fines declarados, especialmente porque su función resocializadora ya es fundamentalmente apuntada como una falacia, y tal modalidad punitiva es sabidamente incompatible con cualquier respeto a derechos humanos básicos.

Especialmente en Brasil, como se vio, la cárcel tal cual como ocurre en la realidad nada tiene que ver con el mundo del “deber ser” predicho por la legislación. Se trata, en realidad, de local con la más desastrosa falta de respeto a cualquier derecho básico del ser humano, comandado por facciones criminales y verdadera “escuela del crimen”, lo que deja claro que las funciones no declaradas de la pena privativa de libertad solo cumplen a intereses de los detentores del poder y sin considerar, en momento algún, a los sujetos a ella sumisos.

Además, se puede ver por la investigación que la representación jurídica del sufrimiento expuesta por la pena privativa de libertad, especialmente en Brasil, se demuestra absolutamente desproporcional e incoherente con el objetivo “resocializador” de la pena, que más se asemeja de la tortura, comete injusticias y crea nuevas víctimas que persigue cualquier otro objetivo. Tal administración del dolor en la cárcel se muestra claramente ineficiente en su intención de reducción de la criminalidad, y demuestra que el objetivo general de tal imposición de sufrimiento es, tan solamente, la retribución de una deuda generada y la disciplina y control social de los grupos sociales marginalizados.

Así, se puede concluir que, considerando toda la denuncia de tales atrocidades que esa punición ocasiona, no existe otra forma de reformarla que sea compatible con la perspectiva de garantía a los derechos fundamentales, sino llevándose a cabo una reforma guiada constantemente por la reducción y superación de esta pena, sustituyéndola por penalidad que, finalmente, pueda compatibilizarse con el Estado Democrático de Derecho y a los derechos humanos.

Así, el investimento en políticas públicas que promuevan el desencarcelamiento y la búsqueda por alternativas punitivas que no se relacionen a la privación de libertad se trata de medida necesaria para la superación del escenario de desacuerdo con los derechos humanos evidenciado en esta investigación. Es tan solamente a través de la adecuación de la aplicación punitiva del Estado para con los derechos fundamentales que se podrá, de facto, combatir el fenómeno de la criminalidad y hacerse verdaderamente justicia a cada caso en concreto. Y como visto, la pena privativa de libertad en su dinámica real no se presenta como una opción condicente con tal necesidad.

Justo por eso es que la investigación crítica acerca del tema es de fundamental importancia: pues a través de la comprensión de las problemáticas del escenario completo es que se puede idealizar alternativas factibles y adecuadas a la promoción de la justicia y del respeto a los derechos humanos.

## Referencias

ASSIS, Rafael Damasceno de. As prisões e o direito penitenciário no Brasil. In: **Revista CEJ**. Ano XI, n. 39. Brasília, DF: out/dez. 2007, p. 74-78. Disponibilidad en: <http://www.jf.jus.br/ojs2/index.php/revcej/article/viewFile/949/1122>. Acceso en: 20 maio 2020.

BRASIL. **Lei n. 7.210, de 11 de julho de 1984**. Institui a Lei de Execução Penal. Brasília, DF: Presidência da República, 1984. Disponibilidad en: [http://www.planalto.gov.br/ccivil\\_03/leis/l7210.htm](http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l7210.htm). Acceso en: 20 jun. 2020.

BOUEIRI, Sonia. El carácter “humanista y rehabilitador” de la cárcel: una crítica desde la perspectiva foucaultiana. In: **Voz y Escritura. Revista de Estudios Literarios**. Nº 24, enero-diciembre 2016, pp. 81-100. Disponibilidad en: <http://www.saber.ula.ve/bitstream/handle/123456789/43246/articulo5.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Acceso en: 20 jun. 2020.

CERVINI, Luiz Flávio Gomes Raúl. **Crime Organizado**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

ISTOÉ. No Brasil, sete em cada dez ex-presidiários voltam ao crime, diz presidente do STF. **Agência Brasil**. Publicado em 5 de setembro de 2011. Disponibilidad en: [https://istoe.com.br/157533\\_NO+BRASIL+SETE+EM+CADA+DEZ+EX+PRESIDIARIOS+VOLTAM+AO+CRIME+DIZ+P+RESIDENTE+DO+STF/](https://istoe.com.br/157533_NO+BRASIL+SETE+EM+CADA+DEZ+EX+PRESIDIARIOS+VOLTAM+AO+CRIME+DIZ+P+RESIDENTE+DO+STF/). Acceso en: 20 jun. 2020.

FOUCALT, Michel. **Vigilar y Castigar – Nacimiento de la Prisión**. Buenos Aires: Siglo Veintiuno, 2001.

INFOPEN. **Levantamento Nacional de Informações Penitenciárias – Junho de 2019**. Departamento Penitenciário Nacional. Brasília, DF: Ministério da Justiça e da Segurança Pública, 2017. Disponibilidad en: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/sisdepen/infopen/relatorios-sinteticos/infopen-jun-2017-rev-12072019-0721.pdf>. Acceso en: 20 jun. 2020.

MADRID, Antonio. **La Política y la Justicia del Sufrimiento**. Madrid: Trotta, 2010.

MIRABETE, Julio Fabbrini. **Execução penal**. 11ª ed. São Paulo: Atlas, 2008.

MONTEIRO, Felipe Mattos; CARDOSO, Gabriela Ribeiro. A Seletividade do Sistema Prisional Brasileiro e o Perfil da População Carcerária. In: **Revista Civitas**. V. 3, n. 1. Porto Alegre: jan-abr. 2013, p. 93-117. Disponibilidad en: <http://depen.gov.br/DEPEN/depen/espen/Aseletividade-dosistemaprisionalbrasileiro.pdf>. Acceso en: 30 jul. 2020.

RIVERA, Iñaki. **Política criminal y sistema penal – Viejas y nuevas racionalidades punitivas**. Barcelona: Antrophos, 2005.

RIVERA, Iñaki. **Desencarcelación – Principios para una Política Pública de Reducción de la Cárcel**. Barcelona: Tirant lo Blanch, 2017.

OLLER, María Belén Muñoz; DÍAS, Daniela Cornejo. ¿La decadencia de las ideologías “re”? El ideal resocializador y la apertura a nuevos horizontes del poder punitivo. In: **Crítica y Resistencia. Revista de conflictos sociales latinoamericanos**, n. 6, pp. 74-89. Córdoba, Argentina: CEPAL, 2018. Disponibilidad en: <https://www.criticayresistencias.com.ar/index.php/revista/article/view/47>. Acceso en: 30 jul. 2020.

Recebido em 30 de julho de 2020.  
Aceito em 09 de outubro de 2020.