

# JUDICIALIZACIÓN Y ALTERNATIVAS A LA CRIMINALIZACIÓN DE CONDUCTAS\*

DIÓGENES V. HASSAN RIBEIRO\*\*

## 1. Introducción

El evento que inaugura un convenio entre la Universidad La Salle (México) y el UNILASALLE-Canoas (Brasil) —Centro Universitario Unilasalle— debe ser convenido con el espíritu crítico que debe estar en la base de las investigaciones académicas, como estímulo a los investigadores a que continúen en su tarea de exponerse a la discusión, de seguir nuevos caminos, de observar la realidad de la sociedad y de criticar las decisiones tomadas.

Cabe inicialmente agradecer a la recepción y a la audiencia, esperando que podamos contar con la comprensión de las dificultades del idioma y de la falta de su dominio. Agradecer a la recepción y a la bienvenida y, desde ya, dejar la posibilidad de visitar el Brasil con el fin de retribuir la hospitalidad.

En el curso de esta ponencia, pretendo mostrar la dificultad de la sociedad aprender con la historia. Para eso, empezaré con datos estadísticos que muestran el aumento de la población carcelaria mundial, analizando superficialmente las teorías de Hegel, Marx, Nietzsche y Foucault. Después, abordaré una supuesta concepción de actualización de la teoría del garantismo, llamado “garantismo penal integral”. En la parte final, pretendo traer a la discusión los temas de la judicialización como deficiencia del Estado/Administrador/Legislador y, por igual, la desjudicialización como la insuficiencia del Poder Judicial, a fin de llegar a la conclusión de que, definitivamente, es necesario buscar alternativas a la criminalización y al encarcelamiento de conductas.

---

\* Ponencia realizada en el Seminario “Judicialización y Alternativas a la criminalización de conductas Brasil y México”, 6 de octubre de 2014, en la Universidad La Salle (México).

\*\* Doctorado en Derecho Público y Maestría en Derecho Público. Profesor permanente del PPGD Derecho y Sociedad UNILASALLE-Canoas, Brasil. Juez del Tribunal de Justicia del Rio Grande del Sul.

## 2. El aumento significativo de los presos en Brasil y en el mundo y la ineficacia de la cárcel

En los últimos años, particularmente en las dos últimas décadas, hubo un crecimiento absurdo de la población carcelaria del mundo. Brasil, conforme datos recogidos en 2014, ocupa el tercer lugar mundial en población carcelaria, superando el número de 700 mil presos, de estos más de 500 mil están efectivamente en la cárcel y más de 150 mil en arresto domiciliario. El crecimiento fue de 400% en veinte años.<sup>1</sup> El número de mujeres presas también ha aumentado de manera espectacular, tanto que el Consejo Nacional de Justicia del Brasil, en evento realizado en 2011, emitió la “Carta de Brasilia”.<sup>2</sup> En el Estado de Rio Grande del Sur, en la cárcel de mujeres “Madre Pelletier”, en la ciudad de Porto Alegre, 70% de las mujeres fueron detenidas por tráfico, y 50% de éstas cuando intentaron llevar drogas para el interior de las prisiones.

Actualmente, el fenómeno ha ganado el nombre de “mujeres esclavizadas por el tráfico de drogas”, constituidas por un gran número de mujeres explotadas y subyugadas por el tráfico, sea por motivos económicos, sea por motivos familiares, sea por la propia adicción a las drogas. Hay, todavía, en las zonas pobres urbanas, donde hay puntos de tráfico, la coacción de personas que jamás fueron condenados por la práctica de crimen, trabajadores y honestos, así como la coacción de sus familias para que mantengan las drogas en sus residencias pobres; del contrario, pueden sufrir represalias severas, impidiendo que el responsable por el tráfico de drogas sea preso por mantener las drogas. En esos términos, familias sean violentadas por los traficantes, ante la ausencia del Estado, el que no las protege de los traficantes y, después, el propio Estado los condena a penas severas.

El promedio mundial de encarcelamiento es de 144 personas por cada 100 mil habitantes. En Brasil, ese promedio aumenta para 300 personas. Brasil ocupa entre el tercer y cuarto lugar en el mundo. El primer lugar es ocupado por los Estados Unidos con 2,2 millones de presos; en el segundo lugar, se encuentra China con 1,6 millones; Rusia es el tercer lugar con 740 mil presos. Sin embargo, si se calcula el número de presos en arresto domiciliario o de alguna forma vinculados al sistema de ejecución penal, Brasil ocupa el tercer lugar con más de 750 mil personas en esa situación.

---

<sup>1</sup> <http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/populacao-carceraria-aumentou-mais-de-400-nos-ultimos-20-anos-no-brasil> Consultado: 28 de septiembre de 2014.

<sup>2</sup> <http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14918-carta-sobre-regras-para-encarceramento-feminino-e-lancada-durante-seminario-do-cnj> Consultado: 28 de septiembre de 2014.

En ese marco actual, la cuestión que surge es precisamente sobre la eficacia del actual sistema represivo que utiliza el Estado para frenar lo que él considera como criminalidad. Todos sabemos que la criminalidad es un concepto normativo, el que se deriva de un tipo penal que el Estado establece para intentar erradicar y sancionar las eventuales violaciones del ordenamiento jurídico. En ese punto, hay lo que se denomina convencionalmente de “expansión del derecho penal” —expansión del punitivismo—. Algunos políticos suelen defender esas propuestas en los periodos de campañas electorales. Los medios de comunicación en masa, que buscan obtener una audiencia general, tienen innumerables programas que acentúan el crecimiento de la violencia urbana.

Por lo tanto, si existen innumerables conductas que deben ser reprimidas con la prisión, también hay conductas que se pueden dejar de ser reprimidas por ese medio, así como otras que no deben recibir ese tipo de control de represión.

La hipótesis que se construye es que, ante el contexto del creciente encarcelamiento mundial, hay una ineficacia del sistema penal para seguir siendo considerado como un modelo para evitar conductas reputadas delictivas. El otro enfoque es que, efectivamente, a lo largo de los años, las personas han obtenido comportamientos fuertemente en conflicto con la legislación penal. No creo en esa segunda hipótesis, entretanto.

Eventualmente, se podrían discutir las hipótesis de profundización de las desigualdades sociales o de la sociedad de información tener generado una multitud de delincuentes. La primera es una simplificación de las viejas doctrinas socialistas. La segunda es una simplificación del mundo postmoderno. Quiero creer que la situación, sin embargo, es más compleja y exige un estudio refinado y profundizado. Existen múltiples factores que llevaron a ese encarcelamiento en masa en el mundo, incluso los que piensan en las hipótesis anteriores.

A propósito, en la decisión del *Habeas Corpus* n.º 104.339-SP, el Min. Cezar Peluzo, de la Corte Suprema del Brasil (“Supremo Tribunal Federal”), informó sobre una nueva investigación realizada sobre los presos por tráfico en Brasil. Esa decisión judicial reconoció inconstitucional la expresión “*e liberdade provisória*” contenida en el art. 44 de la Ley de Drogas. Transcribo extracto de la decisión:

Las conclusiones de este trabajo fueron avigoradas por la nueva investigación, realizada por el Centro de Estudios de la Violencia —NEV/USP— y publicada en 16/12/2011. Con base en la análisis de 667 expedientes de arresto en flagrante por tráfico de drogas, junto al Departamento de Policía de Investigaciones (DIPO) de São Paulo, y por acompañamien-

to de la fase judicial de estas investigaciones, se obtuvo los siguientes resultados, entre otras conclusiones de menos importancia:

- a) La prevalencia de detenciones en flagrante por patrullaje de rutina de la Policía Militar (87%), en la calle pública (82%), lo que demuestra básicamente el funcionamiento del sistema de justicia penal para detener la “punta” de la red de tráfico de drogas;
- b) Por regla general, sólo una persona es arrestada por ocurrencia (69%), y el policial es el único testigo del proceso (74%);
- c) El promedio de las aprehensiones es de 66,5 gramos de drogas;
- d) En la mayoría de los casos, los acusados fueron arrestados sin armas (97%); y
- e) En una parte significativa de los casos, la droga fue tampoco encontrada con el acusado (48%).

Con respecto a la investigación de la policía y al propio proceso penal, cabe destacar las siguientes conclusiones:

- a) 84% de los acusados no tuvieron asistencia jurídica durante la detención;
- b) Los acusados responden presos durante el proceso (89%);
- c) No se les permite apelar en libertad (93%);
- d) En la mayoría de los casos, no hubo ninguna mención de la participación de los acusados en organizaciones criminales (98,2%); y
- e) La mayoría fue asistida por la Defensoría del Pueblo (61%).

Finalmente, con respecto al grupo de población de los presos:

- a) 75,6% tienen entre 18 y 29 años;
- b) 57% no tenían ningún registro criminal; y
- c) 17% ya habían sido procesados por el crimen de tráfico de drogas.

### **3. La segregación del Ser Humano: La historia se repite (Hegel, Marx, Nietzsche y Foucault)**

Desde los griegos con la dialéctica, que consistía en la arte del diálogo, con Hegel la dialéctica (tesis, antítesis y síntesis) ha sido observada como un perpetuo venir-a-ser histórico, caracterizando el Estado como la síntesis

sis de un conflicto de intereses entre individuo/familia y la sociedad civil. En Marx, la burguesía sería la tesis, el proletariado la antítesis y el comunismo/socialismo la síntesis. En la obra el 18 Brumario de Luis Bonaparte, Marx explica que Hegel había dicho que “todos los hechos y personajes de gran importancia en la historia del mundo ocurren, por así decirlo, dos veces”. Pero, agrega que Hegel se olvidó de decir que la primera repetición ocurre como tragedia, la segunda como farsa.

Nietzsche introdujo la concepción, en su libro “La Gaya Ciencia”, en el aforismo 341,<sup>3</sup> del “eterno retorno”.

Entiendo este concepto como una “espiral histórica”. Aparentemente la historia se repite en otro ciclo, en otra dimensión de la línea histórica, en otra época. Sin embargo, la historia es similar ante la dificultad del hombre para aprender a partir de la historia. Por ello, habría una apariencia de eterno retorno.

Foucault ayuda esta comprensión a partir de sus obras. Entre las innumerables que publicó, están especialmente “Historia de la locura” y “Vigilar y castigar”. La filosofía histórica o filosofía de la historia desarrollada por Foucault es altamente contributiva para la comprensión de la sociedad. De su obra se retira lo que la sociedad hizo con los locos y los enfermos mentales, así como lo que la sociedad hizo y hace con aquellos que eventualmente practican ilícitos penales. Es conocido por todos que la ley es válida en una época determinada. Una vez que es publicada, se la puede modificar y se la puede revocar por el capricho de la conveniencia de la voluntad. El crimen, sin embargo, es el hecho que la ley dice que es crimen. La voluntad política de criminalización de determinada conducta deriva de innumerables factores, incluso y sobre todo del miedo, la inseguridad en el plano subjetivo. Originalmente se trataba de un delito el acto de violencia. Muchas veces en la historia —lo que continúa ocurriendo en muchas situaciones y en muchos Estados— fue/es crimen el acto simplemente practicado contra el poder político con el deseo de subvertir el orden democrático.

---

<sup>3</sup> Suponiendo que un día, o una noche, un demonio te siguiera a tu soledad última, y te dijera: esta vida, tal como la has vivido y estás viviendo, la tendrás que vivir otra vez, otras infinitas veces; y no habrá en ella nada nuevo, sino que cada dolor y cada placer y cada pensamiento y suspiro y todo lo indeciblemente pequeño y grande de tu vida te llegará de nuevo, y todo en el mismo orden de sucesión, también esta araña y este claro de luna entre los árboles, y este instante, y yo mismo. El eterno reloj de arena de la existencia es dado la vuelta una y otra vez, ¡y tú con él, polvillo de polvo! Suponiendo que así te hablara un demonio, ¿te arrojarías al suelo rechinado los dientes y maldiciendo al demonio que así te habló? ¿O has experimentado alguna vez un instante tremendo en el que contestarías? “¡Eres un dios y jamás he oído decir nada tan divino!” Si esa noción llega a dominarte, te transformará y tal vez te aplastará. ¡La pregunta ante todas las cosas! ¿Quieres esto otra vez, infinitas veces? ¡Pesaría como el peso más pesado sobre todos tus actos! O si no, ¿qué categóricamente tendrías que llegar a decir sí a ti mismo y a la vida para no aceptar nada más anhelosamente que esta ratificación última, eterna?

En esta historia de segregación de determinados grupos, que se puede denominar de “segregación de masas”, están los leprosos de la Edad Media. Ellos eran, simplemente, impedidos de vivir en las ciudades y se fueron a vivir en las comunidades con la ayuda de la solidaridad de algunos. Eran apedreados cuando se acercaban o eran vistos por los ciudadanos. Había un miedo exagerado de contraer una enfermedad que el contagio por el contacto no era frecuente. El prejuicio y el miedo impusieron esta segregación.

Los enfermos mentales también pasaron, desde la Edad Media, a sufrir la segregación, siendo llevados a los hospicios, con tratamientos absurdos cargados de violencia. Estas personas eran institucionalizadas en los hospicios, perdiendo totalmente el contacto con la familia. Eran olvidados completamente y tampoco figuraban en los relatos familiares la su existencia.

La sociedad de control, o la sociedad controlada, fue descrita por Foucault y por George Orwell, este en su libro “1984”, publicado en 1949. Foucault se ocupa del castigo del Estado. Orwell describe la sociedad controlada por las instituciones políticas.

Recientemente en la historia, se presenció el prejuicio contra los portadores del virus VIH, que perdían sus empleos y eran prácticamente segregados en sus residencias y, en los hospitales, tenían sus propias salas sectorizadas sin contacto con otros pacientes con otras enfermedades.

Actualmente, en todo el mundo, debido a la represión contra los narcóticos —la llamada “guerra contra las drogas”— se constata el número importante de personas presas por razón de las drogas. El bien jurídico protegido con la criminalización de las drogas sería, según convención establecida, la salud pública. Hay mucha polémica sobre ello, pero prevalece esta comprensión. Las ponderaciones que son hechas derivan del aspecto de que los usuarios cometen el mal contra ellos mismos.

Es cierto, entretanto, que el tráfico de estupefacientes es un mal contra la salud pública. Sin embargo, la criminalización oculta la necesidad de tratar a los usuarios, de que el Estado cumpla con su deber prestacional de proporcionar servicios médicos y hospitalarios a los usuarios. Los narcóticos son un problema de la sociedad extremadamente complejo, profundamente relacionado con la salud pública, siendo posible que la criminalización, en lugar de ayudar a resolver el problema, lo empeore.

Este enorme número de personas presas por crímenes que no pueden ser considerados violentos, entre los cuales el tráfico de drogas, demuestra que se incurre en el mismo error histórico. El temor implica que las personas que no merecen este tratamiento sean encarceladas.

## 4. El derecho penal como instrumento de control social

El derecho penal no debe ser concebido como el primero de los instrumentos a la disposición del Estado para cohibir las acciones ilícitas. Sin embargo, desde el principio, lo se ve con esta finalidad. La imposición de una pena de prisión, desde la cárcel de la Bastilla francesa, revela que esta concepción humana de segregar —de amenazar con la prisión— aquél que eventualmente comete un ilícito penal.

En ciertas épocas y en ciertos Estados, hay lo que se llama de “expansión del derecho penal”, como si la criminalización de conductas pudiera erradicar la delincuencia y la violencia. Sin embargo, el crimen y la violencia son el resultado de diversos factores. Resultan de los factores socioeconómicos, de la ausencia de inversión pública en la educación deportiva. La sociedad de consumo en los países periféricos y en desarrollo, donde hay una fuerte desigualdad de clases, muestra altas tasas de delincuencias contra la propiedad.

Determinados países, entre ellos Brasil, muestran claramente que el legislador tiene sus preferencias, incurriendo en una hipocresía. En Brasil, por ejemplo, si alguien le muestra un arma, sin cometer cualquier violencia o agresión, y requiere el teléfono celular de la víctima, él podrá recibir una sentencia mínima de 5 años y 4 meses de prisión. Entretanto, si alguien, conduciendo su vehículo embriagado, mata una persona en el tráfico, podrá recibir una condena entre 2 y 4 años de prisión, lo que significa que no necesitará ser mantenido recluso en la hipótesis de no tener una sentencia criminal condenatoria, pudiendo recibir una sentencia de sustitución por medidas restrictivas de derechos, diversas de la prisión. Y, si alguien mata la víctima disparándole un tiro o una puñalada, y este crimen no fuera calificado —como denominado en Brasil— podrá recibir una pena entre 6 y 20 años, pudiendo cumplir la pena inicial en el régimen carcelario semi abierto, siendo posible que en sólo 1 año de ejecución de la pena haya una progresión de su régimen para el régimen carcelario abierto y, poco después, sea puesto en libertad.

También en Brasil la pena para el tráfico de drogas puede ser establecida entre 5 y 15 años de prisión, aunque sea un traficante inexpresivo. Solamente si no tuviera una sentencia criminal condenatoria podrá recibir una pena menor y haber la sustitución por penas restrictivas de derechos diversas de la prisión.

Existe, entonces, una desproporción, una incoherencia y una profunda contradicción, lo que significa un desvalor de la vida humana, con la

priorización de la protección del patrimonio, en el robo, y de la dicha salud pública, en el tráfico de drogas.

El derecho penal, por lo tanto, al menos en Brasil, no tiene observado aspectos científicos en la criminalización de conductas y en el establecimiento de penas. Observa mucho más la voluntad política y la presión de los medios de comunicación, como un país periférico en desarrollo, en el que hay una profunda desigualdad social y de clases, junto con la ausencia de inversión pública en la educación.

#### **4.1. El castigo como el medio más fácil para imponer el orden (legislación simbólica)**

Para una clase política que no se actúa con la racionalidad que sería exigida, el castigo siempre ha sido el medio más fácil de imponer el orden. Sobre todo la amenaza del castigo de la prisión, la amenaza de la segregación en las mazmorras de las prisiones.

En este marco, en Brasil, hay la criminalización de la tenencia y portación de armas, sin ninguna posibilidad de argumentación contraria. El ciudadano que no tiene registro del arma de fuego legal, o munición para armas, puede recibir una pena de prisión. Para obtener este registro, debe someterse a una serie de demandas a menudo insuperables. Y se quiere portar un arma de fuego considerada lícita, entonces los requisitos y se vuelven verdaderamente casi inviables. Tampoco es necesario decir que si el arma se caracteriza como ilícita, o sea, de aquellas que sólo, por ejemplo, las fuerzas armadas o las policías pueden utilizar, por lo tanto hay una pena de prisión mayor y, evidentemente, ni tener en cuenta el obtener el registro.

Hasta 2012, quien estuviera conduciendo su vehículo embriagado era prácticamente obligado a realizar el examen de alcoholemia y, si el resultado fuera de 3 mg de alcohol en el aire espirado alveolar podría recibir, además de la sanción administrativa, una pena de prisión. Actualmente, sólo el testimonio de los testigos o de peritos médicos que certifiquen la embriaguez, para que el acusado sufra las mismas penas, siendo que, si haya la recusa en hacer tal examen, la sanción administrativa es aumentada, pudiendo ser preso en flagrante delito.

Lo que se pregunte, con respecto a esta legislación que posibilita el encarcelamiento de personas por hechos de esta naturaleza, sin violencia, es se no habría medios de castigo diversos por el Estado.

Hay un proyecto de ley que pretende castigar la homofobia. Con respecto a este tema, Salo de Carvalho, en un reciente artículo publicado, propuso al movimiento LGBT superar esta lógica de la criminalización (voluntad de castigar), así “demostrando a los demás movimientos sociales los riesgos que la convocatoria de la ley penal genera”.<sup>4</sup>

En este artículo, Salo de Carvalho justifica la necesidad de acciones que rescatan la deuda histórica y cultural existente contra grupos vulnerables diversos, como los homosexuales, los bisexuales y los transexuales, incluso practicada por el Estado. Difiere, sin embargo, de la estrategia adoptada por estos movimientos, de utilización del derecho penal que, él pondera, debe siempre ser visto con sospecha, pues tiende a criminalizar, concretamente, mirando, entonces, el actuar de las agencias estatales contra los “sospechos” y los “peligrosos” de siempre —las mismas personas y grupos vulnerables a la criminalización—. En estos términos, Salo de Carvalho señala que los movimientos LGBT estarían cumpliendo un papel de avance, para lo cual, sin embargo, tal vez no estén preparados en el actual momento histórico y cultural. Este papel sería el de decir que “la lógica punitiva homofóbica, es misógina y racista”.<sup>5</sup>

Vale a la pena recordar, en este momento, la legislación que tiene papel meramente simbólico, pero, por ello mismo, por su simbolismo, ocupa la conciencia de los ciudadanos que evitan conductas impropias, o actúan en conformidad con la norma.<sup>6</sup>

Por lo tanto, se reitera que el castigo, o solamente la amenaza de castigo continúa siendo el medio más fácil para cohibir acciones o determinar acciones en el sentido de norma puesta. Sin embargo, no es el medio más eficaz para mejorar la acción humana en términos de comportamiento ético adecuado.

## 5. El Derecho Penal Mínimo y el “Garantismo Penal Integral”

De la obra de Luigi Ferrajoli<sup>7</sup> se deriva la comprensión de que el derecho penal debe estar limitado a determinadas conductas que afecten directamente a la persona, conductas graves y, sobre todo, no debe ser el primer

---

<sup>4</sup> Carvalho, Salo de, “Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer”, en *O direito da sociedade: anuário*, p. 274, [traducción libre].

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 275.

<sup>6</sup> Ver Neves, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, 2007.

<sup>7</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón, teoría del garantismo penal*, 1998.

instrumento que debe recurrir el Estado para cohibir acciones reputadas como perjudiciales.

Dentro de la idea de derecho penal mínimo se puede mencionar lo que expone Alessandro Baratta sobre el principio de la subsidiariedad:

Una pena puede ser establecida sólo se puede probar que no existen modos no penales de intervención capaces de responder a las situaciones en las cuales se encuentran amenazados los derechos humanos. No basta, por lo tanto, haber probado la idoneidad de la respuesta penal; se requiere, también, demostrar que ésta no es sustituible por otros modos de intervención de menor costo social.<sup>8</sup>

Se confronta con esta noción, en la actualidad, la proposición de un “garantismo penal integral”,<sup>9</sup> fundada en el principio de la prohibición de la protección deficiente. Esta doctrina —prohibición de la protección deficiente— más orientada para los derechos sociales fundamentales, que deben ser cumplidos por el Estado en su deber prestacional, ha servido para acomodar la expansión del derecho penal. Se basa también en las disposiciones constitucionales que imponen al legislador ordinario el deber de instituir leyes que criminalicen determinadas conductas.

Así, en el actual periodo histórico, hay sin duda dos grupos principales que polemizan con sus doctrinas y tienen la intención de basar sus argumentos, por un lado, defendiendo el derecho penal mínimo y, por otro, postulando lo que se denomina de “garantismo penal integral”.

Contrariamente a esta idea de “garantismo penal integral” hay quien diga que puede ser comprendida como “derecho de *defesa diet*”,<sup>10</sup> es decir, que no percibe, por ejemplo, el crecimiento de la población carcelaria en los últimos decenios, allá de otros aspectos. Es dudosa la idea de colocar en relieve, en esta noción de garantismo penal integral, la seguridad pública.

## **6. Judicialización como deficiencia del Estado/ Administración/Legislator y la desjudicialización como insuficiencia del Poder Judicial**

En algunos Estados, especialmente en Brasil, se percibe un fenómeno llamado “judicialización”. Inicialmente se trató —y aún se trata— de una “judi-

---

<sup>8</sup> Baratta, Alessandro, *Princípios do direito penal mínimo*.

<sup>9</sup> Ver, por todos, Calabrich, Bruno, Fischer, Douglas, Pelella (organizadores). *Garantismo penal integral*, 2013.

<sup>10</sup> Duclerc, Elmir, *Garantismo Penal Integral Ou Defensivismo Diet?*

cialización de la política” —que ocurre cuando el Poder Judicial empieza a decidir conforme los parámetros políticos—, sobre todo cuando se refiere a los derechos sociales fundamentales. Teniendo en cuenta el “*non liquet*”, que significa los jueces están prohibidos de no decidir y frente a no haber ninguna norma constitucional que establezca que los derechos sociales fundamentales no son derechos subjetivos, o que no son judicializables, la ciudadanía demanda del Poder Judicial una acción prestacional que el Estado/Administración/Legislación dejó de cumplir. Y el Poder Judicial, entonces, ofrece la jurisdicción, a veces con acierto, a veces con equívoco.

El fenómeno de la judicialización deriva, por lo tanto, de una deficiencia del legislativo.<sup>11</sup> Sin embargo, en su opuesto, está la desjudicialización como fenómeno que empezó a realizarse en un momento posterior, como la insuficiencia del Poder Judicial. Por lo tanto, la judicialización proviene de la deficiencia del Legislativo, implicando, en la secuencia, la desjudicialización, cuando se verifica la insuficiencia del Poder Judicial, ya que tampoco el Poder Judicial es capaz de satisfacer las demandas de la sociedad y, aún cuando las cumple, esta prestación es insatisfactoria.

En este espectro, la sociedad civil y la clase política deben definir las estrategias para la dirección de la vida de los ciudadanos.

Con respecto al fenómeno de la expansión del derecho penal, del punitivismo como posibilidad de reducir el miedo de la ciudadanía, como respuesta del Estado a la crisis de la seguridad, los datos estadísticos tienen demostrado que no hay una respuesta satisfactoria.

En efecto, existe un aumento significativo de personas encarceladas en todo el mundo y, sin duda, esto no resulta sólo de la eficiencia que alcanzó el sistema represivo. El ser humano es transgresor. La transgresión, junto con el derecho a la resistencia, esté ya constitucionalizado en diversos ordenamientos jurídicos (Constitución de Portugal, por ejemplo), son instrumentos de evolución del propio ser humano, como de la propia política. Basta que recordemos de la invención del avión, del viaje a la luna y la conquista del espacio, sin olvidar los antiguos viajes por mar. Estas transgresiones a las posibilidades físicas que eran limitadas en aquel tiempo demuestran que la transgresión es parte de la vida.

En estos términos, caracterizado el ser humano como un transgresor, que apenas busca el orden, como limitadora de la libertad, para que pueda vivir en sociedad, es natural que la restricción de la libertad sólo pueda ser impuesta en situaciones extremas, no en situaciones ordinarias de la vida.

---

<sup>11</sup> Ribeiro, Diógenes V. Hassan. “Judicialização e desjudicialização—entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário” en *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal* n° 199, pp. 25-33.

Con respecto a la pena de prisión al transgresor, esta, entonces, sólo debe ser impuesta después del examen de su justificación. La pena de prisión, el castigo con la prisión, no pueden aparecer entre las primeras hipótesis de la lista de posibles soluciones de las transgresiones. El derecho penal no debe ser semejante a un mercado público donde buscamos aquello que necesitamos. La pena de prisión, por lo tanto, no debe estar disponible, pero debería presentarse como una excepción.

## 7. La búsqueda de alternativas a la criminalización de conductas

En primer lugar, debe haber una verificación de que, en alguna especie de “criminalidad”, la prisión se ha demostrado ineficaz. Existe, en estos términos, la ineficacia del sistema jurídico punitivo. En la concepción de Niklas Luhmann, la función del derecho es caracterizada como la estabilización de expectativas normativas.<sup>12</sup> En la dimensión temporal, estas expectativas se estabilizan contra frustraciones a través de la normatización. La persistencia de la ley penal como expectativa contrafáctica no se realiza, ya que la perspectiva contrafáctica, en lugar de disminuir, aumenta. La realidad demuestra que, a pesar de la norma punitiva, hay una transgresión en proporciones que, en lugar de disminuir, aumenta. Éste es el caso de las drogas.

Por otro lado, en el caso de los llamados crímenes de peligro abstracto, que tienen, como ejemplo, la posesión y porte de arma de fuego, embriaguez en la conducción de vehículos, sería posible contemplar sanciones alternativas a la prisión, pudiendo ser limitada a sanciones de especie administrativa, al menos en el caso de delincuentes no condenados por sentencia penal. Evidente que la protección que la ley busca imprimir en tales casos es que no ocurra el hecho en concreto, como en el caso de la embriaguez, que no haya un accidente de tránsito con lesiones o muertes, o en el caso de posesión, porte de arma de fuego, que no haya violencia o transgresión que implique un alto daño o lesión corporal a una víctima en concreto.

Sin embargo, hay otras situaciones penales posmodernas que permiten la criminalización de conductas. Esto resulta de las nuevas realidades provenientes de las innovaciones tecnológicas. Es lo que observan Adalberto Narciso Hommerding y José Francisco Dias da Costa Lyra, pues la expansión del derecho penal estaría vinculada a la sociología del riesgo, que impone el uso del derecho penal incluso como “arma política”.<sup>13</sup> Han dicho, por

---

<sup>12</sup> Luhmann, Niklas, *Sociologia do direito I*, 1983.

<sup>13</sup> Hommerding, Adalberto Narciso y Lyra Dias da Costa, José Francisco, *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*, p. 101.

lo tanto, no desconocer que la criminalidad económica y ambiental constituyen un riesgo contra la humanidad, pues la presión del progreso económico genera compromiso de la sociedad, resultando de ahí una notable demanda de seguridad, cuando el “derecho penal pasa a ser orientado por el pensamiento de la eficacia preventiva”, con el objetivo de limitar los riesgos.<sup>14</sup>

Hay, sin embargo, una línea divisoria precisa en esta etapa. Esta línea marca un espacio que comprende el derecho penal como instituidor de conductas sujetas a la prisión que no son particularmente violentas, pero tan sólo en términos abstractos, como una mera posibilidad. El derecho penal, por lo tanto, tiene el objetivo, en la línea de que dicen los autores arriba, de mera prevención, para reducir el riesgo.

Estas decisiones son tomadas por la clase política y por la sociedad. A menudo su origen está en el miedo, el miedo del mal que abstractamente pueden causar cierta conducta. Presentan, entonces, una solución del Estado de criminalización, que frecuentemente causan profundos daños en la sociedad en general, generando la criminalización de conductas, las más diversas, de masa, como ocurre con el tráfico de drogas.

El tráfico de drogas ha generado, en todo el mundo, la reproducción de la criminalidad desde pequeños hurtos hasta robos, como homicidios, además del encarcelamiento en masa de individuos primarios, incluso mujeres, produciendo lo que se denomina, en Brasil, de “esclavitud de las drogas”.

## 8. Conclusión

En curso de este presente artículo, se intentó demostrar la necesidad del ser humano de aprender con la Historia, en el sentido de, obtener las lecciones históricas, dejar por miedo y temores de diversas especies, segregarse, o amenazar de segregación a los individuos. Las consecuencias de esas normas que la sociedad impone, como los datos estadísticos revelan, son extremadamente graves, consistiendo en la expresión denominada por Hannah Arendt como “banalidad del mal”.

Necesario, por lo tanto, que se encuentren alternativas diversas a la prisión, siendo que, en algunos casos, tampoco deberá ser considerada posible la prisión, como es el caso del usuario de estupefacientes, que es, en verdad, una víctima que requiere de asistencia para su salud. Hay crímenes que, claramente, posibilitan, teniendo en cuenta la situación y la historia personal del individuo, un tratamiento diverso, jamás con la pena de prisión.

---

<sup>14</sup> *Ibidem*, p. 102.

## Bibliografía

BARATTA, Alessandro, *Princípios do direito penal mínimo*, Trd. Francisco Bisoli Filho, Disponible en: <http://danielafeli.dominiotemporario.com/doc/ALESSAN-DRO%20BARATTA%20Princípios%20de%20direito%20penal%20mínimo.pdf>, Consultado el 29 de septiembre de 2014.

CALABRICH, Bruno, FISCHER, Douglas, PELELLA (organizadores), *Garantismo penal integral*, Salvador/BA, 2013.

CARVALHO, Salo de, “Sobre a criminalização da homofobia: perspectivas desde a criminologia queer”, en *O direito da sociedade: anuário*, Fernanda Luiza Fontoura de Medeiros y Germano André Doederlein Schwartz (organizadores), Vol. 1. Canoas/RS, Ed. Unilasalle, 2014.

DUCLERC, Elmir, *Garantismo Penal Integral Ou Defensivismo Diet?*, Disponible en: <http://www.ibadpp.com.br/wp-content/uploads/2013/07/Garantismo-Penal-Integral-ou-Defensivismo-Diet.pdf?f6177b>, Consultado el 2 de octubre de 2014.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Editorial Trotta, 1998.

HOMMERDING, Adalberto Narciso, LYRA DIAS DA COSTA, José Francisco, *Racionalidade das leis penais e legislação penal simbólica*, Rio de Janeiro, LMJ Mundo Jurídico, 2014.

LUHMANN, Niklas, *Sociologia do direito I*, Rio de Janeiro, Ed. Tempo Brasileiro, 1983.

NEVES, Marcelo, *A constitucionalização simbólica*, São Paulo, WMF Martins Fontes, 2007.

RIBEIRO, Diógenes V. Hassan, “Judicialização e desjudicialização-entre a deficiência do legislativo e a insuficiência do judiciário. Brasília/DF”, en *Revista de Informação Legislativa do Senado Federal*, No. 199.

<http://www.cnj.jus.br/noticias/cnj/14918-carta-sobre-regras-para-encarceramento-feminino-e-lancada-durante-seminario-do-cnj> (verificado en 28 de septiembre de 2014).

<http://agenciabrasil.ebc.com.br/geral/noticia/2014-03/populacao-carceraria-aumentou-mais-de-400-nos-ultimos-20-anos-no-brasil> (verificado en 28 de septiembre de 2014).