

Revista  
**SISTEMA PENAL CRÍTICO**

**SELECCIONAR Y PUNIR:  
PUNITIVISMO Y LA DINÁMICA APOROFÓBICA  
DE LA CRIMINALIZACIÓN EN EL DERECHO BRASILEÑO<sup>1</sup>**

**Ana Elisa Liberatore S. Bechara**

*Profesora Catedrática del Departamento de Derecho Penal, Medicina Forense  
y Criminología de la Facultad de Derecho de la Universidad de São Paulo.*

**Rodrigo José Fuziger**

*Doctor en Gobernanza Global y Estado de Derecho (USAL/Espanha);  
Doctor, Mestre y Licenciado en Derecho (USP); Licenciado en Filosofía (USP).*

---

<sup>1</sup> Artículo escrito por miembros del Proyecto de cooperación internacional de investigación “Hacia un modelo de justicia social: alternativas político-criminales”, Referencia: RTI2018-095155-A-C22, IP: Demelsa Benito Sánchez (Universidad de Deusto) y del Proyecto de cooperación internacional de investigación “Aporofobia y Derecho penal”, Referência: RTI2018-095155-B-C21, IP: Ana Isabel Pérez Cepeda (Universidad de Salamanca).

Financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.



## **RESUMEN:**

El artículo tiene como objetivo analizar los procesos de criminalización (primaria y secundaria) que permean el sistema penal brasileño desde un sesgo punitivo y aporofóbico, generando dinámicas de (re) marginación de parte de la sociedad, lo que contribuye a la notable selectividad criminal en Brasil. Desde las ideas de punitivismo y aporofobia, expresión desarrollada por la filósofa española Adela Cortina, se hace una mirada al fenómeno de la exclusión social a través de la inclusión en la cárcel, verificando inicialmente las afluencias legislativas, a partir de ejemplos de normas penales que resaltan este panorama. Además, se arroja luz sobre los mecanismos selectivos de normas (en abstracto, no aporofóbicas) por parte de los poderes Ejecutivo y Judicial. A partir de este esfuerzo descriptivo, el objetivo es establecer un diagnóstico, no exhaustivo, del sistema penal brasileño bajo el parámetro del concepto de aporofobia.

## **ABSTRACT:**

*This article aims to analyze the criminalization processes (primary and secondary) that permeate the Brazilian criminal system from a punitivist and aporophobic bias, creating dynamics of (re) marginalization which affects special parts of, contributing to the notable criminal selectivity in Brazil. Therefore, based on the ideas of punitivism and aporophobia, an expression elaborated by the Spanish philosopher Adela Cortina, it will be established an analysis of the phenomenon of social exclusion by inclusion in prison, initially verifying legislative inflows, starting from examples of penal laws. In addition, efforts will be made to shed light on selective rules mechanisms (in the abstract, not aporophobic) by the Executive and Judiciary powers. From this descriptive effort, the objective is to draw a diagnosis, not exhaustive, of the Brazilian penal system under the parameter of the concept of aporophobia.*

## **PALABRAS CLAVE:**

Derecho penal; criminalización; selectividad penal; punitivismo; aporofobia.

## **KEYWORDS:**

*Criminal law; criminalization; criminal selectivity; punitivism; aporophobia*

## **SUMARIO:**

1. Introducción: algunas líneas sobre la idea de aporofobia; 2. El punitivismo como una de las bases ideológicas del Derecho penal de aporofobia; 3. Síntesis del panorama de selectividad en el sistema criminal brasileño; 4. Criminalización primaria: aporofobia y la ley; 5. Criminalización secundaria: aporofobia y aplicación de la ley; 6. Conclusiones; 7. Referencias bibliográficas.

## 1. INTRODUCCIÓN: ALGUNAS LÍNEAS SOBRE LA IDEA DE APOROFOBIA

“*El infierno son los otros*”

Jean-Paul Sartre<sup>2</sup>

Es notable cómo expresiones y frases adquieren contornos semánticos que escapan totalmente a los significados concebidos y deseados por sus autores.<sup>3</sup> En esta perspectiva, dos nociones distintas en su génesis comparten este mismo fenómeno de profunda distorsión conceptual, principalmente debido a la falta de uso cuidadoso de tales ideas, a menudo citadas al azar, como argumentos retóricos. Ellos son: la metáfora del «otro» como «infierno», elaborada por Jean-Paul SARTRE, y la expresión “apofobia”, un neologismo creado por Adela CORTINA. Además de compartir este mal uso de sus sentidos, tales ideas, de marco filosófico, son absolutamente convergentes desde otra perspectiva y servirán de trasfondo para la contextualización del escenario objeto de este artículo, a saber, el sistema penal brasileño.

Una interpretación vulgar de la expresión «el infierno son otros»<sup>4</sup> se define a partir de la idea de la dificultad para convivir con los demás, debido a las diferentes formas de pensar, querer y actuar. En este sentido, el alcance de la libertad de una persona está limitado por otros espacios de libertad, ocurriendo conflictos en la medida que se extrapolen las fronteras de las libertades individuales, siendo el Derecho, como instrumento formal de control social, vinculado a la necesidad de prevenir y pacificar tales conflictos.

Sin embargo, SARTRE va más allá de las evidentes dificultades que se derivan de convivir con terceros, como epicentros del conflicto. La tesis del filósofo francés con la frase antes mencionada reside en la constitución del ser “yo” a partir de la intersubjetividad entre “el yo y el otro”. El conocimiento del “yo”, con sus limitaciones y falibilidad, depende de este movimiento relacional con el otro, de las percepciones y juicios de los demás como elementos de parametrización (comparativa) de un individuo. Esta intersubjetividad que representa una condición de conocimiento del otro acaba por revelar el “yo” al otro, de forma recíproca, pero también develar el “yo” al propio individuo. La cuestión central sobre la afirmación del otro como representación del infierno radica en cómo afrontarlo, es decir, cómo gestionar la concretización del infierno en las relaciones con terceros. En este sentido, hay «otros» que son «más otros» y, por tanto, hay distintos círculos del infierno (combinando aquí las metáforas de Sartre y Dante Alighieri).

Las relaciones sociales se construyen sobre planes de semejanza y diferencia y si, como afirmaba Sartre, cada uno representa la idea del infierno, tal representación se vuelve aún más dramática y radical para el otro compuesto y percibido desde la diferencia, para el que se parece poco a su observador. Este último, a su vez, ve al otro desde una diferenciación jerarquizadora: el que no se corresponde con mi imagen y semejanza es imprevisible (el miedo como afecto social) y los riesgos de tal imprevisibilidad deben inocuizarse mediante la sumisión y segregación de las personas. Es un «otro, excesivamente otro», porque además de un individuo que trasciende la inmanencia del “yo” (por lo tanto, un «otro») es un individuo constituido por diferencias (biológicas, culturales, sociales, económicas) con su interlocutor (por lo tanto, «excesivamente otro»).

La distinción entre yo / nosotros y el otro / otros, como lo demuestra la historia, es un componente

---

<sup>2</sup> SARTRE, Jean-Paul. *Entre quatro paredes*. Tradução de Guilherme de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1977, p. 78.

<sup>3</sup> «Las palabras pertenecen mitad a quien habla, mitad a quien escucha.» MONTAIGNE, Michel de. *Essais*, vol. III, cap. XIII, “De l’expérience”. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2007, p. 1201.

<sup>4</sup> Expresión a cargo del personaje Garcin, en la obra de teatro «Huis Clos», traducida al portugués para «Entre cuatro paredes». En la obra, la representación del infierno concebida por SARTRE se limita a una habitación con algunos muebles y tres personas, que son fuentes suficientes de la sensación de estar en el infierno.

perpetuo de las relaciones de reconocimiento y pertenencia, centradas en la semejanza y la diferencia, de las cuales se originaron varios nombres - extranjero, ajeno, bárbaro, enemigo – que demuestran que la lógica del manejo de la diferencia opera desde afectos como el miedo y algunas de sus consecuencias naturales, como el odio y el desprecio, generando así movimientos jerárquicos reduccionistas que simplifican la relación con la forma más intolerable del infierno (adoptando y extrapolando aquí la metáfora sartreana). Tal forma se concreta en lo diferente, en el “excesivamente otro”.

Y si la categorización de lo diferente es relacional, ese proceso es recíproco entre los demás que componen esa relación. Sin embargo, en tales procesos existen perspectivas de gregarismo entre pares que operan en base a criterios variados como sangre, patria, raza, vínculos sociales, entre otros. Pensando en el parámetro de las diferencias de origen social, se construye todo un marco que se puede entender desde la perspectiva del conflicto de clases, con las más diversas consecuencias, entre ellas, los procesos de mantenimiento del *statu quo* (y el Derecho Penal tiene un papel protagónico para tal fin) y su consecuente e ineludible resultado de la exclusión social.<sup>5</sup>

Así, las relaciones de jerarquización por medio de la diferencia, que serían recíprocas (lo que generaría una especie de homeostasis) en realidad son desequilibradas (con diferentes poderes socioeconómicos entre individuos y grupos), generando efectos concretos más allá de la percepción del diferente como inferior. Los fenómenos formales e informales de marginación operan desde esta clave.

En una sociedad de consumo, bajo un criterio social, el “excesivamente otro” corresponde al individuo pobre (no es de extrañar, entendido en una relación sinonímica como marginado<sup>6</sup>). Ahí radica el enorme potencial del concepto de La “aporofobia” en el diagnóstico de este panorama.

La palabra «aporofobia» es un neologismo elaborado por la filósofa española Adela Cortina, refiriéndose etimológicamente a las palabras griegas *á-poros* (pobre, indefenso) y *phobos* (miedo, aversión). Aunque la expresión fue acuñada por el autor en la década de 1990, recién en 2017 y gracias al lanzamiento del libro homónimo,<sup>7</sup> la palabra alcanzó la debida repercusión, incluso habiendo sido incorporada en el mismo año por el Diccionario de la Real Academia Española (RAE),<sup>8</sup> con el siguiente significado: «Odio, repugnancia u hostilidad hacia los pobres, los sin recursos, los indefensos». El concepto acuñado por Adela CORTINA se perfila mejor. Según ella, la aporofobia consiste en “fobia a los pobres, lo que lleva al rechazo de personas, razas y etnias que habitualmente no tienen recursos y, por tanto, no pueden ofrecer nada, o parecen no poder hacerlo.”<sup>9</sup>

Acerca del concepto antes mencionado, son necesarias algunas observaciones. Primero, en cuanto a la importancia de un neologismo. Nuevas palabras sirven para delinear y nombrar fenómenos que anteriormente pertenecían al orden de la descripción (como es el caso), si no a los incognoscibles (en

---

<sup>5</sup> En una lectura sartreana, Pierre Bourdieu afirma que “la exclusión social, la forma concreta del infierno y la condena. Porque el hombre es un Dios para el hombre, el hombre es también el lobo del hombre.” BOURDIEU, Pierre. Lecciones en clase. Traducción de Egon de Oliveira Rangel. São Paulo: Ática, 1988, pág. 58.

<sup>6</sup> “Para Jean Michaud, un marginal es alguien que está fuera del contexto social. Para Pierre Delteil, quien está fuera de la norma. En estas definiciones, se sugiere un deseo implícito de auto-marginación. Según Gassin, también hay marginales fuera de los marginales, aquellos que no solo están fuera del texto escrito, sino también de la hoja de papel. El *continuum* podría describirse de la siguiente manera: conformistas, marginales, desvíos ordinarios (excluidos) y desvíos marginales (los excluidos de los excluidos). Pero no todos los delincuentes serían delincuentes. Entre los delincuentes habría algunos que se encuentran casi en el límite entre la desviación y la tolerancia: vagabundos, prostitutas, drogadictos, alcohólicos peligrosos, jóvenes delincuentes, etc.; y otros están incluso en los márgenes de la delincuencia original (socios criminales, psicópatas delincuentes, etc.) «. ANIYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos*. Reflexiones críticas en Criminología. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982, p. 57-58.

<sup>7</sup> CORTINA, Adela. *Aporofobia*, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia. Barcelona: Paidós, 2017. En Brasil, v. FUZIGER, Rodrigo. *Aporofobia e Sistema Penal*: nominando a ignominia. Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal, 2(4), 2019, pp. 11-12.

<sup>8</sup> Menos de 10 días después de la incorporación por parte del Diccionario SAR, la “aporofobia” fue elegida “palabra del año” por la Fundación del Español urgente (Fundéu BBVA), superando a competidores como *fake news*, *uber* y *bitcoin*, por “su potencial de cambiar la realidad”.

<sup>9</sup> CORTINA, Adela. *Aporofobia*, el rechazo al pobre, cit., p. 9.

una hipótesis de una nueva realidad). Más que un proceso de economía lingüística,<sup>10</sup> nombrar una realidad que sobresale permite potenciar mecanismos de transformación de la realidad social (como lo proclama Adela CORTINA), especialmente si la expresión va acompañada de un concepto bien construido e instrumentalizable frente a la realidad social. En esta tarea son imprescindibles las aportaciones de la filosofía, campo al que, no en vano, pertenece la autora, profesora de Filosofía de la Universidad de Valencia.<sup>11</sup>

En segundo lugar, al acercar la aporofobia a la noción de categorización basada en diferencias sociales (recordando aquí la idea de “excesivamente otro”), se observa que la pobreza es un poderoso elemento de distinción, dado que la creadora del término “aporofobia «reflexiona que «los inmigrantes no son marginados si son ricos, ni lo es el negro jugador de baloncesto, ni los jubilados con patrimonio»».<sup>12</sup> Así, la pobreza es un elemento que democratiza la marginación, albergando varios elementos diferenciadores que se maximizan al combinarse con la precaria situación económica. En este diapasón, es notable cómo existe una nefasta simbiosis entre la miseria y las vulnerabilizaciones<sup>13</sup> debido a la opresión racial, de género, orientación sexual, entre otras.

En tercer y último lugar, se propone aquí entender la aporofobia en una dimensión diferente a la que se materializó en España. Esto se debe a que, desde una perspectiva española y, además, europea, la aporofobia suele detectarse en el trato dado a la población pobre del continente, con un notable énfasis en los inmigrantes extranjeros que sufren todo tipo de rechazos, incluso con episodios recurrentes de agresión física y ataques a la vida de estos sujetos, especialmente los viven en la calle. Es cierto que esto no ocurre exclusivamente por el comportamiento aislado de algunos agresores, sino por las políticas gubernamentales, incluso con el papel que juega el Derecho en la gestión de los indeseables. La xenofobia (sobre todo al extranjero pobre), por tanto, tiene al menos un barniz de proyecto estatal en muchos países.

Como movimiento contrario a esta perspectiva, existen propuestas para combatir la aporofobia en su materialización en violencia física, moral y simbólica llevada a cabo por individuos. En este sentido, un proyecto de ley (aprobado por el Senado español en 2018) pretende incluir “motivos de aporofobia” al artículo 22.4 del Código Penal español, como agravante de la pena.<sup>14</sup>

En cuanto a la realidad brasileña, la idea no es imitar el proyecto español y criminalizar con especial rigor las manifestaciones aporofóbicas que también son recurrentes en Brasil (lo que corresponde a un movimiento de recrudescimiento criminal que, aunque bien intencionado, es de dudosa efectividad y legitimidad). Por el contrario, se propone reducir el recrudescimiento delictivo en cuanto a normas que se constituyen bajo una premisa aporofóbica o que se instrumentalizan en una aplicación selectiva, dirigida principalmente a individuos económicamente marginados.

Esto se debe a que el Derecho Penal es un instrumento poderoso en los procesos de (re)marginación social, como lo ha demostrado la Criminología (por ejemplo, desde la perspectiva de la teoría del *La-*

---

<sup>10</sup> Acerca del tema, v. BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. Trad. de Sérgio Miceli. São Paulo: Edusp, v. 116, 1996.

<sup>11</sup> En este sentido, la actividad filosófica puede verse eminentemente como creadora de conceptos, como apuntan DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* Trad. Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 1992, pp. 23 e ss.

<sup>12</sup> CORTINA ORTS, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre*, cit., p. 70.

<sup>13</sup> Adoptamos aquí el término vulnerabilizaciones, en detrimento de los vulnerables, en vista de la precisión semántica de que la vulnerabilidad socioeconómica no es estanca e inherente a los individuos, sino una consecuencia de las dinámicas sociales excluyentes que contribuyen al panorama de desigualdad brasileño, lo que, por tanto, potencia y amplía la perspectiva de la aporofobia en Brasil.

<sup>14</sup> El Código penal español, actualmente tiene en su art. 22 la siguiente redacción: “Son circunstancias agravantes: 4. Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.”



*beling Approach*<sup>15</sup>) durante décadas. Para mitigar los efectos de esta marcada selectividad en el Derecho Penal (no solo en la realidad brasileña, sino en ésta de manera destacada), el diagnóstico de movimientos de criminalización primaria y secundaria con rastros de aporofobia puede ser un dispositivo mucho más efectivo para enfrentar este fenómeno. que el castigo de los individuos que exteriorizan conductas aporofóbicas. De hecho, en este último caso, la aporofobia persistiría como un problema estructural sensible que siempre propiciaría el advenimiento de nuevos autores de delitos motivados por estas razones.

Habiendo expuesto el objetivo central de este escrito, es necesario hacer algunas observaciones sobre el punitivismo como una de las bases ideológicas del Derecho Penal para la aporofobia, para luego proceder a un análisis del panorama selectivo del sistema criminal brasileño.

## **2. EL PUNITIVISMO COMO UNA DE LAS BASES IDEOLÓGICAS DEL DERECHO PENAL PARA LA APOROFOBIA**

El punitivismo como creciente tendencia político-criminal corresponde a uno de los más intensos debates de la actualidad, en especial si se considera que definitivamente las sociedades no viven un buen momento para los derechos y garantías fundamentales, a menudo tratados como objetos negociables. Los tiempos son confusos y la inestabilidad general se ve reforzada por la polarización social, por un populismo demagógico y por manifestaciones de irracionalidad que parecen ganar más seguidores cada día.

El Derecho Penal está sustancialmente vinculado a la violencia, especialmente la del propio Estado, caracterizada por la privación/restricción de la libertad individual. Precisamente por constituir un instrumento funcional del poder estatal, la intervención penal tiene un significado político intrínseco, que contamina sus elementos dogmáticos y su lectura hermenéutica. Así, la racionalidad instrumental por la que se rige este poder del sistema social condiciona, desde una perspectiva externa, la auto-comprensión que tiene la ciencia criminal de su propia racionalidad, manipulándola.<sup>16</sup> Los límites de los conceptos legales no son objetivos, pero disputables.

Ahora bien, si el discurso institucional en el ámbito penal tiende a delimitar -aunque no expresamente - sus cuestiones desde la conveniencia del propio poder actuante, acaba ocultando, bajo un sesgo supuestamente científico y abstracto, la naturaleza falsa de la imagen que se crea del sistema para o fin de garantizarle apoyo y auto-legitimación. Entonces, parafraseando a Pierre BOURDIEU,<sup>17</sup> el Derecho Penal no es lo que dice ser y, aunque tiene garantías formales, opera en la práctica como un instrumento ideológico y selectivo de poder, que se ejerce independientemente de la prueba de posibles ganancias concretas para la sociedad en materia de protección de bienes jurídicos.

El paradigma dogmático penal, por tanto, tiene una finalidad mucho más práctica que teórica, en el sentido del ordenamiento funcional de sus enunciados como soportes políticos de otros intereses, proporcionando seguridad jurídica al propio sistema, legitimado como ciencia. Esto explica cómo es posible que un mismo modelo u ordenamiento penal pueda ser utilizado en diferentes contextos políticos y sociales, con resultados concretos muy diferentes, especialmente en lo que respecta al respeto a la libertad del individuo. Y la política que incide en la intervención penal no es solo una cuestión de poder e intereses, sino que también engloba la provisión y defensa de símbolos, que tienen un potencial manipulador. Así, el poder punitivo estatal tiene como solo una de sus funciones controlar las conductas prohibidas; detrás de esto, hay valores que simbolizan una determinada forma de vida y que son colonizados por la prohibición penal. Del mismo modo, el delito no es un objeto preexistente, sino el re-

---

<sup>15</sup> Acerca de las bases del Labeling Approach, v., por ejemplo, BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 86-97.

<sup>16</sup> Cf. PALIERO, Carlo Enrico. La auto-comprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafíos de su tiempo (comentario). Trad. de Maria José Pifarre. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. de la versión alemana). MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. de la versión española). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004, p. 100-101.

<sup>17</sup> BOURDIEU, Pierre. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Trad. de J. R. Capella. *Jueces para la Democracia*, n. 47, jul. 2003, p.5.

sultado de una determinada interacción en la que el legislador y el intérprete de la norma penal juegan un papel activo, en el marco de un proceso fundamentalmente simbólico de atribución de estigmas.<sup>18</sup>

Precisamente por eso, afirmar que el Derecho Penal atraviesa una crisis no constituye exactamente una novedad. De hecho, la historia muestra, comenzando con la Ilustración y la relación dicotómica entre seguridad y libertad, la existencia de una crisis estructural inmanente al Derecho Penal. De otra parte, no es posible dejar de notar la existencia de una «crisis contemporánea» en el Derecho Penal, desde finales de la década de 1970, fundada en otros fenómenos. Por tanto, es posible afirmar que las discusiones actuales sobre Derecho Penal giran en torno a nuevas dificultades y retos característicos de la llamada Postmodernidad, entre los cuales se pueden citar el declive del *Well Fare State*, la desaparición del ideal de resocialización como finalidad principal de la pena, la desintegración de las relaciones sociales, la creciente sensación de inseguridad e individualismo, bien así el reconocimiento de la llamada sociedad del riesgo.

En este contexto de nuevos desafíos, solo para traer dos ejemplos relacionados al punitivismo, separados por el Atlántico, se puede mencionar en primer lugar los enormes dilemas con respecto a la confrontación del terrorismo en Europa y, en segundo lugar, la inquietante declaración hecha públicamente por uno de los magistrados de la Corte Suprema de Brasil sobre la supuesta necesidad de una reformulación general de la dogmática penal, a fin de satisfacer mejor las necesidades de la sociedad. Estos dos ejemplos, aparentemente distantes entre sí, tienen en verdad una relación muy estrecha, fundada en una pretensa demanda social por una mayor presencia del Derecho Penal y, al mismo tiempo, en una apatía general hacia los excesos arbitrarios practicados por el Estado, que se consideran pragmáticamente como un costo inevitable de una política criminal eficaz.

Los problemas se acentúan aún más cuando se observa la creciente superposición entre política criminal y política social. De hecho, en estos casos, luego de dejar de lado la realidad de una serie de sujetos vulnerables de grupos marginales con respecto a la seguridad de sus derechos, la política criminal comienza a tomarlos en cuenta ya no como sujetos, sino como objetos de política social, con el fin de promover la seguridad de sus potenciales víctimas. Ocurre, entonces, a través del Derecho Penal, la transición de sujetos vulnerables que sufren lesiones de derechos por parte del propio Estado a potenciales agresores de los derechos de sujetos más protegidos socialmente, en un movimiento político-criminal de criminalización de la política social, todo ello bajo la supuesta base científica de la dogmática penal.<sup>19</sup> En este contexto, hay que indagar cómo es posible que el Derecho Penal pueda operar tan libremente contra las personas que el Estado, en un contexto democrático, debería respetar y proteger, sin que exista una resistencia social contra tal práctica.

En verdad, la ideología que subyace en la construcción de una conciencia que asegura la adhesión social a prácticas autoritarias y selectivas en materia penal se basa en uno de los sentimientos más poderosos: el miedo. De hecho, a pesar de la distancia entre la percepción subjetiva de los riesgos sociales y su existencia objetiva, el miedo a la criminalidad puede tener consecuencias sociales incluso más marcadas que las derivadas de la propia delincuencia. A nivel individual, dicho miedo promueve cambios de conducta, encaminados a prevenir la victimización, que afecta los hábitos y la calidad de vida de los ciudadanos. A nivel colectivo, las repercusiones del miedo en relación con la delincuencia resultan en una reducción de la interacción social, el abandono de los espacios públicos y la ruptura del control social informal.<sup>20</sup> Finalmente, en el plano jurídico, el miedo genera una creciente demanda social por la mayor presencia del Derecho Penal y, al mismo tiempo, una “anestesia” o apatía en relación a los excesos practicados por el Estado, que llegan a ser considerados pragmáticamente como un costo

---

<sup>18</sup> Cf. HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. de Elena Larrauri. In: Vv.Aa. *Pena y estado*. Santiago: Conosur, 1995, p. 23-24.

<sup>19</sup> Cf. BARATTA, Alessandro. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. In: CARRANZA, Elías (Coord.). *Delito y seguridad de los habitantes*. México: Siglo XXI; Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, 1997, p. 84-85.

<sup>20</sup> En igual sentido, afirma Klaus GUNTHER: “*O medo constrói uma barreira psíquica diante do espaço individual de liberdade. A vida em uma situação assim é limitada às atividades que aumentam a sensação de segurança – reações excessivas e irracionais inclusive*”. GUNTHER, Klaus. Medo no estado de direito. Trad. de Giovani Agostini Saavedra, Uriel Moller e Melissa Lippert. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, n. 55, out./dez. 2014, p. 14.



inevitable de una política criminal insegura. Precisamente por ello, porque permite la supuesta justificación de políticas de Estado que, evaluadas exclusivamente desde la perspectiva axiológica democrática, resultarían ilegítimas, el miedo es un instrumento político muy eficaz.

El miedo es, por tanto, explotado por el Estado, que hace uso de una ideología de la seguridad ciudadana, en teoría orientada a responder a las necesidades sociales y en la práctica utilizada como mecanismo de autoconfirmación de la intervención punitiva. Tal ideología, cuyo uso político parece que alcanza su apogeo en el contexto del neoliberalismo, se asocia históricamente con el declive del Estado de bienestar en los países centrales, mientras que en países económicamente periféricos, como Brasil, aparece más vinculado a la ideología de la seguridad nacional (que fundó los regímenes dictatoriales), como su sucesora. En cualquier caso, el deseo de defensa de la seguridad - o al menos la sensación de seguridad - crea un círculo vicioso en torno al miedo y, en consecuencia, un clima colectivo de desconfianza en el que el individuo ya no es visto como el único sujeto de sus fines, atribuyendo esta condición a entidades de carácter transpersonal. Desde esta perspectiva, se desarrolla una política legislativa que distingue entre los destinatarios de la norma, negando a unos lo que otorga a otros, implicando la desfiguración de la imagen de la persona, basada en el principio fundamental de igualdad.<sup>21</sup> Finalmente, bajo el pretexto ideológico de la búsqueda de la seguridad, el Derecho Penal se transforma en un instrumento polarizado de combate, que debilita los lazos de solidaridad entre y dentro de las diferentes clases sociales, y en su lugar establece lazos de subordinación y disensión, constituyendo como política la “negación de la fraternidad y la voluntad de vivir juntos”.<sup>22</sup>

En este contexto de ansiedad y sensación de inseguridad, el Estado ya no es visto como una amenaza a las libertades individuales, sino como un compañero de armas de los ciudadanos frente a los peligros e incertidumbres de la vida social. La consecuencia principal de discutir sobre política criminal en el contexto de una situación social de miedo generalizado y de pánico moral es que se vuelve extraordinariamente difícil y costoso discrepar. Las decisiones judiciales a menudo mencionan el caso como una emergencia, como un punto fuera de la curva, a merecer una respuesta excepcional, abandonando principios, normas e institutos penales fundamentales.

En suma, en un ambiente posmoderno de creciente polarización social, el Derecho Penal termina convirtiéndose políticamente en un instrumento violento de guerra, también polarizado, que debilita la solidaridad y fortalece los vínculos de subordinación y los conflictos. Se establece así un estado de excepción permanente, que se convierte en el paradigma dominante en la política criminal y incluso en la dogmática penal, recuperándose un modelo estricto y siempre expansivo de vigilancia basado en la peligrosidad.

En este contexto, es necesario analizar el punitivismo, como práctica político-criminal comúnmente relacionada con expresiones como «populismo punitivo»,<sup>23</sup> «expansión del Derecho Penal»,<sup>24</sup> «nuevo modelo penal de seguridad en la ciudad»,<sup>25</sup> y «giro punitivo» o «cultura del control».<sup>26</sup>

---

<sup>21</sup> Cf. GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 69.

<sup>22</sup> Idem, ibidem, p. 73.

<sup>23</sup> BOTTOMS, Anthony. The philosophy and politics of punishment and sentencing, C. Clarkson and R. Morgan (eds.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995, p. 17-49.

<sup>24</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999.

<sup>25</sup> DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, año 16, n. 71, mar./abr. 2008.

<sup>26</sup> GARLAND, David. *The Culture of Control: Crime and social order in Contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001. Conforme al autor, este giro punitivo es responsable por promover: “*Condenas más duras y un mayor uso del encarcelamiento, leyes del tipo ‘tres strikes y estás afuera’ y que prescriben condenas mínimas obligatorias, ‘la verdad en la condena’ y restricciones en el uso de la liberación condicional; leyes que impulsan ‘prisiones sin adornos’ y ‘prisiones austeras’; retribución en los tribunales juveniles y encarcelamiento de niños; el regreso de las cadenas de forzados y de los castigos corporales; los ‘boot camps’ y las cárceles de súper máxima seguridad; la multiplicación de los delitos castigados con la pena capital y de las ejecuciones; la notificación de las leyes a la comunidad y los registros de pedófilos; las políticas de tolerancia cero y las normativas contra los com-*

Aunque el término punitivismo es muy utilizado, su concepto permanece en un estado frágil, poco teorizado, conforme afirma Roger MATTHEWS.<sup>27</sup> En este sentido, Stanley Cohen fue pionero en el intento de definir operativamente el término «punitivo», caracterizándolo por la coacción, el formalismo, el moralismo y la imposición del dolor a los sujetos por parte de un tercero.<sup>28</sup> Desde esta perspectiva, el punitivismo suele asociarse a una connotación de exceso, es decir, la búsqueda del castigo más allá de lo necesario y proporcional, como medida simbólica. Y es en la estrategia de segregación punitiva, particularmente cuando está ligada al aumento de la población carcelaria y al aumento de la duración de las penas, donde se encuentran sus bases más sólidas.

Existe una división entre quienes consideran que el punitivismo es impulsado desde «abajo» por una sociedad ansiosa e indignada y quienes lo ven como un proceso realizado «desde arriba», en el que políticos juegan con los miedos para endurecer sus políticas de control del crimen y fortalecer su apoyo electoral. Una de las primeras aportaciones a este tema la realizó Anthony BOTTOMS, señalando que el populismo punitivo es uno de los principales componentes de estas políticas. David GARLAND también incorporó las nociones de castigo y populismo en su explicación de la naturaleza cambiante del control del delito en la sociedad contemporánea. Garland afirma que hay una corriente populista en la política criminal, porque la voz dominante en esta área no es la de los especialistas, sino la del público sufriente y mal protegido.<sup>29</sup>

Aún sobre este tema, John PRATT atesta que el castigo populista está ganando terreno y que ha surgido un nuevo eje de poder criminal bajo los auspicios de un programa político neoliberal en el que la indiferencia pública está dando paso cada vez más a la intolerancia y demandas aún mayores de castigo y represión.<sup>30</sup> Finalmente, WACQUANT también identifica al neoliberalismo como un factor clave para el desarrollo de una respuesta más punitiva, pero tiene un enfoque más “de arriba a abajo”. Para WACQUANT, el aumento del castigo está ejemplificado por el desarrollo de encarcelamientos masivos y el número creciente de afroamericanos encarcelados, desde un proceso de cambio del enfoque social al enfoque penal de la pobreza en los Estados Unidos.<sup>31</sup>

También hay quienes identifican un desarrollo más perturbador, en el que algunas formas contemporáneas de castigo, como la pena de muerte, parecen ir más allá de la retribución y llegan a afirmar que la protección de la sociedad o la reducción de la delincuencia implica diferentes formas de crueldad cuyo objetivo es deleitarse con el sufrimiento de los demás. Por tanto, el castigo se ha convertido en una forma de «teatro terapéutico» en el que el delincuente expresa públicamente sentimientos de dolor y vergüenza moral.<sup>32</sup>

En este sentido, es posible relacionar el punitivismo al populismo penal, lo cual no corresponde a ideología política alguna, sino a una práctica política valorada en sentido negativo, cuya plasticidad ideológica le posibilita operar en los extremos del arco político. Precisamente por eso, hay que considerar el populismo desde las formas de gobierno como una depravación de la democracia, en sentido demagógico, y un antecedente próximo de la tiranía. De hecho, la demagogia exaspera los sentimientos destructivos en el pueblo, cuyos intereses en realidad no importan, y desvía la sociedad de su empeño político y racionalidad, como ya lo afirmaba HOBBS en su famoso Tratado sobre el ciudadano (aunque este autor no era partidario de la democracia como se la entiende en la actualidad). A partir de la retórica, cuyo fin no es la verdad, sino el triunfo, la democracia demagógica va a buscar penalizar toda clase de conductas que parezcan satisfacer las ilusiones sociales, constituyendo en verdad un te-

---

*portamientos antisociales. Existe actualmente una larga lista de medidas que parecen dar cuenta de un giro punitivo en la penalidad contemporánea”. Idem, p. 142.*

<sup>27</sup> MATTHEWS, Roger. El mito de la punitividad. *Revista Delito Y Sociedad*, 2(28), 2016, p. 9.

<sup>28</sup> COHEN, Stanley. Social control and the politics of reconstruction. In D. Nelken (ed.). *The futures of criminology*. London: Sage Publications, 1994, p. 67-68.

<sup>29</sup> Cf. GARLAND, David. *The culture of control*, cit. p. 142 e ss.

<sup>30</sup> PRATT, John. *Punishment and civilization*. London: Sage Publications, 2002, p. 182.

<sup>31</sup> Cf. WACQUANT, Lïc. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and mesh. *Punishment and Society* n. 3(1), 2001, p. 95.

<sup>32</sup> Cf. menciona MATTHEWS, Roger. El mito de la punitividad, cit., p. 9.

territorio de opresión y arbitrariedad, en un círculo vicioso en el ámbito penal donde produce criminalidad y se alimentan de ella a la vez. En síntesis, en una democracia demagógica el Derecho Penal asume un papel central y la que inspira tales prácticas jurídicas no es la de seguridad, ni la de justicia, sino el poder, entendido como la herramienta de arbitrio del líder demagógico.

En este sentido, hay que observar que populismo postmoderno está muy comprometido económicamente con los grandes conglomerados, que detentan el poder del Estado. La política criminal sirve, en este sentido, a dos propósitos: 1. A la manutención de la hegemonía política de los conglomerados, por medio de la criminalización de los desvíos de los pequeños empresarios o de las pequeñas empresas nacionales, y también de determinada clase política, y 2. Simbólicamente, a la seguridad ciudadana o, incluso, a los intereses de grupos minoritarios. Como esta política criminal populista nunca es absolutamente transparente, se vale de normas cada vez más abstractas de definición de conductas criminales, lo que hace camuflar sus objetivos latentes. Cuando se habla de una política criminal populista, hay que considerar que en la sociedad actual tal política no depende necesariamente de un gobierno dictatorial, sino que se trata de una política criminal difusa y disimulada, fundada en una estructura propia del Estado, que tiene por base una relación jurídica burocrática, aparentemente neutra. Tal burocracia y neutralidad permiten, en verdad, la manutención de las condiciones sociales vigentes. Este efecto es hoy muy nítido, en especial si se observa que las personas son consideradas por el Derecho Penal como entidades abstractas, en sentido general, sin que sea posible ver la realidad de individuos concretos, con sus grandes diferencias económicas y sociales. Por tanto, una característica central del punitivismo populista y demagógico es precisamente la búsqueda de una homogenización artificial de la sociedad, contrariando de forma grave el pluralismo que fundamenta el Estado Democrático de Derecho.

Ahora bien, es cierto que el punitivismo contemporáneo no afecta por igual a diferentes sociedades, sistemas políticos y ordenamientos jurídicos, ni tampoco todas las formas de punitivismo contemporáneo son idénticas, conforme afirma José Manuel PAREDES CASTAÑÓN. De todos modos, como ideología, el punitivismo trata del delito como delito callejero y violento; del delincuente como un depredador deliberado; de la pena como castigo siempre moralmente justificado; de la sociedad siempre como potencial víctima indefensa de los delitos; y de la “conmoción social” ocasionada por el delito como un criterio importante a la hora de decidir en materia legislativa y judicial. En definitiva, la cárcel es el destino cierto para los delincuentes, los cuales deben ser apartarlos, porque son peligrosos.<sup>33</sup>

Quizás el ejemplo transnacional más llamativo de esta emergente tendencia político-criminal es precisamente el caso de la llamada guerra contra el terrorismo. En este tema específico, desde hace unos años se observa la progresiva legitimación del reingreso de la teoría del estado de excepción de CARL SCHMITT, el concepto de enemigo injusto y la guerra justa como manifestación de un Derecho Penal que de ese modo se militariza. Se justifica la existencia de no-personas para el Derecho y un escenario en el que todo es válido contra el enemigo en la búsqueda de la seguridad cognitiva de los “ciudadanos”.

Hay un efecto político evidente en este modelo, que es impedir que se pongan en cuestión las bases mismas de la política criminal, limitando así la crítica tan solo a determinados excesos o malas prácticas. Pero el mayor problema con este tipo de política de guerra criminal es que, dado que la intervención criminal es un poder, siempre tenderá a expandirse. De hecho, la lógica de la emergencia y de excepción permanente es reconocida y aceptada por la sociedad, comenzando a aplicarse en varios otros ámbitos, hasta alcanzar un grado de normalidad dentro del sistema.

Así que no solo el terrorista es el enemigo de la sociedad ciudadana. También lo son los delincuentes habituales de los delitos patrimoniales y violentos, considerados tanto por el legislador como por el juez como individuos difícilmente motivables por la norma penal, pues la socialización deficiente, a causa de su origen social marginal, inviabilizaría la eficacia de tal motivación. Así que la única solución

<sup>33</sup> PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 4, 2016, p. 166-167.

posible consistiría en articular herramientas normativas que permitan identificar a esa categoría de sujetos peligrosos (enemigos, y no ciudadanos) y proceder a neutralizarlos hasta el límite de lo posible. Se puede percibir desde luego que los puntos de partida conceptuales a la hora de construir los discursos punitivistas resultan de estereotipos y prejuicios, como manifestaciones de orientación político-criminal reaccionaria que debe ser combatida en un contexto democrático. En el mismo sentido, los fundamentos del punitivismo son carentes de cualquier justificación, sea por no presentaren ninguna conexión demostrable con la evolución de las tasas de delincuencia, sea porque no representan una verdadera manifestación de la “democracia”, esto es, estos discursos tienen autores y causas que no tienen que ver necesariamente con lo que la mayoría de los ciudadanos piensa, sino con lo que se hace pensar mediante una manipulación ideológica y mediática.<sup>34</sup>

De todos modos, el punitivismo opera una transformación importante dentro del alcance del Derecho Penal objetivo: se lo pierde de vista como un instrumento para la defensa de los ciudadanos contra la intervención estatal coercitiva. Y así, la concepción clásica del Derecho Penal como la «carta magna» del delincuente, como lo expresó Von Liszt, da paso a una comprensión del Derecho Penal como la «carta magna» de la víctima, provocando un cambio en la ciencia penal.

Las leyes y su aplicación son enfocadas en la solución de emergencias concretas y específicas. Se amplía el alcance de la aplicación del derecho penal para conferir la sensación de tranquilidad social y un legislador activo. Por lo tanto, en los discursos punitivistas y de emergencia, se verifica la primacía de la razón política del Estado sobre la razón legal, como criterio de información del Derecho Penal. Ahora, cuando esa razón del Estado predomina, en la línea de Maquiavel, ya no hay jurisdicción, sino arbitrio, represión política y regresión neo-absolutista del Estado a formas pre-modernas.

### 3. SÍNTESIS DEL PANORAMA DE SELECTIVIDAD EN EL SISTEMA CRIMINAL BRASILEÑO

Hay un fragmento precioso en la novela “Le lys rouge”, escrita por Anatole FRANCE, todavía en el siglo XIX. Allí el autor observa, con absoluta actualidad, que «la ley, en una gran preocupación por la igualdad, prohíbe dormir bajo los puentes, mendigar en las calles y robar pan, tanto a ricos como a pobres».

La dura crítica del autor francés puede ser vista como capaz de resaltar la disfunción de un sistema legal basado únicamente en la igualdad formal (sin considerar aspectos de igualdad material). Sin embargo, en una interpretación desde otra perspectiva, la sentencia de Anatole FRANCE señala un sistema construido sobre la base del mantenimiento del *statu quo*, salvaguardando derechos (especialmente la propiedad) que se distribuyen de manera absolutamente desigual en la conformación social. Con este fin, el Derecho Penal sirve como una herramienta para gestionar y posiblemente inocular a los «consumidores defectuosos»<sup>35</sup> o «sobras».<sup>36</sup>

El uso del Derecho, en particular el Derecho Penal como instrumento de control de los pobres (que es muy diferente del control del fenómeno de la pobreza) adquiere líneas de especial relevancia en una sociedad como Brasil, marcada por una enorme desigualdad social.<sup>37</sup> Concomitantemente, se guía por una cultura de consumo que se irradia sobre todos<sup>38</sup> y termina generando una dicotomía de clases que

<sup>34</sup> En el mismo sentido, v. PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Punitivismo y democracia, cit., p. 177 y ss.

<sup>35</sup> Cf. La expresión creada por BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008, p. 41. En otra obra, el sociólogo afirma: “Nas atuais circunstâncias o confinamento é antes uma alternativa ao emprego, uma maneira de neutralizar uma parcela considerável da população que não é necessária e para a qual não há emprego.” BAUMAN, Zygmunt. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999, p. 120.

<sup>36</sup> Cf. WOLFF, Maria Palma. *Antologia de vidas e histórias na prisão: Emergência e Injunção no Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

<sup>37</sup> Marildo MENEGAT afirma que cuanto más desigual es una sociedad, más necesita un sistema de control social represivo, como se hace a través del sistema penal de Derecho burgués. MENEGAT, Marildo. *O olho da barbárie*. São Paulo: Expressão Popular, 2006, p. 41.

<sup>38</sup> También utilizando el pensamiento de BAUMAN, Dennis de OLIVEIRA explora la siguiente alegoría: “Bauman lembra o mito grego de Tântalo, em que um mortal descobre um segredo dos deuses do Olimpo e o dissemina entre os



culmina en un impactante rechazo a la pobreza. Este caldo de cultura permite entender por qué la criminalidad patrimonial<sup>39</sup> en Brasil corresponde al porcentaje mayoritario dentro de la cantidad de delitos perpetrados.

Así, la aporofobia - reflejada en procesos de exclusión social derivados de la situación de pobreza en una sociedad de consumo - genera una serie de consecuencias, bajo diferentes dimensiones,<sup>40</sup> entre las cuales merece destacarse el sistema penitenciario. Alessandro DE GIORGI observa un incremento paulatino del uso de la prisión como instrumento de gestión de la pobreza: “Las nuevas estrategias criminales se caracterizan cada vez más como dispositivos de gestión de riesgos y represión preventiva de poblaciones consideradas portadoras de este riesgo.”<sup>41</sup> Loïc Wacquant afirma que:

En la base de la escala social, el encarcelamiento sirve como depósito y neutralización física del excedente de la clase proletaria. En un nivel superior, la implementación de la red policial, judicial y penitenciaria del Estado cubre una función tanto económica como moral: la imposición de la disciplina del trabajo asalariado. Al final y sobre todo, el activismo sin pausa y sin freno de la institución penal desarrolla una misión simbólica para la sociedad: la reafirmación de la autoridad estatal y el redescubrimiento de la voluntad de los grupos políticos de enfatizar y respetar la frontera sagrada entre los ciudadanos pobres y los ciudadanos. categorías desviadas<sup>42</sup>.

Las nuevas estrategias de gestión del sistema penal van abandonando paulatinamente el ideal de rehabilitación del individuo, como observa Marcelo SEMER. En este sentido, se puede hablar de un “giro punitivo” que, según el autor, comprende: “a) el fin de la era de la complacencia con las incivildades y, por tanto, la idea de punir las infracciones más leves; b) la proliferación de dispositivos tecnológicos y seguridad privada; c) la difusión de un discurso alarmista por los medios de comunicación y agentes de control; d) profundizar el discurso de la eficiencia en la guerra contra el delito, en la valoración de la víctima y en la estigmatización de los excluidos; e) la sustitución de la rehabilitación por el gerencialismo; f) endurecimiento legislativo y judicial”<sup>43</sup>.

En tal escenario, se observa que la selectividad criminal gana cada vez más concreción. Es importante aclarar que el fenómeno de la selectividad criminal no es nuevo, ni espacialmente aislado, siendo la tónica del sistema positivo, considerando que la gran parte de la población carcelaria está históricamente constituida por personas económicamente marginadas. Para Alessandro BARATTA, el derecho penal no solo refleja las relaciones de desigualdad existentes, sino que también juega un papel activo en la reproducción y producción de selectividad.<sup>44</sup>

---

seres humanos. Irado com isto, os deuses do Olimpo castigam Tântalo da seguinte forma: amarram-no em um lago com água até o umbigo e com uma árvore com frutas na altura da sua cabeça. Quando Tântalo tem fome e tenta alcançar os frutos da árvore, um vento balança os seus galhos e levam as frutas para fora do alcance da boca do castigado. Quando ele tem sede e tenta beber a água do lago, esta abaixa e fica fora do alcance da sua boca. A moral deste mito é que existem coisas que se pode ver e saber que existem, mas o seu usufruto é um privilégio – mais que isto, a fruição seletiva deles é que criam as hierarquias.” OLIVEIRA, Dennis de. Ação Direta do Capital: o poder do capitalismo contemporâneo. In: *Psicologia política*. Vol. 15. Nº 33, 2015, pp. 14-15.

<sup>39</sup> Criminalidad patrimonial inmediata, atentando contra los bienes jurídicos relacionados con la propiedad (hurto, por ejemplo) o mediata, con delitos que afecten principalmente a otros bienes jurídicos, pero que tienen, por regla general, finalidad económica (narcotráfico, por ejemplo). Estimaciones del informe del sistema penitenciario brasileño (INFO-PEN, con datos actualizados a junio de 2017) señalan que más del 70% de la población penitenciaria brasileña está presa por delitos contra la propiedad (48%) o relacionados con la ley antidrogas (26 %). Ver páginas 41 y 42 de la Encuesta Nacional de Información Penitenciaria de diciembre de 2017, elaborada por el Departamento Nacional Penitenciario, organismo vinculado al Ministerio de Justicia.

<sup>40</sup> Sobre las distintas dimensiones de la exclusión social, cf. ANDRADE, Marcelo ¿Qué es la aporofobia? Un análisis conceptual sobre los prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. In: *Agenda Social: Revista do PPGPS/UENF*, 117, 2008, p.118.

<sup>41</sup> DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006, p. 97.

<sup>42</sup> WACQUANT, Loïc. Punir les pauvres: le nouveau gouvernement de l'insecurité social. Marselha: Agone, 2004. p. 9-10.

<sup>43</sup> SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, p. 33.

<sup>44</sup> BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004, p. 173.

#### 4. CRIMINALIZACIÓN PRIMARIA: APOROFOBIA Y LA LEY

Eugenio Raúl Zaffaroni y Nilo Batista señalan dos etapas de criminalización, que contienen formas específicas de selectividad. En este sentido, la criminalización primaria es el acto y efecto de sancionar una ley penal material que incrimina o permite el castigo de determinadas personas. Además de la perspectiva conceptual de las nociones de criminalización primaria y secundaria (ampliamente discutida en la doctrina), el alcance de este artículo pasa a demostrar cómo dichos procesos de criminalización dialogan con el concepto de aporofobia. Para eso, se pueden utilizar algunos ejemplos (no exhaustivos) para apoyar la comprensión del fenómeno.

Un ejemplo paradigmático de una dinámica aporofóbica de la criminalización en la legislación brasileña está presente en el párrafo 2 del artículo 28 de la Ley 11.343 / 2006, conocida como Ley de Drogas:

Art. 28, §2º: Para determinar si la droga se destina al consumo personal, el juez tendrá en cuenta la naturaleza y cantidad de la sustancia incautada, el lugar y condiciones en que se llevó a cabo el hecho, las circunstancias sociales y personales, así como la conducta y antecedentes del agente.

Es interesante notar que el ejemplo del dispositivo anterior contiene elementos en la norma en abstracto que terminan potenciando una aplicación selectiva y, además, aporofóbica. Esto se debe a que la disposición legislativa, por tanto, en abstracto, establece - entre parámetros de diferenciación entre posesión y tráfico -, las circunstancias sociales y personales del agente.<sup>45</sup>

Así, no pocas veces, sujetos con mayores cantidades del mismo tipo de droga son punidos conforme al art. 28 (posesión para consumo propio) que otros que acaban siendo procesados y condenados por el art. 33 (narcotráfico). En esta diferenciación - inversamente proporcional a la cantidad de drogas - se destacan las características sociales y personales del individuo.<sup>46</sup> Tal ejemplo es característico de una norma que conlleva condiciones de selectividad en un proceso de criminalización primaria y, también, en la perspectiva de la criminalización secundaria. Así, en el dualismo entre tráfico y posesión para consumo propio, se dan con frecuencia decisiones que rayan en la incredulidad. Un ejemplo paradigmático fue el del Habeas corpus nº 127.573 de 2019, en el STF, en el que se reformó la condena de una mujer<sup>47</sup> a 6 años, 9 meses y 20 días de prisión por tráfico de 1g (un gramo) de marihuana.

Es importante señalar que la solución aparentemente obvia (en términos de selectividad) de establecer solo un criterio cuantitativo en la distinción entre tráfico y posesión para consumo propio tampoco está libre de críticas.<sup>48</sup> Es claro, por tanto, que el tema del enfrentamiento criminal del narcotráfico y

<sup>45</sup> Entre las investigaciones sobre los criterios de diferenciación entre los arts. 28 y 33 de la Ley de Drogas, v.: cf. SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019, pp. 236-243; MESQUITA JÚNIOR, Armando Duarte, *Quando a balança fere: análise de decisões judiciais em crimes de tráfico de drogas*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2016, p. 79 e ss.

<sup>46</sup> “A aplicação do art. 28, p. 2º, da Lei nº 11.343/06, sem o devido cumprimento do ônus argumentativo, abre margem para verdadeiros autoritarismos na definição de quem é traficante, o que reforça a seletividade inerente às práticas penais brasileiras, sendo que a resolução do caso à mercê do enquadramento ou não do réu no estereótipo de traficante do senso comum jurídico”. Cf. DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. In: *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, ago. 2017.

<sup>47</sup> Como ya se mencionó, la aporofobia suele ir acompañada de algún elemento de vulnerabilidad. En este sentido, los delitos relacionados con la ley de drogas encarcelan a mujeres en la cárcel, no solo sino especialmente en América Latina: especialmente, sentido en los países de América Latina debido a las complejas condiciones sociopolíticas de la región. Estos daños se reflejan principalmente en las mujeres que son parte del proceso de feminización de la pobreza, además de profundizarse por las desigualdades de género que aún se sienten intensamente en América Latina. Por ninguna otra razón, la criminóloga feminista Chesney Lind dijo que «la guerra contra las drogas es una guerra contra las mujeres». CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014, p. 103.

<sup>48</sup> Exponen Patrick CACICEDO e Bruno SHIMIZU: “A perspectiva de que o estabelecimento de um critério objetivo indicativo a traficância poderia atenuar o encarceramento em massa e a violência intrínseca à guerra às drogas traduz um paradigma alienante, que aposta no discurso diferenciador entre o traficante e o usuário, inexistente na realidade empírica. Nas prisões, o que se verifica é que a pessoa presa por tráfico, quase invariavelmente, é usuária de drogas que, seja para sustentar o próprio uso, seja pela precariedade socioeconômica, acaba se envolvendo pontualmente



el consumo demanda consideraciones y respuestas mucho más profundas y decisivas que el simple cambio de criterios diferenciadores.

Un segundo ejemplo de previsión normativa (es decir, dentro de la idea de criminalización primaria) que tiene carácter aporofóbico se encuentra en la Ley de Delitos Fiscales (8.137 / 1990). No es el diploma lo que trae consigo un dispositivo característico de la aporofobia, sino precisamente la ausencia de isonomía en la previsión y aplicación de su contenido más allá de los delitos fiscales. De hecho, el art. 14 de la Ley 8.137 / 90 estableció la extinción de la pena para el agente que efectuara el pago de la deuda fiscal antes de recibir la denuncia por los delitos previstos en dicha ley. Posteriormente, el art. 98 de la Ley núm. 8.383 / 91 lo revocó expresamente, sin embargo, la extinción de la pena fue restablecida por el art. 34 de la Ley 9.249 / 95. En 2003, mediante Ley no. 10.684 / 03, cuyo art. 9 prevé la suspensión de la pretensión punitiva durante el pago de la deuda fiscal o previsional. Una vez que la deuda está totalmente pagada, se considera extinta la punibilidad, incluso después de la sentencia condenatoria definitiva.<sup>49</sup>

Es cierto que los delitos económicos (en una categorización amplia) tienen especificidades que, no en vano, indican la necesidad de una teoría del delito parcialmente autónoma<sup>50</sup> en relación con los denominados delitos comunes (dentro de una clave de bienes jurídicos individuales, en una conformación liberal clásica de Derecho Penal).

Tal argumento justificaría la presencia de elementos específicos de imputación a tales delitos, así como la existencia de causas de exclusión de tipicidad, ilicitud, culpabilidad y punibilidad exclusivas a los delitos económicos. Sin embargo, es necesario considerar si tales previsiones de causas de exclusión del delito no son adecuadas también para tipos penales que van más allá de la criminalidad económica, dado que dicha análisis responde a la perspectiva del Derecho Penal como *última ratio*.

En este sentido, cabe preguntarse por qué la extinción de punibilidad no sería aplicable a delitos patrimoniales. Cabe señalar que luego de la consumación de un hurto, por ejemplo, existe la posibilidad de aplicar el arrepentimiento posterior (art. 16 del Código Penal), lo que implica una reducción de la

---

na mercancia, ocupando os estratos mais baixos do negócio. Do ponto de vista econômico, constituem mão de obra descartável e facilmente substituível, cumprindo a função de arcar com o ônus da criminalização. Por outro lado, o ‘traficante empresário’, figura social e geograficamente distante das periferias, que lucra e investe no mercado de drogas a partir de operações financeiras e logísticas, encontra-se absolutamente invulnerável ao sistema penal, tendo-se em vista sua seletividade estrutural.” CACICEDO, Patrick; SHIMIZU, Bruno. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. In: *Boletim IBCCrim*, v. 286, p. 8-9, 2016.

<sup>49</sup> Esa perspectiva positiva ya se ha asentado en la jurisprudencia de los tribunales superiores brasileños. En este sentido, una reciente reiteración de esta posición, expresada en una decisión de la 2ª T.: “1. Tratando-se de apropriação indébita previdenciária (art. 168-A, § 1º, I, CP), o pagamento integral do débito tributário, ainda que após o trânsito em julgado da condenação, é causa de extinção da punibilidade do agente, nos termos do art. 9º, § 2º, da Lei nº 10.684/03. Precedentes. 2. Na espécie, os documentos apresentados pelo recorrente ao juízo da execução criminal não permitem aferir, com a necessária segurança, se houve ou não quitação integral do débito. 3. Nesse diapasão, não há como, desde logo, se conceder o writ para extinguir sua punibilidade. 4. De toda sorte, afastado o óbice referente ao momento do pagamento, cumprirá ao juízo das execuções criminais declarar extinta a punibilidade do agente, caso demonstrada a quitação do débito, por certidão ou ofício do INSS”. (STF. RHC 128.245/SP, 2ª turma. Relator: Ministro Dias Toffoli. DJe 21/10/2016). Quando ao Superior Tribunal de Justiça, outrora entendia-se que a extinção da punibilidade dos crimes tributários não era possível após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Todavia, há julgados recentes revendo tal posição, como o que colaciona-se, a seguir: “Se no histórico das leis que regulamentam o tema o legislador ordinário, no exercício da sua função constitucional e de acordo com a política criminal adotada, optou por retirar o marco temporal previsto para o adimplemento da obrigação tributária redundar na extinção da punibilidade do agente sonagador, é vedado ao Poder Judiciário estabelecer tal limite, ou seja, dizer o que a Lei não diz, em verdadeira interpretação extensiva não cabível na hipótese, porquanto incompatível com a ratio da legislação em apreço. E, assim, não há como se interpretar o artigo 9º, § 2º, da Lei 10.684/2003 de outro modo, senão considerando que o adimplemento do débito tributário, a qualquer tempo, até mesmo após o advento do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, é causa de extinção da punibilidade do acusado” (STJ - HC: 362478/SP, Quinta Turma, Relator: Ministro Jorge Mussi, DJe 20/09/2017).

<sup>50</sup> A mediados del siglo XX, el tema ya lo abordó AFTALIÓN, Enrique. *Derecho penal económico*. Buenos Aires: Abeledo Perrot, 1959. Cf. ainda, DIAS, Jorge de Figueiredo. Sobre a autonomia dogmática do Direito penal económico: uma reflexão à luz do novo direito penal económico português. In: *Estudios penales y criminológicos*, n. 9, 1984-1985.

pena mediante la restitución de la cosa o la reparación patrimonial antes de iniciado el juicio criminal. Desde este nivel y hasta la sentencia, hay la posibilidad de aplicar la atenuante prevista en el art. 65, III, b. Teniendo en cuenta la premisa del Derecho Penal como *ultima ratio*, además de los argumentos aporóforos, no hay razón para la inaplicabilidad de la extinción de la punibilidad para los delitos patrimoniales sin violencia o amenaza grave.

De lo contrario - es decir, en los moldes actuales – se nota la ocurrencia de un fenómeno llamado “cocalpabilidad inversa”, cuyo nombre hace referencia a una tendencia contraria a la cocalpabilidad.<sup>51</sup> Contextualizando la cocalpabilidad en la realidad de Brasil, es posible observar una especie de selectividad en el Derecho Penal brasileño en ciertos preceptos y lineamientos jurisprudenciales que dan un tratamiento más benéfico a ciertos delitos (especialmente los relacionados con la macrocriminalidad).

Es vital aclarar que tales medidas descriminalizadoras, insertadas dentro de la idea de “cocalpabilidad invertida” no deben ser sacadas del ordenamiento jurídico, ya que la pérdida del interés estatal, una vez pagada la deuda, en sancionar administrativamente al individuo debe también irradiar efectos al esfera penal, es decir, un uso del Derecho Penal en una conformación mínima, que es precisamente la premisa aquí compartida.

Hay que tener en cuenta que la disminución de la selectividad penal contra las clases subordinadas no debe hacerse a partir del recrudecimiento de los delitos económicos, ya que tal perspectiva no necesariamente disminuiría la incidencia del Derecho Penal en ciudadanos ya marginados, ni conduciría a una disminución de la criminalidad económica.

La selectividad contra algunos no disminuye al aumentar el rigor del derecho penal contra otros. Así, en síntesis, los instrumentos de extinción de la punibilidad en los delitos económicos no deben extinguirse, sino ampliarse, dentro de los parámetros de las posibilidades dogmáticas en las decisiones de política criminal, para llegar a otros tipos de criminalidad que forman parte del Derecho Penal clásico, por ejemplo, los delitos patrimoniales sin violencia o amenaza grave.

Hay decisiones dictadas a nivel de primer grado que admiten la aplicación (por analogía *in bonam partem*) de la extinción de la punibilidad en delitos patrimoniales antes de recibir la denuncia.<sup>52</sup> Sin embargo, tales decisiones no prevalecen en los tribunales. En este sentido, existe jurisprudencia paradigmática en el STF que prohíbe la aplicación análoga al delito de estafa (art. 171, CP) del artículo 34 de la Ley 9.249 / 1995, entonces aplicable en su momento:

“No es viable la aplicación análoga del art. 34 de la Ley 9.249 / 1995, obstaculizada por los principios de legalidad y especialidad, siendo cierto que la analogía presupone un vacío involuntario.” (STF, *Habeas Corpus* 94.777, rel. min. Menezes Direito, 1ª T, j. 5-8-2008, DJE 177 de 19-9-2008).

Así, en vista del hermetismo jurisprudencial sobre la aplicación de las disposiciones ya existentes de extinción de la punibilidad para delitos patrimoniales, parece necesario un movimiento de *lege ferenda* que positive la posibilidad de extinción a tales delitos.

---

<sup>51</sup> Acerca de la cocalpabilidad, expone ZAFFARONI: “Se a sociedade não brinda a todos iguais possibilidades, resulta que há um campo de possibilidades que são oferecidas a uns e negadas a outros. Por tal razão, quando a infração é cometida por aquele a quem foram negadas algumas possibilidades que a sociedade ofereceu a outros, o equitativo é fazer com que parte da responsabilidade pela conduta individual seja carregada pela sociedade que foi injusta na distribuição de oportunidades para os indivíduos. Esta é a cocalpabilidade: ao lado do homem culpável por sua conduta, há uma cocalpabilidade da sociedade, ou seja, há uma parte da culpabilidade – da reprovação pela conduta – que deve ser colocada sobre a sociedade em razão das possibilidades não ofertadas ao sujeito.” ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Política criminal latinoamericana: perspectivas - disyuntivas*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1982, p. 167. Para una perspectiva de la cocalpabilidad en el panorama jurídicopenal brasileño, v. FUZIGER, Rodrigo. *Ao arbítrio de Ananke*. Por uma revisão do conceito de autodeterminação no Direito penal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018, p. 263 e ss.

<sup>52</sup> Por ejemplo, la sentencia dictada en 2011, en un caso de hurto (27ª Vara Criminal da Cidade de São Paulo, nos autos do processo n.º 0025535- 92.2011.8.26.0050).

## 5. CRIMINALIZACIÓN SECUNDARIA: APOROFOBIA Y APLICACIÓN DE LA LEY

Se puede definir como criminalización secundaria la acción punitiva ejercida sobre personas específicas en concreto.<sup>53</sup> Dicha acción punitiva se materializa a partir de la actuación de la policía estatal y del aparato judicial, estableciendo parámetros y prácticas - que muchas veces escapan absolutamente de la *mens legis* de la norma en abstracto - relacionadas con quién debe ser criminalizado y quién debe ser protegido, dado que la instrumentalización de la norma y su aplicación concreta tienen un alcance mucho más limitado en comparación con el programa de criminalización. Así, los procesos de selección son inherentes, por una condición de orden práctico,<sup>54</sup> a la concretización normativa. Lo que merece repararse son los criterios de selección utilizados dentro de esta realidad.<sup>55</sup> ZAFFARONI y BATISTA concluyen que:

La inevitable selectividad operativa de la criminalización secundaria y su orientación burocrática preferencial (sobre personas sin poder y por hechos brutos e incluso insignificantes) provocan una distribución selectiva en forma de epidemia, que afecta solo a quienes tienen bajas defensas contra el poder punitivo, a quienes se vuelven más vulnerables a la criminalización secundaria porque: a) sus características personales caen bajo estereotipos criminales; b) su educación solo les permite realizar acciones ilícitas toscas y por tanto fáciles de detectar; y c) porque el etiquetado da lugar al rol correspondiente al estereotipo, con lo que su comportamiento acaba correspondiendo al mismo (la profecía autocumplida). En definitiva, las agencias acaban seleccionando a quienes circulan en los espacios públicos con la figura social de los delincuentes, prestándose a la criminalización - a través de sus toscas obras - como combustible inagotable.

Un ejemplo paradigmático de selectividad en su aspecto de criminalización secundaria es observable desde la perspectiva de aplicar el principio de insignificancia en Brasil.<sup>55</sup> En este sentido, cabe destacar las sentencias del Supremo Tribunal Federal en materia de *habeas corpus*, en las que se postuló la aplicación del principio de insignificancia: HC 123.108 / MG, interpuesto a favor de un paciente acusado del hurto de un par de sandalias valoradas en R\$ 16, 00; HC 123.533 / SP, cuyo paciente fue acusado de hurto de dos jabones líquidos valorados en R \$ 40,00.<sup>55</sup> En el primer caso, el tribunal de origen no reconoció el principio porque el paciente era reincidente.<sup>55</sup>

En ambos casos se destacan las condenas: privación de libertad, en el régimen inicial semiabierto. En ambos casos, no hubo reconocimiento de insignificancia, sino sólo una modificación del régimen inicial de cumplimiento de la pena previamente establecido, de semiabierto a abierto.

Cabe señalar que en 2019, la Comisión de Constitución y Justicia de la Cámara de Diputados aprobó para su análisis plenario el Proyecto de Ley n. 6667/2006, que trata sobre la positividad del principio de insignificancia en el art. 22 del Código Penal, con la siguiente redacción: “Salvo casos de reincidencia, amenaza o coacción, no hay delito cuando el agente practica un hecho cuyo daño es insignificante.”

---

<sup>53</sup> ZAFFARONI, Eugenio Raúl; BATISTA, Nilo. *Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2003. v. I, p. 43.

<sup>54</sup> Sin embargo, no parece correcto reducir la cuestión de la selectividad en la criminalización secundaria a una cuestión práctica. Hay aspectos simbólicos relevantes en juego. René Girard señala al Poder Judicial como el instrumento legitimado por el cuerpo social para vengarse del “chivo expiatorio”, acto que representa una catarsis colectiva en la que la violencia confluye sobre uno o pocos individuos, en lugar de ser descargada - como fuerza interna atávica a los seres humanos, de manera desordenada y destructiva para toda la sociedad. Ver GIRARD, René. *Violencia y lo sagrado*. Traducción de Martha Conceição Gambini. Río de Janeiro / São Paulo: Paz e Terra / Unesp, 1990, p. 111 y ss. En una lectura psicológica, Erich NEUMANN señala que el castigo de los delincuentes generaría un efecto depurativo que “consiste en la conciencia que se da a través de la visualización del mal, y en la liberación del consciente de este contenido, a través de la proyección. En una formulación más precisa, se reconoce la pertenencia del mal a la propia estructura colectiva y se resuelve colectivamente.” NEUMANN, Erich. *Psicología profunda e nova ética*. Tradução de João Rezende Costa. São Paulo: Paulinas, 1991. p. 33-34.

<sup>55</sup> Entre los criterios de selección en el panorama de la criminalización secundaria, ZAFFARONI y BATISTA observan el predominio del *jus puniendi* sobre “hechos estúpidos o groseros (el trabajo crudo del delito, cuya detección es más fácil) y personas que causan menos problemas (por su incapacidad). acceso positivo al poder político y económico o la comunicación de masas).” *Direito Penal Brasileiro*, cit. p. 46.

Se observa que el criterio de reincidencia, verdadero obstáculo jurisprudencial para el reconocimiento de la insignificancia en los delitos menores, sería positivado, según la redacción del proyecto de ley. Sin embargo, el principio de insignificancia no encuentra tal obstáculo en su reconocimiento en casos de infracciones fiscales. En este sentido, inicialmente la Suprema Corte Federal y, posteriormente, la Corte Superior de Justicia, comenzaron a aplicar el principio de insignificancia en los delitos fiscales cuando el monto consolidado de la deuda era igual o menor a R \$ 20.000,00 ( veinte mil reales). Para ello, dichos tribunales realizaron la exégesis del artículo 20 de la Ley 10.522 / 2002 con Ordenanza No. 75/2012 - que, en su art. 1º, inc. II, determina la no presentación de ejecuciones fiscales de deudas con el Tesoro Nacional, cuando el valor consolidado es igual o menor a R \$ 20.000,00 (veinte mil reales).

Se reitera que tal interpretación no merece reparación alguna, ya que está debidamente fundamentada en parámetros administrativos (el desinterés del Tesoro Nacional en presentar demandas tributarias para la ejecución de deudas de hasta veinte mil reales), así como respaldada por una premisa de aplicación subsidiaria del Derecho Penal, reservándolo a un ámbito mínimo de incidencia.

Sin embargo, lo que parece digno de mención es que los mecanismos alentadores para mitigar el Derecho Penal no suelen llegar a los delitos perpetrados por sectores vulnerables de la sociedad. Así, existe en Brasil un panorama absolutamente selectivo en cuanto a la aplicación del Derecho Penal, hiperbolizado, incluso por el fenómeno de la “cocolpabilidad inversa”.

Estudios que comparan la selectividad en casos de delitos menores contra la propiedad versus delitos contra el orden tributario o incluso contra la administración pública muestran una diferencia notable en el porcentaje de sentencias condenatorias relacionadas con las dos categorías, con una superioridad porcentual en los casos de delitos patrimoniales. Además, el uso de penas privativas de libertad con régimen inicial cerrado es más frecuente en delitos patrimoniales que en delitos que afectan a la administración pública.<sup>55</sup>

Finalmente, cabe señalar un ejemplo reciente de una interpretación restrictiva de un instrumento procesal, en detrimento de una comprensión “antiaporofoba” del sistema penal.<sup>55</sup> El entendimiento en cuestión trata sobre la irretroactividad de la posibilidad del acuerdo de no persecución penal para las personas condenadas o con juicios criminales antes de la vigencia de la Ley 13.964 / 2019 (en 23 de enero de 2020), conocida como la “Ley anticrimen”.

Es cierto que existen fuertes críticas a la institución del acuerdo de no persecución penal (insertado en el art. 28-A del Código Procesal Penal), principalmente relacionadas con riesgos al principio de presunción de inocencia y por debido proceso judicial con la masiva adopción del instituto en la dinámica procesal penal brasileña. Sin embargo, además de las críticas pertinentes, es cierto que la adopción del acuerdo de no persecución penal debe producirse de manera retroactiva, ya que esta disposición es una norma mixta (contiene elementos de derecho sustantivo y no solo procesal).<sup>55</sup>

Si uno de los motivos que justificaría la inserción del acuerdo de no persecución penal es la reducción de la punición y del encarcelamiento de las personas que hayan cometido delitos menores (con penas mínimas inferiores a 4 años y sin violencia ni amenaza grave) parece imprescindible considerar el enorme contingente de personas procesadas, condenadas y encarceladas (preventivamente o ya cumpliendo condena) que serían albergadas por el instituto, si se le diera la interpretación correcta sobre las normas del derecho intertemporal.

## **6. CONCLUSIONES**

A pesar de tener la expresión “aporofobia” génesis en el pensamiento europeo, es innegable la comprensión de que Brasil es un escenario paradigmático para la observación de dinámicas aporofóbicas, que tienen una relación ambivalente con el sistema penal brasileño, que propician prácticas selectivas de criminalización primaria y secundaria y, concomitantemente, se hiperbolizan precisamente por la conformación y desempeño de tal sistema.

La virtud de nombrar un fenómeno claro, especialmente en realidades como la brasileña, no se limita



al simple diletantismo nominalista. Además, el término “aporofobia” conlleva la potencialidad de propiciar el debate sobre el tema y, en este tono, el Derecho Penal adquiere trazos de protagonismo, ya que ha demostrado ser un instrumento inequívoco de (re)marginación social, ya sea por su aplicación selectiva, como su típica “clientela” a la que pertenece, o incluso por la restricción de ciertas categorías limitantes del *jus puniendi*, que juegan un papel importante en la racionalización y restricción de la intervención penal para ciertos tipos de delitos (como delitos económicos, delitos contra el orden tributario, delitos contra la administración pública), pero tienen un alcance de incidencia demasiado estrecho, lo que les impide ser utilizados en la tarea fundamental de reducir la selectividad criminal brasileña.

En un Estado comúnmente insensible con los excluidos y cruel con quienes desafían la estabilidad social desde la jerarquía y la desigualdad, es fundamental reducir los espacios de discrecionalidad, especialmente en el ámbito jurídico-penal, para disminuir las desigualdades y brindar más respeto por la dignidad humana. Así, le corresponde a la ciencia criminal desprenderse de los discursos políticos de autoafirmación del poder y buscar límites más críticos al poder punitivo del Estado, trabajando con los nuevos problemas que plantea la sociedad contemporánea.

Y esto no es solo un problema carcelario, sino de todo el sistema de justicia penal, enmarcado por el rechazo al pobre y el racismo estructural que se deben abordar. Según el profesor universitario estadounidense Bryan Stevenson, que se ocupa de la realidad racista de su país, el legado de la desigualdad racial para el Derecho Penal es la presunción de culpa y de peligrosidad.<sup>55</sup> Aunque la realidad norteamericana es diferente de la brasileña, la desigualdad social y racial que históricamente caracteriza a muchos países, como Brasil, parece materializarse con especial crueldad a través del ejercicio del poder punitivo, que criminaliza y castiga la pobreza y los que ya están socialmente excluidos, aumentando aún más su vulnerabilidad.

En este sentido, llama la atención el apego dogmático a las teorías idealistas, lo que ha permitido cerrar los ojos a la realidad cruel y selectiva del sistema de justicia criminal. Precisamente por esta razón, hasta hoy hemos visto un rotundo fracaso para reconocer, discutir y enfrentar las fisuras sociales existentes que permiten la perpetuación de mecanismos de control punitivista y simbólico como el encarcelamiento masivo.

No es posible seguir tolerando esto. Conforme advierte Bryan STEVENSON, lo opuesto a la pobreza no es la riqueza, sino la justicia.<sup>55</sup> Por lo tanto, debemos reflexionar sobre el enorme problema de la desigualdad social y racial en el sistema de justicia penal, sus causas y consecuencias, y las políticas legislativas e institucionales para hacer posible más justicia. Es necesario diseñar un nuevo marco legislativo y judicial para que el Estado Democrático de Derecho no solo no criminalice a los excluidos, sino que también los proteja de los ataques que puedan sufrir debido a su condición.

A la política criminal punitivista y aporofóbica la dogmática penal puede contestar, ejerciendo un control del sistema punitivo, en el sentido de coerción epistemológica, a medida que pueda mostrar la irracionalidad del sistema y, por lo tanto, sus deficiencias. Para tanto, hay que disponer de algunos elementos que lo delimiten, tales como: *a)* Un concepto de acción que no sirva sólo de objeto de imputación, sino que pueda incluso descartar las presunciones del Derecho Penal; *b)* Un concepto de injusto que pueda abarcar las diferencias sociales; y *c)* Un concepto de culpabilidad que pueda servir de limitación del poder y que, para eso, incorpore los principios fundamentales de intervención mínima y proporcionalidad.

Es necesario reconocer, en cualquier caso, la paradoja de tratar de alcanzar un sistema penal justo dentro de una sociedad injusta. Es decir, que el sistema es equitativamente abstracto para los ojos técnicos y académicos, no impide que se sumerja en una sociedad que mantiene graves vicios de injusticia y que no puede erradicarlos en las esferas más diversas. Pero precisamente por la presencia de estos otros factores, el Derecho Penal no puede servir como instrumento político para justificar el poder arbitrario.

Recordando a la famosa frase de John PRATT: «El desarrollo social de los pueblos se demuestra por la forma en que reaccionan ante el delito y tratan a los delincuentes», el gran reto al futuro de la política

criminal es pensar en cómo debemos reducir el papel de intervención penal, para que pueda mínimamente útil y racional. Como es hoy, no sirve a nadie. Es solo violencia irracional. Por supuesto, esto implica cambiar todo el sistema penal, cuya columna vertebral sigue siendo prisión, y comenzar a verlo no solo como un instrumento de defensa social, en el sentido eficiente, sino más bien como un instrumento para la defensa del individuo y sus derechos fundamentales, comenzando con la libertad. Pero este siempre ha sido el mayor desafío para el Derecho Penal: orientarse a la libertad del individuo.



## BIBLIOGRAFIA

- ANDRADE, Marcelo. ¿Qué es la aporofobia? Un análisis conceptual sobre los prejuicios, estereotipos y discriminación hacia los pobres. In: *Agenda Social: Revista do PPGPS/UENF*, 117, 2008.
- ANIYAR DE CASTRO, Lola. *La realidad contra los mitos*. Reflexiones críticas en Criminología. Maracaibo: Universidad del Zulia, 1982.
- ARENDT, Hannah. *Los orígenes del totalitarismo*. Traducción de Guillermo Solana. Madrid: Alianza Editorial, 2006.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del Derecho Penal*. Buenos Aires: Siglo XXI, 2004.
- \_. Política criminal: entre la política de seguridad y la política social. In: CARRANZA, Elías (Coord.). *Delito y seguridad de los habitantes*. México: Siglo XXI; Programa Sistema Penal y Derechos Humanos ILANUD/Comisión Europea, 1997.
- BAUMAN, Zygmunt. *Vida para consumo: a transformação das pessoas em mercadorias*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.
- \_. *Globalização: as consequências humanas*. Rio de Janeiro: Zahar, 1999.
- BOTTOMS, Anthony. The philosophy and politics of punishment and sentencing, C. Clarkson and R. Morgan (eds.). *The politics of sentencing reform*. Oxford: Clarendon Press, 1995.
- BOURDIEU, Pierre. *A economia das trocas lingüísticas*. Tradução de Sérgio Miceli. São Paulo: Edusp, v. 116, 1996.
- \_. *Lições de aula*. Tradução de Egon de Oliveira Rangel. São Paulo: Ática, 1988.
- \_. Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva. Trad. de J. R. Capella. *Jueces para la Democracia*, n. 47, jul. 2003.
- CACICEDO, Patrick; SHIMIZU, Bruno. Crítica à estipulação de critérios quantitativos objetivos para diferenciação entre traficantes e usuários de drogas: reflexões a partir da perversidade do sistema penal em uma realidade marginal. In: *Boletim IBCrim*, v. 286, p. 8-9, 2016.
- CHERNICHARO, Luciana Peluzio. *Sobre Mulheres e Prisões: Seletividade de Gênero e Crime de Tráfico de Drogas no Brasil*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal do Rio de Janeiro, 2014.
- COHEN, Stanley. Social control and the politics of reconstruction. In D. Nelken (ed.). *The futures of criminology*. London: Sage Publications, 1994.
- CORTINA, Adela. *Aporofobia, el rechazo al pobre: un desafío para la democracia*. Barcelona: Paidós, 2017.
- DE BEM, Leonardo Schmitt; FUZIGER, Rodrigo. Por uma aplicação “antiaporofóbica” do acordo de não persecução penal. In: MARTINELLI, João Paulo Orsini; DE BEM, Leonardo Schmitt. *Acordo de não persecução penal*. Belo Horizonte: D’Plácido, 2020.
- DE GIORGI, Alessandro. *A miséria governada através do sistema penal*. Tradução de Sérgio Lamarão. Rio de Janeiro: Revan, 2006.
- DELEUZE, Gilles; GUATTARI, Félix. *O que é a filosofia?* Tradução Bento Prado Jr. e Alberto Alonso Muñoz. São Paulo: Editora 34, 1992.
- DÍEZ RIPOLLÉS, José Luís. De la sociedad del riesgo a la seguridad ciudadana: un debate desenfocado. *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, ano 16, n. 71, mar./abr. 2008.
- DINU, Vitória Caetano Dreyer; MELLO, Marília Montenegro Pessoa de. Afinal, é usuário ou traficante? Um estudo de caso sobre discricionariedade e ideologia da diferenciação. In: *Revista Brasileira de Direito*, Passo Fundo, v. 13, n. 2, p. 194-214, ago. 2017.
- FUZIGER, Rodrigo. *Ao arbítrio de Ananke*. Por uma revisão do conceito de autodeterminação no Direito penal. Tese de Doutorado. Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2018.
- \_. *Del libre albedrío a la autodeterminación: hacia una nueva fundamentación de la responsabilidad jurídico-penal*. Salamanca: Ratio Legis, 2020.
- \_. Aporofobia e Sistema Penal: nominando a ignomínia. *Boletim Revista do Instituto Baiano de Direito Processual Penal*, 2(4), 2019.

- GARLAND, David. *The culture of control: crime and social order in contemporary Society*. Oxford: Oxford University Press, 2001.
- GUNTHER, Klaus. Medo no estado de direito. Trad. de Giovanni Agostini Saavedra, Uriel Moller e Melissa Lipfert. *Revista de Estudos Criminais*, v. 12, n. 55, out./dez. 2014.
- GUZMÁN DÁLBORA, José Luis. Una especial versión del autoritarismo penal en sus rasgos fundamentales: la doctrina de la seguridad ciudadana. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, v. 11, n. 42, jan./mar. 2003.
- HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. Trad. de Elena Larrauri. In: Vv.Aa. *Pena y estado*. Santiago: Conosur, 1995.
- HASSEMER, Winfried; MUÑOZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.
- MATTHEWS, Roger. El mito de la punitividad. *Revista Delito Y Sociedad*, 2(28), 2016.
- MESQUITA JÚNIOR, Armando Duarte. *Quando a balança fere: análise de decisões judiciais em crimes de tráfico de drogas*. Dissertação de Mestrado. Universidade Federal da Bahia, 2016.
- MONTAIGNE, Michel de. *Essais*, vol. III, cap. XIII, “De l’expérience”. Paris: Bibliothèque de la Pléiade, 2007.
- OLIVEIRA, Dennis de. Ação direta do capital: o poder do capitalismo contemporâneo. In: *Psicologia política*. Vol. 15. Nº 33, 2015.
- PALIERO, Carlo Enrico. La autocomprensión de la ciencia del derecho penal frente a los desafíos de su tiempo (comentario). Trad. de Maria José Pifarré. In: ESER, Albin; HASSEMER, Winfried; BURKHARDT, Björn (Coord. da versão alemã). MUÑOZ CONDE, Francisco (Coord. de la versión española). *La ciencia del derecho penal ante el nuevo milenio*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2004.
- PAREDES CASTAÑÓN, José Manuel. Punitivismo y democracia: las “necesidades sociales” y la “voluntad popular” como argumentos político-criminales. *Libertas. Revista de la Fundación Internacional de Ciencias Penales*, n. 4, 2016.
- PRATT, John. *Punishment and civilization*. London: Sage Publications, 2002.
- ROXIN, Claus. *Política criminal y sistema del derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde. 2ª ed. Buenos Aires: Hamurabi, 2002.
- SARTRE, Jean-Paul. *Entre quatro paredes*. Tradução de Guilherme de Almeida. São Paulo: Abril Cultural, 1977.
- SEMER, Marcelo. *Sentenciando o tráfico: o papel dos juízes no grande encarceramento*. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2019.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *La expansión del derecho penal*. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales. Madrid: Civitas, 1999. STEVENSON, Bryan. A presumption of guilt, In: *New York Review of Books*, July 13, 2017.
- \_. *Just mercy*. New York: Spiegel & Grau, 2014.
- TAVARES, Juarez. A crescente legislação penal e os discursos de emergência. *Discursos sediciosos*. Crime, direito e sociedade. Rio de Janeiro: Instituto Carioca de Criminologia, 1997.
- TUCCI, Rogério Lauria. *Direito intertemporal e a nova codificação processual penal*. São Paulo: José Bushatsky, 1975.
- WACQUANT, Löic. Deadly symbiosis: when ghetto and prison meet and mesh. *Punishment and Society* n. 3(1), 2001.
- WOLFF, Maria Palma. *Antologia de vidas e histórias na prisão: Emergência e Injunção no Controle Social*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005