

# Brasil: Derecho Penal diferenciado<sup>1</sup>

Léidio Rosa ANDRADE

## INTRODUCCION

Hay en Brasil, actualmente, una intensa discusión en el área de Derecho Penal sobre el tema "Procedimientos especiales y tutela penal diferenciada". Quiero plantear las siguientes preguntas, conceptuales y críticas, sobre el mismo: ¿cuáles son los procedimientos especiales? ¿Cuál es la relación entre los procedimientos especiales y la tutela judicial penal diferenciada? ¿Cuál es el sentido o el concepto de "tutela judicial penal diferenciada"? "Tutela judicial" ¿es sinónimo en este caso de prestación judicial? ¿Pretende el enunciado del tema afirmar que el Estado, a través de su "tentáculo" judicial, actúa diferenciadamente en lo que respecta a la aplicación de las leyes penales? En fin ¿hay una tutela judicial diferenciada y una no diferenciada en el Derecho Penal o en el Derecho Procesal Penal?

Estas y otras reflexiones me condujeron a conclusiones que traslado, democráticamente, al debate público. Anticipo una: tiene que existir un error epistemológico en la manera de titular la cuestión, puesto que parte de un presupuesto falso, que es que el Derecho Penal o el Derecho Procesal Penal como un todo ofrecen a los procesados una tutela judicial no diferenciada y, sólo en casos excepcionales, previstos en el interior del propio sistema, se dan excepciones y diferencias. En realidad, el título reproduce la ideología de que está impregnada la dogmática jurídica hegemónica, para la cual el Derecho es un sistema neutro y coherente capaz de resolver los conflictos sociales, actuando por encima de las contradicciones de la propia sociedad y de las relaciones de poder existentes en ella.

La Crítica Jurídica ya desveló, desde mi punto de vista de forma bastante clara, todas las "impurezas" del Derecho y, hoy, cualquier jurista serio, incluso aunque esté adscrito a la filosofía analítica, ya no defiende con tanto fervor que la instancia social sea totalmente independiente de la dialéctica social.

Pero estas polémicas teóricas ya están suficientemente desarrolladas y no tiene sentido repetir las aquí. Para hacer alguna contribución al tema y teniendo en cuenta el nivel de profundización posible en un trabajo breve, realizaré un estudio analítico, sobre presupuestos empíricos, con base en ejemplos a nivel concreto. Intentaré, con eso, demostrar el carácter esencialmente diferenciado de la tutela judicial penal vigente en Brasil, con independencia de sus juzgados especiales o leyes especiales, las cuales crean, tan sólo, diferencias dentro de la diferencia. Esto es así porque las normas penales

existen también para implementar las funciones del Estado y éste actúa, como se verá, para salvaguardar un modo de producción, reprimir los ataques al mismo e integrar las clases subalternas en el sistema sociopolítico. Casi siempre, las leyes especiales de carácter represivo surgen para reprimir focos de ataque al sistema hegemónico, siendo emblemático el ejemplo de la "Ley de crímenes odiosos", elaborada para proteger a la clase de los grandes empresarios, víctima, en la época (1990), de constantes extorsiones mediante secuestro. En análisis más autorizado que el nuestro, se ha señalado que "los sistemas judicial, policial ordinario y penitenciario se orientan más bien a la represión de las amenazas menores y cotidianas al orden existente."<sup>2</sup>

No formulo dogmas o verdades acabadas. Me limito a expresar ideas para someterlas a debate, recibir las críticas normales y necesarias, y extraer en su caso de la discusión colectiva algo que pueda ser útil.

## LA TUTELA PENAL ES DIFERENCIADA

La tutela judicial penal se entiende como la forma por la cual el Estado, por medio del Poder Judicial, aplica las normas penales a los ciudadanos. Es la aplicación, por la vía del proceso penal, de las prohibiciones prescritas por el Derecho Penal. La dogmática jurídica presupone que el Derecho Penal establece las acciones y omisiones prohibidas (los delitos) y la pena consiguiente de manera general para toda la sociedad, para resolver sus conflictos y restablecer la paz social y el bien común. Esta visión estrecha del fenómeno jurídico-penal, repleta de fórmulas vacías<sup>3</sup>, constituye una reducción, incluso, del propio concepto de Derecho del positivismo jurídico —considerado por Norberto Bobbio<sup>4</sup> como un método, una teoría y una ideología.

No creo que existan dudas, sin embargo, de que el Derecho es una expresión del Estado. No está de más recordar que se está hablando de monismo jurídico. Así, el Derecho Penal, en el campo de la represión de la delincuencia, o de lo que se conceptúa como tal, es acción del propio Estado para

<sup>2</sup> Capella, Juan Ramón. *Fruta prohibida: una aproximación histórico-teórica al estudio del derecho y del estado*. Madrid. Editorial Trotta, 1997, pág. 131

<sup>3</sup> La expresión es de Pietro Barcellona y está extraída del texto *La formación del jurista*, publicado en la obra Barcellona, Hart, Mückenberger, *La formación del jurista* capitalismo monopolístico y cultura jurídica. Trad. de Carlos Lasarte. Madrid. Editorial Civitas, 1993 "Si se quiere continuar hablando de efectiva vigencia de la relación entre Derecho y sociedad, es necesario aclarar previamente de que forma son utilizadas estas fórmulas vacías y absolutamente privadas de contenido normativo (como *bien común, util, social, etc.*): son utilizadas para tutelar los intereses ya realizados y no para promover la protección de los intereses de la emancipación." (pág. 32)

<sup>4</sup> Ver Bobbio, Norberto *O positivismo jurídico* lições de filosofia do direito. Trad. de Márcio Pugliesi. São Paulo Icone Editora, 1995, en especial el Capítulo VII e la Conclusion General.

<sup>1</sup> Este texto es fruto de la reelaboración de una ponencia presentada en el II Congreso Brasileño de Derecho Procesal Civil, Penal y Procedimientos Especiales, organizado por el Instituto de Ciencias Jurídicas en la ciudad de Joinville (Santa Catarina), en el mes de junio de 2001. Agradezco la colaboración de mis amigos Lauro Ballock, Alice Bianchini, Salo de Carvalho, Amilton Bueno de Carvalho y Amaline Mussi.

alcanzar sus objetivos, sus metas macropolíticas en esta área. De acuerdo con esto, el Derecho es el Estado en acción en un campo específico. Ahora bien, lo específico está subordinado a lo general. Por lo tanto, es necesario saber cuáles son las funciones generales del Estado moderno, para tener claro el sentido del actuar jurídico específico. Mi maestro, Juan Ramón Capella es bien enfático en ese punto:

“Las tres grandes funciones generales del estado moderno y contemporáneo —cuyo cambiante contenido histórico habrá que detallar un poco más— son las siguientes:

1) Proveer o suministrar las condiciones generales necesarias para que pueda desenvolverse la actividad productiva cuya existencia o mantenimiento continuados no quedan asegurados por las actividades de los distintos sujetos económicos de la «esfera privada».

2) Reprimir las amenazas al modo de producción dominante procedentes de las clases subalternas o de ciertos sectores de las clases dominantes mismas para mantener la existencia social del capital.

3) Integrar a las clases subalternas en la aceptación del sistema sociopolítico”.<sup>5</sup>

Y el Derecho Penal, como la Ciencia Jurídica en general, no escapa a esas funciones.

Haciendo una digresión, cabe precisar que no se está defendiendo el pensamiento marxista ortodoxo que ve el “Derecho como pura expresión de la dominación de clase, como reflejo de la infraestructura económica, sin interés alguno en el cambio social.”<sup>6</sup> Hay en el espacio jurídico campo de actuación para las transformaciones, así como en el Derecho Positivo se encuentran presentes los intereses de las clases subalternas transformados en normas estatales. Esto no implica, sin embargo, la desvinculación de la Ciencia Jurídica de las funciones del Estado.

Pues bien, el Derecho Penal no es el responsable directo de la organización jurídica de la actividad productiva. Pero, como se verá, sus tipos legales son adecuados a la represión de actos que puedan poner esta actividad en peligro. Por ello, reprime con maestría precisamente las acciones que puedan significar un riesgo para el sistema productivo capitalista, hasta el punto de ser un dicho popular que sólo el negro, el pobre y la prostituta van a la cárcel. Es decir, en el momento de la creación del tipo penal ya se vislumbra quién va a ser el cliente de la norma.

En base a estas consideraciones ya puede entreverse la imposibilidad de una tutela penal no diferenciada, pues la organización de la actividad productiva exige una protección legal penal ya excluyente en sí misma. O sea, nuestro Código Penal es una norma construida a partir de un marco ideológico fundado en una visión patrimonialista y en una moral cristiana sexista. De ahí sólo puede resultar una tutela penal diferenciada, pues la defensa penal del patrimonio es particular, restringida,

por el simple hecho de que pocos ciudadanos poseen patrimonio.

## DOS GRANDES LINEAS DIFERENCIADORAS

Es fácil presentar al menos dos grandes líneas diferenciadoras en la actuación de las normas penales, aunque no sean las únicas. La primera es patrimonialista y la segunda, sexista cristiana.

Hay que tener en cuenta que el Código Penal brasileño es un Decreto-Ley de 1940. En aquella época fueron creados los tipos penales y, después, simbolizados gráficamente a partir de la redacción del Código. Una vez escrita la norma, ésta pasó a ser un significante<sup>7</sup>. Y, en el transcurso de su historia, fue adquiriendo varios significados<sup>8</sup>. Pero el significado original y los posteriores no se apartaron de una lógica, la lógica de las funciones del Estado descritas por Capella y citadas anteriormente. De ahí derivó una represión siempre violenta en relación con los crímenes contra el patrimonio, en detrimento incluso de los crímenes contra la vida y contra la persona. O la postura casi siempre machista y sexista en el juicio de los delitos cometidos contra la persona de la mujer, pero incluidos en la norma represora como crimen contra las costumbres.

Hay, en conclusión, una tutela penal diferenciada, pues el Código Penal protege el patrimonio de pocos, persiguiendo a los sin-patrimonio, que son muchos. De ahí nace una primera gran diferencia para la norma: los propietarios y los no propietarios. Esta es una diferenciación impuesta por el sistema penal y basada en las clases sociales, entendidas en sentido marxista. Pero la norma también diferenció al hombre de la mujer, sea considerando los delitos sexuales no contra la persona de la mujer, sino contra las costumbres, sea convirtiendo en ilícitas algunas actitudes femeninas tenidas como un ultraje público o contra el pudor, sea diferenciando el concepto de persona honesta, según se trate de un hombre o de una mujer.

Todas estas distorsiones y diferenciaciones llevan a una práctica jurídico-penal nada igualitaria, sino, por el contrario, discriminadora, parcial y represora de los más débiles económicamente, salvo raras excepciones. Para ilustrar mejor esto paso a analizar casos más concretos.

## EL CONCEPTO DE HONESTIDAD

Tal vez lo más correcto sea hablar de “honestidades” jurídicas. Pero ¿qué significa ser “honesto”? Los diccionarios dicen que se trata de alguien honrado, digno, decente, probo, íntegro, recto, entre otros adjetivos. Sin embargo, estas palabras no dicen gran cosa, pues suscitan a su vez preguntas

<sup>7</sup> Significante, además, que se mantiene hasta la actualidad, especialmente en relación a los tipos penales, con la salvedad de algunos cambios, en particular el llevado a cabo en la parte general del Código Penal y otros pocos, como los provenientes de la Ley de Delitos Odiosos.

<sup>8</sup> No se puede olvidar que el significado es la suma, como mínimo, de una descripción, una connotación y una denotación.

<sup>5</sup> Capella, Juan Ramón. Op. cit., p. 129.

<sup>6</sup> Andrade, Lédio Rosa. *Introdução ao direito alternativo brasileiro* Porto Alegre. Livraria do Advogado Editora, 1996, pág. 265.

como "¿qué es ser honrado?", "¿Qué es ser digno?", "¿Qué es ser decente?" entre otras. Profundizando un poco más en la cuestión, puede verse que los diccionarios, sin tener en cuenta la lucha feminista, conceptúan hoy en día a la mujer honesta, refiriéndose todavía a su sexualidad, como "casta", "pura" o "virtuosa". Seguimos estando ante conceptos subjetivos y su sentido dependerá de la visión del mundo de quien los utilice.

Con el objetivo de precisar la cuestión, elaboré una "doctrina" de la honestidad con los instrumentos de la Ciencia Jurídica Positiva. Tras analizar los Códigos y las Leyes brasileñas, llegué a la conclusión de que existen dos conceptos muy distintos en relación a la honestidad, uno para los hombres y otro para las mujeres, como ya se ha señalado. En lo relativo al sexo masculino, no hay una mención directa, pero el discurso de la doctrina jurídica y de los jueces, en especial sobre el artículo 59 y el artículo 83, III, ambos del Código Penal, y 710 del Código de Proceso Penal, así como el artículo 59 de la Ley de las Contravenciones Penales, no deja duda: *hombre honesto es el que trabaja y paga sus cuentas*. Por lo que se refiere al sexo femenino, se llegó a un concepto diferente. El Código Penal, en el Título referente a los delitos contra las costumbres, prevé tres delitos contra la mujer honesta: 1) artículo 215 (*Poseción sexual mediante engaño*) – *Tener unión carnal con mujer honesta mediante engaño*. – *Pena: reclusión de 1 (uno) a 3 (tres) años*. 2) artículo 216 (*Atentado al pudor mediante fraude*) – *Inducir a mujer honesta, mediante engaño, a practicar o permitir que con ella se practique acto libidinoso distinto de la unión carnal*. – *Pena: reclusión de 1 (uno) a 2 (dos) años*. 3) artículo 219 (*Rapto violento o mediante engaño*) – *Raptar a mujer honesta mediante violencia, amenaza grave o fraude para fin libidinoso*. *Pena: reclusión de 2 (dos) a 4 (cuatro) años*. Estas perlas jurídicas, que discriminan a las mujeres deshonestas de las honestas, tienen su remate en el Código Civil, en su artículo 1548: *La mujer lesionada en su honra tiene derecho a exigir del ofensor, si éste no pudiera o no quisiese reparar el daño mediante el matrimonio, una dote correspondiente a su propia condición y estado: I – si, virgen y menor de edad, fuera desflorada. II – si, mujer honesta, fuera violentada o atemorizada por amenazas. III – si fuera seducida con promesas de matrimonio. IV – si fuera raptada*. La honestidad y la honra de la mujer están relacionadas con su sexualidad y se pagan con el matrimonio o con dinero. Tratada como débil mental, la mujer es, jurídicamente, una mercancía traspasada del padre al marido. De ello resulta que, para el Derecho, *mujer honesta es la que está sexualmente reprimida y mujer deshonesto, la que practica libremente el sexo*. Nunca se llamó "deshonesto" a un hombre por practicar el sexo (ni qué decir tiene que "libremente", por supuesto), pero basta con que no pague una cuenta y su honestidad se desmorona. A contrario tampoco una mujer fue nunca calificada como "deshonesto" por deudas, pero si "traiciona" al marido o tiene una vida sexual muy activa será tachada de vagabunda, zorra, sinvergüenza y, por su-

puesto, de deshonesto. No es por casualidad que al acto de casarse se le llama *matrimonio* y a los bienes de la pareja *patrimonio*. He ahí una prueba de que nuestro Derecho representa, casi en su totalidad, una sociedad capitalista y fuertemente machista.

Sin la menor duda, hay una tutela judicial penal fuertemente diferenciada en relación con las mujeres tenidas por honestas y las tenidas por deshonestas.

## DEL PATRIMONIO Y DE LA PERSONA

Este es un ejemplo bien conocido ya, que pone de manifiesto la diferenciación de los castigos en relación con los delitos practicados.

Para demostrar el tratamiento diferenciado dado por las normas penales basta decir que las penas más severas en nuestro sistema penal se refieren a los delitos de robo con homicidio —tipificado en un mero apartado (§ 3º) del artículo 157, relativo al robo—, y de extorsión mediante secuestro con resultado de muerte<sup>9</sup>, conforme al § 3º del artículo 159, incluidos ambos dentro del capítulo II del Título II del Código Penal, relativo a los delitos contra el patrimonio. Si una persona roba y mata, está sujeto a una pena de 20 a 30 años de reclusión. Si secuestra a un empresario para obtener lucro y lo mata, será condenado, como mínimo, a 24 años y como máximo, a 30 años de reclusión. Pero si viola a una adolescente con resultado de muerte (artículo 213 c/c 223, parágrafo único), la pena es de 12 a 25 años de reclusión<sup>10</sup>. Además, para el código, la violación es un delito contra la libertad sexual, incluido entre los delitos contra las costumbres. Si el crimen fuera de homicidio simple (art. 121), la pena es de 6 a 20 años de reclusión; y si fuera de homicidio cualificado (art. 121, § 2º), el castigo aumenta de 12 a 30 años de reclusión.

Entre los delitos contra la persona, están las lesiones corporales. Véanse los siguientes casos:

a) una persona propina, sin intención de matar, un navajazo a otra, causándole un corte. Pena de 3 meses a un año de detención (art. 129);

b) si del navajazo se derivó incapacidad para las ocupaciones habituales por más de treinta días, peligro de muerte, debilidad permanente de un miembro, sentido o función (ceguera en un ojo, por ejemplo), o provocación de parto, pena de 1 a 5 años de reclusión (art. 129, § 1º),

c) si del navajazo se derivó incapacidad permanente para el trabajo (quedar tetrapléjico), enfermedad incurable, pérdida o inutilización de un miembro, sentido o función (quedar totalmente ciego), deformidad permanente (perder las piernas) o aborto, pena de 2 a 8 años de reclusión;

d) si del navajazo se derivó lesión leve, pero la

<sup>9</sup> Hay que recordar que el delito de extorsión mediante secuestro fue modificado de manera casuística, volviéndose más severo su castigo, como respuesta a una pequeña ola de secuestros de grandes empresarios de Rio y São Paulo

<sup>10</sup> Es preciso tener presente que las penas de estos delitos pueden sufrir un incremento de la mitad, en la hipótesis del art. 9º de la Ley 8072/90

víctima cayó, se golpeó en la cabeza y murió, la pena es de 4 a 12 años de reclusión.

Volviendo a los crímenes contra el patrimonio, paso a analizar casos de hurto y robo, con sus consiguientes penas, a fin de compararlos con los supuestos de lesiones corporales:

a) si la víctima deja abierta la puerta de su vehículo y el delincuente coge de su interior un reloj usado, pena de 1 a 4 años de reclusión (art. 155);

b) si la puerta del vehículo estuviera cerrada y el autor rompe el cristal<sup>11</sup> o usa una llave falsa, la pena pasa a ser de 2 a 8 años de reclusión (art. 155, §4º);

c) si la víctima estuviera dentro del vehículo y el autor la amenazase, sin producir herida alguna, y se apodera de la llave, la pena es de 4 a 10 años de reclusión (art. 157). Si para amenazar el autor usa un revólver de juguete<sup>12</sup>, la pena de 4 a 10 años se aumenta de un tercio a la mitad;

d) si de la violencia resulta una lesión corporal grave, la pena es de 7 a 15 años de reclusión (art. 157, § 3º);

e) incluso sin intención de matar, si de la violencia ejercida para robar, resulta muerte (la víctima puede morir de ataque cardíaco<sup>13</sup>), se tipifica el supuesto como robo con homicidio, con pena de 20 a 30 años de reclusión, como ya se señaló.

La comparación llega al absurdo si se hace en relación con el delito de extorsión mediante secuestro:

a) para el hecho en sí de secuestrar a una persona para obtener un lucro, incluso sin causarle ningún daño físico, la pena es de 8 a 15 años de reclusión (art. 159, *caput*, del CP), o sea, mayor que la del crimen de lesión corporal con consecuencia de muerte. La pena mínima es superior en dos años a la del homicidio simple;

b) si el secuestro durase más de 24 horas, o fuera practicado por banda o cuadrilla (casi todos lo son, pues es prácticamente imposible que una persona secuestre a otra y obtenga el rescate en menos de 24 horas), o si la víctima fuera menor, todo ello asimismo sin ningún daño físico, la pena es superior a la prevista para el delito de homicidio simple (6 a 20 años de reclusión) y prácticamente igual a la fijada para el homicidio cualificado (12 a 30 años), toda vez que el castigo es de 12 a 20 años de reclusión, de acuerdo con los términos del § 1º del mismo artículo;

c) si del crimen se derivan lesiones graves, pena de 16 a 24 años, y si tiene resultado de muerte, 24 a 30 años de reclusión (§§ 2º y 3º). Esto es un absurdo frente a las penas estipuladas para los crímenes contra las personas, incluyendo el homicidio cualificado.

Para ponerlo más claro: si un delincuente, sin in-

tención de matar, agujerea los dos ojos de una persona y, además, la deja tetrapléjica, puede recibir una pena de 2 a 8 años de reclusión, pero si osa robar un reloj a alguien, amenazándole con un arma de juguete, sin producirle lesión física alguna, estará sujeto a una pena de 4 a 10 años de reclusión.

También la ley nº 9.099/95 sobre Procedimientos Especiales, Civiles y Penales incluyó el crimen de lesiones corporales<sup>14</sup> contra la persona entre los de menor potencial ofensivo, sujeto por tanto, a los procedimientos especiales, pero excluyó el crimen de hurto, incluso simple, por considerarlo de mayor potencial ofensivo.

Un análisis de estos ejemplos permite sacar otra conclusión. El legislador escogió a los delincuentes que quería castigar con más severidad, o sea, los autores de crímenes contra el patrimonio (la propiedad privada es el motor del sistema capitalista), y dirigió una pena severa contra ellos, o las penas más severas. Así, el Derecho Penal fue constituido para proteger el patrimonio, en detrimento de la propia vida o integridad física de la persona. No está de más recordar que contra el patrimonio privado generalmente delinque quien no tiene patrimonio. Y contra el patrimonio público, ahí sí, son los ricos, adinerados y con patrimonio los que delinquen, pero el castigo es muy leve.

Véase por ejemplo el escándalo de la SUDAM (Superintendencia de Desarrollo de la Amazonía), publicado en toda la prensa nacional, con un perjuicio de más de dos mil millones de reales al erario público. ¿Cuántos niños del nordeste mueren de hambre o de enfermedades fácilmente curables como consecuencia de este tipo de delitos? ¿Cuál es la pena para sus autores? La corrupción pasiva (art. 317) y activa (art. 333) tienen la misma pena de 1 a 8 años de reclusión<sup>15</sup>. Además de tener una pena menor, estos crímenes difícilmente llegan a ser castigados, pues el proceso penal no proporciona medios eficaces de depuración de responsabilidades. Y el resultado de muerte, a pesar del evidente nexo de causalidad entre el acto criminal y el resultado, conocido por el delincuente y simplemente olvidado, no es tenido en cuenta. La acción y la omisión que permite la muerte colectiva de miles de niños no es tipificada como delito, ni tiene autores.

En el caso de hurto de un reloj en el interior de un vehículo con las puertas abiertas, la pena prevista es de 1 a 4 años de reclusión. Pero en el caso de que un rico empresario defraude un millón de reales en el impuesto de la renta, su pena será de 6 meses a 2 años de detención. Si no fuera reincidente, la pena sería sustituida por multa, todo ello de

<sup>14</sup> Excluyéndose las lesiones culposas resultantes de accidente de tráfico (art. 303 de la Ley 9.503/97). Es una aberración jurídica, pero en caso de accidente de tráfico con lesiones el acusado resultará beneficiado si alega que obró dolosamente, es decir, que lanzó el vehículo a propósito sobre la víctima para lesionarla. Con esto, su pena de 6 meses a dos años de detención disminuye a una pena de 3 meses a un año.

<sup>15</sup> La pena mínima de estos delitos es igual a la pena mínima del hurto simple. O sea, quien hurta un reloj viejo acaba recibiendo la misma pena que quien se ve envuelto en un delito de corrupción con un perjuicio de millones para las arcas públicas. Además, un corrupto de esta envergadura recibe la misma pena que un guardia de tránsito que acepta unos pocos reales para no poner una multa.

<sup>11</sup> En éste y otros ejemplos existen divergencias entre la jurisprudencia. Pero la postura tradicional es siempre en el sentido señalado.

<sup>12</sup> En lo relativo al revólver de juguete, hay alguna divergencia, pero la cuestión ya fue resuelta por el Tribunal Superior de Justicia en los siguientes términos: "En el delito de robo, la intimidación hecha con arma de juguete autoriza el aumento de la pena."

<sup>13</sup> Es necesario que exista una relación de causalidad en los términos del art. 13 del Código Penal.

acuerdo con el artículo 1º, de la Ley nº 4.729/65, que define el delito de fraude fiscal, o del artículo 2º, de la Ley nº 8.137/90, que tipifica delitos contra el orden tributario, económico y contra las relaciones de consumo. Es más: de acuerdo con los términos de la Ley nº 9.249/95, el defraudador, si realiza el pago de su tributo antes de recibir la denuncia, ve extinguida su responsabilidad. Dicho beneficio se extiende al caso de emisión de cheques sin fondos, de acuerdo con la Súmula (decisión jurisprudencial) 554, del Tribunal Supremo Federal. Pero, si se trata de hurto, sirve de poco devolver la *res furtiva* o efectuar el correspondiente pago, pues no se extingue la responsabilidad. Cuando mucho, el acusado se beneficiará tan sólo con la reducción de la pena por arrepentimiento posterior, conforme lo establece el artículo 16 del Código Penal. Resulta evidente, una vez más, quiénes son los destinatarios. Los excluidos no pagan impuestos ni tienen talonario de cheques, pero cometen hurtos.

En el caso de un latifundista que, junto a un grupo de matones, invade una finca y expulsa de allí mediante amenaza grave a los legítimos poseedores, quedándose con la tierra, la pena será de 1 a 6 meses de detención (art. 161, § 1º, II). O sea, hurtar un reloj viejo es más grave, para el Derecho Penal, que apoderarse ilícitamente de varias hectáreas de tierra. En la actualidad, con el surgimiento del MST (Movimiento de los Trabajadores sin Tierra), se habla de alterar esta disposición. Ahora bien, si un sin-techo invade u ocupa un inmueble o unidad residencial construida o en construcción, objeto de financiación por el Sistema Financiero de la Vivienda, la pena es de 6 meses a 2 años de detención de acuerdo con el artículo 9º, de la Ley nº 5.741/71.

Una comparación más. Si se sustrae un reloj de un vehículo mediante amenaza realizada con un revólver de juguete, el autor será merecedor de una pena de 4 a 10 años de reclusión, incrementada de un tercio hasta la mitad. Los fraudes en el sistema financiero nacional son conocidas por todos. Sólo el caso del Banco Marca, del que ha informado la prensa nacional, causó un perjuicio al erario público aproximadamente de mil millones de reales. Pues bien, de los innumerables delitos previstos en la Ley nº 7.492/86, que define los crímenes contra el sistema financiero nacional, la mayor pena establecida es la del artículo 4º, "Gestionar fraudulentamente institución financiera", fijada entre 3 y 12 años de reclusión. Para la legislación penal, robar un reloj es una acción de mayor potencial ofensivo a la sociedad que todos los crímenes financieros, incluyendo el de gestionar fraudulentamente una institución financiera, con perjuicios superiores a mil millones sufridos por el gobierno y por los clientes. En todos estos casos, cabe recordar que, ya en la tipificación, el legislador seleccionó el designio de la norma. O sea, en los crímenes practicados por las clases altas, la pena es muy inferior a la de los crímenes normalmente practicados por las clases sociales bajas o por quienes están al margen del proceso productivo.

Lo mismo ocurrió con el Estatuto del Niño y del Adolescente, que no tipificó como crimen la explo-

tación del trabajo infantil, práctica ejercida por los propietarios de los medios de producción, y estableció una pena de 1 a 4 años de reclusión para una madre desesperada que entrega un hijo en adopción a cambio de una bagatela.

Un crimen que causa repugnancia en todas las sociedades democráticas es la tortura. Pero en Brasil, el hecho de que una persona torture a otra implica una pena igual al hurto cualificado (apoderarse de un reloj dentro de un vehículo, usando una llave falsa), o sea, de 2 a 8 años de reclusión, de acuerdo con el artículo 1º, II, de la Ley nº 9.455/97. Si de la tortura resultasen lesiones corporales de naturaleza grave o gravísima (art. 1º, § 3º), entonces la pena se equipara al robo no cualificado (apoderarse de reloj mediante grave amenaza, incluso sin provocar herida alguna), de 4 a 10 años de reclusión. Y peor. Si la tortura tuviera resultado de muerte, la pena es de 8 a 16 años de reclusión (mismo § 3º), o sea, apenas un año más que la pena del robo con lesiones corporales (de 7 a 15 años), e infinitamente<sup>16</sup> menor que la del robo con muerte (de 20 a 30 años) y la de la extorsión mediante secuestro con resultado de muerte (24 a 30 años). Por tanto, para la legislación penal, que una persona torture a otra cruelmente hasta la muerte es un delito mucho menor que quitarle el reloj a alguien matándolo, aunque sea del susto. Una vez más está presente la tutela penal diferenciada. La ley busca perseguir, castigar severamente a quien ataca el sistema productivo dominante, edificado sobre la propiedad privada. El pobre no tortura a nadie. Al contrario, normalmente es torturado.

Los análisis llevados a cabo hasta el momento tuvieron como base la norma escrita, o sea, el significante penal. Seguidamente, se presentarán algunos ejemplos extraídos de la aplicación de estas normas, o, en términos semiológicos, del significado dado a los significantes penales. En este campo también se da una diferenciación estructural en la tutela judicial penal.

## HERMENEUTICA DIFERENCIADA

Los significantes penales son estructural y sistémicamente diferenciadores. Pero no sólo ellos. Los significados penales también. Tanto la doctrina como la jurisprudencia tradicionales que en definitiva dan, o buscan dar, significado a la norma escrita, siguen el mismo camino diferenciador en la aplicación de la tutela judicial penal. Y esto no sólo en casos particulares o excepcionales. Por el contrario, se trata de algo endémico. Los ejemplos aclararán estas afirmaciones.

## DEL CODIGO PENAL Y DE LA LEY DE EJECUCIONES PENALES

En este punto, creo que se da hasta una cierta hipocresía en los juristas tradicionales. Vuelve la dis-

<sup>16</sup> Los principios de proporcionalidad y de dignidad de la persona son olvidados reiteradamente

cusión del legalismo o del juez "boca de la ley". Más que en cualquier otra rama del Derecho, el Derecho Penal se dice o, mejor, los penalistas dicen que, en la aplicación de la ley penal, el magistrado debe atenerse a la literalidad de la norma: "la única fuente del Derecho Penal es la norma legal. No hay Derecho Penal vagando fuera de la ley escrita. En materia penal, no hay lugar para la distinción entre *ley* y *Derecho*. (...) La ley penal es, así, un sistema cerrado: aún cuando aparezca incompleta o con lagunas, no puede ser *suplida* por el arbitrio judicial, o por la analogía, o por los "principios generales del Derecho", o por la *costumbre*. Desde el punto de vista de su aplicación por el juez, puede incluso decirse que la ley penal no tiene *lagunas*."<sup>17</sup>

Pues bien, sin mayores polémicas, esto debe querer decir que la norma penal (todas) debe ser cumplida. ¿Qué sucede, de hecho, en el día a día de los juzgados? Los juristas tradicionales buscan cumplir, rigurosamente, el Código Penal o, más específicamente, el sentido que ellos dan a esa norma. Sin embargo, después de condenar al acusado y de que la sentencia sea firme, esta fidelidad a la norma escrita desaparece: los mismos magistrados que condenaron en nombre de la obediencia a la ley dejan de respetarla, como en un pase mágico, pues a partir del inicio del cumplimiento de la pena, la norma legal que ha de ser observada ya no es el Código, sino la Ley de Ejecuciones Penales, legislación mucho más democrática. Se trata del pluralismo jurídico interno al propio Derecho oficial, o sistema normativo estatal, de que nos habla Boaventura de Souza Santos<sup>18</sup>. O sea, en el interior del monismo jurídico estatal hay una rama reaccionaria y otra progresista. En el caso analizado, el Derecho Penal es conocido por su carácter reaccionario, patrimonialista y moralista, mientras que la Ley de Ejecuciones Penales es una legislación moderna, orientada al respeto de la persona.

Si se respetase esta legislación, difícilmente algún presidio o penitenciaría brasileños podrían continuar en funcionamiento. Sin embargo, los magistrados de ejecución penal no se cansan de elaborar discursos para justificar el no cumplimiento de la norma, utilizando los ya conocidos requisitos retóricos de la sentencia penal<sup>19</sup>, dando la impresión de que ni siquiera están vulnerando las disposiciones legales cuando, en realidad, incumplen frontal y abiertamente la ley. El resultado de esta omisión hermenéutica es la institucionalización de varias otras penas junto a la reclusión o detención. Además de la pérdida de libertad, el condenado cumple la pena de sevicios sexuales, lesiones corporales, torturas, hambre e, incluso, la propia pena de muerte, pues la infección por el virus del SIDA es muy probable, así como la muerte por otras enfermedades, o las llevadas a cabo por los policías y/o compañeros de

celda. ¿No estarían estos magistrados, en especial los jueces de ejecución penal, cometiendo los crímenes previstos en la Ley n.º 4.898/65 (Responsabilidad civil y penal en los casos de abuso de autoridad), en especial de su artículo 4.º?

La prestación judicial penal es totalmente diferenciada, pues, en un primer momento (para condenar), utiliza el discurso legalista del cumplimiento ciego de la ley y, en el momento siguiente (cumplir la pena respetando la dignidad de la persona), el legalismo desaparece para prevalecer una nítida falta de respeto de la norma. Los motivos de este súbito cambio de postura de los jueces son conocidos. Está probado empíricamente que la población carcelaria, por consiguiente, los condenados, es oriunda de las clases más excluidas económicamente, con rarísimas excepciones. Por tanto, para aplicarles las penas se utiliza la *dura lex sed lex*, mas, para hacérselas cumplir se utiliza la dura realidad, incumpliendo la norma.

La abierta falta de respeto a la legislación, siempre en detrimento de la persona del acusado, es más normal de lo que se piensa. El propio Tribunal Superior de Justicia ha negado el *habeas corpus* a un reo en prisión preventiva, cuyo plazo máximo de detención había sido sobrepasado, y no por culpa suya. El argumento de los señores magistrados fue en el sentido de que el Derecho, como hecho cultural, es histórico. Así, los plazos establecidos por el Código de Proceso Penal, ya no serían adecuados a la realidad social actual. El preso preventivo puede, por consiguiente, seguir encarcelado por tiempo indeterminado, por el fiasco del retraso de la justicia<sup>20</sup>.

## LA BAGATELA

Como ya se vio, la pena prevista para el delito de hurto simple es de 1 a 4 años de reclusión. Tamaña violencia represiva, en determinados casos concretos, puede llegar al absurdo si se analiza el valor del objeto hurtado. Por ello se creó, vía jurisprudencia, una eximente: el reconocimiento de la "bagatela" o de la insignificancia. O sea, dado el ínfimo valor de la *res furtiva*, no se justifica iniciar toda la burocracia de un proceso penal, para una condena final sin proporción alguna con el acto practicado, como, por ejemplo, hurtar una cerilla de madera<sup>21</sup>. A primera vista, parece que la jurisprudencia abandona su extraña voluntad de condenar para suavizar la represión penal. Pero, a través de un análisis más profundo, se llega a la conclusión de que, una vez más, esta "actitud humanizadora" también acaba practicando una tutela judicial penal diferenciadora.

Esto es así porque ha de fijarse un precio para la bagatela o para la insignificancia. Cuando se trata de hurto (pues al robo no se aplica este principio debido a la presencia de violencia o amenaza), hay largas discusiones. Se acepta, por ejemplo, medio salario mínimo, hoy 90 reales, como el valor mínimo

<sup>17</sup> Hungria, Nelson. *Comentarios ao Código Penal*. Rio de Janeiro. Forense, 4ª ed., 1958, Vol. I, Tomo I, arts. 1º a 10, pág. 13. La obra es antigua, pero el pensamiento aún perdura en la mente de la mayoría de los juristas, que se niegan a ver la realidad.

<sup>18</sup> Ver Andrade, Lédio Rosa. Op. cit., pág. 278, en especial nota n.º 81.

<sup>19</sup> Ver Brum, Nilo Bairros de "Requisitos retóricos da sentença penal". São Paulo. *Revista dos Tribunais*, 1980, 124 p.

<sup>20</sup> Andrade, Lédio Rosa. Op. cit., págs. 218/220.

<sup>21</sup> El tema es estudiado en Carvalho, Amílton Bueno *Teoria e prática do direito alternativo*. Porto Alegre. Síntese, 1998, págs 139/144

necesario del objeto hurtado, para que el hecho sea de interés para el Derecho Penal. Muchos defienden un valor inferior, que acaba siendo fijado en 50 reales. La diferenciación existe no en la discusión de esta cuantía mínima necesaria para constituir el crimen, sino en la comparación con el valor de la bagatela en los delitos de evasión de impuestos<sup>22</sup>, en especial en la esfera de la Justicia Federal. Allí, para que una conducta sea penalmente significativa, el valor del impuesto no pagado debe ser superior a 1.000 reales. A modo de ilustración, en los delitos de contrabando, para que el montante del impuesto debido alcance la cifra de mil reales, el valor de las mercancías aprehendidas debe ser, como mínimo de 2.250 reales<sup>23</sup>. ¿Por qué tamaña diferencia en los conceptos de insignificancia y bagatela? La respuesta es simple: los crímenes de contrabando son practicados por personas de la clase media o alta. Y, en la justicia común, ¿quién comete los hurtos? Con certeza, los sub-salarios o los sin-salario.

Por lo tanto, para una hermenéutica penal tradicional, si una señora es cogida en la aduana de un aeropuerto, con hasta dos mil doscientos cincuenta reales en perfumes franceses de contrabando, no comete delito alguno. Pero si la señora llega a su casa y su empleada doméstica le hurta 50 reales, entonces ésta será procesada penalmente y estará sujeta a una pena de 1 a 4 años de reclusión. ¿Cuál de las dos acciones tiene un mayor potencial ofensivo para la sociedad? La respuesta dependerá de la clase social de quien responda.

Un caso análogo se da también en relación al denominado "hurto de uso". Sucedió que con el terrible aumento de la ideología consumista varios jóvenes, hijos de familias burguesas, empezaron a hurtar vehículos para pasear y conquistar a las chicas. Tal práctica fue rápidamente descriminalizada. Pero si un empleado fuera atrapado andando con una bicicleta ajena inmediatamente después de apoderarse de la misma, seguramente su acto será calificado como tentativa de hurto.

No se pretende criticar la figura de la bagatela o del hurto de uso, pues, del mismo modo que el hurto famélico, son importantes avances en el Derecho. Lo que se discute es la forma diferenciada como estos institutos están siendo usados. No se trata, tampoco, de un discurso apologético de los pobres y excluidos. No. Hay pobres y pobres. Lo que es inaceptable es la actitud diferenciada del Estado de Derecho, cuando discrimina a determinadas clases sociales en el marco de su actuación en la esfera jurídica, en particular la penal.

## ARTICULO 59 DEL CODIGO PENAL

El sistema penal brasileño, al prohibir una determinada conducta, la tipifica como infracción penal (delito o falta). Teóricamente, cualquier persona que realice una acción prohibida por la ley penal o deje de hacer otra a la que aquella obliga, incurrirá en responsabilidad penal y estará sujeto a las penas previstas para el caso. Estas pueden ser privativas de libertad (prisión), multa (pago de una cantidad de dinero) o restrictivas de derechos (prestación de servicios a la comunidad, inhabilitación temporal, suspensión del permiso de conducir, etc.). En todos esos casos, la legislación da al magistrado un margen de elección, pues las penas no están previstas de forma perentoria, absoluta. Por ejemplo, en el crimen de hurto simple, la condena establecida no es una cantidad fija de tiempo, sino de 1 a 4 años de prisión. Y esto ocurre precisamente porque, como dice el sentido común, cada caso es diferente. El hecho de que dos personas hayan cometido el mismo crimen de hurto (substraer cosa ajena mueble) no significa que merezcan la misma cantidad de años de prisión. Basta pensar en la diferencia entre un hurto cometido por una persona honesta, pero desesperada por estar desempleada y con la familia pasando hambre y otro practicado por puro afán de lucro siendo el agente una persona que no sufre privación económica alguna<sup>24</sup>. En este particular, desde mi punto de vista, el Derecho positivo penal está en lo cierto. Establece una diferencia para que sea observada por el magistrado en el momento de la aplicación de la pena, a fin de permitir una aplicación de la norma al caso concreto más ecuánime.

En la aplicación de la pena privativa de libertad, los jueces parten de una pena base, fijada entre el mínimo y el máximo previsto (de 1 a 4 años en el caso mencionado) y, seguidamente, aplican sobre ella las circunstancias atenuantes y agravantes para, al final, considerar las causas de disminución y aumento de la pena, todo ello de acuerdo con el artículo 68 del Código Penal. La gran reflexión sobre este tema es la siguiente: ¿cómo y por qué criterios deberá fijar el magistrado la pena base, o sea, la cantidad de tiempo de prisión inicial que sirve de base para todo el cálculo posterior? ¿Cómo escoger entre 1 y 4 años? ¿Debe partir de 1, 1 y medio, 1 siete meses y un día, 2, 3 o 4 años de prisión? Esto es fundamental, pues cuanto mayor sea la pena base, mayor será la pena final concreta.

La respuesta es simple. El magistrado, en cada sentencia, deberá analizar obligatoriamente los factores objetivos y subjetivos que rodean al crimen cometido. Son las llamadas "circunstancias judiciales", previstas en el artículo 59 del CP, redactado así: "El juez, atendiendo a la culpabilidad, a los antecedentes, a la conducta social, a la personalidad del autor, a los motivos, a las circunstancias y consecuencias del delito, así como al comportamiento de la víctima, establecerá, conforme sea necesario y suficiente para la reprobación y prevención del de-

<sup>22</sup> Según el Tribunal Superior de Justicia (Recurso de *Habeas Corpus* n° 9.319, SC, 1999/0107851-2), en los delitos de evasión de impuestos, el Derecho Penal solo está interesado en el castigo cuando el importe sea superior a 1000 reales.

<sup>23</sup> Ver los Recursos Especiales n° 235 151, PR, 99/0094757-6 y n° 221.489, PR, 1999/0058781-0

<sup>24</sup> Estos casos acaban siendo considerados como cleptomanía, sin ser objeto de castigo.

lito: I —las penas aplicables de entre las previstas; II— la cuantía de la pena aplicable, dentro de los límites previstos; III — el régimen inicial de cumplimiento de la pena privativa de libertad; IV — la sustitución de la pena privativa de libertad aplicada, por otra especie de pena, si cabe.”

Esta norma está constituida por medio de varios conceptos, muchos referentes a la subjetividad humana e, incluso, no jurídicos, sino psicológicos, como “personalidad”, “motivo”, “conducta social” y “comportamiento”. Estos conceptos dificultan la comprensión y aplicación del precepto legal. Sin embargo, se prohíbe al juez ignorarlos. Por lo tanto, tras convencerse de la culpabilidad de un acusado y de criminalizarlo juzgándolo responsable del acto, al aplicar la pena, el magistrado deberá tomar en consideración, uno a uno, de manera explícita, motivada y justificadamente, todos los factores descritos en la norma jurídica transcrita. Sólo después podrá individualizar la pena, o sea, fijarla concretamente, a fin de que sea cumplida por una determinada persona. Si no lo hiciera así, el magistrado estaría actuando contra la ley, más específicamente contra el Código Penal y la Constitución Federal (art. 5º, XLVI), lo que convertiría en nula su decisión. Ha de subrayarse que tomar en consideración estas circunstancias, además de ser una obligación legal, es una actitud prudente y correcta, pues permite al juez fijar la pena teniendo como fundamento todas las circunstancias que rodean el delito. Y esto, en teoría, posibilita una individualización y concretización más justa de la sanción.

Hay, sin embargo, varios problemas que impiden que el magistrado actúe de forma correcta. En primer lugar, las Facultades de Derecho no enseñan debidamente a los alumnos estos conceptos. Volcadas exclusivamente hacia el discurso jurídico, el análisis del mencionado artículo 59 se lleva a cabo de una manera puramente formal. Incluso las disciplinas de Psicología Jurídica, recientemente implantadas, son insuficientes para producir el conocimiento necesario para el análisis de las circunstancias judiciales. En segundo lugar, el proceso penal no está en condiciones de aclarar los hechos y permitir al magistrado el debido análisis de las condiciones subjetivas que envuelven el crimen. O sea, la verdad procesal es totalmente distinta de la verdad real. La “verdad” resultante de la instrucción procesal, casi toda basada en la prueba testifical, o es falsa o, como mínimo, insuficiente. El único contacto del juez con el acusado tiene lugar durante el interrogatorio, realizado en pocos minutos, donde no se indaga nada acerca de su vida y su subjetividad. En la instrucción penal, lo normal es que el juez actúe como investigador en busca de una condena. Sus preguntas suelen ir dirigidas en ese sentido.

La gran mayoría de los magistrados ignora tanto los conceptos como los hechos que serían necesarios para un debido cumplimiento y análisis de la norma. ¿Cómo fundamentan, entonces, sus sentencias? De una forma muy conveniente para los jueces, pero adversa para los condenados: con frases hechas. Ya en los cursillos preparatorios para

los concursos de acceso a la carrera judicial se dan a los alumnos frases hechas para cada circunstancia judicial (que serán usadas, lamentablemente, en la futura vida profesional), a fin de ser transcritas de forma indiscriminada en todas las sentencias, con independencia del caso concreto y de la persona del reo. Lo peor de todo es que son frases vacías y no dicen nada sobre los contenidos exigidos por la norma. Están repletas de ideología reaccionaria y apenas sirven para cumplir un ritual, como si la ley, la libertad, la dignidad y la vida de las personas acusadas fuesen una mera formalidad. Ejemplos de ello son: “la conducta criminal del acusado merece castigo”; “que observa mala conducta social por andar en malas compañías y no asumir sus responsabilidades en cuanto a los deberes que la vida social (o el matrimonio) exige, no amoldándose a las pautas normales de sociabilidad”; “comportamiento normal de la especie”; “motivo relacionado con el tipo”; “dolo común al caso”. En cuanto al análisis de la personalidad, las frases hechas, además de poner de manifiesto un desconocimiento total de las teorías relativas a la misma, evidencian un alto e inaceptable grado de prejuicio. Pueden destacarse: “personalidad malformada, agresiva y con contornos de distorsión moral”, o “está malformada precisamente como consecuencia del bajo nivel social en que vivió siempre”. O sea, el pobre tiene malformada la personalidad, el rico, no.

Esta falacia, esta falta de respeto a la ley y a la persona acaban siendo el fundamento de una sentencia judicial. Frases hechas, repetitivas y vacías, que no dicen absolutamente nada útil salvo poner de manifiesto los prejuicios latentes, deciden cuántos años pasará un ciudadano en la cárcel.

En este punto, además, el Código Penal, en su parte general, prevé una tutela penal diferenciada en cada caso para permitir una adecuada aplicación de la pena. Lo que debería ser diferenciado por la actuación de los jueces en función de la persona, acaba siendo diferenciado por la clase social y el resultado, como siempre, es en perjuicio de los económicamente más débiles, que siempre pagan con su libertad las aberraciones jurídicas y judiciales.

## CONCLUSION

Por lo que respecta al Derecho Penal positivo brasileño, se vio que su significante (la ley escrita) y sus significados (decisiones de los magistrados e interpretaciones) constituyen un sistema diferenciador, en el cual quedan bastante claros sus objetivos de clase y de mantenimiento de una estructura socioeconómica determinada. El papel de las leyes penales es, primordialmente, mantener esta estructura y castigar severamente a los miembros de las clases subalternas que osen atacarla.

Las leyes penales especiales, las consideradas como las únicas que proporcionan una tutela judicial penal diferenciadora son, en verdad, el resultado de determinadas políticas necesarias al sistema hegemónico y a la estructura productiva. La Ley de

Delitos Odiosos es un buen ejemplo. Y la Ley de los Procedimientos Especiales no escapa a la regla. Ha de destacarse que en las últimas décadas, las leyes especiales, en su gran mayoría, vinieron a crear nuevos tipos penales y/o aumentar las penas de los existentes.

Para concluir este trabajo, es importante recordar las previsiones sobre las posibles tendencias del Derecho en el mundo globalizado actual, realizadas por el Sociólogo del Derecho José Eduardo Faria. Para él todo indica que en un futuro próximo los derechos sociales van a disminuir sensiblemente. El propio Derecho del Trabajo corre peligro de extinción, volviendo a estar crecientemente reguladas las relaciones laborales por el Derecho Privado. Todo esto ocurrirá debido a las transformaciones del Derecho moderno que están teniendo lugar, precisamente, para adecuar los sistemas jurídicos nacionales a los intereses del capitalismo global.

Pues bien, siguiendo la hipótesis defendida en este estudio de que el Derecho Penal es, en sí, diferenciador, es importante preguntarse acerca de sus perspectivas de futuro. También según Faria,

probablemente habrá un recrudescimiento del Derecho Penal. ¿Por qué? Porque el capitalismo globalizado aumentará la miseria de la población y esto incrementará la insatisfacción social. Entonces, el Derecho Penal deberá cumplir sus funciones, a saber, promover las condiciones necesarias para el desarrollo y mantenimiento de la actividad productiva capitalista global y reprimir las posibles amenazas venidas de las clases subalternas, garantizando, así, la existencia social del capital, de acuerdo con la afirmación de Capella, transcrita más arriba.

A causa de estos factores, entre otros que no serán señalados debido a cuestiones de espacio, es por lo que se entiende que toda tutela judicial penal es diferenciada, pues el Derecho Penal y el propio Derecho Procesal Penal<sup>25</sup> forman parte de un sistema esencialmente diferenciador.

Esto no implica, sin embargo, que se esté defendiendo la extinción del mismo. Pienso que el Derecho Penal debe ser democratizado y convertido en mínimo. Esto, no obstante, es un tema para ser abordado en otra ocasión.

---

<sup>25</sup> En el ámbito del proceso, es suficiente recordar que la casi totalidad de los reos condenados no reciben la debida defensa, pues la "defensoría" pública o los abogados de oficio actúan sólo formalmente, con raras excepciones. El principio del derecho a la defensa, en el proceso penal, es una ficción, por usar un eufemismo. Esto implica, en consecuencia, que a estos reos privados de derechos constitucionales, también se les impide presentar en juicio sus pruebas de defensa, pues ni siquiera tienen dinero para llevar a sus testigos ante el tribunal