

DEBATE

El nuevo código: maximalismo penal

Ramón SAEZ VALCARCEL

(«Para nosotros sólo hay una estación: la estación del dolor»,
Oscar Wilde, preso en la cárcel de Reading.)

Más de quince años se ha tardado en elaborar el código penal que acaba de entrar en vigor. Proyectos, anteproyectos, borradores, se sucedían unos a otros ocupando en su estudio a toda la nómina de penalistas del país. Al final, ya en los límites de la última legislatura de gobierno socialista, se aprobó la ley, bautizada como el código penal de la democracia. La coyuntura es histórica y, posiblemente, también histórica la oportunidad perdida de promulgar una ley penal progresista, respetuosa con la libertad y la dignidad de las personas.

Cuando el escritor André Gide entraba por primera vez en una ciudad procuraba visitar cuatro sitios: los jardines públicos, el mercado, el cementerio y el Palacio de Justicia. Si queremos conocer el grado de civilidad de una sociedad cualquiera es necesario, como Gide, frecuentar ciertos lugares. Las leyes penales de esa comunidad serán una cita obligada. A partir de ellas se podrá indagar el grado de violencia estatal y privada, el nivel de prohibición y de castigo.

La lectura del nuevo código penal no iba a dar una imagen ilustrada y pacífica de nuestra sociedad. Incluso, los colores que pueden obtenerse a partir de él dibujarían un perfil equivocado de nuestra realidad. Hay numerosos tipos penales absurdos, multitud de prohibiciones que carecen de sentido en una sociedad que dice progresar hacia una democracia avanzada. No es verdad que habitemos una sociedad violenta y desestructurada. El código penal proyecta, sin embargo, esa idea. La ley no responde al clima de tolerancia y respeto, desde luego mejorable, que se vive en el país. Más bien, parece la expresión política de un sistema de democracia autoritaria.

1. ESTACION TERMINO

Esta ley, con sus 639 artículos, es una apuesta criminalizadora. Por tres razones:

- a) Las penas son muy elevadas.
- b) El sistema sigue descansando sobre la prisión, cuya centralidad es reveladora, sin que se hayan buscado verdaderas alternativas.

- c) Son más, muchas más, las nuevas conductas que se prohíben que las viejas que se despenalizan.

El código no responde a las exigencias del derecho penal mínimo, como programa político progresista.

Aunque el ministro Belloch dijera, en el discurso ante el pleno del Congreso de los diputados, reunido para la votación final del proyecto, que se había respetado el principio de intervención mínima y que el código iba a producir «un cambio de cultura, casi de civilización», esto después con el entusiasmo de su entrada en vigor, en la obra legislativa no pueden reconocerse los principios del minimalismo penal, según los enuncia Ferrajoli. Programa que se caracterizaría por políticas de restricción de la prisión y de deflación de las prohibiciones legales, con el objetivo político, también un compromiso ético, de reducir los niveles de violencia del Estado.

Por el contrario, el nuevo código responde a otras concepciones ideológicas. El recurso generalizado a la sanción penal, en la actual situación de crisis del sistema político, expresa una opción maximalista incompatible con un proyecto garantista.

Su confirmación puede buscarse en las escasas liberaciones de presos que ha provocado la vigencia del código. Las temidas excarcelaciones suscitaron una polémica, allá por el otoño del 95, que se desarrolló en clave de las estrategias de pánico moral sobre la ciudadanía, que sólo persiguen aglutinar consensos sobre la necesidad de ley y orden, el discurso más reaccionario que ha fabricado el sistema penal (según el modelo de Pedrito y el lobo: ¡qué viene el loobooo...!). La oposición de derechas y algún responsable de la Administración penitenciaria anticiparon que el nuevo código «pondría en la calle» a una docena de miles de presidiarios. Evidentemente, esa era la prueba del nuevo de la bondad de la ley. Y ¿cuántos condenados han sido liberados?

A partir de esa realidad es obligado preguntarse si existe un discurso único, el oficial o, acaso, hay discursos plurales y alternativos en el ámbito de nuestro sistema penal. El criterio que nos podría servir de patrón para indagar esa diferencia sería la

postura de los grupos políticos y de los diversos sectores sociales ante la forma política de la prisión. Porque la cárcel, la exclusión y el encierro de las personas, constituye la expresión paradigmática de la maquinaria penal.

Cabría albergar, aquí también, la esperanza de distinguir un discurso conservador frente a otro liberal, como ocurre en el espacio de la articulación de los derechos humanos y las libertades públicas.

Sin embargo, cuando uno se enfrenta al código penal desde la perspectiva de los materiales legislativos previos, el proyecto del Gobierno, las enmiendas elaboradas por los grupos parlamentarios y las intervenciones de sus portavoces en la Comisión de Justicia, se sorprende ante la imposibilidad de identificar un discurso que permita calificarse, al menos, como liberal. La nota que distinguía las opciones en liza, no era que unas defendieran la intervención punitiva y otras se mostraran más propicias a su restricción, sino la diversa naturaleza de los comportamientos que pretendían castigar.

Aquellos incidieron en los valores tradicionales, ya representados con exceso en el código penal, mientras que las izquierdas intentaron criminalizar ofensas a los valores colectivos que estuvieron en ascenso durante la década de los ochenta: los derechos de los trabajadores y de las mujeres, la protección del medio ambiente, los intereses de las minorías, la discriminación, el racismo y los delitos de cuello blanco. Pero, su espacio de debate es el mismo. Ninguna de esas opciones puso en cuestión la prisión ni la inflación del derecho penal.

Quienes ocupan posiciones que denominamos progresistas han olvidado, aparentemente, todo un caudal de vivencias surgidas en el contacto con el sistema penal: la experiencia carcelaria de los luchadores contra la dictadura, por no mencionar el saber acumulado de quienes sufrieron, también entre nosotros, el universo de los campos de concentración nazis. ¿Acaso ese sufrimiento acumulado fue estéril?

Ese olvido y otras renuncias ideológicas han impedido el paso a la discusión acerca del carácter destructivo sobre el ser humano de la pena de prisión, los efectos de los largos encierros, verdaderos castigos corporales porque conllevan sufrimientos físicos y psíquicos, o la necesidad de imponer límites más dignos a su duración.

El código de la democracia tiene treinta y cinco artículos más que su precedente. Cada vez que alguien nos preguntaba por ese trabajo legislativo, la cuestión era inevitable: ¿qué crees que falta en el código? Si parece evidente que un sistema de libertades precisa de un arsenal punitivo menor que una dictadura, la respuesta no tiene matices. Sobran muchas cosas, muchas prohibiciones en esa nueva ley.

Aquí, en la incapacidad de los progresistas por elaborar alternativas, desde dentro del sistema, que verdaderamente implicaran una restricción de la violencia institucional —corazón ideológico de lo que debería ser una propuesta minimalista, consciente de que las penas, sobre todo las de prisión, significan la administración de dolor— se evidencia su debilidad política, su escaso caudal transformador y el vacío estratégico en el que navegan.

En nuestro país el nivel de castigo actual es im-

presionante. Casi cuarenta y cinco mil personas habitan las prisiones, uno de cada cinco en situación de preventivo. El incremento de la población penitenciaria, fenómeno compartido por los Estados de nuestra órbita política, ha sido espectacular en los últimos años. La criminología no ha podido interpretar ese dato. Sólo sabemos que los índices de encierro no tienen un reflejo exacto en los de la criminalidad.

Cuando se discute qué conductas deben castigarse, con qué penas y a qué personas, es preciso afirmar que estamos ante un debate político, al que ha de convocarse a toda la población, sobre todo a los sectores implicados, y no sólo a los llamados técnicos, porque se trata de una reflexión eminentemente ética y cultural. Es la sociedad en su conjunto la que debe decidir el nivel de castigo que quiere dar y soportar. En alguna medida esta norma es el producto de esas formas de monopolización del saber que sirven de coartadas al poder.

Porque el derecho penal, antes que una ciencia (objeto de estudio) o una técnica (en la solución de casos) se expresa en actos de poder y de dominación. El derecho de castigar es una de las manifestaciones más groseras del Estado.

2. LA EVOLUCION DEL DERECHO PENAL

Quizá sea necesario indagar en las última líneas de desarrollo del derecho penal para elaborar un diagnóstico de cómo hemos llegado a este punto.

El derecho penal liberal, fruto de las ideas de la Ilustración, que significó, ahí es nada, un cambio de civilización que se hizo realidad a partir de las revoluciones burguesas y la proclamación de las primeras cartas de derechos del hombre y del ciudadano, se definía en torno a varias notas, que son ya un lugar común en nuestra cultura. El derecho penal es un medio violento pero necesario para la convivencia (ya Beccaria confiaba el derecho a castigar en la «absoluta necesidad» para proteger la felicidad y libertad de los hombres, porque había sido, precisamente, la necesidad la que les había obligado a ceder parte de su libertad). Por su propia ofensividad —mal necesario, en tanto ejercicio de la violencia institucional— no debe utilizarse como instrumento ordinario sino como un último recurso en manos del Estado.

El moderno derecho penal, tal como advirtió Hassemmer, ha prescindido de esa tradición. Dos fenómenos contradictorios han propiciado su transformación:

- a) Al calor de la crisis del Estado surgió un verdadero derecho penal autoritario (recorte de libertades y derechos fundamentales bajo la excusa de la lucha contra el narcotráfico, el terrorismo y los inmigrantes ilegales) y se fortalecieron las estrategias penales ante la imposibilidad de desarrollar políticas asistenciales y reformistas, características del Estado de bienestar.
- b) Los movimientos de las mujeres, los ecologistas y los sindicatos —en nuestro país en el contexto del cambio político a un régimen de libertades— emergieron y reclamaron al sistema penal la tutela de los diferentes intere-

ses que representaban. Poco a poco, se fueron introduciendo, a lo largo de la década de los ochenta, nuevas figuras penales que venían a amparar a los trabajadores en su libertad de contratación, en sus derechos esenciales, en su seguridad, sus derechos colectivos a la libertad sindical y a la huelga, a proteger el medio ambiente, los intereses de la colectividad ante el orden socioeconómico (típicos delitos de cuello blanco: delito fiscal, malversaciones, corrupción pública...) y los derechos de las mujeres. La mayoría de esos tipos se han aplicado sólo de manera ocasional o anecdótica.

Esa paradoja política, movimientos alternativos que vinieron a confiar en el sistema penal y a propiciar su expansión, fue posible entre nosotros por el nuevo escenario que creó el ascenso de los partidos socialistas al poder en los países de la Europa del sur, y la apuesta por afirmar o imponer esos valores éticos desde arriba, como ha señalado Elena Larrauri.

Así, la ley penal se ha utilizado simbólicamente, como medio de dirección social para «sensibilizar a la gente» ante problemas como los del medio ambiente o la marginación de la mujer. Bajo esa coartada ética el derecho penal deja de ser una última razón y quienes antes luchaban por la restricción del sistema ahora promueven la criminalización de nuevas conductas, alejándose de programas más respetuosos con los derechos humanos, como los que propugnaban la intervención mínima.

El ministro de Justicia e Interior lo expresó ante el Congreso: «el papel promocional que el Estado se autoasigna, obliga a tipificar conductas que hasta ahora nunca fueron delito, jugando el derecho penal un papel promocional, transformador o conformador de la realidad social». Una declaración de principios de derecho penal simbólico. Su instrumentalización como motor del cambio social no resiste una confrontación con la historia del sistema penal. Al contrario, fueron los progresos en la cultura de nuestras sociedades, al hilo de la evolución de la sensibilidad colectiva, los que provocaron la reforma del derecho penal, no al revés, desde los orígenes del Estado liberal y la supresión de los horribles castigos corporales, a la abolición de la pena de muerte y la cadena perpetua.

3. DIAGNOSTICO: UN CODIGO DURO

El nuevo código renuncia a los presupuestos liberales tanto en la parte general, donde se definen las penas, como en la parte especial.

3.1. Penas alternativas

Las supuestas medidas alternativas a la prisión, ensayadas en muchos países desde principios de siglo, no sustituirán a las penas carcelarias, se convertirán en mecanismos complementarios al encierro, como demostrara la criminología crítica en los años sesenta.

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad estará condicionada a que el condenado no cometa un nuevo delito, de lo contrario le será revocada (art. 80 y 84.1). Dicha suspensión puede acompañarse de reglas de conducta cuyo incumplimiento puede determinar su anulación. La suspensión especial para drogodependientes se somete, además, a que el individuo no abandone el tratamiento «hasta su finalización» (art. 87.4).

En la nueva fórmula de sustitución de penas privativas de libertad (art. 88 y ss.) también se prevé que su quebrantamiento o incumplimiento supondrá la ejecución de aquellas.

La libertad condicional será revocada si la persona delinque o no observa las reglas de conducta (art. 93).

En todos los casos, la amenaza de ingreso en prisión es el mecanismo de coacción que asegura la medida alternativa. Al final, volverán a la cárcel, porque la tasa de reincidencia es elevadísima y porque las reglas de conducta, de contenido disciplinario, chocan con un estilo de vida propio de los sectores de población criminalizados, sobre todo jóvenes marginales, estilo de vida que se rige por criterios y valores de organización de la existencia incompatibles con la sumisión a controles y rutinas burocráticos.

Si se quiere restringir el uso de la prisión hay que experimentar otros instrumentos penales verdaderamente alternativos, en cuyo circuito no se encuentre la cárcel.

3.2. Penas cortas

No es cierto que hayan desaparecido las penas cortas de prisión. Los arrestos de fin de semana, en ausencia de previsiones presupuestarias y establecimientos especiales, se van a cumplir en la cárcel. Además, la incomparecencia al centro determinará el cumplimiento ininterrumpido, es decir una pena de prisión.

La desaparición del arresto domiciliario, como fórmula de ejecución de la pena privativa de libertad que se encuentra entre nosotros desde finales del siglo pasado, no se entiende. Nadie ha explicado la razón de esa decisión. Frente al arresto de fin de semana, el cumplimiento en el propio domicilio no excluye al ciudadano de su entorno y medio social, no lo segrega junto a otros condenados ni le somete al aberrante y terrible régimen disciplinario carcelario, donde junto a controles institucionales de dominación coexisten poderes informales de sometimiento, poderes particulares, entre los que el interno vive en un clima de miedo permanente.

3.3. Multas

Se ha modificado la estructura de la pena de multa, dificultando su aplicación, en un aparente ejercicio de modernidad, pero se ha hecho caso omiso de las críticas formuladas tradicionalmente en su contra: la responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, que impone un castigo a los parientes

del condenado que se ven obligados a recaudar el dinero o transforma la pena en privación de libertad.

La ausencia de una política diferente en materia de penas se agrava por la dureza de la nueva ley en la previsión de las cuantías máximas de privación de libertad, de derechos o de patrimonio, que establece como respuesta al delito.

En ámbitos como las infracciones contra la propiedad, tráfico de drogas, libertad sexual, vida e integridad corporal y terrorismo, las penas son ahora más graves. Los condenados por esas conductas sufrirán largos períodos de encierro y cárcel. Precisamente, esos son los delitos cuya infracción representa mayoritariamente a la población penitenciaria.

A ello colaborará, por un lado, la supresión de beneficios penitenciarios que determinaban una importante reducción de los tiempos de estancia en prisión y, por otro, la posibilidad vergonzosa de cumplimiento íntegro de las penas, que establece el artículo 78 del código, que significaría en algunos casos, según la edad del condenado o sus expectativas de vida, una especie de condena perpetua.

El círculo se cierra de manera asfixiante con el resultado de más y más prisión.

3.4. Impulso criminalizador

En la parte especial tampoco las cosas han ido por otros derroteros.

La opción política, como se ha dicho, asumida por todos ha sido favorable a la expansión del sistema. Se han introducido muchos nuevos delitos y conservado algunas tipificaciones sonrojantes. Así, el aborto, la insumisión, los delitos de opinión, la eutanasia, las injurias a autoridades o Instituciones, los ultrajes a España y a sus símbolos o emblemas, de respeto a los difuntos... En contraste ejemplar con las conductas que se han despenalizado (cheque en descubierto, desacatos y algunas falsedades) que no deben confundirse con modificaciones técnicas (delitos complejos) que no suponen descriminalización.

En los delitos societarios, los del medio ambiente, ordenación del territorio, consumidores, y otros que protegen bienes colectivos o intereses difusos, se ha optado, como no podría ser de otra manera, por tipos abiertos y de peligro abstracto.

En definitiva, no se han puesto las bases para que se produzca un cambio cultural en el derecho del Estado al castigo de los delitos, sino que se han afirmado las corrientes involucionistas alejándonos de los principios liberales de restricción del poder punitivo y de tolerancia de los conflictos, que propugnan el desarrollo de políticas más civilizadas de carácter social y asistencial o de apoyo al funcionamiento correcto de los controles del poder, internos y externos. Esta norma es expresión de la crisis del Estado social y democrático de derecho y del desconcierto de las estrategias progresistas.