

# GURE GAIAK



## Penas

**A**unque haya quien niegue la evidencia, la mayoría de quienes vivimos en esta tierra compartimos la percepción de que, desde hace un año, se ha recuperado un pequeño espacio de tranquilidad. La amenaza de que, quien es considerado enemigo político no tiene derecho a la vida, ha desaparecido en importante medida, pero las secuelas que restan de este pasado inmediato son múltiples, diversas y a examinar desde perspectivas varias. Y si digo a examinar es porque no me parece posible erradicar o ni siquiera minimizar los efectos de ese pasado reciente (ocasión habrá de referirme a otros) si no somos capaces de analizar y soportar conscientemente la carga que los acontecimientos nos han legado. Tomo estas últimas palabras

de Manuel Cruz en su Introducción a una de las ediciones de “La condición humana” (Hannah Arendt.- Ed 1992) que recordaba con Isak Dinesen que “Todas las penas pueden soportarse si las ponemos en una historia o contamos una historia sobre ellas”, partiendo, en todo caso, de que ni hay conocimiento histórico neutro, ni comprender los acontecimientos significa obviar o negar lo terrible que hay en cada uno de ellos.

Hace algunos meses, y desde esa necesidad, planteamos algunos prácticos del derecho una imprescindible reflexión sobre nuestra aportación en el camino de la normalización, en su vertiente de adaptar a este momento las respuestas que el derecho penal ha ido dando a personas y grupos de personas, que disconformes con la

NEKANE  
SAN MIGUEL

estructura de este Estado y el lugar que éste ha dado al País Vasco, consideraron que los métodos violentos y el asesinato, entre ellos, eran alternativa eficaz en un camino hacia la independencia y la construcción de un nuevo estado. Y si nos centramos en el derecho penal, es porque, me atrevo a decirlo, ha sido la respuesta más frecuente no únicamente a los delitos cometidos; también a otras posiciones y actos relacionados con lo que se dio en denominar entorno del delito terrorista.

Mi aportación es simple, breve, y limitada a poner sobre la mesa algunos de los elementos que veo tras la idea expresada, alimentada y difundida de que *a los terroristas "les ha salido gratis" lo terrible de sus actos, y de que, por eso mismo, han de seguir en prisión o han de serles aplicadas las consecuencias del endurecimiento de las penas, incluso con efectos retroactivos.* Si califico de pernicioso el mensaje, lo adelanto, es por un doble motivo: porque no es cierta la afirmación de gratuidad; y porque mantener ese pretendido axioma es fuente de dolor y desasosiego para quien ha sufrido en su vida y persona los efectos de determinados actos; sin embargo, ardua tarea resulta intentar un ejercicio de raciocinio en la materia, y más dificultosa que ese ejercicio tenga fruto. A pesar de ello, me atrevo a esbozar los puntos que me llevan a la afirmación del grave daño que puede causar y está causando lo subrayado.

Son muchos los discursos que en materia de respuesta penal a hechos que producen dolor y desgarró, hablan del resarcimiento, que en los razonamientos que se contienen en numerosas resoluciones comienza expresando que su finalidad primera es tratar de colocar el "patrimonio" dañado por el hecho a enjuiciar en el estado en que se encontraba con anterioridad a producirse

MAGISTRADA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA.

el quebranto (consecuencia del delito) y ello cuando hablamos de la vida atacada y suprimida por el acto delictivo, es absolutamente imposible. Nunca se resarcirá la ausencia de quien has querido, o de un hijo al que diste vida, persona singular, determinada e insustituible. Nunca. Tampoco con la cadena perpetua ni con la pena de muerte a

Esperar resarcimiento a través de la entidad de la pena puede resultar más frustrante que balsámico, y similar efecto tiene parangonar, comparar el contenido aflictivo que la pena puede tener para el delincuente con la satisfacción para quien ha sufrido y sufre los efectos permanentes de muchos delitos.

quien o quienes han participado (con actos diversos) en el hecho que es objeto de "respuesta" con la pena. Esperar resarcimiento a través de la entidad de la pena puede resultar más frustrante que balsámico, y similar efecto tiene parangonar, comparar el contenido aflictivo que la pena puede tener para el delincuente con la satisfacción para quien ha sufrido y sufre los efectos permanentes de muchos delitos. Cierto es que, en las últimas décadas, y como uno de los ingredientes que tratan de justificar la expansión del derecho penal y, con ella, el incremento de las penas, se propicia el fenómeno general de identificación social con la víctima del delito, entre cuyos efectos aparece la institución de la pena como mecanismo de ayuda a la superación por parte de la víctima del trauma generado por el delito. Si, según esta posición, la pena simboliza y manifiesta la solidaridad de

la sociedad con la víctima, el difundir la idea de que las penas son leves y el terrorista permanece impune lleva a pensar a quien ha sufrido el delito, que se ha minimizado su dolor, que no es cierto que la sociedad y el estado han valorado las consecuencias del hecho delictivo, y ello exacerba la frustración, sentimientos de incompreensión, desprecio y soledad.

Además de la idea del expresado supuesto balsámico del incremento de la entidad de la cantidad y calidad de las penas aflictivas (básicamente la prisión) son múltiples los indicadores de ese derecho penal, expansivo y autoritario, que la doctrina más solvente ha puesto sobre la mesa (entre otros, Silva Sánchez.- “La expansión del derecho penal”- 2001) advirtiendo de cómo se interfiere en la construcción de una sociedad respetuosa y garante de los derechos humanos, y en concreto cómo está pasando de la visión del derecho penal (substantivo y procesal) como un instrumento de defensa de l@s ciudadan@s frente a la intervención coactiva del Estado, a una ley penal, “Carta Magna de la víctima”, y volviendo a aquellas concepciones ya denostadas en el siglo XIX de entender la pena como una satisfacción de la venganza, que, además, no logra.

No se defiende, con todo ello, la impunidad, es decir, como nunca vamos a resarcir el daño causado, no castigamos, sino la necesidad de poner el acento en el carácter de instrumento de control social de las penas, al margen o además del contenido aflictivo que toda pena conlleva (Grocio, hace tiempo, ya mantuvo que la pena es un castigo o sufrimiento causado por una mala conducta) separando “el impulso natural de la venganza que no conoce medida y que,

La exacerbación de la respuesta punitiva puede traer respuestas indeseadas en los penados, e incluso en los círculos sociales y familiares de que forma parte quien ha sufrido la intervención penal.

en la pena primitiva es la destrucción del criminal” (Franz Von Listz.- La idea del fin en el derecho penal) de la objetivación en que la pena adquiere su medida y objetivo. En el siglo XIX se refería Von Listz a que *todo progreso en la evolución espiritual (individual y colectiva) estriba en que la acción instintiva se torna acción volitiva.... poniéndose el impulso al servicio del fin y para que podamos conocer la relación entre el mundo de los bienes jurídicos, de crimen y castigo, se requiere la contemplación descomprometida y serena de las experiencias adquiridas. Tal posibilidad presupone la objetivación de la pena, o sea el tránsito de la función punitiva de los grupos directamente interesados a órganos de comprobación no comprometidos y sin interés.... y recuerda que el impulso natural de la venganza no conoce medida distinta a la magnitud de la emoción y la fuerza de acción acumuladas en el individuo vengador y únicamente el estudio descomprometido permite comprender los efectos de la pena; sin embargo, la tendencia que se observa en los últimos tiempos abunda, justamente, en lo contrario.*

Pero, como decía más arriba, no es cierto que las condenas sean leves. Es comúnmente asumido que las privaciones de libertad que van más allá de quince años de duración y permanencia ininterrumpida en prisión dejan secuelas indelebles en la persona. Si lo que se trata es de recuperar para la sociedad a quien ha delinquido, la pena ha de servir a tal fin; sin embargo, no está siendo ésta la tónica de los últimos tiempos, como se advierte por numerosos estudiosos del derecho penal, y en este punto recuerdo que, allá por el año 2003, en que el Gobierno de España abordó

modificaciones drásticas del Código Penal (entre ellas la I.O. 7/2003: “del cumplimiento íntegro de las penas”) el catedrático de Derecho Penal Landrove Díaz, advertía (me refiero a dos trabajos publicados en la Revista Jurídica “La Ley”, el 10 de octubre y el 12 de diciembre del citado año 2003) sobre la “reforma del arsenal punitivo español y de los riesgos del derecho penal de la seguridad, que lo que traen es mayor eficacia represiva y la “tolerancia cero” ante una patología social cuyos orígenes y motivos no parecen interesar al sistema que genera la inseguridad ciudadana en que se asienta una reforma que trajo la prolongación de las penas privativas de libertad, entre otros efectos, hasta el punto de que, en la práctica, las condenas son de por vida, una práctica prisión perpetua”. No únicamente los autores citados, sino la doctrina que trata de racionalizar esta deriva punitiva, se refiere de modo específico a la identificación de aquellos sistemas que se alejan del derecho penal de intervención mínima (que tiene su manifestación no únicamente en aspectos sustantivos y de cantidad y calidad de las penas, sino en otros aspectos, no menos importantes, de derechos básicos relacionados con el proceso penal) con los sistemas autoritarios y los regímenes dictatoriales que, profesando una concepción autoritaria del derecho penal, exasperan la gravedad de la amenaza penal, en que ven un remedio para reprimir todo aquello que son incapaces de resolver, y las consecuencias en el modo en que se imponen las penas de prisión no cumplen con su fin de prevención general, y el modo en que se desarrollan y cumplen tampoco con la prevención especial. Al contrario, la exacerbación de la respuesta punitiva puede traer res-

No se trata del perdón, ni de la reconciliación ni de la compasión, ni de rendimiento..., sino exclusivamente de optar por un derecho respetuoso con los más elementales derechos que hemos consensuado y expresado en Normas y Convenios a que nos hemos adherido y firmado.

puestas indeseadas en los penados, e incluso en los círculos sociales y familiares de que forma parte quien ha sufrido la intervención penal.

Dice Zaffaroni (“Los desafíos del poder judicial”.- A Coruña 2005) que el discurso penal autoritario *es de tan baja calidad que no resiste teorización, pero que tampoco parece necesitarla, bastándole con la propaganda vindicativa, llevada a cabo directamente a través de la comunicación de entretenimientos e indirectamente mediante formadores de opinión y servicios de noticias que se montan en ella, como modo de obtener fácil audiencia. Seguir manteniendo que a los terroristas les ha salido gratis el daño que han realizado, es, además de doloroso, incierto, pero es una opinión extendida y asumida, y como la mayoría de lo que viene en denominarse opinión pública, es otra forma de control social a través de la que adaptamos nuestras opiniones a las de quienes nos rodean (en el sentido apuntado por Zaffaroni) y esa opinión pública como instrumento de control, trata de garantizar un nivel de consenso social sobre determinados objetivos y valores, aislando o amenazando con el aislamiento a quienes nos desviamos de tal afirmación, y obviando el concepto de opinión pública como proceso racional que se asienta en una participación democrática con intercambio de puntos de vista diferentes sobre este asunto público de primera magnitud (referencias extraídas de “La espiral del silencio”.- Elisabeth Noelle-Neumann).*

Si la función de administrar justicia y dar respuesta a los quebrantos de bienes jurídicos tan importantes como los afectados por el tipo de delitos que nos ocupan, re-

quiere de imparcialidad y de esa distancia que reclamaba ya Von Liszt; si, como exige el art. 25 de la Constitución Española (y los Convenios Internacionales a los que se ha adherido y ha suscrito el Reino de España) la respuesta penal ha de estar orientada a la reeducación y reinserción social, y si en su cumplimiento es necesario respetar los derechos del penado (a salvo de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria) hemos de tratar de construir un discurso que haga frente al que ha sido la “excusa” para escribir estas líneas. Deberemos examinar y comprender los acontecimientos y sus causas, con la finalidad de que, en un intercambio de puntos de vista diferentes, iniciemos un camino que desactive ese discurso autoritario, extendido y asentado. De no intentarlo (como mínimo) la aplicación e interpretación del derecho que no responda a esa deriva autoritaria se verá (si no se está viendo ya)

controlada socialmente por esa opinión que niega “autoritas” (entendida en el sentido de crédito por mérito) a quienes no hemos sido elegidos en las urnas, y no respondemos a esa mayoría formada en el modo someramente descrito, dificultando también (no únicamente) esa “adaptación” a que me refería.

En este y otros momentos, habría sido necesario, y lo es hoy igualmente, un debate sereno sobre el fin de la pena; la posición de quien ha sufrido las consecuencias del delito; etc... No se trata del perdón, ni de la reconciliación ni de la compasión, ni de rendimiento...., sino exclusivamente de optar por un derecho respetuoso con los más elementales derechos que hemos consensuado y expresado en Normas y Convenios a que nos hemos adherido y firmado. Y en ese examen es imprescindible el apoyo de organismos y/o fundaciones.