

Populisme punitiu o la perillosa deriva del dret penal

Suplement del Quadern n. 210 de CJ - (n. 244) - Setembre del 2018

Roger de Llúria, 13 - 08010 Barcelona - 93 317 23 38 - info@fespinal.com

www.cristianismeijusticia.net

Al llarg d'aquests darrers anys hem estat, i som, testimonis de l'ús que es fa del dret penal per perseguir comportaments propers a la dissidència ideològica o política, la protesta social, la llibertat d'expressió; testimonis de la interpretació expansiva de tipologies penals que quedaven reservades a comportaments molt excepcionals i especialment greus o violents, com ara el terrorisme, la rebel·lió, l'odi envers grups vulnerables. Testimonis també del fet que s'adjudiquen circumstàncies agreujants, com ara és l'odi a un grup, a col·lectius –per exemple el dels agents policials– que inicialment no estaven protegits per aquest supòsit legal.

D'altra banda, som testimonis igualment de l'augment del nombre de delictes que comporten penes privatives de llibertat. És constant el recurs a un increment de la penalitat que ja fa temps ha situat Espanya en el primer lloc de la Unió Europea pel que fa a percentatges d'empresonament. En són exemple les reformes dels últims anys del Codi penal i de legislació

processal (la del 2015, que va introduir la presó perpètua revisable), les reformes de la legislació penitenciària, d'estrangeria (amb la pretesa legalització de les devolucions en calent), policial (la nova llei de Seguretat Ciutadana, anomenada Llei Mordassa) i judicial. Nombrosos informes nacionals i internacionals en deixen constància els darrers temps, com els d'Amnistia Internacional, Human Rights Watch i el Comitè per a la prevenció de la tortura del Consell d'Europa, entre d'altres.

Fa més de deu anys que a Espanya es parla, en ambients acadèmics i especialitzats, del populisme punitiu, del renaixement del dret penal de l'enemic, de l'expansió del dret penal d'excepció. Per exemple, el 2007, el Consell General del Poder Judicial publicava una monografia d'ús en l'Escola Judicial titulada precisament: «La generalització del Dret penal d'excepció: tendències legislatives».

Els exemples d'aquesta deriva són nombrosos i variats i, de vegades, difícilment

equiparables o comparables. No es poden posar al mateix sac, sense més, els delictes d'odi, el terrorisme, la desobediència, els delictes contra els sentiments religiosos..., és veritat. Tanmateix, presenten tres elements bàsics en comú.

Atribuir violència a les finalitats

El primer d'aquests elements és la discussió sobre la violència que legítimament l'ús del dret penal. La violència és un mitjà d'exercici d'un poder. La violència no és una finalitat, sinó un mitjà: té una funció, no es justifica a ella mateixa sense una finalitat a la qual servir. Els casos de violència gratuïta o inútil són molt extrems, difícils de trobar; potser l'exemple històric més clar va ser el de la violència sobre els presoners als camps nazis d'extermini abans de gasejar-los. Hannah Arendt ho explica bé en el seu assaig *Sobre la violència*.

Doncs bé, perquè la violència sigui legítima ha de provenir d'un poder legítim, diu la teoria política majoritària. Així, el poder estatal exerceix legítimament la violència a través del dret, en general, i del dret penal en particular.

Walter Benjamin, en el seu llibre *Per a una crítica de la violència*, també troba la violència en el dret: la relació fonamental i més elemental de tot ordenament jurídic és la de finalitat i mitjà; i la violència, per començar, només pot ser cercada al regne dels mitjans i no en el de les finalitats.

Per al iusnaturalisme, la teoria tradicional de justificació racional del dret, els mitjans són legítims si es posen al servei de finalitats justes. L'important és la justícia de les finalitats. Per tant, la violència, que és un mitjà, només podria ser legítima si la finalitat és justa. Què és la finalitat justa? El bé comú, la seguretat ciutadana, la de-

mocràcia, la constitució política, la legalitat, la protecció dels cossos i les forces de seguretat?

Per al positivisme, moderna teoria jurídica antagonista del iusnaturalisme, les finalitats són justes si, i només si, són legítims els mitjans que es fan servir per assolir-les. L'important és la justícia dels mitjans. Per tant, l'única violència legítima acceptada pel dret és l'exercida legalment per l'Estat. Així, el dret pot respondre legítimament a la violència amb violència. Benjamin examina en aquest context el cas de la repressió d'una vaga obrera. La tesi de Benjamin és que la distinció iuspositivista no serveix per fer crítica de la violència. La distinció que proposa està en la violència que és capaç de fundar o modificar relacions de manera estable o no. Per tant, la funció de la violència no és casual o aïllada. La primera funció de la violència és la de ser instauradora del dret. La segona funció de la violència és la de ser mantenedora del dret. Aquí, Benjamin examina els fenòmens del militarisme, la pena de mort i la violència policial.

«Tota violència és, com a mitjà, poder que fonamenta el dret o el conserva. Si no aspira a cap d'aquests dos atributs, renuncia per ella mateixa a tota validesa», diu Benjamin. La regulació jurídica dels conflictes és essencialment violenta, es basa o en la violència que funda o en la violència que conserva. D'aquesta manera es pot comprendre fins i tot un contracte entre dues parts.

La reflexió benjaminiana, als detalls de la qual aquí només podem fer referència, es pot extrapolar a la situació actual que vivim. Ens podem interrogar sobre l'(ab)ús del dret penal per jutjar la suposada violència de les finalitats (polítiques sobretot: la dissidència, la ideologia diferent, l'ateisme, la protesta, la indignació, la immigració, la independència d'un territori) en lloc de

jutjar la violència explícita dels mitjans (el terrorisme, l'odi, l'exclusió, la marginació). Només la violència vàlida s'expressa en els mitjans. I només els mitjans poden ser violents. Atribuir violència a les finalitats és ideològic i tendencios. És invàlid, segons Benjamin. Afirmar que defensar «un altre món possible i futur» és violència contra el món present és absurd, és una infantilització de la política. I fer servir el dret penal per a suposadament castigar aquesta violència, un frau.

La deriva actual condemna les idees contrahegemòniques considerant que són violentes en abstracte, a través de conceptes jurídics indeterminats, com ara que «forcen la constitució», «posen en perill la convivència i la pau social», «posen en risc la seguretat», «afecten els mercats, l'estabilitat pressupostària», «van contra el sistema», «ofenen els sentiments de la majoria», en lloc de condemnar únicament i exclusivament els mitjans violents concrets que fan servir, com per exemple l'agressió, l'ús d'armes, la mort o les lesions sobre les persones, els danys a la propietat i la violació de les llibertats personals. Independentment de les idees o les finalitats que persegueixen.

El poder persegueix idees, intencions o projectes socials, econòmics, ideològics o polítics pel fet de ser contraris (en la lògica del poder, perquè violenten) a les idees, les intencions o els projectes hegemònics, quan haurien de perseguir exclusivament les violències concretes que es duen a la pràctica contra persones i béns.

Criminalitzar persones

El segon element de base fa referència al principi de legalitat i al principi d'oportunitat. Moltes persones es demanen amb raó per què ara es denuncien sota la tipificació

més greu conductes que fins ara eren tipificades d'una altra manera, gairebé sempre amb penes més lleus o que no comportaven presó. O directament comportaments que havien estat afavorits per una interpretació tan garantista que no havien estat perseguits gens ni mica, i que penalment es consideraven de fet irrelevantes.

Davant d'aquesta realitat, també es pot descobrir una deriva regressiva i autoritària. En dret, no tots els comportaments susceptibles de sanció són efectivament perseguits, jutjats i castigats. És una qüestió de fet, aquesta: semblaria materialment impossible verificar una resposta jurídic-penal enfront de totes i cadascuna de les infraccions penals que es cometen diàriament. És a dir, no solament aplica el principi de legalitat, un principi que vol dir que només la infracció prevista en la llei té una sanció i no hi ha càstig que no estigui previst legalment. També aplica l'anomenat principi d'oportunitat, un criteri que selecciona quines són les conductes detectades que passen a ser efectivament denunciades i perseguides penalment. En l'ús del principi d'oportunitat es poden tenir en compte conceptes tan ambigus i susceptibles de debat com ara l'alarma social, el risc contra la seguretat pública, la reiteració delictiva, la concurrència d'uns quants delictes en un mateix comportament, la discriminació positiva envers algun col·lectiu vulnerat, la responsabilitat civil generada, la denúncia a instància de part...

El principi d'oportunitat, tal com es descobreix actualment, selecciona un tipus de delictes pel perfil del presumpte delinqüent, no pel perfil dels fets presumptament comesos. Això és important: es criminalitzen persones, no comportaments, la qual cosa subverteix completament les bases del dret penal. Així, per perversió del principi d'oportunitat, assistim a la persecució

dels adversaris polítics, ideològics, socials, potencialment perillosos per al poder hegemònic, no solament per la comissió de comportaments que poden encaixar o no en delictes establerts, sinó per «ser qui són». S'ha afirmat, per això, que ens trobem en l'època del dret penal d'autor. És veritat, no es canvia ni una coma del principi de legalitat, i tanmateix el dret es fa servir com a eina de repressió contra el dissident, el crític, el contestatari, l'insubmís, el díscol. Els qui ens hem dedicat també al dret migratori ja havíem conegut aquest dret d'autor en el passat: el ciutadà estranger, pel principi de legalitat i pel principi d'oportunitat, tradicionalment ha estat i és ara també objecte del vessant afflictiu del dret.

Estendre el dret penal de l'enemic

El tercer element de base és l'ús excepcional del dret penal. El que cal subratllar aquí es troba en el terme «excepcional». El dret a castigar, el venerable *ius puniendi*, que és el principi justificador de l'existència d'un dret penal, estableix un model únic de resposta al crim, al comportament socialment reprovable. És a dir, la norma penal estableix la resposta «normal» als atacs contra els valors i els béns socials. A qualsevol delinqüent se li aplica la resposta penal «normal».

Tanmateix, al segle xx, a l'abric del decisionisme del jurista Carl Schmitt, es va obrir una segona via de dret penal diferent de la normal, l'excepcional. L'advocat alemany Günther Jakobs ha estat el caracteritzador contemporani d'aquest dret penal excepcional, en anomenar-lo «dret penal de l'enemic». Tradicionalment, les legislacions antiterroristes de la segona meitat del segle xx han estat exemple d'aquest dret penal de l'enemic. La legislació anti-ETA espanyola, també: la possibilitat de

períodes molt superiors a les 72 hores de detenció, incomunicada i sense assistència lletrada, la presó provisional més enllà del límit general, «normal», la dispersió geogràfica de presos, s'han justificat en la legislació *ad hoc* contra el terrorisme etarra.

A l'enemic de la societat és legítim canviar-li les regles del joc i no aplicar-li el dret penal general, que és humanitari i garantista. El dret penal de l'enemic comparteix un context de significat amb el dret de guerra i en la guerra. El permanent bel·licisme en què s'ha instal·lat el discurs hegemònic de la seguretat pública ha estat fèrtil terreny per a la florida del dret penal de l'enemic.

El dret penal de l'enemic també justifica l'aplicació de mesures restrictives o privatives de drets de manera preventiva. És a dir, fins i tot abans que s'hagi comès cap falta o infracció, la qual cosa supera, i molt, la característica reactiva del dret penal general.

Davant de l'excepcionalitat, de seguida es planteja la pregunta: Quant de temps ha de passar perquè allò que és excepcional es «normalitzi»? Perquè el que és excepcional sigui ja normal i el que és normal ja solament excepcional? Doncs simplement el temps que trigui el discurs del poder hegemònic a identificar com a «terrorista» (o els seus sinònims) qualsevol individu o col·lectiu que pensi o pronuncii idees o projectes potencialment perillosos per a aquest poder.

En resum, l'abús dels recursos d'excepcionalitat, d'oportunitat i de criminalització de les finalitats són tres elements que defineixen l'actual dèficit d'exercici de drets i llibertats en què ens trobem, no solament a Espanya, sinó també a Europa i a la resta del món.

Josetxo Ordóñez (Advocat)
Àrea social de Cristianisme i Justícia