

Populismo punitivo o la peligrosa deriva del derecho penal

Suplemento del Cuaderno n. 210 de CJ - (n. 244) - Septiembre 2018
Roger de Llúria, 13 - 08010 Barcelona - 93 317 23 38 - info@fespinal.com
www.cristianismeijusticia.net

En los últimos años, somos testigos del uso del derecho penal para perseguir conductas cercanas a la disidencia ideológica o política, la protesta social, la libertad de expresión; testigos de la interpretación expansiva de tipos penales que quedaban reservados a comportamientos excepcionalísimos y especialmente graves o violentos, como el terrorismo, la rebelión, el odio hacia grupos vulnerables. Testigos de la equiparación de circunstancias agravantes, como el odio a un grupo, con colectivos que no eran protegidos inicialmente por ese supuesto legal, como los agentes policiales.

También somos testigos del aumento del número de delitos que conllevan penas privativas de libertad. Es constante el recurso a un aumento de la penalidad que ha situado hace tiempo a España en el primer lugar de la Unión Europea en índices de encarcelamiento. Las reformas de los últimos años del Código penal y de legislación procesal (la de 2015, que introdujo la prisión perpetua revisable), reformas de la le-

gislación penitenciaria, de extranjería (la pretendida legalización de las devoluciones en caliente es un ejemplo), policial (la nueva ley de Seguridad Ciudadana, conocida por Ley Mordaza) y judicial. Numerosos Informes nacionales e internacionales dan cuenta de ello en los últimos años, como los de Amnistía Internacional, Human Rights Watch, el Comité para la prevención de la tortura del Consejo de Europa, entre otros.

Hace más de diez años que se habla en España en los entornos académicos y especializados del populismo punitivo, del renacimiento del derecho penal del enemigo, de la expansión del derecho penal de excepción. Por ejemplo, en 2007, el Consejo General del Poder Judicial publicaba una monografía de uso en la Escuela Judicial titulada precisamente «La generalización del Derecho penal de excepción: tendencias legislativas».

Los ejemplos de esta deriva son múltiples y variados, y, en ocasiones difícilmente equiparables o comparables. No se

pueden meter en el mismo saco, sin más, los delitos de odio, el terrorismo, la desobediencia, los delitos contra los sentimientos religiosos..., es cierto. Sin embargo, tienen tres elementos basales en común.

Atribuir violencia a los fines

El primero de ellos es la discusión sobre la violencia que legitime el uso del derecho penal. La violencia es un medio de ejercicio de un poder. La violencia no es un fin, sino un medio: tiene una función, no se justifica a sí misma sin un fin al que servir. Los casos de violencia gratuita o inútil son muy extremos, difíciles de encontrar; quizá el ejemplo histórico más claro fue el de la violencia sobre los prisioneros en los campos nazis de exterminio, antes de ser gaseados. Lo explica bien Hannah Arendt en su ensayo *Sobre la violencia*.

Pues bien, la violencia para que sea legítima debe provenir de un poder legítimo, dice la teoría política mayoritaria. Así, el poder estatal ejerce legítimamente la violencia a través del derecho, en general, y del derecho penal, en particular.

Walter Benjamin, en su libro *Para una crítica de la violencia*, también encuentra la violencia en el derecho: la relación fundamental y más elemental de todo ordenamiento jurídico es la de fin y medio; y la violencia, para comenzar, solo puede ser buscada en el reino de los medios y no en el de los fines.

Para el iusnaturalismo, la teoría tradicional de justificación racional del derecho, los medios son legítimos si se emplean al servicio de fines justos. Lo importante es la justicia de los fines. Por tanto, la violencia, que es medio, solo podría ser legítima si el fin es justo. ¿Cuál es un fin justo? ¿El bien común, la seguridad ciudadana, la democracia, la constitución política, la legalidad, la protección de los cuerpos y fuerzas de seguridad?

Para el positivismo, moderna teoría jurídica antagonista del iusnaturalismo, los fines son justos si y solo si son legítimos los medios para conseguirlos. Lo importante es la justicia de los medios. Por tanto, la única violencia legítima aceptada por el derecho, es la ejercida legalmente por el Estado. Por eso, el derecho puede responder legítimamente a la violencia con violencia. Benjamin examina en este contexto el caso de la represión de una huelga obrera. La tesis de Benjamin es que la distinción iuspositivista no sirve para hacer crítica de la violencia. La distinción que propone está en la violencia que es capaz de fundar o modificar relaciones de forma estable o no. Por lo tanto, la función de la violencia no es casual o aislada. La primera función de la violencia es la de instauradora del derecho. La segunda función de la violencia es la de mantenedora del derecho. Aquí, Benjamin examina los fenómenos del militarismo, la pena de muerte y la violencia policial.

«Toda violencia es, como medio, poder que funda o conserva el derecho. Si no aspira a ninguno de estos dos atributos, renuncia por sí misma a toda validez», dice Benjamin. La regulación jurídica de los conflictos es esencialmente violenta, se basa o en la violencia que funda o en la violencia que conserva. De este modo se puede comprender incluso un contrato entre dos partes.

La reflexión benjaminiana, a cuyos detalles solamente nos podemos remitir aquí, se puede extrapolar a la situación actual en que vivimos. Podemos preguntarnos sobre el (ab)uso del derecho penal para juzgar la supuesta violencia de los fines (políticos sobre todo: la disidencia, la ideología diferente, el ateísmo, la protesta, la indignación, la inmigración, la independencia de un territorio) en vez de juzgar la violencia explícita de los medios (el terrorismo, el odio, la exclusión, la marginación). Solo la violencia

válida se expresa en los medios. Y solo los medios pueden ser violentos. Atribuir violencia a los fines es ideológico y tendencioso. Es inválido, según Benjamin. Afirmar que defender «otro mundo posible y futuro» es violencia contra el mundo presente es absurdo, una infantilización de la política. Y usar el derecho penal para supuestamente castigar esa violencia, un fraude.

La deriva actual condena las ideas contrahegemónicas atribuyéndoles que son violentas en abstracto, a través de conceptos jurídicos indeterminados, tales como que «fuerzan la constitución», «ponen en peligro la convivencia y la paz social», «ponen en riesgo la seguridad», «afectan a los mercados, a la estabilidad presupuestaria», «van contra el sistema», «ofenden los sentimientos de la mayoría», en vez de condenar única y exclusivamente los medios violentos concretos que usan, como por ejemplo la agresión, el uso de armas, la muerte o las lesiones sobre las personas, los daños a la propiedad y la violación de las libertades personales. Independientemente de las ideas o los fines que persiguen.

Se persiguen por el poder ideas, intenciones o proyectos sociales, económicos, ideológicos o políticos por ser contrarios (en la lógica del poder, porque violentan) a las ideas, intenciones o proyectos hegemónicos, en vez de perseguir exclusivamente las concretas violencias de las cuales aquellos se valgan contra personas y bienes.

Criminalizar personas

El segundo elemento basal se refiere al principio de legalidad y al principio de oportunidad. Muchas personas se preguntan con razón por qué ahora se denuncian, bajo la tipificación más grave, conductas que hasta la fecha eran tipificadas de manera diferente, casi siempre con penas más

leves o que no conllevaban prisión. O directamente conductas que se habían favorecido de una interpretación tan garantista que no habían sido perseguidas en absoluto, considerándose poco menos que irrelevantes penalmente.

Ante esta realidad, también se puede descubrir una deriva regresiva y autoritaria. En derecho, no todas las conductas sancionables son efectivamente perseguidas, juzgadas y castigadas. Esta es una cuestión de hecho: parecería materialmente imposible verificar una respuesta jurídico-penal frente a todas y cada una de las infracciones penales que se cometen diariamente. Es decir, no solamente aplica el principio de legalidad, principio que quiere decir que solo la infracción prevista en la ley tiene una sanción y no hay castigo que no esté previsto legalmente. También aplica el llamado principio de oportunidad, un criterio que selecciona cuáles son las conductas detectadas que son efectivamente denunciadas y perseguidas penalmente. En el uso del principio de oportunidad se pueden tomar en cuenta conceptos tan ambiguos y debatibles como la alarma social, el riesgo contra la seguridad pública, la reiteración delictiva, la concurrencia de varios delitos en una misma conducta, la discriminación positiva hacia algún colectivo vulnerado, la responsabilidad civil generada, la denuncia a instancia de parte...

El principio de oportunidad, tal y como se descubre actualmente, selecciona un tipo de delito por el perfil del presunto delincuente, no por el perfil de los hechos presuntamente cometidos. Esto es importante: se criminaliza a personas, no conductas, lo cual subvierte completamente los cimientos del derecho penal. Así, por perversión del principio de oportunidad, asistimos a la persecución de los adversarios políticos, ideológicos, sociales, potencialmente peli-

grosos para el poder hegemónico, no solamente por la comisión de conductas encajables o no en delitos establecidos, sino por «ser quienes son». Se ha afirmado, por eso, que nos encontramos en la época del derecho penal de autor. Es cierto, no se cambia ni una coma del principio de legalidad, sin embargo se usa el derecho como herramienta de represión contra el disidente, el crítico, el contestatario, el insumiso, el discolor. Quienes nos hemos dedicado también al derecho migratorio ya habíamos conocido este derecho de autor en el pasado: el ciudadano extranjero, por el principio de legalidad y por el principio de oportunidad, tradicionalmente ha sido y es ahora también objeto del lado afflictivo del derecho.

Extender el derecho penal del enemigo

El tercer elemento basal es el uso excepcional del derecho penal. El subrayado está en el término «excepcional». El derecho a castigar, el venerable *ius puniendi*, que es el principio justificador de la existencia de un derecho penal, establece un modelo único de respuesta al crimen, a la conducta socialmente reprochable. Es decir, la norma penal establece la respuesta «normal» a los ataques contra los valores y los bienes sociales. A cualquier delincuente se le aplica la respuesta penal «normal».

Sin embargo, en el siglo xx, al calor del decisionismo del jurista Carl Schmitt, se abrió una segunda vía de derecho penal diferente de la normal, la excepcional. El abogado alemán Günther Jakobs ha sido el caracterizador contemporáneo de este derecho penal excepcional, al llamarlo «derecho penal del enemigo». Tradicionalmente, las legislaciones antiterroristas de la segunda mitad del siglo xx han sido ejemplo de este derecho penal del enemigo. La legislación anti-ETA española, también: la posibilidad

de periodos muy superiores a las 72 horas de detención, incomunicada y sin asistencia letrada, la prisión provisional más allá del límite general, «normal», la dispersión geográfica de presos, se han justificado en la legislación *ad hoc* contra el terrorismo etarra.

Al enemigo de la sociedad es legítimo cambiarle las reglas del juego y no aplicarle el derecho penal general, que es humanitario y garantista. El derecho penal del enemigo comparte un contexto de significado con el derecho de y en la guerra. El permanente belicismo en que se ha instalado el discurso hegemónico de la seguridad pública ha sido fértil terreno para el florecimiento del derecho penal del enemigo.

El derecho penal del enemigo también justifica la aplicación de medidas restrictivas o privativas de derechos de forma preventiva. Es decir, antes incluso de que se haya cometido ninguna falta o infracción, lo cual supera con mucho la característica reactiva del derecho penal general.

Ante la excepcionalidad, surge enseguida la pregunta: ¿Cuánto tiempo ha de pasar para que aquello excepcional se «normalice»? ¿Para que lo excepcional sea ya normal y lo normal ya solamente excepcional? Pues simplemente el tiempo que tarde el discurso del poder hegemónico en identificar como «terrorista» (o sus sinónimos) a cualquier individuo o colectivo que piense o pronuncie ideas o proyectos potencialmente peligrosos para ese poder.

En resumen, el abuso de los recursos de excepcionalidad, de oportunidad y de criminalización de los fines son tres elementos que definen el actual déficit de ejercicio de derechos y libertades en el que nos encontramos, no solamente en España, sino también en Europa y en el resto del mundo.

Josetxo Ordóñez (Abogado)
Área social de Cristianismo y Justicia