

Llibertat i seguretat a la política penal actual

Mercedes García Aran

Catedràtica de Dret Penal de la Universitat Autònoma de Barcelona



Parlaré de dos conceptes, llibertat i seguretat, i els posaré en relació amb les reformes penals dels últims anys, que han estat moltíssimes.

A grans trets, quan es contraposen aquests dos conceptes, el de llibertat i el de seguretat, s'està fent referència a una suposada tensió entre un i l'altre. El que avui s'anomena ideologia de la seguretat és aquella línia de pensament que diu que per aconseguir la seguretat, per tenir-me més, cal retallar la llibertat. És a dir, s'entén la llibertat com un instrument posat al servei de la seguretat, que és el que retallem per tal de tenir més seguretat. Aquest és el punt de partida.

EL PROCÉS DE LES RETALLADES

Ens trobem davant d'un procés de progressives retallades de la llibertat. Cada vegada estem renunciant a més espais de llibertat amb l'excusa de tenir més seguretat, i aquest és un procés bastant antic, però que de totes maneres s'ha incrementat espectacularment a partir dels atemptats a Nova York l'11 de setembre del 2001. A partir d'aquell moment, es va llençar el que s'ha anomenat l'ofensiva de la guerra contra el terror; davant d'una situació d'inseguretat global, s'ha disparat aquest procés de retallar progressivament els espais de llibertat. De totes maneres, no apareix com un bolet de cop i volta a partir dels atemptats de Nova York sinó que ja venia d'abans i era un procés amb diversos elements. En destaco alguns.

1. Una crisi o retirada de l'estat del benestar, de l'estat que en diem social a partir del qual s'han anat retirant progressivament els

instruments d'intervenció social i econòmica, és a dir, la intervenció pública sobre les causes socials de la delinqüència. I també la intervenció sobre la seguretat, aquelles altres inseguretats, derivades d'altres elements, econòmics o socials. Què ha passat? Doncs que les classes populars se senten cada vegada menys segures en el seu espai i reivindiquen més seguretat en general, però també més seguretat davant del delictes.

2. D'aquesta manera, triomfa el que s'ha anomenat la idea d'emergència. Estem davant d'una catàstrofe que ens amenaça a tots i que també és molt pròpia del que s'anomena la societat del risc, ja que cada vegada tenim més consciència dels riscos que ens envolten. Això no vol dir que la nostra societat sigui més arriscada que la de l'Edat Mitjana —que segurament estaven molt més amenaçats per les guerres, per la pesta negra...— però en canvi no hi havia tanta consciència col·lectiva dels riscos i dels perills perquè hi havia menys informació. En aquests moments, hi ha una percepció social de perill que procedeix d'enemics que són exteriors al sistema en el qual vivim. I precisament per això, es demana cada vegada més una intervenció eficaç, contundent i segura.

Per aquesta via s'arriba a desprestigiar aquells grans principis del liberalisme polític que eren la llibertat, la igualtat, les garanties penals i processals que tenim tots els ciutadans en el cas que estiguem sotmesos a un procediment penal. Es comencen a demanar contínues excepcions a aquests principis, és a dir, no renunciem formalment a la idea de llibertat, d'igualtat o a les garanties penals, però això no serveix per a terroristes, immigrants, reincidents... i cada vegada es van establint més excepcions a aquells grans principis de la llibertat, la igualtat o les garanties. D'aquesta manera es va consolidant progressivament aquest discurs de la seguretat, que es podria resumir dient: els drets no són tan universals com dèiem. No renunciem als grans principis, però aquests principis no valen per a aquells que són enemics de la seguretat.

Aquest tipus de raonament és el que en part, fa un salt a partir del que s'anomena la guerra del terror i que es desferma arran dels atemptats de Nova York. Hi ha un petit canvi, perquè en aquell moment hi ha una clara ofensiva dels Estats Units contra els drets fonamentals. Em refereixo a l'informe d'Amnistia Internacional del 2005 que recull fets que tots coneixem: les entregues il·legals de sospitosos, la relativització del concepte de tortura (el fiscal general dels Estats Units va dir: estem en contra de la tortura però hi ha

coses que no són tortura). Determinades formes d'interrogatori que qualsevol de nosaltres anomenaria tortura i que, a més, clarament ho eren fins aquell moment, comencen a dir que s'ho poden permetre. El cas de Guantànamo suposa la violació més radical dels grans principis de garanties que s'havien defensat fins aleshores. I a més, continua dient l'informe d'Amnistia Internacional, aquesta ofensiva dels Estats Units contra els drets fonamentals ha gaudit del seguidisme absolut de tot el món occidental. Diu textualment aquest informe: " Els governs fonamentaren el discurs que els drets humans eren un obstacle més que un ple requisit essencial per la seguretat humana". Vol dir —i això és el que canvia—: ja es comença a dir que el que s'ha de fer és renunciar al principi general. Ja no es tracta només d'establir-ne excepcions sinó que el que es qüestiona és el gran principi de la universalitat dels drets per a tothom. Es comencen a veure els drets com a obstacles, com una cosa que fa nosa, que molesta. Hem de treure-la del mig perquè és el que fa que no puguem estar prou segurs. Aquest és el salt qualitatiu. Veníem de justificar les excepcions sense negar el principi i passem a qüestionar ja el principi general i es teoritza obertament que no tothom té els mateixos drets, és a dir, que els drets no són universals.



EL DRET PENAL DE L'ENEMIC

Aquí apareix una construcció teòrica molt coneguda d'un penalista alemany, Jacobs, que es reflecteix després a les reformes, i que ha estat assumida com la que es coneix com el dret penal de l'enemic. Aquesta construcció teòrica diu que hi ha dos drets penals: el dret penal dels ciutadans i el dret penal dels enemics. El primer té els seus límits, les seves garanties... però el dels enemics, no, perquè són enemics de la comunitat i, per tant, no tenen els mateixos drets que tenim els altres. Aquest penalista arriba a parlar dels enemics com a "no persones" (unpersonen). Per tant, si no són persones, no tenen els mateixos drets que les persones. Aquesta línia que s'enceta així és la de sistemes penals cada vegada més basats en l'excepcionalitat. Cada cop hi ha més grups o col·lectius que surten del sistema general penal. I avança més una idea que jo anomeno, alguna vegada, de la repressió preventiva, que té molt a veure amb la guerra preventiva. Per primera vegada sentim que ens hem d'avançar a la garrotada abans que ens la donin. Això és un trasbals brutal que legitima agressions davant de possibles sospites i introdueix un avançament de la intervenció; cada vegada intervenim abans. La guerra preventiva era això i la repressió preventiva és: comencem a intervenir abans que es produeixi el mal. És el dret penal del "per si de cas"; no hi ha motius clars per intervenir però per si de cas intervindrem, perquè no arribi a produir-se realment el perill. És una intervenció penal basada en sospites, moltes vegades, i a més, s'abandona un dogma que és el dogma que les penes han de ser proporcionals al fet, al comportament, a allò que s'ha fet. Això, que sembla una obvietat, que és respondre pel que has fet, comença a canviar-se per la responsabilitat pel que un és. Hem de respondre pel que fem, no pel que som. Doncs aquest dogma està absolutament esquerdat, perquè en aquesta línia del "per si de cas" cada vegada més es comença a intervenir tenint en compte, sobretot, la idea de perillositat que representa el subjecte, no la gravetat del que hagi fet en aquell moment, sinó les característiques personals d'aquell subjecte que ens fan aventurar que segurament ens pot arribar a posar en perill, a provocar un problema. I es comença, cada vegada més, a recuperar una forma en dret penal que era pròpia dels sistemes totalitaris, que teníem teòricament superada, que és el que es coneix com a dret penal d'autor, el que castiga a les persones pel que són, no pel que fan. Fins aquí ha estat una mica el procés ideològic general.

LES REFORMES PENALS ESPANYOLES

A Espanya, el Codi Penal del 1995 ha patit 26 reformes, l'última, la seguretat en el trànsit, a la qual després em referiré. Això dóna una mitjana de dues reformes penals per any. Amb independència del que diguin les reformes –que totes són enduridores i responen a aquesta estratègia general d'enduriment del dret penal– ja és un símptoma que el Codi Penal es toqui dos cops l'any. Els meus alumnes estan desesperats perquè comencen el curs amb un exemplar del Codi Penal i pels exàmens ja no els serveix perquè durant el curs, segurament ha canviat! I per descomptat, cada any s'ha de canviar el Codi Penal al començar el curs, perquè segur que alguna reforma hi han introduït. De què és símptoma, això? Doncs que davant dels problemes, la primera cosa que es pensa és endurir la llei penal. No es pensa abans, d'una manera racional, si aquell problema té un altre tipus de solució. Si tenim un problema de desempara dels menors, la solució no és portar-los davant d'un tribunal penal; aquesta filosofia del "que passi el que passi, sobretot si ha sortit als mitjans de comunicació, ha de provocar una reforma penal", és símptoma d'aquesta ideologia, de què no tenim problemes socials i econòmics, només tenim problemes penals i de delinqüència. Aquí és on anem a parar. Si tenen la paciència de buscar i llegir les exposicions de motius de les lleis, especialment les de l'any 2003 veuran que aquell any, el Codi Penal es va modificar sis vegades; alguna reforma va durar pocs mesos perquè era un disbarat, però si repassem les exposicions de motius (l'explicació de per què es fa aquella llei), a totes es fa referència al sentiment d'inseguretat, l'alarma social... i ni una parla d'estudis seriosos sobre la delinqüència. Però com que hi ha aquest sentiment, directament esperonat pels mitjans de comunicació, com que no saben què fer, es fa el més fàcil i més barat, que és canviar el Codi Penal. També està relacionat amb la progressiva pèrdua d'influència dels estats moderns on les grans decisions econòmiques, globals, els estats cada vegada hi tenen menys a fer. Aleshores, l'únic que els queda és el reducte de la sobirania estatal, que és el càstig sobre els individus.

No explico les 25 reformes del Codi Penal però sí que he seleccionat alguns exemples en la línia de cap on va aquest dret penal.

ALGUNS EXEMPLES DELS CANVIS EN EL CODI PENAL

1. LA RECUPERACIÓ DEL TOTALITARI DRET D'AUTOR

Quan dic totalitari no ho dic per què sí. El Codi Penal del Tercer Reich definia com a delictes "los comportamientos contrarios al sano sentir

del pueblo alemán". El que es castigava era una manera de ser del subjecte, la seva oposició al sentir del poble alemany. Sense ser tan exagerat, sí que estem recuperant trets del que s'anomenava dret penal d'autor. Per exemple, el 2003 es van desmesurar les penes de la multireincidència. La reincidència és una circumstància agreujant de la pena, que ha estat tota la vida al Codi Penal, però llavors es va permetre disparar la pena en els casos que el subjecte sigui multireincident (que acumula diverses condemnes anteriors). Aquestes condemnes no augmenten la gravetat del fet concret que s'està jutjant; en tot cas, les condemnes anteriors demostren una manera de ser, de viure, no la gravetat del fet concret. Si ens roben la cartera, ens la roben tant si aquell subjecte té trenta condemnes anteriors o no en té cap, la gravetat del fet és exactament la mateixa. Vol dir això que el dret ha d'ignorar la multireincidència? No, hi ha un altre tipus d'intervencions, fins i tot de vegades s'ha parlat de diferents tipus de tractaments d'intervencions socials i d'altres perquè quan una persona viu del delictes, al darrera hi ha una sèrie de situacions que la llei no ha d'ignorar, però el que no ha de fer és agreujar la pena concreta de cada delictes. Si s'agreuja d'aquesta manera tan desmesurada, a part que hi hauria problemes d'inconstitucionalitat on no entraré, el que fa és castigar per la manera de viure l'autor, no pel delictes concret. Un altre exemple en la mateixa línia: en matèria de delinqüents habituals també es va modificar el Codi Penal per permetre que la quarta falta comesa en un any es tractés com un delictes, perquè el subjecte és habitual, no perquè aquella quarta falta sigui més greu que les anteriors. Són, doncs, formes clares de dret penal d'autor.

2. LA CRIMINALITZACIÓ DE LA POBRESA

És el segon exemple directament vinculat al delictes habitual de les faltes i s'ha incrementat clarament la repressió de la petita delinqüència contra la propietat. S'ha importat la coneguda filosofia de l'alcalde de Nova York, Giuliani, coneguda com a tolerància zero, que després ha estat formulada amb aquella expressió que a la tercera vegada te'n vas fora, encara que sigui una infracció molt lleu, pot ser condemnat a penes gravíssimes. Què hi ha al darrera de la criminalització de la delinqüència pobra? Una idea neoconservadora que ve a dir que els delictes només són conseqüència de les desviacions individuals. No interessa el context social on es produeix el delictes perquè hem renunciat a intervenir-hi. Ve a dir que qui delinqueix és perquè vol. És l'ultraliberalisme nefast que al final acaba amb una restricció de la llibertat. Si delinqueix molt, incrementem la punició.

3. EL RECURS DESMESURAT A LA PRESÓ

A les últimes reformes, amb tres mesos de diferència, n'hi hagut una dedicada a desmesurar les penes de la petita delinqüència i una altra dedicada a desmesurar les grans penes. En aquests moments, tenim una pena de presó més dura que la cadena perpètua a Alemanya o Itàlia. La cadena perpètua que es manté a determinats països, a cap país vol dir tancar la porta i llençar la clau. Els països europeus que tenen cadena perpètua revisen la condemna i poden prendre la decisió de posar en llibertat el condemnat als 15 anys. A Espanya tenim penes de 40 anys. Quan la gent reivindica la cadena perpètua ha de saber què demana: jo, amb la d'Alemanya hi estic d'acord si és amb la possibilitat de revisar-ho als 15 anys; és molt més tou que el que tenim aquí. A Espanya s'ha anat a incrementar la duresa de la presó per baix i per dalt. Per la petita delinqüència, que cada vegada més hem renunciat a penes substitutòries com l'arrest de cap de setmana i hem recuperat penes de 3 mesos de presó. Per dalt, el mateix: hem recuperat penes de 40 anys de presó, que és una cadena perpètua es miri com es miri. Això representa la derrota definitiva de resocialització. Les penes curtes de presó que opten per la presó en lloc d'altres tipus de mesures com treballs en benefici de la comunitat,



arrestos discontinus, etc., opten per la presó en perjudici de la reinserció, perquè són molt més dessocialitzadores les penes de presó que altres tipus de penes. I no parlem de com es carreguen la reinserció les penes que equivalen a la cadena perpètua de manera que es podria arribar a plantejar la inconstitucionalitat d'aquesta reforma.

ELS RETROCESSOS DE LA LLIBERTAT

Aquest panorama de retrocés de la llibertat en favor de la seguretat ens trobem que s'està donant amb un aparentment suport popular. Dues de les reformes del 2003 (la tercera ja no) de les més dures, van ser votades en el Congrés dels Diputats pel Partit Popular i el PSOE, la immensa majoria de la Cambra, en un fenomen que es coneix com a populisme punitiu. El procés és: els mitjans de comunicació treuen en primera plana determinada alarma. Ho fan per diferents motius i no vull criminalitzar els mitjans (de vegades ho perceben com un problema i no saben les solucions que té l'ordenament jurídic per a allò), però moltes vegades ho fan perquè la criminalitat és un tema mediàtic que ven. A la Universitat Autònoma de Barcelona hem acabat una investigació sobre aquest tema i entre les moltes dades que hem recollit n'hi ha una d'uns informatius a Tele 5 que estaven perdent audiència en relació amb els d'Antena 3. L'endemà que sortissin publicades aquestes enquestes, l'informatiu de la nit de Tele 5 va obrir amb cinc delictes: una persecució policial d'un nen amb una vespino per Sevilla, un assassinat, un robatori d'una joieria, etc. És a dir, en els mitjans hi ha un component de mercat: el morbo i la delinqüència venen. Llavors els polítics interpreten que l'opinió pública està d'acord amb allò i fan el que pensen que els pot proporcionar més rèdits electorals: respondre amb el missatge de la reforma penal i l'enduriment de penes. És un procés que, en el període que nosaltres hem analitzat, es repeteix sovint i després del que nosaltres hem analitzat, ha continuat. Recordem aquella onada informativa dels robatoris a residències de Tarragona. Aquella mateixa setmana, el president del govern va anunciar una reforma del Codi Penal, absolutament innecessària perquè volien recuperar les penes de les bandes organitzades quan, des de fa 200 anys, tenim al Codi Penal el delictes d'associació il·lícita que serveix perfectament per a això. I aquest procés sembla que té un suport popular: en una carta al director d'un diari, una persona demanava incrementar penes al pederastes... Molts ciutadans estan a favor d'aquest discurs, en favor de la seguretat i de la retallada de la llibertat, una mica perquè

pensen que no els afecta, que són ciutadans d'ordre i no els toca, no són terroristes ni lladres. Pensen que continuen tenint drets perquè pertanyen als ciutadans, però no els té l'enemic, els altres, perquè no els mereixen i l'únic que estem fent és mantenir algunes excepcions.

ELS PRESUMPTES PERILLS: UN PENDENT RELLISCÓS

Un cop hem relativitzat el principi general, quan hem dit que els drets no són de tots, si hem admès l'excepció per raons de seguretat, qui ens garanteix que nosaltres no serem els propers, que no ens inclouran en algunes d'aquestes excepcions? Perquè això és un pendent, no hi ha qui ho pari. Un exemple: la reforma 26 dels últims 13 anys és la dels delictes contra la seguretat en el trànsit. Aquesta norma sí que s'adreça a nosaltres, en som destinataris, s'adreça a ciutadans "normals", integrats. En aquesta matèria, el dret penal tenia un principi que ja fa temps que ens hem carregat, relacionat amb el que deia abans, i és que perquè hi hagi delicte —que és el més greu que tenim— com a mínim, el comportament ha de posar en perill alguna cosa.

Seria bo que els delictes només fossin comportaments que ja han lesionat una cosa, però fa temps que hem admès, perquè hi ha comportaments molt perillosos, sancionar també aquests comportaments. Però ha de ser un perill real, comprovat; no n'hi ha prou amb la sospita que pot passar alguna cosa, ha de ser un perill al·legat en un judici comprovat, demostrat: a vostè se'l castiga pel fet d'haver posat en perill els drets dels altres. Aquest principi ha estat pràcticament derogat per l'última reforma en matèria de seguretat en el trànsit.

Des dels anys setanta, al Codi Penal teníem el delicte de conducció temerària i també, la conducció sota l'efecte de l'alcohol. Consti que, una persona que va a 200 Km/h o condueix absolutament borratxo se l'ha de ficar a la presó. És un insolidari i posa en perill els altres. Amb el Codi d'abans, el jutge valorava cas per cas si hi havia realment conducta temerària, si s'havia posat en perill alguna cosa, si l'alcohol afectava la conducció o no... es valorava cada cas. En un moment determinat es diu que no pot ser que els jutges valorin o ponderin si hi ha hagut temeritat o perill i es diu que serà delicte a partir de determinada velocitat fixa i a partir de determinat índex d'alcohol, sense valorar res més, perquè s'entén que és intrínsecament perillós.

Aquí hem introduït el que s'anomena delicte de perill presumpte. Es presumeix el perill. Ja no s'ha de demostrar en el judici. Amb aquest

sistema, la sentència penal que imposa el jutge funciona com si fos una infracció administrativa de trànsit. Una multa de trànsit és objectiva, té presumpció de veracitat i cap jutge valora si hem aparcat malament per una raó o per una altra. Amb aquesta reforma que ha portat els nous delictes, de fet, la pena —que pot arribar a ser de presó— funciona com una multa de trànsit, perquè la sentència la posa el radar o l'alcoholímetre i ja no hi ha valoració de si hi havia perill o no. És la sanció del que digui un mitjà tècnic (i aquí encara hi hauria més problemes, on no entro). En aquests casos, costaria dir que si es condueix a 200 Km/h, o es condueix borratxo, encara hem de demostrar el perill. Fer això sempre és perillós. En aquestes matèries es podrien acceptar com a delictes de perill presumpte, tot i que el dret penal, fa uns anys, deia que el perill no podia ser presumpte, però, acceptem-ho en aquests dos casos. El problema és que, un cop hem admès que la sentència penal no ha de valorar res i pot presumir el perill, hem obert una porta a un pendent absolutament relliscós, on, al final es presumeix tot.

Aquesta mateixa reforma en matèria de seguretat en el trànsit, ha inclòs com a delicte conduir sense haver-se tret el carnet de conduir. Està malament, conduir sense carnet i la gent se l'ha de treure. Però que una cosa estigui malament, no vol dir que hagi de ser delicte. Perquè per conduir sense haver-se tret el carnet no es pot presumir el perill. Es pot conduir sense carnet a 30 Km/h i enganxat a la vorera. Pel fet de no haver cobert un tràmit administratiu que és treure's el carnet, no es pot presumir cap tipus de perill. En canvi, el senyor Rubalcaba va afirmar a una cadena de televisió: "Quien no se ha sacado el carnet, obviamente es peligroso". D'on ho treu? En el món rural —pel qual sento un enorme respecte— molts pagesos van amb la seva furgoneta o el seu tractor i mai a la vida s'han tret el carnet; els va ensenyar a conduir el seu pare i van pel poble amb la furgoneta i mai no han posat en perill ningú. Ara ja són enemics de la comunitat. Per això he posat aquest exemple. Perquè un cop oberta la porta per eliminar les garanties pròpies del dret penal, al final ens pot arribar a tots.

Just després d'entrar en vigor aquesta reforma, en uns informatius, un ciutadà que havia estat detingut per un delicte contra la seguretat en el trànsit, deia que l'havien tractat com a un delinqüent. És que ja ho era, havia comès un delicte. Tots aquells que demanen més enduriment de les penes, més intervenció penal, diuen, jo no sóc un delinqüent... Doncs qualsevol dia es poden convertir en un, segons el que s'introdueixi en el Codi Penal com a nous delictes.

I no podem criticar directament aquesta última reforma ni ens hi podem oposar perquè abans ja ens hem empassat que el perill no cal demostrar-lo, que la pena no té perquè ser proporcional a la gravetat del fet. Quan ens empassem el principi que no cal demostrar el perill, ens ho empassem per tot. No podem exigir que es demostrï el perill en el cas del pagès que condueix sense carnet, o dir que la pena no és proporcional a la gravetat del fet. Al final ha acabat afectant persones que no han posat mai en perill ningú.

CONCLUSIONS

Quan s'admet que els principis no valen per als altres, es neguen els principis i s'admet que no valen per a ningú. Aquest és el preu de la seguretat pels drets que, un cop deixen de ser universals, deixen de ser per a tothom, i no podem estar mai segurs que siguin també per a nosaltres mateixos. El preu de la seguretat a tota costa és per la mateixa seguretat. I acabo amb un altra cita d'Amnistia Internacional de l'informe de 2005: "L'estat de dret és vital per a la seguretat humana i disminuir els drets en la guerra contra el terror no és el camí per obtenir la seguretat"