

ALGUNAS CLAVES PARA LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL: OTRO DERECHO PENAL ES POSIBLE

Nelly

Grupo "Otro derecho penal es posible"¹

1. Satisfacción a las víctimas: Justicia restaurativa

El sistema de justicia penal debe evolucionar hacia la incorporación de la resolución o transformación del conflicto como fin del sistema penal; hacia la **información, reparación y escucha a las víctimas** como derechos de éstas en el seno del proceso y como fines propios del sistema y así evitar la victimización secundaria; hacia la implicación de la comunidad cercana a víctimas y victimarios en la prevención y resolución de los conflictos penales; hacia la responsabilización del victimario.

En concreto, debe regularse² (así lo establecía la Decisión Marco de la UE de 15 de marzo de 2001 con plazo límite de marzo de 2006) la **incorporación de la mediación al proceso penal**. Es incierta la percepción generalizada de la persona privada de libertad como ser amoral, incapaz de ponerse en el lugar del otro, refractario a todo tipo de sentimiento, así como de las víctimas como personas que sólo buscan venganza y castigo para el infractor. Las experiencias en mediación penal ponen sobre todo de manifiesto la **generosidad de las víctimas** al afrontar el proceso y que sus intereses principales son la reparación, la restauración de la situación anterior al delito y la resolución del conflicto hacia el futuro.

"Las instituciones inhiben los sentimientos". Con la sustitución del diálogo por el interrogatorio cuasi-inquisitorial se ha privado al proceso del valor de la palabra; de la posibilidad de incorporar algo más que datos y razones. Nos hemos quedado sin explicaciones y sin lugar para los sentimientos. Muchas veces la víctima quiere un porqué y la garantía de que no se volverá a repetir el daño en el futuro. Y ello con más

¹ Este documento ha sido elaborado por: José Luis Segovia (Profesor de Ética Política en la Universidad P. Salamanca), Julián Ríos (Profesor de Derecho Penal en la Universidad P. Comillas (ICADE), Xabier Etxebarria (Profesor de Derecho Penal en la Universidad de Deusto y Abogado), Manuel Gallego (Profesor de Derecho Penal en la Universidad P. Comillas (ICADE), Lorena Ruiz-Huerta (Abogada y Profesora de Derecho Penitenciario en la Universidad Carlos III), Pedro José Cabrera (Profesor de Sociología en la Universidad P. Comillas), Mameña Carmena (Magistrada en la Audiencia Provincial de Madrid), Margarita Martínez (Catedrática de Derecho Penal en la Universidad Complutense de Madrid), Antonio Del Moral (Fiscal del Tribunal Supremo), Ángel Luis Ortiz (Magistrado en el Juzgado de Vigilancia Penitenciaria núm. 1 de Madrid), Félix Pantoja (Fiscal en el Tribunal Supremo), Pablo Ruz (Magistrado en el Juzgado de Instrucción núm. 5 de Villalba), Concepción Sáez (Secretaria Judicial), Ramón Sáez (Magistrado en la Audiencia Nacional), Eduardo Santos (Profesor de Derecho Penal en la Universidad Pública de Navarra y Abogado), Santiago Torres (Magistrado en el Juzgado de Instrucción 32 de Madrid), José Miguel Sánchez (Letrado del Tribunal Constitucional) y Eloy Virseda (Trabajador Social). Más información sobre la Plataforma y las campañas en www.otroderechopenal.aldeasocial.org.

² Exigencia flagrantemente incumplida desde hace casi 4 años, contenida en la Decisión Marco del Consejo de la UE de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal. No podemos por menos que destacar que el impulso de la mediación sea encuadrado por la UE en la regulación de su estatuto en el proceso penal, lo cual nos debe llevar a la conclusión –contraria a la percepción intuitiva de muchos teóricos universitarios y muchos operadores en la Administración de Justicia– de que la mediación es un mecanismo principalmente a favor de las víctimas.

ahínco que unos días más o menos de cárcel. Lamentablemente la actual configuración de la instrucción, el enjuiciamiento y la ejecución penal deja muy poco espacio a la expresión de sentimientos y a las actitudes responsabilizadoras y reparadoras que conlleva. De ahí la urgencia de legislar la “mediación penal y penitenciaria” con amplitud de miras.

2. **Eficacia real de la Administración de Justicia** en el abordaje de los delitos mediante el establecimiento de sistemas y mecanismos que minimicen la frustración de las personas que se acercan a solicitar el servicio público de la Administración de justicia; la disminución de la lentitud judicial (más medios personales y materiales y mejores previsiones legales); la adaptación del servicio público de la Administración de Justicia a las necesidades de la ciudadanía y no al revés; y la reducción de los tiempos de la Administración de Justicia, por los perjuicios que causa a la protección de las víctimas, a la tutela judicial efectiva, a las personas imputadas o acusadas y sobre todo a las personas en prisión provisional (que son a día de hoy la escandalosa cifra de 16.357 personas –21,4%, una de las tasas más altas de la UE– a las que se presume inocentes pero se tiene en prisión, en ocasiones incluso durante cuatro años sin ser juzgadas).
3. **Creación de una cultura de derecho penal mínimo**

Recuperación de los principios de *ultima ratio*, intervención mínima y prohibición del exceso (proporcionalidad). Hay que frenar la tendencia al tratamiento penal de todos los problemas sociales, a la utilización simbólica y demagógica del Derecho penal, al continuo incremento de tipos delictivos o de sus niveles de punición para abordar problemas en los que la intervención no penal sería más eficaz y menos costosa. Para ello también se hace necesario que los medios de comunicación abandonen las prácticas de tratamiento del delito basadas en la búsqueda del incremento de cuotas de audiencia a través del tratamiento morboso y emotivista del delito.

Reducción de los delitos, del uso de la pena de prisión y de la duración de las penas de prisión actuales (el “Código de la democracia” de 1995 supuso un incremento encubierto de la duración de las penas y ha dado lugar a la actual masificación penitenciaria, cada vez entran más personas en prisión y salen muchas menos); sustitución por otras sanciones menos costosas y aflictivas (habría que construir una prisión nueva –con todos sus funcionarios y demás medios– cada dos meses para alojar a todas las personas que ingresan en prisión –500 más al mes–); desaparición de los obstáculos a la reinserción social que introdujeron las reformas del año 2003 y que tienen parte de la culpa de la superpoblación carcelaria actual.

Los Juzgados y Tribunales tienen a su disposición el uso del art. 4.3. CP que les permite dirigirse al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación de algún precepto cuando la pena fuese notablemente excesiva; así mismo el Ministerio Fiscal podría interesar estas peticiones en los juicios para que los jueces lo interesasen. Un ejemplo importante es la propuesta del Tribunal Supremo (Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala 2ª, de 25 de octubre de 2005), que, a partir de la constatación de la desproporción de las penas en el tráfico de drogas, demanda su corrección, la cual ha sido acogida por el Proyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOCG. Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie A: Proyectos de Ley. 27 de noviembre de 2009. Núm. 52-1; véase su Exposición de Motivos).

El Derecho Penal debe asumir múltiples funciones: prevención, general y especial, de los delitos; proscripción de las penas arbitrarias y desproporcionadas; reparación y protección a las víctimas; resolución del conflicto hacia el futuro; resocialización... para ello la pena debe ser la necesaria, la mínima imprescindible para la prevención de nuevos delitos. Por sus consecuencias altamente despersonalizadoras, desocializadoras y estigmatizadoras, la pena de prisión debe quedar limitada a aquellos delitos de cierta gravedad que carezcan de una alternativa capaz de garantizar convenientemente las exigencias de la prevención. Siguiendo la Recomendación R (99) 22 del Consejo de Europa, de 30 de septiembre de 1999 deberían suprimirse todas las penas de prisión inferiores a un año. Estas penas pueden ser razonablemente sustituidas por otras menos agresivas como la multa, las privativas de otros derechos, los trabajos en beneficio de la comunidad, el arresto de fin de semana o la localización permanente, que debiera ser aplicable incluso como medida cautelar en el proceso penal para evitar la prisión preventiva.

Por el otro extremo, la duración efectiva del internamiento en prisión no debería superar con carácter general, salvo supuestos excepcionales, los veinte años; para lo que habría que introducir mecanismos de revisión basados en la necesidad preventivo especial, a semejanza de los existentes en los países que disponen de cadena perpetua; esto es, lo mismo que se pretende con la nueva "pena" de libertad vigilada, pero en sentido inverso, de manera que las necesidades preventivo especiales o su ausencia sirvan no sólo para alargar el control social de los ya penados sino para acortar el tiempo en prisión cuando ya no sea necesario.

Es muy significativo –y conviene resaltarlo– que según datos de la S.G.II.P.P. hay en España actualmente 345 personas presas (aparentemente sólo 3 de ellas serían mujeres), sin contar las condenadas por delitos de terrorismo, con condenas superiores a los 30 años; la mayor de ellas es de 38.585 días, esto es, casi 106 años.

4. Apuesta por el fin reeducativo y reinsertador de las penas privativas de libertad

Sin desconocer las limitaciones e insuficiencias de todo tipo que presenta la prisión para conseguir la resocialización de las personas condenadas, tampoco podemos resignarnos a reducirla a mera neutralización, inoquización o separación de la sociedad. Este planteamiento no conduce a otro resultado que no sea posponer de forma potenciada y agravada la recaída en el delito por parte de la persona condenada. Un mínimo de fe en la condición humana que está en el origen del mandato constitucional de orientar la prisión hacia la reeducación y reinserción del condenado (art. 25.2 CE), impide reducir la función de la prisión a la mera retención y custodia de los condenados y exige apostar por su aptitud, por mínima que sea, para transformar a las personas y prepararles para vivir pacíficamente en sociedad.

Han de potenciarse los programas de tratamiento. El sistema penitenciario necesariamente tiene que ofrecer a las personas internas ayudas y estímulos que les permitan avanzar en la línea de su reeducación y reinserción. Por ello, aparte de los programas y actividades diferenciados que, libre y voluntariamente, sin ningún tipo de coacción, puedan ofrecerse a las personas penadas para prepararles a vivir pacíficamente en la sociedad, el sistema penitenciario ha de incidir en la propia forma de cumplir la pena de prisión, creando las condiciones necesarias que eviten o, al menos, reduzcan al mínimo sus efectos desocializadores y permitan al penado avanzar en esa preparación para la vida de libertad a través de su contacto progresivo

acogido por familiares, esta situación se reduce al salir hasta menos del 13%, lo que permite concluir que la cárcel añade más exclusión a la exclusión.

6. Humanización de la vida en la cárcel

El sistema penal debe procurar un grado razonable de seguridad y bienestar para la mayoría de la ciudadanía y también debe procurar el malestar mínimo e imprescindible para quienes han infringido el ordenamiento jurídico-penal. La historia confirma que las políticas penales orientadas únicamente hacia la prevención de los delitos han generado más violencia de la que pretendían evitar, porque la seguridad y la libertad no sólo son amenazadas por el delito sino también por las penas excesivas o despóticas. Así, por más execrables que puedan resultar determinados comportamientos, los derechos humanos y la dignidad humana de quienes los cometen constituyen mínimos inalienables que no están sujetos a merecimiento alguno sino que son inherentes a la condición humana.

Hay que caminar hacia la eliminación del aislamiento sin límite temporal. Desde una perspectiva ético-jurídica humanista y a partir de la prohibición constitucional de las penas crueles y tratos inhumanos o degradantes, no es aceptable el vigente modelo de primer grado, puesto que castiga con un rigor innecesario y niega atributos vinculados a la dignidad de la persona: la sociabilidad, mediante el aislamiento y la privación sensorial; la intimidad, a través de la exposición continuada de la propia corporalidad; la vulnerabilidad del hábitat en que se desarrolla durante años la vida cotidiana en todas sus dimensiones; la perfectibilidad y la posibilidad de modificar creativamente el entorno (el ser humano es el único animal que no sólo tiene capacidad adaptativa sino que puede también adaptar el entorno a él); y la posibilidad de evocación de expectativas razonables de cambio en el entorno.

En la práctica, todo ello no es sino reflejo de la ausencia más absoluta de tratamientos individualizados y el funcionamiento en cortocircuito cerrado que invariablemente se produce. Las inercias en la vida de la institución penitenciaria condenan a las personas a la cronificación del régimen cerrado, sin programas para la reversión de la situación y sin mecanismos de revisión eficaces.

Por lo mismo, han de introducirse en la legislación penal mecanismos que eviten la cadena perpetua de facto. Como ya se ha indicado, existen hoy día en nuestras cárceles unas 345 personas, sin contar los supuestos de delitos de terrorismo, con condenas superiores a los 30 años, a las que no se pueden aplicar los límites de acumulación de condena actualmente vigentes; personas condenadas a 50, 70, 100 o más años que no podrán alcanzar el régimen abierto, la libertad condicional o la libertad completa en plazos razonables. La legislación debería incorporar mecanismos de revisión de los límites de cumplimiento de estas condenas, en función de la falta de peligrosidad, conforme al principio de humanidad de las penas y la prohibición de penas crueles o degradantes y en cumplimiento del mandato constitucional que impone orientar las penas hacia la reinserción social.

con el exterior (comunicaciones, permisos de salida, régimen abierto y libertad condicional). En ese sentido, debe destacarse que **más de 2/3 de los internos no ha disfrutado nunca de un permiso**, lo que revela una política rigorista en exceso en esta materia, **harto más injustificada** cuando se comparan las cifras de fracasos en los permisos con las de los países de la Unión Europea (netamente favorables a España). Por otra parte, las limitaciones a la concesión de permisos a los extranjeros en razón del riesgo potencial de fuga no aparecen justificadas a la luz de los datos de la encuesta: se fugan menos los extranjeros que los nacionales.

Debe prestarse **especial atención a las mujeres internas**, en las que se suman los obstáculos a la reinserción social que provienen del carácter discriminatorio del mercado de trabajo para con ellas y del desigual reparto de las cargas familiares entre hombres y mujeres.

5. Creación de instrumentos de justicia social, también para la prevención de los delitos.

Son muchas las carencias sociales que están en el origen de los delitos sobre las que sería necesario intervenir, en virtud del mandato constitucional del art. 9.2º de promover la **igualdad real y efectiva** y de remover los obstáculos que la impiden, esto es, que partiendo del reconocimiento de importantes niveles de desigualdad real en el cuerpo social, obliga a los poderes públicos a construir la igualdad real y efectiva.

La falta de recursos económicos y la **marginación social** están detrás de muchos itinerarios de exclusión que acaban en la cárcel (un 33% de las personas presas son extranjeras, de las cuales gran parte se encuentran en situación irregular, abocadas como están a la exclusión sociolaboral por una legislación de extranjería que impide la integración social; debe dejar de usarse el sistema penal como mecanismo de control de los flujos migratorios). En este sentido, coordinarse con los servicios sociales de base y con el tejido social al que pertenece la persona presa, así como una vigorosa potenciación de los programas de asistencia postpenitenciaria, son requerimientos ineludibles a los que debe responder la Institución penitenciaria. El trabajo y la vivienda constituyen un serio problema en el horizonte de las personas presas. En el trabajo de investigación *Andar 1 Km en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, en el que analizamos la información obtenida a raíz de las contestaciones de 2.000 personas presas, percibimos que para casi un 40% la inserción laboral posterior será un problema difícil (29%: 20.000 personas presas) o incluso imposible (9%: 6.000 personas presas) de resolver, por lo que sobre estos dos segmentos deberían intensificarse los esfuerzos formativos. Por lo que respecta a la vivienda, aproximadamente un tercio de las personas presas volverá a casa de sus padres (36%) y una proporción similar retornará a su propia casa (37%); el resto, esto es, casi otra tercera parte, vivirá en una situación de inestabilidad o incluso de exclusión residencial, puesto que si bien un 13% serán acogidos por familiares distintos de sus padres, otro 5% dependerá de la buena voluntad de los amigos y, finalmente, casi un 10% se encontrará con que no tendrá una casa donde poder vivir. Esto significa que actualmente existen unas 7.000 personas sin hogar entre la población encarcelada en España. Si las personas sin hogar –residiendo en un albergue (0,5%) o directamente en la calle (3,7%)– apenas rozaban el 4,2% al entrar en prisión, su paso por la cárcel, lejos de hacer disminuir las situaciones de exclusión residencial más severas, las amplifica hasta multiplicarlas por 2,3. Del mismo modo, si, a la entrada, el 19% de los presos estaba