

Por José Luis Ramírez Ortiz y Xermán Varela Castejón, magistrados y miembros del Grupo de Estudios de Política Criminal
Imágenes: Títeres Desde Abajo

El pasado 6 de febrero, tras las oportunas detenciones policiales y a petición de la fiscalía, un juez de instrucción acordó la prisión provisional de dos artistas que, en el contexto de la historia narrada en un teatro de títeres, en la que satíricamente se criticaba a la policía y a la judicatura, las hicieron exhibir un cartel con las palabras "Gora Alka-Eta". Se estimó que habrían cometido un delito de enaltecimiento del terrorismo y otro de provocación a la discriminación, al odio o a la violencia contra grupos determinados.

En los sótanos de todo Estado democrático permanece enclaustrado un Estado absoluto que pugna por liberarse de su encierro y salir a la luz. Lo sucedido en este caso constituye una manifestación más de esa pugna. Una pugna en cierto modo inevitable, pues el Estado democrático es democrático, pero también es Estado y, por tanto, poder, que, como todo poder, se pretende absoluto. Una pugna que, por desgracia, se ha resuelto esta vez con la salida a la superficie de Leviatán, cuya atenta mirada, mientras pasea por la plaza pública a plena luz del día, nos recuerda la debilidad de nuestro edificio de libertades. Una debilidad que deriva tanto de la inestabilidad estructural de los viejos cimientos como de la endeblez de los nuevos materiales constructivos, que ocasionan amplias grietas por las que, con creciente frecuencia, se cuele aquél para hablarnos con un lenguaje que creíamos olvidado y que nos resulta lejanamente familiar.



Se ha dicho que donde termina el lenguaje empieza la violencia. La función civilizadora de la palabra se manifiesta, entre otros ámbitos, en el del derecho. Instaurado el derecho, sólo la violencia que lo apoya será legítima para ese derecho. Pero **no todo derecho es legítimo**. Sólo el que reúne determinadas condiciones, construidas colectivamente, puede enfrentarse a un examen más allá de sus propias y contingentes premisas. En los Pactos internacionales de derechos y las partes dogmáticas de las Constituciones posteriores a la barbarie de mediados del siglo pasado cristalizaron parte de esas exigencias. Fuera de ellas, habrá derecho como norma pero no será legítimo.

Tratándose del Derecho Penal, que nos dice lo que está prohibido y lo castiga permitiendo al Estado privar a la ciudadanía de su libertad y patrimonio, son tres las condiciones que debe reunir, precisamente por la peligrosidad de los instrumentos que utiliza para imponerse. En primer lugar, una severa autolimitación: sólo puede sancionar conductas socialmente dañosas que afecten a las necesidades esenciales de la convivencia social, aquéllas consideradas como tales por un amplísimo

consenso social y que requieren de esa respuesta. De lo contrario, cualquier acción inocua daría cobertura al uso de la fuerza por el Estado, que podría usar ese instrumento para imponer posiciones o valores no asumidos colectivamente dejando de ser herramienta de convivencia asumible por la sociedad para convertirse en mecanismo de imposición del poder que una parte de ella ostenta. Dada la lesividad del medio, la ausencia de necesidad en la sanción es, en sí misma, causa de deslegitimación. En segundo lugar, pesa sobre el lenguaje del derecho penal un deber: el de no cercenar derechos fundamentales o de no disuadir de su ejercicio. El contenido de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución es el fundamento de la legislación penal, no es un límite ajeno que actúa en contradicción con ella. **La función del derecho penal debe ser la protección de los espacios de libertad de la ciudadanía.** Cuando no cumple esa función, desborda su fundamento y ya sólo puede procurar justificación en el propio poder como fin per se. Por ello, ha advertido el Tribunal Constitucional que el ejercicio de un derecho nunca puede ser delito. En otro caso, el lenguaje de la prohibición (Código Penal) se impondría al de las libertades (Constitución). Por último, el derecho penal tiene el deber de expresarse de una forma determinada. Debe formularse con palabras que tengan tanta precisión como sea posible, empleando en la definición términos concretos y verificables en la realidad. Si se utilizaran palabras vagas e imprecisas, la constatación de si la conducta observada merece o no atención penal, no dependería del legitimado para decidirlo (aquel poder legislativo que se quiere elegido y controlado democráticamente) sino de los prejuicios ideológicos de quien en cada caso aplicara la ley (policía, fiscal o juez) que no hallaría en la propia norma el necesario límite a su poder.

La regulación en materia de terrorismo ha constituido tradicionalmente un verdadero derecho de excepción, no sujeto a las condiciones indicadas, un cuerpo extraño que en los ordenamientos democráticos ha servido de excusa para permitir la salida de Leviatán de su oscuro sótano. Sin duda las acciones violentas que acostumbramos a denominar terrorismo han supuesto una sangría de inhumanidad e injusticia que reclamaron de una máxima atención. Pero, a partir de la evidente repugnancia que ciertos hechos producen, se van difuminando los consensos sobre cómo definir con precisión ese fenómeno y qué hechos merecen esa calificación. Disputa que incluso lleva a constantes imprecisiones en política internacional donde la etiqueta es sometida a los vaivenes de intereses geoestratégicos no siempre confesados. Así, no suele haber una definición precisa de lo que se entiende por terrorismo, y cuando se enumera el catálogo de actos que se sancionan bajo ese término no se distingue entre conductas por su gravedad o relevancia, o por el grado de intervención de quienes las realizan. Amparado el discurso en el repudio que ciertos hechos provocan en toda la sociedad, todo aparece castigado por igual. Además, continuando con ese proceso de expansión de la respuesta a un concreto fenómeno, y aprovechando la unanimidad de condena que aquél provocaba, se han terminado criminalizando actos que perfectamente pueden consistir en la mera emisión de ideas u opiniones. Y todo eso se hace utilizando un lenguaje tan evanescente que resulta complicado conocer los límites de lo que se sanciona, o que permite interpretaciones, aparentemente literales de la norma que superan la sanción del acto dañino para sancionar el acto simplemente incómodo. El poder de intervención penal, desde el policial al judicial carece del necesario control. **Al desdibujar los límites entre lo permitido y lo prohibido, cualquier acto es susceptible de ser investigado por la tríada policía-fiscal-juez instructor.** Y es que a Leviatán le gusta especialmente jugar con la incertidumbre y la inseguridad que crea la norma, más incluso que con la expresión directa de la prohibición.



Esta situación de base se ha agravado tras las últimas reformas del Código Penal. En primer lugar, el denominado “pacto antiyahadista”, ha llevado a cotas desconocidas la labor de demolición del lenguaje correcto del derecho penal. Si, tras esfuerzos interpretativos, se había logrado definir el terrorismo como la utilización de la violencia, negadora de derechos fundamentales y con pretensión de causar terror en la población, por parte de estructuras organizadas con fines políticos, tras la reforma desaparece la exigencia de que los delitos se cometan por personas integradas o colaboradoras con organizaciones terroristas. Cualquier persona puede cometer, individualmente, un delito de terrorismo. Además, ya no se exigirá la finalidad de subvertir el orden constitucional, bastará que se busque desestabilizar las estructuras económicas o sociales del Estado u obligar a los poderes públicos a realizar un acto, lo que permite calificar, en principio, como terrorista conductas muy diversas que no causan daño alguno.

Pero, ahondando en la misma línea, esta reforma se ha visto acompañada de la del delito de provocación al odio o a la violencia, que, saludada por un sector de la izquierda, lleva en su seno el germen del mismo mal: un lenguaje penal que no se ajusta a sus principios limitativos y disuelve el límite entre lo prohibido y no prohibido, vestido con ropajes de guerrero contra males absolutos que no se definen porque se presupone que se reconocen al verlos. **Un derecho penal, en definitiva, al servicio de las filas de la corriente ideológica que lo redacta, que se pretende única legítima.** Un derecho penal que se nutre de palabras vagas, abiertas a la discrecionalidad valorativa de los aplicadores a los que reclama compromiso ciego para llevar la sanción a donde no se ha definido con precisión. El efecto no se deja esperar: ese modelo de legislación militante acaba determinando un modelo militante de juez al que se reclama no como poder imparcial entre la norma y la ciudadanía, sino como parte de la lucha que se dice emprender. Cuanto más amplia e imprecisa es la norma penal, más poder se atribuye al juez para imponer su propia visión de lo perseguible. Y los riesgos de ello, en un contexto socioeconómico y político convulso, son evidentes.

El lenguaje del derecho penal ha de prevenir y castigar conductas, no otros lenguajes distintos. De otro modo, al cercenar el pluralismo, se acaba por establecer líneas divisorias entre los amigos y los enemigos. La paradoja es que ello conduce a tratar a todos los ciudadanos como enemigos, pues para perseguir al enemigo es preciso identificar previamente a quienes lo sean, por lo que todos estamos expuestos al abuso.

Sabemos que para prevenir los abusos se reconocen derechos. Pero los derechos son papel mojado si no se establecen, al mismo tiempo, garantías, entendidas como técnicas de protección de esos derechos. Una de esas técnicas es el control jurisdiccional, esto es, la vigilancia de la actuación del poder político por un poder distinto cuyo principal cometido es, precisamente, la protección de los derechos que reconocen la Constitución y las leyes, verificar que en el caso concreto se ha producido un hecho determinado al que la norma le asocia una consecuencia, y que aquéllo se

comprueba conforme a cánones constitucionales y ésta se interpreta conforme a los mismos. Por las características de la función atribuida, es especialmente importante que ese poder sea imparcial, y para ello debe ser independiente de otros poderes y de otras finalidades diversas a esas. No debe asumir como propia más función ni finalidad que esa: verificar el hecho, aplicar la norma. No debe procurar ser parte en lucha alguna. En cierto modo, la historia de la democracia es la historia de la reubicación de ese poder, el judicial, que va dejando de ser un apéndice del poder político para convertirse en una instancia de control del mismo. Que el camino no se ha recorrido del todo (probablemente, nunca terminemos de recorrerlo) lo evidencia la subsistencia de la figura del juez instructor, un eco de tiempos pretéritos.

En pocas palabras, si el juez llamado a garantizar los derechos de la persona investigada es el mismo sujeto institucional que, en estrecha relación con la fiscalía y la policía, dirige la investigación contra aquélla, mal podrá realizar su función imparcialmente cuando, de hecho, es parte investigadora. En nuestro caso, la secuencia detención policial-petición fiscal de prisión provisional-acuerdo de prisión provisional por el juez instructor, coparticipando todos los sujetos del contexto investigador, es un ejemplo de esa pervivencia. Pero es que, además, tratándose de delitos de terrorismo, la investigación y enjuiciamiento se atribuye en exclusiva a cuerpos especializados que desarrollan su trabajo en el ámbito de un órgano especial, la Audiencia Nacional; de modo que la concentración de la dirección de la investigación y el enjuiciamiento de asuntos de una enorme trascendencia política en unos pocos jueces y fiscales, que manejan continuamente informaciones que les suministran unos cuerpos policiales de élite, no sólo repercute negativamente en la imparcialidad de los jueces. Además, es fuente generadora de sesgos, que llevan a los jueces a buscar y sobrevalorar las pruebas que apuntalen la hipótesis del peligro inherente a la conducta concreta e ignorar los elementos que no la respalden. Ello compromete seriamente el rol judicial de control de garantías. En especial, frente a las amenazas estatales a la libertad.



La prisión provisional, la privación de libertad de la persona investigada durante el proceso fue, durante la vigencia de la inquisición, una consecuencia inevitable del arranque de todo proceso que se iniciaba precisamente con el encierro y tortura de esa persona ya que, en realidad, no se investigaba un hecho hipotético sino a la persona. Hoy día sigue existiendo como mal necesario sólo legítimo cuando procura unas muy estrictas finalidades, pero como institución sobre la que pesa un aura de ilegitimidad ante la paradoja que encierra: se priva de libertad a una persona durante un proceso para saber si, al final del proceso, debe o no ser privada de libertad. Ese componente de ilegitimidad hace que en las democracias la prisión preventiva deba ser la excepción y nunca la regla. Una excepción sólo justificada cuando no haya otras alternativas para evitar el riesgo de fuga de la persona investigada, el de destrucción de pruebas o la posibilidad de que se reitere el delito, siendo esta última finalidad más sospechosa que las anteriores por ir referida a conductas futuras y que requiere de un peligro concreto y específico de hechos determinados. Ahora bien, en la práctica,

una vez afirmado por un juez que un hecho puede constituir un delito de terrorismo, tanto la gravedad de las penas como la resonancia mediática del término, como la coincidencia en el juez del estatuto de investigador-garante de derechos dejarán poco espacio para la libertad. Especialmente si quien afirma que ha existido un acto terrorista es el mismo juez al que una ley penal de excepción, no sujeta a sus principios limitadores, apodera para imponer su propia visión de lo que debe castigarse. Definido un hecho como terrorista, todo lo que lo rodea es grave, urgente, excepcional, extraordinario. No hay espacios para la racionalidad, la proporcionalidad de todo ejercicio de poder queda dinamitada.

Nuevos factores hacen más compleja la situación. Por un lado, tras el asalto neoliberal a las posibilidades reguladoras de las instancias democráticas, el pacto social ya no se funda en la asunción por los Estados de la obligación de erradicar las causas económicas y sociales de la vulnerabilidad y la incertidumbre de la ciudadanía (paro, desigualdad económica, explotación laboral...) que se dicen en manos de los Mercados. En esa tesitura, el poder político precisado de legitimación, procura refundar ese pacto en la redefinición en clave penal de todos y cada uno de los conflictos e incidentes desplazando el foco de atención de la inseguridad causada por el mercado a la inseguridad personal vinculada con el delito y el terrorismo global. Leviatán nos cuenta cuentos de brujas para justificar su presencia junto a nuestras camas. En este contexto se ubica el sobredimensionamiento del discurso victimológico en un triple plano: la expansión ilimitada del concepto de víctima, que abarca a cualquier persona afectada por cualquier hecho con independencia de su gravedad o circunstancias. Por otro lado, la creación de la propia categoría de víctima, que supone que la persona que ha padecido un hecho queda eternamente vinculado al mismo pues, más allá de sus circunstancias siempre será definida por esa concreta relación con el hecho, dando, además, a esa categoría una suerte de superioridad moral por el hecho de haber padecido, y no sólo en referencia a ese hecho sino a cualquiera sobre el que se pronuncie. Por último, la consideración de que debe ser, siempre y en todo caso, ultraprotegida, en especial, frente a la palabra. Frente a la aparente empatía con las víctimas que pudiera hacer comprender en parte ese discurso, a poco que se observa, aparece claro que sólo serán consideradas como tales en tanto asuman como propias las finalidades y opciones del poder que las ha definido. De esa forma, aquella persona que se aparte del discurso que se espera de ella como tal víctima será repudiada, incluso con más saña que la empleada con el victimario. El caso de Irene Villa y el trato que ha soportado por su admirable respuesta es paradigmático en este sentido.

Por otra parte, nuestras sociedades en red, fruto de la expansión de las comunicaciones electrónicas y telemáticas, plantean novedosos retos políticos y jurídicos, pues las ventajas del acceso inmediato a un permanente flujo de información no están exentas de riesgos. Entre ellos, el que el acceso masivo a la información pueda magnificar hechos anecdóticos carentes de relevancia, convirtiéndolos, por su sola difusión masiva, en problemas exigidos de solución inmediata. Nuevamente, eso sí, observamos que serán magnificados aquellos hechos que coincidan con determinados intereses y en cuanto permitan agrandar la amenaza del aparente mal. Además, el abuso del cliché en el lenguaje, del estereotipo que no pretende describir sino valorar, como forma de travestir la información que nos desborda (el "terrorista" como fantasma omnipresente), actúa como espejo deformante de la realidad, generando esos cuentos de brujas que nos deben hacer agradecer a Leviatán la protección que nos concede a costa de nuestros derechos.

Sobre los viejos cimientos, estos factores entran en relación circular: una imagen descontextualizada transmite un estereotipo que activa una falsa sensación de peligro y de afectación a hipotéticas víctimas, sensación multiplicada por la difusión masiva de esa imagen, convirtiendo el hecho en un verdadero problema requerido de atención inmediata. La combinación con un lenguaje penal inadecuado y un sistema de persecución penal desenfocado y deficitario en términos de garantías, terminan por precipitar la salida de Leviatán de su enclaustramiento.



No queremos obviar la relevancia del terrorismo y del discurso del odio, sino llamar la atención sobre los riesgos que para el Estado democrático derivan del empleo de determinados instrumentos y recursos para definir y combatir esos fenómenos. Uno es el de la ineficacia. Pero hay otra consecuencia demoledora: el miedo. La puesta en libertad de los artistas encarcelados, producida tras cinco días de encierro, si bien mitiga la atención mediática, deja intacto el daño causado, cuyos efectos son duraderos. Más allá de la adopción de otras medidas cautelares y de la continuación del proceso, el mensaje transmitido a la ciudadanía es inequívoco: cuidado con las palabras. Y no es un problema imputable a los policías, fiscal y juez concreto que intervinieron, y que procedieron sobre la base de lo que la ley penal parecía permitirles. El problema es más complejo, y radica en la propia configuración de la organización política y jurídica, en la degradación del lenguaje de las leyes penales y en la asunción acrítica de determinados discursos. Todo ello facilita que se produzcan hechos como este. Por desgracia, no se trata de un caso aislado. El incremento gradual de la persecución penal de ciudadanos que vierten sus opiniones en las redes sociales, de músicos, por las letras de sus canciones, o de otros artistas, por el contenido de sus obras, nos pone sobre la pista de la magnitud del problema. Pero, también, la llamada a esa misma respuesta penal por colectivos de izquierdas o progresistas cuando discrepan de algún mensaje. Tengan o no éxito las llamadas a la represión, suponen por si solas asumir como propio el discurso de la necesidad del límite al lenguaje. El abordaje de estos problemas es todo un reto que debemos afrontar como sociedad política desde una premisa clara: **cuanto más espacio dejemos al lenguaje del derecho penal, más se estrechará el espacio para el debate político** y social, para la producción artística, para el discurso filosófico, en definitiva, para todo aquello que nos distingue como seres humanos y hace que merezca la pena estar vivo, ámbitos que se atrofiarán y harán que nos volvamos temerosos, cobardes y raquíticos.