

La pena en una sociedad democrática*

El Derecho Penal mínimo como ley del más débil

Una reflexión sobre la pena —es decir sobre el rol y los límites de la sanción penal y específicamente de la pena carcelaria— en una sociedad democrática requiere de una precisión inicial sobre lo que debe entenderse por una “sociedad democrática”. “Sociedad democrática” alude evidentemente a un genérico parámetro axiológico: el deber ser de la pena en una sociedad basada en los valores de la democracia. Debemos decir entonces, que la relación entre derecho penal y democracia es muy particular. En efecto el derecho penal es el terreno en el que, en forma más emblemática, se expresan los límites de la “democracia política”, entendida ésta expresión en el sentido de poder y voluntad del pueblo, y por tanto de la mayoría.

Si este, y sólo este, fuera el sentido de “democracia”, resultaría excluida cualquier posibilidad de fundar una axiología democrática y garantista del derecho penal. Un derecho penal, “democrático” en tal sentido se orientaría inevitablemente hacia formas de derecho penal máximo, es decir, al máximo represivo, privado de límites y garantías. Ello por dos motivos: Ante todo porque el punto de vista de las mayorías conduce a concebir el derecho penal como un instrumento de defensa social —es decir de prevención de los delitos, y por tanto de defensa precisamente, de las mayorías no desviadas— contra los atentados a la seguridad provenientes de las minorías desviadas; y es claro que el parámetro de la máxima utilidad posible de los no desviados no sólo no proporciona criterios para limitar o minimizar la aflicción de la pena, sino que proporciona, por el contrario, criterios para maximizarla. La idea de la defensa social, sostenida hace un siglo Francisco Carrara, tiene como resultado inevitable el terrorismo

* Traducción de Mauricio Martínez.

penal. En segundo lugar, porque la desviación provoca siempre la movilización de la mayoría, que se asume ella misma, como “no desviada”, contra la minoría de los desviados, percibidos por ella como “diversos” y fuente de peligros sombríos. Si después de la aparición de la obra de Beccaria *De los delitos y de las penas* en torno a ella se hubiese realizado un referéndum, éste habría recogido sólo el consenso del mismo Beccaria y de alguna docena de sus amigos.

Todo esto significa que entre garantismo penal y democracia política, entre seguridad y libertad, entre defensa social y derechos del sindicado y luego del enjuiciado y del detenido, existe una antinomia. La batalla por el garantismo penal, ha escrito Norberto Bobbio, ha sido siempre una “batalla de minorías”.

Existe, sin embargo, un segundo sentido, o mejor una segunda dimensión de la “democracia” —no antitética, sino complementaria a la de la “democracia política”— que permite entender los fundamentos axiológicos y conjuntamente los límites del derecho penal y de la pena: se trata de la dimensión que resalta la democracia como “democracia constitucional” o “de derecho”, y que tiene que ver no con quién está habilitado para decidir (precisamente la mayoría), sino con lo que no es legítimo decidir por ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad. Una dimensión con respecto a la cual, de nuevo, el derecho penal representa e históricamente ha sido el terreno emblemático de reflexión y elaboración: el de la construcción del Estado constitucional de derecho. Esta esfera de lo “no decidible” —el sobre qué no es lícito decidir (o no decidir)— no es sino lo que en las constituciones democráticas se ha convenido sustraer de la voluntad de las mayorías. ¿Y qué es lo que las Constituciones, esos contratos sociales en forma escrita que representan los pactos constitucionales, establecen como límites y vínculos para las mayorías, precondiciones del vivir civilizado y simultáneamente razones mismas del pacto de convivencia? Esencialmente dos cosas: la igualdad de los ciudadanos —sean ellos desviados o no— y la garantía de sus derechos fundamentales, primero entre todos la vida y la libertad personal, pues no puede existir voluntad de mayorías, ni interés general, ni bien común o público, frente a los cuales ellos puedan ser sacrificados. “Ningún hombre —escribió Beccaria— ha donado gratuitamente parte de la propia libertad a favor del bien público”. En efecto, “[...] fue la necesidad la que presionó a los

hombres a ceder parte de la propia libertad: él está entonces seguro de que nadie quiere poner en depósito público sino la mínima porción posible, la suficiente para inducir a los otros a defenderla, [...]; todo lo demás es abuso y no justicia, es hecho, más no derecho”.

Si este es el límite impuesto al poder punitivo por la razón misma del pacto constitucional que lo ha originado, la sola justificación del derecho penal que pueda ser proporcionada, en alternativa a las hipótesis abolicionistas, es que él logre ser instrumento de defensa y garantía de todos: de la mayoría no desviada, pero también de la minoría desviada; que por ello se configure como derecho penal mínimo, es decir, como técnica de minimización de la violencia en la sociedad: de la violencia de los delitos, pero también la de las reacciones a ellos; en suma, que él cumpla un doble objetivo: no sólo la prevención y minimización de los delitos, sino también la prevención de las reacciones informales a los delitos y la minimización de las penas.

Es claro que un paradigma similar se contrapone no sólo a las tradiciones de las doctrinas retribucionistas de la pena —Kant o Hegel— que son el fruto de una concepción supersticiosa y vengativa de la relación entre delito y pena, sino también a las tradicionales doctrinas utilitaristas de la prevención o defensa social, sean ellas de la prevención general o de la prevención especial, las cuales asumen como punto de vista y parámetro la utilidad solamente de la mayoría no desviada. Contra este utilitarismo dividido, el paradigma del derecho penal mínimo asume como única justificación del derecho penal su papel de ley del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regiría en su ausencia: no, entonces, genéricamente la defensa social, sino la defensa del más débil, que en el momento del delito es la parte ofendida, en el momento del proceso es el imputado y en el de la ejecución penal, el condenado.

De aquí el nexo que une el modelo de justificación del derecho penal mínimo —como justificación sólo *a posteriori*, es decir, respecto de la efectiva capacidad del derecho de minimizar no sólo la violencia de los delitos sino también la de las penas— con el garantismo. Las garantías penales y procesales, en efecto, no son sino las técnicas dirigidas a minimizar la violencia y la potestad punitiva: es decir, a reducir en lo posible los delitos, la arbitrariedad de los jueces y la afflictividad de las penas.

Cuestión criminal y cuestión penal en la actualidad

Si ahora examinamos nuestro derecho penal, debemos constatar que él se encuentra bien lejos de un tal modelo de justificación, precisamente el del derecho penal mínimo. Y lo está hoy más que nunca, después del desarrollo en los últimos veinte años, de dos fenómenos convergentes: la transformación tanto de la cuestión criminal como de la cuestión penal.

Ha cambiado ante todo la cuestión criminal. En efecto, es de estos años el desarrollo de una criminalidad nueva, de la cual provienen las ofensas más graves a los derechos fundamentales y a la convivencia civil: la criminalidad del poder, en la doble forma de los poderes criminales; es decir, de la criminalidad organizada de la mafia y de la *camorra*, pero también los crímenes del poder, desde los atentados hasta las intenciones de golpes de Estado, desde las tramas de los poderes invisibles hasta la gran corrupción organizada. Se trata de una criminalidad relativamente nueva, que es tal vez el signo más perverso de la crisis profunda por la que ha atravesado en estos años nuestro sistema político. En un doble sentido: ante todo en el sentido en que esta nueva criminalidad es —directamente en lo concerniente a los delitos de los titulares de los poderes públicos, indirectamente en lo relacionado con los poderes criminales— el producto de una degeneración de la política; en otro sentido, evidenciado tantas veces, pero más recientemente por Rossana Rossanda, por la incapacidad del sistema político de afrontarla con los instrumentos de la política, de tal manera que sólo el derecho penal ha estado interesado, con el inevitable efecto de una acentuación del rol político de la jurisdicción penal.

Pero ha cambiado simultáneamente la cuestión penal. Si ha crecido la criminalidad del poder, no ha crecido para nada, sino al contrario disminuido —al menos para los delitos más graves, como aquellos contra la integridad personal (homicidios, lesiones, violencia sexual)— la criminalidad tradicional de los sujetos marginados. Y sin embargo, no obstante la reforma carcelaria de 1975 y la ley *Gozzini* de 1986, ha aumentado enormemente en estos años el número de detenidos, que en los años noventa se ha casi duplicado en relación con el de hace veinte años, sin que haya habido cambio alguno de la calidad de la población carcelaria, conformada principalmente por sujetos débiles

y marginados —toxicodependientes (en un tercio) y emigrantes (en un cuarto)— condenados por hechos de microcriminalidad. En fin, contemporáneamente ha aumentado, con motivo de la inflación de la legislación penal, el número de procesos, que se cuentan hoy en millones cada año y que sin embargo terminan en un montón de absoluciones, preclusiones, suspensiones condicionales de las penas y similares.

Tenemos de este modo, en Italia, la convivencia de tres derechos penales: el de las grandes investigaciones sobre la mafia y la corrupción, sin duda el más conforme, más allá del sacrificio de las garantías, con la finalidad propia del derecho penal de prevención de los delitos; el derecho penal, que llamaré “burocrático”, que se manifiesta en un trabajo tan inútil —o aún dañoso— como ineficiente y dispendioso, y que corresponde al grueso de la justicia penal; en fin, el de la represión efectiva, manifestado principalmente en la reclusión carcelaria, aunque para delitos no graves, de sujetos débiles y marginados. La cárcel —fuera de la espectacularidad de los grandes procesos y de la enorme cantidad de sujetos involucrados en la justicia penal— en resumen, sigue siendo un instrumento de control y de represión social reservado a los sujetos marginados. Tóxico-dependientes, emigrantes y jóvenes subproletarios son en cantidad creciente los destinatarios principales, con motivo del aumento del desempleo y la pobreza, de la crisis simultánea del Estado social y de sus prestaciones asistenciales, y por otro lado de las crecientes presiones represivas que animan a la opinión pública, movilizándola contra los sujetos débiles y diferentes. Contra ellos la justicia penal es extraordinariamente rápida y “eficiente”. También porque el clima de emergencia en el que vivimos desde hace más de veinte años, junto con el consenso adquirido por la judicatura en las investigaciones contra la gran criminalidad, extendido de hecho a todas sus actuaciones, han legitimado en estos años la pérdida de todas las garantías, ante todo las de la defensa, y han avalado, sobre todo frente a la microcriminalidad marginada, prácticas sumarias y veloces.

De allí ha resultado una desproporción enorme entre la carga de sufrimientos ocasionados con la cárcel y la poca relevancia social de los delitos castigados con la detención preventiva y, por otro lado, entre la gravedad de las ofensas ocasionadas por la criminalidad del

poder y la tan enorme como inútil mole de procesos generados por la inflación de la legislación penal. Dos desproporciones que representan una clamorosa confirmación del nexo señalado, asegurado por el paradigma del derecho penal mínimo, entre eficiencia y garantismo: es decir, entre el papel de defensa social del derecho penal y la reducción tanto de la esfera de los bienes merecedores de tutela penal como del grado de aflicción de las penas.

De aquí la necesidad de un replanteamiento de todo el derecho penal: tanto del sistema de los delitos como del sistema de las penas. Veinte años de legislación de emergencia, de inflación penal y del progresivo decaimiento del sistema de las garantías han producido una pérdida de legitimación de la justicia penal que es sólo contingentemente cubierta por la legitimación falseada, proveniente del consenso popular frente a las grandes investigaciones. De aquí sobretodo, la necesidad y urgencia de que se abra finalmente —después de años de leyes excepcionales, de conflictos y choques institucionales, de tensiones políticas, de incomprensiones y el corporativismo del mundo de la justicia— un período de reformas capaces de refundar sobre bases racionales y garantistas el derecho penal.

La justificación del derecho penal exigido por el modelo ilustrado aquí de derecho penal mínimo, es decir, la respuesta positiva a la clásica pregunta “si, y para qué castigar”, depende, en efecto, de la respuesta racional que nuestro sistema político esté en capacidad de dar a otras dos preguntas: qué y cómo castigar. Dos cuestiones relacionadas respectivamente con los objetivos justificadores del derecho penal —las ofensas por prevenir y las reacciones a las ofensas por minimizar— y que imponen hoy una doble estrategia reformadora: una drástica despenalización de los delitos, con la consecuente supresión de las penas, una drástica desprisonalización, es decir, la limitación de la cárcel solamente para las ofensas más graves e intolerables contra los derechos fundamentales.

Qué castigar: la despenalización

Empezaré por la primera cuestión, “qué castigar” y por el tema de la despenalización. Me limitaré a dos observaciones, ambas banales. La primera relacionada con el nexo entre derecho penal mínimo

y eficiencia, entre garantismo y rol de defensa social del derecho penal. Es claro que nuestra maquinaria judicial podrá afrontar con mucha mayor eficiencia y con mucho mayor respeto de las garantías las ofensas más graves provenientes de la potente y gran criminalidad, entre más sea reducido al mínimo, dirigiéndose exclusivamente a los delitos más graves. La segunda observación se relaciona con el nexo entre derecho penal mínimo y credibilidad del derecho penal. La incertidumbre jurídica, la incognoscibilidad y la irracionalidad del derecho penal generadas por la inflación legislativa, en efecto han eclipsado los confines entre esfera del ilícito penal y esfera del ilícito administrativo e incluso de lo lícito, transformando el derecho penal en una fuente oscura e imprevisible de peligros para cualquier ciudadano, sustrayéndole su función simbólica de intervención extrema contra las ofensas más graves y ofreciendo por ello el mejor terreno de cultura a la corrupción y al arbitrio.

Una despenalización sería debería por ello apuntar, antes que la reducción de la tutela penal sólo para los bienes que consideramos fundamentales, a la reducción de la esfera de los bienes que nos podemos permitir considerar fundamentales sólo a las ofensas, que de manera real, consideramos pueden ser juzgadas decentemente por nuestro sistema judicial, aunque reforzado en sus medios y estructuras. En esta perspectiva serían despenalizados, además de los innumerables delitos bagatelares, todas las contravenciones y todos los hechos castigados con penas pecuniarias, salvo que se considere, por su gravedad —pensamos en las violaciones en el ámbito de la seguridad del trabajo o del medio ambiente— necesario castigarlos más seriamente como delitos de peligro. Pero me doy cuenta que todo esto requiere una más amplia argumentación. Lo que es cierto, es que habría que reescribir la tabla completa de los bienes penalmente protegidos, relacionados por el código fascista y enormemente ampliada por el legislador republicano.

Cómo castigar: la desprisonalización

Mucho más relevante es la segunda cuestión —cómo castigar— y el tema ligado a ella, la desprisonalización.

Creo que los tiempos han madurado para poner en discusión la

centralidad de la cárcel como pena principal en nuestro sistema penal. La cárcel, como sabemos, ha sido una invención moderna: una gran conquista buscada por el iluminismo humanitario como alternativa a la pena capital, a los suplicios, a las penas corporales, a la picota pública y otros horrores del derecho penal premoderno. Con la cárcel la pena se volvió incruenta y se configuró como pena igualitaria, legalmente predeterminada, susceptible de medición y cálculo: privación de un tiempo abstracto de libertad, exactamente cuantificable y graduable por la legislación y luego por el juez, en relación con la gravedad —en abstracto y en concreto— de los delitos castigados. Pero el grado de civilización de un país, advertía Montesquieu, se mide y progresa según la benignidad de sus penas. Es posible, entonces, dar hoy, a una distancia de dos siglos, un nuevo salto de civilización: destronar la reclusión carcelaria de su rol de pena principal y paradigmática y, si no abolirla, al menos reducir drásticamente su duración y transformarla en sanción excepcional, limitada a las ofensas más graves contra los derechos fundamentales (como la vida, la integridad personal y similares), las únicas que justifican la privación de la libertad personal, que es también un derecho fundamental garantizado.

Es necesario reconocer, por otro lado, que la cárcel ha sido siempre, en sentido contrario a su modelo teórico y normativo, mucho más que la privación de un tiempo abstracto de libertad. Inevitablemente ella ha conservado múltiples elementos de aflicción corporal, manifestada en las formas de vida y de tratamiento, y diferenciadas de las penas corporales antiguas sólo en cuanto no se concentran en el tiempo, sino que se prolongan por toda la duración de la pena. Además, a la aflicción corporal la pena carcelaria agrega la aflicción psicológica: la soledad, el sometimiento disciplinario, la pérdida de sociabilidad y de afectividad y por tanto de identidad, además de la aflicción específica ligada a la pretensión reeducativa y en general a cualquier tratamiento dirigida a doblegar y transformar al prisionero. De hecho, en consecuencia, la reclusión posee un contenido aflictivo que va mucho más allá de la privación de la libertad personal, resultando afectada la mayor parte de los otros derechos vitales de la persona.

Tanto las aflicciones físicas como las psíquicas, en fin, le quitan a la pena carcelaria sus caracteres de igualdad, de tipicidad, de legalidad y de jurisdiccionalidad. “El gran principio que debe regular el uso de

esta especie de pena es que la ley debe determinar la duración y el objeto de la pena”, escribía Filangieri hace dos siglos; y agregaba: “[...] en el estado actual de las cosas ordinariamente el juez es quien fija la primera y un verdugo el segundo”. Obviamente después de dos siglos han mejorado las condiciones de las cárceles: pero no ha cambiado, sino, por el contrario, agravado, la atipicidad e imprevisibilidad de los contenidos de la detención. Estos contenidos varían profundamente según la clase de detenido, de la discrecionalidad de las autoridades carcelarias, pero sobre todo de las condiciones de vida en los diferentes establecimientos carcelarios, y confieren por tanto a la pena detentiva, en contraposición a la proclamada certeza e igualdad, un carácter sustancialmente arbitrario y desigual: Rebibbia y San Vittore, Poggioreale y Volterra, Ucciardone y Regina Coeli, equivalen cada una a un régimen carcelario diferente. Sin contar la diferenciación de la pena introducida en Italia, como en todos los países avanzados, con la señal de su programática transformación en “tratamiento” individualizado y personalizado sobre la base de la “observación científica de la personalidad” del detenido y de sus “carencias fisio-psíquicas”—según el lenguaje del siglo XVIII y paleopositivista de la ley de 1975— dirigido a corregir al detenido, a transformarlo y a readaptarlo forzando su libertad interior.

La cárcel es entonces una institución al mismo tiempo iliberal, desigual, atípica, al menos en parte, extralegal y extrajudicial, lesiva de la dignidad de la persona, penosa e inútilmente aflictiva. Nacida del proyecto iluminista de mitigación y de racionalización de las penas, ella no parece a su vez idónea —porque no es pertinente o porque es innecesaria— para satisfacer ninguna de las dos razones que justifican la sanción penal: no la prevención de los delitos, dado el carácter criminógeno de las cárceles destinadas desde siempre a funcionar como escuelas de delincuencia y de reclutamiento de la criminalidad organizada; no la prevención de las venganzas privadas ni de las penas informales, satisfecha en las sociedades modernas por los medios de comunicación mucho más que por la expiación de la cárcel, por la publicidad del proceso y por el carácter simbólico y estigmatizante de las condenas. De esta institución, cada vez más pobre de sentido, de esta “máquina enloquecida” como la ha llamado Manuzzi, que produce un costo de sufrimientos no compensado por ventajas apreciables para

ninguno, resulta por ello justificado en una perspectiva de largo plazo, su superación: lo cual no significa —para evitar equívocos— superación de la pena, que equivaldría de hecho, más allá de las ilusiones de sus partidarios, a un sistema de derecho penal máximo, salvaje y/o disciplinario.

Mientras tanto, en espera de los largos tiempos en los cuales está destinada a madurar la abolición de la pena detentiva, exigencias elementales de certeza y de justicia hacen necesaria a corto plazo su drástica reducción, a través, por un lado, de la restricción de su duración, y por otro, de la disminución de sus posibilidades de aplicación, sustituyéndola en muchos casos por medio de un amplio abanico de penas, aunque limitativas de la libertad pero no segregativas.

La reducción cuantitativa de la duración de las penas significa ante todo la supresión de la cadena perpetua, y en segundo lugar una drástica reducción del límite máximo de la reclusión: límite que, como he sostenido muchas veces, no debiera superar los quince años, como lo es en Dinamarca y en Alemania, y sobre todo, como lo es también potencialmente en Italia, cuando se concedan los beneficios discrecionales previstos por la ley ‘Gozzini’.

Se trata del objetivo reformador seguramente más importante. El argumento principal de las sentencias de la Corte Constitucional números 264 de 1974 y 274 de 1983 para mantener la cadena perpetua —e indirectamente el límite de 30 años de la reclusión— consiste de hecho, en que gracias a los beneficios previstos en la reforma penitenciaria de 1975 y luego en la ley ‘Gozzini’, la duración máxima de dichas penas, puede bajar en la práctica a 20 e incluso a 15 años: la pena perpetua —se dijo en sustancia— es legítima porque de hecho no es perpetua. El resultado de la introducción de los beneficios y por tanto de la flexibilidad de la pena, ha sido así el de legitimar teóricamente el mantenimiento de penas elevadísimas, y prácticamente la aplicación de penas más severas en previsión de su reducción en la fase de ejecución.

Por otro lado, la introducción de los beneficios ha estado siempre a su vez justificada, también por quien no comparte las ideologías correccionalistas en que se inspiraron, por el hecho de que una persona, a distancia de decenios de la condena, es de todas formas diferente a la que fue condenada: en otras palabras, como un remedio a la exce-

siva duración de las penas. Existe, en sustancia, un círculo vicioso y perverso en las argumentaciones con las cuales la flexibilidad de las penas y su larga duración se legitiman recíprocamente.

Debemos entonces preguntarnos si no es el caso de romper este círculo vicioso. La reforma carcelaria de 1975 y luego la ley ‘Gozzini’ de 1986 fueron saludadas como conquistas de civilización pues servían para mitigar y humanizar las penas en cumplimiento del artículo 27 de la Constitución. Por años, en el clima de emergencia que ha pesado continuamente en la política penal de nuestro país, una reducción legislativa de las penas ha parecido irrealista y por tanto se ha escogido la vía compromisoria de una posible atenuación en fase de ejecución: con el resultado, agravado por las reducciones de penas introducidas con la institución de la negociación, de una separación estructural entre pena legislativa, pena judicial y pena carcelaria concretamente ejecutada.

Después de veinte años de flexibilidad en el que se ha visto duplicar la población carcelaria, me pregunto si finalmente, antes que defender la enmienda al defecto de la larga duración de las penas, no haya llegado el momento de eliminar el defecto, con todos los costos que ello comporta: la incertidumbre de la pena; su desigualdad; la falta de correspondencia entre pena legislativa, pena irrogada y pena ejecutada, que es además la sustancia del principio de legalidad de las penas; el arbitrio extralegal y extrajudicial a la cual resulta confiada la concreta dosimetría de la pena; en fin, el menoscabo de la libertad interior del detenido, violatorio del primer principio del liberalismo: el derecho de cada uno de ser y de permanecer como es, y por tanto la prohibición para el Estado de entrometerse en la personalidad psíquica del ciudadano y de transformarlo moralmente mediante medidas premiales o punitivas irrogadas por lo que él es, antes que por lo que él hace.

El segundo objetivo de una política de desprisonalización es el de la limitación de la cárcel sólo para los delitos más graves y la previsión para el resto, ante todo para los patrimoniales, de una lista más amplia de penas: limitativas de la libertad o de otros derechos pero no consistentes en la segregación, es decir, en la privación integral de la libertad personal, que deposita cuerpo y alma en una institución total y es por tanto una mezcla de pena corporal y de pena disciplinaria.

Los tipos de pena que pueden ser hipotizados como alternativa a

la detención son numerosos y variados, pudiendo tener por objeto facultades singulares incluidas en la libertad personal, o bien derechos diversos y menos extendidos: como muchas de las actuales medidas alternativas, desde la vigilancia especial hasta la semilibertad y el sometimiento a prueba, que privan sólo parcialmente de la libertad personal y que deberían convertirse en penas directamente previstas por la ley e irrogada por el juez antes que discrecionalmente negociadas en sustitución de la cárcel en la fase de ejecución; o los arrestos domiciliarios, la residencia obligatoria o la prohibición de residencia, los cuales privan de la libertad de circulación; o penas patrimoniales como el decomiso de los instrumentos del delito, por ejemplo del vehículo en los delitos cometidos con él; o, en fin, las penas interdictivas que deberían pasar de penas accesorias a penas principales, las cuales privan o restringen determinadas facultades de las que ha abusado el implicado: el retiro de la licencia de conducción, la revocatoria de licencias comerciales o de habilitaciones profesionales, la interdicción de cargos públicos, etcétera.

Es además evidente que los enormes gastos representados en el sostenimiento de la población carcelaria actual podrían destinarse a mejorar las condiciones de vida y de sociabilidad al interior de las cárceles y a fomentar las relaciones de los detenidos con el mundo externo, tal como lo prevé la primera parte del párrafo tercero del artículo 27 de la Constitución.

Recodificación penal y cláusula de reserva

Despenalización y desprisonalización representan evidentemente un compromiso reformador en capacidad de concebir, a una distancia de sesenta años del Código Rocco, un nuevo código penal.

En los últimos veinte años nuestra política criminal ha sido siempre una política de emergencia, sin asesoramiento de un diseño teórico, privada de toda dimensión axiológica, cuyo resultado ha sido un derecho penal máximo, al mismo tiempo inflacionario e ineficaz y una justicia que de hecho golpea preponderantemente la pequeña delincuencia. Una política caracterizada en todos los niveles por una fuga de las responsabilidades, expresada en un conjunto de representaciones en cadena. La doctrina penal parece haber renunciado al papel

crítico y propositivo que la caracterizó en los orígenes iluministas y se conforma en la actualidad con contemplar la legislación existente, a nombre de un malentendido juspositivismo. La legislación, privada de respaldo axiológico y confiada únicamente a la política coyuntural, a su vez ha renunciado a la tarea de escoger los bienes fundamentales merecedores de tutela penal, descargando sobre la jurisdicción funciones de control sobre las infracciones más dispares, incluidas las que deberían someterse a los controles políticos y administrativos. La jurisdicción, en fin, ha delegado a su vez la determinación concreta de la pena para la fase de ejecución, confiándole la función de adecuar el contenido y la duración a la improbable valoración de la personalidad del condenado y, de hecho, a las contingentes exigencias administrativas de la cárcel.

Es significativo además, que en medio siglo de historia republicana las únicas reformas hechas hayan sido la penitenciaria y la procedimental, y que el problema de la inflación de los delitos y del exceso de las penas haya estado siempre rodeado de correctivos extrapenales, como la negociación en la fase judicial o las medidas alternativas en la fase de ejecución: como si el derecho penal —es decir el sistema de delitos y penas— fuese una especie de fenómeno natural y todo replanteamiento hubiese precluido cual espejismo utópico.

Hoy es posible abrir un período reformador, metiéndole mano a una reforma del código penal, orientada a la minimización y a la racionalización del derecho penal como condiciones, simultáneamente, de eficiencia y garantismo. Sin embargo, considero, ni siquiera una seria reforma de los códigos será suficiente para superar la crisis que afecta irreversiblemente hoy al derecho penal. Lo demuestra la breve y desoladora historia del nuevo Código de Procedimientos Penales, en vigencia desde hace sólo cuatro años, pero desarticulado por el decreto 'Martelli' en 1992, con la primera y además previsible reagudización de la emergencia mafiosa.

Por esto quisiera concluir presentando una última propuesta, sobre la cual he insistido muchas veces y deseo repetir hasta el cansancio, siempre que tenga oportunidad de hablar y de escribir sobre derecho penal: la introducción en la Constitución de una *reserva reforzada de código* contra las intervenciones de excepción y de ocasión por parte del legislador ordinario.

Las reformas de los códigos están destinadas a fracasar, como un inútil trabajo de Sísifo, si no van acompañadas de esta nueva y específica garantía: una metagarantía, por así decirlo, dirigida a proteger las mismas garantías penales y procesales frente a la legislación de excepción, y al mismo tiempo, a poner freno a la inflación penal que hoy ha hecho regresar al derecho penal a una situación de sustancial descodificación, no diferente a la premoderna, en la que el cúmulo de fuentes, la indeterminación de las leyes, la incertidumbre de las competencias y el predominio de la práctica, habían generado en la cultura iluminista la exigencia del código, como sistema claro, unitario y coherente de prohibiciones y castigos, en defensa de la libertad de los ciudadanos contra el arbitrio de los jueces. Hoy —después de la declaración de bancarrota del derecho penal que ha sido la sentencia de la Corte Constitucional N° 364 de 1988 que archivó como irrealista el clásico principio penal de la exculpabilidad por *ignorantia legis*— aquella exigencia se volvió, como entonces, igualmente urgente. Es un imperativo pues, la cláusula de reserva, contra la incertidumbre del derecho generada ahora no sólo por “[...] aquella *juris prudentia* o “sabiduría de los jueces desordenados” de la que hablaba Thomas Hobbes (*Leviathan*, xxvi) hace tres siglos, sino por la misma legislación, no menos inflacionaria, incoherente y ‘desordenada’.

Esta cláusula de reserva debería implicar que todas las normas sobre delitos, penas y procedimientos deben estar contenidas en los códigos penales sustantivo y procesal y que no puedan ser introducidas sino mediante una reforma aprobada por procedimiento legislativo calificado. Se trata de una medida indispensable para retornarle credibilidad al derecho penal y para restituirle a su naturaleza de *extrema ratio*. Por más compleja y voluminosa que fuese una nueva codificación orientada por el principio ‘todo lo penal en los códigos, nada fuera de los códigos’, lo sería mucho menos que el actual cúmulo de leyes especiales; para que por lo menos la prohibición de legislar en materia penal y procesal obligue al legislador a hacerse cargo siempre de la unidad y coherencia del conjunto. Por lo demás, si es cierto que el derecho penal incide en la libertad de los ciudadanos ello tiene una relevancia *cuasi*-constitucional, y no sería admisible que se le deje cotidianamente expuesto a los humores contingentes de las mayorías de gobierno y al sobrevenir de cada vez nuevas emergencias.