

LA CRISIS INTERPELA ÉTICAMENTE AL DERECHO PUNITIVO (Y, EN ESPECIAL, AL MINISTERIO PÚBLICO)

Resumen: La crisis económico-financiera que estamos padeciendo constituye un factum esencial de gravísimas consecuencias. Está modificando la estructura social española, buena parte de las conquistas en materia de derechos humanos y cambiando los estilos de vida de la sociedad. Sus consecuencias son atroces sobre los sectores de población más vulnerable. El Derecho, que encuentra su legitimidad en la lucha contra el sufrimiento humano, procurando la satisfacción de las necesidades de todas las personas procurada por la Justicia, no puede permanecer impasible ante este drama. Tampoco los operadores jurídicos y mucho menos el Ministerio Público que, al modo del Pretor Romano, se ve comprometido en su triple munus: Custos Legis, Defensor pauperum et Promotor Iustitiae.

José Luis Segovia Bernabé
Profesor de Moral Social y Política de la Universidad Pontificia de
Salamanca en Madrid. Jurista-criminólogo.

1.- PRAENONTANDAE

Presentaré mi intervención en forma sintética, tratando de recoger la exposición que en esta Jornada del Grupo Parlamentario sobre “Otro Código Penal es imprescindible” será más narrativa que especulativa o teórica. La reformulo después de un amplio debate días atrás con mi buen amigo Angel Prieto Gómez, conductor que está instalando las conducciones del aire acondicionado del Congreso de los Diputados, para que sus señorías estén más fresquitas. Advierto que, por ser ética, mi perspectiva es crítica y, por tanto, inevitablemente tensional y orientada hacia lo negativo mejorable. La moral siempre supone en tensión lo que hacemos y aquello que debiéramos hacer. Ello no impide, sino todo lo contrario, reconocer con agradecimiento y cariño el papel de excelentes fiscales, con altísimo nivel técnico y una grandísima humanidad y sensibilidad (me temo que las dos cualidades son sinérgicas y se presentan juntas). Sin embargo, lo que se nos pide es un enfoque interpelador. En una situación cómo la que se vive en las periferias no podríamos hacer otra cosa.

Las inevitables preconcepciones del mundo y de la vida, que tanto condicionan a los juristas a la hora de decidir (malo es que no nos apercibamos de ellas), están inexorablemente condicionadas por la propia *biografía* y por la *bibliografía*. Las experiencias vitales (buenas y malas) y las fuentes de las que nos nutrimos (que pasan por el diario que leemos, nuestra emisora favorita, y hasta nuestras aficiones) condicionan nuestra forma de ver el mundo. También de ubicarnos ante la crisis; más todavía la forma de asumir nuestro papel profesional.

Decía Ortega y Gasset que, cuando alguien actúa en público y lanza un mensaje, la audiencia tiene que interrogarse acerca de “el suelo, el subsuelo y el adversario del hablante”. El suelo es lo que se dice. Pero es igualmente importante saber el “desde dónde”, el subsuelo de quien discurrea. Por eso hago confesión pública de las atalayas desde las que contemplo la realidad. Una es el ejercicio profesional como

abogado durante cerca de dos décadas, siempre en el campo del derecho penal y penitenciario y siempre defendiendo a quienes no pudieran pagarse un letrado particular, desde el convencimiento y la militancia en que “Otro Derecho Penal es posible”. Otra es una parroquia del barrio de Vallecas en la que ejerzo el ministerio de cura y en la que se visibilizan como nunca los estragos de la crisis en los ancianos, los niños y los migrantes. El trabajo multiplicado de nuestros voluntarios de Cáritas llega a paliar tan solo un poco tanto dolor como produce la vulnerabilidad social que acaba conduciendo a la exclusión. La tercera es la Universidad, en la que soy profesor de Ética Social y Política y desde la que participo en Foessa y su Observatorio sobre la realidad social que periódicamente aporta datos sobre el impacto de la crisis¹. ”). Finalmente, el área jurídica de la Pastoral Penitenciaria católica, desde la que tratamos de repensar el sistema penal, enderezar sus yerros y humanizar y dignificar la situación de las personas privadas de libertad. Cuatro perspectivas complementarias que, con su inevitable subjetividad, me proporcionan la visión del tema encomendado y en las que la fe religiosa no distorsiona en nada, sino todo lo contrario, la confianza en los seres humanos y en su capacidad de mejorar personal y comunitariamente. Por fin, el adversario es el dolor evitable y la inequidad; en definitiva, el escándalo del sufrimiento evitable que constituya la injusticia (sobre todo cuando se produce ante el silencio o la inadvertencia de los “buenos”).

En este último sentido, hace poco acababa el libro *Los Juristas del Horror* de Ingo Müller². Se preguntaba el autor cómo era posible que en una situación excepcional como la del régimen nazi, la mayoría de los juristas, prestigiosos muchos de ellos, continuasen haciendo las mismas cosas que hacían anteriormente y contemplasen la realidad con los mismos ojos con los que lo hacían antes de que se instaurase este terrible totalitarismo. Naturalmente, no pretendo establecer ningún paralelismo entre aquella situación, probablemente sin parangón en la historia de la humanidad, y la actual crisis, pero si quisiera llamar la atención sobre las dificultades que tenemos los hombres y mujeres del Derecho para superar eso que algún autor ha llamado el “autismo de la ciencia jurídica”, esa tendencia al repliegue sobre sí misma, a quedar prisionera del formalismo (tan necesario, por otra parte, por supuesto) y a olvidar ese principio que, de manera tímida pero sensata, introduce el legislador en el Código Civil para una recta hermenéutica, al señalar que las normas se interpretarán” atendiendo a la realidad social del momento”.

No es mi intención preconizar un uso alternativo del Derecho, ni una utilización instrumental del cuerpo normativo al servicio de siempre discutibles criterios ideológicos. Esos intentos de instrumentalizar la ciencia jurídica, aun cuando fueren bienintencionados, presentan serios riesgos a medio y largo plazo. Mi invitación es otra: se trata de ser honestos con lo real y cumplir con aquello que se corresponde con la vocación más noble del Ministerio Fiscal, prefigurado, de algún modo, en el Pretor Romano. Siempre me ha parecido que el Ministerio Público se ha esforzado poco en deshacer esa imagen de “malo” que tiene en el imaginario colectivo. Probablemente, no ha puesto suficientemente el acento en las dimensiones eminentemente sociales de su cometido y que en momentos de crisis debieran ser prioritarias.

¹ El último, bien reciente, es del ORS (Observatorio de la Realidad Social) de Cáritas: *VIII Informe sobre la realidad Social* (octubre 2013). Cf. <http://www.foessa.es> Revela la fractura social que se está produciendo en España, el aumento de la vulnerabilidad social, las consecuencias de la precarización de los derechos sociales y económicos, el desbordamiento de las familias para seguir conteniendo los efectos de una economía que genera población sobrante y, en general, la multiplicación del número de pobres en lo que constituye un cuadro inédito en la historia reciente de España.

² MÜLLER, Ingo, *Los juristas del horror*, Alvaro Nora Ed., Bogotá-Colombia, 2009.

2.- SER HONESTOS CON LO REAL

No quiero entretenerme demasiado en multiplicar los datos estadísticos de la realidad. Pero no puedo dejar de hacer algunas constataciones objetivas. El *VI Informe Foessa*³, dejaba meridianamente claras varias cosas que sintetizaré a los efectos que nos interesan.

La crisis nos confronta con el sentimiento humano más universal e identificable: el dolor y el sufrimiento humano. Son éstos justamente los grandes desafíos de la Justicia. Al servicio de minimizar el sufrimiento evitable se pone el Derecho. Ese es su primer elemento de legitimidad ética. Esta dimensión no es solo una cuestión de discutible filosofía del Derecho, constituye un elemento transversal a todos los poderes del Estado, que tienen encomendado el combate contra el sufrimiento evitable en forma de desigualdad (cf. art. 9 de la Constitución Española). Naturalmente, implica a los operadores jurídicos y, de manera muy especial, a quienes tienen encomendada la defensa del interés general protegido por la ley.

Es preciso desengañarse. La crisis que padecemos no es coyuntural. El modelo de sociedad que ha identificado crecimiento económico con desarrollo era errático. Nos habíamos olvidado del “desarrollo humano integral” de todo el ser humano y para todos los seres humanos. En efecto, desde 1980 a 2006 mientras crecían las macromagnitudes económicas, la desigualdad se disparaba en mayor proporción (sobre todo en España: más que en Grecia o Portugal). Las bolsas de pobreza se consolidaban y avanzaba paso a paso una dualización social que con la crisis del 2007 no ha hecho sino explotar. Pero, nunca insistiremos bastante, la crisis no es un “novum”. Las raíces de la crisis beben de los años 70 y del cambio de modelo productivo (y cultural): de un modelo imperfecto, pero que generaba riqueza y empleo y tenía algunos mecanismos de redistribución a través de la acción del Estado, hemos venido derivando a un modelo de capitalismo especulativo (basado en modelos econométricos de crecimiento exponencial, incapaz de generar empleo y que hace del lucro y la deshonestidad su razón de ser). En el fondo, nada como la clarividencia de los clásicos: hemos pasado de la *economía* (busca satisfacer necesidades) a la *crematística* (se centra en el lucro como fin en sí mismo, Aristóteles dixit).

El presidente del FMI, Dominique Strauss-Kahn, afirmaba poco después de la primera explosión del 2007 que estamos ante una “crisis sin precedentes, la mayor crisis financiera jamás vista, porque parte del corazón del sistema que son los EEUU. Pareciera que Occidente “cae ahora en la cuenta” de que estamos en crisis. Sin embargo, parece olvidarse de que durante los años de bonanza económica todos nos habíamos olvidado de *que de la crisis muchos no habían salido jamás*. Un Continente entero, África, el “pecado de Europa” en palabras del economista fallecido Luis de Sebastian⁴, parece estar trágicamente enclavada en la misma, mientras es despojada por China y otros países. Incluso bastantes trabajadores habían caído en la complacencia de que no se vivía tan mal. La *cuestión de la pobreza se cayó de la agenda política, de la conciencia social* y, a veces también, de las *prioridades de la Iglesia en España*. Parecía que era algo muy colateral, que afectaba a poquísimos y que, sobre todo en los últimos años, se cernía casi exclusivamente sobre “los de fuera”. Hasta que afectó a los “de dentro” y el Ibex-35 cerró el 28 de octubre de 2008 el peor día de sus 21 años de

³ VI INFORME FOESSA (2008), *Exclusión y desarrollo social en España*, Fundación Foessa-Caritas Española, Madrid, 2010.

⁴ SEBASTIÁN, Luis de, *África, pecado de Europa*, Trotta, 2006.

historia: pasó de 15000 a 7905 puntos. Tuvo más de un 40% de pérdidas en el 2008. Tanto la FED norteamericana, como el Banco Central Europeo, o los Bancos Nacionales se aprestaron a inyectar miles de millones de dólares al sistema financiero para evitar el colapso en un, hasta entonces, inédito ejercicio de intervencionismo estatal –sin excesivas contraprestaciones- que consagraba el peligroso principio de “privatizar las ganancias y socializar las pérdidas”.

Un dato de “la realidad social”, imprescindible para una recta hermenéutica jurídica, es que, antes de que “entrarse” en la crisis la población llamada “socialmente integrada”⁵, muchos otros “no habían salido jamás de ella” (los sectores sociales más vulnerables y las consolidadas bolsas de exclusión social). No se debe obviar que antes de la crisis financiera había “crisis social” y “crisis de valores”. En efecto, desde los 90 el patrón distributivo en España se ha caracterizado por una mantenida desigualdad en las rentas de mercado sin mejoras visibles en la capacidad redistributiva de las prestaciones monetarias⁶: la tasa de pobreza se ha mantenido constante y el gasto social 6 puntos por debajo de la media europea. Al mismo tiempo, la otrora sociedad del crecimiento estaba atravesada por la fragilidad de los sistemas sociales de protección. Con ello estaba comprometido el pleno acceso a los bienes básicos, fundamento de la integración y de la cohesión social. Si esto era así antes de la crisis, no es difícil imaginar cómo es y cómo será después de entrar en recesión.

La crisis constituye también una *cuestión antropológica*. Las universidades, especialmente las facultades de ciencias económicas, empresariales, administración de empresas y escuelas de negocios no son ajenas a la idea extendida (casi a modo de pensamiento único) de que el ser humano es simplemente “un ser egoísta racional e interesado susceptible de elecciones diversas”. De esta concepción parten todos los manuales de macro y microeconomía neoclásicos: consagran el individualismo materialista y propietario como paradigma de lo humano. Parece que están pensando en una persona de raza blanca, perteneciente al club de los países del Norte, de clase acomodada y consumidora y que se encuentra en la entrada de un supermercado. Nada que ver con la identidad, vocación y destino de la persona y del género humano dotado de dignidad constitutiva, sociabilidad, apertura al otro, capacidad para el bien, la verdad y la belleza y, por consiguiente, llamado a realizar en la tierra el anhelo de justicia a cuyo servicio está el Derecho y todos sus operadores jurídicos. Por eso, con Kant, la persona es “un fin-en-sí” y no puede ni debe ser instrumentalizada por las estructuras sociales, económicas y políticas. Ni siquiera con fines de prevención general, ni buscando efectos ejemplarizantes con las penas (no deja de ser un modo de provocar dolor tarifado –N. Christie- con espurios objetivos instrumentales).

De lo visto, en especial de las dos notas de las que el Club de Roma nos venía apercibiendo en la década de los 70 (la imposible sostenibilidad y universalidad del modelo), podemos sacar una conclusión que asusta a muchos: de esta crisis no se puede, ni se debe salir. Sobre todo, si por “salir” entendemos volver a los estilos de vida anteriores: especulativos, inmorales consumistas, materialistas, individualistas... Será preciso evolucionar hacia otro modelo de desarrollo que articule el mercado como espacio para el intercambio, el Estado como el regulador natural y garante de los derechos y la sociedad civil con su protagonismo indelegable. Para esto, habrá que introducir una auténtica pedagogía de valores y virtudes públicas como la solidaridad,

⁵ Así se denominan las ciencias sociales a quienes cuentan con trabajo estable, ingresos fijos y una red de relaciones sociales de las que participar. No será necesario insistir en qué grado de precarización social están alcanzado estos ítems entre la clase media.

⁶ Cf. AYALA, Luis, (coord.): *Desigualdad, pobreza y privación*. Colección Estudios. Fundación Foessa, Madrid, 2009.

la austeridad, la honestidad, el cuidado del otro, la delicadeza hacia la naturaleza, la prioridad de los más vulnerables como criterio referente e indicador de si se avanza o se retrocede.

Por otra parte, a pesar de una general inacción política y jurídica, esta crisis tiene responsables. Es una crisis “factum” y no “fatum”: tiene personas y estructuras causantes. Zamagni la llama “entrópica”.⁷ Alguien sin hipotecas debería decir la verdad del papel embaucador de las agencias de calificación de riesgos que engañaron (y engañan), a las entidades financieras que nunca han querido socializar los beneficios pero que se aprestan a socializar las pérdidas. Los mismos que demandaban un Estado no regulador de los mercados financieros ahora piden (y obtienen) ayudas financieras, mientras queda a su albedrío el ejecutar las hipotecas y dejar a familias enteras literalmente en la calle (a ellos y a sus avalistas: a veces abuelos). Por no hablar de engaños como las preferentes, etc., etc...

En todo caso, la crisis nos ha pillado un tanto de sopetón, al menos a Occidente y, desde luego a los ciudadanos que han tardado años en tomar conciencia de ella. Teóricamente no era tan difícil predecir que nos íbamos a dar el batacazo, sobre todo después de haber visto hace unos pocos años cómo y por qué se pinchaba la burbuja de los famosos punto.com. Sin embargo, como reconocía no hace mucho una alta ejecutiva financiera, íbamos todos como en el Tour de Francia: pedaleando desesperadamente por llegar a la meta los primeros. Cuando se corre el rumor que en la línea de meta se abre un precipicio, todos de primeras se lo niegan; miran de reojo a los demás corredores y nadie hace ademán de detenerse o, al menos, reducir la marcha. “Mierda, detente tú primero” parecía ser el lema. Así, todos, unos tras otros, se fueron precipitando por el abismo que se abría tras la línea de meta, mientras, eso sí, los mismos que reclamaban la autosuficiencia y desregulación de los mercados financieros se aprestaban ahora a reclamar el auxilio de lo público. Efectivamente, en los últimos años se venía produciendo una desregulación *de los mercados financieros* (sin suficientes controles, ni exigencias de transparencia en el tráfico de capitales) y una tendencia a centrarse en la oferta merced al paulatino influjo del *pensamiento neoliberal* (Friedman, Hayek...). Sacralizaron el libre mercado y la propiedad y plantearon la reducción del Estado a un mínimo (Nozick). Cuanto todo ha reventado, los mismos que preconizaban el “Estado mínimo” y el libre mercado como asignador eficiente de recursos, han empezado a clamar solicitando medidas intervencionistas y reclamando el dinero ¡de todos! ante su alarmante falta de liquidez y en algún caso incluso de solvencia. En realidad, ya se habían anticipado con estas demandas tras la debacle del 11-S en el que se experimentaron las serias limitaciones del solo mercado para reflotar el sector de la navegación aérea tan tocado por los atentados.

Seguramente no es ajeno a todo esto, la idolatría que reclamaba el sistema: alguno con tintes mesiánicos llegó a proclamar nada menos que “el fin de la historia y el último hombre” (Fukuyama), vamos, una suerte de cielos nuevos aquí en la tierra de la mano, claro está, del neoliberalismo (lo más anti-liberal que existe, por cierto). Por eso, por nuestros pagos no fue ni un político ni un economista, ¡faltaría más!, el que nos advirtió de la debacle que se avecinaba, sino ¡un novelista! No resisto mencionar algunos retazos de un, cada vez más célebre y premonitorio, artículo titulado “Los amos del mundo”⁸, escrito diez años antes de que los hechos le dieran tristemente toda la razón:

“Usted no lo sabe, pero depende de ellos. Usted no los conoce ni se los cruzará en su vida, pero esos hijos de la gran puta tienen en las manos, en la

⁷ ZAMAGNI, Stefano, *Por una economía del bien común*, Ciudad Nueva, Madrid, 2012.

⁸ PÉREZ REVERTE, Arturo, “Los amos del mundo”: diario ABC, Semanal, 15 de noviembre de 1998.

agenda electrónica, en la tecla intro del computador, su futuro y el de sus hijos... Usted no tiene nada que ver con esos fulanos porque es empleado de una ferretería o cajera de Pryca y ellos estudiaron en Harvard e hicieron un máster en Tokio –o al revés-, van por las mañanas a la bolsa de Madrid o a la de Wall Street, y dicen en inglés cosas como long-term capital management, y hablan de fondos de alto riesgo, de acuerdos multilaterales de inversión y de neoliberalismo económico salvaje como quien comenta el partido del domingo... No crean riqueza sino que especulan. Lanzan al mundo combinaciones fastuosas de economía financiera que nada tiene que ver con la economía productiva... Esto no puede fallar, dicen... Y de pronto resulta que no. De pronto resulta que el invento tenía sus fallos y que lo de alto riesgo no era una frase sino exactamente eso: alto riesgo de verdad. Y entonces todo el tinglado se va a tomar por el saco. Y esos fondos especiales muestran su lado negro. Y entonces -¡oh prodigio!-, mientras que los beneficios eran para los tiburones que controlaban el cotarro y para los que especulaban con el dinero de otros, resulta que las pérdidas no.... Y hay que socializarlas, acudiendo con medidas de emergencia y con fondos de salvación para evitar efectos dominó y chichis de la Bernarda... Así que podemos irnos amarrándonos los machos. Ese es el panorama que los amos de la economía mundial nos deparan, con el cuento de tanto neoliberalismo económico y tanta mierda, de tanta especulación y de tanta poca vergüenza”.

En definitiva, la crisis de 2008 no ha sido una crisis inevitable, sino *provocada y previsible*. Los operadores financieros la intuían, pero nadie dijo nada. Los *bancos* dejaron de hacer funciones de intermediación financiera (facilitar el dinero de los que sí lo tienen a los que no, a cambio de una comisión) y entraron en el ámbito de la inversión especulativa, mucho menos reglamentado que la banca tradicional y ya sin ninguna finalidad de atender necesidad: sólo servía a los intereses de la ganancia fácil y no generadora de riqueza social. Tuvieron como aliadas a las entidades de calificación de riesgos financiero que no han tenido ningún escrúpulo en mentir descaradamente. *La economía creció ficticiamente*. La mayor parte de las operaciones no han tenido el trasfondo de una operación comercial o de prestación de servicios. No generaron plusvalías a la tierra, al trabajo o al factor conocimiento. Se trataba de especulación improductiva que no creaba riqueza. Pura burbuja financiera⁹. No se ha tratado de una crisis de ineficiencia o de falta de profesionalidad y competencia de los operadores financieros. Fundamentalmente, ha sido una crisis de arrogancia (Samuelson), de decencia (Abadía) o, yendo más al fondo, “ética y cultural” Hemos fallado en nuestro deber de responder: “Todos somos responsables de todos”. Algunos quizá más por la función pública que desarrollan y el servicio al interés general que está en la raíz de su vocación. Por eso, los juristas debiéramos tener, como dice Saramago en su *Ensayo sobre la ceguera*, “la responsabilidad de ver en un mundo de ciegos”.

3.- TRIPLE MUNUS DEL MINISTERIO FISCAL ANTE LA CRISIS

⁹ Sólo en 2008 el mercado de los CDO (producto financiero sofisticado) había crecido más de 60 billones de dólares, cuatro veces el tamaño de toda la economía norteamericana. Los nuevos productos suponen entre un tercio y la mitad de las transacciones diarias combinadas entre Londres y Nueva York y su tasa de crecimiento medio anual mundial ha duplicado a la tasa del crecimiento del PIB y de la formación bruta de capital fijo.

Consideradas las circunstancias en las que se produce la crisis y antes de desarrollar el triple cometido de la Fiscalía, me parece “honesto con lo real”, reconocer que el incremento de sensibilidad del poder judicial y de los representantes de la fiscalía ha sido producido en buena medida por haberse visto afectados igualmente por la crisis. El haber experimentado en la propia carne los recortes salariales y constatar la imposibilidad de mantener los niveles de vida llevados hasta antes de la crisis (proporcionales a unos ingresos esperados y tenidos como seguros) han contribuido bastante a empatizar con las víctimas de la crisis¹⁰. Se ha constatado lo que la sociología y la psicología jurídica tienen cada vez más claro: el operador jurídico ve el mundo desde su propia biografía (lo mencionábamos al inicio de este artículo) y su capacidad de ponerse en el lugar del otro: no necesariamente para darle la razón, pero sí para mejor comprender y hacerse cargo de su realidad. La crisis, en este sentido, nos ha “igualado” a todos bastante. Nos ha despertado de cierto letargo individualista y han emergido los dos sentimientos morales que nos sacaron de las cavernas: la compasión y la indignación. En suma, ha resurgido el primer grito que nos civilizó: ¡No hay derecho! No es casual que haya sido el poder judicial el que haya visibilizado el drama de los desahucios, patentizado en la expresión plástica de un juez: “No podemos ser el cobrador del frac de los bancos”.

En otro orden, conviene tener en cuenta que sociedad multiculturales con identidades complejas reclaman un perfil de Fiscal sensible a la diversidad, a la singularidad y, al mismo tiempo, preocupado por la igualdad. El Estado social y democrático de Derecho constituye una continua invitación para combatir lo que nos desiguala y a luchar por lo que nos diferencia. Todo, por supuesto, dentro de los límites ético-constitucionales que forjan la democracia como forma de participación política y expresión de la voluntad popular y los derechos humanos y su contenido esencial (no meramente formal). Naturalmente, todo esto implica saber mucho Derecho pero, al mismo tiempo, conocer y vivir muchas más cosas, sobre todo si se quiere ejercer dignamente una función pública con tantísima trascendencia.¹¹

Hechas estas consideraciones, y tomando como referencia algunas de las funciones del Pretor Romano, empezaré por la noble función de la Fiscalía como CUSTOS LEGIS. A estas alturas, apelar a Roma puede parecer una antigualla, pero, viendo cuál es la evolución del Derecho penal y la discutible evolución de la jurisprudencia en cuestiones que afectan a los principios y a derechos fundamentales, me parece muy pertinente.

No les puedo engañar. Mi impresión es que esa función se cumple con cierta insuficiencia. Me sería difícilísimo poner más de media docena de ejemplos en los que el Ministerio Fiscal haya aplicado el art. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procurando aportar no sólo los elementos adversos al reo, sino también los favorables. Naturalmente, excepción hecha de los, a mi juicio, en ocasiones, auténticos “chalaneos”

¹⁰ No se puede tener la misma percepción del hecho migratorio siendo Fiscal, nacido en el antiguo Protectorado de España en Marruecos, habiendo jugado con niños musulmanes y dominando el árabe dialectal, que si se ve a los extranjeros como los “otros”, desde una aséptica Fiscalía y mero objeto de determinadas diligencias para su expulsión. Me estoy refiriendo, como en todo lo que escribo, a casos absolutamente reales. Otro ejemplo de sensibilidad y distancia crítica frente al legislador en el trato de los extranjeros: ENCINAR DEL POZO, Miguel Angel, “Expulsión de extranjeros: el artículo 89.1 del código penal. un ejemplo de infortunio del legislador” en http://www.larevistilla.org/?attachment_id=161

¹¹ Quizá un sistema rotatorio que permita ver distintas fases del proceso pueda ayudar a enriquecer la perspectiva del Fiscal. Pasarse toda la vida pidiendo penas privativas de libertad y desconocer cómo se ejecutan efectivamente y qué ocurre con la persona para quien se instó una pena constituye una salvable pobreza.

para lograr conformidades y abreviar: conozco más de un caso en el que alguna persona inocente y su abogado no han querido “correr riesgos” y han pactado una pena pequeña con compromiso de suspensión de la ejecución, en vez de pelear una absolución¹². Para iluminar aspectos mejorables, a mi juicio, del Ministerio Fiscal en su papel de defensa estricta de la legalidad pondré algunos ejemplos reales. Como advertí al inicio de mi intervención, no pretendo generalizar ni hacer afirmaciones demagógicas: solo, por una vez, hago de fiscal del Ministerio Público” ;).

El primero es la “manía” (o anquilosamiento cultural) de sustituir la “interpretatio legis” por el seguidismo acrítico de las Circulares y las Instrucciones. Ante una reforma legal, algunos miembros del Ministerio Público se ahorran el comprarse libros y “perder tiempo” estudiando la doctrina y la diversidad de criterios entre autores solventes, porque inmediatamente de aprobarse la norma saben que van a contar con la “interpretatio” particular de la Secretaria General Técnica de la Fiscalía General del Estado que les da el trabajo hecho en forma de “legislación menor”. En una situación de crisis sin precedentes próximos en nuestro país, ahorrarse una interpretación rigurosa “ad casu” de la ley cercana a los actores dolientes que comparecen en el proceso, parapetándose en normas de inferior rango creo que no queda justificado por la naturaleza jerárquica del Ministerio Público. En efecto, a veces se deja mal parada a la víctima de un delito al utilizar los criterios cuantitativos de la FGE, en vez del baremo del daño corporal aprobado en el BOE. Un buen indicador de eso que llamaba Kant “la audacia de saber” (presupuesto de lo moral es siempre el conocimiento vital de la vida de las personas que están en el proceso) es la utilización o no del artículo del Estatuto del Ministerio Público que prevé una disidencia razonada con el criterio del superior. Eso también es defensa de la legalidad.

Tampoco visibiliza adecuadamente el ejercicio del papel de *Custos Legis* mantener acusaciones, de las que pende la vida de las personas, en base a simples “minutas” realizadas por persona distinta de la que sostiene la acusación en el acto del juicio. “Las minutas” y “las carpetillas” generan insanas patologías que impiden un cabal conocimiento de la causa y sus circunstancias. Si, además, del desarrollo del juicio se desprende una modificación de conclusiones, no son tantos los representantes del Ministerio Público con disposición para modificarlas explícitamente y justificarlo después. En el mejor de los casos, los “códigos de comunicación” entre el juez y el fiscal para quien lo ve desde el otro estrado a veces tienen su pizca de humor: “El Ministerio Fiscal da por reproducidas... y eleva a definitivas sus conclusiones. No obstante, si el Juzgador optara por la libre absolución, este Ministerio Público anuncia que no recurrirá”. Cualquier forma de comprensión funcional y burocrática (en la peor de las acepciones) del Ministerio Público es una afrenta al *munus* de *Custos Legis* rectamente entendido.

El tercer ejemplo lo pone el Presidente de una sección de la Audiencia Provincial especializada en lo penitenciario. Afirma, y lo creo a pies juntillas, que los escasos avances logrados en materia de derechos humanos, dignificación de la forma de ejecutar las penas, humanización del sistema han sido siempre... “¡A pesar del Ministerio Fiscal”!, que para algunos es el que siempre dice: “MF se opone”. Con excepciones, no han sido muchos los fiscales que han avalado la suspensión de

¹² En un estudio cuantitativo y cualitativo sobre la población reclusa española, al cruzar los datos, comprobamos con horror que existía un pequeño porcentaje de penados de los que manteníamos la indemostrable pero íntima convicción de su inocencia. Ello debe llevar a extremar el cuidado porque constituyen la peor perversión del sistema penal. Cf. GÁLLEGO, Manuel, CABRERA, Pedro, RÍOS, Julián y SEGOVIA, José Luis, *Andar 1 km. en línea recta. La cárcel del siglo XXI que vive el preso*, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 2010.

ejecuciones de expulsiones de MENAS sin garantías, o que hayan visitado el CIE¹³ o que se entrevisten con las víctimas, etc. De manera más o menos consciente, en determinados ámbitos (Instituciones Penitenciarias, Fiscalía) se produce un insano “desplazamiento del riesgo”: Diciendo “no” a una suspensión, a un permiso, a una progresión de grado no se corre ningún peligro y que el que existe los asuma Su Señoría. Lamentablemente, aunque existen datos de los quebrantamientos de condenas y fugas en permisos (mínimos por cierto y correlacionando en proporción inversa con la humanidad de las Juntas y la intermediación judicial)¹⁴, no se ha baremado el impacto criminógeno que tiene una clasificación no efectuada o un permiso no dado: a veces consolidan la cronificación delincinencial. Con todo, las injusticias que se pueden cometer en una Junta de Tratamiento o en un Juzgado de Vigilancia (con la anuencia del Fiscal) no se ven, no se sienten, socialmente no se perciben y, hasta socialmente, pueden ser aplaudidas.

No puedo dejar de mencionar la facilidad con que se producen privaciones de libertad de los ciudadanos y las amplias facultades de las que, por vía de hecho y sin un Ministerio Público que supervise eficazmente, gozan las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Basta ver alguno de los programas de TV que siguen la vida cotidiana de la Policía en una gran ciudad para, en algunas ocasiones, sonrojarse con lo que se oye y se hace. ¡Y eso con las cámaras delante! Además, en sede judicial, uno tiene la sensación de que, a veces, sobre todo en cuestiones de poca importancia, se aplica la máxima de “lo comido por servido” a la hora de ajustar las condenas a las privaciones de libertad provisional instadas por la fiscalía y soportadas por el reo¹⁵. Honestamente, creo que hay un abuso de la prisión provisional. Aquello que debiera ser excepcional, por mandato legal, se ha convertido en práctica ordinaria, incluso, esto es lo peor, se va volcando al cuerpo normativo. La patología acaba siendo constituida en ley.¹⁶

En general, referido a todos los operadores jurídicos (otro día tocará cuestionar la ética -y la ciencia! o su ausencia- de muchos abogados, pero este es otro asunto), llama la atención lo poco que ha reflexionado el Derecho, a diferencia de la filosofía, la teología, la medicina, acerca del dolor humano. Sin embargo me parece que conviene no perder de vista que una función del Derecho es la prevención del sufrimiento y su minoración cuando este ha acontecido, buscando la paz social y que se realice el ideal de la justicia (“suum cuique tribuendi”) que no es otro que asegurar la cobertura de las necesidades de las personas. Cuando los actores jurídicos son sensibles, hasta el

¹³ Para ilustrarse sobre las alternativas legales al internamiento en los CIE, no está de más consultar, SÁNCHEZ TOMÁS. José Miguel, “*El mínimo sufrimiento imprescindible*”. *Alternativas al internamiento de inmigrantes irregulares*, Fundación Ciudadanía y valores, Madrid, 2012. En la web en: http://www.larevistilla.org/wp-content/uploads/2009/09/Sanchez-Tomas-Funciva-Alternativas-al-internamiento-de-inmigrantes-Minimo_sufrimiento_necesario.pdf

¹⁴ No nos extrañan los datos de algún estudio penitenciario que revela que las Juntas más renuentes a los permisos y clasificaciones en tercer grado (generalmente porque no se ha diseñado un adecuado programa individualizado sobre el interno) son las que soportan más quebrantamientos, incluso algunos incomprensibles como hacerlo meses antes de liquidar una larguísima condena. Por el contrario, las Juntas más humanas y que más dialogan con los internos y les exponen realísticamente posibilidades de futuro disminuyen drásticamente. Lo mismo se diga de los Juzgados. Son innumerables los presos a los que he oído decir: “Yo no puedo fallar a Don Fulano” (el Juez de Vigilancia).

¹⁵ Cuestión distinta y en la que no entraremos, es el tratamiento jurídico y penitenciario de los “presos estrella”.

¹⁶ En este punto, la reforma en curso del Código Penal presenta más de un ejemplo, pero esa es otra cuestión que nos llevaría por otros derroteros.

condenado marcha de la sala para la cárcel dando las gracias al tribunal (esto lo ha visto quien esto escribe)¹⁷.

Otra impagable función del Ministerio Fiscal, especialmente valiosa en tiempos de crisis es la de DEFENSOR PAUPERUM (título, por cierto, que también ostentó el Faraón de Egipto, con alguna competencia más que la Fiscalía, pues era defensor del “huérfano, de la viuda y del extranjero”¹⁸. En efecto, el tener encomendada por ley la especial protección de las víctimas, de los niños, de los incapaces o de los enfermos mentales otorga a esta función una nobleza sin parangón. Naturalmente hay quien se hace digno de esta encomienda, pero no siempre es esa la sensibilidad en toda la profesión.

Por no cansar, me referiré brevemente a la insufrible situación de los enfermos mentales en prisión¹⁹, con una sobrerrepresentación de más de tres veces sobre la población general. La precariedad afecta tanto de los sometidos a medidas de seguridad por inimputables (sea en Fontcalent sea en Sevilla II, que suman cerca de 400 plazas, privados de seguridad jurídica –sin régimen disciplinario, ni regulación de sanciones, permisos, etc.), como a aquellos que, a pesar de haberse apreciado una eximente incompleta y consiguiente medida, acaban con sus huesos en un módulo convencional de una cárcel común. Todo ello sin que nadie cuestione el incumplimiento del contenido material de una resolución judicial.

Soy un convencido de las bondades de la Justicia Restaurativa. Hoy, cuando hablo de ella, no me siento como hace una década, en esta misma aula, a sus compañeros fiscales que miraban con ojos escépticos. Hay una directiva europea, está en sucesivos proyectos del Código Procesal Penal y se ha instaurado en múltiples ámbitos: familiar, mercantil, escolar, etc. No poco del mérito lo tiene quien dirige este curso: desde el CGPJ, el fiscal Felix Pantoja García impulsó, animó y ayudó a protocolizar unas prácticas restaurativas que ahora mismo están extendidas por toda la geografía nacional y que incluso se están utilizando en la atención a las víctimas y recuperación de los infractores en supuestos de terrorismo.²⁰ Como saben, se trata de un modelo de resolución de conflictos que parte de una filosofía especialmente idónea en momentos de crisis. Trata de barajar elementos que son parecen esenciales a la hora de intervenir ante cualquier conflicto. La denominan la Justicia de las “3 R”²¹: responsabilización del infractor (que no necesariamente necesita desproporcionadas dosis de dolor en forma de condena); reparación del daño a la víctima (que,

¹⁷Las posibilidades de aunar reproche penal y reinserción en fase de ejecución son tantas como infrutilizadas. Cf. MARTÍNEZ ARRIETA, Andrés, “La reforma del código penal y las facultades judiciales en la individualización de la pena y la reinserción del condenado” en http://www.larevistilla.org/?page_id=90 Lamentablemente, no todos los fiscales ni magistrados tienen la sensibilidad que destila este artículo.

¹⁸ Cuando, merced al RD 16/2012, se cometió la inhumanidad de dejar a los extranjeros sin papeles sin cobertura sanitaria, el Libro del Levítico invitaba en el Oriente Medio a tratar al extranjero con el mismo Derecho que al autóctono, pues “acuérdate que tú fuiste extranjero en Egipto” (Lv 19,33-34). Lo mismo que nosotros en España que, merced a esta decisión, vamos a ver rebrotar enfermedades hasta ahora controladas. Ese también es el interés público tutelado por la ley. Otro caso de atentado contra los DDHH (*hard law*), a través del *soft law*, de la legislación débil. Esto es muy propio de las democracias de baja intensidad.

¹⁹ Cf. el Informe de la APDH-A *Enfermos mentales en las cárceles ordinarias* <http://www.derechopenitenciario.com/comun/fichero.asp?id=1374>

²⁰ Interesantísima la experiencia narrada en PASCUAL, Esther (coord.), *Los ojos del otro. Encuentros restaurativos entre víctimas y ex miembros de ETA*, Sal Terrae, 2ª edición, Santander, 2013.

²¹ Cf. RÍOS, Julián et alii, *La mediación penal y penitenciaria. Experiencias de diálogo en el sistema penal para la reducción de la violencia y el sufrimiento humano*, Colex, 3ª edición, Madrid, 2012.

constituyendo el máximo valor a proteger en el proceso penal, no debe llevar a considerarla directora de la política criminal); y restablecimiento de la paz social y la confianza mutua que fue quebrada por el delito. Naturalmente, el modelo implica que se repiensa todo desde la víctima y sus necesidades (la venganza es un deseo no una necesidad y no brota precisamente de lo mejor de lo humano). De ahí que sea fundamental la sensibilidad del Ministerio Fiscal hacia la víctima²² y descubrir cómo muchas veces la mediación es la forma de mejor responder a las necesidades materiales y emocionales de quien ha padecido un delito.

La defensa de los vulnerables no es una tarea supererogatoria. No es cuestión de pedir al Ministerio Público que se convierta en una ONG. Es más simple. Se trata de instar a que simplemente se cumplan las leyes y se procure que la tutela judicial sea efectiva y ninguna parte procesal quede en indefensión. Sólo apunto la situación de las personas detenidas, imputadas, enjuiciadas, condenadas... que son extranjeras y que no hablan la lengua española y el poco celo de algunos fiscales en procurar que esta evidente distorsión en las garantías se evite más que formalmente. Solo un cuerpo de traductores-interpretes titulados superiores²³ al servicio de la Administración de Justicia permitiría que este derecho quedase asegurado sustancialmente²⁴.

Por fin, con el Pretor, el Fiscal es el PROMOTOR IUSTITIAE. Precisamente por eso, no se entiende bien cómo no se ha encendido con más celo la promoción de la justicia en tantos ancianos de mi barrio engañados con las preferentes. Se han quedado a la intemperie económica un montón de abuelos, algunos, a su vez, sometidos a otro procedimiento que pone en peligro su vivienda por haber sido avalistas de sus hijos que no pudieron pagar el crédito hipotecario y se fueron a vivir a su casa.

Una promoción de la justicia mal entendida se orienta en una dirección equivocada. Sigo con el método narrativo que es el más descriptivo y el menos ideológico. Mi parroquia está al lado de un punto limpio donde se dejan los electrodomésticos que no funcionan, etc. Tengo que volver al Derecho romano: entonces, el Pretor decía “res relicta res nullius”. Fíjense lo que pasa ahora. El punto limpio está rodeado de tela metálica protectora... salvo en un par de lugares en que está forzada o rota y por los que se puede entrar perfectamente. Yo salgo a correr por ese parque y lo veo casi a diario: personas en situación de extrema pobreza se cuelan por los agujeros y cogen del punto limpio lo que los demás hemos tirado. Con cierta asiduidad, se coloca un coche de la policía (a veces camuflado) y cuando sale el señor rumano (suelen ser de esta nacionalidad) con un secapelos o un micro-ondas abandonado a través del agujero en la valla ya institucionalizado y nunca reparado es detenido con las manos en tan valioso botín. Lo malo no es eso. Lo indignante es que el/la Fiscal les

²² La víctima no solo está en el proceso penal. Muchos inquilinos, merced al artículo 131 de la Ley Hipotecaria, auténtico rodillo, son también victimizados desde una posición asimétrica con respecto a la otra parte procesal.

²³ Lo segundo, “interprete”, es sustantivo. Así lo acoge el Real Decreto 2002/2009, de 23 de diciembre por el que se modifica el Reglamento de la Oficina de Interpretación de Lenguas del Ministerio de Asuntos Exteriores.

²⁴ Me impresionó en su día el artículo de LUNA JIMÉNEZ DE PARGA, Pilar, magistrada de lo penal en Madrid, “El intérprete judicial. Ese intermediario emocional entre el acusado y el juez”, *Revista La Ley* (24 de marzo de 2010) [En la web: www.larevistilla.org] precisamente por reivindicar con un caso concreto lo que llama Adela Cortina “la razón cordial”: la importancia de los sentimientos a la hora de construir una interpretación del mundo o juzgar unos hechos. No me extrañó que un abogado dijera de esta juez que, además de rigurosa e impecablemente técnica, tenía corazón y que sus resoluciones “rompían las piedras”.

acusa de robo con fuerza en las cosas, en un alarde de rigor jurídico digno de mejor causa. A veces, por si fuera poco, al pequeño rifirrafe de tan ilegítima detención policial, se añaden imputaciones de resistencia, atentado, desobediencia a los mandatos de la autoridad, etc. Naturalmente, el atestado policial ha engordado los hechos y, después de ser asumidos acriticamente por la fiscalía, seguramente el abogado/a tampoco sabía nada de Derecho Romano... En fin, que uno tenga que estar pidiendo indultos y suspensiones de condena por estos hechos sin relevancia penal y que, además, comprometen la estancia en España de personas, reconozco que me subleva. A eso he venido llamando dolor evitable²⁵. Justo lo que debe evitar la promoción de la Justicia.

Fiscalías especializadas como la Anticorrupción Especial relevancia en momentos de crisis tienen unas que precisa de más medios y de garantías de independencia frente a las presiones políticas de uno u otro signo. Lo mismo se diga de la imprescindible colaboración que precisan de Hacienda, el Banco de España o la Asociación Española de la Banca, no siempre con la debida disposición para combatir la delincuencia por prepotencia. Asegurar los medios para que sea efectiva la independencia de los Tribunales constituye otra función del Ministerio Público.

Finalmente, me referiré a una cantinela que afecta a muchas profesiones jurídicas y no jurídicas: “eso no te incumbe”, “no te compete”, “no eres una asistente social”... encubre en muchas ocasiones falta de profesionalidad en el sentido más fuerte: no se profesa pasión por la Justicia. Es la ética del descompromiso y del individualismo suicida. Pero, lo reitero, no estamos pidiendo en absoluto fiscales superhéroes o que sean Teresa de Calcuta. Simplemente que sean responsables con su trabajo y cumplan con las previsiones del Estatuto que les regula. Afortunadamente existen no pocos ejemplos de ello.

4.- ALGUNOS DESAFIOS QUE EL ANHELO DE JUSTICIA RECLAMA

Resumiendo este amistoso compartir desde mis particulares atalayas, me atrevo a plantear algunos desafíos, especialmente apremiantes en tiempos de crisis. En realidad, tienen como destinatarios a todos los operadores jurídicos de todos los ámbitos (tribunales, universidad, etc.), sin embargo, considero que el Ministerio Fiscal, en razón de sus singulares cometidos, una responsabilidad muy especial.

a) *Que se humanice el Derecho penal.* Humanizar significa reconocer al otro²⁶. Ni la víctima es una mera prueba de cargo al servicio de una futura condena, ni el infractor es reducible a objeto de castigo y destinatario de la higienización social. Las personas no pueden ser tratadas como objetos, incluso aun cuando su comportamiento pueda haber sido enormemente desafortunado. El reconocimiento precisa apertura a la intersubjetividad y ello requiere contacto –inmediación-, comunicación, *lenguaje inteligible*, y una mínima capacidad de ponerse en el lugar del otro, por “muy otro” que

²⁵ Se pueden multiplicar los ejemplos. Si no se conoce el contexto, no se puede juzgar legítimamente. En Navidades, se multiplican los hurtos de juguetes en El Corte Inglés, en supermercados de barrio, los jubilados se llevan barras de salchichón (contra la voluntad de la propiedad, claro), extranjeros falsifican permisos de residencia con la foto de otro que trabaja y cotiza, se ocupan viviendas vacías por familias sin techo... No estoy preconizando la despenalización de los ilícitos, pero sí su contextualización y la aplicación del sentido común y la equidad.

²⁶ Un canto al Derecho vivido como efectivo reconocimiento del otro puede verse en RÍOS, Julián, *Arando entre piedras. Crónicas de sufrimiento y reconciliación de un abogado en la frontera*, Sal Terrae, Santander, 2013.

pueda ser. Esta humanización no precisa inversión dineraria. Singular relevancia tiene la intermediación judicial ¡y la de la fiscalía! (ausente a veces en momentos clave). La imparcialidad no consiste en desconocer o enterarse por la “minuta” de la que hemos hablado. Más bien, como apunta Ferrajoli, se trata de articular una actitud que impida contaminarse por el poder dominante en su defensa de la legalidad²⁷. Esto incluye vacunarse contra los medios de comunicación social, al servicio de intereses espurios y muchas veces auténtica arma electoralista en cuestiones sensibles como la inoculación del miedo al diferente.

b) *Humanizar la justicia penal reclama priorizar los hechos* concretos sobre la elucubración abstracta y el formalismo en que quedan atrapados los operadores jurídicos las más de las veces. Recuperar la centralidad y el protagonismo de los hechos. Para ello habrá que preguntarse qué ha pasado, por qué y cómo ha ocurrido y de qué forma se puede disminuir el riesgo de que vuelva a suceder. Sin embargo, no se contextualiza adecuadamente el delito (así no se entiende que haya gente que hurte para comer o cambie una foto de un documento para que pueda venir un hijo España y se encuentre con penas desmedidas), ni se singulariza suficientemente al infractor y a su víctima. Mucho menos tiempo ocupa saber las circunstancias personales, el proceso de socialización seguido por el infractor etc. por más que sean circunstancias que tienen directa traducción técnica en la pena a imponer. Un ejemplo de esto último es el art. 20.4 del Código Penal, aplicable a aquellos casos en los que concurren carencias en la socialización primaria (por fracaso familiar, escolar y/o laboral)²⁸.

c) *Humanizar exige también diversificar*, tratar de forma diferenciada lo que es distinto, individualizar adecuadamente la respuesta al conflicto social que introduce el delito. Ello supone avanzar en la superación de la, hasta ahora, única respuesta: la privación de libertad. Con uno u otro nombre –prisión o internamiento- va ampliándose el campo de acción de su idéntico contenido esencial (Incluso las personas inmigrantes en situación administrativa irregular son sometidos a un régimen netamente más restrictivo de derechos que el de la prisión provisional²⁹). Hay que superar la misma

²⁷ Cf. FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Barcelona, Trotta, 1997

²⁸ La nueva redacción dada a este artículo es introducida en nuestro CP por la reforma de urgente y parcial del CC de 1983, modificando la anterior redacción que restringía su aplicación al sordomudo carente de instrucción. Esta nueva fórmula se introduce por enmienda núm. 282 presentada por el Grupo Socialista al apartado 4º del art. 26 del Proyecto de 1980 que mantenía la normativa tradicional respecto a la sordomudez, proponiendo su ampliación extensiva a sujetos que sin padecer este defecto concreto, sufrieron alteración en la percepción, teniendo gravemente alterada la conciencia de la realidad sobre la base de la ausencia de una adecuada educación. Mediante el término “realidad”, la ley refleja la percepción de una realidad que se estructura en base a un determinado sistema de valores y normas sociales, indispensables para vivir en comunidad. La función perceptiva estaría ligada íntimamente a la vivencia de la realidad inmediata. La inimputabilidad vendría dada a consecuencia de la falta de comunicación e identificación de esa persona con el mundo normal, lo que impide un normal acceso a las pautas de su mundo circundante y por ende a la adecuada comprensión del conjunto de valores no sólo jurídicos, sino educativos, morales, éticos...En ausencia de profusa jurisprudencia, y de una explicación en la exposición de motivos, siguiendo a Carmona Salgado, la esencia de esta eximente radica en el anormal conocimiento de lo injusto provocado por la ausencia total o parcial de una educación adecuada que impide el sujeto mantener un contacto adecuado con el mundo externo. Se comprenden, según el profesor Quintero Olivares, las personas que, por proceder de ambientes nocivos, con sobrecarga de tensiones emocionales y conflictos psicológicos, penuria económica y estímulos culturales, ausencia de transmisión de valores, éticos, sociales, etc., ven seriamente comprometido el objeto de la función motivadora de la norma (la “appeal function”).

²⁹ Cf. Nota a pie de página núm. 13. Resultará muy provechoso consultar en la web <http://www.pueblosunidos.org/cpu/boletines/InformeCIE2011.pdf> PUEBLOS UNIDOS, *Miradas tras las rejas*, Centro Pueblos Unidos, Madrid, 2012 y MARTÍNEZ AGUILERA, Margarita (coord.), *Mujeres en el CIE*, Gakoa, San Sebastián, 2013.

respuesta-tipo para situaciones tan diversas como las de un drogodependiente que comete un robo para saciar su adicción, un inmigrante que falsifica el permiso de trabajo, un empresario que impone condiciones inaceptables a sus trabajadores, un muchacho que ha pasado 6 euros de hachís a otro. No será necesario un derroche de imaginación para pensar en fórmulas diversas a la prisión para dar respuesta a los hechos enunciados y minimizar la posibilidad de su reiteración. Humanizar significa agotar las posibilidades de la legislación.

d) *No se puede humanizar el sistema penal mientras se cierran los ojos a las consecuencias* de la aplicación del sistema penal. ¿Cómo es posible que el tribunal que condena a 15 años de cárcel a una persona no tenga ni la más remota idea durante todo ese tiempo de las condiciones efectivas de cumplimiento, de su evolución personal, las consecuencias reales de la pena sobre ella, incidencias en la ejecución etc., salvo que se produzca su fallecimiento o el licenciamiento de la condena? Tribunal y reo no se volverán a encontrar jamás. Al igual que los médicos en su formación pasan por la morgue, jueces, fiscales y abogados no debieran poder ejercer sin conocer de primera mano el derecho penal en sus consecuencias, sin haberse pasado por la cárcel y conocer su funcionamiento real. De esta forma se aminoraría el abismo que separa la legalidad formal de la cruel realidad y se caería en la cuenta de que el tiempo se experimenta de manera diferente cuando se es adolescente y cuando llega la ancianidad, cuando se disfruta de libertad y cuando se está privado de ella. Solo entonces el legislador dejaría de dar alas al populismo punitivo y dejaría de jugar a sumar años y años a las condenas, en una dolorosa puja en la que no está en juego la seguridad ciudadana (o sí, porque acabamos impidiendo la integración social de los penados de larga duración) sino el dolor de sus destinatarios (sin beneficio alguno para nadie). También entonces, el Ministerio Fiscal caería en la cuenta de lo que significa de verdad pedir años de cárcel (sobre todo, desde el parapeto pseudomoral de no ser él quien tenga que decidir).

Una última consideración en este punto. Las penas siempre implican la socialización y extensión del sufrimiento a no culpables. La multa no la paga el condenado, a veces lo hace su familia. Los niños se quedan sin padre o sin madre: nadie se ha planteado el conflicto entre la ejecución de la pena y el interés superior del menor.

e) *Humanizar es proscribir lo indigno e inhumano*. Si el sistema penal, y de modo particular la cárcel, presenta serios déficits de legitimación ética, determinadas condiciones de cumplimiento de la pena constituyen tratos inhumanos y degradantes. Nos referimos a las penas de duración desmedida (como la cadena perpetua³⁰, por muy revisable que sea³¹), a las penas sufridas en condiciones de extremado aislamiento (casos hay con 10 y más años que han vivido ininterrumpidamente en régimen especial de asilamiento) y a las penas de ejecución tardía (cuando la persona que cometió el delito y aquella sobre la que va a recaer la prisión son “diferentes” porque el transcurso de los años ha provocado importantes cambios a mejor –abandono de drogodependencia, estabilidad familiar y laboral etc.). No podemos silenciar la existencia en el estado español de varios centenares de condenados a penas de 50, 60 y más años efectivos (no meramente nominales) de cárcel y no precisamente por delitos de terrorismo o contra la vida, sino debido a singulares avatares técnico-procesales, en buena medida ajenos a los propios condenados. La reforma en marcha va a aumentar

³⁰ Cf. RÍOS, Julián, *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoia, San Sebastián, 2013.

³¹ Al final, la “prisión perpetua” es lo sustantivo y lo de “revisable” constituye lo adjetivo: no se revisa como se debe, sin el adecuado análisis personalizado, con los riesgos iatrogénicos de una prisionización que impide lo que se pretendería.

tan desafortunada como inútilmente el número de personas presas en España y va a precarizar sus condiciones de vida.

f) *Humanizar exige lo elemental: conocer*. Ya hemos hablado suficientemente del conocimiento por intermediación. Ahora nos referimos al conocimiento científico y estadístico. No es de recibo que no tengamos cifras fiables de la criminalidad en España. Ya no se trata de que no cuadren las de unas y otras fuentes oficiales en muchos casos. No hay ninguna previsión para saber cuántos presuntos delitos acaban siendo propiamente tales, qué sentencias se ponen, por qué delitos.

g) En una situación de crisis, el *principio de igualdad de armas es fundamental*. Lamentablemente no existe. No creo que la salven los estudios de Máster que se van a pedir para los abogados ejercientes. Además de cuestiones de conocimiento y deontología profesional (deberíamos andar menos ayunos los abogados en ambos), creemos que la igualdad de armas reclama reflexionar sobre la oportunidad de crear la figura del *Defensor Público*, al que se accedería por oposición, que tuviese encomendada la defensa de quienes no pudiesen presentarse a juicio con un abogado particular. La mercantilización y el utilitarismo con que se vive el turno de oficio está a años luz de la práctica con que se inició mi padre de quien siempre me impresionaron dos máximas: 1.- “Conoce en profundidad el Derecho, porque es la única forma de casarlo con la Justicia”. 2.- “El abogado de los pobres, debe ser el mejor abogado y el que los defienda con el mismo, si no más, pasión e interés que si defendiera al mayor potentado. Significo que cuando mi padre decía estas cosas, ser abogado de oficio le costaba viajes y dinero y, por supuesto, nadie le pagaba nada. No defendiendo tampoco ese modelo tan precario, pero si las afirmaciones de mi padre, fallecido hace dos días y al que rindo homenaje de cariño en estas líneas.

h) Finalmente, para apostar por la humanización del Derecho penal, auténtico pre-requisito para que pueda sobrevivir el paradigma de la reinserción de los infractores es importante que *la fiscalía se abra al trabajo con el tejido social*. Para ello es preciso conocer de primera mano las asociaciones del tejido asociativo, los dispositivos terapéuticos y las redes sociales de apoyo. No está prohibido que un fiscal visite los barrios y conozca la dinámica de los procesos terapéuticos, cómo funciona un CIE, o con qué recursos sociales se cuenta (o faltan) en una zona.

Aunque desborde al Ministerio Público y nos implique a todos los ciudadanos). Hay que empezar a pensar los grandes temas desde la universalidad del sistema-mundo, más allá de chatas visiones localistas o corporativistas. Los grandes retos a los que hemos de hacer frente, de orden ecológico, de responsabilidad para con las futuras generaciones o la gestión de los flujos migratorios así lo imponen. Hoy es preciso afirmar que *la cuestión social se ha convertido radicalmente en una cuestión antropológica*. Muchos, dispuestos a escandalizarse por cosas secundarias, parecen tolerar injusticias inauditas. Mientras los pobres del mundo siguen llamando a la puerta de la opulencia, el mundo rico corre el riesgo de no escuchar ya estos golpes a su puerta, incapaz de reconocer lo humano. En suma, de nuevo Kant: tenemos que tener la audacia de saber cuál es la realidad de las personas sobre las que tomamos decisiones para ser justos.

La Justicia consiste en asegurar a cada cual la satisfacción de sus necesidades: aquello que cada persona precisa para vivir dignamente. De este modo, el concepto de “necesidad” se convierte en un principio que ayuda a discernir lo justo de lo injusto y, por consiguiente, separa el buen Derecho del mal Derecho, el que debe ser obedecido sin rechistar de aquel que exige ser modificado. Los Derechos Humanos constituyen, en ese sentido, la justa respuesta a las necesidades humanas básicas. Por eso son

inviolables, universales, inalienables, irrenunciables e imprescriptibles. Convendrá aclarar que, además de “necesidades” y “derechos” satisfactorios de esas necesidades, los seres humanos también tenemos “intereses”. Estos son muy respetables, pero no son dignos del mismo nivel de protección jurídica que las necesidades. En caso de conflicto entre ambas categorías, inequívocamente deben sacrificarse los intereses a las necesidades. En otro plano aún más inferior, los “deseos” son infinitos y personalísimos, merecedores de respeto, pero difícilmente contarán con tutela jurídica. Si no queremos ser “juristas del horror” en tiempos de crisis, hay un nivel pre-jurídico que sirve para determinar la moralidad de una norma. Éste consiste en ver si la norma realmente satisface necesidades de las personas o, por el contrario, las asfixia. En este último caso, cuando se sofocan las necesidades, los deseos -por muy mayoritarios que sean- y los intereses- por muy legítimos que resulten- jamás pueden prevalecer sobre las necesidades de las personas. Conviene señalar que las necesidades son básicamente las mismas para todos, son objetivas y tienen carácter universal. Igualmente son también determinadas y finitas. Por el contrario, los deseos y los intereses son subjetivos, caprichosos y particulares: cada cual tiene los suyos y eso es también respetable. Por consiguiente, primero se han de asegurar las necesidades con la cobertura de los derechos y sólo después, en la medida en que se pueda, se colmarán los intereses y los deseos, sabiendo que el buen Derecho, como defiende mi querida Escuela de Salamanca, es el que satisface necesidades y mantiene a raya los intereses, sobre todo cuando éstos provienen de la prepotencia y pretenden colmar sus insaciables deseos precarizando los derechos de las personas más vulnerables.

Un último apunte sobre las reformas penales. Para un profesor de Moral social y política como quien escribe, máxime cuando –no lo oculto, sino todo lo contrario- es cura católico y cristiano convencido, lo más lamentable de las reformas es la concepción antropológica y social que subyace en la parte cuestionada de su articulado. La imagen de ser humano que late, que posibilita que una persona viva y muera con el estigma de delincuente (además de exasperar la duración de las penas, aumenta el plazo de cancelación de los antecedentes penales, genera penas y medidas de seguridad de duración indeterminada (sic), etc. etc.), hace de imposible realización la perfectibilidad humana. Ésta constituye un atributo de la dignidad de la persona. Queda radicalmente comprometida muy seriamente en la reforma. No se arregla en modo alguno con el formalismo de las revisiones: es risible que se pida como requisito para excarcelar a alguien condenado a cadena perpetua, con un cumplimiento íntegro de entre 25 y 35 años “a pulso”, que esté socialmente reinsertado. Lo que constituye la orientación de todo el sistema penal y penitenciario y mandato de la Constitución dirigido también al legislador, se convierte en cortocircuitado requisito sine qua non. Todos los expertos concuerdan en que penas de más de 15-20 años la única reinsertión que permiten es la de la cronificación carcelaria. Lamentablemente, después de casi 30 años de trabajo en el ámbito del sistema penal, mi experiencia personal de acompañamiento a ex presos y la profesional como jurista-criminólogo, solo puedo avalar con toda contundencia ese pronóstico fatal. Después de 35 años de reclusión, le pedimos a la persona presa que “esté reinsertada” para que pueda superar la revisión. Les invito a que lo lean tal cual en el apartado II de la Exposición de Motivos: “tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinsertión del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos”. Una concepción del ser humano en esos términos, acaba generando una visión atomizada de la sociedad, instalada en el miedo y en el anhelo de una seguridad total imposible, movida por egoístas racionales e

interesados, susceptibles de elecciones diversas, como sostiene el presupuesto antropológico de todos los manuales de macroeconomía neoclásica³². Una sociedad así, acaba convirtiendo el espacio para la comunión y la sociabilidad en una jungla donde nunca, hablando de las prisiones, están todos los que son ni son todos los que están”. No es ese precisamente el mejor modo de proteger a las víctimas. La reinserción social de los culpables y la minimización del riesgo de recidiva delincencial no se consiguen, ¡ni se pueden conseguir!, con estos métodos exclusivamente inocuidadores, segregantes y exclusógenos. La dignidad impecable de las víctimas, incluso la seguridad de los ciudadanos, se merecen otras medidas que aúnen el necesario reproche penal –no somos buenistas- con la humanidad y personalización de las penas –no renunciamos a ser buenos: ¿dónde queda, si no, la diferencia entre el verdugo y la víctima, el buen Derecho y la inequidad?-. Esta reforma retrocede muchas décadas en técnica jurídica y se olvida de la máxima “odia el delito pero compadécete del delincuente”. Con todo, lo peor es su concepción antropológica, desde mi punto de vista moralmente inaceptable.

En este contexto y por lo que se refiere a la fiscalía (en el futuro llevará la instrucción de los procesos), hay que renunciar a presentar como imparcialidad lo que es mera ignorancia y como principio de jerarquía lo que puede llegar a ser una dejación de responsabilidad personal y profesional. No se trata de pedir heroicidades al Ministerio Público. Simplemente todos esperamos que cumpla con su trabajo, en todas sus dimensiones. El Pretor Romano no parece ser un mal referente desde el que contemplarse.

³² En el origen estaba Adam Smith y su famosa “mano invisible”. Al menos era un filósofo moral y presuponía que los actores sociales de ese mercado imposible de competencia perfecta eran sujetos morales que se comportaban con verdad y honestidad en un marco de reglas del juego éticas. El neoliberalismo ha pegado el salto del capitalismo productivo al especulativo y ha radicalizado una visión individualista del ser humano instalado en una pecera en la que inevitablemente el pez grande se come al chico, todo, naturalmente, en aras de la libertad de todos los peces de nadar en “igualdad” de condiciones en la pecera.