

## LA EXPANSIÓN PUNITIVA

Renato SALES\*

Cuando una sociedad pierde sus puntos de referencia, cuando los valores compartidos —y sobre todo una definición elemental del bien y del mal— se desvanecen son reemplazados por el Código Penal.

GUILLEBAUD

Vivimos una época interesante. Esa era la maldición china. “Ojalá te toque vivir en una época interesante”: guerras y pestes. Eso es lo que a la historia le interesa. Nuestra sociedad, cada vez más compleja, cada vez más diversificada, pierde el centro, los otrora indoblegables principios se relativizan, se desdibujan, y ante la ausencia de una ética social mínima, en un mundo en el que ya no se sabe qué esperar del otro, de los otros, prevalece la incertidumbre. La sociedad moderna, calificada por algunos como la sociedad del riesgo, podría ser llamada, también, la sociedad del miedo.

Este miedo es abonado cotidianamente por los medios masivos de comunicación. Son empresas, al cabo, y en tanto tales se encuentran sometidas a la lógica del mercado, un mercado cada vez más disputado. El sexo, el crimen y el deporte son las mercancías por excelencia, las que no fallan, las que siempre venden.

Los medios no generan inseguridad, sería imprudente y, más aún, poco exacto afirmar lo contrario. Empero, sin duda, la magnifican. La guerra, en vivo y a colores, con sus muertos cada vez menos asépticos, cada vez menos políticamente correctos, se encuentra al alcance de la

\* Subprocurador de Averiguaciones Previas de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

mano, las distancias no existen. De pronto, un homicidio, por  $x$  o  $y$  circunstancias, llama la atención de los dueños de la noticia. Ese homicidio estará en tu casa, se repetirá, *ad nauseam*, durante una semana o más, hasta que gradualmente se olvide o se esclarezca. Lo que permanece es el miedo y una demanda creciente de *seguridad a toda costa*, a costa de lo que sea, de las libertades mismas. Debilitadas la iglesia, la escuela y la familia se recurre al código penal. Ese parece ser el nuevo espacio de consenso. El miedo y el garrote.

Ha pasado, pues, el tiempo de las certezas. En ese contexto, cabría preguntarse qué sucede con nuestro aparato, que no sistema, de justicia penal. En breve, podríamos decir que está en crisis. Terminal quizás, en *la frontera del caos* dirían los seguidores de la teoría de la complejidad, ese punto ciego en que las cosas se rehacen o se rompen.

¿Hacia un nuevo paradigma? Habría que preguntarse, también, si algún día hemos estado coherentemente ubicados en alguno. Creo que no. Ni estuvimos ni estamos. Nuestro aparato de justicia penal es paradigmático. No podría ser de otra manera si se intentó mezclar el agua con el aceite. Es una desmesura pretender que coexistan, pacíficamente, la visión lombrosiana readaptadora, con la idea de culpabilidad y con penas de hasta 70 años de prisión, la presunción de inocencia con la prisión preventiva, la justicia pronta y expedita con un sistema procesal semiinquisitorio y el principio de intervención mínima con la punitivización y un derecho penal expansivo, todo esto en un marco de garantías constitucionales que sólo se reforman cada cuatro años. A veces para pretender volver al punto de partida como en el atribulado caso del *cuerpo del delito* y los *elementos del tipo*.

Luego, no podemos hablar de sistema, menos aún de paradigma, y no podemos hacerlo porque los componentes del aparato son incompatibles entre sí. Entonces, al día de hoy, no nos ubicamos en el paradigma etiológico, con plena atención a las causas, antes que a los efectos, ni pareciera que reconcentrados en la idea de transitar a un enfoque minimizador, se coloque el acento en mecanismos alternos de solución de controversias. Tampoco parece que avancemos en salir de la utópica *readaptación social* que mina todo el aparato de justicia.

El aparato que padecemos marcha en direcciones simultáneamente encontradas. Y sin embargo se mueve, podría decirse. Y no sólo se mueve sino que, acorde con el fenómeno mundial, se expande.

La expansión es una de las notas del derecho penal moderno. La otra es la punitivización. Ambas fatigan el recurso al código penal a tal grado que desplazan el principio de última ratio o de intervención mínima.

Francisco Muñoz Conde destaca con claridad la importancia de este principio para la viabilidad del Estado democrático. No está de más citarlo:

En derecho penal se ha entrado, además, en un círculo vicioso en el que el aumento de la criminalidad corre parejo con un aumento de la dureza en la represión punitiva que parece volver a los tiempos de una política penal autoritaria de donde parecía se había salido ya definitivamente. Ante esta excesiva intromisión del poder punitivo del Estado en el ámbito de los derechos individuales más sagrados, creo que no está de más plantearse siquiera, el problema de los límites... el poder punitivo del Estado debe estar regido y limitado por el principio de intervención mínima. Con esto quiero decir que el derecho penal sólo debe intervenir en los casos de ataques muy graves a los bienes jurídicos más importantes. Las perturbaciones más leves del orden jurídico son objeto de otras ramas del derecho. De aquí que se diga que el derecho penal tiene carácter subsidiario.

Pues bien, el principio de intervención mínima ha devenido en principio de intervención máxima. Baste una somera revisión a nuestros códigos que ya incluyen a la especie humana como bien jurídico tutelado en la manipulación genética, reiteran la protección a la ecología, a la vida electoral, la fe pública, el honor, la dignidad, la vida familiar, y un muy largo etcétera.

Veamos un ejemplo de los extremos a los que puede conducir la sobrepunitivización. Citaré la fracción I del artículo 346 del nuevo Código Penal para el Distrito Federal: “Se le impondrán de tres a nueve años de prisión y de mil a cinco mil días multa, al que: I. Desmante o destruya la vegetación natural; corte, arranque, derribe o tale árboles, realice aprovechamientos de recursos forestales o haga cambios de uso de suelo en suelos de conservación, áreas naturales protegidas o áreas verdes en suelo urbano”.

Como se ve, cortar dos arbolitos en el parque de enfrente que es *área verde en suelo urbano* es un delito grave. Por ende, no procede, siquiera, la libertad provisional bajo caución. El arbolicida es un peligroso criminal que deberá en el reclusorio, mediante el deporte y el trabajo, ganarse un nuevo lugar en la sociedad.

Estamos inmersos, pues, en una controversia que se intensifica. Los conceptos se alejan, cada vez más, de los hechos. Programáticamente seguimos planteando un derecho penal que se estatuye en contra de la venganza, limitado y subsidiario. Un derecho penal de ciudadanos. En la realidad, se recurre al código penal con mucha frecuencia, se diseña un derecho penal del enemigo en el contexto de la emergencia y se pretende atender al reclamo social, exacerbado por los medios, con represión y movimientos simbólicos en la pena, en la inteligencia de que las garantías, los derechos fundamentales, se diseñaron en el contexto de un Estado omnipotente. Un Estado que no existe más.

No son ajenos, pues, los peligros que conlleva esta punitivización de la vida social. Ni son novedosos. La retirada del Estado benefactor ha abierto la puerta a las viejas tentaciones autoritarias, siempre dispuestas a renacer. Podría decirse que la mano invisible es un puño cerrado.

Queda claro que las tendencias no favorecen la implantación de un derecho penal mínimo como el planteado por Ferrajoli. El reto consiste, pues, en armonizar garantismo y eficiencia.

Paradójicamente, la afirmación del principio de mínima intervención y el diseño de un derecho penal garantista no se centra, en mi opinión, en el código penal. Debemos concentrar esfuerzos en el planteamiento de un nuevo sistema procesal, transitar, como se ha hecho ya en buena parte de Latinoamérica, a un sistema acusatorio racionalizado, terminar de una buena vez por todas con el mito de la readaptación social. Estimo, también, que en la medida en que el ciudadano común confíe en la eficacia del derecho civil y administrativo, el derecho penal logrará en verdad ser subsidiario.

Debemos desarmar el aparato existente con prudencia, como si se tratara de una bomba de tiempo. Volverlo a hacer. Sólo así podremos decir con Radbruch: “No un mejor derecho penal sino algo mejor que el derecho penal”.