

# EL DERECHO PENAL Y LA PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES A FINALES DEL SIGLO XX

**Francisco Muñoz Conde**

*Catedrático de Derecho Penal.  
Universidad de Sevilla.*



ABLAR del Derecho Penal es hablar, de un modo u otro, de violencia. Violentos son los casos de los que se ocupa el Derecho Penal; violenta es también la forma en que el Derecho Penal soluciona esos casos.

Ello explica la “fascinación” que despierta el Derecho Penal en la opinión pública. De todo el mundo del Derecho, es, sin duda, el Derecho Penal el que más directamente llega a la opinión pública y el que más impacto produce en ella, aunque esto no quiera decir, por supuesto, que sea la parte jurídica más importante, ni siquiera la más necesaria. Antes que el Derecho Penal hay sistemas de regulación de la convivencia, jurídicos y no jurídicos, mucho más eficaces.

Pero quizá sea ese factor de la "violencia" el que despierta esas connotaciones emocionales, esa fascinación, que no despiertan las demás ramas del Ordenamiento jurídico. Por eso, también la historia de la literatura está llena de Derecho Penal, de crimen y castigo. El Derecho Penal literariamente se vende bien. Igualmente son un buen negocio los telefilms y las películas de carácter policíaco. Y los medios de comunicación informan diariamente y con gran profusión de casos penales, de los más apasionados y violentos, porque son éstos los que mayor interés despiertan en la opinión pública.

El Derecho Penal es, pues, para los no juristas, pero también para una buena parte de ellos, el "Derecho por excelencia".

Precisamente, por su carácter simbólico y representativo de todo el Derecho, el Derecho Penal se convierte también en una arma política que se utiliza por los partidos y facciones políticas en su lucha por el poder, condicionando no pocas veces el voto del electorado en favor o en contra de una determinada opción política, generando una actitud de simpatía o antipatía hacia una determinada orientación política, etc. Recuérdese, por ejemplo, las polémicas sobre la pena de muerte, el aborto, el terrorismo o las drogas, y reflexiónese después sobre si el Derecho Penal tiene o no un valor político inmediato.

Precisamente, esta importancia política del Derecho Penal lo hace propicio a su manipulación, a que se le utilice más allá de sus posibilidades y funciones para resolver problemas para los que el Derecho Penal no está preparado o no está en condiciones de poder resolver. Contra esta tendencia, que hoy, a finales del siglo xx, es cada vez más palpable, se pronunciaron ya a principios de siglo, los penalistas más prestigiosos, que veían en ello un enorme peligro para la propia subsistencia del Derecho Penal como *ultima ratio* del Ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, decía Franz von Liszt: "El Derecho Penal es la infranqueable barrera de la Política criminal." Sin embargo, actualmente el Derecho Penal se considera más bien como el instrumento a través del cual se realiza una determinada Política criminal. Esto en sí no es malo, ni bueno; en todo caso, es inevitable. El Derecho Penal, como todo Derecho legislado, producto de la decisión del órgano político por excelencia, el Parlamento, siempre traducirá en normas penales los criterios valorativos, de contenido político, que sus creadores quieren conseguir con él. Lo que ciertamente sería objeto de controversia es si esos criterios político-criminales son compatibles con principios básicos como el de legalidad, seguridad, certeza, intervención mínima, que inspiran el Derecho Penal de moderno cuño desde hace casi dos siglos.

A mi juicio, esto es precisamente lo que se está poniendo en peligro con las actuales tendencias que se observan en el Derecho Penal de finales del siglo xx.

Un primer grupo de tendencias se caracteriza por la *funcionalización* del Derecho Penal. La penetración de los intereses preventivos en constelaciones juridicopenales con alta necesidad política de solución, se reflejan en la aparición en las recientes reformas penales de un legislación penal simbólica, en la que la necesidad de solución del problema no se corresponde con posibilidades juridicopenales de solución adecuada. Valgan de ejemplo la creación del delito ecológico, o la reciente reforma de los delitos relacionados con el tráfico de drogas.

Ciertamente, que un Derecho Penal funcionalizado por la Política criminal tiene más fácil justificación ante la opinión pública; pero encierra el peligro, el mismo tiempo, de que se le asignen tareas que el Derecho Penal no puede cumplir o, en todo caso, que no puede cumplir sin merma de las garantías y principios que le son básicos. Tanto en uno como en otro caso se está pervirtiendo su función o se está engañando a la opinión pública, ofreciéndole unas perspectivas de solución a los problemas que más le preocupan, que luego no se verifica en la realidad.

Una vez más, hay que citar como ejemplo característico de esta funcionalización el aumento cualitativo y cuantitativo de la represión penal del tráfico de drogas, que no sólo no soluciona, sino que incluso dificulta la solución al problema que realmente preocupa, el de la drogadicción.

Y también debe citarse en este apartado como prueba de la funcionalización del Derecho Penal, los diversos modelos de legislación penal contra el terrorismo, que en aras de la funcionalidad y eficacia del Derecho Penal en esta materia, frecuentemente sacrifican otros principios y garantías que son básicos en el moderno Estado de Derecho, los principios y garantías del proceso penal acusatorio.

El otro grupo de tendencias se caracteriza por la *desformalización*, que es una consecuencia de la tendencia a la funcionalización que acabamos de señalar, y que cuestiona uno de los principios básicos del Derecho Penal: la *formalización*.

Si algo caracteriza al Derecho Penal frente a los demás sistemas de control social es la *forma* en que lleva a cabo la misión que tiene que cumplir, es decir, la protección de bienes jurídicos. La formalización es tanto más importante en el Derecho Penal, cuanto éste se ocupa de los conflictos más graves y actúa en situaciones en las que los intereses de los implicados en el

conflicto se encuentran más intensamente amenazados. Liberar la solución del conflicto, dentro de lo posible, de la subjetividad de la sorpresa, del coyunturalismo y la espontaneidad, ofreciendo distanciamiento, objetividad y prudencia es una elemental función dentro de una convivencia pacífica y organizada.

La formalización no debe entenderse como algo contrapuesto a la función protectora de bienes jurídicos que el Derecho Penal tiene que cumplir, sino como una vía racional de llevarla a cabo. A diferencia de otras instancias de control social, el Derecho Penal está obligado a dar toda la información que sea posible sobre sus normas, sus sanciones y el procedimiento adecuado para imponerlas. El Derecho Penal no puede sorprender ni engañar a los implicados en un caso penal, sino decir con la debida antelación y públicamente qué es lo que castiga y en qué forma lo hace. Principios como el de legalidad, seguridad y certeza, prohibición de analogía y de retroactividad de la ley penal desfavorable son ingredientes fundamentales de nuestra cultura jurídica a los que no puede renunciar el Derecho Penal. Como tampoco puede renunciar a los principios "formalizadores" del proceso penal, como el de publicidad del proceso, el derecho a ser oído, el derecho a la asistencia de abogado desde el momento de la detención, el *in dubio pro reo*, el derecho a proponer pruebas, a intervenir en el proceso, etc.

La desformalización puede suponer precisamente una merma cuando no la eliminación de las barreras infranqueables que, según Von Liszt, el Derecho Penal debía oponer a una Política criminal demasiado pragmática, demasiado inclinada a resolver por la vía más rápida el conflicto que le preocupa.

Una forma de aparición de esta tendencia a la desformalización es la huida del legislador hacia leyes indeterminadas, es decir, hacia leyes en las que se emplean conceptos vagos y cláusulas generales de difícil interpretación y que dejan en la penumbra los límites entre los comportamientos delictivos y los que no lo son, o que dejan en manos del juez la solución final, sin vincularlo a conceptos claros y precisos. Ejemplos de esta clase se encuentran a montones en la nueva regulación de los delitos de tráfico de drogas del Código Penal español, que en la tipificación del comportamiento delictivo utiliza la cláusula "o de cualquier modo" y que permite agravaciones de la pena hasta límites realmente elevados "en casos de extrema gravedad".

Es impensable que el legislador penal ante las condiciones de un cambio social acelerado o ante una situación especialmente conflictiva caiga en la tentación de ofrecer a los jueces programas de decisión flexibles. Pero estas

decisiones legislativas también deben ser controladas y corregidas, cuando llevan la flexibilidad hasta el punto de abandonar uno de los principios fundamentales del Derecho Penal, el principio de legalidad.

Pero no siempre esta tendencia a la desformalización debe valorarse negativamente. Precisamente, es una de las consecuencias de alguno que en el ámbito de la criminalidad de escasa importancia cada vez se preconiza con mayor intensidad: la despenalización de aquellos comportamientos que, por su escasa gravedad, pueden ser sancionados o tratados por vías menos radicales que las penales propiamente dichas. Un ejemplo de ello es la tendencia a despenalizar las faltas, que se observa claramente en la última reforma del libro III del Código Penal. Personalmente, valoro positivamente la reconducción de muchos ilícitos penales de bagatela al ámbito del Derecho Administrativo, siempre que naturalmente ello no suponga una merma de las garantías, formales y materiales.

La desformalización también significa una mayor fluidez o la revitalización de estructuras estancadas que han sobrevivido, pero que ya no tienen el valor que originariamente tenían. Un ejemplo de este segundo aspecto puede ser la mayor atención que actualmente se está prestando a los intereses de la víctima del delito. Esto supone ciertamente un cierto retroceso del monopolio del poder punitivo del Estado, pero en algunos casos puede ser valorado positivamente e incluso fomentar la intervención de la víctima en el proceso penal, ya que, en muchos casos, sólo la víctima que se muestra activa y participa en el proceso penal puede conseguir la efectiva protección de sus bienes jurídicos. Pero tengo más dudas de que esta mayor participación de la víctima se fomente por su interés o para conseguir un tratamiento más justo del conflicto. A veces se trata de estimularla, para que con su denuncia o testimonio sea más fácil castigar al autor del delito, sin preocuparse lo más mínimo de si esa participación le favorece o le perjudique.

Lo mismo hay que decir sobre la propuesta de configurar la reparación del daño como una sanción jurídicopenal autónoma. Propuestas como éstas tienen un futuro halagüeño en tanto sirvan como alternativa a la pena de prisión y favorezcan también, por tanto, al autor del delito; pero, igual que la participación de la víctima en el proceso, tales propuestas suponen que sean los propios protagonistas del conflicto los que se ocupen de resolver el problema, y ello puede suponer toda suerte de pactos y componendas en perjuicio de una de las partes del conflicto, y, por tanto, su indefensión y la pérdida de sus garantías.

Recuérdese que la “neutralización de la víctima” y el monopolio del poder punitivo por parte del Estado no surgieron sólo para evitar la auto-

composición y la venganza privada sino también para algo tan serio e importante para una sociedad moderna como es el poder punitivo, la cara más seria del Leviathan estatal, no quede en manos de los intereses bastardos y egoístas de los más poderosos.

Por otra parte, no siempre es la víctima la auténtica víctima del delito. Sin llegar a decir un tanto exageradamente, como decía Werfel, “no el asesino, su víctima es la culpable”; no cabe duda de que, como han puesto de relieve las modernas corrientes criminológicas, el delincuente también es muchas veces *víctima* de su propio delito, y en todo caso, casi siempre lo es su familia cuando es condenado y enviado a una cárcel. Ya la Criminología clásica de corte etiologicista hablaba del delincuente como víctima de las circunstancias que le llevaron al delito. Y las tesis “definicionistas” del “labeling” consideran que el etiquetamiento de delincuente es el resultado de una “atribución” por parte de los órganos formales de control social. Desde este punto de vista, la víctima desaparece y su lugar lo ocupa el Estado definidor y el delincuente estigmatizado.

Aún menor es la importancia de la víctima en los llamados delitos sin víctimas o con víctimas difusas, como son características de la moderna legislación penal sobre tráfico de drogas, el delito ecológico, etc. En estos delitos se tiende a sustituir la causación del daño por la puesta en peligro a veces muy lejana de bienes jurídicos, a los bienes jurídicos individuales por los bienes jurídicos colectivos.

Esto tiene como consecuencia que el dualismo delincuente-víctima con el que a veces se describe simplíficadamente el fenómeno de la criminalidad tiende a desaparecer y que el Derecho Penal, originariamente pensado para resolver los conflictos más graves entre los individuos, tienda cada vez más a convertirse en instrumento conductor de finalidades politicocriminales.

Este es el panorama que a grandes rasgos más caracteriza el Derecho Penal de finales del siglo XX. Si algún denominador común quisiera buscarse a las tendencias que actualmente dominan ese panorama, éste no sería otro que *tecnocracia*, *tecnología social*, orientación a las consecuencias.

Contra esta tendencia no hay, en principio, nada que objetar. En una sociedad moderna, orientada *out-put*, las consecuencias de las normas que la regulan deben ser continuamente comprobadas y verificadas empíricamente, y modificadas cuando se ve claramente que son disfuncionales o perjudiciales para conseguir las metas a que aspira esa sociedad. La justificación a través de las consecuencias es, pues, una parte importante de nuestra cultura y de la nueva racionalidad jurídica.

Pero esta "orientación a las consecuencias" no puede ser aceptada sin más, como un canto a la funcionalidad y a la eficacia del Derecho Penal, porque el Derecho Penal es ciertamente ante todo "Derecho", pero como decía un amigo mío de las leyes penales franquistas, y lo mismo podría decir hoy de las Ceaucescu en Rumania, "es un Derecho del que hay que salir corriendo".

En ningún caso se puede asumir la eficacia como la panacea del Derecho penal sin una valoración de los efectos que producen las penas en el individuo y en la sociedad. No se puede, por ejemplo, establecer una estrecha relación entre criminalidad y Derecho Penal, dando de antemano por demostrado precisamente aquello que hay que demostrar: que las leyes penales cooperan productivamente en el aumento o disminución de la criminalidad.

Es ridículo creer que la gente se abstiene de matar, de robar o de traficar con drogas, simplemente porque estos hechos están castigados en el Código Penal. Naturalmente, tampoco hay por qué excluir esta relación en todo caso. Pero lo que aquí interesa es destacar que en la contención, aumento o disminución de la criminalidad también cooperan, e incluso más decisivamente, otras instancias de control social y factores económicos y sociales, como el paro, nivel de renta, etc., que están más allá del Derecho Penal.

Muchas veces, cuando se establece una ciega relación entre aumento y disminución de la criminalidad y aumento o disminución de la dureza de la represión punitiva, se busca, con fines oscuros, crear un sentimiento de angustia y de miedo a la libertad en los ciudadanos, bloqueando cualquier intento liberalizador o simplemente humanizador de la legislación penal existente. Sucede esto en épocas de crisis, en las que grandes masas de población afectadas por la misma se muestran más proclives a quebrantar la normativa jurídica y con ello a la delincuencia. El Derecho Penal aparece en estos casos como un sistema de disciplinamiento y de contención de los sectores económicamente más desfavorecidos y con ello también como un eficaz instrumento contra sus reivindicaciones. "Slogans" como "la humanización del Derecho Penal supone la indefensión de la sociedad" o "la reforma penitenciaria pretende construir hoteles de cinco estrellas para asesinos", se oyen o se leen todavía en muchos medios de comunicación y probablemente reflejen un estado de opinión bastante extendido en la opinión pública. Pero el resultado de esta actitud puede ser la vuelta (o, en algún caso, el mantenimiento) del viejo Derecho Penal talional, del Derecho Penal de sangre y de lágrimas, que jamás ha supuesto una solución al problema de la criminalidad. Un Derecho

Penal de este tipo conduce, en poco tiempo, a un desgaste y al desprestigio del poder (punitivo) del Estado, reduciendo su función a una pura expresión simbólica de las frustraciones y angustias colectivas y reflejando la impotencia del sistema social para resolver adecuadamente sus problemas.

Afortunadamente, parece que, no sólo en España, sino en otros muchos países, los signos y los viejos modos autorizados están en franca regresión. Quizá hay una especie de resignación frente al problema de la criminalidad. Una solución radical al mismo parece que no se va a encontrar nunca o, por lo menos, nunca a tiempo. Pero en los momentos presentes, a finales del siglo XX, en una sociedad avanzada postindustrial y promoderna, debe buscarse un punto de equilibrio, provisionalmente satisfactorio, en el eterno conflicto entre individuo delincuente y sociedad, entre la salvaguardia de la dignidad y garantía de los derechos humanos y los deseos de funcionalidad y eficacia de los instrumentos jurídicos sancionatorios. Ejemplos esperanzadores de este difícil equilibrio se han dado en algunas reformas penales recientes, pero, desgraciadamente, también de lo contrario.

Los ejemplos contradictorios no son más que signos de la propia conflictividad política que desgarrar íntimamente el Derecho Penal y es causa de su propia impotencia, pero también de que la pugna aún no está resuelta definitivamente en un sentido o en otro.

Quizás el signo más característico del Derecho Penal de nuestro tiempo sea su *politicización*. Esto en sí no es malo, siempre que por ello se entienda *democratización*, es decir, poner el Derecho Penal al servicio y para la protección de los valores fundamentales de un Estado social y democrático de Derecho como se define el nuestro en nuestra Constitución. Sin embargo, ello no constituye ni siquiera el esbozo de lo que pueda ser un Derecho Penal ideal, porque el mejor ideal sería que una sociedad no necesitara al Derecho Penal, sino el punto de partida para un análisis crítico de la actual realidad jurídicopenal.

Lejos de nuestra consideración han quedado muchas cosas y sobre todo las modernas teorías abolicionistas del Derecho Penal que en los últimos años ha preconizado algún sector doctrinal. El siglo XX se va a despedir, sin embargo, sin que parezca que las profecías abolicionistas se vayan a cumplir; pero aún dentro del Derecho penal hay todavía muchas cosas que hacer, y la más urgente de todas es, sin duda, recuperar las viejas tradiciones "morales" orientadas a la justicia, al principio de intervención mínima y al respeto y garantía de los derechos fundamentales; porque, al fin y a la postre, lo único que, al parecer, permanece vivo en una sociedad a través de los tiempos y por encima de sus distintos regímenes políticos, son los sentimientos de justicia, de solidaridad y libertad.