

La conflictiva relación entre política criminal y derecho penal

Francisco Muñoz Conde

1. Si algo me ha enseñado mi experiencia como profesor de Derecho penal a lo largo de los últimos cincuenta años, es que muchas de las más elevadas construcciones teóricas y las más sofisticadas y agudas interpretaciones jurídicas basadas en el Derecho positivo vigente en cada momento, han caído como torres de arena, apenas el legislador de turno ha cambiado o modificado los preceptos legales sobre los que se basaban.

Ello es especialmente evidente en lo que se refiere al Derecho penal español, que desde las primeras reformas ávidas en la transición democrática tras la muerte del dictador General Franco (20 noviembre 1975) hasta el momento presente, ha sufrido cambios de gran calado e importancia, que han alterado profundamente su contenido.

Se constata así una vez más la verdad sustancial contenida en la famosa frase que hace casi dos siglos pronunció el fiscal prusiano Julius Von Kirchmann, cuando para negar el carácter científico del Derecho afirmaba: “Tres renglones del legislador y bibliotecas enteras se convierten en basura”.

Esta afirmación es aún más verdadera si del ámbito de la *lege lata*, pasamos al de la *lege ferenda*, en el que durante el período de tiempo que va desde la transición política a la democracia hasta el Código penal de 1995, se sucedieron en España diversos Proyectos y Anteproyectos de Código penal, y propuestas de reformas penales parciales, que, por diversas razones, principalmente de tipo político, no llegaron nunca a convertirse en derecho vigente.

Y es digno de resaltar, además, como una peculiaridad de la reforma del Derecho penal español, que, a diferencia de lo que lo ha sucedido en otros países de nuestro entorno, y particularmente en Italia, esas modificaciones y reformas se han llevado a cabo, no a través de la creación de Leyes especiales para las materias afectadas, sino implantándolas en un nuevo Código penal, resucitando así un fenómeno codificador o “pancodicista”, como no se conocía desde la Codificación penal en el siglo XIX.

2. Al mismo tiempo, mi experiencia personal ávida durante más de medio siglo de investigación y docencia del Derecho, me ha confirmado algo de lo que ya fui consciente desde que comencé mis primeros estudios: la estrecha relación existente entre Política (criminal) y Derecho (penal); una relación sin duda necesaria, pero

también fuente de conflictos difíciles de resolver. Esto en sí mismo, no es malo ni bueno, sino simplemente inevitable, y demuestra que el Derecho penal en lugar de ser, como proponía Franz Von Liszt, no de un modo completamente coherente con sus otras ideas, “la infranqueable barrera de la Política criminal”, es, en realidad, el instrumento preferido por el poder para convertir su programa político o su ideología en normas jurídicas de gran repercusión en la regulación de la vida social de los ciudadanos. Con razón decía el filósofo del Derecho Georg Jellinek que “si de una sociedad sólo nos quedara su Código penal, podríamos reconstruir a partir del mismo su sistema de valores y costumbres, igual que un paleontólogo puede reconstruir un animal prehistórico a partir de un solo hueso”.

Efectivamente, las reformas habidas en el Derecho penal español a lo largo de estos últimos cincuenta años, reflejan con claridad los cambios políticos y sociales operados durante todo este tiempo. Desde la derogación de los preceptos penales más característicos de la dictadura franquista, sobre todo en el ámbito del ejercicio de los derechos fundamentales de expresión, reunión y asociación, hasta las reformas más recientes en el ámbito de los delitos económicos, la corrupción, el terrorismo, la violencia de género o la libertad sexual, pasando por la regulación más o menos permisiva y siempre controvertida del aborto, y por la creación de nuevas figuras delictivas en el ámbito medioambiental, la salud pública, el peligro colectivo, etc., no ha habido Gobierno que no haya procurado meter en el Código penal aquello que mejor reflejaba, de un modo más o menos coherente, su ideología y programa político. Recientemente, esto ha sido más evidente en las últimas reformas ya acontecidas en pleno siglo *xxi* en las que se han reflejado algunas de las tendencias políticas autoritarias que en Derecho penal han dado lugar a teorías como las de la “Tolerancia cero” y el “Derecho penal del enemigo”.

Nada extraño si se tienen en cuenta las estrechas relaciones existentes entre Política y Derecho en general, y especialmente entre Política criminal y Derecho penal. Cuando hablamos de Política y Derecho hablamos del poder y de sus límites; de la capacidad que tienen algunos individuos, democráticamente elegidos o no, para influir y decidir la vida de sus semejantes, pero al mismo tiempo de la capacidad que tienen para establecer las reglas del ejercicio de ese poder.

Sin entrar ahora en disquisiciones de qué fue primero si el Poder o el Derecho, que es tanto como dirimir la vieja cuestión de que fue primero si el huevo o la gallina, lo cierto es que ni siquiera en los tiempos más primitivos y burdos del ejercicio del poder por la fuerza bruta de unos sobre otros, se ha podido prescindir del establecimiento de unas reglas que al mismo tiempo sirven de legitimación de ese poder.

Política y Derecho forman una pareja de conceptos inexorablemente unidos a través de los siglos de la historia de la Humanidad. En principio, podría decirse que en la medida en que el Derecho es una creación del Poder (político), Política y Derecho deberían formar un vínculo feliz en perfecta armonía. Pero más bien sucede lo contrario. El Derecho tiene una vocación de permanencia en la regulación de la

convivencia humana, y sus reglas, aunque puedan ser disponibles, no se cambian de la noche a la mañana, funcionando, al mismo tiempo, como orientación y motivación del comportamiento humano durante generaciones. En cambio la Política está orientada al día a día, a la solución de los problemas y conflictos de la vida cotidiana; y aunque para ello utilice normas jurídicas previamente establecidas, es decir, se valga del Derecho, cuando este constituye un obstáculo al ejercicio del poder, se muestra pronto dispuesta a prescindir de él, o a cambiarlo, comportándose como decía el personaje creado por el humorista Groucho Marx: “Estos son mis principios, pero si no les gustan, no se preocupen, tengo otros”.

Y ahí es donde la relación entre Política y Derecho deja de ser idílica, convirtiéndose en una relación conflictiva. Y en caso de que surja el conflicto, la pregunta que salta inmediatamente es a cuál de los dos hay que dar preferencia: ¿Puede haber una Política como puro ejercicio del poder sin Derecho, o con un “derecho” específicamente creado para alcanzar y nunca limitar los fines del poder político?

La experiencia histórica demuestra que incluso en pleno siglo xx, en los Estados totalitarios europeos, y actualmente en las dictaduras más crueles y feroces que todavía hoy pululan por el mundo, el poder puede ejercerse de un modo absoluto, sin atenerse a las reglas o límites que les imponga el Derecho, o simplemente creando un “derecho” *ad hoc*, adecuado a los fines del poder político. Un Estado de este tipo fue, por ejemplo, el que creó el régimen nacionalsocialista en Alemania de 1933 a 1945, al que los propios juristas alemanes califican como un *Unrechtsstaat*; es decir, como un *Estado de No Derecho*. También en el ámbito del Derecho internacional se puede ver, sobre todo en caso de guerra, cuán lejos estamos todavía del *cedant arma togae* y que por encima de las reglas jurídicas, incluso de las más elementales del Derecho humanitario, rige la ley del más fuerte, que es generalmente el vencedor en una contienda, que impone su poder por encima de las reglas y convenciones internacionales, dándole la razón al antiguo brocardo del Derecho romano *inter armas, silent leges*, “cuando las armas hablan, el derecho calla” y al aún más contundente de *vae victis*.

La solución que se ha encontrado tras muchos años de evolución en las sociedades más avanzadas para crear un equilibrio entre Política y Derecho ha sido la fórmula del “Estado de Derecho”, o si se prefiere, el término anglosajón la *Rule of Law* que entre nosotros se traduce como “Imperio de la Ley”; un imperio a través del cual el Estado, es decir, el Poder político, somete sus decisiones a una reglas y principios previamente establecidos. A ello se añade la “división de poderes”, entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial, que por lo que se refiere al Derecho penal, reparte el poder punitivo estatal entre el poder legislativo (Parlamento, Congreso, Senado) que se encarga de determinar los delitos y las penas a través de sus miembros representantes del pueblo elegidos democráticamente en unas elecciones y libres, y el judicial, que se encarga de la aplicación de las leyes a través de un proceso debido con todas las garantías por el tribunal cuya competencia ha sido previamente establecida por la ley. En el ámbito del Derecho penal, el poder ejecutivo, Gobierno, tiene poca

o ninguna competencia, salvo la de proponer al legislativo las leyes o reformas de las mismas que estime necesaria, y dotar a la Administración de Justicia, es decir, al Poder judicial, de los medios y organización necesaria para llevar a cabo su tarea. Y todo esto garantizando en todo momento el respeto a las garantías y derechos fundamentales de las personas, que en los años subsiguientes a la II Guerra Mundial se convirtió en un principio fundamental reconocido en las Declaraciones de Derechos, tanto a nivel nacional, como internacional.

Esta fórmula en sí misma parece un feliz hallazgo para encontrar un punto de equilibrio en Política y Derecho, y ha sido aceptada como tal en la mayor parte de los Estados modernos que, con uno u otro nombre, la incluyen en el frontispicio de sus textos jurídicos y políticos fundamentales. Con todas sus insuficiencias prácticas, se presenta, pues, como un punto de partida válido también para la Política criminal, es decir, para aquella parte de la Política que tiene como objeto el Derecho penal.

3. Sin embargo, como todo modelo ideal no siempre ha sido respetado o seguido fielmente por los Estados, ni siquiera por aquellos que se denominan asimismo como Estados de Derecho, y mucho menos por los que simplemente son Estados autoritarios, que pervierten el concepto de Estado de Derecho, siguiendo solo formal o aparentemente sus principios, pero ignorándolos completamente en su praxis política. Un ejemplo de ello fue en España el Estado de la dictadura franquista, en el que por más que se esforzaban sus representantes en decir que era un Estado de Derecho, conculcó hasta el último momento de su existencia prácticamente cada uno de sus principios, convirtiendo el Parlamento, en el que sus miembros no eran elegidos democráticamente en unas elecciones generales, en un mero adorno servil de la voluntad del Dictador y, por tanto, de sus decisiones; recurriendo a Tribunales no independientes, como el Tribunal de Orden público para enjuiciar y condenar a la oposición política, e incluso a Tribunales militares que todavía en el último mes de vida del dictador impusieron penas de muerte que fueron ejecutadas; y criminalizando el ejercicio de derechos democráticos fundamentales como los derechos de asociación, de manifestación y expresión.

Por ello, no es extraño que las primeras reformas que se hicieron en España después de la muerte del dictador fueran, en el ámbito penal, la derogación de los preceptos penales más característicos de la dictadura que acababa de desaparecer, al menos formalmente. Pero fue sobre todo después de la aprobación de la Constitución a finales de 1978, cuando se acometió la elaboración de un nuevo Código penal, que trasladara al ámbito del Derecho penal los principios del Estado de Derecho. El primer intento de esta índole fue el Proyecto de Código penal de 1980, presentado al Parlamento por el Gobierno de la UCD, que fue seguido por otras propuestas, anteproyectos y proyectos durante la etapa del Gobierno socialista de 1982/a 1995.

Pero pronto se advirtió lo difícil que era elaborar un Código penal al margen de la coyuntura política y social que durante todo ese periodo de tiempo había en España. Y fue precisamente la conflictiva relación entre Política (criminal) y Derecho

(penal) lo que condicionó continuamente la reforma penal que se había emprendido a comienzos de la etapa democrática.

Y cuando ya parecía inevitable asumir la vigencia del viejo Código penal, proveniente del Código penal decimonónico de 1870, a finales de 1995 se consiguió aprobar, en los últimos meses del Gobierno socialista, que ya había perdido la mayoría absoluta en el Parlamento, un Código penal de nueva planta al que pomposamente se llamó el *Código penal de la democracia*. Un Código penal que respondía claramente a las tendencias político criminales que en aquel momento se iban extendiendo en la mayoría de los países occidentales europeos: Una expansión del Derecho penal hacia nuevos ámbitos, como el medio ambiente el sistema económico financiero, el riesgo colectivo, o las nuevas tecnologías, utilizando para ello formas y técnicas de incriminación y tipificación prácticamente desconocidas o poco habituales en el Derecho penal clásico, como los delitos de peligro, principalmente en su forma de delitos de peligro abstracto, el uso excesivo de las normas penales en blanco y la sustitución de las referencias a bienes jurídicos concretos por bienes jurídicos abstractos, vagos y poco precisos.

Cualquiera que sea la opinión que merezcan estas nuevas tendencias, no cabe duda de que con ellas se puso de nuevo de relieve el siempre apasionante debate de las relaciones entre Política criminal y Derecho penal, lo que, al mismo tiempo, provocó que un importante sector de la Dogmática jurídico penal, entendida como un sistema de imputación de la responsabilidad penal a partir de las normas penales vigentes, considerara necesario adaptar conceptos básicos como el de causalidad, dolo, o bien jurídico, etc., a la nueva realidad legislativa.

La aprobación del nuevo Código penal generó en la doctrina española un apasionado debate sobre este el papel que tenía que desempeñar la Dogmática penal ante esta expansión del Derecho penal. Para unos, la renovación del arsenal teórico dogmático era inevitable y era una consecuencia de las necesidades de protección que en las sociedades modernas y altamente tecnificadas representaban los riesgos incluso catastróficos derivados del uso de las nuevas tecnologías y fuentes de producción y de energías. Otros, en cambio, siguiendo en esto los planteamientos de la Escuela de Frankfurt y principalmente de su más conocido representante, Winfried Hassemer, consideraban que para afrontar eficazmente esos riesgos era preferible una política preventiva a través de instrumentos jurídicos de control y prevención, incluso de carácter sancionatorio, pero no penales, sino puramente administrativos, propugnando la creación de un *Derecho de intervención*, en el que junto a medidas técnicas de control o sancionatorias administrativas de carácter preventivo hubiera también medidas reparadoras civiles de los daños causados.

Entre los partidarios de una u otra concepción esta discusión se mantenía, en todo caso, dentro de los parámetros marcados por los principios constitucionales del Estado de Derecho y sin cuestionar la vigencia de los derechos humanos fundamentales.

Sin embargo, una serie de sucesos producidos en los últimos años y las reacciones del Poder político frente a los mismos han cambiado rápidamente este panorama casi idílico de las relaciones siempre difíciles entre Política criminal y Derecho penal, agudizando la tensión existente entre ambos. Ya en el último cuarto del siglo xx, se había planteado en algunos países europeos, como Italia, Alemania o España, la necesidad de responder a los ataques terroristas realizados por grupos revolucionarios o independentistas, con un Derecho penal de excepción o *della emergenza*, que en algunos casos podía exceder de los límites que imponía el Estado de Derecho al Derecho penal. La cuestión de si se podía defender el Estado de Derecho frente a esos ataques con medios incompatibles con los principios del mismo, fue en general respondida por la doctrina y por los Tribunales de Justicia de estos países, afirmando el carácter vinculante de esos principios, criticando o rechazando, en consecuencia, los excesos puntuales que tanto en la legislación, como en la praxis, en la fase de investigación o en la de condena, pudieran producirse o haberse producido.

Esta situación empezó a cambiar, cuando a raíz del ataque terrorista las Torres Gemelas de Nueva York el 11 de septiembre del 2001, lo que hasta entonces se consideraba un Derecho penal excepcional solo destinado a combatir el terrorismo en un solo país, se generalizó y se extendió a nivel mundial convirtiendo el Derecho penal en un Derecho penal de combate, que había que utilizar como un arma más para eliminar al enemigo, incluso utilizando sus propias armas, completamente al margen, si ello fuera preciso, de los límites y garantías que imponía la sujeción del Poder político al Derecho, es decir, al Estado de Derecho. El ejemplo más palpable de esta nueva forma de entender el Derecho penal fue la *Patriot Act*, aprobada por el Congreso de los Estados Unidos de América pocos días después del atentado del 11 de septiembre, por la que se permite la detención gubernativa y la violación de la correspondencia y otros datos de la intimidad sin control judicial, el internamiento por tiempo indefinido en campos de concentración como Guantánamo de presuntos terroristas o simplemente *enemigos combatientes*, los tribunales secretos militares para juzgarlos, la tortura como forma de investigación y de obtención de pruebas, etcétera.

Este modelo, con más o menos variaciones, fue extendiéndose a otros países occidentales, sobre todo a raíz de otros atentados terroristas de inspiración yihadista, como los sucedidos en Madrid en marzo del 2004, en Londres en julio del 2005, y en otras ciudades del continente europeo. El terrorismo había dejado de ser un problema de un solo país, para convertirse en un problema a escala internacional, contra el que había que luchar con todas las armas de las que pudiera disponer el Estado, dentro o fuera de los límites del Estado de Derecho.

Se rompía así, de un modo patente y claro, el difícil equilibrio entre Política criminal y Derecho penal que tras la derrota de los regímenes autoritarios, se había instaurado en los Estados democráticos occidentales conforme al modelo del Estado de Derecho, inclinando ahora la balanza claramente a favor de los intereses políticos (no siempre basados en la idea de seguridad, sino también en otros menos nobles,

como los económicos), restringiendo o incluso, en algunos casos, eliminando los límites que el Estado de Derecho impone al poder punitivo del Estado.

Este nuevo modelo se ha ido extendiendo también a otros ámbitos, no ya solo relacionados con el terrorismo, nacional o internacional, sino con la criminalidad organizada, el narcotráfico a gran escala, la pornografía infantil, la trata de personas, la delincuencia habitual, etc., en donde la proliferación de nuevos tipos delictivos, algunos meros actos preparatorios o delitos de sospecha, y el incremento de la gravedad de las sanciones penales, se han convertido en la regla general que preside cualquier reforma penal. En el Derecho penal material, principios como el de proporcionalidad e intervención mínima, o el de reinserción social del condenado, se han ido abandonando y sustituyendo por una cada vez mayor intervención del Derecho penal en ámbitos previos a la puesta en peligro de un bien jurídico protegido concretamente determinado por la ley, y por un endurecimiento de las sanciones penales, entre las que no se excluyen la reclusión perpetua o incluso la pena de muerte, buscando ante todo la intimidación de los potenciales delincuentes, o su castigo más duro sin posibilidades de reinserción o rehabilitación social.

Esta tendencia fue ya advertida por el penalista alemán Günther Jakobs, cuando en una ponencia en un Congreso en Berlín, en octubre de 1999, y luego en otros trabajos suyos posteriores, expuso que también en los modernos Estados Derecho había que admitir la necesidad y la existencia de “dos Derechos penales”: un Derecho penal, que podríamos llamar “normal”, conforme a los principios del Estado de Derecho; y otro Derecho penal al que llama “Derecho penal del enemigo”, en el que esos principios (protección penal de bienes jurídicos solo respecto a acciones que puedan al menos ponerlos en peligro, proporcionalidad de las penas con la gravedad del delito cometido, garantías del imputado en el proceso penal y prohibición de utilización de pruebas obtenidas ilegalmente) quedarían severamente restringidos cuando no directamente eliminados como límites al poder punitivo estatal.

La tesis de Jakobs ha sido en los últimos veinte años ampliamente discutida, y en general ha sido fuertemente criticada y rechazada en lo que supone una claudicación del Estado del Derecho ante finalidades políticocriminales dirigidas sobre todo a afianzar la seguridad cognitiva y la confianza de los ciudadanos en la eficacia del Derecho penal; pero hay que reconocer que en la praxis legislativa el modelo de lo que él llama “Derecho penal del enemigo” se ha ido imponiendo en las reformas penales que se han producido en los últimos años en países en los que, paradójicamente, el Estado de Derecho constituye la base de sus regímenes políticos, jurídicos y constitucionales.

La tendencia hacia un Derecho penal cada vez más condicionado por los intereses del Poder político y su afán por conseguir el apoyo popular a través de una Política criminal populista rayana en la demagogia punitiva, ha ido paralelamente acompañada por otra dirigida al control y una mayor gravedad de las penas de los autores de delitos de menor entidad contra la propiedad o el narcotráfico de poca monta,

que son los delitos que más inciden directamente en el sentimiento de inseguridad de los ciudadanos en la vida cotidiana, aplicando reformas penales basadas en ideas, provenientes de un sector de la criminología americana, como las de *zero tolerance* y *three strikes and you are out*. Esto unido a la criminalización de la emigración ilegal procedente de países con graves crisis sociales y económicas o con conflictos armados que diezman sobre todo la población civil, ha determinado también un incremento del empleo del Derecho penal más allá del principio de proporcionalidad, y un uso discriminatorio del mismo, por más que oficialmente se persigan los delitos de odio y de discriminación racial.

4. Frente a esta realidad no cabe, a mi juicio, permanecer indiferente o limitarse a señalar su existencia como algo inevitable a lo que hay que ir acostumbrándose, sino tomar decidida y claramente postura a favor del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales que al nivel más alto, tanto nacional, como internacional, constituyen las bases de la regulación jurídica de la convivencia humana. Esto es también una cuestión de coherencia interna del subsistema penal dentro del sistema jurídico global más general constituido por los principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución y en las Declaraciones universales de los derechos humanos. Si se admite alguna excepción al mismo, “agujeros negros de la democracia”, como alguno ha dado en llamar, deberá admitirse también coherentemente la quiebra de todo el sistema, con todas las consecuencias que de ella se derivan. Nadie niega, pues, la existencia del “Derecho penal del enemigo” o cualquier otra concepción similar del Derecho penal que pretenda luchar contra la delincuencia, o contra determinadas formas de la misma, a toda costa, o a cualquier precio, lo que aquí se cuestiona es si esta forma de entender la relación entre Política criminal y Derecho penal es compatible con el Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales.

Lo que es obvio no necesita ser explicado —existe y seguirá existiendo—, lo que sí debe ser satisfactoriamente clarificado es la ambigüedad o el distanciamiento teórico ante esa nueva realidad, admitiendo como algo desagradable, pero inevitable que el Derecho penal tenga que seguir fielmente los parámetros e indicaciones que le marque la Política criminal, aún cuando esta sea contraria a los principios fundamentales del Estado de Derecho; sobre todo cuando esa ambigüedad o distanciamiento valorativo se produce ante la cada vez más frecuente violación por parte de algunos Estados, entre los que se cuentan los más representativos y poderosos de la Comunidad internacional, de los derechos fundamentales y de los principios del Estado de Derecho.

En todo caso, la Política criminal será y deberá seguir siendo, por supuesto, luz y guía del Derecho penal; también, como propone Claus Roxin, para interpretarlo y sistematizarlo y hacer posible su aplicación por los Tribunales de Justicia. Pero siempre habrá que tener en cuenta de qué Política criminal estamos hablando y si los objetivos que se pretenden alcanzar con la misma entran dentro o no de los paráme-

tros del Estado de Derecho y el respeto a los derechos fundamentales. El equilibrio entre ambos polos de la Ciencia penal, Política criminal y Derecho penal, es difícil, pero no imposible, y es misión del penalista esforzarse, tanto a nivel teórico, como práctico, en que el Derecho penal sea un instrumento idóneo para conseguir y afianzar la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, que son, como reza el artículo 1 de la Constitución española, los valores superiores de un Estado social y democrático de Derecho.

