

**PROTECCION DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN EL CODIGO
PENAL**

*Estudios sobre el Código Penal español de 1995
(Parte General)*

Francisco Muñoz Conde *

A la memoria de Francisco Tomás y Valiente

I.

Hablar de "protección de derechos fundamentales en el Código Penal", es tanto como pretender hablar de todo el Derecho Penal. Efectivamente, el Derecho Penal, y con él el cuerpo legal que recoge la mayoría de sus disposiciones, se caracteriza por ser ante todo y sobre todo, la culminación de todo un sistema jurídico dirigido primordialmente a la protección de intereses y derechos fundamentales para el individuo y la sociedad.

La doctrina del Derecho Penal a través de la *teoría del bien jurídico* ha convertido esos derechos fundamentales en bienes jurídicos a los que el Derecho Penal concede su máxima protección, castigando con los instrumentos sancionatorios más radicales y contundentes de cuantos dispone el Estado de Derecho las conductas que pueden lesionarlos o ponerlos en peligro.

Decir, pues, que el Derecho Penal o el Código Penal protege derechos fundamentales es decir una obviedad. Cualquiera de los bienes jurídicos protegidos en los diversos tipos delictivos contenidos en el Código Penal, en el nuevo y en el viejo, son reconducibles directa o indirectamente, a alguno o algunos de los derechos que la propia Constitución Española reconoce como fundamentales en la sección primera del capítulo segundo del Título I. El Código Penal de 1995 tipifica, por ej., en los Títulos I, II, III y VI respectivamente, los delitos contra la vida, el aborto, las lesiones y los delitos contra la integridad moral, que penalizan las conductas que puedan afectar al derecho a la vida y a la integridad física y moral, reconocido en el art. 15 de la Constitución.

Es más, penaliza expresamente como un delito contra la integridad moral, la tortura, a la

* Catedrático de Derecho Penal. Universidad Pompeu i Fabra.

que se alude en dicho art. 15, en relación con este derecho. También los delitos de lesiones al feto (Título IV) y relativos a la manipulación genética (Título V) son reconducibles a este derecho. Del mismo modo, los delitos contra la libertad (Título VI), contra la intimidad (Título X), contra el honor (Título XI), etc., son el reflejo directo de alguno de estos derechos reconocidos como fundamentales en los arts. 17 y 18 de la Constitución.

Pero no todos los bienes jurídicos que protege el Derecho Penal tienen directamente el carácter de derechos fundamentales, en la terminología constitucional, sino simplemente el de derechos que igualmente reconoce la Constitución, como son la propiedad privada (art. 33) y la economía de mercado (art. 38), que dan lugar a los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico del Título XIII, o principios rectores de la política social y económica que igualmente son objeto de protección a través del Derecho Penal.

En realidad, el Derecho Penal no sólo protege derechos fundamentales, pero en general, se puede decir que tanto en las conductas que sanciona elevándolas a la categoría de delitos, como en la forma de sancionarlos, con penas que principalmente limitan o privan de libertad, el Derecho Penal incide de lleno en la configuración y desarrollo de los derechos estrictamente fundamentales y libertades públicas de la sección 1.ª del capítulo II del Título I de la Constitución, y de otros derechos y principios que igualmente por su importancia para el individuo y la configuración democrática de la sociedad tienen rango constitucional. De ahí que algún autor, como VIVES ANTÓN, haya podido hablar de un concepto constitucional de delito, o que se defina el Código Penal como una "Constitución en negativo", o que incluso se recojan entre los derechos fundamentales y las libertades públicas de la sección 1.ª del capítulo II del Título I de la Constitución, el principio de legalidad de los delitos y las penas (art. 25.1) y la propia finalidad primordial de las penas y medidas privativas de libertad dirigidas a la reinserción social del delincuente (art. 25.2); por no decir nada de los derechos fundamentales de carácter procesal penal, que se reconocen en el mismo apartado de la Constitución, tales como la presunción de inocencia, el derecho a no declarar contra sí mismo, a no declararse culpable, a la defensa, etc. (art. 24).

Todo esto no quiere decir, sin embargo, que el Derecho Penal sea un mero apéndice del Derecho constitucional y que su misión consista sólo en brindar protección a través de la sanción penal a los derechos ya previamente reconocidos en la Constitución.

El Derecho Penal a través del principio de intervención mínima y de la elaboración doctrinal del concepto de bien jurídico, presenta una serie de peculiaridades que lo convierten en un mecanismo de protección jurídica autónomo y hasta cierto punto independiente de las demás ramas del ordenamiento jurídico, incluido el Derecho constitucional. Este sólo representa un marco dentro del cual el Derecho Penal se mueve con más o menos libertad a la hora de decidir qué derechos fundamentales en forma de bienes jurídicos debe proteger y cómo debe hacerlos. No existe una obligación para el legislador de sancionar penalmente toda conducta que lesione un bien jurídico, ni es el Derecho Penal el único medio protector de los mismos, sean o no derechos fundamentales.

Como ha puesto de relieve HASSEMER, tan importante como el propio derecho fundamental necesitado de protección penal es el proceso mismo a través del que se define y se configura como bien jurídico protegido en Derecho.

II.

Tomemos, por ej., un derecho tan fundamental como el derecho a la vida y a la integridad física y moral que consagra el art. 15 CE.

Pues bien, desde el primer momento, podemos observar que respecto a la vida, los límites de protección jurídica vienen marcados por la propia temporalidad de la misma. La vida humana, como cualquier fenómeno biológico está sometida al inevitable proceso de nacimiento, desarrollo y muerte. No se puede proteger la vida que todavía no existe o que ya ha dejado de existir. Sin embargo, esta verdad difícilmente discutible, se complica por el hecho de que la vida no es un fenómeno estático, sino dinámico, en el que es difícil, por no decir imposible, marcar con certeza científica cuándo comienza y cuándo acaba.

Existe, además, el hecho de que la vida antes de alcanzar su autonomía pase por un proceso de formación desde el momento de la concepción hasta su independización del claustro materno. Ello determina una distinta valoración según se haya o no producido la separación del claustro materno. Razones, no sólo científicas, sino filosóficas y jurídico-penales obligan a distinguir la protección jurídica a la vida humana según haya alcanzado o no la independización del claustro materno. Y ello aun admitiendo que el derecho a la vida al que alude el art. 15 de la CE se refiere también a la vida de los aún no nacidos. En todo caso, la distinción entre delito contra la vida humana independiente y delito contra la vida humana dependiente, entre homicidio (Título I) y aborto (Título II) en el Código Penal, refleja una distinta valoración de un derecho que, en principio, nadie discute en su fundamentalidad.

Esta misma distinción ha obligado a tipificar en el nuevo Código Penal las *lesiones al feto* (Título IV), entendiéndose que era necesario, por no ser subsumibles en el delito de lesiones referidos a los ya nacidos.

Más difícil se hace reconducir al art. 15 CE los *delitos relativos a la manipulación genética*. Desde luego, y en la medida en que la manipulación genética sin finalidad terapéutica pueda afectar en el futuro a la vida y a la salud de las personas, sería el derecho fundamental a la vida del art. 15 CE el bien jurídico protegido en estos delitos. Pero generalmente las técnicas de manipulación genética se llevan a cabo en un estadio aún alejado del nacimiento de la vida humana, y es finalmente el *genotipo*, cuya alteración castiga el art. 159 Código Penal, el bien jurídico protegido en ese delito. Pero ¿es el genotipo ya vida humana? Y, en todo caso, a partir de ahí, habrá que identificar otros bienes jurídicos que sirvan de base a las conductas tipificadas en otros artículos, como por ej., en el art. 161, que, castiga la fabricación de "seres clónicos", el derecho a la individualidad o a la identidad genética; en el art. 160, el propio género humano capaz de ser exterminado por armas producidas por ingeniería genética. En el art. 162, en cambio, el bien jurídico protegido es el derecho fundamental de la mujer a no ser fecundada en contra de su voluntad. En todo caso, lo que parece evidente es que estos delitos no criminalizan las técnicas genéticas, en sí mismas loables, sino su uso con finalidades incompatibles con la dignidad de la persona, que más que en el art. 15, encuentra acogida en el art. 10.1 CE como fundamento del orden jurídico y de la paz social.

Y, finalmente, también es necesaria una reinterpretación del concepto de "integridad moral" al que alude el art. 15 para darle sentido a los delitos que contra la misma se tipifican en el Título VII.

El bien jurídico (o derecho fundamental) de la integridad moral aparece como un bien jurídico difuso, cuyo arranque lo podemos situar en el concepto de dignidad humana, entendiéndolo por ésta la propia cualidad de ser humano y el respeto a esa cualidad que todos tenemos por el hecho de ser personas; o sea, la superioridad o importancia que se

le concede a una persona por el simple hecho de serlo y con independencia de la forma en que se comporte.

— A partir de aquí, como expresión de esta dignidad humana encontramos el derecho a la integridad personal, que engloba tanto la integridad física como la moral. Tradicionalmente, la integridad física se ha interpretado, en la doctrina penal, como lo contrario a la falta de algún miembro u órgano corporal, quedando excluida, por tanto, la salud, como ausencia de enfermedad y la integridad psíquica (concepto estricto de "integridad corporal"). Las reformas operadas en materia de lesiones, obligan, sin embargo, a la ampliación del contenido del bien jurídico "integridad física" a estos dos ámbitos. Con la tipificación del delito de lesiones ya no sólo se castigan aquellas acciones que produzcan la pérdida de un órgano, sea o no principal (es decir, que atenten contra la integridad corporal), sino que se incluyen también aquellas acciones que den lugar o provoquen el padecimiento de una enfermedad, sea ésta de carácter físico o psíquico (es decir, que atenten contra la integridad física, que abarca el estado saludable de una persona, y la integridad psíquica). De esta manera, el bien jurídico protegido en el delito de lesiones se dirige más hacia un concepto global de salud o de "incolumidad personal", como estado en el que una determinada persona desarrolla normalmente sus funciones, entendiendo por función el ejercicio de un órgano o aparato, estado que, por otra parte, posibilita una concreta participación en el "sistema social" (BERDUGO).

La diferencia entre integridad física e integridad moral, entendida esta última como integridad psíquica se desvanece al quedar ambas incluidas en el concepto de *incolumidad*. Además, la protección penal dispensada en la tipificación del delito de lesiones se ajusta más a la importancia del bien jurídico como presupuesto de un desarrollo normal de la vida de una persona.

— Una segunda opción para dotar de contenido al derecho a la integridad moral nos la sugiere GARCÍA MORILLO, que entiende por el mismo "el derecho de la persona a no ser sometida contra su voluntad a tratamientos susceptibles de anular, modificar o herir su voluntad, ideas, pensamientos o sentimientos". Es decir, que la integridad moral se constituye como un derecho de los ciudadanos compuesto por valores como la voluntad, las propias ideas, los pensamientos o los sentimientos. Pero la esencia de este derecho vendría dada no por el contenido de estos valores, sino por el derecho a configurarlos o mantenerlos de forma voluntaria sin que nadie pueda alterar por la fuerza dicha configuración.

Como contenido mínimo de un derecho constitucionalmente declarado, no encontramos ninguna objeción. Pero si abandonamos el terreno de la interpretación constitucional para centrarnos en la integridad moral como bien jurídico penalmente protegido, nos daremos cuenta de que las posibles acciones y los posibles valores atacados por las mismas que de esta definición constitucional se derivan, constituyen precisamente, el objeto de protección de otros tipos penales. Así, por ejemplo, conductas dirigidas a anular o modificar la voluntad de una persona son el núcleo del delito de coacciones y de amenazas; conductas que puedan herir los sentimientos de una persona pueden ser perfectamente encuadrables en el delito de injurias; comportamientos dirigidos a anular o modificar ideas o pensamientos pueden incluirse en el nuevo supuesto agravado de coacciones, cuando se trate de impedir el ejercicio de un derecho fundamental, como lo es la libertad ideológica. ¿Qué nos queda, pues, en el ámbito estrictamente penal, del bien jurídico "integridad moral"? Ciertamente, bien

poco por no decir nada. Hemos de tener en cuenta, además, que la penalidad asignada a los delitos mencionados (coacciones, amenazas e injurias) cubre con creces la necesidad de protección de estos bienes jurídicos (piénsese en que, por ejemplo, en el caso de las coacciones agravadas, la pena a imponer será la de prisión de seis meses a tres años en su mitad superior).

— Una tercera posibilidad de interpretación del bien jurídico "integridad moral" podemos derivarla de diversas sentencias del Tribunal Constitucional (*). En efecto, el Tribunal Constitucional nunca ha declarado de forma expresa el ámbito concreto que abarca el derecho fundamental a la integridad moral consagrado en el art. 15 de la CE, pero podemos llevar a cabo un acercamiento al mismo de la mano de distintas resoluciones, como por ej. las SSTC de 29 de enero de 1982, 11 de abril de 1985 y 27 de junio de 1990. En ninguna de ellas se ventilan asuntos expresamente relacionados con el problema que nos ocupa, si bien se refieren al mismo de forma tangencial.

En la primera de las sentencias citadas, el Tribunal Constitucional sitúa el límite negativo de la integridad moral en la proscripción de cualquier violencia de carácter intimidatorio que pueda derivarse del también reconocido constitucionalmente derecho a la libertad de pensamiento, en el sentido de que cualquier expresión de esta libertad es lícita siempre y cuando no se manifieste de forma coercitiva, lo cual supondría una lesión del bien jurídico integridad moral. En la segunda de las sentencias mencionadas, de la misma manera centra el Tribunal Constitucional el problema en los actos violentos contrarios a la voluntad de una persona, que igualmente atentan contra la integridad moral de ésta. En esta sentencia, como es sabido, se analizó la constitucionalidad o no de la ley de despenalización de tres supuestos de aborto. La alusión al derecho a la integridad moral de la mujer la encontramos en el fundamento jurídico 11 b), al afirmar que en el supuesto del aborto ético:

«la gestación ha tenido su origen en la comisión de un acto no sólo contrario a la voluntad de la mujer, sino realizado venciendo su resistencia por la violencia, lesionando en grado máximo su dignidad personal y libre desarrollo de la personalidad y vulnerando gravemente el derecho de la mujer a su integridad física y moral».

Por lo tanto, de este fundamento podemos deducir dos cosas: en primer lugar, que la base del atentado contra la integridad moral es cualquier acto violento contrario a la voluntad de su titular; y, en segundo lugar, que cuando actos de este tipo se cometen, se lesiona de forma directa el bien jurídico protegido en cada caso, pero también, de forma indirecta, el bien jurídico integridad moral.

En la tercera de las sentencias citadas, que resolvió la constitucionalidad de las medidas adoptadas por la Administración penitenciaria en orden a la alimentación forzosa de reclusos en huelga de hambre (en concreto pertenecientes al colectivo GRAPO), el TC ofrece una definición de tortura en consonancia con los instrumentos internacionales ratificados por España y vuelve a resaltar la nota de la actuación contraria a la voluntad de un sujeto, pero añadiendo, esta vez, un segundo requisito: que esta actuación contraria a la voluntad suponga, también, una humillación al sujeto activo (en este sentido se declara también el TEDH en diversas sentencias, como la de 25 de febrero de 1982, que exige, precisamente, este sentimiento de humillación o envilecimiento que el acto contrario a la voluntad del sujeto pasivo representa).

De la doctrina constitucional podemos, pues, deducir varios puntos: en primer lugar, el tribunal omite en todas las sentencias una definición clara y expresa del derecho a la integridad moral. Antes bien, el TC opta por delimitar qué tipo de actuaciones son lesivas

para el mismo, pero sin determinar su contenido. En este sentido, el TC exige: en primer lugar, un acto, normalmente violento, que contraría la voluntad del sujeto pasivo de dicho acto; en segundo lugar, que este acto provoque sufrimientos o padecimientos y, por último, que además suponga una humillación o envilecimiento de la persona que los sufra.

La postura constitucional, como vemos, no nos ayuda demasiado a dotar de contenido claro y preciso al derecho a la integridad moral. Por el contrario, las reiteradas alusiones a la voluntad quebrantada del sujeto pasivo, nos reconducen a bienes jurídicos como la libertad y nos devuelven a otros tipos delictivos como las coacciones o las amenazas. La única diferencia que encontramos es el dato de que simultáneamente al quebranto de la voluntad, se produzca una humillación o vejación del sujeto pasivo. El problema es que, normalmente, ataques a otros bienes jurídicos, como la libertad, la libertad sexual o la integridad física llevan también implícitos la humillación de la que el TC habla. Por lo tanto, el contenido mínimo del derecho a la integridad moral queda, si cabe, aún más reducido.

Resumiendo, en atención a las diversas posturas doctrinales y jurisprudenciales, tanto en el campo penal como en el constitucional, la determinación del contenido mínimo del derecho a la integridad moral resulta una cuestión altamente complicada, dada la ausencia de definiciones al respecto. Las delimitaciones negativas de sus límites y la enumeración de las acciones que pueden suponer un ataque al mismo nos arrojan como resultado una gran similitud entre el concepto de integridad moral y el concepto de voluntad, como libre determinación de la persona. La diferencia sólo la podemos situar en el hecho de que el atentado contra la integridad moral supone a la vez una humillación mientras que el atentado contra la voluntad no tiene por qué suponerlo, aunque, como ya hemos apuntado, en la mayoría de los casos también se dará esta consecuencia.

III.

Con los ejemplos expuestos se demuestra que el Derecho Penal protege los derechos fundamentales en la medida en que éstos, a través de un proceso de normativización, son reelaborados en función de necesidades específicas y de determinados principios característicos, y convertidos en bienes jurídicos. De forma que, como ya se ha dicho, tan importante o más que el concepto de bien jurídico o de derecho fundamental que subyace en todo tipo delictivo, es el proceso mismo social y político a través del que se constituye. En esta tarea el Derecho Penal goza de una autonomía casi absoluta, pero esto no quiere decir que los bienes jurídicos (los derechos fundamentales convertidos en bienes jurídicos protegidos en los respectivos penales) puedan ser protegidos de cualquier modo o de forma arbitraria. La protección de bienes jurídicos no significa necesariamente protección a través del Derecho Penal. Los bienes jurídicos, dice ROXIN no sólo deben ser protegidos *por* el Derecho Penal, sino también *ante* el Derecho Penal.

El concepto de bien jurídico se formuló originalmente más como límite que como exigencia para la intervención del Derecho Penal. Precisamente, el *principio de intervención mínima*, tal como fue formulado por mí en mi *Introducción al Derecho Penal* en 1975, tenía este sentido, para evitar una hipertrofia cualitativa y cuantitativa del Derecho Penal que eliminara su carácter de *ultima ratio* frente a las demás ramas del ordenamiento jurídico. Pero como la propia Exposición de Motivos del nuevo Código Penal reconoce, se hace muy difícil resolver "la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja".

Desde luego, la sociedad moderna se caracteriza por una serie de problemas (medio ambiente, criminalidad organizada, delincuencia económica, etc.) que no pueden ser bien

resueltos con los esquemas tradicionales del Derecho Penal clásico, pero que deben ser resueltos con la máxima urgencia. Se considera, por tanto, conveniente la creación de un Derecho Penal "moderno" más idóneo para resolver esos problemas. De ahí que en esta materia el nuevo Código Penal tenga una mayor vocación penalizadora que despenalizadora y que conciba el Derecho Penal más como un instrumento político de dirección social que como un mecanismo de protección jurídica subsidiario de las otras ramas del ordenamiento jurídico. Hasta cierto punto esto, por lo menos en sectores que caracterizan el "moderno" Derecho Penal, parece inevitable; pero ello da lugar, como veremos inmediatamente, a un cierto debilitamiento de algunos de los principios básicos y garantías del Derecho Penal clásico, que también constituyen hoy derechos fundamentales a los que no se puede renunciar porque son consustanciales al Estado de Derecho. La idea de prevención y de orientación a las consecuencias que son, según HASSEMER, las señas de identidad del "moderno" Derecho Penal, puede tener este aspecto negativo para algunos derechos humanos, como seguidamente vamos a ver.

El nuevo Código Penal recoge, como es lógico y no podía ser menos, los principios básicos del Derecho Penal de un Estado de Derecho. Así, por ej., se acoge expresamente el *principio de legalidad* de los delitos y las penas, así como de los estados de peligrosidad y medidas de seguridad posdelictuales, con todas sus consecuencias de proscripción de la analogía, al menos en su vertiente "in malam partem", y la irretroactividad de las leyes penales desfavorables para el reo (arts. 1, 2, 3 y 4), cosa a lo que por lo demás obligan igualmente los arts. 9 y 25.1 de la Constitución, así como una larga tradición jurídica no interrumpida entre nosotros ni siquiera en los tiempos más oprobiosos de la larga dictadura franquista. Lo mismo sucede con el *principio de culpabilidad*, entendido como proscripción de la responsabilidad objetiva, limitando las fuentes de imputación subjetivo al dolo o la imprudencia (arts. 5 y 10), dando relevancia al error sobre los hechos o su licitud (art. 14) y a determinados estados de alteración mental como causas de exención o atenuación de la responsabilidad criminal (arts. 20.1, 2 y 3; 21.1 y 3).

Otra cosa es, sin embargo, que tales principios sean llevados hasta sus últimas consecuencias y se respeten siempre de forma coherente a través de todo el articulado del Código. En realidad, y como ha demostrado HASSEMER, en el moderno Derecho Penal se ve como un obstáculo para llevar a cabo un efectivo control de los problemas que aquejan a las sociedades modernas la vinculación a los ferreos principios del poder punitivo del Estado que desarrolló la teoría clásica del Derecho Penal precisamente como límite a una política criminal demasiado pragmática, deseosa a toda costa de solucionar con la sola ayuda del Derecho Penal o utilizando a éste no como "última", sino como "prima ratio", los problemas más preocupantes que las sociedades tienen en cada momento histórico. Y en este sentido, es de destacar, también en el nuevo Código Penal, como en otras reformas recientes del viejo Código Penal, tanto en España, como en otros países de nuestra área de cultura, una cierta *tendencia a la desformalización*, es decir, un debilitamiento del principio de legalidad, que puede suponer una merma cuando no eliminación de las barreras infranqueables que, según advertía ya Von LISZT a principios de este siglo, el Derecho Penal debía oponer a una política criminal demasiado pragmática y demasiado inclinada a resolver por la vía más rápida el conflicto que más preocupa.

Una forma de aparición de esta tendencia a la desformalización es, desde luego, la frecuente utilización de *leyes indeterminadas*, es decir, de leyes en las que se emplean conceptos vagos y cláusulas generales de difícil interpretación, 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.

Hasta cierto punto parece lógico que el legislador ante un cambio social acelerado o ante una situación especialmente conflictiva caiga en la tentación de dejar a los jueces un amplio arbitrio, ofreciéndoles programas de decisión flexibles, pero ello no puede llegar hasta el punto de abandonar uno de los principios fundamentales del Derecho Penal, el principio de legalidad y el de la división de poderes que le subyace. La formalización de las decisiones legislativas 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 lo que sucede en 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 legislador penal no puede sorprender, ni engañar a los implicados en un caso penal, sin decir con la debida antelación y públicamente que es lo que castiga y en qué forma lo hace. Y desde luego tampoco puede dejar abandonada esta tarea en manos del juez. 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 se puede renunciar. Como tampoco se puede renunciar al principio de la división de poderes, o a principios formalizadores del proceso penal, como el de publicidad del proceso, el derecho a ser oído que tiene el acusado, el derecho a la asistencia de abogado desde el momento de su detención, el derecho a proponer pruebas, a intervenir en el proceso, el *in dubio pro reo*, etc. Todo esto son conquistas del Derecho Penal "clásico" que, en ningún modo, pueden considerarse superadas por un entendimiento puramente "funcionalista" del "moderno" Derecho Penal.

Como es lógico, los sectores más afectados por estas quiebras del principio de legalidad son los más característicos de esa parte del Derecho Penal que, por contraposición al llamado "Derecho Penal clásico", podemos denominar "moderno", es decir, aquellos ámbitos en los que el progreso científico o técnico, el tráfico económico o la intervención del Estado en la economía, plantean problemas de tal complejidad que no pueden ser resueltos satisfactoriamente con los modelos del "viejo" Derecho Penal. Se recurre aquí a la técnica de la *norma penal en blanco*, es decir, a la remisión a otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente al Derecho Administrativo, para determinar el supuesto de hecho de la norma penal. Con ello se corre el peligro de que el verdadero carácter delictivo del comportamiento tipificado en la ley como delito no lo determine la ley penal misma, sino las leyes administrativas y otras disposiciones de carácter jerárquico incluso inferior al de ley, pues, como bien ha destacado la mejor doctrina, lo grave no es ya que se recurra a la técnica de la norma penal en blanco, ya que esto es muchas veces inevitable por la propia especificidad de la materia regulada, lo grave es que no queden en la propia norma penal suficientemente determinados los elementos esenciales de la conducta punible.

Algo de esto sucede en algunos delitos contra la salud pública en relación con la elaboración y despacho de sustancias nocivas (arts. 359 y 360), en los delitos contra la ordenación del territorio o delito urbanístico (art. 319) y en los relativos a la protección de la flora y la fauna (arts. 332, 333, 334, 335 y 336). También en la regulación que ofrece el nuevo Código de los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social (Título XVI), se hace gala del abuso de esta técnica de tipificación delictiva, hasta el punto de que, por ej., para determinar el supuesto de hecho de algunas de las nuevas modalidades delictivas se hace preciso acudir al Derecho comunitario (arts. 305.3, 306, 309).

Una de las razones que pueden explicar estas quiebras de los principios básicos del Derecho Penal clásico es la *tendencia a la funcionalización*, que también HASSEMER denuncia como una característica del moderno Derecho Penal que se refleja igualmente en

algunas recientes reformas del viejo Código Penal y, por supuesto, también en algunos preceptos del nuevo Código Penal. La penetración de los intereses preventivos en constelaciones jurídico-penales con alta necesidad política de solución se refleja en la aparición de una legislación penal simbólica, en la que la necesidad de solución del problema no se corresponde con posibilidades de solución adecuada por la vía del Derecho Penal. Sucede esto sobre todo con la amplia regulación que ofrece el nuevo Código Penal de los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (arts. 325 y ss.), los relacionados con el tráfico de drogas (arts. 368 ss.) y los relacionados con la criminalidad organizada, bandas armadas y elementos terroristas (arts. 571 ss.). Ciertamente, que un Derecho Penal funcionalizado por la Política criminal y por los intereses preventivos tiene más fácil justificación ante la opinión pública; pero, al mismo tiempo, encierra el peligro de que se le asignen tareas que el Derecho Penal no puede cumplir o que, en todo caso, no puede cumplir sin mermas de las garantías y principios 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 luego no se verifican en la realidad.

Consecuencia de esta funcionalización es la frecuente utilización en el nuevo Código Penal de los *delitos de peligro abstracto* y la amplia protección que se brinda a *bienes jurídicos universales*. Respecto a los primeros, es fácil entender por qué el moderno legislador utiliza esta forma de tipificación de la conducta delictiva. Por un lado, amplían enormemente el ámbito de intervención del Derecho Penal a supuestos en los que ni siquiera hay que demostrar una puesta en peligro concreta del bien jurídico, ni por supuesto un perjuicio o una relación de causalidad entre éste y la acción realizada. Basta con demostrar la realización de la acción incriminada misma, sin ulteriores exigencias probatorias respecto a datos que han sido excluidos en la configuración de los tipos penales. Por otro lado son los que mejor se adecuan a los nuevos bienes jurídicos universales que se quieren proteger.

En el Derecho Penal "clásico" el modelo de tipo delictivo que constituía el núcleo esencial de los Códigos Penales decimonónicos eran los delitos de lesión o, por lo menos, aunque ya en una fase más avanzada de la evolución legislativa, de peligro concreto de bienes jurídicos preponderantemente individuales (vida, libertad, propiedad), a los que sólo se protegía frente a estos ataques más graves y, por ello mismo, merecedores de una sanción penal (principio de intervención mínima). Ahora, en cambio, y por lo menos en relación con la protección penal que se brinda a los nuevos bienes jurídicos de carácter institucional, colectivo o universal, se hace recaer el acento en la protección de la institución misma, quedando en un segundo plano o muy difuminada la protección de los intereses individuales. Junto a la propiedad y a los bienes jurídicos patrimoniales individuales aparece en la rúbrica del Título XII el "orden socioeconómico". "La ordenación del territorio", "el patrimonio histórico", "los recursos naturales y el medio ambiente" y la "flora y fauna" aparecen como bienes jurídicos autónomos en los capítulos I, II, III y IV del Título XVI, dando lugar en algunos casos a delitos de peligro abstracto que en nada se diferencian de las infracciones administrativas que constituyen las acciones incriminadas en los respectivos tipos delictivos (cfr. arts. 319, 333, 335), o tipificando hechos delictivos que ya son típicos conforme a otros delitos referidos a bienes jurídicos individuales (cfr., por ej., entre los delitos sobre el patrimonio histórico, el art. 323, que tipifica los daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, que obviamente son ya punibles como daños patrimoniales en los arts. 263 ss.).

Mejor hubiera sido que muchos de estos comportamientos hubieran seguido siendo simples ilícitos administrativos o, por lo menos, continuaran formando parte de la

legislación especial sectorial en la que tienen mayor justificación; o, en los casos en que el hecho ya de por sí constituye otro delito tipificado en otro lugar del Código Penal, que se hubiera añadido simplemente una cualificación que recogiera el mayor desvalor de la incidencia del hecho en un interés de carácter colectivo o social.

De todos modos, la tendencia a la protección de bienes jurídicos institucionales o universales parece inevitable y, dada la dificultad de precisar con nitidez sus perfiles y contornos, parece inevitable también el recurso a los delitos de peligro abstracto, anticipando la intervención del Derecho Penal a momentos anteriores a la afectación del bien jurídico. Pero en ningún caso, ello debe significar la pérdida de identidad del Derecho Penal y su conversión en una *soft law*, haciéndole cumplir funciones más propias del Derecho Civil o administrativo.

También una prudente *política despenalizadora* en estos sectores característicos del moderno Derecho Penal, por más que sea a corto plazo menos llamativa o rentable de cara a la opinión pública, puede ser igualmente eficaz y menos gravosa que la intervención penal a toda costa.

IV.

Finalmente nos queda por ocuparnos de aquellos delitos que en la terminología del nuevo Código Penal afectan directamente a los "derechos fundamentales". Efectivamente, la rúbrica del Capítulo IV del Título XXI del Libro II del Código Penal: "De los delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas y al deber de cumplimiento de la prestación social sustitutoria" sirve para englobar diferentes delitos que sólo tienen en común el que su realización se produce por utilización abusiva de algunos de los derechos y libertades fundamentales reconocidos en la Constitución, como el derecho de reunión pacífica y sin armas (art. 21), el derecho de asociación (art. 2.) y el derecho a la objeción de conciencia (art. 30.2), o por limitar o conculcar otros derechos fundamentales como el de la libertad religiosa y las creencias religiosas (art. 16) y el derecho a no ser discriminado (art. 14). Algunos de estos derechos están directamente relacionados con la participación de los ciudadanos en la vida política del país, de ahí que algunos prefieran hablar de "libertades cívicas" o "libertades políticas"; pero la cuestión no tiene en sí mayor trascendencia, ya que estas libertades desde el momento en que son reconocidas y amparadas jurídicamente son también derechos. Mayor trascendencia tiene el insistir en que esas libertades o derechos son libertades o derechos "democráticos", pues su efectividad práctica es sólo imaginable en un sistema democrático en el que el pueblo participe en la vida política y controle el poder. La existencia en el Código Penal de estos delitos supone, por tanto, el reconocimiento de los derechos a los que afectan. Este reconocimiento es, sin embargo, muchas veces más formal que efectivo. Pocos son, desde luego, los Estados que no reconocen los derechos democráticos y las libertades políticas fundamentales, incluso ya en el frontispicio de sus Constituciones o Leyes Fundamentales. Pero otra cosa sucede en la práctica, cuando se trata del reconocimiento y ejercicio de estos derechos. Es a veces la misma legislación penal ordinaria la que dificulta la efectividad material de estos derechos, criminalizando en tipos penales, generalmente vagos e imprecisos, manifestaciones y ejercicios legítimos de los mismos. El Derecho Penal se utiliza entonces como un arma política más para reprimir la oposición y las discrepancias políticas. Precisamente ésta fue la característica principal del Derecho Penal en esta materia durante la dictadura franquista. La situación actualmente vigente en España ha cambiado lógicamente en la medida en que se parte de un régimen político distinto que se califica como Estado social y democrático de Derecho que propugna como valores superiores de su

ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político (art. 1.1 de la Constitución). Muchas de las reformas penales habidas durante la *transición democrática* (1976-1983) tenían precisamente la finalidad de adaptar la legislación penal a esta nueva situación. Una vez consolidada la democracia, el Código Penal de 1995, el llamado "Codigo penal de la democracia", criminaliza en esta materia obviamente los ataques a algunos de estos derechos fundamentales, como el derecho a no ser discriminado o a la libertad de conciencia, provenientes de terceros; o el ejercicio abusivo de los derechos de manifestación y asociación. Sin embargo, en lo que se refiere al incumplimiento de la prestación social sustitutoria (y contra el deber de prestación del servicio militar) sigue caracterizándose por un exceso de represión que puede rozar los límites de la anticonstitucionalidad. Más importantes son en esta materia los delitos que pueden cometer los funcionarios contra las garantías constitucionales que se tipifican en el capítulo V del Título XXI. Pero ahora para no alargar demasiado esta intervención baste con citarlos y dejar su exposición para las comunicaciones que otros compañeros van a presentar sobre el tema.

BIBLIOGRAFIA

BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE: *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, pp. 20 y ss.

GARCIA MORILLO, en *Régimen constitucional español*, Barcelona, 1980, pp. 114 y ss.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho Penal y a la Criminología*, Valencia, 1989, pp. 103 y ss.

HASSEMER/MUÑOZ CONDE: *La responsabilidad por el producto en Derecho Penal*, Valencia, 1995, pp. 22 y ss.

MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, pp. 59 y ss., 71 y ss.

MUÑOZ CONDE: *Derecho Penal, Parte Especial*, 10.^a ed., Valencia, 1995, pp. 21 y ss., 674 y ss.

MUÑOZ CONDE/GARCIA ARAN: *Derecho Penal, Parte General*, Valencia, 1993, pp. 53 y ss., 76 y ss.

ROXIN: *Problemas básicos del Derecho Penal*, traducción de Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 22.

VIVES ANTON: *La libertad como pretexto*, Valencia, 1995, pp. 92 y ss.

NOTAS:

Agradezco a la Profesora titular de Derecho Penal, Dra. María del Mar DIAZ PITA, los datos sobre jurisprudencia constitucional en relación con el concepto de "integración moral".