

DERECHO PENAL Y CONTROL SOCIAL *

por FRANCISCO MUÑOZ CONDE

El profesor Francisco Muñoz Conde nos muestra, ya en la introducción de la obra, la pretensión de comprometerse con un análisis crítico del derecho penal, como parte de todo el sistema de control social.

En la lectura de las primeras líneas se hace visible el interés por el tratamiento de ciertos temas, según creo, de importancia relevante cuya discusión es necesario que no quede reservada al ámbito científico de la comunidad jurídica.

Una de las primeras cuestiones que trata, es la misión del derecho penal; en este punto, citando a Hassemer, el autor sostiene que dicha misión es la de producir, decidir y solucionar casos. Quizás aquí sea conveniente ampliar el concepto de "caso penal" incluyendo al conflicto o choque de intereses emanado del caso en sentido estricto; ya que probablemente lo único que el derecho penal intenta solucionar de manera no traumática, es la posibilidad del surgimiento de una veta indiscriminada de violencia, posibilidad latente en el supuesto caso de que esta formalización de una administración de justicia pacífica, no existiera. Esto es así ya que si se sostiene un concepto de "caso penal" limitado al hecho de la violación de un bien jurídico, difícilmente el derecho penal tenga alguna posibilidad de solucionarlos; no tiene como misión devolver la integridad a los bienes jurídicos dañados.

Otra de las cuestiones abordadas es la violencia, en lo que parece ser una visión dramática se describe una constante, violentos son generalmente los casos de los que se

* Fundación Universidad de Jerez, Jerez de la Frontera, España, 1985

ocupa el derecho penal, violenta es también la forma en que los soluciona¹.

En el capítulo I, titulado: "La norma jurídica penal" (crítica a la teoría sistémica), se ocupa en primer término del concepto de norma jurídica penal, en este sentido el autor piensa que norma es toda regulación de conductas en relación a la convivencia, aclara que esta convivencia no es idílica sino conflictiva ya que dos principios se enfrentan en la persona: el de la "realidad" y el del "placer". Creo que la manera en que generalmente se concibe el funcionamiento de estos dos principios (el del "placer" como impulsando al hombre a satisfacer por encima de todo sus instintos, y el de la "realidad" representado por las normas que los demás imponen) es discutible, sobre todo si se considera que la razón humana representa una constante involución de la conducta innata, donde el concepto de responsabilidad de la persona cumple un papel importante (como lo sostiene Víctor Frankl). Es decir, la complejidad de la razón humana permite una liberación del mandato de los instintos.

Es importante aclarar que el autor destaca que esta contraposición entre los principios recién analizados no debe entenderse de un modo absoluto pero, no explica en dónde reside la relatividad del conflicto.

Continúa diciendo que una peculiaridad de estas normas es su carácter contrafáctico, es decir que su vigencia no se altera por la circunstancia de que sean incumplidas; más bien, sostiene que sucede lo contrario: su incumplimiento y posterior sanción confirman su necesidad y vigencia.

Es necesario reflexionar sobre esta idea tan difundida, ya que quizás este planteamiento adolezca de cierto simplismo, por omisión de una franja de realidad político-criminal significativa. En primer lugar el carácter contrafáctico se da entre la expectativa social volcada en la norma y el incumplimiento de esta expectativa (o infidelidad al sistema). Si esto es simplemente así, obligaría a pensar que todo incumplimiento confirma la necesidad de la norma y también su vigencia, lo que no es cierto. Sólo en la medida en que los incumplimientos a la norma sean conocidos por

¹ De todos modos... "La política criminal expresada a través del derecho penal... aparece siempre como una propuesta de economía de la violencia social" (Binder, Alberto. Ideas para una discusión sobre el fundamento de la reforma de la justicia criminal, en "Revista de la Fundación Plural", en prensa).

el sistema de enjuiciamiento, esto sería así. Pero si no son conocidos o aprehendidos por el sistema, aparece una "cifra negra" que justamente viene a poner en duda la necesidad de mantener la tipificación de la conducta, si es que el número no conocido es significativo.

Prosigue el autor, sosteniendo que la única manera de comprender a una norma jurídica penal es ponerla en relación con un determinado sistema social; es así como la teoría sistémica aplicada al derecho penal, define al delito como la expresión simbólica de una falta de fidelidad al sistema social y a la pena como la expresión simbólica de la superioridad del sistema.

Pero para él, esta teoría representa una descripción aséptica y tecnocrática del modo de funcionamiento del sistema, pero no una valoración y mucho menos una crítica. Coincido en este punto con el autor, la fundamentación de la legitimidad normativa, desde este punto de vista, carecerá, a mi entender, de una explicación de por qué el sistema tiene que ser, en todo caso, superior a la conducta infiel. Excepto que se tome como presupuesto epistemológico "la bondad" del sistema (lo que está lejos de ser deseable) ya que la ideología que lo inspira tiene que ser un continuo punto de referencia y discusión crítica como única manera de que el proceso de conformación de la sociedad sea, verdaderamente, dinámico.

En el capítulo II, "Derecho penal y control social" (sobre la función motivadora de la norma jurídico-penal), se ocupa en primer lugar del análisis del proceso de motivación, citando varias opiniones acerca de su conceptualización, como, por ejemplo, Spoerri: "El proceso, consciente o inconsciente, en cuya base se halla una fuerza activadora y que se encamina a un objetivo", o Thomae: "Todos aquellos procesos imputables a un individuo o a un grupo, que explican su conducta o la hacen comprensible". Sostiene que la teoría psicoanalítica es la que mejor ha explicado este proceso.

La función motivadora es cumplida por la norma jurídico-penal para evitar la ejecución de acciones que atacan a la convivencia social. Esta función de motivación que cumple la norma penal es primariamente social, mas, en su última etapa, incide en el individuo. Los conflictos sociales surgen cuando colisionan diversos sistemas de valores y distintas motivaciones emanadas todas de instancias socializadoras, a contrario de la idea de una contraposición individuo-sociedad.

La norma penal sólo puede tener eficacia si va acompañada de otras instancias sociales; lo contrario sería una disociación entre normas sociales y normas penales. De todo esto se deduce un importante sector doctrinal que opina que la meta preventiva del derecho penal no es la motivación intimidatoria, sino la motivación integradora del consenso.

El autor cree, no obstante, que la función real del control social y el control jurídico-penal es la defensa y reproducción de un determinado sistema de valores y, la marginación y represión de las personas que potencial o realmente pueden atacarlo. No puede olvidarse, continúa, la función legitimadora y, por lo tanto ideológica, que tal entendimiento puede tener como justificación de un orden social injusto. A veces el consenso de mayorías puede desembocar en un claro proceso de fascistización social.

En el capítulo III, "Penas y medidas de seguridad: monismo versus dualismo", se plantea la cuestión de la elección de un sistema de reacción jurídico-estatal monista o dualista. En el derecho positivo actualmente vigente en España, la discusión está saldada en favor de un sistema dualista. Pero las medidas se aplican sobre todo y principalmente a las personas llamadas "peligrosas sociales".

Estas medidas han sido recogidas en la ley de "peligrosidad y rehabilitación social" española de 1970. Este sistema de medidas funciona de un modo autónomo. Viola, opina el autor, los principios de legalidad y de intervención mínima. Es por esto que el proyecto de Código Penal de 1980 previó la derogación de la ley mencionada. Además, sólo se admitían en el Proyecto las medidas posdelictuales. Pero, sin duda, los cambios propuestos fueron insuficientes.

En síntesis, las críticas que el autor realiza al sistema dualista residen en dos cuestiones; en primer lugar, las penas y las medidas de seguridad cumplen la misma función, lo que hace injustificado mantener una distinción en la reacción penal, y en segundo término, el mantenimiento de estas medidas constituye un peligro para las garantías individuales frente al poder estatal.

La reforma de 1983 ha supuesto un gran avance en la limitación del poder punitivo, pero no derogó expresamente la "ley de peligrosidad y rehabilitación social". Solamente la propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal, publicada a finales de 1983, apunta a configurar un sistema global de medidas de seguridad que contenga principios no

sólo deseables sino insustituibles, si se pretende un verdadero respecto a las garantías individuales.

En el capítulo IV, "La prisión como problema: resocialización versus desocialización", el autor relata la evolución de las ideas centrales en la fundamentación de las penas privativas de la libertad. El tratamiento de la pena como reeducación, reinserción social, resocialización del delincuente era considerada la función más elevada desde los tiempos de von Listz.

En la ley general penitenciaria española de 1979, "la reeducación y reinserción social" de los condenados se incluía como meta principal del nuevo sistema penal.

Pero, como lo advierte el autor, algunas voces hablan hoy del "mito" de la resocialización. No se niega la resocialización, pero también se marca la necesidad de cuestionar el sistema al cual se quiere incorporar al infractor.

Las críticas, de todos modos, alcanzan también al tratamiento penitenciario, sobre todo por las condiciones de vida existentes en una prisión, por los peligros que para los derechos fundamentales tiene la imposición de un tratamiento y por la falta de medios adecuados. Luego se ocupa de la situación de los presos preventivos en España, principal problema que tiene el sistema penitenciario español. La prisión preventiva, concluye, es una lacra del sistema penitenciario, con todos los inconvenientes de la pena privativa y ninguna de sus ventajas. Habrá que seguir insistiendo, sostiene, en el carácter mítico de toda resocialización y tratamiento encaminado a modificar el sistema de valores del delincuente, desmontando cualquier planteamiento ideológico que no se base en la realidad.

Es necesario también procurar la no desocialización del delincuente o, en todo caso, no potenciarlo con instituciones de por sí desocializadoras.

En el capítulo V: "Resumen a modo de conclusión provisional: prevención especial versus prevención general", el autor deduce de lo recién comentado, que el derecho penal existe porque existe un tipo de sociedad que lo necesita para mantener las condiciones fundamentales de su sistema de convivencia. En este aspecto la teoría sistémica proporciona un valioso instrumento para el estudio y descripción de los fenómenos sociales y del control social, pero no para una valoración y una crítica.

Esta teoría desemboca en una concepción preventivo-integradora del derecho penal que, según opina, significa

un "neorretribucionismo" ya que la legislación penal encuentra su fundamento en el sistema mismo. Parece preferible una teoría preventivo-intimidatoria "que muestra la auténtica faz del derecho penal como sistema de disciplinamiento de las personas y de protección de determinados intereses".

Es así como el problema del actual derecho penal se encuentra en el conflicto existente entre prevención-especial y prevención-general, todavía no resuelto definitivamente, pero, en verdad, se tiende al acercamiento de ambas funciones preventivas. Esto entendido, culmina, no como lo ideal, sino como el punto de partida para un análisis crítico de la actual realidad jurídico-penal.

MAXIMILIANO ADOLFO RUSCONI