

CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL

I. CUESTIONES GENERALES

La relación existente entre la Constitución y el Derecho penal es innegable. La Constitución es expresión de los principios fundamentales que inspiran un Ordenamiento jurídico. En la base de todo texto constitucional, se encuentra latente una concepción del Derecho que informa todas las normas que componen el sistema jurídico. Hasta la aprobación del Código Penal de 1995 son muchas las reformas parciales que ha sufrido el texto vigente en aquel momento, texto refundido de 1973, en orden a compatibilizar el mismo con la proclamación de España como un Estado social y democrático de Derecho.

En la propia Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el Código Penal actualmente vigente, se afirma: «Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar».

También se afirma en esta Exposición de Motivos que el eje de los criterios en los que se inspira su elaboración «es el de la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales». En este sentido, se destaca que se ha reformado el sistema de penas para intentar alcanzar los objetivos de resocialización que la propia Constitución les asigna; la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las nuevas necesidades de tutela se intenta superar eliminando algunas figuras obsoletas y dando acogida a nuevas formas de delincuencia; se da un especial relieve a la protección de los derechos fundamentales y se intenta avanzar en el cumplimiento del mandato que impone a los poderes públicos la Constitución de promover la igualdad real y efectiva.

La relación entre la Constitución y el Derecho penal queda además patente de una forma expresa en la propia Exposición de Motivos, cuando al referirse a las técnicas de elaboración se señala que «tanto el Código Penal como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinados a la Constitución y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad».

Pero la relación entre el Derecho penal y la Constitución no se agota en la vinculación del Derecho penal a los criterios constitucionales, sino que por otra parte, se acude al Derecho penal para proteger la Constitución como lo demuestra la inclusión en el CP de 1995 de un Título (XXI) dedicado a los «Delitos contra la Constitución». La inclusión de este Título constituye una novedad del nuevo Código Penal y una de las que «justifica el habitual apelativo de Código Penal de la Democracia», reafirmandose, de

esta manera, la seguridad que deben poseer los ciudadanos de que el Estado ajusta su actuación a la Constitución aprobada democráticamente.

Por todo ello, se puede afirmar que el Derecho penal es la rama del Ordenamiento jurídico que se encuentra más ligada a la Constitución lo cual no es de extrañar si tenemos en cuenta que es la que en mayor medida afecta al individuo.

En nuestro país, al igual que ha ocurrido en Italia y a diferencia de lo sucedido en Alemania, la doctrina penal ha prestado la atención merecida a esta importante relación entre el Derecho penal, la Constitución y el Derecho constitucional y a la cuestión de en qué medida ha influido el contenido de la norma fundamental sobre el ordenamiento jurídico penal. Incluso se ha tratado de formular un «concepto constitucional de delito», se ha hablado de un «programa penal de la Constitución» y recientemente se habla de un «Derecho penal constitucional», como veremos seguidamente.

Derecho penal constitucional

Según algunos autores, tanto los principios generales de la Constitución como algunos preceptos de ésta, configuran lo que ellos denominan un «Derecho penal constitucional». Los principios consagrados por la Constitución y con relevancia penal serían los valores superiores de libertad, igualdad, pluralismo y justicia consagrados en el artículo 1 CE, así como los principios generales de racionalidad, proporcionalidad y promoción de la libertad y de la igualdad, todos ellos proclamados en el artículo 9 CE.

Aparte de estos principios generales, el Derecho penal constitucional estaría integrado:

1º) Por aquellos preceptos constitucionales sobre mandatos, prohibiciones y regulaciones que afectan directamente al Derecho penal, entre los que se encuentran fundamentalmente, los artículos 15, 17, 24 y 25 CE.

2º) los preceptos que consagran los derechos fundamentales y que, por consiguiente, delimitan el *ius puniendi*, vinculando tanto al poder legislativo como al judicial. Este catálogo de derechos fundamentales adquiere especial importancia en tanto que por una parte constituye «el núcleo específico de legitimación del ordenamiento de bienes jurídicos del sistema penal con efectos de legitimación y límite de la intervención penal» y, por otra, delimita lo punible cuando se trata de acciones típicas que se fundamentan en el ejercicio de tales derechos fundamentales.

3º) Por los preceptos constitucionales que regulan de forma expresa conceptos pertenecientes al sistema penal. Entre ellos se encuentran los que regulan la inviolabilidad y la inmunidad parlamentaria (art. 71), el principio de unidad jurisdiccional (art. 117) o la acción popular (125).

4º) El principio de interpretación conforme a la Constitución del ordenamiento penal vigente, plasmado en el artículo 5.1 de la LOPJ: «La Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y vincula a todos los Jueces y Tribunales, quienes interpretarán y aplicarán las leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, con todo tipo de procesos».

Aun cuando en el seno de nuestra doctrina, la mayoría de los autores no llegan a este extremo de hablar de Derecho penal constitucional, suelen partir de la premisa de que el Derecho penal, en tanto que sector del Ordenamiento jurídico, ha de adaptarse y ha de ponerse en consonancia con el modelo de 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.

II. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE AFECTAN AL SISTEMA PENAL

Estos principios han sido analizados en el tema 2 de esta asignatura, como límites al ius puniendi del Estado. Por tanto, para el estudio de este apartado nos remitimos al tema 2.

III. EL BIEN JURÍDICO

Concepto

La teoría del bien jurídico se origina con la obra de Birnbaum en las primeras décadas del siglo XIX. El origen del bien jurídico está por tanto, en la pretensión de elaborar un concepto de delito previo al que forme el legislador, que condicione sus decisiones, pretensión característica de una concepción liberal del Estado, que concibe este como un instrumento que el individuo crea para preservar los "bienes" que la colectividad en su conjunto crea de suma conveniencia proteger.

En otras palabras el bien jurídico es la elevación a la categoría de "bien tutelado o protegido por el derecho", mediante una sanción para cualquier conducta que lesione o amenace con lesionar este bien protegido, de esta reflexión se puede deducir que el bien jurídico, obtiene este carácter con la vigencia de una norma que lo contenga en su ámbito de protección, mas si esta norma no existiera o caducara, este no deja de existir pero si de tener el carácter de "jurídico".

En cuanto al origen natural del bien jurídico, un sector de la doctrina entre ellos BUSTOS, sostiene que este nace desde las entrañas del mismo contrato social, como un derecho a ser respetado y como un deber de respetarlo, y como contraparte apareció el delito como lesión a este derecho pre-existente.

Aspecto formal y material del bien jurídico

Existen dos grandes opciones a la hora de abordar que es y para que sirve el bien jurídico, que arrancan de las perspectivas de Binding y Von Liszt, y que no hacen sino representar las diferentes figuras que tiene una sociedad acerca de cómo proteger sus intereses a favor de una convivencia pacífica, pero para alcanzar este fin se debían establecer ciertos límites, tanto a la conducta de los individuos que componen determinada sociedad, como de quienes redactarían las normas que regularían estas conductas, este punto de encuentro, es el bien jurídico.

En la concepción formal de Binding, estamos ante un bien del derecho, este, el bien jurídico, es inmanente al sistema legal, es una creación representativa del legislador, este planteamiento es coherente con una concepción formalista del Derecho, que

identifica delito con contravención de la norma. Desde esta posición se renuncia a enjuiciar y a criticar la decisión del legislador a partir del contenido del bien jurídico, estamos ante una categoría formal, por ello es importante para cumplir criterios de sistematización y ordenación, pero que ha abandonado la función de potencial límite al legislador con la que fue concebida por Birnbaum. En otras palabras según la tesis formal, el bien jurídico, es producto del derecho, es una creación del derecho, y que de su no positivización entendemos su "no existencia".

Por otro lado Von Liszt, en cambio, propugnaba una concepción del bien jurídico, como un bien de los hombres, reconocido y protegido por el derecho; bien de los hombres que ya es valorado y determinado por su contenido en cada sociedad, en cada grupo o en cada momento histórico; es decir, que es objeto de valoraciones sociales previas a la decisión del legislador. Desde esta perspectiva se recuperaba claramente la función del límite del bien jurídico a las decisiones del legislador. Es decir que este autor considera que el bien jurídico son "intereses vitales", intereses de vida en conjunto; la formulación que Von Liszt hace de lo que es el bien jurídico, limita la "plenipotencialidad" que los criterios anteriormente señalados otorgaban al legislador, llevando la consistencia del núcleo originario del bien jurídico a una pre-existencia en el campo de lo social antes que lo positivo.

Otro propulsor de esta teoría es el profesor alemán H. Welzel, quien sostenía que el bien jurídico está ubicado por sobre la norma y por sobre el estado. Con este autor y la teoría final de la acción se vuelve a retomar el contenido trascendentalista del bien jurídico, es decir la idea de que este se encuentra en un plano superior a la norma.

Teorías del bien jurídico

En la actualidad la discusión del concepto de bien jurídico se encuentra fuertemente vinculada al ámbito de la Política Criminal, lo que implica que la doctrina se encuentre sectorizada en cuanto al criterio de selección del origen del bien jurídico, para un sector es la norma constitucional la que debe actuar como ente formalizador de los bienes jurídicos, y para otros es imprescindible acudir a planteamientos sociológicos.

1º) Teoría constitucional estricta

Es decir que la constitución establece los márgenes perfectamente reconocibles de los bienes objeto de tutela penal, ello significa una identificación directa entre bien jurídico y valor constitucional.

2º) Teoría constitucional amplia

Considera que el concepto de bien jurídico se debe deducir de las prescripciones jurídicas positivas previas a la legislación penal pero obligatoria para esta, no puede apelarse a leyes de derecho natural, solo a aquellas contenidas en la constitución. Aquí se equipara la realidad social con la realidad constitucional.

3º) Teoría sociológica

Se caracteriza por considerar la lesión al bien jurídico como una lesión de carácter individual, personalísima. De Toledo considera que el derecho penal ha de incidir

sobre una realidad que le es previa, de la cual extrae los objetos de protección punitiva, de ahí que el estado no crea mediante el derecho los intereses a tutelar penalmente, sino que los recoge de esa realidad persistente que debe mejorar al servicio de la sociedad.

4º) Teoría funcionalista

La sociedad esta pensada como un sistema de interacciones en el que la configuración de los bienes responde a la funcionalidad o disfuncionalidad del comportamiento, Jackobs, sostiene que la violación de una norma es socialmente disfuncional, no debido a la lesión de determinados bienes jurídicos, sino que resulta perturbada la propia vigencia de la norma como orientadora de comportamientos.

5º) Teoría interaccionista

Callies entiende que la tarea del derecho penal ha de verse en los roles de comunicación en el sistema social. Debido a ello, el derecho el derecho penal mediante la aceptación de la interacción sanciona formas de comportamiento que cuestionan la técnica de comunicación que es central y estratégica para el sistema de interacción.

Mir Puig, considera que "...los bienes jurídicos son las condiciones necesarias de un correcto funcionamiento de los sistemas sociales, según la observación empírica. Sostiene también que no todo interés social de un bien jurídico ha de estar en consonancia con la gravedad de las consecuencias propias del derecho penal."

El bien jurídico penal

El bien jurídico no es creado por el derecho, el bien jurídico nace de una necesidad de protección a ciertos y cambiantes bienes inmanentes a las personas como tales, esta protección es catalizada por el legislador al recogerlas en el texto constitucional, de la cual existirían bienes cuya protección será cumplida por otras ramas del derecho, es decir que no todos los bienes jurídicos contenidos en la constitución tienen una protección penal, existen bienes jurídicos de tutela civil, laboral, administrativa, etc.

Aquellos bienes jurídicos cuya tutela solo y únicamente puede ser la tutela penal, son los denominados bienes jurídicos penales; al determinar cuales son los bienes jurídicos que merecen tutela penal, siempre se tendrá en cuenta el principio de tener al derecho penal como *Ultima Ratio* o ultima opción para la protección de un bien jurídico ya que este afecta otros bienes jurídicos a fin de proteger otros de mayor valor social. De otro lado es claro que no aparece otro factor que se revele como más apto para cumplir con la función limitadora de la acción punitiva, pues como hemos observado solo los bienes jurídicos de mayor importancia para la convivencia social, y cuya protección por otras ramas del derecho hagan insuficiente la prevención que cualquier trasgresión que los afecten.