

CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL, VEINTE AÑOS DESPUÉS

Mercedes García Arán

Catedrática de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Barcelona

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla- La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

CONSTITUCIÓN Y DERECHO PENAL, VEINTE AÑOS DESPUÉS

*Mercedes García Arán
Catedrática de Derecho Penal
Universidad Autónoma de Barcelona.*

Poco antes de que se promulgara la Constitución española de 1978, Marino Barbero Santos publicaba un libro que permitía situar el excepcional momento que entonces estábamos viviendo en sus antecedentes históricos. Me refiero a su “Política y derecho penal en España” (Madrid, 1977), en el que se analizaban las reformas penales anteriores relacionándolas con las filosofías jurídico penales, pero también políticas y constitucionales presentes en sus respectivos períodos.

La importancia de adoptar una perspectiva como ésta para conocer y valorar el ordenamiento penal que tenemos no necesita ser destacada. A veces, las reformas penales se acometen primero y se interpretan después, sin tener en cuenta el desarrollo histórico del derecho penal y ello propicia que decisiones legislativas que constituyen un retroceso si se enmarcan en dicho desarrollo histórico, sean presentadas como avances indiscutibles. Por eso, cuando transcurre un período que proporciona suficiente distanciamiento, resulta útil detenerse brevemente en valorar las transformaciones sufridas por el derecho penal. El libro de Marino Barbero nos dejaba a las puertas de una Constitución en la que se sentaban las bases para importantes e imprescindibles reformas posteriores; en este momento, han transcurrido algo más de veinte años desde que se promulgó la Constitución y las reformas han sido pródigas y no siempre acertadas. Creo que estamos en condiciones de analizar la repercusión que ha tenido en nuestro Código Penal el proyecto político y constitucional de la democracia española, recogiendo la sugerencia del colega y amigo a quien, afectuosamente, se dedican estas líneas.

Puede considerarse un lugar común la afirmación de que el derecho penal es uno de los sectores del ordenamiento en el que más clara resulta la

relevancia de los derechos, principios y valores establecidos en el marco constitucional. La historia de la codificación penal española demuestra la correspondencia entre la promulgación de cada una de las Constituciones y la aparición de un nuevo Código Penal que, con mejor o peor fortuna, pretende adecuarse a su orientación, lo que no ha ocurrido, por ejemplo, con el Código Civil.

Lo anterior no obedece a la casualidad histórica sino que responde a la distinta dimensión reguladora de la realidad social que caracteriza a la ley penal y a la civil. Del Código Civil puede predicarse la función de racionalización y consagración de relaciones económicas dadas que, en lo esencial, no han sufrido transformaciones profundas desde los inicios de la codificación y tampoco la ley civil ha pretendido provocarlas. En cambio, el Código Penal —que por sí mismo tampoco puede cambiar la realidad— se sitúa en una relación Estado-ciudadano que por definición está mucho más sometida a evolución que la estructura económica y las relaciones de poder propias de dicho ámbito. Así, la ley penal no sólo responde a una realidad política —en sentido estricto— más cambiante sino que tiene mayor vocación de incidir en ella mediante la generación de valores que demandan ser protegidos en cada nueva situación.

Estas son algunas de las razones por las que resulta lógica la mayor repercusión de la Constitución en el derecho penal: por un lado, el texto constitucional pretende establecer los principios que informan las relaciones entre el Estado y los ciudadanos y, por otro, el derecho penal constituye la manifestación más genuina del ejercicio de soberanía sobre los mismos, consistente, por definición, en privarles del ejercicio de determinados derechos fundamentales o limitárselo considerablemente. La Constitución establece los límites de la potestad punitiva y analizar cómo han sido desarrollados, conservados o desbordados, constituye, en mi opinión, un buen hilo conductor para el balance histórico.

Como no podía ser de otro modo, la Constitución española establece límites derivados fundamentalmente del Estado de derecho que han sido analizados profusamente a lo largo de estos años. Me refiero a los de mayor contenido formal como son el principio de legalidad (con sus consecuencias materiales en la reserva de ley, el principio de taxatividad o la prohibición de *bis in idem*) o a los derechos procesales relacionados con el derecho de defensa y la presunción de inocencia. Pese a tratarse, probablemente, de los límites más importantes, el propósito de estas páginas es analizar las repercusiones constitucionales que, por más profundas, resultan quizá menos visibles pero que tienen igualmente su base en límites derivados del marco constitucional y que pueden considerarse de mayor carácter material. Me refiero a los principios constitucionales que deben orientar al legislador en la búsqueda del equilibrio de la intervención penal.

Pertenece a la esencia del derecho penal la contraposición entre el ejercicio de la potestad punitiva para protección de lo colectivo y los derechos individuales del sometido a juicio. Esa eterna tensión entre lo colectivo y lo individual, consustancial al derecho penal, plantea el también eterno problema de lograr un punto de equilibrio: ¿hasta dónde limitar lo individual para proteger lo colectivo?

Para expresar la ubicación constitucional del problema basta con acudir al enunciado del artículo 1 de la CE y su proclamación de la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político como valores superiores del ordenamiento jurídico. Si aquello que resulta protegido por el derecho penal puede reconducirse, en último término, a la protección de esos valores superiores, la tensión implícita en la intervención punitiva puede resumirse en la necesidad de limitar la libertad para proteger –junto a los restantes valores–, esa misma libertad. Esa aparente contradicción es la que conduce a concebir el derecho penal como un problema de límites y de equilibrio y en ese equilibrio es donde adquieren operatividad los principios constitucionales cuya relevancia se manifiesta en dos planos complementarios: por un lado, los derechos y valores constitucionales como objeto de protección para el derecho penal (¿hasta dónde proteger lo colectivo?) y por otro, los derechos individuales como límite a la intervención penal concreta sobre el ciudadano (¿hasta dónde limitar lo individual?).

Quiero decir con ello que las repercusiones más importantes de un marco político y constitucional democrático sobre el derecho penal no se producen necesariamente en los discursos legitimadores de la intervención penal (la prevención general, la prevención especial, la retribución), sino en los límites de cada uno de ellos y, sobre todo, en la selección de lo punible. El transcurso de diecisiete años entre la promulgación de la Constitución de 1978 y el Código Penal de 1995 pone de manifiesto que la democracia puede sobrevivir con la estructura básica de un Código Penal nacido de una dictadura y, a la inversa, puesto que el régimen de Franco surgido de la guerra civil mantuvo desde 1939 hasta 1944 el Código penal de la República derrotada y cubrió sus necesidades represivas inmediatas con leyes especiales como la de Represión de la Masonería y el Comunismo o la de Responsabilidades Políticas. En suma, puede adoptarse como hipótesis que los rasgos diferenciadores entre Códigos penales “liberales” y “autoritarios” se sitúan básicamente en la selección de bienes jurídicos y en los límites de la responsabilidad penal (*versari in re illicita*, punición de actor preparatorios etc.), antes que en las líneas esenciales del discurso punitivo en lo que tiene de legitimador de la intervención penal.

En la historia de la codificación penal española desde mediados del siglo XIX, ello es especialmente claro en cuanto a los discursos preventivo

general y retributivo. Probablemente, la excepción sea el Código penal autoritario de 1928, con un marcado carácter defensista y con frecuentes referencias a la peligrosidad en los fundamentos de la responsabilidad criminal o la medida de la pena, pero lo cierto es que en los restantes, tanto el discurso preventivo general (intimidatorio), como el retributivo (a través de las estrictas reglas de determinación de la pena) adquieren una presencia notable. Lo que cambia es la intensidad, el predominio o los límites recíprocos entre las distintas líneas justificativas de la intervención penal y, sobre todo, los conceptos de referencia implícitos a las dinámicas preventiva y/o retributiva, esto es, la decisión sobre “aquello” que se retribuye y “aquello” que se previene. En definitiva, la correspondencia entre sistema político constitucional y sistema penal se produce sobre todo en el ámbito de los conceptos de referencia política externos a las grandes orientaciones del derecho penal, como los “nuevos” bienes jurídicos o la solución de colisiones entre derechos fundamentales que constituyen objeto de protección penal y, a la vez, límites a la intervención punitiva (por ejemplo, la protección de la intimidad versus la libertad de expresión, etc.).

Centrándonos pues en la selección democrática de lo punible, el texto constitucional ha proporcionado apoyo jurídico a principios político criminales ya clásicos en la doctrina como el principio de intervención mínima o de exclusiva protección de bienes jurídicos. Conocidas son las tesis constitucionalistas sobre la selección de bienes jurídicos protegibles por el derecho penal, orientadas a la búsqueda del límite a partir del cual la limitación de la libertad propia del derecho penal resulta excesiva. La coherencia constitucional exigiría, desde tal punto de vista, que la limitación de la libertad mediante el derecho penal sólo se justificara por la protección de otros valores de relevancia constitucional.

Sin entrar en la polémica suscitada por las –en todo caso sugerentes– tesis constitucionalistas, parece asumible que el legislador ordinario cuenta con un considerable margen de decisión que le permite proteger bienes jurídicos no establecidos expresamente en la Constitución, pero resulta igualmente cierto que el sistema constitucional de valores no puede ser ignorado por el legislador ordinario al decidir cuál es la intervención penal proporcionada. Al respecto, resulta pertinente recordar la conocida sentencia del Tribunal Constitucional de 22.5.86, en la que se admite que la decisión sobre la proporcionalidad de la intervención penal es competencia del legislador en el ámbito de su política criminal, siempre que con ello no vulnere el valor de la justicia ni la dignidad de la persona humana. Es decir, siempre que no se vulneren aquellos valores que, por ser fundamentales para el ordenamiento jurídico (arts. 1 y 10 CE), son también lo que, en último término, se pretende proteger mediante el derecho penal.

Este es el punto de partida con el que debe contar el establecimiento de un programa constitucional de selección de bienes jurídicos a proteger mediante el derecho penal para que dicha protección sea proporcionada y, por tanto, equilibrada. Descendiendo a lo concreto, apuntaremos a continuación algunas muestras de la repercusión de dicho punto de partida constitucional en nuestra historia reciente, repercusiones que no sólo han afectado a la selección legislativa de lo punible sino también a la interpretación de la ley penal.

Comenzando por las repercusiones claramente positivas, no por obvias deben dejar de mencionarse las más inmediatas y derivadas del pluralismo político en que se basó el sistema constitucional. Me refiero, naturalmente, a las primeras e ineludibles reformas relativas a los delitos de asociación ilícita, reuniones y manifestaciones o, algo después, la protección de la libertad sindical y el derecho de huelga. No es necesario insistir en que, en estas materias, el Código de la dictadura resultaba radicalmente contradictorio con los fundamentos del nuevo régimen, manifestándose con claridad meridiana la imbricación del sistema penal en el sistema constitucional.

No es extraño que junto al cambio en los fundamentos políticos e ideológicos del régimen se manifestara casi al mismo tiempo, la renovación de otra de las líneas ideológicas del sistema anterior, cual es la obsesión por imponer una determinada moral sexual y condicionar el comportamiento de los súbditos en dicho ámbito. Así, la despenalización del adulterio suponía reconocer que la fidelidad conyugal no es un valor constitucional que merezca protección penal en detrimento de la libertad, por citar sólo alguna de las reformas que permitieron pasar de la protección de un trasnochado concepto de “honestidad” a la de la libertad sexual.

En tercer lugar, deben mencionarse también algunos tímidos reconocimientos de ámbitos de libertad individual en conflicto con otros valores constitucionales. En ese conflicto se han producido la despenalización parcial del aborto y la atenuación considerable de la eutanasia activa incluida ya en el CP de 1995. Asimismo, se ha reconocido un ámbito de libertad evidente en la despenalización de la esterilización consentida, con cuya sanción penal se producía una desproporción clamorosa que podía calificarse de anticonstitucional.

Valgan los mencionados como ejemplos de retirada del derecho penal en casos en que resultaba desproporcionado por proteger valores sin relevancia constitucional o por proteger excesivamente valores que sí la tienen. A partir de aquí, conviene detenerse en otros ámbitos en los que el derecho penal ha ganado terreno incorporando nuevos bienes jurídicos o ampliando la protección de algunos ya protegidos con anterioridad.

Básicamente, ello se ha producido en lo que conocemos como bienes jurídicos colectivos, pero también en relación a otros como la familia, cuya

protección jurídica se proclama en el art. 39.1 de la CE y a la que más adelante me referiré.

En principio, nada hay que objetar a la protección penal de bienes jurídicos colectivos que se corresponden con los denominados derechos sociales y económicos y que tienen relevancia constitucional. En relación a ellos, adquiere sentido la protección penal de los derechos de los trabajadores relativos a las condiciones de contratación o de seguridad e higiene, la protección del medio ambiente o la protección penal del patrimonio histórico en cumplimiento de un mandato constitucional expreso contenido en el art. 46 CE.

Sin embargo, la ampliación de la intervención penal se ha producido y se sigue produciendo con unas características preocupantes. Esta afirmación, que casi puede considerarse ya tónica en la doctrina reciente, merece, a mi juicio una reflexión sobre sus implicaciones en el sistema jurídico general con la pretensión de calibrar si realmente, nos encontramos ante una modernización asumible del derecho penal, o por el contrario, ante un cierto retroceso. Para plantearla, pueden seleccionarse tres grupos de problemas, con independencia de que, probablemente, sería posible plantear otros muchos. Me refiero a la política legislativa de protección de bienes jurídicos colectivos, algunos ejemplos de la llamada “panpenalización” y los rasgos privatizadores del derecho penal.

1. Uno de los rasgos del vigente Código penal que ha sido presentado como mayor novedad es la incorporación de nuevos bienes jurídicos identificados con los intereses colectivos o difusos a que antes me he referido. Desde el punto de vista de la orientación del derecho penal, el discurso legitimador no puede ser más clásico puesto que se basa en la mayor eficacia preventivo general del derecho penal; la novedad, por tanto, se encuentra en la aparición de nuevos sectores frente a los que ejercer dicho efecto contramotivador general. Así, la exposición de motivos que precede al Código menciona las “crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia”, para presentar nuevos delitos cometidos en sectores económicos tradicionalmente caracterizados por una fuerte intervención administrativa. De esta forma, el Código penal incorpora tipos que protegen los intereses del mercado, los consumidores, la ordenación del territorio o el urbanismo que en un Estado social como el proclamado en el art. 1 de la Constitución cabe calificar como dignos de protección penal, pero que se llevan al derecho penal sin atender a las fronteras respecto del derecho administrativo.

El recurso teórico a las “necesidades de tutela”, es obviamente, un recurso a la necesidad de tutela penal que lleva implícita la creencia en la mayor eficacia preventivo general del ordenamiento punitivo frente a las normas administrativas de control. Se produce así una “administrativización”

del Código con incorporación de lo que antes eran ilícitos administrativos e inflación de normas penales que no siempre aseguran una mayor eficacia en la protección de intereses. Me estoy refiriendo a ejemplos como la minuciosa regulación de los atentados a la flora y la fauna (arts.332 ss.CP), la punición de la utilización indebida de la denominación de origen como delito contra la propiedad industrial (art.275 CP) o los delitos urbanísticos configurados de forma que el injusto penal depende demasiado esencialmente de decisiones administrativas. No se trata aquí de descalificar la utilización de elementos normativos o la técnica de la remisión garantizadora admitida por el Tribunal Constitucional, sino de llamar la atención sobre la desidia con que el legislador deja importantes aspectos de la definición penal en manos de la Administración, devaluando considerablemente la reserva de ley exigida constitucionalmente.

Sin embargo, en materia de bienes jurídicos colectivos, el argumento modernizador no puede ser más atrayente. Por un lado, la apelación a lo colectivo como característica del bien jurídico protegido resulta especialmente poderosa porque, sin duda, supone una concepción de los ciudadanos no como entes aislados y sólo relacionados con los tradicionales bienes jurídicos “individuales” (vida, propiedad, etc.), sino como sujetos que viven en sociedad y, por tanto, son también titulares de bienes jurídicos en tanto que miembros de determinado colectivo (consumidores, trabajadores, habitantes de una ciudad urbanísticamente ordenada etc.).

Por otra parte, la protección penal de intereses colectivos supone una mayor intervención penal en ámbitos de actuación económica y, en tal medida, parece correr pareja a una concepción también más intervencionista del Estado en materia económica. De esta forma, la legislación penal se habría adecuado a la característica social del Estado también consagrada constitucionalmente.

A mi juicio, tal conclusión resultaría precipitada. Aquí no se cuestiona la necesidad de que los bienes jurídicos señalados reciban la protección penal sino la absoluta falta de criterio acerca de cuáles deben ser los elementos que configuren los injustos penales y, consecuentemente, la decisión consciente de qué ilícitos necesitan de la intervención penal y en cuales resulta más eficaz la administrativa. La constante repetición de ilícitos en uno y otro sector del ordenamiento difumina la responsabilidad de la intervención, obliga a la frecuente paralización de la intervención administrativa por respeto a la prejudicialidad penal y conduce a la ineficacia, esto es, a lo contrario de una mayor intervención estatal en tales ámbitos económicos.

La pretendida mayor intervención del derecho penal, conduce a la retirada del derecho administrativo como instrumento más eficaz y más intervencionista. En realidad, se trata de un discurso típicamente liberal: la Administración interviene menos y la protección de estos intereses se confía

al mayor efecto intimidatorio de las normas penales y a la actuación de los Tribunales como órganos imparciales que sólo intervienen una vez se ha producido el conflicto, imponiendo una pena. En todo ello está presente también el cierto poder de fascinación colectiva que sigue teniendo la ley penal, asociada a las ideas de castigo y justicia (también típicamente liberales), que le atribuye facultades cuasi-mágicas en la solución de problemas; por ello, cuando se argumenta la mayor necesidad de tutela, se da por supuesto que esa tutela debe ser, inevitablemente, la que proporciona la amenaza de pena. Y podría ser así, si existiera una delimitación segura de aquello que realmente necesita de dicha protección, acompañada de una técnica legislativa que proporcionara normas claras y de fácil aplicación.

2. Relacionado con lo anterior en cuanto a la inflación normativa pero fuera ya de la protección de bienes jurídicos colectivos se encuentra lo que se conoce, en general, como “panpenalización” y que podría resumirse en la obsesión por llevar al derecho penal todos los comportamientos que reciben un cierto reproche social por mínimo que sea o por mucho que resulten más eficaces otro tipo de respuestas.

Al respecto, sólo la doctrina penal parece ser sensible a la elemental afirmación de que no todo lo reprochable o molesto debe ser objeto de persecución penal. La misma fascinación por las normas penales a que se acaba de aludir propicia que numerosos colectivos sociales que, legítimamente, aspiran a la protección jurídica de sus intereses corporativos, exijan que dicha protección sea de carácter penal y para los poderes públicos no supone especial esfuerzo establecerla mediante la tipificación de delitos o faltas que, en su caso, estimarán los Tribunales.

Nuevamente, la decisión del poder legislativo aparenta un mayor compromiso en la solución del problema, aunque éste no resulte afectado en su fondo. Sin embargo, la cuestión principal que plantean los ejemplos que a continuación se citarán no es sólo la eficacia en el tratamiento de una realidad problemática, sino una clara inobservancia del principio de proporcionalidad como principio orientador del derecho penal democrático derivado del marco constitucional.

Así, la penalización de la ocupación pacífica de viviendas (art. 245.2 CP) ha sido ya denunciada como muestra de recurso desmesurado al derecho penal con ignorancia de la respuesta civil y de la configuración constitucional de la función social de la propiedad que impide su protección absoluta. En otros casos, se han generado ilícitos penales en los que puede apreciarse la defensa de intereses corporativos, como es la inclusión expresa de la carencia de título oficial en el delito de intrusismo (art. 403 CP), debida exclusivamente a la firme presión ejercida durante la tramitación parlamentaria por los colegios de agentes de la propiedad inmobiliaria para proteger la exclusividad

en la intermediación en la compraventa de inmuebles. Algo similar cabe decir respecto de las compañías de seguros y la inclusión de la falta del art. 636 CP, en la que se incrimina la carencia de seguro obligatorio de responsabilidad civil en las actividades que lo exijan, aunque en este supuesto pueda verse también la defensa de los intereses de los acreedores a la indemnización. Sin embargo, la desproporción del recurso al derecho penal en ambos casos, parece evidente.

3. La tercera perspectiva desde la que puede contemplarse la adecuación a nuestro modelo de Estado del derecho penal que tenemos es la que afecta a las fronteras respecto del derecho privado.

El carácter público del derecho penal no necesita derivarse expresamente de la Constitución porque es consustancial al Estado moderno como superación de la venganza privada y establecimiento del monopolio estatal en el ejercicio de la potestad punitiva. Pese a que tal monopolio no necesite de proclamación constitucional alguna, existen manifestaciones de la misma en los principios constitucionales. Así, la ubicación del principio de legalidad penal entre los derechos fundamentales (art. 25 CE) proporciona un especial rango a la exclusividad en el establecimiento de infracciones y sanciones que, paralelamente, impone al Estado la obligación de garantizar un proceso público sin dilaciones indebidas y con todos los medios de defensa para el acusado (art. 24.2 CE).

Una de las características tradicionales del sistema español ha sido la generosidad en el reconocimiento de protagonismo procesal a las víctimas o perjudicados por los delitos, titulares de acciones penales y, por tanto, del ejercicio de la pretensión punitiva. La adecuación de la acusación privada a las características de un derecho penal moderno exigiría una reflexión mucho más amplia que aquí no puede ser abordada, pero vale la pena apuntarla como un elemento más del tema que me propongo plantear: el grado de disponibilidad de los particulares legitimados sobre el impulso y desarrollo del proceso o la imposición de la pena.

La presencia de delitos privados y semiprivados, necesitados de querrela (los delitos contra el honor) o denuncia de la víctima (por ejemplo, los delitos contra la libertad sexual, antes “contra la honestidad”) para proceder a su persecución, ha colocado tradicionalmente en manos privadas la disponibilidad sobre la misma en determinados casos que constituían la excepción a la regla general, como también lo era la relevancia del perdón del ofendido que no supone ya disponibilidad sobre el proceso sino incluso sobre la pena cuando ésta haya recaído.

En tanto en cuanto cabía ver en dicha disponibilidad privada una reminiscencia excepcional de épocas pre-modernas, se habían ido eliminando del Código Penal anterior algunas de sus manifestaciones; baste citar al respecto,

que la LO 3/1989 de 21 de junio eliminó la relevancia del perdón de la víctima de los delitos contra la libertad sexual, lo que fué presentado como una reforma destinada a evitar las presiones y los chantajes a la víctima para que ejerciera el perdón; sin embargo, entiendo que se trata de un buen ejemplo para poner en relación tan extraordinaria facultad de la víctima con algo más profundo cual es la dimensión del bien jurídico protegido; obsérvese que la disponibilidad privada sobre el proceso o la pena resulta más coherente con un bien jurídico de naturaleza privada como era la vagorosa “honestidad” que, además, se ubicaba no sólo en la víctima sino también en su ámbito familiar. En cambio, la misma reforma aspiraba a proteger la libertad sexual, cambiando la rúbrica de estos delitos y, en esta línea, lo procedente era la perspectiva pública y la indisponibilidad de la víctima sobre la pena, puesto que como manifestación de la libertad, se trata de un valor superior del ordenamiento cuya protección penal debe asumir incondicionalmente el Estado.

Por tanto, la contemplación de determinados bienes jurídicos como intereses semiprivados para el derecho penal es un mal planteamiento que algunas reformas del Código Penal anterior habían empezado a corregir tímidamente. Desde el planteamiento constitucional que se ha esbozado al inicio de estas páginas, el derecho penal sólo puede limitar la libertad cuando resulte absolutamente imprescindible, esto es, cuando el bien jurídico protegido es tan relevante para la libertad, la justicia y la dignidad que resulta proporcionado limitar la libertad de quienes lo lesionen. Y si el bien jurídico es lo suficientemente importante como para necesitar protección penal, la persecución procesal y la pena deben ser absolutamente indisponibles para la víctima. El principio de proporcionalidad exige, en suma, que la intervención penal sea mínima, pero radicalmente pública; si se deja la iniciativa procesal a la víctima o, aún más, si se reconoce relevancia a su perdón, es porque, en el fondo, el bien jurídico que se protege no se considera lo suficientemente importante; y si el bien jurídico no es lo suficientemente importante para un derecho penal de naturaleza pública, debería concluirse que su intervención resulta desproporcionada.

Pues bien, la tendencia que iniciaron algunas reformas del CP anterior se ha visto parcialmente invertida por el CP de 1995 en el que aumentan los delitos que requieren denuncia privada y se recupera el perdón del ofendido; y todo ello se hace en una forma que manifiesta también la relación entre importancia que se reconoce al bien jurídico y disponibilidad privada de la persecución penal.

Así, se incorporan al derecho penal comportamientos procedentes del ámbito de los ilícitos civiles o mercantiles formulando con ello una valoración sobre la necesidad de protección penal de los intereses afectados, pero a continuación se reconoce el escaso interés estatal en perseguirlos puesto que se condiciona el hacerlo a la presentación de denuncia por parte de los perju-

dicados. Dos de los ejemplos que pueden manejarse presentan, sin embargo, características diferentes, aunque la cuestión de fondo sea la misma: los delitos societarios y los delitos de abandono de familia.

En los primeros, la necesidad de la intervención penal viene impuesta por la aparición de formas de delincuencia societaria y por la gravedad de los comportamientos afectantes a los sujetos pasivos. Con independencia del acierto de la técnica legislativa utilizada, en términos generales no cabe formular objeciones desde el punto de vista del principio de proporcionalidad; pero precisamente porque el legislador considera necesaria la intervención penal, resulta incongruente que renuncie a perseguirlos si la persona agraviada no los denuncia (art.296.1 CP). Bien es cierto que dicha denuncia no es necesaria cuando el delito afecte a intereses generales o a una pluralidad de personas (art. 296.2 CP), pero con esta salvedad se hace patente que los delitos societarios que no reúnen tales características no presentan un especial interés para el Estado, lo que cuestiona el juicio de proporcionalidad de la intervención que el mismo legislador formula al decidir su tipificación.

En el abandono de familia cabe formular las mismas objeciones a la exigencia de denuncia de la persona agraviada (art.228), aunque aquí se añade el cuestionamiento de la punición del impago de pensiones (art. 227) que, al independizarse del abandono de familia supone el reconocimiento de que no alcanza su gravedad y por tanto, se centra en el incumplimiento de una obligación civil, como ya denunció la doctrina cuando fué incluido en el Código Penal anterior. Nuevamente, se introduce una problemática jurídico privada en el Código penal y, consecutivamente, se reconoce el escaso interés estatal en perseguirla al exigirse la denuncia del agraviado, lo que no figuraba en el CPA ; pero el CP de 1995, además de reconocer con ello la incapacidad de la jurisdicción civil para ejecutar las sentencias en las que se imponen obligaciones familiares, consagra la configuración de este delito como una forma de compeler al pago, estableciendo que la reparación del daño comportará siempre el pago de las cuantías adeudadas (art. 227.3 CP).

Sin entrar en el histórico tema de los delitos contra el honor, podrían citarse otros casos en los que la incorporación de nuevos ilícitos de origen privado se acompaña con la exigencia de denuncia igualmente privada como es el de los delitos contra la intimidad y la propia imagen (art. 201 CP), pero me detendré en éstos sólo para plantear una última cuestión: la relevancia del perdón del ofendido que, en estos delitos, permite extinguir la pena. Si dicha relevancia había tendido a desaparecer en el CP anterior, los delitos contra la intimidad en el vigente Código son una muestra del cambio de tendencia a que antes me he referido.

La institución del perdón del ofendido como causa de extinción de la pena es radicalmente insostenible en un derecho penal moderno. El agraviado

no puede tener disponibilidad sobre el castigo, porque no es él quien lo impone sino el Estado en ejercicio de una potestad punitiva que, por definición, se ejerce monopolísticamente. Y se ejerce o no se ejerce, pero no se comparte con los particulares. La recuperación, si bien aislada, de la eficacia del perdón del ofendido, expresa una preocupante tendencia hacia concepciones privadas del castigo que en ningún caso pueden considerarse como modernizadoras y que se oponen frontalmente a las características de lo que debería ser un derecho penal mínimo, puesto que, en contra de lo que pudiera parecer, la retirada del derecho penal –estatal– en favor de decisiones privadas no supone necesariamente la minimización de la respuesta penal. Supone sólo su privatización y con ella, la difuminación de contornos y, por tanto, la pérdida de seguridad jurídica.

Consideraciones finales

Estas páginas no pueden concluirse con un mensaje predominantemente negativo respecto a la repercusión de la Constitución sobre el derecho penal. Al principio se han recordado algunas obvias repercusiones positivas que ahora deben ser completadas con la afirmación de que el catálogo de derechos fundamentales contenido en la Constitución ha permitido consolidar una cultura jurídica –debe reconocerse que, lamentablemente, no siempre compartida por la opinión pública– de limitación de la intervención penal sobre individuos concretos como frontera a la política intimidatoria general del Estado.

Lo mismo cabe decir de la orientación a la reeducación y reinserción social de la privación de libertad recogida en el art. 25.2 CE que, con todos sus problemas de deslegitimación teórica, permite un discurso humanizador de las penas que favorece renuncias a la pura intimidación o a la retribución y al que conviene no renunciar pese a sus contradicciones. Los discursos preventivo general y retributivo se asientan por sí solos y tienen fuerza expansiva sin necesidad de especiales esfuerzos dirigidos a su conservación. Se trata de discursos inherentes a la esencia misma del derecho penal y el ejercicio de soberanía estatal necesitado de respuestas simbólicas, respecto de los cuales el discurso humanizador y atento a las condiciones del individuo concreto, –sin magnificarlo–, juega un necesario papel de contrapeso.

Y sobre todo, el contenido del texto constitucional, junto a su valor normativo, ha desempeñado una innegable función de guía interpretativa para quienes aplican el derecho penal permitiendo la readecuación de decisiones legislativas a los principios constitucionales. Baste citar la reinterpretación de muchos bienes jurídicos a partir de su contenido constitucional (el honor, la disponibilidad de la vida, la libertad de expresión, la función pública etc.) o la utilización de la eximente consistente en ejercitar legítimamente un derecho

(art. 20,7ª CP) como vía de penetración de los derechos constitucionales para solucionar sus conflictos con la ley penal.

Pero estas líneas pretendían también llamar la atención sobre algunas disfunciones de la ley penal respecto del programa constitucional-penal de un Estado social y democrático de derecho en dos aspectos básicos: la aplicación segura y garantizadora de la ley penal y la proporción de la intervención penal.

En relación a lo primero, creo que el derecho penal que tenemos tiende a perder sus fronteras respecto del derecho administrativo –por un lado– y del derecho privado –por otro–. Posiblemente estemos ante una crisis de la cultura codificadora entendida como ordenación sistemática y cerrada de los distintos ámbitos de regulación jurídica (civil, penal, y de comercio, como rezaba la Constitución española de 1812). Establecer hasta qué punto dicha crisis es necesaria o viene impuesta por el desarrollo inevitable de las relaciones entre los distintos sectores del ordenamiento requeriría un estudio mucho más detenido. Pero, a mi juicio, estamos en condiciones de concluir que la difuminación de los límites no es beneficiosa, al menos, para un derecho penal que aspire a proporcionar seguridad a los ciudadanos sobre cuándo y bajo qué circunstancias les va a ser aplicado.

Y en cuanto a la valoración de si el avance del derecho penal en la protección de nuevos intereses resulta proporcionado a la importancia de aquello que se pretende proteger, creo que debe formularse una seria advertencia sobre determinados signos de recurso desproporcionado al derecho penal como los que se han citado y que demuestran una preocupante concesión del poder legislativo a las pretensiones punitivas y vindicativas que se expresan en el seno social y que el ordenamiento jurídico debería aspirar a limitar y racionalizar.