

¿Restrictivo o deferente? El control de la ley penal por parte del Tribunal Constitucional

Juan Antonio Lascuráin Sánchez

Universidad Autónoma de Madrid

*Abstract**

Veinticinco leyes penales han sido objeto de control de constitucionalidad. Como ilustra la jurisprudencia constitucional sobre el principio de proporcionalidad, en esta labor el Tribunal Constitucional ha sido un tribunal restrictivo en la interpretación del marco constitucional penal pero deferente en el juicio final de inclusión de la norma en dicho marco. Además de razones de convicción, existen razones prácticas para esta deferencia, de la que las sentencias interpretativas son expresión: evitar la desprotección social que comportaría la anulación de una norma penal cuya inconstitucionalidad no sea plena.

Twenty five criminal statutes have been subjected to constitutional review by the Spanish Constitutional Court in its little over thirty years of existence. As shown by its case-law on the principle of proportionality, the Spanish Constitutional Court has been restrictive regarding the constitutional limits on criminal law-making, but deferential in its final decision on the constitutionality of the law. In addition to theoretical reasons, there are practical reasons for this deferential stance: if the Court voids the challenged criminal provision but its unconstitutionality is not complete, the judgment can cause an unbearable social vulnerability.

Fünfundzwanzig Gesetze mit strafrechtlichen Bezügen waren Gegenstand verfassungsrechtlicher Überprüfung. Wie die verfassungsrechtliche Rechtsprechung zum Grundsatz der Verhältnismäßigkeit zeigt, legt das Verfassungsgericht den verfassungsrechtlichen Rahmen des Strafrechts restriktiv aus, ist aber nachgiebig bei der Entscheidung, ob eine Rechtsnorm unter diesen Rahmen fällt. Abgesehen von Überzeugungen bestehen praktische Gründe für diese weite Auslegung, die in den interpretierenden Urteilen zum Ausdruck kommen: Es gilt den Verlust des sozialen Schutzes zu vermeiden, der mit der Aufhebung einer strafrechtlichen Norm verbunden wäre, die nicht vollständig verfassungswidrig ist.

Title: Restrictive or deferential? The Spanish Constitutional Court review of criminal statutes.

Titel: Restriktiv oder permissiv? Die verfassungsrechtliche Überprüfung der strafrechtlichen Norm.

Palabras clave: control de constitucionalidad, inconstitucionalidad por omisión, principio de proporcionalidad, principios penales, sentencia interpretativa, Tribunal Constitucional.

Key words: action of unconstitutionality, unconstitutionality by omission, principle of proportionality, criminal principles, interpretative judgment, Constitutional Court.

Stichwörter: verfassungsrechtlicher Überprüfung, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, Verfassungswidrigkeit durch Unterlassung, strafrechtliche Grundsätze, interpretative Urteilen, Bundesverfassungsgericht.

* Este trabajo se inserta en el Proyecto de investigación *Derechos fundamentales y normas penales. Elementos para la construcción de un Derecho penal supranacional*, financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación en el marco del Plan Nacional de I+D+i (DER2008-01503).

Sumario

1. Introducción
2. Las sentencias de control de ley penal
3. Estricto en la afirmación y definición de los principios; deferente en su aplicación
4. Razones para la deferencia
5. Resumen
6. Tabla de sentencias
7. Bibliografía utilizada

1. Introducción

1.1. Cuando la opinión pública se ha preocupado del control de ley que realiza el Tribunal Constitucional, lo que ha sucedido en pocas ocasiones, lo ha hecho desde la perspectiva del contenido de ese control – si el juicio de constitucionalidad era correcto – y, en los últimos años, desde los criterios de independencia del Tribunal y de sus magistrados y de imparcialidad de sus actuaciones. Propio sólo de la doctrina ha sido el debate – relacionado con el contenido de las resoluciones pero previo al mismo – en torno a **cómo entiende éste su jurisdicción y cómo incide en la potestad legislativa**¹: si se trata de una jurisdicción muy “activa”, muy incisiva en la interpretación de la Constitución – y en la de la norma impugnada –, o si, valga de nuevo el nada inocente adjetivo, el Tribunal ha sido más bien “pasivo”, proclive a una interpretación extensiva de la Ley Fundamental y con ello a un más amplio campo de juego para los contenidos de la ley. Ante una sentencia estimatoria de un recurso de inconstitucionalidad – por ejemplo, la que negaba la constitucionalidad de la punición de la negación del genocidio (STC 235/2007) – la afirmación al día siguiente en el pasillo de la Facultad de Derecho puede ser “el Tribunal ha puesto las cosas en su sitio” o la muy diferente “¿cómo se pasa el Tribunal!”; ante una desestimatoria – por ejemplo, la que niega la inconstitucionalidad de la pena que sancionaba la negativa a la prueba de alcoholemia (STC 161/1997)-, el comentario basculará entre el “no han hecho lo que tenían que hacer” – o el más subjetivo: “no se han atrevido” – y el “¡bien hecho!: el Tribunal no está para evaluar la calidad de las leyes” o “son cosas que tiene que decidir el legislador”.

La pregunta que titula esta reflexión se refiere a ese debate y lo ciñe a las leyes penales: se refiere a la cuestión de cuál ha sido la actitud – tampoco aquí es fácil elegir el sustantivo – del Tribunal Constitucional ante la ley penal impugnada: **qué índole** ha tenido y **tiene su función de control** de constitucionalidad en materia penal. ¿Ha sido éste un control estricto, riguroso en la determinación de los límites de la política criminal y en la aplicación de esos límites a las normas penales cuestionadas? ¿O cabe más bien decir que ha sido un

¹ Sí que ha suscitado debate en la opinión pública, en cambio, los límites de la jurisdicción constitucional de amparo: si la misma se ha extendido a ámbitos que corresponden constitucionalmente en exclusiva a la jurisdicción ordinaria.

órgano condescendiente con el legislador penal, bien a la hora de sentar las exigencias constitucionales, bien a la hora de aplicarlas?

1.2. La pregunta son dos preguntas. La primera pretende sobre todo una respuesta descriptiva: **qué ha hecho el Tribunal Constitucional en materia de control de ley penal**; esto es: cuántas leyes penales han sido sometidas a su consideración, cuáles han sido los fallos del juicio de constitucionalidad, qué norma constitucional se oponía a la disposición penal, cómo ha sido su forma de argumentar, cuál la *ratio decidendi*. La pregunta aneja y realmente importante sería la de **si esto que ha hecho lo ha hecho bien**.

El condicional anterior se debe a que la cuestión valorativa resulta – al menos *me* resulta – demasiado ambiciosa. Convendrá conformarse con un paso intermedio, nada fácil tampoco, que es la calificación cuantitativa de lo realizado. Podemos hablar de una **tendencia deferente** con el legislador si, a la vista de las alternativas pensables o disponibles, que en relación con el texto constitucional son muchas, el Tribunal opta por un entendimiento extensivo del mismo, de modo que facilite la compatibilidad del enunciado penal impugnado. Manifestación de tal deferencia lo sería también la interpretación de éste destinada a posibilitar tal encuadramiento: se opera ahora no con el marco sino con el texto a enmarcar. Desde este punto de vista las sentencias interpretativas pueden entenderse como una actitud deferente con el legislador, como una operación destinada a salvar el fruto de su actividad².

La **tendencia** contraria se identificaría con una interpretación **restrictiva** de la Constitución, comparativamente más limitativa del campo de juego del legislador en relación con otras alternativas posibles.

1.3. Si es difícil catalogar la actividad interpretativa del Tribunal Constitucional como restrictiva o expansiva, lo que dependerá de la determinación de las alternativas interpretativas disponibles y con ello de los métodos de interpretación que se considere aplicables, arriesgada resulta su **valoración**, dependiente de una consideración política previa relativa a la posición y a las funciones del Tribunal Constitucional y del legislador en el Estado democrático.

Me conformo con subrayar algo bastante notorio. Que quien califica la jurisdicción constitucional como “estricta” o como “deferente” puede pretender en cada caso alabar o censurar. Quien afirma que el Tribunal Constitucional ha sido estricto puede querer decir

² “Las decisiones interpretativas son fruto de una ponderación de intereses sustanciales que se extraen de principios institucionales (presunción de constitucionalidad de la ley, principio de conservación de normas, reserva de interpretación de legalidad ordinaria) que influyen en el fondo mismo de la decisión [...]. No sería exagerado afirmar que la decisión interpretativa asume [...] una preciosa función al servicio de la estrategia general de neutralización (e incluso negación) de los conflictos propia de las democracias occidentales en su afán de no poner en peligro un horizonte de inmutable estabilidad” (LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, 2004, pp. 25, 30). KUHLEN sitúa el origen de la interpretación conforme a la Constitución en el “debido respeto a la decisión del legislador, la cual, a ser posible, se debe mantener” (KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012, p. 34).

que ha sido fiel al mandato del constituyente de velar por la vigencia de los principios y derechos fundamentales. Similarmente laudatorio puede ser el contenido de la calificación de “deferente”: si el Tribunal ha estado en su posición constitucional ha sido por su respeto al depositario principal de la soberanía popular.

Los mismos calificativos los podemos expresar en tono mohíno. Al ser estricto el Tribunal haría lo que no debe. Estricto equivaldría así a invasivo, usurpador incluso de la potestad legislativa. Y al ser condescendiente el Tribunal no haría lo que debe: en la mente de quien así se expresara la deferencia sería un modo de abdicación del importante rol de control de los rasgos básicos del sistema que el pueblo español habría encomendado al Tribunal Constitucional.

2. Las sentencias de control de la ley penal

2.1. Treinta años de jurisdicción jurisdiccional y un ordenamiento penal en expansión parecería que iban a deparar un gran **número de sentencias** de control de ley penal. Ésa era desde luego una de mis preocupaciones al afrontar este trabajo si su objeto pretendía ser pleno: abarcante de todas las leyes penales impugnadas con un mínimo fundamento. Y había de pretenderlo, pues el recurso al muestreo podía ser engañoso: porque las instituciones, que están integradas por personas, no son siempre coherentes en su línea de actuación, y porque, también como las personas, producto o no de la sabiduría, cambian a lo largo del tiempo.

La realidad contrarió la intuición, y vino en este caso a mi auxilio. El análisis había de ceñirse a veinticuatro sentencias, cantidad que entra aún en el concepto de puñado. Son veinticuatro si tenemos en cuenta las siguientes cuatro acotaciones: se trata de sentencias, de control de ley, penales y de cabecera.

No se incluyen los autos de inadmisión, que cuando no se refieren a defectos de forma afirman que la cuestión estaba “notoriamente infundada” (art. 37.1 LOTC). Por la misma razón no he considerado alguna impugnación penal sustantiva débil que sólo se resuelve en sentencia por ir acompañada de otras objeciones constitucionales sólidas o que en cualquier caso no merece una atención de fondo por parte del Tribunal Constitucional.

Así, en las cuestiones que dieron lugar a la STC 234/1997, junto con las objeciones de inconstitucionalidad en torno al entonces artículo 380 CP (negativa a las pruebas de alcoholemia) ya resueltas por la STC 161/1997, se invocaba el derecho a la intimidad: “*la pretendida inconstitucionalidad sería imputable, no al art. 380 CP, que no regula prueba alguna - pues se limita a tipificar como delito de desobediencia la negativa a someterse a las pruebas que legalmente se establezcan con el fin de comprobar si conduce bajo el efecto de bebidas alcohólicas, drogas o cualquier otra sustancia psicotrópica -, sino a la norma que regula este tipo de pruebas*” (FJ 9). En la STC 160/1987 se analizaba la adecuación a los principios de igualdad, proporcionalidad y *non bis in idem* de los tipos penales que sancionaban a quien no se presentara o rehusara la prestación social sustitutoria al servicio militar

(FJ 6), problema que en lo fundamental fue retomado y ya sí analizado en profundidad en la STC 55/1996³.

En la STC 199/1987 se impugnaba *ex principio* de legalidad y *ex derecho* a la tutela judicial efectiva la validez de las sentencias extranjeras a efectos de considerar que concurre reincidencia en los delitos de terrorismo (FJ 5).

Me he ceñido a las sentencias de **control de ley**, dejando al margen por lo tanto las sentencias de amparo del derecho a la legalidad penal que validan o invalidan una determinada interpretación del tipo y que en tal sentido son también sentencias interpretativas del tipo penal que se aplicaba⁴. Por excepción incluyo dos sentencias de amparo (las SSTC 67/1998 y 136/1999): porque ambas son de Pleno, porque contienen declaraciones de inconstitucionalidad de la ley y porque se plantean al respecto el cuestionamiento de la misma. Si no proceden al mismo es porque lo consideran improcedente por la derogación de la ley aplicada⁵.

No se incluye tampoco la impugnación de leyes que prevén **medidas de seguridad** a personas que hayan cometido hechos penalmente antijurídicos, porque no se trata en rigor de leyes penales⁶. Asimismo dejan de considerarse las sentencias relativas a leyes penitenciarias o procesales.

No se incluye, pues, en la relación de sentencias que sirve de base a este artículo la STC 36/1991, relativa a las medidas impondibles a los menores que realizan hechos penalmente antijurídicos, ni tampoco la STC 24/1993, sobre medidas de seguridad aplicables a los “enajenados” – en la terminología del Código Penal anterior -. Excluyo asimismo la impugnación de leyes penitenciarias: la STC 72/1994 desestimaba una objeción de desigualdad en el régimen militar de redención de penas por el trabajo; la STC 94/1986 afrontaba la “*posible violación del principio (comprendido en el art. 25 de la CE) non bis in idem, en el supuesto de negarse el beneficio de redención de penas por el trabajo a los penados o presos preventivos sancionados por el delito de quebrantamiento de condena (arts. 334 y siguientes del Código Penal), en el sentido de que por la comisión de este delito el penado o preso puede ser castigado con la pena correspondiente al mismo y, al tiempo, con la privación de aquel beneficio, aplicable en su caso, en el cumplimiento de penas impuestas por otros delitos*” (FJ 1). Y tampoco se consideran aquí las sentencias sobre leyes procesales, o dudosamente procesales, como las que regulan la prescripción⁷: la STC 157/1990 resolvía la cuestión en torno a “*si la regulación que el*

³ “Ello es debido a que este Tribunal ha tenido en cuenta circunstancias tales como el hecho de que el nuevo cuestionamiento del art. 2.3 de la Ley Orgánica 8/1984 se produce por vía distinta de la resuelta en la STC 160/1987 (art. 38.2 LOTC); el que los motivos de inconstitucionalidad alegados no son totalmente coincidentes; y, por último, que las cuestiones objeto del presente proceso constitucional no adolecen, por reiterativas, de notoria falta de fundamento, ya que resulta relevante el lapso de tiempo transcurrido desde que se dictó la STC 160/1987, a la vista de la actividad normativa y del intenso debate político y social que han tenido por objeto la institución de la prestación social sustitutoria y la respuesta jurídica anudada a la negativa a realizarla” (STC 55/1996, FJ 2).

⁴ Muy significativa es al respecto la STC 111/1993, sentencia de amparo que consideró que el ejercicio de actos propios de una profesión que no requiere título académico oficial no podía considerarse incluida en el tipo de intrusismo del art. 321.1 del Código Penal anterior.

⁵ Véase n. 26.

⁶ Véase *in extenso* LASCURAÍN SÁNCHEZ, «Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ (coord.), *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, 2005, pp. 589 y ss.

⁷ Véase al respecto LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, 2009, pp. 53 y ss.

vigente Código Penal hace de la prescripción de las faltas, al fijar el art. 113.6 C. P. un corto plazo de prescripción -dos meses- y ordenar el art. 114.2 C. P. que el mismo corra desde la paralización del procedimiento sin distinguir entre las causas que puedan motivar la paralización, supone, a la vista de la realidad judicial del momento, una denegación práctica de justicia por producir una prescripción generalizada de las faltas” (FJ 3).

Sólo es objeto de estudio, en fin, la primera de cada **serie** de sentencias referida a un mismo enunciado y, en esencia, por la misma razón constitucional⁸, por mucho que otras resoluciones de tal familia puedan aportar alguna nueva perspectiva constitucional de impugnación.

2.2. Para la visión de paisaje de este grupo de sentencias, será útil su clasificación en siete bloques.

a). Están en primer lugar las **sentencias sobre proporcionalidad de la pena**. *Rectius*: sobre proporcionalidad de la restricción del derecho que opera la norma penal a través de la pena. Las normas penales impugnadas fueron las tres siguientes:

- la que penaba la insumisión a la prestación social sustitutoria del servicio militar con una pena mínima de dos años y cuatro meses de prisión (STC 55/1996);

- la que penaba como desobediencia grave (seis meses a un año de prisión) la negativa al sometimiento de las pruebas de alcoholemia o de consumo de drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas, lo que suponía una punición mayor que la que merecía la conducción bajo los efectos de tales sustancias (STC 161/1997);

- y la que penaba la colaboración con banda armada con pena de seis a doce años de prisión. Era ésta una impugnación sólo indirecta, a través de un recurso de amparo, y parcial, relativa sólo a la inclusión en el tipo de cualquier acto de colaboración. La STC 136/1999 contiene una declaración de inconstitucionalidad que no condujo a una autocuestión bajo la alegación de la derogación de la norma en el momento de la sentencia^{9/10}.

⁸ El ejemplo más claro es la numerosa serie de sentencias que resuelven las cuestiones de constitucionalidad suscitadas por art. 153.1 CP desde la perspectiva fundamental del art. 14 CE. La primera es la STC 59/2008; le siguen las SSTC 76/2008, 80/2008, 82/2008, 83/2008, 96/2008, 97/2008, 98/2008, 99/2008, 100/2008, 139/2008, 140/2008, 141/2008, 107/2009, 166/2009, 201/2009, 213/2009, 45/2010, 80/2010, 83/2010.

⁹ Aunque la norma - “inconstitucional únicamente en la medida en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes” (FJ 30) -, seguía desplegando sus efectos en forma de penas en ejecución. El Tribunal viene a considerar que el cauce que le ocupa no es el adecuado para detenerlos: “Tampoco es preciso suscitar cuestión interna de inconstitucionalidad acerca del art. 174 bis a) del Código Penal de 1973, ya que este precepto ha sido derogado por el Código Penal aprobado en 1995 por lo que la posible declaración de inconstitucionalidad no cumpliría su función de depuración «erga omnes» de normas inconstitucionales [STC 67/1998, fundamento jurídico 7 A)]” (FJ 30). Procede recordar que la STC 150/1997 amparó a quien se le había denegado un recurso de revisión basado en la STC 111/1993 (v. n. 5).

¹⁰ Los AATC 233/2004 y 332/2005 inadmitieron el cuestionamiento del art. 153 CP en la redacción que le dio Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, y que suponía “pena de prisión de tres meses a un año o

b). Aunque lo usual es catalogarlas como invocaciones del derecho que se dice desprotegido, también de proporcionalidad podrían entenderse las quejas contra las **leyes de despenalización**. Dos casos nos ofrece nuestra aún breve historia de jurisprudencia constitucional¹¹. El de la conocida como “sentencia del aborto”, pronto “primera sentencia del aborto” (STC 53/1985), que analizaba con carácter previo a su entrada en vigor si era inconstitucional un determinado sistema de despenalización de ciertos supuestos de aborto consentido¹², y la falta de punibilidad, bajo ciertas condiciones, de la esterilización sin su consentimiento de persona incapaz que adolezca de grave deficiencia psíquica (STC 215/1994)¹³.

En ambos casos la pregunta de constitucionalidad no es, claro, si la inexistente pena de prisión es excesiva para los réditos que depara o para los que podría deparar una pena menor, y si con ello asistimos a un tratamiento desproporcionado de la libertad, sino si la falta de pena supone una desprotección excesiva de un bien constitucional – por los réditos que no depara o por los que podría deparar una pena - y con ello un tratamiento normativo desproporcionado del mismo.

Resulta discutible que pueda aplicarse el principio de proporcionalidad a la despenalización: si cabe entender que una norma penal es desproporcionada no porque se pase en la represión, porque castigue demasiado, sino porque se quede corta: porque no proteja un determinado bien, o no lo proteja suficientemente. Por añadir un ejemplo más claro, desvinculado del intenso debate político

trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y, en todo caso, privación del derecho de tenencia y porte de armas de uno a tres años” para el que “por cualquier medio o procedimiento causara a otro menoscabo psíquico o una lesión no definidos como delito en este Código, o golpeará o maltratará de obra a otro sin causarle lesión, o amenazará a otro de modo leve con armas y otros instrumentos peligrosos, cuando en todos estos casos el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2”. Tales personas eran “quien sea o haya sido su cónyuge (del agresor) o persona que esté o haya estado ligada a él por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a custodia o guarda en centros públicos o privados”. Recientemente el Tribunal Constitucional ha rechazado que concurra un tratamiento desproporcionado del derecho a la libertad en las normas introducidas por la LO 1/2004, de medidas de protección integral contra la violencia de género: arts. 153.1 CP (STC 99/2008, FJ 4), 171.4 CP (STC 45/2009, FF. JJ 7 y ss.) y 172.2 CP (STC 127/2009, FF. JJ. 7 y ss.). El art. 148, 4º CP no recibió una impugnación autónoma de proporcionalidad; la STC 41/2010 sólo analizó, en sede de principio de igualdad, si la diferenciación realizada por el legislador conducía a consecuencias desproporcionadas (FFJJ 8 y 9).

¹¹ No es un supuesto en rigor de queja por despenalización el de la discriminación en el impago de prestaciones familiares por reducción a las matrimoniales (STC 67/1998). La *ratio decidendi* de la anulación del precepto no radica en que no se proteja penalmente a los hijos no matrimoniales, sino en que se les discrimine respecto a los matrimoniales, de modo que la reparación puede provenir en este caso tanto con la ampliación del tipo a las prestaciones no matrimoniales como con la despenalización del impago de prestaciones matrimoniales.

¹² Se trataba del sistema denominado de indicaciones – expresión asentada en la reflexión penal, pero de dudoso acierto semántico, pues se trata de permitir algunos tipos de casos, no de “indicarlos” - que, en cuanto a la índole de las mismas, coincidía con el vigente hasta la entrada en vigor de la LO 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo.

¹³ El enunciado impugnado era el último inciso del párrafo segundo del art. 428 del Código Penal anterior, introducido por el art. 6 de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, coincidente en lo esencial con el segundo párrafo del vigente art. 156 CP.

que rodea el delito de aborto consentido: ¿podríamos decir que es desproporcionada una norma que castigara las agresiones sexuales de un modo excesivamente leve?

Desde la perspectiva de la norma penal como norma sancionadora la respuesta ha de ser negativa. No existe desde tal perspectiva un principio de proporcionalidad inverso. Y es sólo la perspectiva directa la que da origen al principio, que se concibe y se estructura como un freno a la voracidad punitiva del Estado, pero no como un acicate a su inapetencia. De hecho, en atención a esta perspectiva originaria y prioritaria, tiende a hablarse de la proporcionalidad “de la pena” - y normalmente de la privación de libertad que comporta la pena de prisión - como evaluación, no del balance global de beneficios y costes de la norma penal, sino: a) de si la pena como mal supone un coste inferior al beneficio que instrumenta de protección de un bien jurídico¹⁴, y b) de si este juicio positivo no es alcanzable con una pena inferior en cantidad o calidad (de menor intensidad coactiva)¹⁵.

El enfoque es distinto si se analiza la norma penal como norma protectora: si ponemos el punto de mira en el bien dejado de proteger, o menos protegido, máxime cuando ese bien sea un bien constitucional, y máxime aún cuando éste sea un derecho fundamental. Tal desprotección es un coste de intervención normativa o una disminución del beneficio de la misma, que puede arrastrar a la norma a un déficit valorativo: a su desproporción en este sentido. La perspectiva de la desprotección muestra que para la consecución de una norma eficiente no sólo entra en discusión la disminución de una pena existente - ¿mismos logros preventivos con menos coste punitivo? -, sino que cabe la estrategia del aumento de sus logros positivos, siquiera sea con el aumento de pena - o con la generación de una pena hasta ahora inexistente -. Esta estrategia sólo funcionará en los casos, excepcionales, en los que el aumento de pena depare una prevención mayor al coste de tal aumento: por ejemplo, valga el indicador numérico, en una norma de beneficio 3 (pobre prevención) y coste 5 (a pesar de una pena seria), el aumento de pena supone un balance beneficio/coste cuantificable como 7/6 (prevención razonable/pena más severa).

Diferente es el supuesto en el que el balance no es negativo, y la pregunta es si la norma es desproporcionada porque un aumento de pena pueda deparar un balance mejor: por ejemplo, si la norma con un beneficio/coste que cuantificamos en 6/4 podría pasar con un aumento de pena a un balance 9/5. Y aquí procede ser cuidadosos con el lenguaje: la pregunta principal es cuánto de proporcionada es una norma y si lo puede ser más; la pregunta propia del juicio de constitucionalidad es la “de si es o no intolerablemente desproporcionada”.

¹⁴ En realidad debe computarse como coste de la norma penal no sólo el que supone la pena, sino también los constituidos por la prohibición y la administración policial, judicial y penitenciaria de la norma. Esta globalidad del juicio de proporcionalidad no elimina el postulado garantista de que la pena debe ser proporcionada la gravedad del hecho, puesto que deja igual el platillo de la balanza de los beneficios de la norma y añade peso al platillo de los costes (no sólo la pena, sino también sus costes de aplicación y las restricciones de las prohibiciones y los mandatos penales). Con ello, para el equilibrio que requiere la proporcionalidad, el peso de la pena deberá ser inferior al que tendría sin tener en cuenta esos factores. En detalle, LASCURAÍN SÁNCHEZ, «La proporcionalidad de la norma penal», *CDP*, 1998, pp. 167 y s.; 174 y s.

¹⁵ O por una sanción no penal o por una medida no sancionadora. También este análisis de necesidad debe contemplar no sólo los beneficios de cada opción, sino también sus costes, y todos sus costes. Inciden brillantemente en esta cuestión, entendiendo el principio de *ultima ratio* como una cuestión de eficiencia, GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO, *Chantaje e intimidación: una análisis jurídico-económico*, 2005, pp. 155 y ss. En efecto, la intervención penal puede ser más eficaz en sus logros pero menos eficiente por sus elevados costes. Y, por cierto, también la no penal en relación con la penal, o la sancionadora en relación con la no sancionadora: el recurso a la sanción, penal o no, para quien se desvíe de la norma, puede deparar una organización social mejor, más libre, que la realización de complejos controles o medidas que eviten la desviación. Con el intrusismo, por ejemplo, se podría terminar prescindiendo de la sanción penal, pero sometiendo complejos sistemas de acreditación cada acto profesional; la Hacienda Pública podría quedar mejor preservada con un sistema directo y general de inspección directa a cada contribuyente que con un sistema de autoliquidación sometido a la sanción del mentiroso.

El análisis de proporcionalidad a partir del incremento del beneficio de la intervención normativa no es desde luego el habitual como análisis de legitimidad de una norma. Normalmente se parte de una eficacia razonable de la norma penal y desde tal presupuesto se dilucida la pena mínima para alcanzarla y, cuando sea inferior a ésta, la pena estrictamente proporcionada. Tal aspiración razonable es la de “inducir a la mayoría de la gente a respetar la ley” y no la de prevenir el delito del “más recalcitrante”¹⁶, puesto que lo segundo supone una pobre ganancia en términos de libertad que requiere un alto coste punitivo. Aunque los incrementos punitivos tengan algún rédito preventivo en forma de control del penado, de amenaza del delincuente potencial o de afianzamiento del ciudadano proclive a la observancia de las normas jurídicas básicas¹⁷, somos conscientes de la pendiente en la que nos introduce tal pensamiento y de la distorsión valorativa a la que acaba conduciendo su resultado, con altos costes en forma de pena para escasos beneficios en forma de prevención.

La reflexión sobre el aumento de prevención a partir del aumento de la pena suele tener lugar cuando el nivel de eficacia de la norma no ha alcanzado aún ese estrato de lo razonable y con ello un balance positivo; cuando el legislador y el intérprete tienen la impresión de que el bien está insuficientemente protegido y de que un salto cualitativo en la prevención vendría de la mano de una mayor “seriedad” de la pena (y no, o no sólo, de su mayor aplicabilidad). Esto es lo que sucedió en su día con el delito fiscal, cuando la defraudación superior a los cinco millones de pesetas pasó de tener asignada una pena de arresto mayor (un mes y un día a seis meses de privación de libertad) y multa¹⁸, a otra con la misma multa pero con una privación de libertad que partía de seis meses y un día y podía llegar a los seis años (prisión menor)¹⁹.

Con la penalización *ex novo* se parte de un balance de protección penal no negativo: la falta de pena no tiene costes (no hay prohibición; no hay castigo) y no despliega ningún efecto preventivo de protección del bien cuya protección penal se reclama, y lo que se plantea es penar porque ese coste suponga una protección que lo haga valorativamente rentable. De nuevo con la metáfora numérica, se trata de pasar de un balance penal beneficio/coste 0/0 a otro, por ejemplo, 3/1. En realidad se trata de un panorama normativo general que se considera que va a quedar mejorado con la introducción de una nueva norma penal, con su coste propio pero con su beneficio de protección.

El análisis es el mismo cuando lo que se plantea es una despenalización total - eliminación, y no simple disminución, de pena para un tipo de conducta -. Se trata de ver si la medida despenalizadora es proporcionada en el sentido de que el ordenamiento sea axiológicamente mejor sin la norma penal eliminada: si esta norma era negativa y si la mejor opción a la misma no era la transformación de su pena, sino su supresión.

¹⁶ VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998, p. 82. Como señala GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «el objetivo último, final, de una eficaz política de prevención no es erradicar el crimen, sino controlarlo razonablemente» («La prevención del delito en un Estado social y democrático de Derecho», en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1992, p. 95), en la medida en la que una estrategia de intolerancia total hacia el delito pueda suponer mayores costes de libertad que la libertad que procura (al respecto, GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, «Problemas y tendencias actuales de la Ciencia Penal», *Estudios penales*, 1984, pp. 118 y ss.).

¹⁷ Cuestión que habrá que dilucidar con datos empíricos, afortunadamente cada vez más recogidos y analizados. Véase al respecto, por ejemplo, los trabajos de STEVEN D. LEVITT entre otros, «Understanding why crime fell in the 1990s: four factors that explain the decline and six that do not», *Journal of Economic Perspectives*, 2004, pp. 163 y ss.; «Further Evidence that Legalized Abortion Lowered Crime: A Reply to Joyce», *Journal of Human Resources*, 2004, pp. 29-49; ROBERT APEL/NAGIN Daniel S., «General Deterrence: A Review of Recent Evidence», en WILSON/PETERSILIA (ed.), *Crime and Public Policy*, 2010, pp. 411 y ss.; o ROBINSON, «Principios distributivos del Derecho penal», 2012, pp. 79 y ss.

¹⁸ Esta era la pena de la defraudación hasta diez millones de pesetas (Ley 50/1977, de 14 de noviembre, sobre Medidas Urgentes de Reforma Fiscal, que en su art. 35 modificaba el art. 319 del Código Penal).

¹⁹ LO 2/1985, de 29 de abril, que modifica el Código Penal en materia de delitos contra la Hacienda Pública, y entre ellos, el art. 349, que era el que ya acogía el delito de defraudación tributaria.

c). Si pasamos del principio de proporcionalidad al segundo gran principio penal material, encontramos dos respuestas a la consideración de que dos enunciados penales contrariaban los postulados del **principio de culpabilidad**. Y ambas son negativas. Con escueta argumentación, muy apegada al auto de cuestionamiento de la norma, la STC 150/1991 niega la oposición al principio de la agravante de reincidencia²⁰. Mucho más recientemente la STC 60/2010 no encuentra que la pena de alejamiento se oponga al principio de personalidad de las penas²¹ por penar a la víctima del delito a la vez que al autor, pues *“la restricción de derechos que al ofendido puede irrogarle la ejecución de la prohibición de aproximaciones, en todo caso, una consecuencia anudada al sentido propio de la pena impuesta al condenado, pero no es resultado de una manifestación del ejercicio del ius puniendi del Estado sobre el ofendido”* (FJ 4).

d). Por ser recientes y por el debate social y doctrinal que han suscitado, son bien conocidas son algunas de las sentencias relativas al **principio de igualdad**: las que afirman la constitucionalidad de los cuatro preceptos penales destinados a combatir específicamente la violencia de género (lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones: SSTC 41/2010, 59/2008, 45/2009 y 127/2009, respectivamente). Estas sentencias se enfrentan también a un importante reproche de culpabilidad, relativo a *“si no se está atribuyendo al varón `una responsabilidad colectiva, como representante o heredero del grupo opresor”* (STC 59/2008, FJ 11)²², y a una relevante impugnación de proporcionalidad, sobre todo la STC 45/2009: si es desproporcionada la catalogación como delito y la pena asignada a la amenaza leve sin armas del varón a la mujer que eso fue su pareja²³.

Sobre igualdad tratan también otras dos sentencias de impugnación de ley penal, separadas por diez años. La STC 19/1988 aborda la constitucionalidad de la pena de privación de libertad cuando no se abona la pena de multa inicialmente impuesta (el arresto sustitutorio o responsabilidad penal subsidiaria)²⁴; la STC 67/1998, sentencia de amparo de Pleno, afirmaba que era discriminatorio el precepto que asignaba guardaespaldas penal sólo a las prestaciones de paternidad matrimoniales: sólo daba lugar al delito de impago de prestaciones familiares el impago de las derivadas de nulidad, separación o divorcio²⁵.

²⁰ Pues no cabe sostener “que la compleja regulación de la reincidencia no permite a los ciudadanos aprehenderla normalmente ni prever, por tanto, las consecuencias de sus actos” (FJ 4). Repárese que el argumento se refiere sobre todo al principio de legalidad. Tampoco considera el Tribunal que la agravante suponga un *bis in idem* (FJ 9).

²¹ Que sorprendentemente considera “que forma parte del de legalidad penal” (FJ 4).

²² También si existe “una presunción legislativa de que en las agresiones del hombre hacia quien es o ha sido su mujer o su pareja femenina afectiva concurre una intención discriminatoria, o un abuso de superioridad, o una situación de vulnerabilidad de la víctima” (FJ 11), pero éste parece en rigor un reproche de vulneración de la presunción de inocencia.

²³ Debe insistirse en la diferencia entre el juicio de proporcionalidad de la norma, “que tiene como referentes los beneficios y costes de la norma cuestionada en términos de axiología constitucional”, del análisis de proporcionalidad que comporta el juicio de igualdad, que “compara las consecuencias de los supuestos diferenciados” (STC 45/2009, FJ 7).

²⁴ La STC 230/1991 respondía a la cuestión de si no era contrario al principio de igualdad y al derecho a la libertad el que se pudiera aplicar la responsabilidad penal subsidiaria por impago de multa por el hecho de que el penado, por el orden de prelación que contiene el art. 111 CP, hubiese destinado sus recursos al pago de la responsabilidad civil.

²⁵ La sentencia de amparo reconoce “inequívocamente la incompatibilidad del entonces vigente art. 487 bis

e). El grupo más numeroso de impugnaciones constitucionales de normas penales corresponde a la perspectiva del **principio de legalidad**. Para una mejor comprensión de los defectos constitucionales atribuidos con algún fundamento al ordenamiento penal, podemos aún subdividir las sentencias correspondientes en dos grupos.

- El primero obedece a las **quejas formales de legalidad**. Dos de las sentencias admiten la falta de rango de ley orgánica de dos leyes penales que lo requerían: los preceptos penales de la Ley de Control de Cambios que preveían penas privativas de libertad (STC 160/1986) y la ampliación del tipo de ultraje a la bandera que proveía la Ley de Banderas (STC 119/1992). Carecía también del necesario carácter de ley orgánica el art. 24.2 de la Ley 11/1988, de 26 de diciembre, de la Comunidad Autónoma Valenciana, que otorgaba una protección penal específica a la función investigadora del Síndico de Agravios, calificando como delito de desobediencia ciertas conductas en relación con el envío de los informes o datos que hubiese solicitado. No fue ese el motivo de su nulidad, sino previamente la invasión de la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación penal (STC 162/1996).

- Otras cuatro sentencias se refieren al respeto al **mandato de determinación**. Se afirma respecto a la utilización penal del término "terrorismo" (STC 89/1993) y, si se interpreta de determinada manera, respecto al magro tipo penal de tenencia ilícita de armas (STC 24/2004), norma materialmente remisiva que como tal plantea problemas formales de rango. En cambio se niega en la STC 101/2012 para un precepto de estructura en buena parte análoga, cual es el que sancionaba la caza y la pesca no expresamente autorizada de especies no amenazadas (art. 335 CP en su versión anterior a la LO 15/2003). Se niega también la determinación típica constitucionalmente mínima en el delito de pesca fluvial, que basaba su descripción en la reiteración de infracciones administrativas y lo hacía además de un modo vago, pues no quedaba claro si lo que se penaba era la reiteración de la misma infracción o de cualquier infracción en materia de pesca fluvial (STC 53/1994).

del Código Penal con el derecho a la igualdad (art. 14 CE)". No se planteó la autocuestión porque el precepto impugnado había sido ya derogado y sustituido por otro carente de la tacha de discriminación de su antecesor. Además, las personas discriminadas por el precepto inconstitucional "nunca podrían obtener un pronunciamiento condenatorio, por así impedirlo el derecho fundamental al principio de legalidad penal" (STC 67/1998, FJ 7.B). Quedaba abierta la delicada cuestión de hasta qué punto las personas condenadas por este precepto debían beneficiarse de su anulación.

En la reciente STC 101/2012 el Tribunal entra a conocer de la constitucionalidad del artículo 335 CP en su versión de 1995, derogada por LO 15/2003, porque considera que dado que era el precepto vigente en el momento de los hechos "no es posible concluir con la necesaria seguridad que el precepto penal cuestionado haya dejado ser relevante para la resolución del proceso judicial *a quo*". Repárese en que aquí la perspectiva en torno a la existencia de objeto del control constitucional de la ley no es la misma. Mientras que en los recursos de amparo lo que se plantea el Tribunal es la necesidad de un nuevo proceso en torno a la constitucionalidad de la ley para la depuración objetiva del ordenamiento (con suspensión del proceso de amparo, "del plazo para dictar sentencia": art. 55.2 LOTC), si el recurso de amparo "debiera ser estimado porque [...] la ley aplicada lesión[a] derechos fundamentales o libertades públicas" (art. 55.2 LOTC), en las cuestiones de inconstitucionalidad lo trascendente es la incidencia del control (relevancia) en la resolución del proceso penal en la que tal control se solicita.

f). La STC 120/2000 se refería al **mandato de resocialización**. Negó el Tribunal en la misma que las penas breves privativas de libertad se opusieran a tal mandato tal como lo concibe la Constitución en su artículo 25.2.

g). En las tres sentencias restantes de nuestra relación el control de ley penal no era demandado por vulneración de algún principio sino por vulneración de algún **derecho fundamental**. El enunciado penal que afrontaba la STC 105/1988 era el artículo 509 del CP anterior, continente de un curioso precepto con una presunción de culpabilidad, objetable por lo tanto desde el **derecho a la presunción de inocencia**, como termina afirmando el Tribunal Constitucional, siquiera en forma de forzada sentencia interpretativa²⁶: sancionaba al que tuviere en su poder gonzúas u otros instrumentos destinados especialmente para ejecutar el delito de robo y no diere descargo suficiente sobre su adquisición o conservación (STC 105/1988). Notable repercusión tuvo la STC 235/2007, que consideró contraria a la **libertad de expresión** la punición de la negación de genocidio, y sólo conforme a tal libertad el delito de justificación del genocidio si el mismo suponía una incitación, siquiera indirecta, a la comisión del mismo. Y dejó para el final la primera sentencia de control de ley penal: la STC 11/1981, que abordaba la impugnación del Decreto-ley 17/1977, regulador del **derecho de huelga**. Según su fundamentación no resulta contrario a tal derecho el nuevo tenor del art. 222 del Código Penal anterior, pues “*lo que se penaliza es un ataque contra la seguridad del Estado*”²⁷. Tal precepto consideraba “*como reos de sedición [...] [l]os funcionarios, encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos a los mismos, o, de cualquier forma, alteren su regularidad*” y “[l]os patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad, o perturbar su normal actividad, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo”.

3. Estricto en la afirmación y definición de los principios; deferente en su aplicación

3.1. Releyendo ahora las sentencias mencionadas confirmo dos intuiciones que fui albergando como lector habitual de la jurisprudencia constitucional. Con los matices y las excepciones que sean menester, esas intuiciones consisten en que el Constitucional **ha sido un tribunal más bien estricto en el dibujo del marco constitucional penal y más bien deferente en el juicio final de inclusión en el mismo de las normas impugnadas**.

Así, para lo primero, cabe entender que ha interpretado la Constitución como comprensiva de ciertos principios limitadores del legislador penal en cuanto garantes de valores constitucionales básicos y ha dibujado con cierto rigor su contenido en el marco de dicha

²⁶ Véase *infra* página 26, punto 4.4.

²⁷ “[E]sto es, tiene por finalidad la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas. Los delitos contra el Estado, al que atacan en cuanto entidad soberana y como estructura de la vida jurídico-política de la sociedad, son, incuestionablemente, delitos cuya producción requiere un dolo específico, que es la voluntad de subvertir la seguridad del Estado, o, como también se ha dicho, delitos de tendencia, según ha puesto de manifiesto una constante y reiterada doctrina de los Tribunales. En estos términos, la constitucionalidad del tipo delictivo no puede ser cuestionada” (FJ 26).

interpretación. A la vista de las alternativas pensables, la Constitución deviene así - creo que afortunadamente -un marco más pequeño que grande para la punición. Un marco, por ejemplo, en el que la ausencia textual de los sustantivos correspondientes no impide que nuestra Constitución proclame los principios de proporcionalidad²⁸ o de culpabilidad; que no se conforma respecto al primero con un vago respeto a la interdicción de la arbitrariedad; que dibuja con intensidad las exigencias de legalidad sancionadora, incluidas la precisión en la descripción delictiva, la exigencia de mayoría cualificada para la privación de libertad o la sujeción de los jueces a la ley hasta el punto de someter en amparo a revisibilidad sus interpretaciones de los tipos penales para constatar precisamente que lo son: interpretaciones y no recreaciones judiciales.

“Faltaría más”, podría decirse. Pero podría decirse haciendo de la virtud necesidad. Cabía la opción de negar todo control de proporcionalidad de la pena; de rechazar todo amparo que supusiera una revisión de la interpretación penal; de limitarlo al laxo canon de la tutela judicial efectiva - sólo excluyente de la manifiesta irrazonabilidad, del error patente o de la arbitrariedad -; de excluir al legislador penal de la necesidad de justificar sus diferenciaciones (sus “desigualaciones”) en términos de razonabilidad y proporcionalidad; de considerar la norma penal como materia de ley ordinaria; o de atribuir un mayor margen de ponderación al legislador para penar los daños que suponga la expresión.

3.2. Esta intuición encuentra contraste con una segunda. Establecido un marco más reducido a la política criminal, **en los concretos debates acerca del ajuste al mismo de normas** de dudosa constitucionalidad - debates con argumentos fuertes en apoyo de ambas alternativas - **la tendencia ha sido más la de la inserción** que la de la exclusión: más la de la validación constitucional de la norma que la de su anulación.

Esta tendencia se ha manifestado a veces en la precisión expansiva del marco general dibujado. El rigor en la selección de los materiales pierde fuerza en la construcción del edificio. Admitido como constitucional el principio y estructurado con rigor su contenido, lo que ha sucedido es que, de nuevo en relación con las opciones atendibles, el Tribunal ha fijado en un punto bajo el mínimo principial constitucionalmente exigible, bien en abstracto, bien a la hora de aplicarlo al enunciado impugnado. Si se prefiere, ha sido más bien laxo en la aplicación del principio como norma de exclusión.

3.3. Creo que la doctrina constitucional que mejor ilustra estas afirmaciones es la relativa al principio de proporcionalidad²⁹. Como ya se ha señalado, el de proporcionalidad no es un

²⁸ Como subraya Díez RIPOLLÉS, «El control de constitucionalidad de las leyes penales», en GARCÍA VALDÉS et al (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp.241, 247, 255.

²⁹ La doctrina penal española había mostrado interés por la legitimación de la pena desde el punto de vista material a través del estudio de los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, de *ultima ratio* y de intervención mínima (valga, por todos, la cita de la obra de MIR PUIG, *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, 1994). Más reciente es la atención a estos postulados a través de su integración en el principio de proporcionalidad y desde la perspectiva de la constitucionalidad de la norma penal. Al respecto, SÁNCHEZ GARCÍA, «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal», *La Ley*, 1994; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *CDP*, 1998, pp. 175 a 189; VON HIRSCH, *Censurar y castigar*, 1998; AGUADO CORREA, *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, 1999; GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 2003; BERNAL PULIDO, *El principio de*

principio expreso en la Constitución. Si a ello le añadimos que comporta difíciles juicios empíricos y de valor acerca de la pena – o, en general, de la estrategia jurídica – mínima eficiente para la protección de un bien, y del desvalor de la misma en relación con el valor que aporta³⁰, no es de extrañar **la tentación originaria**, grata a cierta doctrina constitucionalista, **de entender que el control material de las leyes penales era ajeno al Tribunal Constitucional**. Con dos tipos de límites: los muy concretos, pero excepcionales, relativos a que la conducta típica no podía ser ejercicio de un derecho fundamental y a que la pena no podía ser inhumana ni degradante; y el muy abstracto atinente a la interdicción de la arbitrariedad³¹.

Esta tentación se hizo pecado en los primeros tiempos de la jurisprudencia constitucional. Así, significativamente en relación con la misma norma que daría lugar a la primera gran sentencia de proporcionalidad (la STC 55/1996), que era la norma que penaba la insumisión a la prestación social sustitutiva del servicio militar obligatorio, la STC 160/1987 afirmaba que *“el problema de la proporcionalidad entre pena y delito es competencia del legislador en el ámbito de su política penal lo que no excluye la posibilidad de que en una norma penal exista una desproporción de tal entidad que vulnere el principio del Estado de Derecho, el valor de la justicia y la dignidad de la persona humana”* (FJ 6). Esta misma doctrina de lejanía del control constitucional se confirmará unos años después en relación en el efecto agravatorio de la reincidencia (STC 150/1991, FJ 5).

proporcionalidad y los derechos fundamentales, 2ª ed., 2005; LOPERA MESA, *Principio de proporcionalidad y ley penal*, 2006; DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007; MIR PUIG, *Bases constitucionales del Derecho Penal*, 2011, pp. 96 y ss.

³⁰ Como expresivamente señala la STC 55/1996, “la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad del legislador”, que, “al establecer las penas, carece, obviamente, de la guía de una tabla precisa que relacione unívocamente medios y objetivos, y ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que puede perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos : a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma -intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al ordenamiento, resocialización, etc.- y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial. Estos efectos de la pena dependen a su vez de factores tales como la gravedad del comportamiento que se pretende disuadir, las posibilidades fácticas de su detección y sanción, y las percepciones sociales relativas a la adecuación entre delito y pena. En definitiva, en relación con la proporcionalidad de una determinada pena, este Tribunal no puede, para establecerla, tomar como referencia una pena exacta, que aparezca como la única concreción posible de la proporción constitucionalmente exigida, pues la Norma suprema no contiene criterios de los que pueda inferirse esa medida” (FJ 6).

³¹ Discrepo de la potencialidad que atribuye Díez RIPOLLÉS a este último principio para el control material de la actividad legislativa en materia penal. Véase Díez RIPOLLÉS, en GARCÍA VALDÉS et al (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 223, 240, 258 y s. Considero que su pobre solidez conceptual y su consecuente escasa utilidad práctica en la jurisdicción constitucional, tan bien descritas por Díez RIPOLLÉS (pp. 235 y ss.), se deben a una endógena falta de sustantividad como principio limitador del legislador que lo convierten, precisamente, en un instrumento democráticamente peligroso en manos de un Tribunal Constitucional poco cauto. Creo que la interdicción de la arbitrariedad tiene pleno sentido para el control de los órganos judiciales como expresión de la sujeción de éstos a la ley. La arbitrariedad del legislador no parece ser otra cosa que la ignorancia de la Constitución, y esta ha de concretarse en parámetros mucho más precisos, como, por ejemplo, precisamente, el principio de proporcionalidad. Dicho de otro modo: el principio de proporcionalidad es una de las manifestaciones de la interdicción de la arbitrariedad.

Lo que la segunda doctrina de proporcionalidad niega es que el legislador penal pueda “*prescindir de ciertos límites constitucionales*” o que el Tribunal Constitucional pueda “*renunciar a todo control material sobre la pena, ya que el ámbito de la legislación penal no es un ámbito constitucionalmente exento*” (STC 55/1996, FJ 6). Y así, con una atinada argumentación, sienta, dicho ahora en esencia, que **toda actividad pública restrictiva de derechos fundamentales ha de ser proporcionada** en el cuádruple sentido de orientada a un fin legítimo, útil a tal fin, mínima en su restricción o necesaria, y ventajosa o estrictamente proporcionada. Esta jurisprudencia es heredera en buena parte del su homólogo alemán, aunque nuestro Constitucional ancla la doctrina de la proporcionalidad no en el propio Estado como Estado de Derecho – un anclaje ciertamente evanescente – sino, de un modo más aferrable, en el propio contenido del derecho restringido³². La prioridad de los derechos fundamentales hace que los mismos sólo puedan verse limitados por la pena en los citados términos de proporcionalidad: de un modo mínimo y ventajoso en pro de un bien constitucional.

Esta manera de entender la Constitución, de especificarla, ha tenido una benéfica influencia en la doctrina y en la jurisprudencia. A la reflexión académica le ha sugerido racionalidad en el contenido del principio de proporcionalidad y firmeza con su enraizamiento constitucional: organiza, relaciona y hace más comprensibles en el marco constitucional los tradicionales principios de exclusiva protección de bienes jurídicos, *ultima ratio* e intervención mínima³³. A la jurisprudencia penal le ha aportado novedad en forma de principio interpretativo de las normas penales³⁴.

Quizás como adecuado afecto compensatorio de una jurisprudencia avanzada, lo que hace el Tribunal Constitucional es **poner en un punto bastante bajo la línea roja de intolerabilidad de desapego al principio**. Repárese en los justificados remilgos que rodean a los juicios constitucionales de necesidad y de estricta proporcionalidad, tercer y cuarto análisis de proporcionalidad de una norma³⁵. Considera el Tribunal que “*el control constitucional acerca de la existencia o no de medidas alternativas menos gravosas pero de la misma eficacia que la analizada, tiene un alcance y una intensidad muy limitadas, ya que se ciñe a comprobar si se ha producido un sacrificio patentemente innecesario de derechos que la Constitución garantiza [...], de modo que sólo si a la luz del razonamiento lógico, de datos empíricos no controvertidos y del conjunto de sanciones que el mismo legislador ha estimado necesarias para alcanzar fines de protección análogos, resulta evidente la manifiesta suficiencia*

³² Críticamente, por lo que supone de “atribución al principio de proporcionalidad de una mera labor de garante de derechos fundamentales”, Díez RIPOLLÉS, en GARCÍA VALDÉS et al (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, p. 248, 255.

³³ Así, en esencia, Díez RIPOLLÉS, en GARCÍA VALDÉS et al (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 249 y ss.

³⁴ Más le hubiera aportado si en la STC 136/1999 (Mesa Nacional de Herri Batasuna) la cuestión se hubiera enfocado, no como un exceso del legislador al penar severamente actos de colaboración menos relevantes, sino como una interpretación judicial axiológicamente irrazonable del precepto como comprensivo de actos de colaboración como el que se enjuiciaba (envío para su emisión radiofónica y televisiva como propaganda electoral de un video de ETA). Sobre la utilización del principio de proporcionalidad en la jurisprudencia. Véase DE LA MATA BARRANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, 2007, pp. 217 y ss.

³⁵ Para los argumentos concretos que los desarrollan, véase el detallado estudio de Díez RIPOLLÉS, en GARCÍA VALDÉS et al (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, pp. 245 y ss..

de un medio alternativo menos restrictivo de derechos para la consecución igualmente eficaz de las finalidades deseadas por el legislador, podría procederse a la expulsión de la norma del ordenamiento [...]. Sólo a partir de estas premisas cabría afirmar que se ha producido un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho” (STC 55/1996, FJ 8)³⁶. Y en relación con el juicio de proporcionalidad estricto, el mismo sólo deparará un resultado de inconstitucionalidad “cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo o irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción en la propia actividad legislativa” (STC 55/1996, FJ 9)³⁷.

Fijado con seguridad el instrumento de análisis³⁸, pero rebajado así su filo, no debe extrañar que se **negara el carácter constitucionalmente desproporcionado de casi todas las normas impugnadas**: las que penaban la insumisión a la prestación social sustitutoria, la negativa al sometimiento de las pruebas de alcoholemia, los malos tratos domésticos, y los malos tratos, las amenazas leves y las coacciones de género. Sólo se declaró inconstitucional por desproporcionado el tipo de colaboración con organizaciones terroristas³⁹.

3.4. Esta línea jurisprudencial tiene un cierto paralelo con la dictada, en sede del principio de legalidad, para el control judicial de la interpretación y aplicación de los tipos penales, que es un jurisprudencia no aplicable para el control de ley sino para el amparo de los derechos fundamentales, y en concreto para el **amparo del derecho a la legalidad penal**⁴⁰.

El paralelismo consiste en que es valiente en la proclamación del principio (la interpretación penal no es un ámbito judicial libre de control constitucional), en que es riguroso en la definición de su contenido (sólo vale la interpretación previsible, y sólo es previsible la que sea razonable: semántica, metodológica y axiológicamente razonable), y en que es muy cauto (muy deferente, ahora con los tribunales) en su aplicación: a pesar de que es un motivo frecuente de impugnación, apenas existen amparos por irrazonabilidad interpretativa frente a una condena penal.

³⁶ También SSTC 161/1997, FJ 11; 136/1999, FJ 23; 60/2010, FJ 14, 16.

³⁷ También 161/1997, FJ 12; 136/1999, FJ 23; 60/2010, FJ 7; AATC 233/2004, FJ 3; 332/2005, FJ 3.

³⁸ “Una estructura analítica ambiciosa de control de la racionalidad legislativa” (DÍEZ RIPOLLÉS, «El control de constitucionalidad de las leyes penales», en GARCÍA VALDÉS et al (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, p. 249; también, p. 255).

³⁹ Véase *supra* pág. 26, punto 2.2.a. Creo que esta (juris)prudencia muestra más una adecuada autocomprensión de los límites del control constitucional al legislador penal que los serios reparos que al rendimiento del principio de proporcionalidad como parámetro de constitucionalidad opone DÍEZ RIPOLLÉS, en GARCÍA VALDÉS et al (coord.), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat*, t. I, 2008, p. 256.

⁴⁰ La tradicional inquietud de la doctrina penal sobre los límites de la interpretación de la norma penal sólo en tiempos recientes ha reparado específicamente en su dimensión constitucional. Por ejemplo: FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, 2002, pp. 121 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, 2002, pp. 39 y ss.; HUERTA TOCILDO, «El derecho a la legalidad penal», en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PINERO (dir.), *Comentarios a la Constitución Española*, 2008, pp. 734 y ss.; LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, 2009, pp. 103 y ss.; ALCÁCER GUIRAO, «El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional», en MIR PUIG/QUERALT JIMÉNEZ (dir.), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, 2010, pp. 15 y ss.

El paralelismo con la doctrina de la proporcionalidad alcanza a la práctica **negación inicial del control constitucional de la tipicidad penal**. En los primeros años de la jurisdicción constitucional se produjo una casi sistemática inadmisión o desestimación de las demandas que invocaban el derecho a la tipicidad con el insistente argumento de que la cuestión de la subsunción del hecho probado en el tipo penal constituía una cuestión de legalidad ordinaria que sólo a los órganos del Poder Judicial correspondía decidir, so pena de convertir el recurso de amparo constitucional en una tercera instancia judicial, en un nuevo recurso de casación. Suele reprocharse a las demandas así presentadas que fundamenten su queja en una simple discrepancia con la interpretación que hacen los tribunales, sin trascendencia alguna constitucional. Como afirma la STC 22/1990 *“la subsunción de los hechos en el tipo sancionador (...) es cuestión bien distinta y ajena al recurso de amparo”* (FJ 7).

El puñetazo en la mesa en pro de esta vertiente del principio de legalidad lo dan las SSTC 137/1997 y 151/1997. En la cuestión estaba imbricada la muy espinosa de la distinción entre interpretación y creación judicial: la de qué es interpretar una norma sancionadora. Los ciudadanos demandantes de amparo consideraban que habían sido condenados por una conducta no prevista como delictiva en la ley aplicada; si la conclusión del órgano judicial había sido otra sólo se había debido a una operación judicial que superaba la interpretación y se introducía en el límite de la creación judicial del delito.

Para responder a estas demandas recuerda la jurisprudencia constitucional que por lo que vela el derecho a la legalidad penal es por la preservación de la seguridad jurídica del ciudadano y por el respeto por parte del juez de la decisión legislativa. Y tal preservación y tal respeto exigen que el juez tome como punto de partida el *“tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamientos”*, pues *“el legislador expresa el mensaje normativo con palabras y con palabras es conocido por sus destinatarios”* (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7). Lo que sucede es que la semántica es potencialmente muy amplia. Su sólo respeto en la interpretación judicial no garantiza una aplicación esperable de la norma, *“una razonable administración judicial de la soberanía popular”*. La actuación judicial ha de ser además razonable, valorativa y metodológicamente razonable: *“habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro Texto constitucional y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica”*. Dicho a la inversa, *“no sólo vulneran el principio de legalidad las resoluciones sancionadoras que se sustenten en una subsunción de los hechos ajena al significado posible de los términos de la norma aplicada. Son también constitucionalmente rechazables aquellas aplicaciones que por su soporte metodológico -una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante- o axiológico -una base valorativa ajena a los criterios que informan nuestro ordenamiento constitucional- conduzcan a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por ello, imprevisibles para sus destinatarios”* (STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7).

Más atrevido en las palabras que en los hechos – dicho sea de nuevo como dato y no como alabanza ni como reproche⁴¹ –, esta sólida doctrina de construcción del principio ha

⁴¹ Mi opinión es que la línea jurisprudencial esbozada y su modo de aplicación resultan convincentes. El Tribunal Constitucional no dimite de su responsabilidad de amparar a los que sufren sanciones por

conducido a la concesión de muy pocos amparos por vulneración del derecho a la tipicidad penal a pesar de las muchas solicitudes. Muchas, porque, con mejores o peores argumentos, quien está a la puerta de la prisión tiene - más bien tenía⁴² - como último recurso el amparo, y la de legalidad es - era - una de las tres invocaciones más habituales: se alega - alegaba - la falta de garantías del juicio, la determinación de los hechos o su catalogación como delito.

Frente a las innumerables inadmisiones y a las frecuentes desestimaciones, no es difícil hacer la relación de las sentencias que afirman que se sancionó un hecho que no cabía entenderlo como comprendido en un tipo penal⁴³: SSTC 75/1984 (aborto en el extranjero), 159/1986 (diario Egin: apología del terrorismo por publicación de comunicado de ETA), 254/1988 (coacciones en huelga), 111/1993 (y 130/1997, 219/1997, 142/1999: intrusismo de título no académico), 156/1996 (daños imprudentes de escasa cuantía), 232/1997 (exhibicionismo ante mayor de edad), 167/2001 (impedimento de derecho cívico), 154/2002 (testigos de Jehová: homicidio por no convencer al hijo menor de edad de la realización de la transfusión), 196/2002 (delito electoral), 13/2003 (estafa por fraude de subvenciones de baja cuantía), 120/2005 (fraude de ley tributaria como delito fiscal), y 262/2006 (lesiones sin sustento fáctico), 124/2010 (irrevisabilidad de medida de seguridad en un plazo de ocho años)⁴⁴.

3.5. Volviendo al control de ley penal, permítaseme un último ejemplo de firmeza en la afirmación y deferencia en la aplicación. Se trata de la doctrina jurisprudencial relativa a los problemáticos enunciados penales que remiten parte de su contenido a otras normas, expresamente o a través de un concepto normativo (**enunciados remisivos**). Esta técnica se denomina usualmente "norma penal en blanco", lo que resulta bastante equívoco, porque el enunciado parece anunciar la solución al problema de legitimación: sabemos que tiene un "blanco", pero lo que se trata es de ver si es necesario, residual y fácilmente integrable; se trata, entre otras cosas, de dilucidar si la norma está "en blanco" - o, en palabras de la STC 101/2012, "totalmente en blanco" (FJ 1) -.

Como este tipo de enunciados constituyen un avispero de problemas constitucionales - de rango normativo, de determinación, de igualdad -, **el Tribunal Constitucional** ha afrontado la cuestión - luego no la ha eludido, que también era una posibilidad - y **ha sentado un canon de análisis de legitimación bastante sensato**. La técnica normativa remisiva es válida si es necesaria para la precisión final de lo penalmente prohibido y para

aplicaciones de las normas sancionadoras por analogía pero tampoco se arroga la función de interpretar las normas penales. Analiza sólo la interpretación judicial y lo hace tímidamente, sólo para saber, si la misma era previsible para el ciudadano. Dicha previsibilidad es una previsibilidad semántica (respeto al tenor literal), metodológica (respeto a las pautas compartidas de interpretación jurídica) y axiológica (conformidad con los valores, principios y derechos constitucionales). El ciudadano no tiene un derecho fundamental a que la actividad pública sancionadora sea constitucionalmente óptima, pero sí a que se ajuste a la ley.

⁴² El pretérito se debe a que, como es sabido, la nueva configuración del amparo (tras la LO 6/2007) lo convierte en un recurso de acceso mucho más restrictivo.

⁴³ O, en general, sancionador: SSTC 136/1989, 182/1990, 120/1996, 111/2004, 9/2006, 229/2007, 54/2008.

⁴⁴ Véase en detalle, LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, 2009, pp. 113 y ss.

la adaptación de la ley penal a un contexto cambiante. Y es válida, sobre todo, si se trata de un apoyo en otras normas más ágiles y más precisas, pero no de una delegación en las mismas de la definición del delito. Por ello el enunciado penal inicial ha de contener ya “*el núcleo esencial de la prohibición*”. Además, el resultado final, el precepto penal integrado, debe ser suficientemente preciso y accesible para sus destinatarios.

Así, el Tribunal Constitucional admite que “*la técnica que permite completar el perfil de los tipos penales mediante el reenvío normativo, constituye una práctica que [...] desde la ortodoxia conceptual puede justificar ciertos recelos iniciales*”. Sin embargo, “*resulta del todo punto necesaria en una sociedad altamente desarrollada y que requiere una respuesta sumamente precisa acerca de los límites que deslindan la actuación lícita de aquella que no sólo no lo es, sino que lleva aparejada la más enérgica y contundente reacción que permite el ordenamiento jurídico, como es la sanción penal*” (STC 24/1996, de 13 de febrero, FJ 3). Así, las exigencias del principio de legalidad “*no suponen que sólo resulte constitucionalmente admisible la redacción descriptiva y acabada en la ley penal de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Por el contrario, es posible la incorporación al tipo de elementos normativos (STC 62/1982, de 15 de octubre) y es conciliable con los postulados constitucionales la utilización legislativa y aplicación judicial de las llamadas leyes penales en blanco (STC 122/1987, de 14 de julio); esto es, de normas penales incompletas en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista en ellas, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta, siempre que se den los siguientes requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada Sentencia 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la forma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada*” (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3)⁴⁵.

El caso difícil en esta materia lo constituía el magro precepto de “**tenencia de armas prohibidas**”. Frente a la solución más intuitiva a “[*la única cuestión controvertida [...], si la norma penal define el núcleo esencial de la prohibición, de modo que la norma remitida se limite a completar con carácter instrumental y de forma subordinada a la Ley el contenido de la misma*” (STC 24/2004, FJ 4), el Tribunal opta por una solución interpretativa: considera que el enunciado considerado sí contiene aquel núcleo “*a partir del concepto de armas*” y de “*los principios generales limitadores del ejercicio del ius puniendi*” (FJ 7), y con la limitación añadida de que no puede darse una remisión de segundo grado, “*que diluiría de tal modo la función de garantía de certeza y seguridad jurídica de los tipos penales, [...] que resultaría vulnerado el art. 25.1 CE*” (FJ 4).

Muy recientemente el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucional y nulo el artículo (335 CP) que con anterioridad a la Ley Orgánica 15/2003 penaba la caza o pesca de especies no amenazadas – para las amenazadas se prevé una punición distinta – cuya **caza o pesca no estuviera expresamente autorizada**. La *ratio decidendi* consiste en que la norma

⁴⁵ También, SSTC 118/1992, FJ 2; 120/1998, FJ 5; 283/2006, FJ 8.

“no contiene efectivamente el núcleo esencial de la prohibición toda vez que remite íntegramente y sin ninguna precisión añadida la determinación de las especies no expresamente autorizadas a las normas específicas en materia de caza, de modo que es el Gobierno, a través de normas reglamentarias y, en particular, de los correspondientes listados de especies cinegéticas, y no el Parlamento, el que en forma por completo independiente y no subordinada a la Ley termina en rigor por definir libremente la conducta típica” (STC 101/2012, FJ 5).

La duda que surge ahora es la de que hará el Tribunal cuando se cuestione el vigente artículo 335 CP, que contempla la caza o la pesca de especies no amenazadas cuando esté *“expresamente prohibido”* por medio de *“normas específicas”*. Repárese para justificar la duda en la constitucionalidad del delito de tenencia de armas prohibidas – con cuya sentencia no dialoga la que ahora comentamos, siquiera sea para fundamentar por qué ahora no cabe encontrar una *“potencialidad lesiva”* (STC 24/2004, FF. JJ. 7 y 8) que delimite el tipo (STC 101/2012, FJ 5: *“la norma penal cuestionada no contiene tampoco ninguna exigencia específica de lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido (la fauna silvestre) que sirva para precisar el núcleo esencial de la prohibición penal”*) –; en que forma parte de la argumentación de la *ratio decidendi* el que la remisión lo sea a la falta de autorización (FJ 5: *“basta simplemente con que la Administración guarde silencio y no se pronuncie sobre la caza o no de una determinada especie animal para que su captura o muerte pase a integrar el tipo penal que consideramos”*); y en que se sustenta la inconstitucionalidad, *“por añadidura”*, en que el modo de remisión *“crea un amplísimo espacio de inseguridad jurídica”* (FJ 6).

3.6. Con estos precedentes el miura del **cuestionamiento ex artículo 14 CE de los preceptos penales destinados a combatir la violencia de género** auguraba una faena distinta a la finalmente realizada en las SSTC 59/2008, 45/2009, 127/2009 y 41/2010. Parecería que el Tribunal iba a abordar la precisión del canon de interdicción de la discriminación, pendiente en su tarea jurisdiccional, por mucho que después una sana intención deferente, máxime en materia penal, máxime en materia tan delicada, hubiera podido conducir a una sentencia interpretativa o incluso a una desestimatoria.

Es posible que precisamente esa intención deferente, consecuente con su historia y creo que con el ordenamiento constitucional, sea la que le haya podido llevar a aplicar a los preceptos impugnados el molde de la igualdad genérica, más laxo que el de la prohibición de discriminación. Más fiel a esa historia, como se ha intentado mostrar en las líneas anteriores, hubiera sido afrontar sin ambages la cuestión de qué comporta tal prohibición y qué canon de análisis se deriva de la misma; hubiera sido desarrollar una doctrina principal necesaria, por mucho que la misma hubiera venido acompañada, por razones de prudencia, bien con la fijación de un punto bajo de desconocimiento del principio como nivel de exclusión de la norma del sistema, bien con una aplicación del mismo condescendiente con la vigencia de la norma, a través o no de la imposición de una determinada interpretación de la misma.

En relación con la necesidad de doctrina jurisprudencial, debe recordarse que si bien existe un aquilatado desarrollo del principio general de igualdad **no sucede lo propio con la específica prohibición de discriminación**. Respecto al primero ha reiterado el Tribunal que el derecho a la igualdad no quiebra con cualquier trato diferenciado en razón de los sujetos. Lo que exige el derecho es que tal visión diferenciada del legislador esté justificada

por algún fin loable y suponga un sacrificio proporcionado: una norma diferenciadora es legítima *ex principio* de igualdad si es funcional para la ventajosa consecución de una finalidad legítima. De lo que se trata es de si la diferenciación normativa constituye un sacrificio razonable y ventajoso en la consecución de un mundo mejor: “los condicionamientos y límites que, en virtud del principio de igualdad pesan sobre el legislador se cifran en una triple exigencia, pues las diferenciaciones normativas habrán de mostrar, en primer lugar, un fin discernible y legítimo, tendrán que articularse, además, en términos no inconsistentes con tal finalidad y deberán, por último, no incurrir en desproporciones manifiestas a la hora de atribuir a los diferentes grupos y categorías derechos, obligaciones o cualesquiera otras situaciones jurídicas subjetivas” (SSTC 222/1992, FJ 6; 155/1998, FJ 3; 180/2001, FJ 3; 359/2008, FJ 5).

La cuestión aún abierta sin embargo es la de en qué se modifica este canon cuando la razón de la diferenciación es “odiosa”, cuando la desigualación es discriminación, cuestión apuntada por la jurisprudencia pero pendiente aún de desarrollo más allá de las dos siguiente proclamaciones genéricas: que en las normas aparentemente discriminatorias “el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto”; y que el punto de partida es el de “la irrazonabilidad de diferenciación” porque está “establecido ya en la propia Constitución” (STC 3/2007, FJ 2): existe una presunción de ilegitimidad que debe arrumbar el propio legislador en su propuesta⁴⁶.

Los preceptos penales contra la violencia de género parecían constituir una ocasión pintiparada para abordar esa jurisprudencia pendiente, y para hacer buena pedagogía principal, pues con una finalidad de protección evidentemente loable procedían a agravar las penas cuando el sujeto activo del delito (lesiones, malos tratos, amenazas o coacciones) es un varón y la víctima es una mujer que eso fue su pareja⁴⁷.

Con un factor diferenciador de sexo tan notorio resulta contraintuitivo sacar el problema del ámbito de la posible discriminación y abordarlo sólo como una cuestión de desigualación. Así lo argumenta la STC 59/2008: “A la luz de la doctrina antes reseñada en

⁴⁶ El Tribunal Constitucional, bien con carácter general en relación con el listado de los motivos o razones de discriminación expresamente prohibidos por el art. 14 CE, bien en relación con alguno de ellos en particular, “ha venido declarando la ilegitimidad constitucional de los tratamientos diferenciados respecto de los que operan como factores determinantes o no aparecen fundados más que en los concretos motivos o razones de discriminación que dicho precepto prohíbe” (STC 200/2001, FJ 4). No obstante, “este Tribunal ha admitido también que los motivos de discriminación que dicho precepto constitucional prohíbe puedan ser utilizados excepcionalmente como criterio de diferenciación jurídica (en relación con el sexo, entre otras, SSTC 103/1983, de 22 de noviembre, FJ 6; 128/1987, de 26 de julio, FJ 7; 229/1992, de 14 de diciembre, FJ 2; 126/1997, de 3 de julio, FJ 8), si bien en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación” (STC 59/2008, FJ 5).

⁴⁷ Cabe augurar que el enfoque de la prohibición de discriminación hubiera dado buenos frutos doctrinales a la vista de las muy interesantes aportaciones de la sentencia, como la distinción entre normas penales que diferencian en la sanción (en el sujeto activo: se pena más a unos que a otros) y normas que lo hacen en la protección (en el sujeto pasivo: se protege más a unos que a otros); como un nítido escalonamiento – concreción de una vasta jurisprudencia previa - de nuevo de tres escalones, del canon del principio general de igualdad: finalidad legítima de la diferenciación, necesidad de la diferenciación y proporcionalidad de lo diferenciado; como, supliendo en parte la falta de motivación legislativa, la expresión de la razón por la que estos hechos – agresiones de varón a mujer en un determinado contexto – son peculiarmente lesivos.

torno al doble contenido del art. 14 CE (principio general de igualdad y prohibición de discriminación) debemos precisar que el Auto de planteamiento invoca la jurisprudencia relativa a la igualdad como cláusula general contenida en el primer inciso del mismo. Como luego habrá ocasión de explicitar, es ésta la perspectiva adecuada de análisis del precepto, pues a la vista del tipo de conductas incriminadas en el art. 153.1 CP y de las razones de su tipificación por el legislador, sustentadas en su mayor desvalor en comparación con las conductas descritas en el art. 153.2 CP, no constituye el del sexo de los sujetos activo y pasivo un factor exclusivo o determinante de los tratamientos diferenciados, requisito, como se ha visto, de la interdicción de discriminación del art. 14 CE. La diferenciación normativa la sustenta el legislador en su voluntad de sancionar más unas agresiones que entiende que son más graves y más reprochables socialmente a partir del contexto relacional en el que se producen y a partir también de que tales conductas no son otra cosa, como a continuación se razonará, que el trasunto de una desigualdad en el ámbito de las relaciones de pareja de gravísimas consecuencias para quien de un modo constitucionalmente intolerable ostenta una posición subordinada" (FJ 7)⁴⁸.

Este enfoque de la sentencia conduce, a mi juicio, a una disfuncional confusión entre el sexo como criterio legal de distinción y como fundamento de la misma⁴⁹. Que sea un criterio de distinción, y es evidente que aquí lo es, nos lleva al análisis de su justificación *ex* prohibición de discriminación. Que sea o no además el fundamento de la diferenciación es lo que queremos saber con tal análisis, pues lo que prohíbe la Constitución es que lo sea. Es el resultado de este análisis. Repárese en que con el criterio de la sentencia no existirían nunca discriminaciones justificadas, en contra de lo que afirma la propia jurisprudencia constitucional, pues si se utiliza el criterio del sexo justificadamente estaremos ante una simple desigualación.

4. Razones para la deferencia

4.1. He sostenido que la actitud del Tribunal Constitucional ante el legislador penal ha sido deferente. A mi juicio, en términos generales, prudente y loablemente deferente. Lo ha proclamado así y lo ha practicado así. Comenzando por esto último, hagamos un poco de **estadística**.

Teniendo en cuenta que en la STC 235/2007 se impugnaban dos preceptos penales, los que describían como delito la negación y la justificación del genocidio, han sido veinticinco las normas penales seriamente impugnadas. De ellas:

⁴⁸ "Como el término 'género' que titula la Ley y que se utiliza en su articulado pretende comunicar, no se trata una discriminación por razón de sexo. No es el sexo en sí de los sujetos activo y pasivo lo que el legislador toma en consideración con efectos agravatorios, sino -una vez más importa resaltarlo- el carácter especialmente lesivo de ciertos hechos a partir del ámbito relacional en el que se producen y del significado objetivo que adquieren como manifestación de una grave y arraigada desigualdad. La sanción no se impone por razón del sexo del sujeto activo ni de la víctima ni por razones vinculadas a su propia biología. Se trata de la sanción mayor de hechos más graves, que el legislador considera razonablemente que lo son por constituir una manifestación específicamente lesiva de violencia y de desigualdad" (FJ 9.c).

⁴⁹ Para esta distinción, OTTO Y PARDO, «El principio de igualdad en la Constitución española», en *EL MISMO, Obras Completas*, 2010, pp. 1.445 y ss.

- Trece han sido declaradas conformes a la Constitución;
- Tres (las referidas a la tenencia de útiles para el robo, a la tenencia ilícita de armas, y a la justificación del genocidio⁵⁰) han sido declaradas constitucionales si son objeto de determinada interpretación;
- Y nueve han sido declaradas inconstitucionales.

De estas nueve sentencias me parece importante destacar lo siguiente:

- En tres de los casos se referían a preceptos que ya habían sido **derogados** (los que penaban el impago de prestaciones familiares, la colaboración con terrorismo y la caza y la pesca no autorizadas), lo que supone una corrección al legislador a la que él mismo ya había procedido;
- En otras tres sentencias la razón de la inconstitucionalidad es **formal** (Ley de Control de Cambios, Ley de Banderas, ley valenciana sobre el Síndico de Agravios), de preservación del legislador orgánico frente al ordinario o al autonómico;
- En dos casos más (aborto y negación del genocidio), la inconstitucionalidad – muy parcial en realidad en la sentencia del aborto – no proviene de la contraposición de la ley con un principio sino de la **vulneración de un bien o derecho** (vida o libertad de expresión), lo que quita algo de hierro al reproche institucional, mayor cuanto mayor es el margen apriorístico de decisión de la jurisdicción constitucional.

4.2. Aunque no es significativamente mayor que en otros ámbitos legales⁵¹, **la deferencia del Tribunal hacia el legislador penal es manifiesta**. En estas sentencias de control de ley son recurrentes las afirmaciones atinentes al amplísimo campo de decisión de que goza el legislador en el desarrollo de la política criminal y, correlativamente, a la prudencia de que propone revestirse el Tribunal a la hora de fijar su juicio de conformidad constitucional.

Manifiesta así que *“corresponde en exclusiva al legislador el diseño de la política criminal”* (SSTC 55/1996, FJ 3; 59/2008, FJ 6; 45/2009, FJ 3; 127/2009, FJ 3): la determinación de *“los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo”*. Esta configuración supone *“un complejo juicio de oportunidad”* para el que el legislador, con excepción de la sujeción a *“pautas elementales que emanan del Texto constitucional”*, dispone *“de plena libertad”*. Es por ello por lo que la labor de la jurisdicción constitucional ha de ser *“muy cautelosa”*: consiste sólo en determinar el *“encuadramiento constitucional”* de la norma, sin que comporte ninguna evaluación de calidad o perfectibilidad, siquiera en términos de valores constitucionales: con ello, la desestimación

⁵⁰ No creo que la STC 11/1981 (huelga sediciosa) deba considerarse interpretativa.

⁵¹ En el estudio general de GÓMEZ CORONA, «El control de constitucionalidad de la ley en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional», *Revista de Derecho Político*, 2009, pp. 263 y ss. El porcentaje de sentencias desestimatorias es del 48%, no es muy inferior al que depara nuestro estudio acerca de las penales (52%). Entre las estimatorias sí que es significativamente inferior el porcentaje de interpretativas penales: 13% frente al 23%. La autora concluye que *“a la vista de estos datos puede afirmarse que el control del Tribunal Constitucional se ha ejercido, como regla general, con mesura y self-restraint”* y que *“no cabe sino reconocer que la labor del Tribunal Constitucional ha sido respetuosa con la posición del legislador”* (pp. 284 y 287).

de un recurso o una cuestión no supone “ningún otro tipo de valoración positiva en torno a la norma” (SSTC 55/1996, FJ 6; también: SSTC 161/1997, FJ 9; 59/2008, FJ 6; 45/2009, FJ 7; 127/2009, FJ 8; 41/2010, FJ 5; 60/2010, FJ 7).

Un interesante **contrapunto** a esta “doctrina de la deferencia” lo encontramos en la reciente STC 60/2010, sobre la pena de alejamiento. Su razonamiento no es: la legislación penal presupone un análisis complejo en el que inciden de modo importante factores de oportunidad; el sujeto constitucional de tal juicio es el legislador; la complejidad y la oportunidad, y –añado - la vaguedad de la vara constitucional de medir, aconsejan dotar a este juicio de un margen tan amplio como limitado es el del Tribunal Constitucional para controlarlo. Su razonamiento es: como la ley penal es constitucionalmente más intromisiva, afecta de modo peculiar a bienes y derechos constitucionales, han de ser más intensos sus límites y más exigente la labor de control de la jurisdicción constitucional. Y así, “en la perspectiva institucional propia de la delimitación de las funciones respectivas del legislador penal y de este Tribunal Constitucional, debe precisarse [...] que la propia Constitución, lejos de someter la acción del legislador a los mismos límites sustantivos con independencia del objeto sobre el que ésta se proyecte o del tipo de decisiones que incorpore, contempla límites más exigentes en el caso de las normas penales que en el de otras decisiones de aquél, debido, precisamente, al alcance de los efectos que de aquéllas se derivan, puesto que cuanto más intensa sea la restricción de los principios constitucionales y, en particular, de los derechos y libertades reconocidos en el texto constitucional, tanto más exigentes son los presupuestos sustantivos de la constitucionalidad de la medida que los genera” (FJ 7).

Posiblemente este contrapunto ilustre bien las dos sensibilidades que preponderan en el control constitucional de la ley penal. La ley penal es muy incisiva en ciertos derechos individuales y por eso, ya desde las propias palabras del texto constitucional (arts. 9.3, 24.2 y 25 CE) y no sólo por inferencia de sus valores y principios, está sometida a requisitos formales (de rango, de precisión, de irretroactividad) y materiales (fundamentalmente de proporcionalidad) más rigurosos que otro tipo de leyes⁵². Ello sentado, y el Tribunal Constitucional lo ha sentado con rigor a partir de la Constitución, los controles más graduables y en tal sentido más discrecionales para la jurisdicción constitucional (como los de proporcionalidad y precisión, por ejemplo) han operado con mesura, conscientes de la diversidad de variables con la que opera la legislación penal y la importancia social de que alcance sus objetivos.

4.3. La razón, pues, de la deferencia del Tribunal Constitucional frente al legislador parece pues una sincera razón de convicción, de comprensión constitucional, ligada, por un lado, a su más débil legitimación democrática, y, por otro, a los riesgos de control intromisivo que derivan del amplio margen de actuación que deparan los principios: que derivan de la

⁵² El garantismo que rodea la ley penal tiene también expresión en la interpretación y en la aplicación de la ley. Frente al canon general de control de la tutela judicial efectiva, es mucho más riguroso el derivado de la legalidad penal; frente al límite general del error patente, emerge en la constatación de los hechos penal el mucho más riguroso derivado de la presunción de inocencia. Para ello, véase LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, 2008, pp. 132 y ss.

discrecionalidad en la fijación de un límite mínimo de respeto en un *sortes*⁵³, en un *contínuum*.

Con esa razón converge una importante razón pragmática para la deferencia con el legislador en materia penal, que es la de los **inconvenientes** - medibles también en términos de axiología constitucional - **que supone la anulación de una norma penal**. Ninguno, desde luego, si la norma es enteramente inconstitucional. Si pena, por ejemplo, las relaciones homosexuales o el ejercicio del derecho de huelga. O la negación del genocidio (STC 235/2007). En tales casos saludaremos tanto el final de la norma como que su nulidad despliegue sus magníficos efectos retroactivos: que permita “revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada” si se trata de “procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un procedimiento sancionador en que, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulte una reducción de la pena o de la sanción o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad” (art. 40.1 LOTC).

El problema se presentará cuando la constitucionalidad no sea, permítaseme la expresión, “**plena**”. Cuando subsista un núcleo correcto de la punición y por lo tanto de la protección. Cuando, por ejemplo, lo que grave el precepto sea lo elevado del umbral mínimo de la pena (STC 136/1999, respecto al delito de colaboración con una organización o grupo terrorista), o lo indeterminado de su descripción (que era por o que se impugnaba en el delito de tenencia ilícita de armas: STC 24/2004). En estos casos declarar la inconstitucionalidad y la nulidad del precepto significará proceder a una despenalización inconveniente⁵⁴. Equivaldrá a dejar provisionalmente bienes esenciales - bienes directa o indirectamente constitucionales - a la intemperie y a anular definitivamente condenas plenamente justificadas, con el deterioro preventivo que ello supone: se anulará la condena tanto del que intentó emitir un video de ETA como del que entrenaba a los terroristas, tanto del que tenía una navaja automática (art. 4.1.f del Reglamento de Armas) como del que almacenaba misiles en el sótano de su casa (art. 6.1.f del Reglamento de Armas).

Una alternativa en estos casos a la desestimación forzada sería la estimación con nulidad diferida de la norma. Lástima que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional no recogiera expresamente esta posibilidad, tal como preveía su proyecto⁵⁵.

El mismo problema plantearán los preceptos penales injustificadamente desigualatorios o discriminatorios. Piénsese en las consecuencias de la nulidad del delito de impago de prestaciones familiares impugnado en la STC 67/1998 -, con el añadido de que en estos casos el problema no radicaba en eliminar una penalización injusta: la tacha de

⁵³ Del griego *sortos*: montón. A la paradoja del *sortes*, atribuida a Eubulides de Mileto, se llega cuando se trata de determinar la existencia de un montón de trigo.

⁵⁴ LÓPEZ BOFILL califica estos efectos de “demoledores” (véase LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, 2004, p. 318; véase también FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, 2002, pp. 141 y ss.).

⁵⁵ Art. 39.1: “Cuando la sentencia declare la inconstitucionalidad, declarará igualmente la nulidad de los preceptos impugnados o cuestionados. No obstante, motivadamente y para preservar los valores e intereses que la Constitución tutela, la sentencia podrá declarar únicamente la inconstitucionalidad o diferir los efectos de la nulidad por un plazo que en ningún caso será superior a tres años”.

inconstitucionalidad lo es por comparación y se puede salvar tanto penalizando la conducta que no lo está como despenalizando la que está penada, decisión esta que sólo al legislador compete.

4.4. Sea por razones puras de deferencia, sea por las desventajas objetivas que para los fines del ordenamiento penal comportan las sentencias de nulidad, no es de extrañar que el convencimiento estimatorio del Tribunal en relación con un recurso o una cuestión de inconstitucionalidad haya terminado encauzándose en ocasiones a través de una fórmula de conservación del enunciado penal, siquiera sea recortando su contenido normativo⁵⁶. El recurso a una **sentencia interpretativa**⁵⁷ se ha producido en tres ocasiones: con la tenencia de útiles para el robo, con la tenencia ilícita de armas y con la justificación del genocidio.

Son en realidad pocas, porcentualmente la mitad de las que se dictan en general⁵⁸. Y es que hay un fuerte contrapeso que desalienta su dictado: en un ámbito con acendradas necesidades de seguridad no es en absoluto deseable que el área normativa quede fijada no sólo por un enunciado legal casi siempre codificado sino también por lo que afirme el fallo de una sentencia del Tribunal Constitucional⁵⁹. Este desmedro de la seguridad jurídica encuentra algún consuelo en el hecho de que se trata de recortes del tipo penal a la baja: de que se tratará en su caso de una sorpresa normativa favorable a quien pueda verse imputado, acusado o penado⁶⁰. Es más: sólo ello hace que se trate de una técnica

⁵⁶ Se trata, según LÓPEZ BOFILL, de “una estrategia de elisión del conflicto de constitucionalidad, sea minimizando la controversia con el legislador [...], sea edulcorando las consecuencias destructivas de la declaración de inconstitucionalidad y de nulidad” (LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, 2004, p. 265). Además, “con esta ingeniosa estrategia, los jueces de constitucionalidad imputan al legislador su propia interpretación de la ley constitucionalmente adecuada [...] Los Tribunales vienen a decir: `esta es la interpretación de los preceptos legales que el legislador estima al tener en cuenta los mandatos constitucionales, cuya exégesis nos corresponde a nosotros con carácter supremo” (p. 279).

⁵⁷ LÓPEZ BOFILL las define como “sentencias en las que se declara la constitucionalidad del precepto legal enjuiciado pero en las que se subordina el contenido normativo de la ley a la interpretación que el Tribunal Constitucional entiende adecuada a la Constitución” (LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, 2004, p. 20; véase también, DÍAZ REVORIO, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, 2001, pp. 25 y ss., 29: “en sentido estricto sólo será sentencia interpretativa la que [...] contenga un fallo que, afectando al contenido normativo de un precepto legal, deje inalterado su texto”). Una de las más poderosas razones para su dictado, según LÓPEZ BOFILL, como alternativa a la nulidad de las disposiciones legales impugnadas “no se debe tanto a la protección de un Derecho Fundamental sino a la necesidad de mantener la sanción penal (o administrativa) sobre una determinada conducta pese al Derecho Fundamental” (p. 317). Para la distinción entre “interpretación conforme a la Constitución” y el “desarrollo del Derecho conforme a la Constitución (que rebasa el sentido de la ley), véase KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012, pp. 37 y s.

⁵⁸ Véase *supra* nota 51. La utilización de sentencias interpretativas por parte del Tribunal Constitucional alemán puede consultarse en KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012, pp. 43 y ss.

⁵⁹ Pues en todas estas decisiones el Tribunal “altera el contenido normativo de la ley”. En todas estas decisiones “aporta algo `nuevo` a la comprensión de la ley que no estaba anteriormente”. Por ello, según LÓPEZ BOFILL la utilización de este recurso “debería ser proporcionada a la preservación de otros bienes jurídicos cuya protección penal encuentre alguna raigambre en términos constitucionales” (LÓPEZ BOFILL, *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, 2004, p. 21, 320).

⁶⁰ DÍAZ REVORIO considera que en estos supuestos no se atenta contra el principio de legalidad (DÍAZ REVORIO, *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, p. 222). KUHLEN admite también las sentencias de desarrollo del Derecho Penal de conformidad con la Constitución si resultan favorables al destinatario de la norma (KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012, pp. 96 y s.).

eventualmente aceptable, de mayores logros que inconvenientes constitucionales, y que tal técnica se torne inaceptable si el recorte normativo tiene un significado penalizador - por ejemplo, porque se interprete restrictivamente una circunstancia atenuante o eximente -.

Sólo en uno de los tres supuestos en los que el Tribunal ha recurrido a esta técnica en materia penal parece haber sido plenamente sensible a los problemas de seguridad que la misma plantea para **paliarlo en lo posible con un fallo nítido**⁶¹. Es el caso de la STC 105/1988, única de las tres que es formalmente estimatoria: declara inconstitucional el art. 509 del Código Penal *“en cuanto se interprete que la posesión de instrumentos idóneos para ejecutar el delito de robo presume que la finalidad y el destino que les da su poseedor es la ejecución de tal delito”*. Opuesto en su virtud a este fallo es el de la STC 235/2007: el fallo se remite al fundamento jurídico 9, que a lo largo de casi mil doscientas palabras viene a decir algo bastante complejo: que el tipo es constitucional si se interpreta como incitación directa o indirecta a la comisión del delito de genocidio, con la cautela además *“de que no se entienda incluida en ella la mera adhesión ideológica a posiciones políticas de cualquier tipo”*.

Las sentencias interpretativas en materia penal generan, en fin, una complicación añadida, que es la de la **complejidad de sus efectos revisores**. No se trata sin más de anular los efectos punitivos de una ley declarada inconstitucional, sino de analizar caso por caso si la condena dictada lo era en virtud del contenido normativo excluido del enunciado *ex*

La despenalización afecta también a la seguridad jurídica, pero de un modo relevantemente menos intenso. Lo hace, en primer lugar, porque la despenalización delimita negativamente la penalización: porque la cognoscibilidad de lo que ya no resulta penado es cognoscibilidad de lo que sigue resultando penado Y lo hace también, en segundo lugar, porque las normas penales no sólo restringen la libertad con prohibiciones y amenazas, sino que lo hacen para prevenir comportamientos nocivos y así proteger bienes jurídicos. Las normas penales son instrumentos de protección de los principales bienes sociales y en tal sentido forma parte de la seguridad jurídica el conocimiento de tal protección, que es previsibilidad de la conducta ajena en la que podemos resultar implicados. Forma parte de la seguridad jurídica el conocimiento de que los otros no pueden lesionarnos, insultarnos o allanar nuestros ficheros informáticos, y que esa prohibición no es una prohibición cualquiera, sino que es la más contundente de las posibles: que es una prohibición penal. Cabe referirse en realidad a una comprensión amplia y otra más estricta de la seguridad jurídica. Según la primera, la seguridad jurídica es cognoscibilidad de lo reglado y previsibilidad de las consecuencias que las reglas públicas asignan a los comportamientos de los ciudadanos. Al hilo de una segunda acepción habitual de lo seguro como lo libre de “peligro, daño o riesgo”, cabe diferenciar dentro de la seguridad un contenido insoslayable, no sometible a otros valores o intereses, que es el constituido por la previsibilidad para los ciudadanos de las consecuencias jurídicas de sus comportamientos que sean relevantemente negativas para ellos.

⁶¹ Creo que sería también conveniente que el Tribunal explicitara sus criterios de interpretación de la ley cuestionada, al menos cuando emprende tan genérica tarea y no responde a la concreta cuestión de la constitucionalidad de una norma derivada de un enunciado. Con un ojo puesto en sus propias exigencias mínimas a la interpretación judicial penal (por todas, STC 137/1997; en detalle: LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, 2009 pp. 103 y ss.; 229 y ss., parece que la reflexión debe vertebrarse con las siguientes pautas: a partir de lo semánticamente posible y de lo metodológicamente consolidado, debe delimitarse lo axiológicamente aceptable desde la perspectiva constitucional. Sobre la cuestión de los límites de la jurisdicción constitucional en la interpretación de la ley penal, véase KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012, pp. 35 y ss.

También creo que el Tribunal debe ser cuidadoso a la hora de determinar el ámbito de interpretación posible de la norma, huyendo de la tentación de delimitarlo a - o de indicar - la “mas constitucional”, cercenando la competencia exclusiva de los órganos judiciales para elegir la interpretación adecuada entre las diversas que sean conformes a la Constitución (véase KUHLEN, *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, 2012, p. 151).

*Constitutione*⁶²: por ejemplo, si la condena por justificación del genocidio lo ha sido por una manifestación que no incitaba a la violencia o que constituía una mera adhesión política.

4.5. A singulares dificultades se enfrenta tanto el análisis como el posible sentido estimatorio de una sentencia de control de una **ley despenalizadora**. Con ellas se va a volver a topar el Tribunal en breve al hilo de la impugnación de la despenalización de ciertos supuestos de aborto consentido. En estos casos el Tribunal no reprocha al legislador lo que ha hecho y procede rutinariamente a su enmienda con un simple tachón en el ordenamiento. Si es que puede hacerlo, a lo que procede el Tribunal es a indicar al legislador que lo que es inconstitucional es su omisión. Y que la consecuencia, potencialmente conflictiva en términos institucionales, es que actúe en un determinado sentido.

Se dirá que, como lo que se impugna es una ley despenalizadora, para la reparación constitucional del ordenamiento basta con anular ésta y mantener la ley que se suprimía. Pero, en primer lugar, no deja de resultar sorprendente que se trate de un mecanismo de depuración del ordenamiento que sólo pueda operar cuando el legislador “deshace” (despenaliza) y no cuando “no hace” (no pena). La pregunta es: ¿puede imponer la jurisdicción constitucional una penalización a pesar de que sólo podría hacerlo cuando lo que se impugne sea una norma despenalizadora pero no cuando el problema sea el de una inimpugnable ausencia de norma? Y, en segundo pero principal lugar, **el resultado final es la vigencia de una ley** – la que penaba y ahora vuelve a penar – **sin legislador**: una ley que nadie quiere, que ya nadie sostiene.

Todavía una dificultad, ahora de análisis, del enjuiciamiento constitucional de las leyes despenalizadoras. El propio contenido del control que el Tribunal se ve abocado a realizar despierta alguna suspicacia en torno a las potestades del mismo. La pregunta ahora es **si puede imponer una penalización a pesar del complejo juicio de necesidad**, de protección última, de *ultima ratio*, **que comporta la pena**. Si ya se mira con recelo que en el juicio de proporcionalidad de una norma penal, en el análisis de necesidad, el Tribunal compare la norma impugnada con otras normas hipotéticas, de cara a señalar que no existe otra de similar eficacia pero de menor intensidad coactiva, ese recelo puede incrementarse si el punto de partida es una norma inexistente. Perdónese el juego de palabras: la pregunta es si, al igual que puede afirmarse con mil cautelas que una norma penal existente es innecesaria, puede afirmarse desde la jurisdicción constitucional que una norma penal inexistente es necesaria.

⁶² A esta tarea se opuso inicialmente el Tribunal Supremo, con reproche del Tribunal Constitucional. Véase STC 150/1997. Debe reseñarse que el recorte normativo (el intrusismo profesional se refería sólo a profesiones que requerían título académico en el art. 321.1 del Código Penal anterior) no se explicitaba en el fallo y que se afirmaba en una sentencia de amparo (aunque de Pleno).

5. Resumen

¿Qué índole tiene la función de control de constitucionalidad en materia penal?: ¿ha sido éste un control estricto, riguroso en la determinación de los límites de la política criminal y en la aplicación de esos límites a las normas penales cuestionadas?; ¿o cabe más bien decir que ha sido un órgano condescendiente con el legislador penal, bien a la hora de sentar las exigencias constitucionales, bien a la hora de aplicarlas? (puntos 1.1 y 1.2). Estas son las preguntas que trata de responder este artículo desde una perspectiva objetiva, al margen de su valoración política (pp. 1.3). Y para ello ha reparado en las veinticuatro sentencias de cabecera de control de ley penal (p. 2.1), ordenándolas, para su mejor percepción de conjunto, en siete grupos en función de su objeto: proporcionalidad de la pena; leyes de despenalización; principios de culpabilidad, igualdad y legalidad; mandato de resocialización; y otros derechos fundamentales (p. 2.2).

El Tribunal Constitucional ha sido un tribunal más bien estricto en el dibujo del marco constitucional penal: ha interpretado la Constitución como comprensiva de ciertos principios limitadores del legislador penal en cuanto garantes de valores constitucionales básicos y ha dibujado con cierto rigor su contenido en el marco de dicha interpretación. En cambio ha sido un tribunal más bien deferente en el juicio final de inclusión en dicho marco de las normas impugnadas: establecido un marco más reducido a la política criminal, en los concretos debates acerca del ajuste al mismo de normas de dudosa constitucionalidad – debates con argumentos fuertes en apoyo de ambas alternativas – la tendencia ha sido más la de la inserción que la de la exclusión (pp. 3.1 y 3.2).

El mejor ejemplo de las anteriores tendencias es la doctrina relativa al principio de proporcionalidad: es rigurosa en su contenido y en su raigambre constitucional, pero sitúa en un punto muy bajo el nivel de desapego inconstitucional al principio (pp. 3.3). Algo similar es lo que ha sucedido con el tratamiento del derecho a la legalidad penal, siquiera en sede de amparo (p. 3.4) y con el mandato de determinación (p. 3.5). No es ésta sin embargo la línea de actuación que sigue el Tribunal con la prohibición de discriminación, en cuyo desarrollo no entra para resolver la impugnación de los preceptos penales que tipifican la violencia de género (p. 3.6).

De las veinticinco normas penales seriamente impugnadas sólo seis a la sazón vigentes han sido declaradas inconstitucionales (p. 4.1). El Tribunal se muestra así deferente hacia el legislador en la práctica, y lo expresa reiteradamente (p. 4.2). Además de razones de convicción, existen razones prácticas para tal deferencia. La primera de ellas está constituida por los inconvenientes de desprotección de bienes constitucionales que comporta la anulación de una norma cuya inconstitucionalidad no sea plena (p. 4.3). Tampoco la elusión de la desestimación a través de sentencias interpretativas está exenta de inconvenientes de inseguridad jurídica (p. 4.4). A singulares dificultades se enfrenta, en fin, tanto el análisis como el posible sentido estimatorio de una sentencia de control de una ley despenalizadora (p. 4.5).

6. *Tabla de sentencias*

<i>Tribunal Constitucional Pleno</i>	<i>Fecha</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC 11/1981	8 de abril	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 53/1985	11 de abril	Gloria Begué Cantón / Rafael Gómez-Ferrer Morant
STC 160/1986	16 de diciembre	Luis López Guerra
STC 19/1988	16 de febrero	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 105/1988	8 de junio	Luis Díez-Picazo y Ponce de León
STC 150/1991	4 de julio	Luis López Guerra
STC 119/1992	18 de septiembre	Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
STC 89/1993	12 de marzo	Carlos de la Vega Benayas
STC 53/1994	24 de febrero	Julio Diego González Campos
STC 215/1994	14 de julio	Fernando García-Mon y González Regueral
STC 55/1996	28 de marzo	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 162/1996	17 de octubre	José Gabaldón López
STC 161/1997	2 de octubre	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 67/1998	18 de marzo	Pablo García Manzano
STC 136/1999	20 de julio	Carles Viver Pi-Sunyer
STC 120/2000	10 de mayo	Julio Diego González Campos
STC 24/2004	24 de febrero	Elisa Pérez Vera
STC 235/2007	7 de noviembre	Eugeni Gay Montalvo
STC 59/2008	14 de mayo	Pascual Sala Sánchez
STC 45/2009	19 de febrero	Jorge Rodríguez-Zapata Pérez
STC 127/2009	26 de mayo	Vicente Conde Martín de Hijas
STC 41/2010	22 de julio	Francisco Javier Delgado Barrio
STC 60/2010	7 de octubre	Francisco Javier Delgado Barrio
STC 101/2012	8 de mayo	Pascual Sala Sánchez

7. Bibliografía utilizada

Teresa AGUADO CORREA (1999), *El principio de proporcionalidad en Derecho Penal*, Edersa, Madrid.

Rafael ALCÁCER GUIRAO (2010), «El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional», en Santiago MIR PUIG y Joan QUERALT JIMÉNEZ (directores), *Constitución y principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, págs. 15 a 66.

Robert APEL/NAGIN Daniel S. (2011), *General Deterrence: A Review of Recent Evidence*, en WILSON/PETERSILIA (editores), "Crime and Public Policy", 4ª ed., Oxford University Press, págs. 411 a 436.

Carlos BERNAL PULIDO (2005), *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2º ed., CEPC, Madrid.

Norberto DE LA MATA BARRANCO (2007), *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Francisco Javier DÍAZ REVORIO (2001), *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*, Lex Nova, Valladolid.

José Luis DÍEZ RIPOLLÉS (2008) «El control de constitucionalidad de las leyes penales», en GARCÍA VALDÉS (coordinador), *Estudios penales en homenaje a Enrique Gimbernat, I*, Edisofer, Madrid, págs. 221 a 262.

Víctor FERRERES COMELLA (2002), *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, Civitas, Madrid.

Antonio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA (1984), *Estudios penales*, Bosch, Barcelona.

-EL MISMO (1992), «La prevención del delito en un Estado social y democrático de Derecho», *Estudios Penales y Criminológicos*, XV, 1992, págs. 79 a 98.

Esperanza GÓMEZ CORONA (2009), «El control de constitucionalidad de la ley en España. Análisis de la jurisprudencia constitucional», *Revista de Derecho Político*, 74, 2009, pp. 261 a 288.

Fernando GÓMEZ POMAR/ORTIZ DE URBINA GIMENO Íñigo (2005), *Chantaje e intimidación: un análisis jurídico-económico*, Civitas, Madrid.

Markus GONZÁLEZ BEILFUSS (2003), *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Aranzadi, Pamplona.

Susana HUERTA TOCILDO (2008), «El derecho a la legalidad penal», en CASAS BAAMONDE/RODRÍGUEZ-PIÑERO (directores), *Comentarios a la Constitución Española*, Wolters Kluwer, Madrid, págs. 727 a 747.

Lothar KUHLEN (2012), *La interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*, Marcial Pons, Madrid.

Juan Antonio LASCURAÍN SÁNCHEZ (1998), «La proporcionalidad de la norma penal», *Cuadernos de Derecho Público*, 5, págs. 159 a 189.

-EL MISMO (2005), «Por un Derecho Penal sólo penal: Derecho Penal, Derecho de medidas de seguridad y Derecho Administrativo sancionador», en BAJO FERNÁNDEZ/JORGE BARREIRO/SUÁREZ GONZÁLEZ, *Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*, Thomson Civitas, Pamplona, págs. 587 a 625.

-EL MISMO (2009), *Sólo penas legales, precisas y previas: el derecho a la legalidad penal en la jurisprudencia constitucional*, Aranzadi, Pamplona.

Steven D. LEVITT (2004), «Further Evidence that Legalized Abortion Lowered Crime: A Reply to Joyce», *Journal of Human Resources*, 2004, 39, 1, págs. 29 a 49.

-EL MISMO (2004), «Understanding why crime fell in the 1990s: four factors that explain the decline and six that do not», en *Journal of Economic Perspectives*, 18, vol. 1, 2004, págs. 163 a 190.

Gloria Patricia LOPERA MESA (2006), «Principio de proporcionalidad y ley penal», CEPC, Madrid.

Héctor LÓPEZ BOFILL (2004), *Decisiones interpretativas en el control de constitucionalidad de la ley*, Tirant lo Blanch, Valencia.

Santiago MIR PUIG (1994), *El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho*, Ariel, Barcelona.

-EL MISMO (2011), *Bases constitucionales del Derecho Penal*, Iustel, Madrid.

Santiago de OTTO Y PARDO (2010), «El principio de igualdad en la Constitución española», en EL MISMO, *Obras completas*, Universidad de Oviedo, CEPC, Oviedo-Madrid, págs. 1445 a 1470.

Paul H. ROBINSON (2012), *Principios distributivos del Derecho penal*, Marcial Pons, Madrid.

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO (2002), *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid.

Isabel SÁNCHEZ GARCÍA (1994), «El principio constitucional de proporcionalidad en el Derecho Penal», *La Ley*, 1994, vol. 4, págs. 114 a 1124.

Andrew VON HIRSCH (1998), *Censurar y castigar*, Trotta, Madrid.