

DERECHO CONSTITUCIONAL Y DERECHO PENAL

La transición política española, y la consecuente proclamación de la Constitución Española de 1978 (en adelante “CE”), tuvo efectos más allá de la esfera política, configurando un ordenamiento jurídico acorde con el nuevo Estado social y democrático de Derecho que obligó a plantearse, entre otras, la función que el Derecho Penal debería asumir a partir de entonces y proyectando la elaboración de un nuevo Código Penal (en adelante “C.P.”) acorde con todos estos planteamientos. Derivado de lo anterior, el Derecho Penal no es ya un elemento opresor, un instrumento en manos de un grupo político dominante, sino una herramienta al servicio de una sociedad pluralista que posibilita el ejercicio pleno de todas libertades reconocidas en la Constitución.

Por lo que se refiere al entendimiento de la Constitución como norma, nos hallamos con que la Constitución y el resto del Derecho analizado como Derecho constitucional ocupan un triple y diferente papel¹: por un lado, forman en sí mismo un sistema propio; por otro configuran la totalidad del sistema jurídico; finalmente y en tercer lugar son parte integrante de ese mismo sistema general. De esta triple vertiente, podemos considerar la CE como norma suprema y núcleo del ordenamiento jurídico, componiéndose y configurándose como un sistema de principios que se extienden más allá de su propio marco normativo.² En este sentido, no podemos entender las ramas del derecho como ámbitos aislados e independientes entre sí, teniendo que adecuarse cada una de ellas a las exigencias constitucionales derivadas de la consideración de la CE como norma inspiradora del ordenamiento.

No escapa a nadie el hecho de que el Derecho Penal es, en esencia, un garante de aquellos derechos y libertades que más íntimamente se relacionan con el ser humano y es, en calidad de esta garantía, que el Derecho Constitucional tiene que manifestarse con mayor claridad y profusión a la hora de inspirar las pautas a tener en cuenta en todo proceso penal. La persona humana procesada es incorporada al proceso en notoria desigualdad para defender su libertad con relación al Estado. No hay duda de que en la pugna señalada subyace íntimas y esenciales vinculaciones de orden constitucional, por ello es claro que el Derecho Penal se encuentra indisolublemente ligado a la Constitución.

Tal y como queda reflejado en la exposición de motivos del actual CP, éste define los “*delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal*”. Fruto de esta consideración y como ejemplo de la estrecha vinculación antes mencionada, no son pocos los que se aventuran a considerar el CP como una especie de “Constitución negativa”, en tanto en cuanto su lugar preeminente en el ordenamiento jurídico deriva del reflejo del poder coactivo del Estado a través de la imposición de penas criminales. Es precisamente esta legitimación del poder coactivo la que justifica la obligación de que el CP asuma la función de tutela de los valores y principios de la convivencia social. Tanto es así que el mismo CP, en su título XXI, recoge una serie de artículos destinados a tutelar aquellas conductas que más

¹ *La función del Derecho Constitucional*, de Miguel Ángel Aparicio Pérez (Colección: Atelier Constitucional), 2013.

² *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, de Gonzalo Rodríguez Mourullo (Monografías), 2002.

gravemente violentan el contenido de lo que también conocemos como “Carta Magna” o norma fundamental del Estado. Observamos, por tanto, que ya no hablamos únicamente de una estrecha relación entre dos ramas de nuestro ordenamiento, sino de un ejercicio de protección mutuo.

Más allá de consideraciones generales, la Teoría General del Delito presupone que sólo un comportamiento típico, antijurídico y culpable puede justificar la calificación como “delictiva” de una determinada conducta. Dicho en otras palabras, nos deberemos encontrar ante acciones que se encuentren expresamente detalladas como delito dentro de un cuerpo legal; que sean contrarias a Derecho o estén prohibidas por el Ordenamiento penal y, finalmente, que dichas acciones permitan reprochar una conducta consciente en relación a su antijuricidad.

En este sentido, todos estos presupuestos, que, en un principio parecen no augurar más que puras consideraciones teórico-formales, acaban reflejando, más bien, un conjunto de valores que están hondamente arraigados en la cultura jurídica contemporánea y que se encuentran proclamados en nuestra Constitución.

Por otra parte, no podemos entender el concepto de norma penal, sin atender a lo que es la pena. Así, y de nuevo desde un punto de vista puramente formal, la pena es la consecuencia jurídica esencial del delito ya caracterizado como comportamiento típico, antijurídico y culpable. No obstante, y adoptando una perspectiva más materialista, lo propio de la sanción, lo propio de la pena, es que mira simultáneamente hacia atrás (*quia peccatum*) y hacia adelante (*ne peccetum*)³. La pena se conmina y se impone, en su caso, en atención al hecho cometido, pero ha de aspirar a ser en todo caso útil y sólo conseguirá serlo si sirve a finalidades de prevención.

Hasta el momento hemos pretendido establecer o resaltar la estrecha vinculación existente entre el Derecho Constitucional entendido en sentido amplio y el Derecho Penal, sin embargo no debemos caer en la presunción de que ello suponga, como consecuencia, que sea el TC el encargado de definir o catalogar las normas y sanciones penales. El TC no hace ni tiene por qué hacer una teoría general de la pena, siendo su misión mucho más práctica, más concreta, controlando cuando así se le requiera que las penas que se prevén y que se imponen sean constitucionalmente legítimas, velando una vez más por que las sanciones penales se adecuen a los principios y valores constitucionales.⁴

No obstante, lejos de esta realidad abstracta, observamos como el recurso de amparo, como ejemplo paradigmático de esta “supuesta” labor de control y una de las principales competencias atribuidas por la Constitución al TC, no se traduce en una efectiva herramienta de protección de la legalidad penal. En este sentido, lo que en principio se constituye como una garantía procesal añadida al ciudadano para la defensa de los derechos y libertades reconocidos en los art. 14 a 29 y 30.2 CE, con la reforma de 2007 se introdujeron unos cambios que dificultan el acceso a esta tutela. De esta forma, con Ley Orgánica 6/2007 de 24 de mayo, se modificó dos de sus artículos fundamentales, como son el art. 49 y el 50, relativos a la demanda de amparo y los requisitos de admisibilidad. Se expresa en la exposición de motivos de la LO 6/2007, que el nuevo sistema de admisión del recurso de

³ *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, de Gonzalo Rodríguez Mourullo (Monografías), 2002.

⁴ *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, de Gonzalo Rodríguez Mourullo (Monografías), 2002.

amparo exige del recurrente la alegación y acreditación de que el contenido de su recurso justifique una decisión sobre el fondo por parte del Tribunal Constitucional, como consecuencia de su especial trascendencia constitucional (artículos 49.1 y 50.1 b, LOTC). Por ello, si a juicio del tribunal, no se entiende justificado esta “especial trascendencia constitucional”, su admisión a trámite será desestimada (art. 50.1 LOTC).

El Pleno del Tribunal dictó la primera sentencia sobre la aplicación de este nuevo requisito el día 25 de junio de 2009, y concretó en qué circunstancias podía concurrir: a) los que constituyen un caso novedoso; b) aquellos que den la posibilidad de cambiar de doctrina al Tribunal; c) los asuntos en los que la vulneración denunciada tenga su origen en una ley u otra norma de carácter general; d) supuestos en los que la vulneración se produzca por una interpretación de la ley contraria a la Constitución y que el Tribunal considera que se debe corregir; e) cuando la doctrina aplicable al caso concreto está siendo incumplida con carácter general, o existan resoluciones judiciales contradictorias sobre ese derecho; f) los casos donde un órgano judicial se niegue de modo manifiesto a acatar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional; g) los asuntos que trasciendan del caso concreto (STC 155/2009, FJ 2).⁵

La ambigüedad del novedoso término en cuestión, concede al tribunal un extraordinario poder de selección de los amparos cuyo análisis estime por conveniente para lograr los propósitos que indica el nuevo artículo 50.1 b) LOTC⁶.

De esta forma, con la nueva redacción de los mencionados arts. 49 y 50, con la introducción del requisito de justificación de “la especial trascendencia constitucional del recurso” se ha producido una objetivación de los requisitos de admisión del recurso de amparo, lo que dificulta enormemente las admisiones a trámite. Un ejemplo claro de ello, es la realidad que se refleja en la Memoria del Tribunal Constitucional que se publicó en 2015, en la que se pone de manifiesto que solamente se admitieron un 1% de los recursos de amparo presentados ante este Tribunal, y que el 50% de éstas, fueron del orden penal.⁷

De todo lo dicho hasta el momento, podemos afirmar que son precisamente una serie de principios los que contribuyen a concretar de manera definitiva y a canalizar hacia normas jurídicas los valores constitucionales. Dichos principios pueden resumirse en el principio de legalidad, de proporcionalidad y el de dignidad humana y se dirigen al propio legislador para delimitar su arbitrio a la hora de establecer la pena de un delito. Esto se debe al hecho de que el legislador penal no es absolutamente libre en la fijación de marcos penales y es precisamente la doctrina y la jurisprudencia constitucional la que fija estos límites, límites que son los propios de un Estado de Derecho respetuoso con la idea de justicia y dignidad de la persona.

Así, el principio de legalidad, expresamente reconocido en la mayoría de las Constituciones europeas, constituye una garantía básica de todo ciudadano en un Estado de Derecho y que puede resumirse en la locución latina de “*nullum crime nula poena sine previa lege penale*”.

Se exige, por tanto, no sólo que las conductas delictivas estén descritas previamente en la ley con suficiente precisión o determinación, sino también que las penas de los delitos estén

⁵ *El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma. Por Ana Espinosa Díaz, IN DRET.*

⁶ *La reforma del recurso de amparo en la ley orgánica del tribunal constitucional español: perspectivas de su funcionalidad frente a las leyes, de Alfonso Herrera García.*

⁷ Diario Expansión.

previstas en la ley y sean determinadas. En palabras del TC (STC 142/1999⁸), “el principio de legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, implica que la definición de los hechos que son constitutivos de delito y la concreción de las penas que corresponden a tales delitos, corresponde al legislador (STC 26/1994)”.

Una de las muestras de la estrecha relación entre derecho constitucional y derecho penal y parte esencial del principio de legalidad, que deriva también del valor de la seguridad jurídica, es la proclamación de la irretroactividad penal desfavorable. La retroactividad penal favorable se revela como un imperativo de la justicia, como una consecuencia del principio de proporcionalidad.

La posición jurisprudencial del TC en relación al rango de postulado de retroactividad penal favorable puede calificarse de dubitativa. Es cierto que ha negado reiteradamente que el mismo forme parte del contenido del art 25.1 CE y que, por lo tanto, sea invocable en amparo como parte de un derecho fundamental. No obstante, ha afirmado que “que la configuración de un derecho fundamental a la aplicación de la ley penal más favorable podría, en su caso, encontrar apoyo suficiente merced una interpretación conjunta de los arts 9.3 y 17.1 de la CE (SSTC 8/1981 y 51/1985)”.

Seguidamente, en la CE el principio de humanidad de las penas está expresamente reconocido en el art. 15: “todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni penas inhumanas o degradantes”. Con este principio, se pretenden excluir del sistema penal aquellas sanciones que por su contenido resulten especialmente crueles o denigrantes para el sometido a ellas más allá del sufrimiento que suele llevar aparejadas la simple imposición de una condena.

Por último, unido a este principio de humanidad de las penas aparece el principio de proporcionalidad ya que solo la pena proporcionada a la gravedad del hecho cometido es humana y respetuosa con la dignidad de la persona.

El principio de proporcionalidad exige que exista proporción entre la gravedad de la pena y la gravedad del delito; que las penas sean proporcionadas a la entidad del delito cometido. Si bien en las constituciones actuales no se suele proclamar de forma expresa el principio de proporcionalidad la doctrina y la jurisprudencia en España lo consideran implícitamente consagrado en la Constitución y, así se entiende que, el principio de proporcionalidad, se deriva de otros principios constitucionales expresos, vinculándose, por ejemplo, con el precepto constitucional que configura a España como un “estado de derecho que propugna la justicia como valor superior de ese ordenamiento (art 1 CE) y con el que establece que la dignidad de la persona y los derechos que le son inherentes son fundamentos del orden político y la paz social (art 10 CE)”.

La jurisprudencia constitucional en torno al principio de proporcionalidad de la pena, una vertiente de aplicación del principio de proporcionalidad con identidad propia, resume por sí sola las principales dificultades de la aplicación del control de proporcionalidad en sede constitucional. En la STC 136/1999⁹ el Tribunal, por primera vez, declaró la inconstitucionalidad de una norma penal por imponer una pena desproporcionada (más precisamente,

⁸ STC142/1999, de 22 de julio de 1999.

⁹ Sentencia 136/1999, de 20 de julio de 1999. Recurso de amparo 5.459/1997

por no permitir al juez imponer una pena inferior a la mínima fijada, que se consideró en las circunstancias del caso, excesiva). Sin entrar en las críticas que suscitó la argumentación de la Sentencia, lo cierto es que el Tribunal no ha vuelto a declarar una inconstitucionalidad por desproporción de la pena y cuando algún juez ha planteado, vía cuestión de inconstitucionalidad, una conclusión de este tipo, el Tribunal no ha encontrado buenas razones para neutralizar o interferir en la política penal del legislador (SSTC 49/200938, 60/201039) y ello, aun cuando no sea descartable –por ejemplo, a la vista del derecho comparado que hubieran podido ponerse en práctica otras medidas menos incidentes en los derechos.

Por otra parte, no podemos valorar la trascendencia de estos principios sin atender a su incidencia en el proceso penal. No escapa a nadie que los principios del proceso penal están particularmente ligados con los derechos fundamentales relativos al proceso, y es, en este sentido, lo que legitima que exista una verdadera política constitucional procesal en torno no sólo al Derecho penal sustantivo sino al Derecho procesal penal.

Pensemos que una sociedad democrática como la nuestra debe fijarse como objetivo final la creación de un proceso modelo, o, dicho de otro modo, la ordenación de actuaciones procesales regidas por pautas de imparcialidad, objetividad, publicidad y justicia. De nuevo es necesario reiterarse en la idea de que un sistema procesal jurídicamente aceptable exige el respeto a los principios y garantías que establece el sistema para controlar la potestad punitiva del Estado.

El proceso penal es la realización del derecho penal. Por ello, no ha de extrañar la permanente preocupación de los juristas por un adecuado desarrollo y efectividad de las garantías del proceso penal. En palabras de Roxin, ya se apuntaba en este sentido: *“el derecho procesal penal es el sismógrafo de la Constitución”*.¹⁰ Pues bien, en España, los dos altos tribunales (Supremo y Constitucional), se han pronunciado sobre esta necesaria sensibilidad constitucional por lo valores superiores (art 1.1 CE) y por los derechos fundamentales de forma considerable.

Dichas garantías procesales pueden resumirse en la exigencia de motivación (STC 25/2000¹¹: “la resolución ha de contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión”); derecho a la congruencia (STC 278/2006¹²: “la misma se mide por el ajuste o adecuación entre lo resuelto y los términos en que las partes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera tal que no puede la sentencia otorgar más de lo que se hubiera pedido en la demanda, ni menos de lo que hubiera sido admitido por el demandado, ni otorgar otra cosa diferente, que no hubiera sido pretendida”); derecho de acceso al proceso (STC 94/2001¹³: “la primera nota esencial del derecho a tutela judicial que han de cumplir los tribunales es la de posibilitar el libre acceso de las partes al proceso; derecho de defensa contradictorio (STC 114/2000¹⁴: “el derecho a la tutela judicial efectiva garantizado en el art.24 CE incorpora como contenido esencial la exigencia de que no se produzca indefensión, lo cual significa que en todo proceso debe respetarse el derecho de defensa contradictorio de las

¹⁰ Colección estudios penales: *Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal (Las garantías del Proceso Penal)*, de Manuel Jaén Vallejo (Dykinson, 2002).

¹¹ STC 25/2000, de 31 de enero de 2000. Recurso de amparo núm. 2768/97.

¹² STC 278/2006, de 25 de septiembre de 2006. Recurso de amparo núm. 7222-2004

¹³ STC 94/2001, de 2 de abril de 2001. Recurso de amparo núm. 1825/99

¹⁴ STC114/2000, de 5 de mayo Recurso de amparo núm. 441/97

partes mediante la oportunidad de alegar y probar procesalmente sus derechos e intereses”); derecho a la ejecución e inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes (STC 112/1999¹⁵: “el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva impide que los órganos judiciales puedan modificar o revisar sus resoluciones firmes al margen de los supuestos y cauces procesales taxativamente previstos en la Ley”).

En virtud de todo lo expuesto, podemos concluir afirmando la existencia de lo que podría conocerse como un Derecho penal constitucionalizado, o, en otras palabras, un derecho penal profundamente condicionado por su necesaria adecuación a los principios sancionadores proclamados en la Constitución. Por otra parte, ya se ha mencionado en reiteradas ocasiones el fenómeno por el cual el ordenamiento jurídico se constituye por un conjunto de ramas conectadas entre sí. Consecuencia de esta conexión, nos encontramos con que el derecho penal actúa, a su vez, como límite del derecho constitucional, de manera que el contenido del derecho penal condiciona el ejercicio de los derechos constitucionales.

BIBLIOGRAFIA

Delito y pena en la Jurisprudencia Constitucional, de Gonzalo Rodríguez Mourullo (Primera Edición, 2002) – CIVITAS.

Justicia penal y derechos fundamentales, de Enrique Bacigalupo (Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales, S.A. Madrid 2002).

La función del Derecho Constitucional, de Miguel Ángel Aparicio Pérez (Colección: Atelier Constitucional).

Colección estudios penales: Tendencias actuales de la jurisprudencia constitucional penal (Las garantías del Proceso Penal), de Manuel Jaén Vallejo (Dykinson, 2002).

El recurso de amparo: problemas antes, y después, de la reforma, de Ana Espinosa Díaz (IN DRET).

La reforma del recurso de amparo en la ley orgánica del tribunal constitucional español: perspectivas de su funcionalidad frente a las leyes, de Alfonso Herrera García.

¹⁵ STC 112/1999, de 14 de junio de 1999. Recurso de amparo 1.523/1996