

**“La sentencia del Tribunal Constitucional 18/2024 de 31 de enero. ¿Hacia una nueva instancia en el orden penal?”**

**Per**

**Maria José Magaldi Paternostro**

**Comunicació per l'Acadèmia llegida en sessió ordinària de data 22 d'octubre de 2024**

**I.- Planteamiento: breve referencia al alcance actual del principio de legalidad en materia penal. 1.- Jurisdicción ordinaria versus Justicia constitucional: los Jueces y Tribunales como interpretes exclusivos de la Ley penal**

Es un hecho que el principio de legalidad cuyo origen tal como lo conocemos se vincula al nacimiento del Estado de Derecho y que halla su expresión formal tradicional en el aforismo *lex previa, scripta, stricta* (mandato de determinación), alcanza hoy una nueva dimensión al ser elevado a derecho fundamental (CE, arts. 9.3 y 25, art 49.3 Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea y art 7 CEDH) que le dota de un contenido material cristalizado en el respeto que legislador y jurisdicción deben a los principios y valores constitucionales; nueva dimensión que ha permitido a la doctrina hablar de una flexibilización del principio de legalidad y a la jurisprudencia constitucional, no solo sobre el cumplimiento del principio en su doble contenido por parte del legislador penal a través del recurso de inconstitucionalidad, sino también por parte de los Jueces y Tribunales en la aplicación del Derecho Penal a través del recurso de amparo.

Esta llamada flexibilización ha incidido esencialmente en el mandato de determinación que se ha dotado de un contenido material que perfila el tradicional aspecto formal de concisión y claridad de los tipos penales en el sentido de que las infracciones penales y sus consecuencias sean previsibles para los ciudadanos y las sanciones asociadas a su comisión sean proporcionadas a efectos de garantizar la seguridad jurídica e igualdad de aquellos, de conformidad con los valores constitucionales(art. 9.3 CE). De este modo, el principio de legalidad deviene garantía efectiva del ciudadano.

Obviamente, habida cuenta de que la costumbre no es fuente del Derecho Penal sino la Ley ( y LO) y de que las cuestiones derivadas de la exigencia de *lex previa* ,concretadas en el binomio irretroactividad de la ley penal

desfavorable/ retroactividad de la ley penal más favorable, difícilmente se plantean en el ámbito de la jurisdicción ordinaria, centraré mi interés en la exigencia de *lex stricta* o mandato de determinación que, desde la perspectiva actual, no solo se dirige al legislador y le conmina a definir del modo más preciso posible los tipos penales sino también al Juez llamado a aplicarlos. Y ello porque las leyes penales no son letra muerta o un brindis al sol sino mandatos y prohibiciones que se dirigen a los ciudadanos, a los sometidos a su *imperium* y a los jueces *únicos intérpretes oficiales de las mismas*, hasta el punto de que sus decisiones, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, “*complementarán el ordenamiento jurídico*” (art. 1.6 CC), extremo que ha provocado importantes discusiones acerca de su alcance.

El artículo 117 de la CE significa tanto como que solo a la jurisdicción ordinaria compete la interpretación y aplicación de la ley y que la ley dice lo que el Juez dice que dice, mientras que, al Tribunal Constitucional, órgano político que actúa con criterios jurídicos, compete la trascendental función de velar por la constitucionalidad de las leyes a través del recurso de inconstitucionalidad y por la integridad de los derechos fundamentales a través del recurso de amparo.

Como decíamos, el TC carece, pues, de competencia para interpretar, dar sentido o definir lo que dice la ley penal sino sólo si su redacción o la interpretación que se ha hecho de ella vulnera algún derecho fundamental. Y, el objeto de este modesto trabajo es, precisame: comprobar si en los últimos tiempos esta nítida separación entre una y otra función, se cumple. Pero antes de entrar en la STC 18/2024 de 31 de enero, que apenas se publicó me suscitó inquietud jurídica por varios motivos que intentaré explicar, entiendo conveniente recordar los mecanismos y criterios de que dispone el Juez cuando es llamado a aplicar una ley penal:

1.- Es igualmente un hecho que, una vez los Jueces dejan de ser “*la bouche de la loi*” y se les reintegra la facultad de interpretar, la aplicación de las leyes requerirá una previa interpretación del precepto, es decir, dilucidar y acotar el significado, sentido, finalidad y límites de estas. Esta función es tanto más compleja en materia penal en cuanto a la prohibición del *non licet* (art. 1.7 CC) se suma el encorsetamiento de los tipos penales que delimitan el ámbito de la materia de prohibición y de sus consecuencias jurídicas (sanciones). Ante la coyuntura de aplicar un precepto a un caso concreto el Juez Penal dispone de diversos medios y mecanismos.:

a) Plantear una cuestión de inconstitucionalidad o hacer uso de lo establecido en el art. 4.2 y 3 del CP : *En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento, sobre ella.....,” Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la*

*pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”* como sucede en este caso según el TC.

Con tal mandato el legislador penal, de una parte, está reforzando la prohibición de la analogía (y de la retroactividad desfavorable) en el ámbito del derecho penal, ya recogida en el art.4.2 del Código Civil, y de otra, el respeto por parte del Juez penal al principio de legalidad: solo el legislador determina lo que es delito y cual es la pena que corresponde aplicar por su comisión.

b) Proceder a la aplicación del precepto interpretándolo, ateniéndose a los criterios de interpretación determinados en el art. 3.1 del CC, de conformidad con los principios y valores constitucionales, lo que supone afinar en los conceptos de previsibilidad (de sus decisiones) y de proporcionalidad de las consecuencias derivadas del acto delictivo con la gravedad del injusto cometido y aún con las condiciones del autor concreto en aras de la seguridad jurídica, plus material al inicial concepto formal del principio de legalidad. Y, desde luego con respeto a la jurisprudencia emanada del TC *“en toda clase de procesos”*, de la del TEDH y de la del TJUE.

c) El binomio interpretación/ aplicación deberá sustentar la decisión final del Tribunal (el fallo) que deberá constituir la consecuencia lógica de aquel, esto es, deberá ser motivada en Derecho (art 120 CC) como garantía ultima de la proscripción de la irracionalidad y de la arbitrariedad. La ausencia de motivación, su insuficiencia o la irracionalidad o arbitrariedad de esta, vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva que no otra cosa es que el derecho a obtener una resolución (favorable o desfavorable) objetivamente fundada en Derecho (art. 24 CE). Pero tal derecho no equivale a un derecho al acierto judicial o a obtener la resolución deseada por las partes.

**II. Breve síntesis de la STS 750/2021 de 6 de octubre (Sala de lo Penal) objeto del recurso de amparo 1.- -El recurso de amparo 697/2022 promovido por Alberto Rodríguez: alegaciones del demandante en defensa de una vulneración del principio de legalidad. - 2.- La sentencia del Pleno TC 18/2024 de 31 de enero: consideraciones generales y fallo. 3.- La cuestión jurídica a debate**

Alberto Rodríguez, en aquel entonces diputado en el Congreso, fue condenado por sentencia de la Sala de lo Penal del TS de 6 de octubre de 2021 (STS 750/2021) como autor de un delito de atentado a agente de la autoridad (art 550.1 y 2 CP) cometido el 25 de enero de 2014, con la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas (art 21 6ª y 66.1, 2ºCP.), a la pena de un mes y quince días de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena (art 56 1,2ºCP). La pena de prisión que, a tenor del art 71.2 CP podía haberlo sido igualmente por trabajos en beneficio de la comunidad o por la pena de localización permanente, fue sustituida por noventa días multa a una cuota diaria de 6 euros, manteniendo la accesoria de inhabilitación durante el tiempo de la condena.

Justificó su decisión con el siguiente razonamiento *“la sustitución no afecta a la pena accesoria de la prisión. El artículo 71.1 del código penal prevé la reducción de todas las penas, sin excluir las accesorias, de manera que los jueces y tribunales, en la determinación de la pena inferior en grado, no quedan limitados por las cuantías mínimas establecidas en la ley a cada clase de pena. Por otro lado, el artículo 71.2 ordena la sustitución de la pena de prisión. Y las penas accesorias son una consecuencia de la imposición de la pena privativa de libertad y no de su ejecución”*. O, dicho de otra manera, entiende el TS, haciendo una interpretación literal y sistemática de los preceptos en juego, que, al igual que sucede con la expulsión del territorio nacional, se sustituye la ejecución de la pena, es decir su cumplimiento, por multa, condena que sigue siendo a pena de prisión y, por lo tanto, cobra virtualidad la accesoria que la acompaña. Y lo cierto es que en los antecedentes penales consta precisamente una condena a un mes y medio de prisión sustituida por multa

En aplicación de lo dispuesto en dicho precepto , al estimar concurrente la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada, bajó dos grados la pena asociada al delito de atentado a agente de la autoridad (de seis meses a tres años de prisión) de modo que, aplicando las reglas determinadas en el art 70.1, 2º CP, la condena se redujo a un mes y quince días de prisión más la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por el tiempo de duración de la condena ( un mes y quince días).

El Tribunal desestimó igualmente ,por auto de 15 de diciembre de 2021 ,el incidente de nulidad planteado contra la sentencia, afirmando que *“la determinación de la pena se ha producido en respeto al principio de taxatividad, propio del derecho a la legalidad penal, ya que la regla del art 71 CP, si bien está entre las normas de aplicación de la pena, también en estas hay previsiones relativas a la sustitución de las penas; el art 71.2 no establece que la pena sustituta sea una pena distinta a la sustituida y su extensión, además, se fija con referencia a la sustituida y con la finalidad de evitar la ejecución de la pena corta de libertad; y el art. 71.1 es el que habilita la imposición de la pena de prisión por debajo de los tres meses, aunque posteriormente imponga su sustitución, en coherencia con ello la pena accesoria no desaparece..., como tampoco con la suspensión o con el indulto”*, dejando expresa constancia de que la pérdida del escaño no deriva de la sentencia sino de las previsiones del art. 6.2 de la LOREG.

En efecto, al ser firme la sentencia y ostentando el condenado la condición de Diputado en el Congreso, deviene de aplicación el art 6.2 a) y 4 de la LOREG:” *Son inelegibles: los condenados por sentencia firme, a pena privativa de libertad, en el periodo que dure la pena”*., *“las causas de inelegibilidad lo son también de incompatibilidad”* en cumplimiento de lo cual la presidenta del Congreso le retiró el Acta de diputado.

En este sentido resulta curioso observar que, efectivamente, como señaló la Sala, no es la sentencia la consecuencia de la pérdida de su escaño ( que es precisamente de lo que se duele el condenado en el recurso de amparo y que también recurrió) sino la LOREG, ley carente de toda connotación penal; y en segundo lugar, que el amparo y la sentencia del TC en el sentido en que se ha

pronunciado, no habría tenido lugar ( o no en los mismos términos) si el TS, (manteniendo la accesoria o incluso sin mantenerla) en vez de sustituir la prisión por multa se hubiera inclinado por localización permanente ( art 71.2 CP), catalogada en el CP como *“pena privativa de libertad”* (art 35 CP) porque el art 6.2 de la LOREG se refiere literalmente a condenados .., *“a pena privativa de libertad”*

1.- El recurso de amparo 697/2022 promovido por Alberto Rodríguez: alegaciones del demandante en defensa de una vulneración del principio de legalidad

Junto a ulteriores motivos no atendidos por el TC, Alberto Rodríguez denuncia la vulneración del derecho a la legalidad penal (art 25.1 CE) con el siguiente fundamento: *“la sentencia impugnada aplicó una pena no prevista en el ordenamiento jurídico como es la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo, al considerar que la pena de multa que sustituye a la pena de prisión no es una pena autónoma, sino una ejecución de la pena de prisión impuesta...”, argumentando que “no existe norma legal alguna que imponga que la pena accesoria se mantenga vigente y ejecutable cuando la pena de prisión sea sustituida por multa.., ni la sentencia impugnada motiva mínimamente esta novedosa aplicación del precepto que supone una imprevisible interpretación analógica in malam partem lesiva del derecho a la legalidad penal que, además, ha producido un cambio de la jurisprudencia en la materia establecida en la STS 528/2018 de 5 de noviembre o en la STS 683/2019 de 29 de enero”.*

Invoca igualmente el principio de proporcionalidad penal, con cita de jurisprudencia constitucional, argumentando que *“con fundamento en que la errónea interpretación de la normativa vigente en cuanto a las sanciones a imponer, ha determinado una consecuencia muy gravosa, dada la condición de diputado en el momento del enjuiciamiento, ya que, por aplicación de la normativa electoral, se le ha privado de su escaño...”, a pesar de que “ la voluntad de la normativa vigente es que una pena de prisión inferior a tres meses no implique consecuencias desocializadoras en cuanto a su ejecución” .*

2.- La sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional 18/2024 de 31 de enero.: consideraciones generales y fallo

El Tribunal Constitucional rechaza, ya en sus manifestaciones generales, los variados motivos invocados por el recurrente fijando como razones de interés constitucional, circunscribiéndolos a la adecuación (o inadecuación) de la sentencia a los aspectos formales tradicionales del principio de legalidad y/o a los principios y valores constitucionales como aspecto material de aquél. tras rechazar, por no ajustarse a la verdad, que las SSTS señaladas por el demandante fijaran una línea interpretativa que habría sido modificada en la STS objeto de recurso. Y lo hace en los siguientes términos:

En primer lugar, el Tribunal advierte que su función no es ofrecer interpretaciones alternativas a la norma penal en conflicto que es función de la jurisdicción ordinaria sino que “...*, la labor que compete desarrollar en la jurisdicción de amparo bajo la invocación del derecho a la legalidad penal, desde esta perspectiva material de la prohibición de interpretaciones extensivas o analógicas, es externa y esta limitada a evaluar la previsibilidad de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales. ... En este concreto y exclusivo marco Tribunal reitera que no resulta procedente que entre a valorar la adecuación a derecho o la mayor o menor solidez de posibles alternativas interpretativas a la concretamente sustentada por el Tribunal sentenciador...,”.*

En segundo lugar, reprocha al Tribunal Supremo que se haya extendido en diversos criterios interpretativos al motivar su decisión (¿) para la conclusión de que la sustitución de la prisión por multa no alcanza a las penas accesorias, adelantando así la posición última del tribunal : “*El Tribunal constata que tanto la sentencia condenatoria como el auto desestimatorio del incidente de nulidad de actuaciones se han extendido en exponer, a partir de la regulación legal establecido al efecto, diversos criterios interpretativos para sustentar la conclusión de que..., en supuestos como el presente en que es obligada la sustitución de una pena de prisión inferior a tres meses como consecuencia de la aplicación general de las reglas de determinación de la pena, dicha sustitución alcanza estrictamente a la propia pena de prisión pero no a las eventuales consecuencias jurídicas accesorias o vinculadas a ella” .*

Tras lo anterior y vagas referencias a la sujeción del intérprete a los valores constitucionales, el TC concreta la base de su decisión de entender vulnerado el derecho a la legalidad penal del demandante, en la imprevisibilidad y la falta de proporcionalidad de (parte de) la sanción impuesta (la accesoria de inhabilitación para el ejercicio de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena)

Y sin embargo “ *El Tribunal concluye en atención a los antecedentes y a la jurisprudencia constitucional expuesta, que se **ha vulnerado el derecho a la legalidad penal (art.25.1) desde el principio de prohibición de interpretación extensiva o analógica de los preceptos sancionadores***” cuando, en todo caso, debiera haber concluido a mi entender, que la vulneración lo era por no ajustarse la interpretación efectuada a los valores constitucionales, es decir, al contenido material del principio de legalidad.

Estima, por tanto, el recurso y literalmente declara:

1º) “*Que ha sido vulnerado el derecho fundamental del demandante de amparo a la legalidad penal (art.25.1CP) desde la perspectiva del principio de prohibición de interpretación extensiva o analógica de los preceptos sancionadores*

2º) “*Restablecer al demandante de amparo en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad de la sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo y del auto (que desestimaba el incidente de nulidad) ..., “en el exclusivo extremo*

*relativo a que en el apartado primero del fallo...., que impone al recurrente la pena de un mes y quince días de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, debiendo mantenerse únicamente la mención a que la pena impuesta es la de multa de 90 días con cuota diaria de 6 euros”*

### 3.- La cuestión jurídica a debate

Desde un prisma objetivo la cuestión jurídica que se planteó vía recurso de amparo, es muy simple: no cuestionada la subsunción de la conducta del demandante en el tipo penal del art 550.1 y 2 CP como tampoco la corrección de la condena a la pena resultante del juego de una atenuante muy cualificada, decidir constitucionalmente ( con la fuerza vinculante de la decisión en virtud de lo dispuesto en el art 5 LOPJ) si la aplicación del imperativo legal previsto en el artículo 71.2 CP de sustituir la pena de prisión por multa, comporta (o no) una transmutación de la pena, que deja de serlo de prisión para devenir pena pecuniaria y, en consecuencia, pierde la asociación legal de aquella con la accesoria prevista en el art 56 1,2º del CP; o si, por el contrario, como sostiene la sentencia de la Sala Segunda, la naturaleza de la pena impuesta se mantiene aun cuando se sustituya su ejecución por multa.

.Vaya por delante que, como reconoce el TC, el tenor literal del precepto no es inequívoco y que, como también admite, son factibles interpretaciones alternativas sobre las que dice no estar llamado a considerar lo que, como a continuación veremos, no solo hace, sino que declara como correcta la que sostiene en su sentencia a pesar de insistir que no compete al Tribunal “ *la determinación de la interpretación última, en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principio constitucionales”*

Fijada la cuestión jurídica objeto de debate, una crítica rigurosa del contenido de una resolución judicial o, como aquí se trata, de una concreta posición del Tribunal Constitucional sobre un caso concreto, debe partir, a mi entender, del análisis, punto por punto, de los argumentos jurídicos en que sustenta su decisión de declarar la parcial vulneración del principio de legalidad por la sentencia dictada por el Tribunal Supremo

**III.- La STC 18/2024 de 31 de enero como ejemplo de lo que en Derecho no puede hacer el Tribunal Constitucional: invadir el ámbito estricto de la jurisdicción ordinaria. 1.-. La incoherencia de la sentencia: ni analogía ni interpretación extensiva prohibidas - 2. ¿Era imprevisible y/o desproporcionada la concreta sanción impuesta al demandante: alcance de la previsibilidad y la proporcionalidad como valores constitucionales en sede de aplicación de la ley penal**

Al hilo del análisis que efectúa de la aducida vulneración del principio de legalidad en relación con la sentencia, el TC insiste en que “*el parámetro constitucional de **control** de este derecho..., aparece referido tanto al soporte metodológico de la interpretación lo que prohíbe una argumentación ilógica o indiscutiblemente extravagante como el axiológico lo que prohíbe el uso de*

*bases valorativas ajenas a los criterios que informan el ordenamiento constitucional, de modo que con cualquiera de ellos se llegue a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma, que es lo que determina, en última instancia, la imprevisibilidad en la aplicación del derecho para los ciudadanos destinatarios de las normas sancionadoras”, declaración con la que no cabe más que estar de acuerdo.*

De ahí se desprende que el TC, aunque en párrafos siguientes desarrolla sus afirmaciones, por un lado, declara que la Sala Segunda del TS vulneró el derecho a la legalidad penal desde el principio de prohibición de interpretación extensiva o analógica de un precepto sancionador; y, por otro, en un afán aleccionador, expresa los ejes sobre los que debe girar la interpretación judicial respetuosa con la legalidad los cuales son, en primer término, que se atenga a los criterios metodológicos, o sea que no sea irrazonable (“ilógica”) o “indiscutiblemente extravagante” y, en segundo término, que sus bases valorativas coincidan con los principios que informan el orden constitucional.

Del texto de la sentencia se deducen dos extremos significativos. El primero se refiere a la expresa declaración del Tribunal conforme a la cual *“el control a desarrollar por la jurisdicción de amparo ante la invocación del derecho a la legalidad sancionadora..., no permite a este Tribunal sustituir a los órganos judiciales en el ejercicio de la función de interpretar y subsumir los hechos en las normas, pues se trata de una labor que corresponde en exclusiva a jueces y tribunales ordinarios conforme a lo establecido en el art. 117.3 CE. Por tanto, no compete a este Tribunal la determinación de la interpretación última en cuanto más correcta, de un enunciado penal, ni siquiera desde los parámetros que delimitan los valores y principios constitucionales. Tampoco le compete la demarcación de las interpretaciones posibles de tal enunciado.”*

*La labor de control..., queda limitada... a evaluar la sostenibilidad constitucional de la concreta interpretación llevada a cabo por los órganos judiciales referida al respeto a los valores de la seguridad jurídica y de la autoría parlamentaria de la definición de los delitos y las penas, que se traducen en la razonabilidad semántica, metodológica y axiológica de la interpretación judicial de la norma y de la subsunción legal de los hechos en la misma. De ese modo, tampoco procede auspiciar alternativas interpretativas a la sustentada por el tribunal sentenciador, incluso si se considerasen más adecuadas o de mayor fuste”.*

Y concluye *“desde la perspectiva del control externo que corresponde al Tribunal, ningún reproche cabe hacer del soporte metodológico seguido en esta interpretación, toda vez que los criterios utilizados son plenamente admitidos y reconocidos por la comunidad jurídica como reglas interpretativas del ordenamiento jurídico sancionador por lo que su resultado no puede ser calificado como irrazonable, ilógico o extravagante”*

El segundo, tras proclamar que la jurisdicción ordinaria se ha atendido a los criterios hermenéuticos, se concreta en la necesidad de analizar si la decisión judicial del Tribunal Supremo se compadece con el respeto a los criterios informadores del ordenamiento constitucional, añadiendo: *“ Ahora bien, el*



*Tribunal aprecia que tanto la literalidad de la norma penal como las consideraciones sistemáticas utilizadas no son inequívocas en relación con que resulte indefectible la pervivencia de las penas de prisión inferiores a los tres meses y el mantener las consecuencias accesorias vinculadas con la original naturaleza de prisión de la pena sustituida. En este contexto de ambigüedad interpretativa, resulta de especial relevancia para el Tribunal atender de manera prioritaria al análisis del soporte axiológico para verificar si las bases valorativas utilizadas se han desarrollado dentro de los criterios que informan el ordenamiento constitucional, de modo que no se haya llegado a soluciones especialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por tanto, imprevisibles”* es decir, la previsibilidad y proporcionalidad como presupuestos de la seguridad jurídica en la aplicación de las normas penales .a los que hare referencia posteriormente.

En estos párrafos el TC deja claras dos cosas: una, que la interpretación efectuada por la jurisdicción ordinaria se ajusta a las reglas interpretativas reconocidas por la comunidad jurídica; y otra que habida cuenta que, a pesar de ello, tanto la literalidad de la norma penal (se sustituirá por multa) como la interpretación sistemática realizada por el Tribunal, no son inequívocas , entrará a valorar si la efectuada se ajusta a los principios constitucionales y no conduce en cambio a resultados imprevisibles y opuestos a la finalidad de la norma.

Cierto es que literalidad de la norma, (en este caso, el artículo 71.2 CP) implica una complejidad interpretativa en la que deberán conjugarse, el tenor literal del precepto, el contexto en que se ubica y la finalidad material perseguida por la norma, siendo posible, cómo en otros supuestos acaece, que ex ante puedan coexistir dos soluciones interpretativas sin que la adopción de una u otra implique analogía o interpretación extensiva prohibida mientras no desborden el tenor literal del precepto, obedezcan a criterios lógico sistemáticos y sean concordantes con la finalidad material de la norma.

Por lo tanto, de cumplirse estos parámetros de ningún modo cabrá hablar de vulneración del principio de legalidad por parte del Tribunal por haber incurrido en analogía o interpretación extensiva prohibidas. Y la finalidad material de sustituir por multa las penas de prisión hasta tres meses la conocemos todos los penalistas: no es otra que evitar a los condenados a penas cortas privativas de libertad. el efecto criminógeno de la prisión y el gravamen y perjuicios que ésta supone

Y, sin embargo, el TC, sin aludir siquiera a la razón jurídica de su decisión declara que el TS vulnera el derecho fundamental por infringir “**el principio de prohibición de interpretación extensiva o analógica de los preceptos sancionadores**”

Lo primero que el análisis de la corrección o no de su afirmación exige es, pues, la comprobación de la razonabilidad de esta desde una perspectiva jurídica.

## 1.- La incoherencia de la sentencia: ni analogía ni interpretación extensiva prohibida

Parece claro que el soporte metodológico de la interpretación no es otro que la vinculación a los criterios de interpretación enumerados en el art. 3 del Código Civil *“las normas se interpretaran según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas”*. A ello se suma, en la esfera penal, lo dispuesto en los art. 4.2 del Código Civil y 2.1 y 4.2 del Código Penal (*“ las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal, no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”*, *“no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración.”*) y *“ las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”* que traban el recurso a la analogía (*in malam partem*) y a la irretroactividad de las normas desfavorables . A ello debe sumarse la vinculación a la jurisprudencia del Tribunal constitucional y del TEDH y del TJUE sobre la materia (arts. 5.1 y 4 bis.1 LOPJ).

Por otro lado, es un hecho que analogía e interpretación extensiva no son conceptos equivalentes de manera que o se incurre en analogía prohibida o se realiza una interpretación extensiva de un precepto y por tanto cabría esperar que el TC expresara con claridad si la jurisdicción ordinaria ha incurrido en una u otra. No lo hace como tampoco explica los motivos por los que se ha incidido en analogía prohibida o en interpretación extensiva vedada.

Ante su silencio cabe preguntarse por qué la interpretación proporcionada por la jurisdicción ordinaria al artículo 71.2 constituye analogía? No cualquier operación jurídica puede recibir el nombre de analogía, sino que esta es reglada: *“Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón”* (art. 4.1 CC) ¿Al no estar específicamente previsto en el artículo 71.2 CP el decaimiento de lo dispuesto en el artículo 56.1CP, cuál es la norma que presenta identidad de razón con los anteriores por regular un supuesto semejante? ¿El artículo 50,1 CP? ¿El art.56 1, 2º CP *“a contrario sensu”*? Nada de ello nos dice y a mí no se me ocurre ninguno.

No desconozco que la interpretación extensiva en materia penal es un tema discutido en el que no existe unanimidad en la doctrina; ya en el año 1983 Bacigalupo Zapater se planteó la cuestión y yo misma escribí en una ocasión que, en materia penal cuando, al interpretar un concepto para ampliar el ámbito de prohibición, se prefería un significado en desuso o poco frecuente frente al significado usual, se incidía ya no en interpretación extensiva sino en analogía prohibida al exceder del tenor literal (significado usual) del precepto, marcando así una línea roja, sin espacios brumosos, entre una y otra

Pero ciertamente para la doctrina mayoritaria, que centra el núcleo del problema en la distinción entre analogía e interpretación extensiva, la Interpretación extensiva, entendida como aquella que subsume en el precepto

el máximo número de supuestos de hechos posibles y todos los significados semánticamente factibles sin ir más allá del tenor literal del precepto, es legítima. De este modo – se dice- la interpretación extensiva conjuga y respeta la “*voluntas legis*” y la “*voluntas legislatoris*”. Y, desde luego, lo es para la jurisprudencia del Tribunal Supremo tanto en materia penal como en el marco del derecho administrativo sancionador.

Y aunque es cierto que, en muchas ocasiones, el intérprete puede elegir entre un significado restrictivo y otro extensivo, siempre se moverá en el marco del sentido literal posible y por lo tanto la corrección de su decisión en favor de una u otra dependerá de su justificación argumentativa. Ello es tanto más relevante cuando sean más de una las alternativas razonables posibles y, en cualquier caso, no existe el derecho al acierto judicial y por ello existe también el régimen de los recursos; de otra parte, si la justificación en Derecho o motivación (art 120CE) no existe o es insuficiente el derecho fundamental vulnerado será el derecho a la tutela judicial efectiva.

Llegados a este punto debemos formularnos varias preguntas que quedan sin respuesta en la sentencia:

a) ¿Excede la interpretación proporcionada al párrafo segundo del artículo 72 CP en la sentencia cuestionada del “tenor literal posible” del precepto? Evidentemente no; es más, la Sala Segunda se atiene y parte del sentido normativo del término “sustituir” que contextualiza con el contenido de la Sección 2<sup>o</sup> (De la sustitución de las penas privativas de libertad) del Capítulo III del Código Penal (De las formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional”) que, por demás, antes de la reforma de 2015, preveía en el art 88 la sustitución de la pena de prisión hasta un año por arresto fin de semana o multa con la misma finalidad de evitar el ingreso en prisión a condenados a penas cortas de privación de libertad..

b) ¿Se ha llevado a cabo por parte de la jurisdicción ordinaria una interpretación contraria al principio de taxatividad cristalizada en una afectación ajena a la intención del legislador”? Partiendo de la común aceptación antes señalada de que la voluntad del legislador era exclusivamente evitar el ingreso en prisión de un condenado a penas de prisión de hasta tres meses por su efecto criminógeno, obviamente no.

c) ¿Es realmente inadmisibles en materia penal la interpretación extensiva? De ser así, ¿Qué pasa con el concepto extensivo de autor del 368 CP reiteradamente adoptado por el TS que califica de autor a quien no tiene el dominio funcional del hecho? Desde mi punto de vista sí es admisible en los términos y con los límites que expuse antes.

Y sigo preguntándome:

d) ¿Si como admite el TC la interpretación realizada por el juez se atiene a los criterios interpretativos admitidos en el mundo jurídico, no es irrazonable, está suficientemente justificada y, es por tanto correcta, aunque sea factible otra alternativa, porque el TC entra en la esfera que no le compete?

e) ¿Si no es analógica, ni extensiva, sobre qué base sustenta una vulneración por atentar contra el principio de legalidad en su aspecto formal cuando el motivo jurídico por el que decreta la nulidad parcial se concreta en que la vulneración del principio de determinación lo es por una interpretación que conduce a resultados imprevisibles y desproporcionados no compatibles con el aspecto material del principio de legalidad, esto es con los valores constitucionales? A responder a esta pregunta dedico las páginas siguientes.

2.- ¿Era imprevisible y/o desproporcionada la concreta sanción impuesta al demandante?: Alcance de la previsibilidad y la proporcionalidad como valores constitucionales en sede de aplicación de la ley penal

Es pacífica y compartida que toda interpretación debe ajustarse estrictamente a los principios informadores del orden constitucional, de modo que cualquier interpretación que, aun respetando los criterios interpretativos antes analizados, se aparte o vaya más allá de lo que es axiológicamente valioso para la Carta Magna, debe ser rechazada; en todos los supuestos de interpretación judicial debe partirse de la base de que el sacrificio legítimo de uno derecho fundamental debe ser previsible para los ciudadanos y debe aparecer como valioso, por necesario e idóneo, para la afirmación del orden constitucional. Ello resulta especialmente relevante en relación con los artículos 24 y 25 CE, siendo el primero de ellos el que ha generado numerosa jurisprudencia particularmente en sede de derecho procesal penal (intervenciones telefónicas, registros, prisión provisional etc.)

Así pues, desde una concepción no solo formal sino material del principio de legalidad la interpretación de toda norma penal debe ser *previsible* para los ciudadanos destinatarios de estas e igualmente la sanción, a determinar según las reglas establecidas en los artículos 61 a 78 del CP, debe ser *proporcionada* a la gravedad del injusto en el caso concreto. Si dicha exigencia, afirmada por la doctrina y la jurisprudencia constitucional mas moderna (que no se contenta con la presunción de conocimiento que implica la publicidad de las normas) no se cumple porque la argumentación que sustenta el fallo es ilógica o extravagante o se aparta de los principios que informan el orden constitucional, se vulnera el art. 25.1 de la Constitución.

El Tribunal Constitucional, tras reiterar la interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, manifiesta que *“ desde la perspectiva axiológica derivada de los criterios que informan el ordenamiento constitucional, el Tribunal debe concluir que, ante la inexistencia legal de penas de prisión inferior a tres meses por la decisión legislativa de su obligatoria sustitución por otras cualitativamente menos aflictivas, la interpretación y aplicación del art. 71.2 CP, conforme al cual pervive la pena privativa de libertad y las consecuencias accesorias vinculadas a ella, resulta una interpretación imprevisible contraria al art. 25 CE, ya que utiliza un soporte axiológico ajeno al principio constitucional de proporcionalidad por implicar un desproporcionado sacrificio en el derecho fundamental del afectado de representación política, que produce un patente derroche inútil de coacción”*

Para justificar su afirmación lleva a cabo su propia interpretación de los artículos 71.2, 33.4 y 36. 2 del CP puntualizando, de una parte, que la pena de multa, junto a otras, “ *aparece en el último lugar de las penas calificadas como leves, evidenciando su pretensión de levedad afflictiva en términos de sacrificio asociado a su imposición y que la pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses*; de otra parte, “*estima que las resoluciones impugnadas han optado por una interpretación que no pondera adecuadamente que la pena impuesta...., aun cuando la pena en abstracto pudiera ser tomada en consideración durante el proceso ,resultaba inexistente en una duración inferior a tres meses por quedar sometida a la obligación legislativa de su sustitución por otras penas con una gravedad normativa e incidencia cualitativa y cuantitativa en términos de sacrificio de derechos fundamentales no parangonable con ninguna pena de prisión”* .

A tal conclusión llega, tras haber expuesto lo siguiente que confirma que el TS no incurrió en analogía o interpretación extensiva: “ *Desde la perspectiva del control externo que corresponde desarrollar al Tribunal, ningún reproche cabe hacer respecto del soporte metodológico seguido en esta interpretación (la del TS), toda vez que los criterios utilizados son plenamente admitidos y reconocidos por la comunidad jurídica como reglas interpretativas del ordenamiento jurídico sancionador, por lo que su resultado no puede ser calificado como irrazonable, ilógico o extravagante”*

*Ahora bien, el Tribunal también aprecia que tanto la literalidad de la normativa penal como las consideraciones sistemáticas utilizadas no son inequívocas en relación con que resulte indefectible la pervivencia de las penas de prisión inferiores a tres meses y el mantener las consecuencias accesorias vinculadas con la original naturaleza de prisión de la pena sustituida. En este contexto de ambigüedad interpretativa, resulta de especial relevancia atender de manera prioritaria al análisis del soporte axiológico para verificar si las bases valorativas utilizadas se han desarrollado dentro de los criterios que informan el ordenamiento constitucional, de modo que no se haya llegado a soluciones esencialmente opuestas a la orientación material de la norma y, por tanto, imprevisibles”.*

Finalmente, el Tribunal, que ha calificado de imprevisible y desproporcionada la interpretación efectuada por el TS y, por lo tanto, afectante a la seguridad jurídica, en cuanto no se desenvuelve dentro de las bases valorativas constitucionales referidas a la proporcionalidad en la intervención penal, despacha la fundamentación de la desproporcionalidad que aduce en tres paginas y medio de las cuales una de ellas se dedica a la repetición de lo ya expuesto: los artículos en que sostuvo su tesis el TS y la lectura que de los mismos hace el TC. De la denunciada imprevisibilidad no se vuelve a hablar, es más, parece que se vincula a la proporcionalidad casi como si fueran la misma cosa. En todo caso, dado que se nombra expresamente conviene referirnos brevemente a esta condición indispensable para la seguridad jurídica.

Como bien señala García Amado lo primero que hay que hacer es averiguar cuáles son las expectativas que protege el derecho penal. En su significado gramatical, previsible es lo que puede ser previsto o entra dentro de las

previsiones normales; prever es ver con anticipación o conocer por algunas señales o indicios lo que ha de suceder. Dice el autor que “ *también las acciones humanas pueden catalogarse como más o menos previsible y también con los datos empíricos con que se cuente y en este sentido las normas influyen en los comportamientos de sus destinatarios ( así, es esperable que un conductor detenga su coche ante un semáforo rojo) y las normas penales ( y también las de derecho administrativo sancionador) establecen sanciones que precisamente significan la reacción ante la posibilidad de que el comportamiento prescrito no se realice*” (no matarás, cumplirás con tus deberes con el fisco). “*Y esta es, precisamente, la razón por la que Niklas Luhmann afirmaba que las normas jurídicas equivalen a la estabilización contra fáctica de expectativas, es decir, que el mandato de la norma primaria (no mataras) provoca en los miembros de la sociedad una expectativa de que lo prescrito en ella se cumplirá y si hay incumplimiento la aplicación de la sanción predispuesta para esa conducta comunica a la sociedad que el mandato sigue vigente.*”. La sanción reafirma la vigencia del orden jurídico con las importantes consecuencias que tal cosa supone para todos los ciudadanos.

Sobre este punto, sigue diciendo el autor:” *En este aspecto que estamos analizando, la seguridad jurídica implica saber a qué atenerse jurídicamente, esto es, es tanto mayor la seguridad jurídica como previsibilidad cuanto mayor es el grado de certeza o de probabilidad con que podemos calcular las consecuencias jurídicas de nuestras acciones. Centrándonos ya en la esfera penal, este grado de previsibilidad depende de elementos como : a) el nivel de precisión de la norma de manera que a mayor indeterminación semántica mayor incertidumbre de los sujetos y mayor discrecionalidad para interpretar las palabras y expresiones de la norma; y b) el tipo de práctica de los jueces vinculada a la concepción del Derecho que manejen de manera que una práctica judicial fuertemente apegada a la letra de la ley y no dada a rebasar el límite de las posibles interpretaciones posibles de la norma, da lugar mayor previsibilidad que una jurisprudencia inclinada a buscar preferentemente la justicia del caso concreto por encima de límites formales y semánticos.*”

*“La previsibilidad de las consecuencias jurídicas de nuestras acciones se convierte en clave de bóveda de la seguridad jurídica; pero la previsibilidad bien entendida en cuanto debe tenerse presente que cuando se trata de sanciones aflictivas el sistema jurídico no apoya la expectativa de ser sancionado sino la de no serlo sin base legal y la de no serlo en mayor medida de la legalmente prevista*

En materia penal la indiscutible relación entre principio de legalidad y previsibilidad se conforma del modo siguiente: a) tanto en sede legislativa (pero este es otro tema ajeno al hoy tratado) como, en sede de aplicación del derecho penal , la sanción que se imponga por determinado delito no puede ser más fuerte de la que razonablemente un ciudadano medio pueda prever, valiéndose en su caso de asesoramiento de expertos en la materia; b) por el contrario, no se vulnera el derecho a la legalidad penal cuando se impone una pena mas baja de la que era razonablemente previsible para este sujeto en el momento de su acción.

Se trata, pues, de una previsibilidad abstracta; el principio de legalidad no protege las previsiones concretas, sino la previsibilidad abstracta, es decir, el estándar del sujeto razonable, del hombre medio, aquello que el sujeto (delincuente, en este caso) podía esperar razonablemente al cometer el delito y aún, en una interpretación generosa, en el momento del enjuiciamiento.

Así las cosas, ¿Vulneró la STS la seguridad jurídica al mantener razonadamente la pena de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo a pesar de sustituir la prisión por multa por imperativo legal?

¿En el momento de la comisión del delito (resistirse y propinar una patada a un policía uniformado) que expectativas o que podía prever en abstracto el demandado (¿y aún concretas, el hombre medio razonable y culto que sin duda conocía la gravedad de su acción? La de ser encausado y condenado como autor de un delito de atentado a agente de la autoridad a la pena de seis meses a tres años de prisión mas la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del sufragio pasivo (art. 550.1 y 56 CP).

Llevando al límite la previsibilidad, transcurridos más de siete años sin haber sido enjuiciado por causa a él no imputable, en el momento de abrirse contra él juicio oral, al margen de una sin duda solicitada y posible absolucón por su Defensa, sus expectativas en caso de condena se concretaban en la apreciación como simple o muy cualificada de una atenuante que comportaría reducir la pena típica en uno o dos grados; en el primer caso la pena a imponer se concretaría en una pena de prisión que oscilaría de tres a seis meses de prisión y en el segundo lo haría en una pena de prisión de un mes y medio a tres meses de prisión y que solo en este caso la prisión se “sustituiría” por imperativo legal por pena pecuniaria.

Debidamente asesorado ¿debería haber podido prever que en caso de que el Tribunal decidiera bajar en dos grados la pena típica, se le sustituiría la prisión por penas que supusieran la no entrada en prisión? Sí, pero no necesariamente que la reducción lo fuera en dos grados y no en un grado o que el Tribunal se inclinara por una multa ni por. Esta previsibilidad excede del conocimiento del profano, del hombre medio.

La Sala Segunda no infringió el principio de legalidad por aplicar una pena no previsible, sino que la aplicó por una de las interpretaciones posibles, razonando y justificándolo en Derecho por qué razón entendía debía mantenerse la accesoria a pesar de que la pena de prisión de un mes y quince días se sustituía por pena pecuniaria, lo que no hace el T.C para inclinarse, por lo contrario.

Y si, como reconoce el TC, son posibles interpretaciones alternativas de un mismo precepto penal y ambas son justificables en Derecho, el problema relativo a la seguridad jurídica radica en la norma y no en el intérprete y es al legislador a quien debiera dirigirse el reproche de no haber respetado el principio de determinación.

El principio de proporcionalidad como exigencia del principio de legalidad, que se incorpora a la jurisprudencia constitucional española en la segunda mitad de los noventa (STC 55/1996 de 28 de marzo), es dominante hoy, como exponente máximo de lo que denominábamos “flexibilización del principio de legalidad “ y se ha aplicado esencialmente al control de las leyes con la finalidad de contener la intervención del poder dentro de los límites constitucionales y a supuestos de intervenciones policiales o administrativas invasivas de derechos fundamentales.

El Tribunal ha elaborado a lo largo de estos años unas “*reglas de solución de conflictos*” para supuestos típicos de colisión de derechos, en casos de información/expresión, intimidad/ honor/propia imagen, investigación policial/ administración penitenciaria, internamiento de extranjeros, acceso a un ordenador personal, (STC 173/2011), teléfono móvil (STC 115/2003), intervenciones corporales, registros domiciliarios y cacheos (STC 17/2013) intimidad de los trabajadores en el centro de trabajo (STC 98/2000) correo electrónico corporativo, etc.

Especialmente interesante en sede de control de las leyes penales fue la STC 136/99 en la que declaró inconstitucional, por desproporcionalidad de la pena, una norma penal porque impedía al juez imponer una pena menor a la mínima típica fijada, estableciendo las bases interpretativas de esta exigencia constitucional en el ámbito del derecho penal sustantivo.

Es igualmente relevante la jurisprudencia del TEDH sobre proporcionalidad que se concreta en lo siguiente: “*la cuantificación abstracta de la pena no es controlable si la tipificación no vulnera en sí misma el derecho concernido*”, remitiéndose “*a cada acto concreto de aplicación si dado el caso se afecta a otro derecho sustancial sustantivo y la sanción penal es desproporcionada por innecesaria en una sociedad democrática, vulnerando de este modo el derecho sustantivo*”. Son significativas en esta línea las SSTEDH de 15 de marzo 2011 (Otegui Mondragón contra España), 13 de marzo de 2018 (Stern Taulats y Roura Capellera contra España) y de 22 de junio de 2021 (Erquizia Almandor contra España). Así como también la del TJUE a la que no me referiré porque sostiene la naturaleza autónoma del principio de proporcionalidad, mientras que en España se vincula siempre a otro derecho fundamental.

El Tribunal Constitucional, tras reiterar que tanto la literalidad del precepto como las consideraciones sistemáticas utilizadas por la Sala Segunda, no son inequívocas, declara que la interpretación que proporciona al precepto “*no se desenvuelven dentro de las bases valorativas constitucionales referidas a la proporcionalidad en la intervención penal*” para, a continuación, con cita de las SSTC 121/2021 de 2 de junio y 122/2021 de 20 de julio y refiriéndose expresamente a las ideas expuestas en la STC 136/99, justificar su afirmación.

Y lo hace en sentido plenamente concordante con los razonamientos desgranados en aquella sentencia que, recordemos, declaraba la inconstitucionalidad de la norma penal y no de la aplicación de esta por el órgano jurisdiccional:



*“a) El principio de proporcionalidad puede ser inferido de diversos preceptos constitucionales (arts. 1.1, 9.3 y 10.1 CE). Se trata de un criterio de interpretación que no constituye en nuestro ordenamiento un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada, esto es, en referencia a otros preceptos constitucionales. El ámbito en el que normalmente y de forma particular resulta aplicable es el de los derechos fundamentales donde constituye una regla de interpretación que, por su mismo contenido, se erige en límite de toda injerencia, incorporando incluso frente a la ley, exigencias positivas y negativas, pudiendo dar lugar a un enjuiciamiento constitucional cuando esa falta de proporción implica un sacrificio excesivo e innecesario de los Derechos que la Constitución garantiza. De ese modo, tanto la configuración legislativa de los derechos fundamentales como su aplicación judicial o administrativa concreta han de quedar reducidas a las que se hallen dirigidas a un fin constitucionalmente legítimo que pueda justificarlas, en el sentido de que suponga un sacrificio del derecho fundamental estrictamente necesario para conseguirlo y resulte proporcionado a ese fin legítimo.*

*b) El juicio de proporcionalidad en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena parte de la exclusividad del legislador..., para configurar los comportamientos reprobables y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con que intenta conseguirlo. Por tanto el juicio que procede realizar en sede de amparo..., queda limitado a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y socava los principios elementales de justicia..., .Así, desde la perspectiva constitucional solo cabrá calificar la reacción penal como estrictamente desproporcionada cuando concurra un desequilibrio patente y excesivo e irrazonable entre la sanción y la finalidad de la norma a partir de las pautas axiológicas constitucionalmente indiscutibles y de su concreción legislativa”*

Obsérvese que todas las consideraciones que fijan el contenido del juicio de proporcionalidad se refieren a la proporcionalidad exigible al legislador y para nada a la aplicación del derecho penal por los jueces. El Tribunal repite los argumentos expuestos en la STC 136/99 que declaró la inconstitucionalidad de una norma penal.

Tras ello, vuelve a explicar en sendos apartados (págs. 33 in fine al inicio de la pág. 35) la interpretación efectuada por el TS para justificar el mantenimiento de la accesoria finalizando con la siguiente afirmación: *“por lo tanto la respuesta penal en los casos en que resulta de aplicación el art. 71.2 CP debe ser acorde y ajustada a las premisas de la inferior responsabilidad penal que conlleva la disminución por debajo del mínimo legal previsto para cualquier pena de prisión y a la circunstancia de la obligación normativa de renunciar en cualquier caso en estos supuestos a la imposición de una pena de prisión; debiendo proyectarse tales consideraciones sobre la orientación material de la norma”.*

Además de la confusión entre pena leve/delito leve y pena menos grave/delito menos grave en el cual, por concurrencia de una atenuante muy cualificada se

imponga una pena leve, el TC confunde ahora inferior responsabilidad penal con menor gravedad del injusto o de la culpabilidad. En efecto, se habla de disminución de la responsabilidad penal de una persona cuando en su conducta concurre una eximente incompleta o una atenuante muy cualificada que atenúe la gravedad del injusto o la culpabilidad, pero no cuando la cuantía de la pena se vea atenuada, aún notablemente por un hecho objetivo ajeno al mismo, como lo son las dilaciones indebidas. Su responsabilidad penal sigue íntegra, pero por razones político-criminales se atenúa la sanción como compensación de los (indebidos) años sometido a investigación penal sin ser enjuiciado. Y esta atenuación lo es respecto de todas las penas típicas, pero no comporta el cambio a una pena de distinta naturaleza sino solo su sustitución lo que da lugar (la sustitución) a una pena ya no proporcionada a la gravedad del delito sino mucho más benévola.

Y hablando de sustitución, causa perplejidad el fundamento jurídico en que sustenta la nulidad parcial que posteriormente declara: *“Además, las penas por las que el legislador obliga a su sustitución están liberadas de las consecuencias accesorias vinculadas a la pena de prisión, que lo son solo en atención a la naturaleza de la prisión como sanción de superior gravedad dentro del ordenamiento penal y que afectaban también al derecho fundamental de representación política del recurrente. Pero sucede que el art 23.2 de la CE – que cita la sentencia como afectado - reconoce “el derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes” y uno de los requisitos del acceso y permanencia es, según la LOREG, no haber sido condenado a pena privativa de libertad, requisito que no cumplía el demandante de amparo.*

*Y concluye el TC , “por tanto desde la perspectiva axiológica derivada de los criterios que informan el ordenamiento constitucional, el Tribunal debe concluir que, ante la inexistencia legal de penas de prisión inferiores a tres meses por decisión legislativa de su obligatoria sustitución por otras cualitativamente menos afflictivas, la interpretación y aplicación del art. 71.2 CP conforme a la cual pervive la pena privativa de libertad y las consecuencias accesorias vinculadas a ella resulta una interpretación imprevisible contraria al art. 25.1 CE ya que utiliza un soporte axiológico ajeno al principio constitucional de proporcionalidad por implicar un desproporcionado sacrificio en el derecho fundamental del afectado de representación política, que produce un patente derroche inútil de coacción”*

#### **IV. Conclusiones: hacia una indebida nueva instancia en el orden penal**

Respecto de la sentencia 18/2024 de 31 de enero mis conclusiones jurídicas son las siguientes:

1)El TC invade el exclusivo ámbito de la jurisdicción ordinaria al proporcionar al artículo 72.1 CP, por demás con endeble argumentos jurídicos, una interpretación distinta (alternativa) a la efectuada por el Tribunal Supremo, lo que constituye un hecho de notoria gravedad (art 117 CE; tanto más cuando fija doctrina, por lo que su interpretación/ aplicación alcanzará a posibles situaciones similares referidas a otros tipos penales y concretamente a todos

los numerosos delitos menos graves cuya pena típica mínima sea la de seis meses si concurrieran dos o más atenuantes o una muy cualificada, entre los que se hallan, por ejemplo, la mayoría de los delitos contra las relaciones familiares en los cuales, en caso de condena concurriendo una atenuante cualificada o dos atenuantes, el Tribunal se verá impedido de aplicar la accesoria de inhabilitación para la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento o cualquier otro derecho (art 56 1, 3º)

2)La interpretación de los artículos 72.1 en relación con el art. 56 CP efectuada por el TS se atiene a los criterios interpretativos legalmente previstos en nuestro ordenamiento jurídico y aun cuando otras alternativas interpretativas fueran viables no es una interpretación analógica y ni siquiera extensiva, está motivada y no puede ser tachada de extravagante o irrazonable. Como ya dije si son viables dos interpretaciones formalmente legítimas de un precepto, el conflicto con la seguridad jurídica y vulneración del mandato de determinación, no es atribuible a quien aplica la ley, optando por una u otra, sino al legislador.

Desde mi punto de vista es razonable porque, al contrario de lo que afirma el TC, el demandante no fue condenado a una pena leve (de prisión) sino que la cantidad de pena (un mes y quince días de prisión) derivó de la concurrencia de una circunstancia atenuante de dilaciones indebidas que por imperativo legal y para evitar el gravamen que implica la entrada en prisión, se sustituye por multa, pero ello no implica una disminución de la gravedad del injusto sino una decisión de política criminal del legislador.

3)A diferencia de lo que entiende el TC, no cabe hablar, pues, de que el acatamiento de tal decisión suponga una transmutación de la naturaleza de la pena a la que fue condenado (prisión) y así constará en la hoja de antecedentes penales: condenado como autor de un delito de atentado a la pena de un mes y quince días de prisión, sustituida por multa de 90 días y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo.

La sentencia es incoherente, adolece de falta de motivación concretada al caso, conformándose con asociarlo a consideraciones generales ya efectuadas en anteriores resoluciones. Lo es especialmente porque declara la nulidad parcial de la sentencia del TS por vulneración del principio de legalidad en su aspecto formal, esto es, *“desde la perspectiva del principio de prohibición de interpretación extensiva o analógica de los preceptos sancionadores”* lo que no es cierto puesto que la vulneración que aprecia lo es del principio de legalidad en su aspecto material o sea por ser desproporcionada a la gravedad del hecho la sanción impuesta.

4)Como ya adelanté, la aplicación de la sanción por un delito de atentado cuya pena típica es siempre de prisión era previsible para cualquier ciudadano razonable; no lo era, en cambio, que su enjuiciamiento se prolongara hasta siete años después de lo cual se benefició penológicamente por aplicación de la atenuante de dilaciones indebidas y no lo era para nadie por lo que el azar o un anómalo funcionamiento de la administración de Justicia no puede formar parte de la previsibilidad exigida constitucionalmente.

5)Y, desde luego, la pena de prisión (de seis meses a tres años de prisión) es proporcionada a la gravedad del injusto (atentado a agente de autoridad) como lo es la pena concreta impuesta, sensiblemente menor también en relación a la accesoria, teniendo jurídico penalmente en cuenta el tiempo transcurrido desde la comisión del delito por causa no imputable al condenado y que, por tanto, a pesar de la gravedad del injusto cometido en su día desde la perspectiva penal, resulta un gravamen muy ligero. No es que se le impusiera una pena leve de prisión debido a haber cometido un delito leve (art 13.3 CP) sino que la pena, en la extensión que se le impuso, lo fue por un delito menos grave (art 13.2 en relación con art 550 CP). Y no es que no exista la pena de prisión inferior a los tres meses, sino que ésta puede resultar del juego de las atenuantes, como aquí sucede, sustituyéndose en este caso por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente. Lo cual no quiere decir que se le condena a una pena de multa, de trabajos o de localización permanente, por un delito leve.

Además, la pérdida del escaño, lo único de que se duele en amparo el demandante, no halla causa directa en la ley penal ni en la sentencia que le condena sino en una ley extrapenal como es la LOREG que asimila a las causas de inelegibilidad (art 6, 2 a) las causas de incompatibilidad. (art 6,4)

Con la interpretación efectuada por el TS, a mi juicio, se cumple la finalidad de la norma en una doble vertiente, evitar la entrada en prisión del condenado a pena de prisión de escasa duración y con el mantenimiento de la accesoria se afirma el orden jurídico constitucional que vela para que los integrantes del poder legislativo sean ciudadanos que no hayan delinquido impidiendo a quienes lo hayan hecho ser elegidos para tal importante cometido. ¿A qué se reduciría el fin de prevención general (negativa y positiva) si el Estado permitiera a quien ha delinquido contra el orden público de manera violenta ser elegido para un cargo público o mantenerse en él una vez condenado? A la nada por lo que el hecho de haber perdido el condenado su acta de diputado no supone un sacrificio intolerable o un exceso de sanción comparado con la paz pública y la integridad física del agente que lesionó.

En su momento pensé que la sentencia podría ser una resolución puntual y que el TC volvería a la que es su función con respeto a las competencias exclusivas del Poder Judicial del que no forma parte. Desafortunadamente no ha sido así y con posterioridad a la misma, ha pronunciado dos sentencias en las que insiste en interpretar las normas penales bajo el paraguas del principio de legalidad cristalizado en consideraciones generales sobre los valores y principios constitucionales.

Se trata de las SSTC del Pleno en el caso de los ERES en las que declara la vulneración del principio de legalidad en la aplicación de la norma y de la STC, Sala Segunda resolviendo el recurso de amparo 3901/2021, que declara la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva por falta de motivación reforzada, en un supuesto de desobediencia a un mandato judicial por parte de una mujer que estaba inmersa en un divorcio con denuncia por violencia de género; en esta sentencia el TC anula la sentencia dictada en la instancia,

despachando el asunto del siguiente modo: *“debía haber necesitado una motivación reforzada y razonable que tuviera en cuenta el contexto de violencia de genero en que se estaba desarrollando el régimen de visitas”* ( la abuela debía llevar al menor al punto de visitas con el padre y la madre manipuló y convenció a la abuela para que no lo hiciera ); supuestos, los de violencia de género, - sigue diciendo la sentencia, *que exigen esta motivación reformada por conexión con el art 14 CE*

Ambas resoluciones merecen un estudio aparte pero ya una primera lectura de estas nos permite sospechar que se está instaurando una nueva instancia en el orden penal lo cual es constitucionalmente lamentable.

Barcelona 22 de octubre de 2024