

ALGUNAS CONSIDERACIONES ACERCA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

(A propósito de las Sentencias 111/1993 y 150/1997 del Tribunal Constitucional)

VÍCTOR FERRERES COMELLA
LUIS JAVIER MIERES MIERES

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN.—2. BREVE EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS: A) *La Sentencia 111/1993*. B) *La Sentencia 150/1997*.—3. PRIMER PROBLEMA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA EXIGENCIA DE INTERPRETACIÓN CORRECTA.—4. SEGUNDO PROBLEMA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES FIRMES.

1. INTRODUCCIÓN

La Constitución española establece en su artículo 25 que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». El principio de legalidad penal que este artículo recoge plantea una serie de problemas de sumo interés desde el punto de vista constitucional (1). El objeto de este trabajo es explorar dos de estos problemas: *a)* ¿en qué medida puede el Tribunal Constitucional (TC), en un recurso de amparo, revisar la interpretación que el juez ordinario ha hecho de la legislación penal y que le ha llevado a condenar a una determinada persona?; *b)* ¿cuándo puede una sentencia del TC provocar la revisión de las condenas penales impuestas por sentencias judiciales que fueron dictadas en el pasado y que han adquirido ya la fuerza de cosa juzgada?

Una reciente sentencia del TC, la 150/1997, nos ofrece un buen punto de

(1) Para una visión general acerca de estos problemas, véase SUSANA HUERTA TOCILDO: «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, págs. 81-113.

partida para examinar estas dos cuestiones. Dado que la referida sentencia trata de delimitar cuáles son los efectos que debe entenderse produjo la Sentencia 111/1993 del propio TC, habrá que referirse también a esta última. Expondremos primero, brevemente, el contenido de estas dos sentencias para pasar luego a considerar los dos problemas mencionados.

2. BREVE EXPOSICIÓN DEL CONTENIDO DE LAS SENTENCIAS

A) *La Sentencia 111/1993*

Los hechos del caso que fue resuelto por esta sentencia son, en síntesis, los siguientes. Don Ángel Gonzalo venía ejerciendo profesionalmente la actividad de intermediario inmobiliario, sin estar en posesión del título oficial de Agente de la Propiedad Inmobiliaria (a partir de ahora: API). A raíz de una denuncia presentada por el Colegio Oficial de APIS de Alicante, un juzgado de lo penal le condena, por delito de intrusismo profesional, a la pena de seis meses y un día de prisión, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio. La Audiencia Provincial confirma la condena. El precepto que se le aplica es el artículo 321.1 del Código Penal de 1973, a tenor del cual: «el que ejerciere actos propios de una profesión sin poseer el correspondiente título oficial, o reconocido por disposición legal o convenio internacional, incurrirá en la pena de prisión menor».

Don Ángel Gonzalo presenta entonces recurso de amparo por violación del principio de legalidad penal (art. 25 CE), recurso que el TC estima. Según el TC: 1) una condena basada en una interpretación extensiva de la ley penal viola el derecho a la legalidad penal reconocido en el artículo 25 CE; 2) constituye una interpretación extensiva del artículo 321.1 del CP entender que la expresión «título oficial» se refiere no sólo a los títulos académicos (es decir, universitarios), sino a cualquier título oficial; 3) el título de API no es un título académico (universitario), pues ni su obtención requiere la realización de estudios superiores específicos ni es la autoridad académica quien lo concede, sino el Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo; 4) por todo ello: aplicar el artículo 321.1 del CP a quien actúa en el tráfico inmobiliario sin título de API y, en consecuencia, condenarle a la sanción penal prevista en ese artículo, constituye una lesión del principio de legalidad penal.

Dos son los argumentos que da el TC para justificar la segunda premisa (la relativa a la interpretación del art. 321.1 CP). El primer argumento hace referencia a la génesis de ese artículo 321.1 y a su ubicación sistemática dentro del Código Penal. Resulta que la Ley de Bases 79/1961 de la que deriva este ar-

título distinguía, dentro de los supuestos de ejercicio de una profesión sin el correspondiente título oficial, entre el supuesto en que el título preceptivo fuera académico y el supuesto en que no lo fuera. En el primer caso habría delito, mientras que en el segundo habría falta. El Decreto que aprobó el artículo 321.1 del CP no respondió estrictamente a este mandato, pues utilizó la expresión «título oficial», en lugar de «título oficial académico», como debería haber hecho. Sin embargo, el CP incluía (antes de la reforma de 1989) otro artículo, el 572.1, que castigaba como falta de intrusismo la conducta de quien «no estando comprendido en el artículo 321 ejerciere actos propios de una profesión reglamentada por disposición legal, sin poseer la habilitación o capacitación oficial requerida». Una interpretación sistemática de ambos preceptos obligaba a entender que el «título oficial» del artículo 321.1 se refería exclusivamente a los títulos académicos, pues de otro modo se habría dejado sin contenido la falta prevista en el artículo 572.1.

El segundo argumento que ofrece el TC para justificar su tesis interpretativa acerca del artículo 321.1 CP es que resulta desproporcionado castigar con la pena prevista en este artículo (prisión menor) la conducta de quien ejerce una profesión sin el preceptivo título oficial, cuando se trata de un título no académico. El TC parte del supuesto de que, dado el reconocimiento del derecho a la libre elección de profesión u oficio consagrado en el artículo 35 CE, «se perfila la posibilidad de diversos grados de control estatal de las actividades profesionales según sea la mayor o menor importancia constitucional de los intereses que con su ejercicio se ponen en juego». A la luz de este presupuesto, el TC entra a considerar la importancia de los intereses en juego en el campo de la intermediación inmobiliaria y concluye que:

«Ningún interés público esencial se advierte en la exigencia de un título para la intermediación en el mercado inmobiliario que no responda sino a intereses privados o colegiales, legítimos y respetables, pero insuficientes por sí solos para justificar la amenaza de una sanción penal como la aquí aplicada. Incurriendo, así, en una vulneración del principio de proporcionalidad entre el injusto y la pena que es inherente a un Estado social y democrático de Derecho como el que la Constitución configura (art. 1.1 CE)» (FJ. 9).

Conviene observar que los dos argumentos interpretativos ofrecidos por el TC se mueven en planos distintos. El primero, que hace referencia a la génesis del precepto legal y a su ubicación sistemática, puede calificarse de «argumento de legalidad ordinaria»: se trata de un argumento que pretende mostrar cuál es la voluntad del legislador penal. El segundo, por el contrario, constituye un «argumento de constitucionalidad»: sostiene que determinada interpretación del precepto penal chocaría con el principio constitucional de la proporcionalidad de la pena (art. 1.1 CE), en conexión con el derecho a la libre elección de

profesión u oficio (art. 35 CE). Como veremos, esta distinción es importante, pues puede contribuir a delimitar cuáles son las condiciones bajo las cuales una sentencia del TC puede provocar la revisión de las condenas penales firmes que en su día no fueron impugnadas a través del recurso de amparo. Sobre este problema versa, precisamente, la Sentencia 150/1997.

B) *La Sentencia 150/1997*

Éstos son los hechos: Doña María Elena Laguna fue condenada por la Audiencia Provincial de Valencia, el 4 de marzo de 1988, como autora del delito de intrusismo profesional tipificado en el artículo 321.1 del CP, a la pena de seis meses y un día de prisión menor. Esta sentencia fue confirmada en casación por el Tribunal Supremo, cuya sentencia no fue recurrida. La condena adquirió, pues, firmeza. Al cabo de un tiempo, el TC dicta la sentencia que acabamos de examinar, la 111/1993 (así como otras muchas, que versaron exactamente sobre el mismo problema). Al tener conocimiento de la sentencia 111/1993, María Elena Laguna pretende beneficiarse retroactivamente de sus efectos. Para ello, interpone recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

El Supremo dicta una auto de inadmisión del recurso. En él, el Tribunal recuerda que, de acuerdo con el artículo 40.1 de la LOTC, «las sentencias declaratorias de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones o actos con fuerza de Ley no permitirán revisar procesos fenecidos mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada en los que se haya hecho aplicación de las Leyes, disposiciones o actos inconstitucionales, salvo en el caso de los procesos penales o contencioso-administrativos referentes a un proceso 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». Según el Supremo, de este precepto se deduce (*sensu contrario*) que la Sentencia 111/1993 no puede provocar la revisión de las sentencias penales firmes que condenaron sobre la base de una interpretación del artículo 321.1 CP que el TC considera errónea. Ello es así, argumenta, porque la Sentencia 111/1993, al haberse dictado en un procedimiento de amparo —y no en un procedimiento de control de la ley iniciado por recurso o cuestión—, no ha declarado la inconstitucionalidad del mencionado artículo del CP, sino que se ha limitado a interpretarlo y a concretar si se ha violado o no el derecho subjetivo de quien recurrió en amparo (art. 54 LOTC). Según el Supremo, el artículo 321.1 CP sigue vivo después de esa sentencia del TC, por lo que no puede operar aquí la retroactividad prevista en el artículo 40.1 LOTC. El Supremo reconoce, desde luego, que a partir de la interpretación que el TC ha fijado en su

sentencia de amparo, todos los jueces y tribunales deberán ajustar a ella sus decisiones. Lo que niega es que esa interpretación pueda regir con efectos retroactivos el caso de Doña María Elena Laguna.

Frente al auto de inadmisión del Supremo, se interpone recurso de amparo, que el TC estima. Según el TC, es cierto, como señala el Supremo, que el artículo 40.1 de la LOTC se refiere exclusivamente a las sentencias recaídas en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad que declaran la inconstitucionalidad de leyes o disposiciones con fuerza de ley. La retroactividad prevista en ese artículo sólo opera, pues, en relación con esas sentencias. Pero, según el TC, de ahí no se sigue que no existan otros cauces que permitan la revisión de las condenas penales en casos como el aquí enjuiciado. En concreto: según el TC, hay que entender que constituye un «hecho nuevo», a los efectos del motivo de revisión consignado en el artículo 954.4 de la LECr, «la declaración efectuada en la *ratio decidendi* de una Sentencia de amparo y según la cual vulnera el artículo 25.1 CE una determinada interpretación de un precepto sancionador en la medida en que supone incluir una acción u omisión que constitucionalmente no puede quedar comprendida en el tipo legal y que, en consecuencia, no constituye delito, falta o infracción administrativa según la legislación vigente en aquel momento» (FJ. 3).

Para llegar a esta conclusión, el TC tiene que afrontar dos cuestiones. En primer lugar, ¿contiene la Sentencia 111/1993 una declaración de inconstitucionalidad que tenga efectos generales y que permita revisar sentencias penales firmes? En segundo lugar, ¿debió interpretar el Supremo que alguno de los motivos enumerados en el artículo 954 de la LECr permite acoger la pretensión revisora de quien ahora recurre en amparo?

En cuanto a lo primero, el TC sostiene que la Sentencia 111/1993 no se limita a la estimación subjetiva de un derecho, «sino que contiene una declaración, dotada de plenos efectos frente a todos... a tenor de la cual una determinada interpretación del artículo 321.1 CP resulta contraria a la Constitución y su aplicación produce una vulneración del principio de legalidad penal». Y añade: «... en dicha Sentencia se contiene la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación que del mismo venían haciendo diversos Tribunales y, más en concreto, el propio Tribunal Supremo y, en última instancia, de la norma extraída del enunciado legal con la que éste venía resolviendo los supuestos de intrusismo en el ejercicio de las actividades propias de los Agentes de la Propiedad Inmobiliaria» (FJ. 4).

El TC es consciente de que dicha declaración de inconstitucionalidad no se explicita en el fallo de la Sentencia 111/1993. Sin embargo, considera que similares efectos debe producir la circunstancia de que dicha declaración se exprese como *ratio decidendi* de la sentencia. El TC anticipa la posible objeción

de que, si en la Sentencia 111/1993 pretendía declarar inconstitucional —con efectos generales— una determinada interpretación del artículo 321.1 CP, debería haber elevado una «autocuestión» al Pleno por el cauce previsto en el artículo 55.2 LOTC. Frente a tal objeción, el TC dice: «el Tribunal Constitucional, al haber declarado que se trataba de una interpretación *in malam partem* estimó que no era necesario recurrir a la vía prevista en el artículo 55.2 de la LOTC para expulsar del ordenamiento el precepto en cuestión o la norma deducida de su tenor literal, a pesar de ser un precepto penal y de operar aquí con mayor rigor el principio de seguridad jurídica» (FJ. 4).

Habiendo justificado la tesis de que la Sentencia 111/1993, a pesar de resolver un recurso de amparo, contiene una declaración de inconstitucionalidad de una determinada interpretación del artículo 321.1 CP, el TC pasa a examinar la segunda cuestión, relativa a si el Tribunal Supremo debió haber admitido el recurso de revisión en aplicación del artículo 954 LECr. Partiendo de la base de que debe operar aquí el principio *pro actione* (pues el recurso de revisión es más bien un supuesto de «acceso a la jurisdicción» que un verdadero recurso), el TC concluye que sí: el Supremo debió haber estimado aplicable el artículo 954 de la LECr, cuyo apartado cuarto establece que habrá lugar a la revisión de las sentencias penales «cuando después de la sentencia sobrevenga el conocimiento de hechos nuevos o de nuevos elementos de prueba, de tal naturaleza que evidencien la inocencia del condenado». Según el TC:

«La constatación de que una condena ha sido dictada respecto de acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituían delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento, “evidencia la equivocación del fallo” y debe permitir la revisión de la sanción...» (FJ. 5).

Para el TC, una Sentencia como la 111/1993 constituye un «hecho nuevo» que evidencia la equivocación del fallo que condenó a María Elena Laguna como culpable del delito de intrusismo del artículo 321.1. La equivocación del fallo reside en haber calificado como delito lo que en realidad no lo era. Es cierto que María Elena Laguna ejercía su profesión sin el preceptivo título de API, pero esta conducta no puede calificarse de delito de intrusismo bajo una interpretación adecuada del artículo 321.1 del CP.

Frente a la posible objeción de que, con esta decisión, el TC no se ajusta a lo prescrito por la LOTC (la cual sólo prevé explícitamente el efecto de la retroactividad para el caso de sentencias dictadas en procedimientos de declaración de inconstitucionalidad de la ley —artículo 40.1—, y no para el caso de sentencias de amparo), el TC argumenta lo siguiente: *a)* la retroactividad establecida por el artículo 40.1 de la LOTC supone una excepción a lo prevenido en el artículo 161.1.a) de la CE, que prescribe que la declaración de inconstitu-

cionalidad de una norma jurídica afectará a la jurisprudencia, pero «la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada»; b) la excepción introducida por el artículo 40.1 de la LOTC, «tiene su fundamento inequívoco, como no podía ser de otro modo, en la misma Constitución y, precisamente, en el artículo 25.1 que impide, entre otras determinaciones, que nadie pueda sufrir condena penal o sanción administrativa en aplicación de normas legales cuya inconstitucionalidad se haya proclamado por este Tribunal» (FJ. 5); c) este principio implícito en el artículo 25 no agota su concreción en lo dispuesto en el artículo 40.1 LOTC; ha de proyectarse en otros casos, como en el presente, lo que «presupone la existencia de cauces de revisión penal para lograr eliminar, en atención a lo querido por el artículo 25.1 CE, todo efecto de la Sentencia de condena dictada, en su día, conforme a una interpretación de la ley penal que ha sido desautorizada, por inconstitucional, en Sentencia dictada en recurso de amparo».

Por todo ello, el TC estima el amparo, declara que el auto del Tribunal Supremo vulnera el artículo 24 CE en relación con el artículo 25 CE, declara la nulidad de ese Auto, y ordena retrotraer las actuaciones para que el Supremo pueda dictar sentencia sobre el fondo del recurso de revisión.

3. PRIMER PROBLEMA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA EXIGENCIA DE INTERPRETACIÓN CORRECTA

1. Un primer problema que plantea el principio de legalidad penal es el siguiente: ¿hasta qué punto puede el TC fiscalizar la interpretación que el juez ordinario ha hecho de la legislación penal? El asunto es controvertido por la necesidad de encontrar un punto de equilibrio entre la necesidad de proteger el contenido del derecho a la legalidad penal del artículo 25 CE, por una parte, y la necesidad de respetar la reserva de jurisdicción a favor de los jueces ordinarios que establece el artículo 117.3 CE, por otra.

En efecto, si hacemos abstracción, por un momento, del artículo 117.3 CE y nos fijamos sólo en el derecho a la legalidad penal recogido en el artículo 25 CE, habremos de afirmar que el juez sólo respeta este derecho si *selecciona e interpreta correctamente* la legislación penal que estaba vigente en el momento de realizarse los hechos que se imputan al acusado. Para poder afirmar que se ha respetado el derecho a no ser condenado por un hecho que en el momento de producirse no constituía delito (o falta o infracción) de acuerdo con la legislación vigente en aquel momento, será necesario que el juez haya *calificado correctamente* los hechos relevantes como constitutivos de un delito (o falta o infracción) bajo la legislación vigente en el momento de realizarse los hechos,

y esto último sólo podrá afirmarse si el juez ha *seleccionado correctamente* cuál era la legislación vigente en el momento de realizarse esos hechos y ha *interpretado correctamente* esa legislación una vez seleccionada. Es obvio que si el juez condena sobre la base de una disposición legal que estaba derogada cuando se realizaron los hechos, o que entró en vigor después, no puede decirse en modo alguno que haya condenado por un hecho que constituía delito (o falta o infracción) según la legislación vigente en ese momento. Y es también claro que si el juez condena sobre la base de una disposición que estaba vigente, pero que no ha interpretado correctamente —en el sentido de que, correctamente interpretada, esa disposición no sanciona el tipo de acto que realizó el condenado—, tampoco puede decirse entonces que el juez ha condenado por un hecho que en el momento de producirse constituía delito (o falta o infracción).

Cabe sostener, por tanto, que cada vez que un juez condena sobre la base de una selección incorrecta, o de una interpretación también incorrecta, de la legalidad penal, viola el artículo 25 CE. Éste es el contenido que tiene este derecho frente a los jueces ordinarios: les impone la prohibición de condenar a una persona bajo una selección y/o interpretación incorrectas de la legalidad penal (2).

Ahora bien, esto no quiere decir que cada vez que un juez penal haya con-

(2) Del artículo 25 se pueden derivar otras exigencias. Por ejemplo, puede entenderse que el artículo 25 CE también exige al juez que determine correctamente cuál es el ámbito de validez espacial de la ley penal española. Así, en la Sentencia 75/1984, el TC resolvió un amparo (que estimó, por vulneración del art. 25 CE) contra una condena penal impuesta a una española por un aborto practicado en Londres: aquí el error del juez (que utilizó la figura del «fraude de ley») no versaba sobre el contenido de la disposición penal sustantiva, sino sobre su ámbito de validez espacial. Otro aspecto que puede extraerse del artículo 25 CE es la exigencia de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable. El TC se ha mostrado contrario a integrar en el artículo 25 el principio de retroactividad *in bonus* que ha reconocido en el artículo 9.3 CE, con la consecuencia de que no cabe invocar este principio en amparo (así, desde la STC 8/1981). Esta postura no ha sido compartida por todos los magistrados (en este sentido, véanse los votos particulares de los magistrados Rafael Mendizábal y Pedro Cruz a la STC 203/1994, así como el voto del primer magistrado citado a la STC 177/1994). De todos modos, en un caso reciente (STC 232/1997), el Tribunal se ha apartado de su criterio tradicional y ha estimado un recurso de amparo por violación del artículo 25 CE en un caso en el que el juez condenó por un hecho (exhibicionismo ante adultos) que constituía delito en el momento de producirse los hechos, pero no ya en el momento de enjuiciarse. En todo caso, el TC sí entra a conocer, a través del artículo 25 CE, de los casos en los que se ha aplicado una ley penal posterior a la vigente en el momento de los hechos bajo la idea de que se trata de la ley más favorable, y el recurrente alega que en realidad la más favorable era la vigente en el momento de los hechos (así, STC 21/1993). También el principio de doble incriminación en materia de extradición (artículo 13.3 CE) se puede integrar en el artículo 25 CE, a través de la regla *nulla traditio sine lege* (así, STC 11/1983). Del mismo modo, el TC ha entendido que forma parte del derecho del artículo 25 el principio *ne bis in idem* (STC 2/1981).

denado a una persona a partir de una selección o interpretación incorrectas de la legalidad penal, esa sentencia pueda ser impugnada con éxito ante el TC a través de un recurso de amparo. *El contenido del artículo 25 frente al juez ordinario no tiene por qué coincidir necesariamente con el contenido que ese mismo derecho tiene frente al TC.* Ello es así por razones institucionales: el artículo 117.3 CE reserva a los jueces ordinarios la potestad que consiste en «juzgar y hacer juzgar lo juzgado». El TC debe evitar convertirse en un tribunal de casación que unifica la interpretación de la legalidad penal.

La consideración conjunta de los artículos 25 y 117.3 lleva entonces a un dilema. Si el TC protege el derecho a la legalidad penal plenamente, estará invadiendo entonces la reserva de jurisdicción a favor de los jueces ordinarios. Si, por el contrario, se abstiene de enjuiciar la decisión del juez penal desde el punto de vista de la legalidad penal, respeta al máximo esa reserva, pero entonces se vacía de contenido al derecho del artículo 25 CE ante el TC.

¿Cómo debe el TC responder ante este dilema? A estos efectos, podemos distinguir tres tesis:

a) Una primera tesis pone todo el acento en el artículo 117.3 y sostiene, en consecuencia, que el TC no puede entrar a determinar si el juez ha seleccionado e interpretado correctamente la legislación penal. Es posible que el juez se haya equivocado, con la consecuencia de que es posible que se pueda afirmar que el recurrente ha sido condenado por unos hechos que no constituyen delito de acuerdo con la legislación vigente. Pero, por razones institucionales, el TC no puede verificar si ello es o no así: no es la última instancia judicial en materia penal. La cuestión de si el juez penal ha seleccionado e interpretado correctamente la ley penal es, pues, cuestión de mera legalidad ordinaria.

b) Una segunda tesis da prioridad, en cambio, al artículo 25 sobre el artículo 117.3 y sostiene, por ello, que el TC debe fiscalizar con plenitud si el juez ha errado a la hora de seleccionar e interpretar la legalidad penal. Toda condena penal basada en un error desde el punto de vista de la legalidad penal tiene, en virtud del artículo 25 CE, trascendencia constitucional. El TC no puede abstenerse de verificar la corrección jurídica de la condena, pues de lo contrario dejaría desprotegido el contenido del artículo 25. Hay que interpretar, pues, que en materia penal (en sentido amplio: como el ámbito de las sanciones), la regla del artículo 117.3 se ve sujeta a una excepción: el TC sí puede corregir las decisiones erróneas de los jueces —aunque sean erróneas desde el punto de vista de la legalidad ordinaria penal— porque así lo impone el derecho a la legalidad penal del artículo 25 CE, que es un derecho protegible en amparo.

c) Una tercera tesis, de alcance intermedio, intenta conciliar las exigencias contrapuestas de los artículos 25 y 117.3. De acuerdo con esta tesis, el TC puede proteger frente a las violaciones más claras del derecho a la legalidad

penal. No debe fijar cuál es la selección correcta de la legislación, ni cuál es la interpretación correcta, pero sí debe asegurar que la selección e interpretación del juez se muevan dentro de lo razonable. Existe un ámbito de selecciones e interpretaciones «posibles»: aunque sólo una sea la correcta, varias son posibles. Mientras se ajuste a unos criterios mínimos de razonabilidad, la interpretación (y selección normativa) del juez deberá ser aceptada a los efectos de resolver un recurso de amparo interpuesto a través del artículo 25. Dentro de esta tesis intermedia son posibles distintas versiones, según lo exigentes que sean esos criterios mínimos. Si son muy estrictos, la tesis puede desembocar en la tesis segunda: los criterios pueden llegar a coincidir con los criterios que, de entrada, debe respetar el juez para que su decisión sea no sólo «admisible» o «posible», sino pura y simplemente «correcta».

2. De la jurisprudencia del TC se puede extraer una doctrina favorable a la tesis intermedia, aunque los pronunciamientos son diversos y no siempre muy claros.

Así, no faltan autos y sentencias en los que el TC rechaza de entrada la solicitud del recurrente de que se examine si la condena penal que ha sufrido se basa en una selección y/o interpretación correctas de la legalidad penal. En esos casos parece inclinarse por la primera de las tesis que hemos expuesto anteriormente. Así, en la Sentencia 89/1983, traza una separación tajante entre infracción de ley penal e infracción de Constitución. Sostiene en ella que sólo en los tribunales del orden penal, «a través de los recursos que la Ley de Enjuiciamiento Criminal ofrece, puede buscarse la corrección de los defectos eventualmente producidos en tanto que éstos se reduzcan a errores en la interpretación de las leyes penales sustantivas, pues, de otro modo si se aceptase la identificación que el recurrente propone entre infracción de ley e infracción constitucional, el recurso constitucional de amparo resultaría desnaturalizado para transformarse en un recurso universal de casación...» (FJ. 2.º). Luego añade que «una aplicación defectuosa de la Ley penal puede implicar también, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo», lo que parece indicar que sólo cabrá acudir en amparo cuando la interpretación defectuosa de la ley penal lesione un derecho amparable *distinto del artículo 25 CE*. En esta línea se mueven también otras resoluciones (así, AATC 58/1985 y 267/1985; SSTC 69/1989, 135/1989 y 54/1996).

Sin embargo, el TC no deja de ser consciente de la existencia del derecho a la legalidad penal como derecho específico y protegible en amparo, lo que le lleva normalmente a entender que es competente para examinar si es o no aceptable la selección e interpretación normativas que ha hecho el juez penal.

A veces este examen es muy minucioso, lo que parece indicar que el TC asume más bien la tesis segunda que hemos visto más arriba. Así, por ejemplo, en las Sentencias 137/1995 y 24/1996, el TC despliega razonamientos muy detallados acerca de las cuestiones de legalidad penal controvertidas, lo que muestra hasta qué punto se toma en serio su tarea de asegurar que el recurrente no haya sido condenado por un acto que no es en realidad delito según la legislación ordinaria aplicable al caso.

La línea que, con todo, aparece como dominante en la jurisprudencia del TC es la que sigue la tercera tesis, de carácter intermedio. Esta tesis se expresa de distinto modo en las diversas resoluciones. A veces el TC dice que lo único que debe verificar es si la decisión condenatoria del juez cuenta con una «cobertura indiciaria» en la ley (así, ATC 324/1984). Otras veces dice que de lo que se trata es de garantizar que la selección e interpretación normativas no sean «manifiestamente irrazonables» ni constituyan un «error patente» (ATC 943/1986, STC 17/1988, ATC 189/1989, STC 244/1994, STC 23/1995). El TC adopta, pues, una postura intermedia, a fin de conciliar las exigencias de los artículos 25 y 117.3 CE. La incógnita que subsiste es la de determinar cuán estrictos son los criterios que utiliza el TC para poder aceptar como razonable la selección e interpretación jurídicas que ha llevado a cabo el juez.

Recientemente, el TC ha intentado concretar cuáles son esos criterios. Así, en la Sentencia 137/1997, el Tribunal sostiene lo siguiente:

«... aunque en alguna medida pudiera considerarse que toda interpretación y aplicación incorrecta de un tipo sancionador puede equivaler a una sanción de conductas situadas fuera de los supuestos previstos en la norma sancionadora, dicha consideración es, en rigor, ajena a la perspectiva constitucional: no toda interpretación y aplicación incorrecta, inoportuna o inadecuada del tipo sancionador comporta una vulneración del principio de legalidad penal ni la del derecho fundamental que *ex* artículo 25.1 CE lo tiene por contenido.

Desde el punto de vista del enjuiciamiento constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora del principio de legalidad penal, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas interpretativas y valorativas extravagantes en relación al ordenamiento constitucional vigente. Nuestro control queda, pues, delimitado en cuanto a su finalidad por el objetivo de evitar que las resoluciones judiciales impidan a los ciudadanos «programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente» (STC 133/1987, Fundamento jurídico 5.º), y, en cuanto a los criterios y pautas de enjuiciamiento, por la verificación del respeto del tenor de los preceptos sancionadores aplicados, así como de la coherencia lógica y sis-

temática de las pautas metodológicas y valorativas en la interpretación y aplicación de dichos preceptos» (FJ. 7).

Estos criterios se reiteran en las Sentencias 151/1997, 225/1997, 232/1997, 236/1997 y 56/1998. ¿Cuán estrictos son? Depende de cómo los aplique el TC en la práctica. Potencialmente, esos criterios pueden llevar al TC a efectuar un control muy intenso de la interpretación realizada por el juez penal, pues en definitiva esos criterios semánticos (el tenor literal), lógicos (la coherencia) y axiológicos (los valores), vienen a coincidir con los criterios ordinarios a los que debe ajustarse una interpretación para ser correcta. Si el TC los aplicara con rigor, estaría apartándose de la tesis intermedia acerca del grado de control y aproximándose a la segunda tesis, de plena protección del contenido del artículo 25 a costa de la reserva de jurisdicción del artículo 117.3. Seguramente el TC no irá lejos en esa dirección, pero se aprecia en él una tendencia a examinar con mayor cuidado los recursos (al amparo del 25 CE) contra las sentencias penales por ser errónea la selección o interpretación de las disposiciones jurídicas aplicadas, que los recursos (bajo el 24 CE) contra sentencias no penales. (En la STC 151/1997, FJ. 4.º, se dice explícitamente que el test del art. 25 CE es más riguroso que el del art. 24 CE, en su vertiente de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho: la interpretación del juez penal se somete a un escrutinio más estricto, que no se conforma con la mera ausencia de arbitrariedad o manifiesta irrazonabilidad). De momento, ésta es la doctrina más reciente acerca del problema que nos ocupa, aunque debe señalarse que en algún caso no ha sido seguida explícitamente (así, en la Sentencia 41/1998, el TC se limita a constatar que la interpretación del juez penal no es «lógica o arbitraria», y cita en su apoyo la sentencia 89/1983, que es la que trazó una distinción tajante entre infracción de ley e infracción de Constitución).

Con esta doctrina del TC (que gira en torno a la tesis intermedia) se pone de manifiesto una vez más la importancia de distinguir entre el contenido de un derecho frente a los jueces ordinarios y el contenido de ese mismo derecho frente al TC (3). Lo que la Constitución protege frente al juez ordinario no es

(3) Suscribimos plenamente las siguientes palabras de JAVIER JIMÉNEZ CAMPO, en *Comentarios a la Constitución española de 1978*, tomo IV, dirigidos por ÓSCAR ALZAGA (Cortes Generales y Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1996), págs. 496-497: «La cuestión sustantiva del contenido del derecho viene así condicionada, a menudo, por la cuestión jurisdiccional. Los derechos a la tutela judicial efectiva, sin indefensión (art. 24.1 CE), a ser presumido inocente (art. 24.2 CE) o —en ilustración que podría proseguir— a la igualdad en la aplicación judicial del Derecho (art. 14 de la CE) han sido construidos en la jurisprudencia constitucional de acuerdo con un *standard* de deferencia o de respeto al juez ordinario que resulta, vista esta disociación jurisdiccional, inevitable, pero que no debe confundir sobre su carácter instrumental. Acaso derechos como los citados puedan o deban ser «otra cosa» ante la jurisdicción ordinaria, precisamen-

siempre coextensivo con lo que el TC puede proteger frente a ese mismo juez a través del recurso de amparo. El artículo 25 CE exige al juez ordinario que seleccione e interprete correctamente la ley penal (y no sólo que su selección e interpretación estén dentro de lo posible o razonable a la luz de ciertos criterios mínimos), lo cual no quiere decir que en un recurso de amparo el TC puede hacer efectiva esta exigencia en todo su alcance y plenitud (4).

Son razones institucionales las que llevan al TC a dar al derecho del artículo 25 CE, a los efectos del recurso de amparo, un alcance menor del que tiene frente al juez penal. No ser consciente de que son razones institucionales, y no razones de fondo relativas a la definición del derecho, puede llevar a efectos indeseables. Así, puede ocurrir que los jueces entiendan erróneamente que el hecho de que determinada interpretación de la ley penal no es, según el TC, «irrazonable», significa automáticamente que es una interpretación correcta (5). Por su parte, el TC puede tener que recurrir a razonamientos algo forzados, como de hecho ocurre a veces. Así, por ejemplo, en la Sentencia 30/1996, el TC dice que no es tarea suya revisar la interpretación del juez penal, sino sólo determinar si la conducta está prevista en una ley previa y cierta (FJ. 3, le-

te porque en su garantía los tribunales no vienen ya obligados a observar la distancia deferente que, por imperativo constitucional, mantiene el Tribunal Constitucional cuando controla actos u omisiones del Poder Judicial». Esta observación se puede extender, nos parece, al derecho a la legalidad penal del artículo 25 de la CE.

(4) En los Estados Unidos ha hecho fortuna la distinción ensayada por Lawrence Sager entre el alcance de una cláusula constitucional y el alcance de su aplicación judicial, que puede ser menor [«Fair Measure: The Status of Underenforced Constitutional Norms», 91 *Harvard Law Review*, 1212 (1978)]. Por razones institucionales, explica Sager, los jueces federales pueden tener que dar a una cláusula constitucional un contenido efectivo menor del que tiene en realidad (la cláusula resulta entonces «infra-aplicada» —*underenforced*). Así, lo que la Constitución exige al legislador no coincide con lo que los jueces federales pueden hacer efectivo frente al legislador, y lo que la Constitución exige a los jueces estatales puede no coincidir con lo que los jueces federales pueden imponer a éstos al revisar sus sentencias. Del mismo modo, podemos decir que, a través de la tesis intermedia, el TC protege en amparo un alcance menor del artículo 25 CE del que éste tiene en estado puro. Frente a los jueces ordinarios, el TC «infra-aplica» —*underenforces*— el derecho del artículo 25 CE.

(5) FRANCISCO CAAMAÑO: «El recurso de amparo y la reforma peyorativa de los derechos fundamentales: el denominado contra-amparo», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 47, 1996, págs. 148-153, ha denunciado la creciente tendencia de los jueces a confundir el contenido mínimo que el TC protege en amparo con la totalidad del derecho fundamental, olvidando que son sólo razones institucionales y no de contenido sustantivo las que impiden al TC estimar que se ha violado un derecho en ciertos casos. Así, por ejemplo, lo que sea «indefensión» a los efectos del recurso de amparo interpuesto por la vía del 24 CE no coincide con —sino que es sólo un caso extremo de— la indefensión que los jueces ordinarios están llamados a evitar. En el mismo sentido, JUAN MONTERO AROCA: *Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pág. 144, nota 27.

tra C). Pero, ¿cómo puede saber si la conducta está prevista en la ley sin interpretar ésta? De modo similar, en la Sentencia 34/1996, el TC razona primero que el juez penal no ha hecho una aplicación analógica, sino que ha respetado la voluntad del legislador, y luego dice que el TC no puede revisar la interpretación del juez (FJ. 5). Pero ¿cómo ha podido el TC llegar a la primera conclusión sin revisar indirectamente la interpretación del juez? Lo que en realidad quiere decirse es que el TC no puede controlar con plenitud que se haya respetado el derecho del artículo 25 CE: sólo puede asegurar que la decisión del juez en materia de selección e interpretación de la ley penal satisfaga un mínimo de razonabilidad. Lo que cambia es la intensidad del control, no la materia misma sobre la que ese control se proyecta. Esta identidad en la materia se pone de manifiesto, por cierto, en lo siguiente: en relación con el derecho del artículo 25 CE, el TC acepta que se ha cumplido con la carga de invocar en la instancia el derecho vulnerado (art. 44.1.c) de la LOTC) si en ella se ha alegado que el hecho por el que se sanciona no es típico y antijurídico de acuerdo con la ley penal vigente (así, STC 246/1991, FJ. 3); o que la calificación jurídica de la infracción no es correcta (STC 182/1990, FJ. 4). El TC no exige que se haya alegado el principio de legalidad penal en cuanto tal, ni que se haya invocado el artículo 25 CE.

3. La STC 111/1993, que hemos descrito con anterioridad para hacerla objeto de nuestro comentario, se sitúa dentro de esta doctrina dominante que hemos identificado con la tesis intermedia. El TC rechaza claramente la tesis segunda, maximalista, pues es consciente de que no puede convertirse en un tribunal de casación penal:

«De concluirse, sin más, que las Sentencias recurridas se han limitado a aplicar el artículo 321.1 del Código Penal en virtud de una de las posibles interpretaciones que dicho precepto admite, sería ciertamente limitada la posibilidad de revisarlas en esta vía de amparo. Pues, según ha declarado este Tribunal en reiteradas ocasiones, no le compete la tarea de sustituir a los Jueces y Tribunales ordinarios en el ejercicio de la facultad de interpretación y aplicación de la Ley...; ni, en consecuencia, decidir cuál de las posibles interpretaciones de la legalidad es la correcta, uniformando de esta suerte las líneas doctrinales de una jurisdicción determinada, por más que, en determinados casos, los instrumentos procesales requeridos al efecto no estén a disposición de las partes» (FJ. 5).

Según el TC, pues, su tarea se limita a garantizar que la condena penal esté basada en una interpretación (y, debe añadirse, selección) «posible» de la legalidad penal ordinaria. En el caso concreto del artículo 321.1 del CP, el TC estima que la interpretación bajo la que se ha condenado al recurrente está fuera del círculo de las «interpretaciones posibles». En efecto:

«... debe comenzarse por señalar que, en realidad, dicha subsunción no obedece a los resultados de una cierta interpretación, no por discutible menos posible, del tenor literal de la mencionada disposición, sino que constituye un verdadero supuesto de extensión *in malam partem* del alcance del tipo en cuestión a supuestos que no pueden considerarse incluidos en él, que vulnera frontalmente el principio de legalidad penal» (FJ. 7).

Si la interpretación del juez penal está dentro de las interpretaciones «posibles» (aunque «discutibles») de la disposición penal, el TC debe aceptar esa interpretación y no puede revisarla en un recurso de amparo en el que se dice violado el principio de legalidad penal del artículo 25; pero si la interpretación del juez no es una de las interpretaciones posibles, y sobre la base de tal interpretación se ha sancionado a una persona, entonces el TC puede estimar el recurso de amparo interpuesto frente a la sentencia condenatoria.

Obsérvese que, de acuerdo con este criterio, si el juez penal ha condenado sobre la base de una interpretación posible de la disposición penal, pero resulta que la interpretación correcta es otra, y sucede además que bajo esta última interpretación la conducta no constituye delito mientras que bajo la primera sí lo constituye, entonces el juez ha realizado una interpretación extensiva *in malam partem*, a pesar de lo cual el TC *no podrá revisar* en este caso la sentencia, pues la interpretación por la que ha optado el juez es una de las «posibles», aunque (por hipótesis) se trate de una interpretación «incorrecta».

Un ejemplo puede aclarar este extremo. El antiguo Código Penal de 1973 consideraba que era asesinato el homicidio doloso cometido con «veneno» (art. 406.3). Se puede discutir si causar dolosamente la muerte de un diabético suministrándole azúcar constituye un caso de asesinato, por ser en estas circunstancias el azúcar un tipo de «veneno». Supongamos que tanto la respuesta afirmativa como la negativa son «posibles», y que la interpretación que finalmente se considera correcta es la segunda: la expresión «veneno» no debe interpretarse que cubre el supuesto del azúcar suministrado al diabético. En tal caso, si un juez penal opta por la otra interpretación, está interpretando extensivamente *in malam partem*: está interpretando la expresión «veneno» más allá de lo que, en realidad, correctamente interpretada, debe entenderse que cubre. Pero, dado que se trata (por hipótesis) de una interpretación «posible», el TC no la puede corregir en un recurso de amparo (6).

(6) Un caso real: ¿puede castigarse como autor de un delito de prevaricación (art. 358 del Código de 1973) a quien no es funcionario? En la Sentencia 41/1998, el TC dice que tanto la respuesta positiva como la negativa constituyen interpretaciones posibles, por lo que no cabe concluir que la condena penal que se fundamenta en la primera interpretación viola el artículo 25 CE. El TC dice que «cuál de las diversas interpretaciones posibles de la ley penal es la más correcta es

Este ejemplo muestra que si el TC tuviera que rechazar toda interpretación extensiva (y no sólo aquella que, además de extensiva, esté fuera del ámbito de «lo posible»), entonces necesariamente tendría que determinar cuál es la interpretación correcta de la ley penal. Ello es así porque para determinar si el juez ha realizado o no una interpretación extensiva, *es necesario que previamente se haya fijado cuál es la interpretación correcta*. Sólo si aceptamos que la interpretación correcta de la palabra «veneno» excluye el caso del azúcar, por ejemplo, podemos afirmar que ha efectuado una interpretación extensiva el juez que ha interpretado lo contrario; si, en cambio, aceptamos que la interpretación correcta es la que incluye el supuesto del azúcar, entonces el juez que así lo ha entendido no ha llevado a cabo una interpretación extensiva.

Sin embargo, en la Sentencia 111/1993 el TC parece decir en algún momento que, por exigencias del artículo 25 CE, debe amparar *siempre* a quien haya sido condenado sobre la base de una interpretación extensiva. Pero esto no puede ser así, si se parte de la idea de que el TC debe aceptar las interpretaciones del juez ordinario siempre que se mantengan dentro del ámbito de «lo posible». Si la regla de «lo posible» es la que debe aplicar el TC, entonces no debe proteger frente a toda condena que se base en una interpretación extensiva, sino sólo frente a aquéllas que se basen en una interpretación extensiva que, *además, no sea «posible»*.

En el caso concreto que el TC tuvo que resolver en la Sentencia 111/1993, seguramente la interpretación del juez penal podía calificarse como una interpretación que estaba fuera de lo «posible». El argumento que apelaba a la génesis y ubicación sistemática del artículo 321.1 CP era de suficiente peso como para justificar la conclusión de que la interpretación del juez ordinario, que fue distinta de la que este argumento imponía, era inadmisibile (7).

una cuestión ajena al derecho fundamental a la legalidad que enuncia el artículo 25.1 CE como derecho fundamental» (FJ. 6.º). He aquí una ilustración más de lo que se dice en el texto: es claro que si la interpretación más correcta es la tesis negativa (cosa que el TC no descarta como posibilidad), entonces el juez que ha condenado a quien no es funcionario ha aplicado extensivamente el tipo, a pesar de lo cual el TC no puede estimar el recurso de amparo (porque la otra interpretación, aunque «menos correcta», es, con todo, «posible»).

(7) De todos modos, esto puede ser puesto en tela de juicio. Así, ALBERTO JORGE BARREIRO: «El recurs d'empara: una supercassació penal? (Les zones de penombra entre la jurisdicció constitucional i l'ordinària)», en *Justifòrum*, núm. 2, II época, noviembre 1994, sostiene que el TC no puede estimar irrazonable la interpretación según la cual el título de API, aunque no sea un título universitario, sí es un título académico. La identificación que establece el TC entre título académico y título universitario es probablemente correcta, argumenta este autor, pero no es claro que una interpretación distinta (por la que ha abogado un sector de la doctrina y de la jurisprudencia) no sea posible (págs. 103-106).

4. Hasta aquí hemos analizado el problema del grado de severidad con la que el TC debe revisar la corrección de la interpretación que un juez ha hecho de la legislación penal aplicable, y hemos presupuesto que lo que se discute es si esa interpretación se ajusta a la voluntad del legislador penal cuyos textos hay que interpretar. Pero ¿qué ocurre cuando, aparte del derecho constitucional a la legalidad penal, están afectados otros derechos fundamentales?

En materia penal, los derechos fundamentales pueden aparecer en tres planos distintos. En primer lugar, muchos de los bienes jurídicos protegidos por las normas penales son derechos fundamentales (8). En segundo lugar, la pena puede consistir en la privación de un derecho fundamental. En tercer lugar, la conducta prohibida por la norma penal puede estar relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental.

A nuestro juicio, el TC debería tener en cuenta esta triple presencia posible de los derechos fundamentales a la hora de controlar la aceptabilidad de la interpretación (y selección normativa) que ha realizado el juez penal. Creemos que la línea a seguir es la siguiente:

a) En general, el hecho de que las normas penales protejan bienes que normalmente tienen rango de derecho fundamental no debería llevar al TC a controlar con intensidad la interpretación del juez penal. El TC no puede convertirse en el último intérprete de la ley penal por el hecho de que ésta proteja, ante todo, derechos fundamentales.

b) En cambio, el TC sí debería controlar con mayor rigor las interpretaciones judiciales en los casos en los que la condena ha supuesto la privación de determinados derechos fundamentales cuya importancia es tal que es aconsejable que el TC se convierta en una instancia a través de la cual se extremen las garantías para el condenado. Así, las condenas privativas de libertad (que afectan al derecho del art. 17 CE), o de inhabilitación (que afectan al derecho del art. 23 CE o al del art. 35 CE) deben ser examinadas por el TC con mayor cuidado que las condenas al pago de una multa, por ejemplo (9).

(8) De hecho, algunos autores consideran que la ley penal sólo debe intervenir para proteger los bienes jurídicos de rango constitucional. En este sentido, LUIGI FERRAJOLI: *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid, 1995, págs. 335-336, y, JESÚS MARÍA SILVA SÁNCHEZ: *Aproximación al Derecho Penal contemporáneo*, Bosch, Barcelona, 1992, págs. 272-275.

(9) En este sentido, debe ponerse de relieve el cuidado con el que el TC ha examinado tradicionalmente los recursos en los que se alega violación de la libertad personal del artículo 17 CE en cualquiera de sus manifestaciones. Así, el TC ha entrado con detalle a verificar la corrección de las decisiones judiciales que afectan a la libertad personal: ha examinado con profundidad las cuestiones relativas a la determinación de la pena futura a los efectos del cálculo de la duración de la prisión preventiva (STC 9/1994), los motivos por los que se puede decretar esta medida cautelar (SSTC 128/1995 y 98/1997), los motivos por los que se puede denegar a un preso la progre-

c) El TC debe entrar de lleno a verificar si es correcta la interpretación del juez penal, sin necesidad de mantener distancias de deferencia institucional, en los casos en los que la conducta sancionada está relacionada con el ejercicio de un derecho fundamental. Ello es así porque el TC es el supremo intérprete de la Constitución (art. 1.1 LOTC) y puede, por tanto, decidir con plenitud de jurisdicción si la condena penal es o no constitucional desde el punto de vista de la conducta sancionada.

Así, por ejemplo, la interpretación de tipos penales como la injuria, la calumnia, el desacato, la apología del terrorismo y el escándalo público debe tener en cuenta el derecho a la libertad de expresión e información (art. 20 CE). La interpretación del tipo que castiga el aborto consentido debe tener en cuenta el derecho a la integridad y libre desarrollo de la personalidad de la mujer (arts. 15 y 10 CE). La interpretación del delito de coacciones realizadas con ocasión de una huelga habrá de tener en cuenta el valor de este último derecho (art. 28 CE), etc... En casos de este tipo, no se trata de asegurar que la interpretación de la disposición sancionadora esté dentro de las interpretaciones «posibles», sino de algo más: se trata de garantizar que determinados derechos fundamentales (distintos del principio de legalidad reconocido en el art. 25) sean respetados.

Dentro de esta tercera categoría de supuestos, habría que distinguir, a su vez, dos tipos de casos:

En primer lugar, es posible que la conducta esté protegida *absolutamente*, con la consecuencia de que ninguna sanción puede recaer sobre la persona que la ha realizado. Si ello es así, hay que concluir que, o bien la ley penal aplicada es inconstitucional, o bien el juez debió interpretar que la ley penal incorpora una excepción implícita basada en el derecho fundamental. El TC debe conocer del fondo del asunto con plenitud, y debe decidir si es o no constitucional la ley penal aplicable, o cuál es la interpretación constitucionalmente correcta de esa ley.

En segundo lugar, es posible que la conducta esté protegida sólo *relativamente*: la conducta cae fuera del ámbito del derecho fundamental de que se trate, pero está estrechamente unido a él, de tal manera que es lícito constitucio-

sión al tercer grado penitenciario (STC 48/1996), las causas que pueden justificar la denegación de un permiso de salida (STC 112/1996), las condiciones temporales bajo las cuales puede acordarse una prórroga de la prisión preventiva (SSTC 158/1996 y 56/1997). No es de extrañar, pues, que también la privación de libertad como consecuencia de una condena penal sea examinada con mayor rigor por el TC, como se pone de manifiesto en la STC 43/1997, por ejemplo, en la que el Tribunal estima que el juez penal no ha motivado suficientemente la agravación de la pena impuesta. El TC ha extendido este escrutinio más cuidadoso a las medidas de internamiento impuestas a un menor de edad penal (así, STC 61/1998).

nalmente sancionar esa conducta pero no es lícito hacerlo con una pena tan grave como la que se ha impuesto a la persona condenada. El TC debe conocer el amparo en toda su dimensión constitucional y verificar si la sanción penal es o no proporcionada a la luz del dato de que la conducta afectada está conectada con un derecho fundamental (aunque rebase sus límites). La ley penal puede ser inconstitucional, o habrá que interpretarla de tal modo que no cubra los casos de esa naturaleza. Así, por ejemplo, en la Sentencia 85/1992, el TC estima un amparo por violación del artículo 20 CE. Según el TC, la condena por desacato no es constitucionalmente correcta, pero no porque la conducta sancionada se realizara dentro de los límites de la libertad de expresión, sino porque sería desproporcionado castigar esa conducta —conectada a esa libertad, aunque fuera de sus límites— con la pena prevista en el delito de desacato, debiéndose imponer en su lugar la pena de la falta de vejación leve (10). (Un razonamiento similar se desarrolla en el voto particular del magistrado Tomás Vives Antón a la STC 46/1998, que desestimó un recurso de amparo contra una sentencia penal que condenó por delito de desacato: según este magistrado, el TC debió estimar el amparo, a pesar de que el recurrente rebasó los límites de la libertad de expresión; la razón es que «en supuestos como el aquí enjuiciado, que carecen de suficiente gravedad, no puede utilizarse como medida sancionadora la pena criminal grave, dado que semejante instrumento represivo conlleva un “efecto de desaliento” sobre la libertad de expresión, incompatible con la tutela del derecho fundamental»).

Creemos que es en los supuestos pertenecientes a esta tercera categoría en los que el TC debe proteger el derecho a la legalidad penal del artículo 25 CE en toda su plenitud. Es cierto que en estos casos, en los que está afectada una conducta perteneciente o próxima al ámbito de libertad constitucionalmente garantizada, el derecho del artículo 25 queda relegado a un segundo plano en relación con el derecho fundamental autónomo de que se trate. Pero no hay obstáculo alguno de carácter teórico que impida sostener que la interpretación de la ley penal que no ha tenido en cuenta el derecho autónomo supone, no sólo una lesión de éste, sino también del derecho a la legalidad penal del artículo 25 CE. Por ello, en los casos en los que el derecho autónomo no es de los amparables (como ocurre con el derecho a la libre elección de profesión u oficio del artículo 35 CE, en el caso de la STC 111/1993) será posible acudir en amparo por la vía del artículo 25 CE para sostener que la condena es constitu-

(10) La sentencia viene acompañada de un importante voto particular del magistrado Álvaro Rodríguez Bereijo, que critica el uso que la mayoría hace del principio de proporcionalidad, que a su juicio puede llevar al TC a invadir la reserva de jurisdicción a favor de los jueces ordinarios.

cionalmente incorrecta por no haberse ajustado a la Constitución la interpretación del juez penal.

El TC dice a veces que no ha habido lesión del artículo 25 CE (porque el tipo penal existía) pero sí del derecho autónomo (que debió estimarse aplicable como causa de justificación). Esta postura es frecuente en los casos en los que está afectado el derecho a la libertad de expresión e información. Así, por ejemplo, entre otras, en las Sentencias 51/1989, 65/1991, 143/1991, 15/1993, 157/1996. Pero bien pueden presentarse las cosas de otro modo: puede decirse perfectamente que si al interpretar y aplicar el tipo de las injurias, por ejemplo, el juez no tiene en cuenta, como causa de justificación, la libertad de expresión como derecho fundamental, entonces no interpreta y aplica correctamente la disposición penal que castiga la injuria: no interpreta ésta de conformidad con la Constitución. Vulnera, por ello, no sólo el artículo 20 CE, sino también el artículo 25 CE.

5. A la vista de todo lo anterior, ¿cómo calificar el problema interpretativo que se planteó en la Sentencia 111/1993? Lo interesante de este caso es su naturaleza «mixta», pues el error interpretativo que, según el TC, cometió el juez penal es doble: éste no captó adecuadamente la voluntad del legislador penal, y, además, no tuvo en cuenta ciertos principios constitucionales. Así, según vimos en su momento, el TC ofrece dos argumentos para justificar su conclusión de que es inadmisibles la interpretación según la cual el título de API es un «título oficial» a los efectos del delito de intrusismo castigado en el artículo 321.1 del CP.

El primer argumento, relativo a los antecedentes legislativos y a la colocación sistemática del precepto, es de mera legalidad ordinaria: no apela para nada a ningún valor constitucional.

El segundo argumento, en cambio, sí es de carácter constitucional: según el TC, supone una quiebra del principio de proporcionalidad de la pena (art. 1.1 CE), en conexión con el derecho a la libre elección de profesión u oficio (art. 35 CE), sancionar con una pena tan grave como la prevista en el artículo 321.1 CP (prisión menor) a quien desempeña una profesión que no afecta a intereses públicos de gran entidad. Dado que esta sanción sería desproporcionada a la luz de la Constitución, hay que interpretar que el artículo 321.1 del CP no ha querido incluir dentro del concepto «títulos oficiales» a los títulos que no son académicos (es decir, universitarios).

En este caso, pues, el TC ofrece dos argumentos que convergen en la misma conclusión: tanto a la luz de la voluntad del legislador penal (primer argumento), como a la luz de la voluntad de la Constitución (segundo argumento), la interpretación correcta del artículo 321.1 del CP excluye del término «título

oficial» los títulos no académicos, como por ejemplo los títulos de API. Seguramente, el primer argumento bastaba para estimar el amparo bajo el artículo 25 CE: puede aceptarse que el error interpretativo del juez era suficientemente claro como para poder afirmar que su interpretación se situaba fuera del ámbito de lo posible. Pero el segundo argumento era necesario, nos parece, para poder afirmar que, además de estimar el amparo, el TC declaró la *inconstitucionalidad* de la interpretación que hizo el juez penal. Ello es crucial, como vamos a ver, a la hora de afrontar el segundo problema que anunciamos al comienzo: el relativo a la revisión de las condenas penales firmes.

4. SEGUNDO PROBLEMA: EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y LA REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS PENALES FIRMES

1. Si en un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, el TC declara inconstitucional determinada disposición de ley, es claro qué es lo que debe ocurrir con respecto a las sentencias penales firmes con valor de cosa juzgada en las que se aplicó esa disposición. El artículo 40.1 de la LOTC establece con claridad que se podrán revisar esas sentencias si, como consecuencia de la nulidad de la norma aplicada, resulta una reducción de la pena o una exclusión, exención o limitación de la responsabilidad. El cauce para lograr esta revisión no está claramente establecido en la legislación procesal, pero parece que hay que acudir al tribunal que se encargó de la ejecución de la sentencia, al igual que ocurre cuando la promulgación de una ley penal más favorable obliga a revisar la sentencia en la que se aplicó la ley anterior (11). En todo caso, no es necesario interponer el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.

Ahora bien, el problema de la revisión de las sentencias se complica conforme nos alejamos del caso regulado explícitamente por el artículo 40.1 LOTC. En efecto:

2. Puede ocurrir que el TC, al resolver un recurso o cuestión de inconstitucionalidad, no declare inconstitucional la ley, pero sí determinada *interpretación* de la misma. Puede suceder que esta declaración se lleve al fallo, o que aparezca como *ratio decidendi* en la argumentación. En el primer caso, creemos que es aplicable el artículo 40.1 LOTC. Es cierto que la Sentencia no es una «sentencia declaratoria de la inconstitucionalidad de Leyes, disposiciones

(11) Así, por ejemplo, Disposiciones Transitorias 3.ª, 4.ª y 5.ª del nuevo Código Penal aprobado por LO 10/1995.

o actos con fuerza de ley». Pero sí es una sentencia que declara la inconstitucionalidad de determinada interpretación de una disposición con fuerza de ley y, en este sentido, puede decirse que el Tribunal ha declarado la nulidad de una *norma*, pues norma es cada una de las diversas interpretaciones de una disposición (véase, en este sentido, la STC 109/1988). Si en una sentencia penal se aplicó esta norma —es decir, esta interpretación de la disposición—, la sentencia debe poder ser revisada en virtud del artículo 40.1 LOTC. Más discutible es el segundo caso, en el que la declaración del TC no se ha llevado al fallo. De todos modos, nos inclinamos a pensar que, si la declaración se expresa claramente en la *ratio decidendi* de la sentencia, la solución debe ser la misma (aunque es aconsejable que el TC explicité siempre en el fallo la interpretación conforme). En ambos casos, creemos que el precepto que impone esta retroactividad es el artículo 40.1 LOTC.

3. La cuestión se torna más compleja cuando la declaración acerca de la inconstitucionalidad de una determinada interpretación se hace en una sentencia que resuelve un *recurso de amparo*. Éste es el problema que plantea la Sentencia 111/1993 y que el TC trata de resolver en la 150/1997.

El artículo 40.1 LOTC no se refiere a declaraciones realizadas en sentencias de amparo, sino sólo a las que se produzcan en los procesos de «declaración de inconstitucionalidad». ¿Puede aplicarse este artículo por analogía? En la Sentencia 150/1997, el TC rechaza esta posibilidad. Afirma, en efecto, que tiene razón el Tribunal Supremo cuando sostiene en su auto que el artículo 40.1 LOTC no es aplicable a las sentencias de amparo del TC, y añade:

«El Tribunal Constitucional, que vela por la pureza de los distintos procesos constitucionales, así debe proclamarlo de nuevo en esta ocasión, ratificando esta afirmación del Tribunal Supremo» (FJ. 3).

Ahora bien, según hemos visto, el TC establece que, ello no obstante, la Sentencia 111/1993 (recaída en un recurso de amparo) contiene una «declaración de inconstitucionalidad» dotada de efectos generales y retroactivos. El TC entiende que estos efectos generales y retroactivos deben producirse en méritos del artículo 25 CE: considera que es contrario al principio de legalidad penal que alguien sea condenado en virtud de una interpretación constitucionalmente inadecuada de un precepto penal. Y entiende que el cauce procesal idóneo para lograr la revisión de la sentencia penal es el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, que puede articularse a través del motivo cuarto del artículo 954 de la LECr («hechos nuevos... que evidencien la inocencia del condenado»). Esta tesis del TC merece los siguientes comentarios:

a) En primer lugar, es dudoso que el TC haya logrado «preservar la pureza de los distintos procesos constitucionales» por el mero hecho de apoyar su

decisión en una interpretación extensiva del artículo 954.4 LECr en lugar de apoyarla en una aplicación analógica del artículo 40.1 LOTC, como creemos que debería haber hecho. En efecto, lo cierto es que a partir de la doctrina sentada en la Sentencia 150/1997, determinadas sentencias de amparo (las que rechazan explícitamente, por inconstitucionales, determinadas interpretaciones de la ley) tienden a equipararse a las sentencias recaídas en procesos de «declaración de inconstitucionalidad» en las que se rechazan, también por inconstitucionales, determinadas interpretaciones de la ley: en ambos casos se produce el efecto de «expulsar» del ordenamiento una determinada interpretación de la ley, con la consecuencia de que, si se trata de una ley sancionadora, se pueden revisar las condenas que fueron impuestas en el pasado en aplicación de esa interpretación que el TC ha desautorizado más tarde. Es cierto que el TC no fundamenta estos efectos generales y retroactivos de la sentencia de amparo en el artículo 40.1 de la LOTC, sino directamente en el artículo 25 de la CE (en el que encuentra sustento el propio art. 40.1 LOTC), en combinación con una interpretación extensiva de los motivos de revisión enumerados en el artículo 954 de la LECr. Pero la «pureza» de los distintos procesos no se mantiene por el mero hecho de encajar un determinado efecto jurídico en una disposición (el art. 954.4 LECr) en lugar de otra (el art. 40.1 LOTC). Si ocurre que, en realidad, se han equiparado en un extremo importante las sentencias dictadas en amparo con las dictadas en procesos de declaración de inconstitucionalidad, la «pureza» de la distinción entre los procesos constitucionales no se ha mantenido con el rigor que el TC parece desear.

Esto no quiere decir que deba criticarse al TC por haber flexibilizado la distinción entre los diversos procesos constitucionales. Compartimos (con las matizaciones que después se verán) la tesis de que una sentencia de amparo puede contener una declaración de inconstitucionalidad de una determinada interpretación de la ley, declaración que debe producir efectos retroactivos si la interpretación tiene por objeto una ley sancionadora. Pero creemos que debe reconocerse que, en realidad, lo que se ha hecho es exactamente lo mismo que si se hubiera aplicado por analogía la regla de la retroactividad contenida en el artículo 40.1 LOTC.

b) Esta primera observación nos lleva a una segunda, relativa al cauce procesal adecuado para impetrar de los tribunales de justicia la revisión de las condenas impuestas en el pasado. En la Sentencia 150/1997, el TC estima el recurso de amparo y anula el auto por el que el Tribunal Supremo inadmitió el recurso de revisión. El TC sostiene, en efecto, que el Supremo erró al no admitir el recurso de revisión, el cual debió ser acogido sobre la base del motivo cuarto del artículo 954.4 de la LECr. Dice el TC:

«... debe entenderse que, con la incorporación del recurso de amparo a

nuestro ordenamiento, la expresión «hechos nuevos... que evidencien la inocencia del condenado» del artículo 954.4 LECrim, debe interpretarse de modo que en él se incluyan las declaraciones, como la aquí analizada, que sirven de *ratio decidendi* y que de modo claro y terminante rechazan por vulneradoras del artículo 25 CE determinadas interpretaciones de los preceptos sancionadores» (FJ. 5).

De todos modos, el TC se muestra algo dubitativo en este punto. Así, en un determinado momento parece sostener que lo importante es que se interprete que algún cauce procesal está abierto para la revisión, sin que necesariamente deba entenderse que ese cauce es el del artículo 954 de la LECr. Así, dice el TC: «En nuestro ordenamiento *puede* entenderse que uno de estos cauces procesales es el previsto en el motivo cuarto del artículo 954 L.E. Crim» (FJ. 5; la cursiva es nuestra).

A nuestro juicio, esta segunda postura es la correcta. El TC no debió sostener, como hace en el párrafo citado más arriba, que el recurso de revisión ante el Tribunal Supremo (art. 954 LECr) constituye la vía procesal adecuada para poner en marcha los efectos retroactivos de una Sentencia como la 111/1993. Hay que tener en cuenta que para hacer efectiva la retroactividad que el artículo 40.1 LOTC impone en los casos de sentencias del TC que declaran la inconstitucionalidad de una ley, no se acude necesariamente al recurso de revisión ante el Tribunal Supremo, como tampoco se acude necesariamente a este recurso cuando ha de revisarse una sentencia firme como consecuencia de la promulgación de una ley penal más favorable. Determinar cuál sea la vía adecuada en todos estos casos para obtener la revisión de la sentencia firme es una cuestión que compete a los tribunales ordinarios. Por ello, el TC debió estimar el amparo en la medida en que el Supremo ofreció un argumento inaceptable para inadmitir el recurso de revisión: dijo que la Sentencia 111/1993 se limitó a estimar un derecho subjetivo, sin contener una declaración con efectos generales. El TC está en lo cierto cuando rechaza esta interpretación que el Supremo hace del alcance de la Sentencia 111/1993. Pero el TC no debió ir más allá: no debió imponer la vía del artículo 954.4 LECr. Seguramente, el TC apeló al artículo 954.4 LECr para evitar la cita del artículo 40.1 LOTC como fundamento legal de la retroactividad de los efectos de la Sentencia 111/1993. Pero, según hemos sostenido, la «pureza» de la distinción entre procesos de amparo y procesos de control de la constitucionalidad de la ley no se mantiene por el mero hecho de que un determinado efecto jurídico común se encaje, en un caso, en el artículo 954.4 LECr y, en el otro caso, en el artículo 40.1 LOTC. Habría sido mejor reconocer que una sentencia como la 111/1993 desencadena los mismos efectos generales de revisión que se prevén en el artículo 40.1 LOTC (el cual debe entenderse aplicable por analogía), dejando para los jueces ordi-

narios la cuestión de determinar cuál es la vía procesal adecuada para concretar esos efectos de revisión (12).

4. El problema acerca de la revisión de las sentencias penales firmes se complica en un tercer tipo de caso: cuando el TC estima un recurso de amparo contra una sentencia penal condenatoria porque considera que la interpretación realizada por el juez es inadmisibile *desde el punto de vista de la mera legalidad ordinaria*. Como hemos visto, hay casos en los que la interpretación del juez penal no es admisible, pero no porque atente contra algún precepto constitucional (distinto del art. 25 CE), sino porque es claro que no capta adecuadamente la voluntad del legislador. Si el TC estima el recurso, y en el razonamiento de la sentencia, o incluso en su fallo, declara que la interpretación del juez está fuera de las «posibles», ¿debe esta declaración general tener efectos retroactivos para todas las condenas firmes en las que se aplicó esa misma interpretación que el TC rechaza? En contra de lo que parece desprenderse de la STC 150/1997, no vemos razón para ello.

a) Alguien podría sostener que la retroactividad debe operar porque la interpretación que el TC rechaza con efectos generales es una interpretación lesiva de un derecho fundamental: el derecho del artículo 25 CE. Pero no nos parece que sea ésta una buena razón. Si el TC rechaza una interpretación de la ley penal por no ajustarse a la voluntad del legislador, la interpretación como tal *no es inconstitucional*. Es cierto que la *consecuencia* de que el juez penal haya interpretado de modo inadmisibile la legislación penal es la violación del derecho constitucional a la legalidad penal (art. 25 CE), pero la interpretación incorrecta *no lo es por vulnerar la Constitución*, sino por no captar adecuadamente la voluntad del legislador penal. Volvamos al ejemplo del veneno: si el TC estimara que constituye una interpretación extensiva entender que el azúcar suministrado al diabético es «veneno», lo que estaría diciendo es que no constituye una interpretación posible de la legislación ordinaria entender que ese azúcar

(12) En el Derecho alemán, esta problemática está resuelta expresamente por la Ley del Tribunal Constitucional Federal Alemán. El artículo 79.1 de la BVerfGG establece: «Contra una sentencia condenatoria que se base en una norma declarada incompatible con la Ley Fundamental o nula en virtud del artículo 78, o en una interpretación que haya sido declarada por el Tribunal Constitucional Federal como incompatible con la Ley Fundamental, se dará recurso de revisión conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal». Esta norma, aplicable a los procesos de control de constitucionalidad, se extiende también al recurso de amparo constitucional (Verfassungsbeschwerde) en virtud del artículo 95.3 BVerfGG. Competente para decidir el recurso de revisión (Wiederaufnahmeverfahren) es, según el artículo 140.a) de la Ley de organización judicial (GVG), otro tribunal con igual competencia material a la de aquel que dictó la sentencia penal firme objeto de revisión.

es «veneno»; pero no estaría diciendo que esa interpretación sea «constitucionalmente inadecuada». La prueba de ello es que si el legislador reformara la disposición y estableciera explícitamente que «constituye asesinato el causar la muerte de un diabético administrándole azúcar», la norma sería perfectamente constitucional. Cuando el TC descalifica en un recurso de amparo una determinada interpretación de la ley penal por estimarla errónea *desde el punto de vista de la legalidad ordinaria*, el TC no emite una «declaración de inconstitucionalidad» de esa interpretación. En rigor, lo que el TC estima inconstitucional (por violar el art. 25 CE) es la *sentencia* que condena sobre la base de una interpretación errónea de la legalidad ordinaria, y no la propia interpretación errónea. A nuestro juicio, esa sentencia del TC no debe tener efectos retroactivos, pues el artículo 40.1 LOTC (fundamento legal, a nuestro juicio, de la regla de la retroactividad) sólo lo prevé para el caso de una declaración de *inconstitucionalidad* (sea de la ley, sea de una posible interpretación de ésta).

b) Si se sostuviera, en contra de la tesis que defendemos, que también debe operar la retroactividad en el caso en que el TC rechaza la interpretación del juez penal porque no se ajusta a la voluntad del legislador (por razones de mera legalidad, pues), entonces tendríamos que aceptar que también el Tribunal Supremo puede generar con sus sentencias efectos retroactivos. Hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo, cuando establece, a través de un conjunto reiterado de sentencias, cuál es la interpretación correcta de una determinada disposición penal, produce (relativamente) un «efecto general» en la medida en que los jueces habrán de adecuar su interpretación a la que haya sentado el Tribunal Supremo, y si no lo hacen sus sentencias podrán ser revocadas válidamente. Sin embargo, hasta ahora, *estos efectos generales de la jurisprudencia del Supremo se aplican de manera prospectiva, y no retroactiva*. Así, por ejemplo, si en una sentencia el Supremo sienta doctrina estableciendo que es incorrecto interpretar que el azúcar suministrado al diabético es «veneno», nuestro sistema (tal como se ha entendido hasta ahora) *no permite* revisar por ello las sentencias firmes que en el pasado se hayan podido dictar y en las que se haya aplicado la interpretación que el Supremo rechaza por inadmisibles (13). ¿Por qué debería ser distinta la situación cuando es el TC, en lugar del Supremo, el que descalifica, *por ser legalmente incorrecta*, una determinada interpretación de una disposición penal?

Alguien puede decir que la situación debe ser distinta porque, en realidad, la

(13) Como explican EMILIO GÓMEZ ORBANEJA y VICENTE HERCE QUEMADA: *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1987, «las causas por que procede [el recurso de revisión] no son ni el error en la calificación jurídica ni la errónea fijación de los hechos partiendo del material de conocimiento apreciado por el juez» (pág. 313).

jurisprudencia del Supremo no produce efectos generales. Pero, frente a esto, hay que tener en cuenta que el Tribunal Supremo puede revocar *válidamente* sentencias de tribunales inferiores por apartarse de la interpretación que ese Tribunal haya fijado en sentencias anteriores. En este sentido, su jurisprudencia tiene unos efectos generales indudables (14). Es más: el propio TC ha sostenido que la jurisprudencia de los tribunales es de capital importancia para concretar las cláusulas abiertas que a veces utiliza el legislador penal. El TC considera en ocasiones que, si no existiera esa jurisprudencia, habría que declarar inconstitucionales algunas disposiciones sancionadoras por no respetar la exigencia de precisión (principio de taxatividad) (15). De nada sirve apelar a esta jurisprudencia para «cerrar» los conceptos abiertos que el legislador penal utiliza, si luego resulta que negamos a esa jurisprudencia un valor normativo general.

Se podrá objetar: «Pero es que el TC, además de producir esos efectos generales que de algún modo también produce la jurisprudencia del Supremo, puede generar un efecto mucho más radical: como “legislador negativo”, el TC puede “expulsar” del ordenamiento jurídico disposiciones legales por considerarlas inconstitucionales y, por extensión, también determinadas “interpretaciones”».

Esta observación es correcta, pero no hay que perder de vista que ese efecto de «expulsión» del ordenamiento puede provocarlo el TC *sólo en la medida en que lo que expulse (se trate de disposiciones, o de sus interpretaciones) lo expulse por ser inconstitucional*. Si en una determinada sentencia de amparo el TC rechaza determinada interpretación de la ley penal por ser inadmisibles desde el punto de vista del Derecho ordinario (como en el caso del «veneno», por ejemplo), en puridad no «expulsa» nada del ordenamiento. La prueba de ello es que el legislador es libre para expresar en una nueva disposición penal el contenido que, con toda la razón, el TC estima que no puede adscribirse interpretativamente a la antigua disposición. (En cambio, el legislador no puede, en principio, reintroducir en el ordenamiento, a través de una nueva disposición,

(14) A favor de esta tesis, IGNACIO DE OTTO: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, págs. 287-303.

(15) Así, en la Sentencia 89/1993, el TC sostiene que no es contrario al principio de taxatividad la utilización por el legislador penal (LO 3/1988) del término «terrorismo». La razón que da el TC es que este término ha sido ya utilizado por la Constitución y por disposiciones penales del pasado, con lo cual el término ha sido ya interpretado, no sólo por el TC, sino también por los tribunales penales, «en cuya jurisprudencia cabe ya identificar —como no podía ser de otro modo— una delimitación, suficientemente clara y precisa, de nociones como las empleadas por la Ley Orgánica 3/1988» (FJ. 3).

el contenido que el TC rechaza *por inconstitucional*.) Si, ello no obstante, se desea extender la metáfora y decir que también en aquellos casos en que el problema interpretativo es de mera legalidad ordinaria el TC ha «expulsado» del ordenamiento una determinada interpretación (por ejemplo: ha «expulsado» la interpretación según la cual el azúcar al diabético es un ejemplo de «veneno» a los efectos del delito de asesinato), entonces habrá que decir que también el Tribunal Supremo, al sentar jurisprudencia acerca de la interpretación de la ley penal, «expulsa» determinadas interpretaciones (por ejemplo, la interpretación según la cual el azúcar es «veneno»).

c) A nuestro juicio, el TC no pretendió con su Sentencia 150/1997 reformar el sistema de revisión penal en el sentido de que, a partir de ahora, todo cambio de la jurisprudencia ordinaria en una dirección despenalizadora deba permitir la revisión de las sentencias penales firmes. Si no era esa la intención del TC, entonces no debió haber encajado en el artículo 954.4 LECr la pretensión revisora derivada de una Sentencia como la 111/1993, sino en el artículo 40.1 LOTC (aplicado por analogía). En efecto, al decir que la Sentencia 111/1993 constituye un «hecho nuevo... que evidencia la inocencia del condenado (art. 954.4 LECr), el TC abre entonces la puerta a que también sea calificada como tal una sentencia del Tribunal Supremo (o incluso de otros tribunales) que sienta nueva jurisprudencia en una dirección despenalizadora.

De hecho, como consecuencia de la STC 150/1997, el Tribunal Supremo se ha planteado si también sus cambios de jurisprudencia deben provocar la revisión de las sentencias firmes, en contra de lo que hasta este momento era la regla tradicional. Por desgracia, en el momento en que corregimos las pruebas de este trabajo, el Tribunal Supremo no ha adoptado una postura clara. Así, por una parte, en el Auto de 18 de junio de 1998 (véase *La Ley*, núm. 4616), la Sala 2.^a del Tribunal Supremo, apoyándose en sus propias Sentencias de 20 de marzo y de 13 de abril de 1998, entiende que los cambios de jurisprudencia favorables al reo no permiten la revisión de sentencias firmes, salvo que se trate de cambios producidos como consecuencia de una sentencia del TC que declara la vulneración de derechos constitucionales, supuesto en el que sí cabe la revisión (pues así lo afirma el TC en su Sentencia 150/1997, y así lo aceptó el propio Supremo en la Sentencia de 3 de febrero de 1998, dictada a raíz de la primera). Pero en la Sentencia de 13 de febrero de 1999 (con apoyo en la de 6 de mayo de 1998), el Tribunal Supremo opta por la tesis opuesta: entiende que de la STC 150/1997 se desprende una consecuencia más general, cual es la equiparación de «jurisprudencia nueva» y «hecho nuevo» a los efectos del recurso de revisión, de tal manera que también los cambios interpretativos del Tribunal Supremo pueden dar lugar a la revisión de sentencias firmes.

5. Nos inclinamos, por tanto, a favor de la tesis que sostiene que sólo cuando el TC ha rechazado una interpretación por ser inconstitucional, y no por ser meramente ilegal, puede su sentencia producir efectos retroactivos y provocar la revisión de todas las sentencias penales firmes en las que se aplicó esa interpretación (16).

Frente a esta tesis, que a nuestro juicio viene impuesta por el artículo 40.1 de la LOTC, podría oponerse una objeción de otro orden, distinta de las que hemos visto hasta ahora. A saber: que resulta injusto mantener inalterada una sentencia penal condenatoria a pesar de que más tarde aparezca una sentencia del TC que estima inadmisibles, por razones de legalidad y bajo el test del artículo 25 CE, una interpretación de la ley penal que coincide con la que se aplicó en esa sentencia condenatoria firme. A nuestro juicio, es cierto que la inalterabilidad de la sentencia produce una injusticia, pero éste es un precio que el sistema jurídico parece estar dispuesto a pagar desde el momento en que acepta la institución de la cosa juzgada penal. Por su propia naturaleza, esta institución incorpora el riesgo de que se tenga que aceptar como válida, a todos los efectos, una sentencia que en realidad es inválida. Pero la injusticia que esto

(16) Esta tesis también se ha defendido en Alemania en relación con los efectos de la BVerfGE 92.1, que declaró contraria al artículo 103.2 GG (principio de legalidad penal) la interpretación extensiva del concepto *fuerza* empleado por el artículo 240.1 StGB, que tipifica el delito de coacciones. En esta sentencia, el BVerfG consideró que la aplicación del delito de coacciones a los participantes en una sentada en la vía pública con el fin de obstaculizar el tráfico suponía extender el concepto de fuerza (*Gewalt*) empleado por el tipo penal a conductas que sólo producían un efecto psíquico sobre el sujeto pasivo, cuando la interpretación correcta del concepto legal debía limitarse a las acciones que implicasen el uso de la fuerza física sobre la libre determinación de la conducta del sujeto pasivo. La doctrina y la jurisprudencia han defendido dos tesis distintas en cuanto al reconocimiento de efectos retroactivos a esta sentencia. Por un lado, se ha sostenido que el efecto retroactivo de las sentencias del BVerfG que declaren la inconstitucionalidad de una interpretación (art. 79.1 BVerfGG) está limitado a aquellas que se pronuncian sobre la interpretación conforme de la ley penal. En consecuencia, la BVerfGE 92.1 carece de efecto retroactivo en la medida en que no impone una interpretación conforme, sino que rechaza una interpretación por no ser legalmente posible. En este sentido, en la doctrina, Grasshof, Malte, «Auswirkungen der neuen Sitzblockade-Entscheidung des BVerfG», *NJW*, 1995, Heft 47, págs. 3.085-3.090; en la jurisdicción ordinaria, Sentencia del Landgericht Trier de 8 de julio de 1996, publicada en *NJW*, 1997, Heft 7, págs. 472-473. Por otro lado, la tesis contraria afirma que la formulación del artículo 79.1 BVerfGG es lo suficientemente amplia como para incluir las sentencias que declaran la inconstitucionalidad de la interpretación de la ley penal por contravenir una regla interpretativa de rango constitucional como la prohibición de la interpretación extensiva *in malam partem* de la ley penal (art. 103.2 GG). En este sentido, en la doctrina, Angerer, Constanze y Stumpf, Michael, «Kurzer Beitrag», en *NJW*, 1996, Heft 34, pág. 2.216; en la jurisdicción ordinaria, sentencia del Obergericht Koblenz de 24 de junio de 1996, publicada en *NJW*, 1996, Heft 50, págs. 3.351-3.353.

supone para el condenado se acepta, por razones de seguridad jurídica. Así, nuestro ordenamiento sólo permite rescindir la cosa juzgada de una sentencia penal condenatoria en supuestos tasados y excepcionales, con la consecuencia de que en muchos supuestos no puede ser corregido el error en el que incurrió el juez penal en su sentencia condenatoria (17).

Es en este contexto jurídico, presidido por la institución de la cosa juzgada [a la que se refiere la Constitución en el art. 161.1.a)], en el que debe inscribirse la regla de la retroactividad que el artículo 40.1 LOTC introduce para el caso de que el TC declare inconstitucional la ley (o una determinada interpretación de la ley). Esta regla, que sólo opera cuando el vicio de la ley (o de una de sus interpretaciones) es un vicio de constitucionalidad, debe concebirse teniendo en cuenta, como telón de fondo, el sistema general de la cosa juzgada. Quizá haya que discutir seriamente la posibilidad de que se facilite la revisión de las sentencias penales firmes, arbitrando motivos de revisión para los casos en los que se revele incorrecta la interpretación que de la ley penal hizo el juez. Pero, con independencia de cómo deba resolverse esta cuestión, parece indudable que una sentencia de amparo como la 150/1997 no es el cauce adecuado para introducir en nuestro sistema jurídico una transformación de tal magnitud (18).

6. A la vista de todo lo anterior, ¿qué juicio debe merecer la decisión adoptada por el TC en la Sentencia 150/1997?

a) En primer lugar, hay que recordar que la interpretación según la cual el título de API es un «título oficial» a los efectos del artículo 321.1 del CP, fue rechazada en la Sentencia 111/1993 sobre la base de dos argumentos. Un primer argumento era de legalidad ordinaria (el que se refería a los antecedentes legislativos del art. 321.1 CP), y mostraba que esa interpretación no captaba adecuadamente la voluntad del legislador penal. El otro argumento (el de la proporcionalidad de la pena en conexión con el derecho a la libre elección de profesión u oficio) era de carácter constitucional. Seguramente el primer argu-

(17) *Derecho Procesal Penal*, op. cit., pág. 315.

(18) A nuestro juicio, la Constitución no impediría una transformación del sistema de la cosa juzgada penal en esa dirección, siempre que sea el legislador quien la lleve a cabo. Es cierto que la institución de la firmeza de las sentencias judiciales tiene su fundamento constitucional en el derecho de las partes a la tutela judicial efectiva de sus derechos e intereses legítimos (en este sentido, la STC 159/1987; sobre este tema, véase, en general, JUAN MONTERO AROCA: «Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 8, 1996, págs. 251-295, esp. págs. 266-267). Ahora bien, en el caso de las sentencias penales condenatorias, esa conexión entre la firmeza de la sentencia y el derecho a la tutela judicial es más tenue (o, quizá, inexistente), dada la ausencia de un derecho constitucional a la pena (así, STC 41/1997, FJ. 4.º: «la Constitución no otorga ningún derecho a obtener condenas penales»).

mento es el más contundente, pero es de mera legalidad. El segundo argumento aparece hasta cierto punto como un argumento «a mayor abundamiento».

En la Sentencia 151/1997, el TC sostiene que la Sentencia 111/1993 declaró que determinada interpretación del artículo 321.1 CP es *inconstitucional* (y no meramente ilegal). Ello sólo puede ser así en la medida en que, junto al argumento de legalidad ordinaria, la Sentencia 111/1993 ofreció un segundo argumento, de carácter constitucional (el relativo a la proporcionalidad de la pena). Esto significa que este segundo argumento debe perder su aire de «obiter dicta» y pasar a un primer plano. En la Sentencia 150/1997, sin embargo, no se pone ningún énfasis en él. ¿Se debe ello a que, entre 1993 y 1997, el TC ha protegido el principio de proporcionalidad de la pena con extrema deferencia hacia el legislador (así, véase la Sentencia 55/1996, cuya doctrina se mantiene en la Sentencia 161/1997) y, por lo tanto, no deseaba poner mucho énfasis en un argumento constitucional que giraba en torno a este principio? Es posible que así sea. En todo caso, al no «hacer público» en la Sentencia 150/1997 que en la Sentencia 111/1993 fue el principio de proporcionalidad de la pena (en conexión con el derecho de libre elección de profesión u oficio del artículo 35 CE) el único argumento constitucional que se empleó, el TC no puede explicar claramente por qué se contiene en ella una verdadera declaración de *inconstitucionalidad*, y no sólo de ilegalidad, de determinada interpretación del artículo 321.1 CP.

A nuestro juicio, *la decisión del TC en la Sentencia 150/1997 es correcta, pero lo es sólo en la medida en que la sentencia 111/1993 utilizó un argumento constitucional —y no sólo de legalidad ordinaria— para justificar la conclusión de que era inadmisibles determinada interpretación del artículo 321.1 CP*. Si el único argumento de la Sentencia 111/1993 hubiera sido el primero —el de mera legalidad—, nos parece que entonces no estaría justificada la retroactividad.

El TC, sin embargo, no parece distinguir entre ambos tipos de supuestos, quizás porque es consciente de la dificultad de trazar una distinción entre «interpretación inconstitucional» e «interpretación ilegal». De hecho, se muestra algo inseguro a la hora de calificar lo que hizo en la Sentencia 111/1993. Así, afirma que en esa sentencia «se contiene la declaración de inconstitucionalidad de la interpretación» que del artículo 321.1 CP venían haciendo diversos tribunales. Pero, por otra parte, como si esto último fuera un tanto controvertido, afirma:

«En cualquier caso de lo que no cabe duda es de que la STC 111/1993 establece con toda claridad que quienes ejerzan actos propios de profesiones que no requieran título académico oficial y fueron sancionados con las penas previstas en el artículo 321.1 CP fueron condenados por una acción u omisión que en el momento de producirse no constituía delito alguno según la legislación vigente en aquel momento» (FJ. 4).

Esto último es indudable. En efecto: el TC sostuvo en esa sentencia que no constituye delito de intrusismo del artículo 321.1 CP el ejercicio de profesión sin título no académico. Pero la cuestión crucial es ésta: ¿se sostuvo, además, que la razón por la que no era delito ese tipo de conducta era que la interpretación contraria sería *inconstitucional*, es decir, que la Constitución prohíbe que se castigue con una pena tan grave a quien ejerce de intermediario inmobiliario sin estar en posesión del título de API? En la Sentencia 150/1997 el TC ha reiterado repetidas veces que, en efecto, así es. Pero, entonces, ¿por qué añade ese último párrafo que hemos reproducido —«en cualquier caso de lo que no cabe duda es de que...»—, como si lo afirmado con anterioridad sí fuera dudoso?

b) Como hemos visto, la distinción entre interpretaciones erróneas por razones de mera legalidad, e interpretaciones erróneas por razones de constitucionalidad, es importante también a la hora de determinar qué puede hacer el legislador actual. ¿Qué ocurre, por ejemplo, si el legislador penal actual establece explícitamente que quienes ejerzan sin el preceptivo título de API serán castigados con la pena de prisión menor (es decir, con la misma pena que se preveía en el antiguo art. 321.1 del CP)? Si el TC rechazó la interpretación del antiguo artículo 321.1 CP sólo porque no se ajustaba a la voluntad del legislador que aprobó ese artículo, es claro que nada impide al legislador actual aprobar una nueva disposición que explícitamente recoja la norma que no podía adscribirse por vía interpretativa a la antigua disposición. Por el contrario, si el TC rechazó la interpretación no sólo por ilegal, sino también por inconstitucional, entonces el legislador no puede introducir ese contenido en una nueva disposición: se trataría de una ley inconstitucional (19).

(19) Más exactamente: el legislador no podría, *en principio*, introducir esa nueva disposición, pero se trata de una prohibición derrotable. En efecto: si el legislador introdujera esa nueva disposición, es posible que ésta superara finalmente el control de constitucionalidad ante el TC en un proceso futuro. Ello es así por obra de la presunción de validez que protege a la ley, dada su génesis democrática. El TC puede proteger el principio de proporcionalidad de la pena con mayor intensidad frente al juez penal (a la hora de controlar las interpretaciones que éste hace de las disposiciones vigentes) que frente al legislador democrático (a la hora de controlar las disposiciones que éste aprueba). No es de extrañar que el TC, en la Sentencia 55/1996, diga en el FJ. 6 lo siguiente: «... el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática». A partir de este presupuesto, el TC afirma más adelante: «La posición constitucional del legislador a la que antes aludíamos obliga a que la aplicación del principio de proporcionalidad [de la pena] para controlar constitucionalmente sus decisiones deba tener lugar de forma y con intensidad cualitativamente distinta a las aplicadas a los órganos encargados de interpretar y aplicar las leyes». Si el principio de proporcionalidad de la pena se protege con mayor intensidad frente al juez que frente al legislador, entonces puede ocurrir que una interpretación judi-

Este problema tiene relevancia práctica: sucede que el artículo 403 del nuevo Código Penal aprobado por LO 10/1995 castiga como *delito* a quien ejerce sin título no académico, aunque la pena que le impone es más leve que la que contemplaba el artículo 321.1 del antiguo Código. ¿Es constitucional el nuevo precepto? Creemos que sí, pues hay que entender que en la Sentencia 111/1993 lo que el TC estimó desproporcionado —y, por ello, inconstitucional— no fue la mera calificación como delito de la conducta de quien ejerce sin título no académico, sino la imposición de una pena tan grave como la que preveía ese artículo 321.1: pena de prisión menor. Por ello, la Sentencia 111/1993 no impide promulgar una norma como la del artículo 403 del nuevo Código. De todos modos, el TC no ha contribuido a dejar claro este punto, pues recientemente, en la Sentencia 219/1997, ha afirmado que en la Sentencia 111/1993 se otorgó el amparo «dada la ausencia de un interés público merecedor de tan alto grado de protección como la otorgada a través del sistema penal de sanciones» (FJ. 5). Si esto se toma literalmente, habría que concluir que el artículo 403 del nuevo Código es (en principio) inconstitucional, pues recurre al sistema penal de sanciones para castigar a quienes ejercen sin títulos oficiales de carácter no académico. A nuestro juicio, esta conclusión sería equivocada. Pero lo que nos importa dejar claro es que, en el caso de que el único argumento utilizado en la Sentencia 111/1993 hubiera sido el primero —el de legalidad ordinaria—, el artículo 403 del nuevo CP sería entonces claramente constitucional, *incluso aunque impusiera una pena de la misma gravedad que la del antiguo artículo 321.1 CP*.

7. Por razones de seguridad jurídica, creemos que el TC, en el fallo de la sentencia que estima un amparo por violación del artículo 25 CE, debería explicitar cuándo la interpretación rechazada lo es por «razones constitucionales» —por estar afectada una conducta constitucionalmente protegida (absoluta o relativamente)— y cuándo lo es por «razones de mera legalidad» —por no ser la conducta sancionada una conducta que realice el supuesto de hecho descrito por el legislador en la ley penal—. El TC puede controlar con diversa intensidad la corrección legal de la interpretación del juez, pero es necesario que, una vez decide otorgar el amparo por estimar que esa interpretación judicial es inadmisibles, el TC explicita claramente en el fallo de la sentencia si, además,

cial que el TC estima inconstitucional (por atentar contra el principio de proporcionalidad) puede aceptarse luego como contenido explícito de una ley (y no declararse contrario a ese principio). De todos modos, hay que admitir que, al menos *prima facie*, si el TC ha sostenido en un amparo que determinada interpretación judicial es inconstitucional porque la pena que debe imponerse bajo esa interpretación resulta desproporcionada, también deberá sostener que es inconstitucional una ley que clara y explícitamente impone esa misma pena para la misma conducta.

declara o no *inconstitucional* esa interpretación que juzga errónea. Sólo en el caso en que figure en el fallo esta explícita mención se deberían producir estos dos efectos: *a*) el efecto retroactivo previsto en el artículo 40.1 LOTC (que es aplicable por analogía), y *b*) el efecto de prohibir al legislador (al menos *prima facie*) que introduzca en el ordenamiento jurídico una nueva ley que claramente exprese el contenido normativo que, según el TC, no puede adscribirse por vía interpretativa a la ley actual (sobre cuya aplicación ha versado el recurso de amparo).

Además, nos inclinamos a pensar que la sentencia de amparo debería dictarla el Pleno, dado el riesgo de que se produzcan contradicciones entre las Salas. [Hay que tener en cuenta que la Sentencia 111/1993, aunque resolvió un recurso de amparo, *fue dictada por el Pleno*, en virtud de su facultad de avocación reconocida en el art. 10.k) de la LOTC].

Creemos, en cambio, y según sostiene el TC en la Sentencia 150/1997, que no hace falta abrir la vía de la «autocuestión» del artículo 55.2 LOTC para provocar unos efectos generales y retroactivos. Y ello por lo siguiente:

a) En primer lugar, porque es posible que a través de una interpretación conforme se pueda evitar la declaración de inconstitucionalidad, y es razonable entonces que al resolver el recurso de amparo se fije en la misma sentencia cuál es esa interpretación, sin necesidad de poner en marcha el mecanismo de la autocuestión (20).

b) En segundo lugar y, sobre todo, porque es posible que la interpretación judicial que el TC rechaza en amparo sea una interpretación no sólo inconstitucional sino, además, inadmisibles de acuerdo con los criterios tradicionales de interpretación de la ley. Éste es el caso de la STC 111/1993: la interpretación según la cual el artículo 321.1 del CP castiga con la pena prevista en él (prisión menor) a quienes no poseen el título de API no es sólo una interpretación inconstitucional (por constituir esa sanción un castigo desproporcionado para una conducta vinculada al ejercicio del derecho de libre elección de profesión

(20) Éste fue el caso de la STC 110/1988, una sentencia dictada en amparo que dispuso que, en el ámbito penal, el inciso «antes de haberse dictado sentencia definitiva» del artículo 240.2 de la LOPJ debía interpretarse como «sentencia definitivamente ejecutada». La Sala del TC excluyó la aplicación del artículo 55.2 LOTC con el siguiente argumento: «No es necesario... acudir a esa vía, pues ni esa interpretación [la que sostuvo el juez ordinario], aunque ajustada a la literalidad del precepto, es la única que de él cabe hacer sin forzar sus términos, ni el pronunciamiento que en esta sede podemos hacer acerca de la interpretación constitucionalmente adecuada carece de la eficacia indispensable, ya que el artículo 5.1 de la tantas veces citada LOPJ impone a todos los jueces y tribunales la obligación de interpretar y aplicar «las Leyes y Reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos» (FJ. 3.º).

u oficio), sino que también es, ante todo, una interpretación que no se ajusta a la voluntad del legislador penal, tal como esta voluntad se reconstruye a través de los cánones hermenéuticos clásicos. Como explica Javier Jiménez Campo, el principio de interpretación conforme presupone siempre una previa interpretación legal según los criterios tradicionales que enuncia el artículo 3.1 del Código Civil (21). Si la interpretación que el juez ha hecho del artículo 321.1 del CP no se ajusta a estos criterios tradicionales, no tiene sentido que el TC haga una interpretación conforme del precepto: ¿para qué, si el vicio es un vicio de origen: esa interpretación que ha hecho el juez penal no está dentro de las «posibles»? En estos casos, es claro que no tiene sentido elevar una cuestión al Pleno: éste no podrá ni declarar la inconstitucionalidad, ni hacer una interpretación conforme.

En el caso de la STC 111/1993 no tenía sentido, pues, elevar autocuestión. Pero esto no significa que no hubiera sido aconsejable llevar al propio fallo de la sentencia de amparo la declaración de que la interpretación rechazada no era sólo ilegal sino, además, inconstitucional. Nos parece que sólo cuando se explicita esta declaración en el fallo de la sentencia de amparo se deben desencadenar los dos efectos mencionados antes: la revisión de las sentencias firmes, y la prohibición (al menos *prima facie*) de que el legislador futuro introduzca explícitamente ese contenido en una nueva ley. Sin esta explícita demarcación de los casos por parte del propio TC, se hace muy difícil para los operadores jurídicos determinar cuándo cabe revisar las sentencias penales firmes y qué reformas puede introducir el legislador el día de mañana. La Sentencia 111/1993, cuyos efectos trata de delimitar la Sentencia 150/1997, ilustra esta dificultad de manera elocuente.

(21) JAVIER JIMÉNEZ CAMPO: «Interpretación conforme de la Constitución», en *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, 1995, págs. 3.681-3.685; asimismo, del mismo autor, «Sobre los límites del control de constitucionalidad de la ley», págs. 188-193, en ELISEO AJA (ed.): *Las tensiones entre el Tribunal Constitucional y el Legislador en la Europa actual*, Ariel, Barcelona, 1998.

