

LA PROPORCIONALIDAD DE LA PENA y su significación constitucional. A propósito de la STC 28/04/2021 y su Voto particular.

Gonzalo Quintero Olivares, Catedrático de Derecho Penal y Abogado

1. La sentencia del TC
2. El tema del voto particular
3. La función constitucional del principio de proporcionalidad
4. Una valoración final

1. La sentencia del TC

A finales del pasado abril el Tribunal Constitucional pronunció la sentencia de 28/04/2021, por la que denegaba el amparo solicitado por Jordi Turull Negre, a la vez que avalaba *la proporcionalidad de la pena* de prisión de 12 años que le fue impuesta por el Tribunal Supremo, a la vez que declaraba que no se habían vulnerado sus derechos fundamentales en virtud de la cual se rechazaba la pretensión del recurrente. De ese modo se respaldaba la Sentencia del Tribunal Supremo impuesta en la en la causa especial 20907/17, que condenó a al recurrente a 12 años de prisión e inhabilitación absoluta por un delito de sedición y otro de malversación de caudales públicos. Tras esta sentencia queda abierta, para el recurrente, la vía de acceso al TEDH de Estrasburgo, paso que ya ha anunciado que dará.

Se trata de un fallo muy extenso, que no puedo resumir en pocas palabras, pero advierto que de los diferentes temas que aborda solo me acercaré al de la *proporcionalidad*, precisamente porque la Sentencia destaca que la pena impuesta fue proporcionada en tanto que el voto particular, al que luego me referiré, sostiene lo contrario, esto es: que la pena impuesta por el Tribunal Supremo fue *desproporcionada*.

La afirmación de la proporcionalidad de la pena impuesta la establece la sentencia por la simple vía de remitirse a los artículos del Código penal aplicados para los delitos de sedición (arts.544 y 545) y de malversación (art. 432). Añadiendo (cfr. Nota Informativa del TC nº 45/2021) que el recurrente

había sido condenado porque, a pesar de los, requerimientos judiciales, como promotor de la sedición, junto con otros acusados, convocó masivamente a los ciudadanos para que acudieran a votar al referéndum del día 1 de octubre de 2017, con la finalidad de sustituir el legítimo marco jurídico establecido por la Constitución y el Estado de Autonomía por el diseñado por la ley de transitoriedad jurídica y fundacional de la república catalana, cuya vigencia y aplicación había sido suspendida por el Tribunal Constitucional.

Rechaza también el TC que el tipo del delito de sedición adolezca de un grado de vaguedad que afecte a la garantía de taxatividad, ligada al principio de legalidad. La sentencia descarta que la redacción del art. 544 CP sea inconcreta y que dificulte precisar cuáles son las acciones que contempla y quiénes sus autores, y, en esa línea, señala que el recurrente fue autor del delito en razón a su activa participación en la promoción del referéndum de autodeterminación, con desprecio de las advertencias del TC.

Evidentemente que, en términos estrictamente jurídico-penales, se podría abrir un debate acerca de la imputación de la autoría principal en actos procedentes de grupos de personas o de grupos de directivos; pero la sentencia del TC no podía entrar en esa, que era una decisión del Tribunal juzgador ligada a la interpretación de la legalidad penal ordinaria.

En el discurso de la sentencia, como he destacado antes, la afirmación de la proporcionalidad de la pena impuesta se anuda a que el recurrente había sido condenado por unos delitos que tiene su pena señalada en el CP y la pena entraba *dentro de los márgenes decisorios* que el Código penal tiene establecidos, *prescindiendo* de que las penas previstas para esos delitos, contemplados sus mínimos y máximos sean, en un juicio comparativo con las penas imponibles por otros hechos, o incluso , en una análisis paralelo de cual sería el grado de represión penal que hechos de esa clase hubiera merecido en otros sistemas penales europeos.

Nada de eso se sugiere como criterio de la determinación de la proporcionalidad, sino que a la postre se identifica la proporcionalidad *exclusivamente* con la legalidad, pues en esencia lo que se dice es que la condena *es proporcional porque se funda en las penas establecidas por la ley* para esos delitos, sin decir nada específicamente dedicado a la gravedad intrínseca de esas penas.

Otro aspecto del fallo, en mi opinión, algo más profundo, es el referente al ejercicio de los derechos fundamentales. A juicio del recurrente, sus actos no

fueron más que expresión de ejercicio de derechos como son la libertad de expresión de las propias ideas y el ejercicio de los derechos fundamentales de reunión, expresión y manifestación. Esa argumentación es rechazada por el TC, que niega que las acciones del recurrente fueran ejercicios de esos derechos, porque a pesar de las advertencias y requerimientos recibidos, promovió la sedición al convocar a los ciudadanos para que acudieran a votar al referéndum del día 1 de octubre de 2017. Los derechos fundamentales invocados no tienen nada que ver con esa decisión delictiva.

Es pues patente el interés del TC en destacar tanto el cumplimiento de ese postulado de proporcionalidad (*que no es un derecho fundamental sino mejor un principio del derecho sancionador*), como la ausencia de lesión alguna o vulneración de ninguno de los derechos fundamentales descritos en los arts. 16, 17, 20, 21, 24 y 25.1 CE. Tal vez eso obedezca al deseo de armar la adecuadamente la sentencia condenatoria en orden a su futura revisión por el TEDH.

Eso es comprensible, pero no lo es tanto la superficialidad de la referencia al contenido substancial de la Ley penal, esto es, *en el análisis de la legalidad ordinaria*. La interpretación de ésta es, sin duda, una competencia del Tribunal Supremo, pero eso no excluye la necesidad de cohonestar las fronteras de las acciones delictivas con los límites de los derechos fundamentales, marcando criterios, como ha hecho el propio TC al fijar los términos de la relación entre el derecho a difundir información veraz y el derecho fundamental al honor y a la intimidad en orden a apreciar preferencias y, eventualmente, acciones delictivas. Cuando el TC ha hecho es evidente que no ha invadido el terreno del legislador y del juez penal, sino que ha dibujado el círculo máximo de alcance de los derechos fundamentales, *lo cual sí es competencia suya*.

2. El voto particular

La sentencia fue objeto de *dos votos particulares*. Tanto el voto de la mayoría como el de los discrepantes aludían a la *proporcionalidad*, como virtud jurídica que, según la mayoría, cumplía la sentencia, para la cual la pena impuesta no era desproporcionada a la gravedad del hecho, porque era la pena señalada

para los delitos de sedición y de malversación por los que fue condenado el recurrente.

Por el contrario, los votos discrepantes entendían que el recurso de amparo hubiera debido de ser admitido *por vulneración del derecho a la legalidad sancionadora (art. 25.1 ce), en relación con los derechos a la libertad personal (art. 17.1 ce), a la libertad ideológica (art. 16 ce), y de reunión (art. 21 ce), por haberse impuesto al recurrente una pena desproporcionada*. Afirman que hubiera sido posible formular un juicio distinto sobre la proporcionalidad de las penas impuestas por la comisión del delito de sedición más acorde con una *interpretación abierta del principio de legalidad*, en sintonía con la que está presente en el ámbito de la cultura jurídica común de los países de la Unión Europea, que encuentra su articulación óptima en la preservación del Estado de Derecho. Por ello concluían que, *sin controvertir la relevancia penal de la conducta* del recurrente, les parece que el rigor de la respuesta penal pudo haber sido ajustado cuantitativamente acudiendo a previsiones de la normativa penal, y no haberlo hecho resulta contrario a las exigencias del principio de proporcionalidad penal.

Por lo tanto, según los firmantes del voto particular hubiera sido posible conceder el amparo, apreciando, una *relativa* lesión de los derechos fundamentales citados (reunión, opinión y manifestación) sin poner en duda la delictuosidad de la conducta del recurrente. Ese difícil planteamiento constitucional del problema hubiera debido plasmarse en la imposición de una pena menos severa, aprovechando las posibilidades que ofrecía la legalidad penal, que disponía de fórmulas alternativas que condujeran a penas menores.

No dicen los autores del voto particular cuáles serían esas normas de aplicación alternativa, pero en la doctrina penal se había tratado ampliamente del tema y se habían propuesto interpretaciones que iban desde la prevaricación y los desórdenes públicos a los delitos de rebelión. El voto no se atreve a entrar en ese terreno, esto es, el de otras posibles respuestas penales, pues ya bastante hacía cuestionando la calificación decidida por la Sala Segunda del TS.

Ciertamente, el Voto particular hubiera podido defender la procedencia de la concesión del amparo, como expresamente dice, basándolo abiertamente en la lesión de derechos fundamentales. Pero esa solución, que suponía proponer la abierta inconstitucionalidad de la sentencia dictada por el TS, pareció excesiva, razón por la cual el Voto argumenta en torno a una idea esencial: la *proporcionalidad de la pena*, que hubiera debido alcanzarse a través de una *interpretación abierta del principio de legalidad*, que hubiera debido llevar a la Sala

Segunda del TS a buscar una respuesta punitiva análoga a la que se hubiera impuesto con arreglo a otras legislaciones penales europeas (cultura jurídica común de los países de la Unión Europea).

Llegando a este punto se imponen algunas conclusiones: el Voto particular partió de que la pena impuesta al recurrente era demasiado severa, y que el TS hubiera podido y debido imponer otra más leve. Pero, paralelamente, no cuestiona que la conducta del recurrente mereciera sanción penal. Una discrepancia cuantitativa, que alcanzaba su relevancia constitucional porque estaba presente una cierta afectación de derechos fundamentales, y todo ello debió dar lugar a un fallo diferente *cuantitativamente*, aplicando otras normas penales, y, al no haberlo hecho, el fallo resulta contrario a las *exigencias del principio de proporcionalidad penal y del principio de legalidad*.

En el fondo, parece que el Voto particular acoge una especie de “amparo parcial”, cual, que sería la expresión de una *eximente incompleta de ejercicio del derecho*, que puede nutrirse, por supuesto, con derechos fundamentales y que no habría apreciado la jurisdicción penal debiendo hacerlo. El problema es que ese razonamiento excede a la función del TC.

Para los firmantes del Voto particular, en los hechos juzgados por el TS estaba presente el problema de la libertad ideológica y la de reunión, y eso debió haberse notado de alguna manera. Igualmente, se afirma que un Estado sólido puede ser más flexible sin que ello pueda dañar a su autoridad, y, además, que la grandeza del Estado de Derecho se aprecia precisamente cuando se defiende a la vez que se defienden los derechos fundamentales de quienes no comparten la misma visión de lo que es ese Estado de Derecho y del respeto que merece.

Esas ideas son respetables, por supuesto, pero el problema surge cuando se quieren traducir en soluciones prácticas, extraídas del principio de proporcionalidad. El Voto mayoritario interpreta ese principio con un criterio que lo hace simplemente inútil, pues de acuerdo con lo que dice la sentencia, proporcional es la pena que cabe en la previsión legal y en la medida que decida el Tribunal juzgador. Para el voto particular, la proporcionalidad es una especie de principio inmanente al Estado de Derecho que podría operar prácticamente como una garantía fundamental, con el problema de la dificultad de concretar cuál es su “sistema de medición”.

3. La función constitucional del principio de proporcionalidad

Comencemos por reconocer pecados de los penalistas: el principio de proporcionalidad ha sido sobredimensionado en la ciencia penal, a pesar de que su importancia teórica indudable no se plasma en una análoga relevancia práctica. En la literatura penal es fácil comprobar que se habla de la proporcionalidad como si se tratara de un principio reconocido por la Constitución o proclamado por la Ley penal, *cuando eso no es verdad*, y, por lo tanto, no sirve para juzgar o declarar la excesiva dureza de una pena excesiva decidida por el legislador ni tampoco para guiar la determinación de la pena aplicable al caso concreto.

Se dirá, y es verdad, que el principio pertenece a nuestra “cultura jurídica”, pero la experiencia española nos sirve para asumir que eso no significa gran cosa, y es ingenuo esperar de ese principio una contención a la tentación punitiva del legislador o una orientación obligada en la medición de la pena que pueda guiar la actividad de los Tribunales penales. He mencionado la cultura jurídica, y es sabido que desde Beccaria se ha proclamado que las penas solo eran legítimas cuando eran atemperadas al hecho y necesarias. La proporción entre la pena y el hecho se consideraba una obviedad irrenunciable, y esa idea no se ha modificado, aparentemente, a lo largo del tiempo, llegándose a equiparar la pena desproporcionada con la pena inhumana, de modo tal que la *proporción era la expresión de la justicia*. Cuestión distinta, por supuesto, es que a renglón seguido se pudiera defender la proporcionalidad de la pena de muerte o de treinta o cuarenta años de presidio por delitos patrimoniales sin afectación de la vida o la integridad.

El principio, en tanto que “proclama” y supuesto “criterio rector”, sigue vivo, sin que nadie haya osado sugerir que se elimine de las obras que exponen el derecho penal y sus principios fundamentales. Ello, no obstante, la propia ciencia penal dispone de argumentos para justificar eventuales “desproporciones”, como es, por ejemplo, la “necesidad de prevención general”, para obviarlo y establecer penas desmedidas, de lo que los penalistas españoles tenemos buena experiencia. Pero lo cierto es, repito, que el principio de proporcionalidad *no pasa del terreno de las proclamaciones* que de modo propedéutico se enseñan al que se adentra en el estudio del derecho penal, dejando que sea él solo quien descubra su poca función real.

En cuanto a la presencia del principio en la *jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, puede comprobarse que el TC no solo no ha aceptado una cuestión de constitucionalidad de una ley penal por desproporción de la pena, sino que expresamente se ha reafirmado en la tesis de que *hay que respetar las decisiones del legislador, que es soberano en la decisión de cuál es la política penal adecuada* (SSTC 49/2009, 60/2010). El TC ha reiterado que es indiscutible la absoluta libertad

del legislador para hacer o que le venga en gana en esta materia, gozando, así se dice, de una presunción de constitucionalidad, pues “*el legislador democrático no tiene el deber de expresar los motivos que le llevan a adoptar una determinada decisión punitiva*”.

La medida de la pena y la culpabilidad solo pueden llegar al TC cuando supongan una infracción del principio de legalidad, esto es, cuando se infrinja el art.25.1 de la CE, lo que sucederá cuando la pena impuesta *supere a la legalmente establecida como máxima* en atención a su culpabilidad (hay que advertir que la Sentencia no maneja el concepto de culpabilidad en el sentido dogmático, sino como sinónimo de responsabilidad por imputación subjetiva). Así pues, en la tradición del TC el principio de proporcionalidad en materia penal es meramente simbólico o retórico

Por otra parte, en la doctrina constitucionalista se presentan como problemas de “proporcionalidad” muchos que no tienen relación directa con la proporcionalidad en el modo que se entiende en la penalística, que limita su objeto a la desproporción entre el hecho y la pena conminada o aplicada, mientras que en el constitucionalismo la proporcionalidad se entiende como la innecesaria privación de derechos fundamentales, que alcanza a actuaciones del Estado o cualquiera de sus poderes no solo en la aplicación de penas o medidas, sino allí donde se tope con derechos del ciudadano (a la intimidad o privacidad, a la libertad de expresión, reunión, manifestación u opinión, a la libertad de culto, a la libertad de empresa, etc.) que pueden verse cercenados o limitados innecesariamente, todo lo cual puede suceder en conflictos diversos y al margen de la justicia penal.

En esa línea, la jurisprudencia del TEDH se ha pronunciado repetidamente, insistiendo en que la condición imprescindible para que se pueda admitir la restricción de un derecho fundamental es que ésta sea “proporcionada” al fin que se quiere alcanzar. Por ejemplo: la invasión de la intimidad mediante un registro que se lleva a cabo ante una amenaza terrorista. De ese modo, la proporcionalidad pasa a ser la expresión del necesario equilibrio entre afectación de derechos y fines legítimos, y así es también como entiende la proporcionalidad el artículo 52 de la *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*.

Las penas pueden ser duras para el espectador o jurista observador, pero la idea esencial del TC en esta cuestión es que *la pena que decide el legislador en uso de su competencia es la proporcionada*, y solo en casos muy extremos (que casi nunca se han producido) de clamorosa desproporción entre el delito y la pena se podría entrar a discutir su decisión. En cambio, el TC sí ha entrado a valorar la proporcionalidad de las afecciones de derechos por causas diferentes de las penas, como son los casos de escuchas telefónicas, entradas y registros, datos personales indagados, derecho al juez natural y otros.

Más allá de eso, que, por supuesto, es muy importante, lo único que ha reconocido o proclamado el TC es que la proporcionalidad es una *virtud consustancial a la justicia*

como valor supremo proclamado en el art.1.1. de la CE, y también presente en el respeto a la dignidad de la persona a la que se refiere el art.10 CE como fundamento del orden público y la paz social, pero sin dejar de reconocer la *inoperancia técnica del principio*, hasta el punto de que la STC 65/1986 declaró que “no cabe deducir del artículo 25.1 de la Constitución Española *un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena* con la gravedad del delito”, pues la “desproporción” no es por sí misma causa de inconstitucionalidad en ausencia de lesión un derecho o bien constitucional claramente identificado.

4. Una valoración final

El Voto particular que ha dado pie a este pequeño comentario es, , ciertamente, un voto minoritario, suscrito por solo dos Magistrados, pero sería un error, en mi opinión, que puede ser equivocada, minusvalorar su importancia. La tesis que se defiende en el Voto abre una nueva perspectiva sobre la función del Tribunal Constitucional y, dentro de ella, podría provocar un cambio del significado del principio de proporcionalidad en materia penal. Al margen de ello, los defensores del recurrente ya han anunciado su propósito de utilizar ampliamente las ideas contenidas en el Voto particular como material de su recurso ante el TEDH.

La *pertenencia constitucional* de la interpretación de la legalidad ordinaria al Poder judicial es la única manera que, hasta hoy, ha marcado la relación entre el TC y los Tribunales ordinarios. Se ha dicho, especialmente en medios judiciales, que el TC no pertenece al Poder judicial y, por lo tanto, no debe invadir el campo de las decisiones en materia de aplicación de la legalidad ordinaria, salvo en lo que alcance a una aplicación de la ley penal que ha de respetar los derechos y garantías del ciudadano. Cualquier norma enclavada en la legalidad ordinaria puede encerrar un vicio de inconstitucionalidad, que tendrá que ser declarado por el TC, a pesar de que el TC, por lo común, ha evitado toda censura al legislador ordinario, concretamente, al legislador penal, al que, como he dicho antes, reconoce una casi ilimitada libertad para decidir en materia tan grave como la clase y cantidad de pena que merece cada hecho.

Por eso mismo el TC puede declarar la inconstitucionalidad de una sentencia por haber afectado a un derecho fundamental, por ejemplo, pero no porque

discrepe del modo en que ha interpretado y aplicado la ley el Tribunal penal competente, si éste ha respetado el principio de legalidad y demás garantías.

Si las ideas que defiende el Voto particular han de llegar a ser doctrina mayoritaria en el TC solo el tiempo lo dirá, pero, sin perjuicio de ese obligado dimensionamiento del tema, creo que merece alguna reflexión, porque la posibilidad de que quepa una declaración de *inconstitucionalidad* por desproporción de la pena supondría un tiempo nuevo en el que el TC podrá entrar a valorar la corrección de la elección *de los tipos penales*, así como de cualquier otra norma que pueda determinar la entidad de la pena finalmente impuesta, y eso desdibujaría su función constitucional.