



<< Estado constitucional de Derecho y sistema penal >>.

Marino Barbero Santos

DIREITO e CIUDADANIA

Ano IV, nº 10-11, 2000-2001, pp. 13-24

Praia – Cabo Verde

<http://www.cienciaspenales.net>

[www.cienciaspenales.net]



ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y SISTEMA PENAL*

MARINO BARBERO SANTOS

*Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Complutense de Madrid
Ex Magistrado del Tribunal Supremo***

Desde la publicación de los primeros Códigos penales: el francés de la Revolución, de 1791; el de Napoleón de 1810, los principios penales eran los recogidos en estos textos.

Es cierto que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano, de 1789, figuraban preceptos de transcendencia penal pero carecían de carácter positivamente vinculante, v.gr., la Ley no puede prohibir más que las acciones perjudiciales a la sociedad, ni establecer más penas que las estrictamente necesarias: nadie puede ser castigado sino por una ley promulgada con anterioridad a la comisión del delito y legalmente aplicada; la ley ha de ser la misma para todos, sea que proteja, sea que castigue, etc.

Tan sólo a partir de una decisión de 16 de julio de 1971 del Consejo Constitucional francés, la Declaración de 1789 ha pasado a integrar, junto a la Constitución de 1958, unida a los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República y los principios contenidos en el Preámbulo de la Constitución de 1946, la denominada Constitución en sentido amplio — «le bloc de constitutionalité», — que contiene los principios fundamentales imperantes en todas las ramas del ordenamiento.

*Conferencia pronunciada en Villahermosa (Tabasco) el 2 de agosto de 1999 en el II Congreso Internacional de Derecho Penal "La Ciencia del Derecho penal en el umbral del siglo XXI", organizado por el Centro de Estudios de Política criminal y Ciencias penales A. C. de México, la Academia Mexicana de Ciencias penales y el Tribunal Superior de Justicia de Tabasco.

**Espanha

Estos principios forman parte ya del Derecho positivo y se imponen al legislador. Su respeto es asegurado por el Consejo constitucional. En Francia, pues, los grandes principios penales de la Declaración de 1789 integran desde hace un cuarto de siglo la Constitución. Configuran el que se denomina el Derecho Constitucional Penal.

Por su desarrollo y por su trascendencia en nuestros días, la jurisprudencia constitucional francesa es abundante en la materia, por haberse tenido que pronunciar sobre ellos.¹

Según Philip, prácticamente todas las leyes penales son objeto de un control de constitucionalidad, citando numerosas sentencias de este carácter sobre penas privativas de libertad, reforma del Código de procedimiento penal, ley de "seguridad y libertad", de represión de la violación, de prensa, sobre el juez único, etc.

Aparte de en Francia, la situación ha cambiado sustancialmente bajo el imperio de las Constituciones modernas posteriores a la Segunda Guerra Mundial, que constituyen el fundamento de todo el ordenamiento jurídico, el cual debe de ser aplicado e interpretado de conformidad con los preceptos constitucionales.

Por tanto, el Código penal, que describe los delitos y determina las consecuencias jurídicas de su comisión; el Código de procedimiento penal, que establece su aplicación por los Tribunales; la Ley penitenciaria, que regula la ejecución de las penas.

La Constitución constituye el fundamento del entero sistema penal y su complemento.

Estado constitucional de Derecho y sistema penal es uno de los grandes temas científicos actuales de nuestra disciplina, ha sido un acierto incluirlo en el temario del Congreso. Por serlo, fue uno de los elegidos por la Asociación Internacional de Derecho Penal para debatir en Siracusa, en diciembre de 1997, en la Conferencia conmemorativa del 25 aniversario de la fundación del Instituto Superior Internacional de Ciencias Criminales.

La intitulación generica era: Impacto del Constitucionalismo en los sistemas de justicia penal. Y en concreto: Impacto de la Constitución, de los Tribunales Constitucionales y de los Tribunales Supremos en el desarrollo de la Justicia Criminal.

Los grandes principios penales poseen en los Estados democráticos europeos la cualidad de principios constitucionales. De las cenizas del totalitarismo, opresor de los derechos y libertades básicas de los ciudadanos, surgió su reconocimiento, nada más finalizar la 2.^a Guerra Mundial, al más alto rango legal. Era necesario subrayar que el individuo no es servidor del Estado, puro instrumento para sus fines, sino que el Estado justifica su

existencia en la medida en que está al servicio de la comunidad, en la medida en que está al servicio del hombre. Había, pues, que poner límites a su actuar, no sólo en su manifestación como poder ejecutivo, también en su faceta de poder legislativo, previendo un sistema de control de constitucionalidad de las leyes. Había, consecuentemente, que resaltar, así mismo, la trascendencia de la función del juez, lo que algún país verificó por la vía de la creación de Consejos superiores de la Magistratura e, incluso, otorgando la consideración de Poder del Estado al judicial.

El impacto de la Constitución, obra de los dos Altos Tribunales citados, es de tal entidad, como afirma Baldassarre respecto de Italia, que el Código penal de 1930, Código Roco, promulgado durante el fascismo, a partir de las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional, en 1956, se hizo compatible con los principios democráticos.

Asimismo en el procedimiento criminal, estructurado sobre el sistema inquisitivo, se reconocieron los derechos del acusado: el principal, la presunción de no culpabilidad, previsto en el art. 27 de la Constitución de 1947 con esta fórmula: "L'imputato non è considerato colpevole sino alla condanna definitiva".

Tan sólo el Código de procedimiento criminal que entró en vigor en Italia en 1989 admite el sistema acusatorio, aunque a estilo italiano se ha dicho, porque no existe una paridad absoluta entre acusación y defensa.

Se ha de citar que el Tribunal Constitucional haya evaluado en sus decisiones si las sanciones criminales son razonables y proporcionadas respecto a conductas delictivas concretas.

El Parlamento ha advertido al Tribunal Constitucional, empero, que es función del legislativo su determinación y que la suya debe ejercitarse en los límites que le son propios, en cuyo margen es la institución básica para la tutela de las libertades individuales.

Trataremos de esta importante cuestión al ocuparnos de la situación española.

La Constitución italiana entró en vigor el 1.º de enero de 1948. Algunos de los principios penales que acoge coinciden con los del Código Roco, de 1930. Otros no. Lo primero acaece en virtud de la existencia de las denominadas "constantes penales", es decir, de un núcleo central del derecho penal prácticamente invariable en todos los tiempos y lugares y que aparece, incluso, en Constituciones pertenecientes a regímenes políticos profundamente dispares.

El principio de legalidad se enuncia en el art. 25 de la siguiente forma: nadie puede ser penado sino en virtud de una ley en vigor antes de la comisión del hecho. Fórmula que excluye, respecto de la pena, la admisión

de la retroactividad. No ocurre lo mismo respecto de la medida de seguridad, en que la fórmula utilizada es otra: nadie puede ser sometido a una medida de seguridad salvo en los casos previstos por la ley. Es decir, que cabe imponer una medida de seguridad prevista por una ley nueva, siempre que el hecho fuese ya delictivo con anterioridad. La prohibición de la analogía, no expresamente prevista, se estima que deriva también del art. 25.

El art. 27 declara terminantemente que la responsabilidad penal es personal. La Corte constitucional considera que el precepto es incompatible con la admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, de las penas colectivas, de la responsabilidad penal por el hecho ajeno, etc.

El art. 27 prohíbe la pena de muerte. Es el único precepto de tipo negativo previsto por la Constitución. Este es su tenor: "non è ammessa la pena di morte, se non nei casi previsti dalle leggi militari di guerra".

El Tribunal Constitucional ha interpretado progresivamente el precepto y ha decidido que no cabe conceder la extradición por delitos castigados con pena capital por el Estado que la solicita, ya que se trata de asegurar la tutela de derechos inviolables del hombre y el principio de igualdad ante la ley es aplicable a los extranjeros. El Tribunal Supremo había mantenido, contrariamente, que el art. 27 se refiere tan sólo al Derecho italiano y la realidad es que éste la admite en las leyes de guerra.

Otra cuestión importante que ha preocupado a la doctrina es la de la compatibilidad de la pena de reclusión perpetua (ergastolo) con lo dispuesto por el párrafo 3º del mismo art. 27, cuyo tenor es: "le pene non possono consistere in trattamenti contrari ai sensi di umanità è devono tendere alla rieducazione del condannato". Carnelutti ya advirtió, seguido por otros autores, que sólo si la reeducación se entendía en sentido moral podía quizá producirse con la reclusión perpetua, no si lo que se pretendía era la "educación social", es decir, la conversión del condenado en idóneo para vivir en sociedad.

El 25 de noviembre de 1962 el art. 176 del Código Penal se modificó, introduciéndose el siguiente inciso: al condenado al ergastolo puede concederse (può essere ammesso) la libertad condicional cuando haya descontado efectivamente 28 años de pena. Sobre esta base, tanto el Tribunal Constitucional, como el Tribunal Supremo han estimado el ergastolo plenamente compatible con el art. 27 de la Constitución, ya que cabe la reinserción social. A mi juicio es dudoso.

El control de constitucionalidad de las leyes, a pesar de su trascendencia, no es, empero, una institución generalizada. En el siglo pasado, salvo en su final, tan sólo la poseyó Estados Unidos. En 1803, la Corte Suprema

en el famoso caso *Marbury v. Madison* afirma, por vez primera, su poder de declarar inconstitucional una ley del Congreso. La segunda vez que lo hizo, en 1857, caso *Dred Scott v. Sanford*, dió lugar, unida, por supuesto a otras causas, a la Guerra de Secesión. En el último tercio de la anterior centuria a EE.UU se unió Suiza. La Constitución Federal de 1874 previó, por vez primera en Europa, el control de constitucionalidad de las leyes de los cantones. Finalizada la Primera Guerra Mundial la Constitución de la nueva República también lo hizo. Pero fué la República Federal de Alemania, al terminar la Segunda Guerra Mundial, la que sobre el modelo austriaco iba a acoger y perfeccionar la institución. También la aceptó Italia, como hemos dicho. El ejemplo ha sido seguido más tarde cuando conquistaron sus libertades políticas por otros países España, Portugal.

La experiencia alemana se juzga decisiva en el desarrollo jurídico del sistema.

La Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, crea una Corte constitucional federal a la que, en materia penal, corresponde el control de las leyes y de las sentencias. Del control de las sentencias nos ocuparemos más tarde. Respecto de las leyes, la petición de declaración de anticonstitucionalidad puede hacerse por un particular, por un juez, por un organismo político. Un particular puede solicitarlo una vez que la causa ha finalizado con sentencia del Tribunal Federal de Justicia. Si un juez estima que una ley que ha de aplicar es inconstitucional ha de plantear la cuestión ante el Tribunal Constitucional, lo que hacen con suma frecuencia. Asimismo pueden hacer uso de este derecho el gobierno federal, el gobierno de un Land o un tercio de los diputados del Parlamento; lo que ocurre raramente. La ley debe estar en vigor y no haber transcurrido seis meses desde su promulgación.

Las Constituciones democráticas europeas suelen coincidir en la recepción de principios de Derecho penal y de Derecho procesal penal, aunque su formulación varía.

La Constitución alemana acoge los principios de legalidad de delitos y penas y de la no retroactividad en el art.103,2, en los siguientes términos: Un acto no es punible si no ha sido legalmente previsto como tal antes de su comisión. Se prohíbe no sólo la imposición de una pena por un hecho antes no punible, asimismo de una agravación no prevista con anterioridad. El Tribunal Constitucional ha estimado, empero, compatible con el precepto la ampliación del plazo de prescripción de un delito.

El principio *non bis in idem* lo consagra el párrafo tercero del mismo art.: "nadie puede ser penado por el mismo hecho sobre la base de leyes

penales generales". El Tribunal Constitucional anuló el 7 de marzo de 1968 una Sentencia que condenaba por segunda vez a un testigo de Jehová que persistía en no realizar un servicio civil en sustitución del militar, por estimar que se trataba del mismo hecho (dieselbe Tat) la persistencia en la negativa.

El Tribunal Constitucional, sin embargo, ha estimado que el precepto permite imponer una sanción penal y una disciplinaria.

El art. 102 suprimió la pena capital. El Tribunal Constitucional ha resuelto en Sentencias varias que no se opondrá al precepto la extradición a un Estado extranjero de un procesado susceptible de ser condenado a muerte en el país al que se entrega.

El art. 104 prohíbe restringir (*beschränken*) la libertad de una persona sin las formalidades prescritas o someterla a tortura, es decir, a malos tratos físicos o psíquicos. El Tribunal Constitucional, sin embargo, estimó que no quebranta la prohibición el aislamiento en celda de Baader, Meinhof, Grundmann y Meins (Sent. 4 de octubre de 1977), ni las penas de reclusión perpetua (Sent. 21 de junio de 1977).

Respecto a la Administración de Justicia, la Constitución consagra la doctrina del juez legal o natural prohibiendo los tribunales de excepción (art. 101,1). De acuerdo con el precepto, el Tribunal Constitucional ha anulado disposiciones de la ley tributaria que autorizaban a la Administración a imponer multas susceptibles de convertirse en penas privativas de libertad en supuestos de impago. La independencia del juez, que se considera un aspecto del principio del juez legal, se acoge en el artículo 97.

El principio cuya supuesta violación se plantea con más frecuencia ante el Tribunal Constitucional es el de la audición por el juez; según Fromont en el 75% de los recursos. El precepto obliga a que el sujeto sea perfecta y oportunamente informado, en lengua comprensible y a poder exponer toda suerte de alegaciones que han de ser tenidas en cuenta por el tribunal. Se ha considerado que se viola el principio si el juicio se celebra sin la presencia del procesado, salvo que la ausencia se deba a él mismo, v. gr., por huelga de hambre.

La Constitución consagra también, como es lógico, el derecho a la vida e integridad física, la dignidad humana, el libre desarrollo de la personalidad, etc. es de interés subrayar que el Tribunal Constitucional estima que el juez debe ponderar en su decisión las diversas libertades que la Constitución consagra. El 19 de octubre de 1971 el Tribunal Constitucional casó la sentencia que condenaba a un testigo de Jehová por omisión del deber de prestar socorro, ya que había impedido que se hiciera una transfusión de sangre a su mujer, que acababa de dar a luz y sufría una hemorragia. La

mujer falleció. El Tribunal Constitucional consideró que debía respetarse la decisión de la pareja que estaba persuadida de que únicamente la plegaria podía producir la curación de la parturienta.

Respecto a la colisión entre la libertad de prensa y la obligación de testificar en un proceso penal, el Tribunal Constitucional estima que no podía negarse el contable de una empresa periodística a indicar la suma que había entregado al funcionario de una cárcel para que permitiera a un periodista entrevistar a un individuo en prisión preventiva. Y no podía negarse porque no se trataba de revelar las fuentes de información, ya conocidas por el juez, sino de proporcionar datos acerca de los medios empleados para corromper al funcionario.

Además de en preceptos concretos penales y procesales de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha extraído principios de este carácter de los artículos 20 y 28 de la Ley Fundamental. El 20 contiene lo que se ha denominado una Constitución en síntesis (*eine Verfassung in Kurzform*). Ante todo la declaración de que Alemania es un Estado social y democrático federal. También el reconocimiento de que todo poder del Estado procede del pueblo, que lo ejerce por medio de elecciones y por determinados órganos del legislativo, del ejecutivo y del judicial. Pero ha sido en particular el párrafo tercero de este artículo que tiene este tenor, "el legislativo está vinculado al Ordenamiento Constitucional y el ejecutivo y el judicial a la ley y al derecho", donde se ve la idea base del Estado de Derecho, con trascendencia en la Administración de justicia con acogida, v.g., del derecho a un proceso legal y de la interpretación restrictiva de normas del Código penal o procesal penal; lo que ha permitido salvar algunas normas contrarias, sin duda, a la Constitución. Así, el Tribunal Constitucional ha estimado que la pena privativa de libertad perpetua es conforme a la Constitución en la medida en que se conceda al condenado la posibilidad en algún momento de reintegrarse a la sociedad. En consecuencia, el legislador modificó en 1981 el artículo 57 a) del Código penal para permitir la libertad condicional, la *probation*, del condenado a reclusión perpetua transcurridos 20 años de privación de libertad.

Los principios básicos penales y procesales no se contienen, en Alemania, sólo en los Códigos o Leyes penales y procesales, tampoco en los preceptos de este carácter de la Constitución, sino en la Constitución *in totum*, tal y como la interpreta y la desarrolla el juez constitucional.

El análisis de la recepción en las Leyes Fundamentales y ordinarias de otros Estados democráticos europeos de los más importantes principios penales de carácter material o procesal y su aplicación por los tribunales comunes y constitucionales, no resulta factible por obvias razones de tiem-

po. Diré, por tanto, unas palabras acerca de la situación en un Estado del antiguo telón de acero, Polonia, y más amplias sobre España.

La nueva Constitución de Polonia, de 2 de abril de 1997, entró en vigor el 17 de octubre del mismo año. Y los nuevos Código penal, de Procedimiento Criminal y de Ejecución Criminal, el 1 de enero de 1998. Hasta la disolución del comunismo en 1989, la Constitución se consideraba únicamente un manifiesto ideológico, no un documento normativo. El Tribunal Constitucional de 1985 poseía facultades limitadas e influía escasamente en el sistema de justicia criminal. Al contrario que el Tribunal Supremo cuyas decisiones vinculaban a los Tribunales inferiores, pero como afirma el Prof. Hofmanski, Magistrado del Tribunal Supremo, no era independiente.

El cambio se produjo en 1998 a la entrada en vigor de la nueva Constitución y se ratificó la Convención Europea de Derechos Humanos.

La nueva Constitución prevé numerosos preceptos que afectan directamente al derecho penal y procesal penal: Prohibición de la pena de muerte (art. 38); el principio "nullum crimen nulla poena sine lege (art. 42,1); el derecho de defensa (art. 42,2); el de presunción de inocencia (art. 45,3).

Según el art. 87, la Constitución es una de las fuentes del derecho polaco y de acuerdo con el art. 8,2 sus preceptos son directamente aplicables, salvo disposición expresa en contrario. El art. 79 prevé el recurso de amparo.

Se augura que los nuevos Códigos, penal, de procedimiento penal, de ejecución y la nueva Constitución acercarán el sistema de justicia penal polaco a la rule of law y al sistema de justicia penal democrático de Europa Occidental.

El 27 de diciembre de 1978 España tenía una nueva Constitución. Trás 39 años de régimen autoritario franquista se constituía en Estado social y democrático de Derecho que propugna — así lo consagra el artículo 1º — como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político.

En consecuencia, el art. 9,1 establece que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. El art. 53,1, que los derechos y libertades, reconocidos bajo este epígrafe vinculan a todos los poderes públicos. Y el art. 53,3 que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores de la política social y económica, informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Los tres poderes del Estado están, por tanto, sometidos a la Constitución.

La Constitución de 1978 por vez primera es cabeza y fundamento de todo el sistema jurídico, de modo que la totalidad de este ha de interpre-

tarse y aplicarse de conformidad con ella. Así, el Código penal, la Ley de Enjuiciamiento Criminal, la Ley General Penitenciaria.

Autorizada doctrina española sostiene que puesto que la Constitución es un sistema preceptivo que emana del pueblo, en cuanto titular de la soberanía nacional, a cuya autoridad están sometidos los ciudadanos y los poderes públicos (art.9), ésta posee un valor normativo y obligatorio directo, con reserva del monopolio de declaración de inconstitucionalidad que se atribuye al Tribunal Constitucional. La mayoría de los politólogos distinguen, por el contrario, opinión que compartimos, entre normas que poseen un simple carácter orientador o de afirmación política, pues carecen de la estructura lógica de norma jurídica, y otras directamente obligatorias. Estas, de aplicación inmediata en el ámbito punitivo (sustantivo, penitenciario, procesal penal), conciernen a los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en el art. 14 y en los arts. 15 a 29 de la Constitución. Y ello porque, según el art. 53,2, cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos y libertades reconocidos en los artículos citados ante los tribunales ordinarios y, en su caso, a través del recurso de amparo, ante el Tribunal Constitucional (art. 161,1,b).

¿Cuáles son estas normas?. En primer lugar, la que regula el principio de legalidad, que, de forma programática, acoge el artículo 9,3 y desarrolla en los artículos 25,1 y 24,2. De acuerdo con el artículo 9,3: La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales y la seguridad jurídica, entre otras garantías. El artículo 25,1 determina que nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituya delito o falta, según la legislación vigente en aquel momento. Y el artículo 24,2, que todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley.

Sobre la base del principio de legalidad y de tipicidad de las infracciones, contenidos en el art.25 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha deducido el principio "non bis in idem", no consagrado de forma expresa, y la no retroactividad de las normas penales.

Otro principio que deriva de la Constitución es el de igualdad. El artículo 14 lo prevé en estos términos: Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

El Tribunal Constitucional ha declarado en repetidas ocasiones que el principio de igualdad impide que el legislador establezca entre situaciones

semejantes diferencias de trato que no se fundan en la consecución de un fin constitucionalmente lícito.

Asimismo veda la posibilidad de un trato desigual en la aplicación de la ley, sin fundamento objetivo y razonable. Con otras palabras, el Juzgador puede conceder un trato desigual en la apreciación soberana de las pruebas otorgando, v.gr., credibilidad a unos testimonios frente a otros, motivando la decisión (S.T. Supremo de 13 de julio de 1990).

Tampoco viola el principio de igualdad, según el T. Constitucional, el privilegio de fuero, o sea, que determinadas jerarquías del Estado sean juzgadas por específicos órganos judiciales: en determinados casos el Tribunal Supremo, que conoce en primera y única instancia. En Sentencias varias ha declarado la constitucionalidad de la ausencia del recurso de alzada ante otra instancia judicial (51/1985, 30/1986, Auto 353/1988). De acuerdo con el último, los supuestos establecidos para Diputados, Senadores, Presidentes del Gobierno, Ministros y otros, en el caso que se analiza, Magistrados del Tribunal Constitucional, "responden no a motivos personales concurrentes en los querellados, sino a la valoración y a la consideración de la especificidad de la función que ejercen, que concierne, de modo relevante, al interés público justificativo de normas singulares determinativas de la competencia para el conocimiento de las causas penales que a ellos afectan".

La desigualdad, sin embargo, existe, con trascendencia a terceros, "ya que la condición de aforados de los querellados discrimina a los querellantes al no tener opción a una segunda instancia que reconsidere la inadmisión a trámite de la querrela", como estos alegan.

De trascendencia inmediata en el sistema de justicia criminal son también otro preceptos. El art. 15 que consagra la abolición de la pena de muerte, y la proscripción de la tortura y de los tratos inhumanos o degradantes y el art. 25,2 los trabajos forzados.

El art. 15 tiene este tenor: "Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra".

A mi juicio este precepto contiene una antinomia que continuamente he denunciado. Si todos tienen derecho a la vida y se prohíben las penas inhumanas y degradantes es evidente que no cabe imponer la pena de muerte en tiempos de guerra, pues no hay pena más degradante e inhumana que la pena capital, pues priva de la esencia de lo humano, la vida.

A pesar de ello, el Código Penal Militar, de 9 de diciembre de 1985,

previó para más de veinte casos la posibilidad de imponer la pena de muerte. Por fortuna, por vez primera históricamente, la pena capital ha desaparecido en España del catálogo punitivo, también en el ámbito del Derecho penal militar de guerra, por Ley Orgánica 11/1995, de 26 de noviembre.

Uno de los preceptos de mayor trascendencia es el consagrado por el artículo 24,2: todos tienen derecho a la presunción de inocencia. Su sola mención como infringido da acceso a la casación.

Según la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la reiterada doctrina del Tribunal Constitucional integran su contenido, en primer lugar, la necesaria existencia de una válida actividad probatoria, practicada con las básicas garantías procesales, que pueda considerarse de cargo (Sentencias del T. Constitucional 105 y 109 de 1986, 44 y 145 de 1987 y Autos de 2 de julio y 5 de noviembre de 1986, entre otras muchas) y, en segundo término que la carga probatoria pese sobre la acusación, de manera que en los supuestos en que esta no es válidamente asumida la única solución constitucionalmente posible es la absolución del condenado (Sentencias del T. Constitucional 62/1985, 109/1986, 92/1987).

El artículo 25,2 establece que las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social. Precepto inspirado en el artículo 27 de la Constitución italiana y que extiende a las medidas de seguridad los fines asignados a las penas.

El art. 18,2 declara inviolable el domicilio. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.

El mismo artículo, en su párrafo 1º garantiza el derecho al honor y el secreto a la vida privada. El art. 20,1a) y d) reconoce y protege, respectivamente, el derecho a manifestar libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción y el derecho a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión.

En el caso de conflicto entre derecho al honor y libertad de información tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo se han inclinado en favor de la última con el argumento de que la libre opinión pública, indisolublemente asociada al pluralismo político es un valor fundamental y una condición necesaria al buen funcionamiento del Estado democrático. Lo que es indiscutible. Pero es insatisfactorio que estimen baste que la información se refiera a hechos de interés público y se hayan obtenido con un mínimo de diligencia. La diligencia mínima debe sustituirse por la diligencia escrupulosa.

Pues el honor no es sólo un bien jurídico fundamental (art.18,1), sino el fundamento del orden político y de la paz social (art.10,1).

Una diligencia mínima no es garantía alguna de que la información sea veraz. Similar es la situación respecto de la libertad de expresión.

No puedo terminar la exposición sin referirme a una muy reciente Sentencia del Tribunal Constitucional de hace diez días, del 20 de julio, que anula otra del Tribunal Supremo de 29 de noviembre de 1997 que condenó a 23 miembros de la Mesa Nacional de un partido vasco, Herri Batasuna, como autores de un delito de colaboración con banda armada a la pena, a cada uno de ellos, de siete años de prisión y multa de 500.000 pesetas.

Los hechos que motivaron el fallo consistían en la exhibición de los vídeos realizados por la organización terrorista ETA con motivo de las elecciones generales de 3 de marzo de 1996. El 5 de febrero de 1996 la Mesa Nacional de Herri Batasuna acordó asumir el contenido de los vídeos y proceder a su difusión, cediendo a la organización terrorista sus propios espacios electorales gratuitos.

El Tribunal Constitucional declara que hubo delito de colaboración con banda armada, pero anula la Sentencia del Tribunal Supremo al estimar que las penas impuestas son anticonstitucionales por ser desproporcionadas con las circunstancias del caso, por no prever el Código penal a la sazón vigente, de 1973, penas inferiores a la de 6 a 12 años de prisión y multa.

Es evidente que el Tribunal Constitucional, al igual que efectuó, como dijimos, la Corte Constitucional italiana, ha invadido competencias que son propias del legislador. Lo que merece severa censura, aunque la resolución pueda ser aceptable en el fondo.

A pesar de que, como hemos expuesto, se han de juzgar no satisfactorias determinadas resoluciones, sea del Tribunal Constitucional, sea del Tribunal Supremo español, ha de afirmarse que, al igual que ocurre en otros países europeos, la interpretación y la aplicación de las normas constitucionales del Estado, a la luz de la Constitución y de las reglas de Derecho internacional, verificadas por ambos tribunales, han de valorarse en general favorablemente, pues ha permitido estructurarlo como un Estado de Derecho y han influido de forma positiva en el sistema penal.