**STC 232/1997, de 16 de diciembre de 1997**

La Sala Primera del Tribunal Constitucional compuesta por don Alvaro Rodríguez Bereijo, Presidente, don Vicente Gimeno Sendra, don Pedro Cruz Villalón, don Enrique Ruiz Vadillo, don Manuel Jiménez de Parga y Cabrera y don Pablo García Manzano, Magistrados, ha pronunciado

**EN NOMBRE DEL REY**

la siguiente

**S E N T E N C I A**

En el recurso de amparo núm. 2.687/96, promovido por don Miguel Fernández Iglesias, representado por el Procurador de los Tribunales don Cesáreo Hidalgo Senen y asistido por el Letrado don Carlos Paredes López, contra la Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, dictada el 11 de junio de 1996, que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Penal núm. 2 de esa misma Ciudad en el procedimiento abreviado núm. 24/95, en causa seguida por delito de exhibicionismo y falta de amenazas. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, siendo Ponente el Magistrado don Vicente Gimeno Sendra, quien expresa el parecer de la Sala.

 **I. Antecedentes**

1. Mediante escrito de 28 de junio de 1996, con entrada en el Registro General de este Tribunal el 1 de julio de 1996, don Cesáreo Hidalgo Senen, procurador de los Tribunales y de don Miguel Fernández Iglesias, interpone recurso de amparo contra la Sentencia dictada, el 11 de junio de 1996, por la Audiencia Provincial de Oviedo, resolviendo el recurso de apelación formulado contra la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma Ciudad, el 23 de abril de 1996, en el procedimiento abreviado núm. 25/95, seguido por delito de exhibicionismo y falta de amenazas.

2. El recurso de amparo se fundamenta en los hechos siguientes:

a) El demandante de amparo fue condenado por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Oviedo, como autor responsable de un delito de exhibicionismo y de una falta de amenazas, respectivamente previstos en los arts. 431 y 585.3 del Código Penal, texto refundido de 1973, por considerar el órgano judicial probado que había mostrado sus genitales a una mujer mayor de edad y que, al ver como ésta se disponía a tomar la matrícula del vehículo en la que el procesado circulaba, le había dicho textualmente: "Sé donde vives y si me pasa algo voy a por tí".

b) Frente a dicha resolución, el actor presentó recurso de apelación en el que solicitaba la revocación del fallo condenatorio dictado en instancia, con fecha de 23 de abril de 1996, por entender, entre otros motivos, que tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal en el mes de mayo de ese mismo año, la conducta de la que se le había hecho responsable a título de exhibicionismo había quedado despenalizada, toda vez que el art. 185 de ese nuevo Texto se limitaba a sancionar como constitutiva de delito de exhibicionismo la conducta consistente en ejecutar o hacer ejecutar a otros "actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces".

c) El recurso fue desestimado por Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo de 11 de junio de 1996, por considerar la Sala que, en contra de lo que el actor mantenía, el delito de exhibicionismo "no ha causado baja en el nuevo texto punitivo, pues integra el contenido del art. 185 cuya previsión punitiva, multa de tres a diez meses, se antoja más grave que la impuesta, pues visto que nos hallamos ante un individuo cuya solvencia deriva del desarrollo por su parte de una actividad laboral, los parámetros del cálculo de la nueva multa no podrían ser de mínimos al ejercitar el contenido del art. 50.4 y 5 del nuevo Código, de tal suerte que no es el caso de lo prevenido en el apartado a) de la Disposición transitoria novena de la L.O. 10/95 de 23 de noviembre".

3. Se queja el actor de que la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo ha vulnerado su derecho a la legalidad penal, reconocido en el art. 25.1 C.E., al haber confirmado la condena que le había sido impuesta en instancia como autor de un delito de exhibicionismo pese a que, en el momento en que la Audiencia se pronunció en dicho sentido, su comportamiento había dejado de estar tipificado en el Código Penal. En consecuencia, se pide a este Tribunal que otorgue el amparo, declarando la nulidad de dicha Sentencia y la libre absolución del recurrente del delito de exhibicionismo por el que fue condenado.

4. Por providencia de 22 de enero de 1997, la Sección Segunda (Sala Primera) acordó admitir a trámite la presente demanda de amparo y, a tenor de lo dispuesto en el art. 51 de la LOTC, requerir a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo y al Juzgado de lo Penal núm. 2 de Oviedo, para que, en el plazo de diez días, remitieran testimonio de las actuaciones, interesándose, al propio tiempo, que se emplazara a quienes fueron parte en el procedimiento, con excepción del recurrente en amparo, que aparece ya personado, para que, en el plazo de diez días, pudieran comparecer en este proceso constitucional, con traslado a dicho efectos de copia de la demanda presentada.

5. Remitidos y recibidos los testimonios de las actuaciones solicitadas a los órganos judiciales, por providencia de 21 de abril de 1997 la Sección acordó, a tenor de lo dispuesto en el art. 52 LOTC, dar vista de todas las actuaciones del presente recurso de amparo, en la Secretaría de esta Sala, por un plazo común de veinte días, al Ministerio Fiscal y al solicitante del amparo, para que dentro de dicho término pudieran presentar las alegaciones que a su derecho convinieran.

6. Mediante escrito, registrado el 16 de mayo de 1997, el Fiscal ante el Tribunal Constitucional formula sus alegaciones, solicitando la estimación del amparo solicitado. A su juicio, siendo plenamente correcta la Sentencia de instancia, anterior a la entrada en vigor del nuevo Código Penal, la Sala de apelación incurrió en error al afirmar que la conducta de exhibicionismo respecto de personas mayores de edad continuaba siendo punible, cuando el art. 185 del nuevo Código señala taxativamente que la "exhibición obscena" ha de hacerse para ser punible, "ante menores de edad o incapaces", lo que comporta la despenalización del exhibicionismo ante mayores de edad y capaces. El Tribunal de apelación debió dar cumplimiento a las Disposiciones transitorias primera y novena a) de la Ley Orgánica 10/1995 y decretar, por aplicación retroactiva de la Ley Penal más favorable, la absolución por este hecho.

Como es perfectamente conocido, la doctrina del Tribunal Constitucional ha declarado que los problemas de interpretación y subsunción de la norma corresponde en exclusiva a los órganos de la jurisdicción a menos que la selección o la determinación del sentido de la norma aplicada por el órgano jurisdiccional comprometan un derecho fundamental (la STC 111/1993, puede ser exponente de dicha doctrina). La interpretación hecha por el Tribunal de apelación del art. 185 del nuevo Código Penal, entraña un error patente que no puede incluirse en el ámbito de lo razonable en cuanto que compromete el derecho a la legalidad penal. El Tribunal de apelación debió concluir la atipicidad del comportamiento enjuiciado respecto del art. 185 del nuevo Código Penal, en lugar de lo contrario. Ello le condujo, con manifiesto error, a concluir la tipicidad de la conducta sin tener en cuenta la despenalización de que había sido objeto en la sucesión legislativa. Desde este punto de vista parece clara la competencia de este Tribunal respecto de la alegación que se hace.

Por otra parte, sabido es que el art. 9.3 de la C.E. no configura un derecho fundamental que sea alegable a través del recurso de amparo, según resulta del art. 53.2 de la C.E., pero tal afirmación tiene como excepción que el principio de retroactividad invocado venga fundado, además de en el art. 9.3 citado, en otro que configure un derecho fundamental (ATC 303/1989). En el caso que nos ocupa, a juicio del Fiscal, se plantea justamente este supuesto: la retroactividad de la Ley penal mas favorable de la que deviene la atipicidad de la conducta enjuiciada está en íntima relación con el principio de legalidad que proclama el art. 25.1 C.E., tutelado mediante el recurso de amparo constitucional. Como ya se ha dicho, la no aplicación retroactiva de la Ley penal más favorable entraña el desconocimiento del derecho que proclama el art. 25.1 C.E. En definitiva, concluye solicitando la estimación del amparo pedido.

7. Transcurrido holgadamente el plazo concedido, la representación procesal del actor no formula alegación adicional alguna.

8. Por providencia de 15 de diciembre de 1997 se acordó señalar el siguiente día 16 de diciembre para deliberación y votación de la presente Sentencia.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de la presente demanda de amparo consiste en determinar si la Sentencia dictada el 11 de junio de 1996 por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo, en el rollo de apelación núm. 163/96, que confirmó la dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de Oviedo, el 23 de abril de 1996 en procedimiento seguido por delito de exhibicionismo y falta de amenazas, ha vulnerado el principio de legalidad penal contemplado en el art. 25.1 C.E.

2. Al respecto, conviene señalar que este Tribunal ha establecido en reiteradas ocasiones que la interdicción de interpretaciones analógicas y extensivas in malam partem integra, junto a la exigencia de la tipificación de los ilícitos y las sanciones mediante "lex praevia, scripta, certa et stricta", el contenido del principio de legalidad penal y el del correspondiente derecho fundamental del art. 25.1 C.E.

En rigor, la garantía de tipicidad, que impide que los órganos judiciales puedan sancionar fuera de los supuestos y de los límites que determinan las normas, no es más que el reverso, el complemento y el presupuesto de la garantía de determinación que ha de preservar el legislador y, en su caso, la Administración, con unas normas "concretas y precisas, claras e inteligibles" (STC 34/1996). Estas garantías concretan así diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula ante todo con el imperio de la Ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad (STC 62/1982), previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, así como la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan los arts. 24.2 y 117.1 C.E. Así, el principio de legalidad en el ámbito sancionador es un principio inherente al Estado de Derecho que la Constitución enuncia en su Título Preliminar (art. 9.3), lo configura como contenido de un derecho fundamental de las personas (art. 25.1) y lo recuerda como límite de la función esencial de los Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial (art. 117.1). Este principio impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención punitiva, no sólo la sujeción de la jurisdicción sancionadora a los dictados de las leyes que describen ilícitos e imponen sanciones, sino la sujeción estricta, impidiendo la sanción de comportamientos no previstos en la norma correspondiente, pero similares a los que sí contempla (STC 137/1997). Como afirmaba la STC 133/1987, "el principio de legalidad ( ... ) significa un rechazo de la analogía como fuente creadora de delitos y penas, e impide, como límite a la actividad judicial, que el Juez se convierta en legislador".

La seguridad jurídica y el respeto a las opciones legislativas de sanción de conductas sitúan la validez constitucional de la aplicación de las normas sancionadoras, desde el prisma del principio de legalidad, tanto en su respeto al tenor literal del enunciado normativo, que marca en todo caso una zona indudable de exclusión de comportamiento, como en su razonabilidad. Razonabilidad que habrá de ser analizada desde las pautas axiológicas que informan nuestro texto constitucional (SSTC 159/1986, 59/1990, 111/1993) y desde modelos de argumentación aceptados por la propia comunidad jurídica.

En definitiva, el principio de legalidad penal es una garantía inherente al Estado de Derecho, que impone, por razones de seguridad jurídica y de legitimidad democrática de la intervención penal, la estricta sujeción de Jueces y Tribunales al dictado de las Leyes que describen delitos e imponen penas. Su efectivo reconocimiento obliga en ocasiones a dilucidar si se ha traspasado la tantas veces tenue línea divisoria que separa la actividad judicial de reconocimiento del alcance y significado de la norma como paso previo a su aplicación, de la que, con ese mismo fin, rebasa sus límites y genera o modifica su propio sentido (SSTC 75/1984 y 156/1996). No se trata de discutir en esta sede si la selección de la norma aplicable, así como el análisis de su vigencia y derogación, labores que corresponden en exclusiva a la jurisdicción ordinaria de acuerdo con el art. 117 C.E. (SSTC 90/1990, 80/1991, 359/1993, entre otras muchas), ha sido manifiestamente irrazonable, arbitraria o fruto de un error patente, en cuyo caso podría producirse un control de la misma por parte de este Tribunal (SSTC 233/1991, 55/1993, 245/1993 y 203/1994, entre otras), desde el prisma del art. 24.1 C.E.; ni como veremos a continuación, si nos encontramos aquí ante una aplicación extensiva, o analógica in peius de una norma penal, sino lisa y llanamente ante su aplicación a un supuesto expresamente excluido por la Ley penal aplicable, lo que supone, no una infracción cualquiera del principio de legalidad, sino su desconocimiento puro y simple.

3. El examen de la demanda de amparo y de las actuaciones remitidas por los órganos judiciales pone de relieve que el hoy recurrente fue condenado como autor de un delito de exhibicionismo y de una falta de amenazas. La Audiencia Provincial, pese a que, tanto el actor al formalizar la apelación, como el Ministerio Fiscal, al instruirse del recurso, pusieron de manifiesto que la modalidad del delito de exhibicionismo prevista en el párrafo segundo del art. 431 del Código Penal (texto refundido de 1973) había quedado despenalizada como consecuencia de la entrada en vigor de la L.O. 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, desestimó el recurso señalando en el fundamento de Derecho primero in fine que la conducta por la que fue condenado el actor integraba el tipo del art. 185 del nuevo Código. Con ello, no tuvo en cuenta que en dicho precepto únicamente se contempla como acción típica ejecutar o hacer ejecutar a otros "actos de exhibición obscena ante menores de edad o incapaces", circunstancia que no concurría en el sujeto pasivo de los hechos enjuiciados.

Tal proceder del órgano judicial muestra de modo patente que la resolución judicial dictada rebasa el ámbito de libertad que compete al Juzgador en la interpretación y aplicación de la norma penal, ya que con la misma, al desestimar el recurso y confirmar la Sentencia de instancia, ha alterado el ámbito de aplicación de la figura delictiva conformada por el legislador, vulnerando el derecho fundamental del actor a no ser condenado por acciones u omisiones que en el momento del nuevo enjuiciamiento, en la apelación, no estuviesen previstas como delito o falta, como previene el art. 25.1 C.E. A la Audiencia Provincial le hubiera bastado con interpretar correctamente lo dispuesto en las Disposiciones transitorias primera y, sobre todo, novena, regla a), del nuevo texto punitivo. Al no hacerlo así, es claro que ha infringido el art. 25.1 de la Constitución en todo lo referente a la condena por la comisión del delito de exhibicionismo, que ha de quedar anulada, sin que tales efectos se extiendan a la condena por la falta de amenazas y demás pronunciamientos, que han de alcanzar por esta resolución toda su firmeza.

### F A L L O

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, POR LA AUTORIDAD QUE LE CONFIERE LA CONSTITUCION DE LA NACIÓN ESPAÑOLA,

Ha decidido

Otorgar parcialmente el amparo solicitado por don Miguel Fernández Iglesias y, en consecuencia:

1º. Reconocer al recurrente su derecho a la legalidad penal (art. 25.1. C.E.).

2º. Anular, unicamente en lo que al delito de exhibicionismo se refiere, la Sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Oviedo el 11 de junio de 1996, por la que desestimaba el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 2 de la misma Ciudad el 23 de abril de 1996, en el procedimiento abreviado núm. 25/95.

Publíquese esta Sentencia en el Boletín Oficial del Estado.

Dada en Madrid, a dieciséis de diciembre de mil novecientos noventa y siete.