

# PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL

LUIS ARROYO ZAPATERO

*SUMARIO:* I. Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal. Fundamento y contenido del principio de legalidad: 1. La insuficiente formulación del artículo 25.1 y necesidad de su reconstrucción dogmática. 2. Pluralidad de fundamentos del principio de legalidad: 2.1 Fundamento político democrático (representativo). 2.2 Fundamento político criminal. 2.3 Consideración de otros criterios propuestos como fundamento: a) El principio de culpabilidad. b) La exigencia de certeza. Seguridad jurídica. 2.4 Fundamento tutelar del ciudadano. 3. Contenido y proyecciones del principio de legalidad.—II. La reserva de Ley en materia penal: 1. Reserva de ley y artículo 25.1. 2. Tratados internacionales. 3. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. 4. Las posiciones doctrinales sobre el concepto de «legislación» y la necesidad de rechazar un significado unívoco del término. La interpretación del término conforme a la naturaleza de la materia de regulación. 5. Norma penal y desarrollo-regulación-afectación de derechos fundamentales. 6. La materia penal como reserva de ley orgánica, e integración del término «legislación» del artículo 25.1. 7. Reserva de ley orgánica como reserva absoluta y remisión a fuentes normativas secundarias.—III. Reserva de ley orgánica y sistema de fuentes legales en materia penal.

## I. FUNDAMENTO Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL

### 1. La insuficiente formulación del artículo 25.1

El artículo 25.1 de la Constitución declara 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».

La doctrina y el propio Tribunal Constitucional (1) estiman que en el

(1) Cfr. TC, sentencia de 30 de enero de 1981, 4 (RA-2), y de 30 de marzo de 1981, 3 y 4 (RA-6) SALAS; *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid 1980, p. 58; SERRANO ALBERCA, en GARRIDO FALLA, y otros; *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, página 318; CEREZO MIR; *Curso de Derecho penal español*, Parte general, I, 2.ª ed., Madrid, 1981, página 179.

precepto transcrito se proclama el principio de legalidad en materia penal (2) y sancionadora en general. Ahora bien, si se contrasta la declaración del artículo 25.1 con el contenido que la doctrina penal española y extranjera atribuye al principio de legalidad penal, tradicionalmente formulado desde FEUERBACH con el brocardo latino *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, se pone de manifiesto que la configuración doctrinal es de mayor amplitud que la del artículo de la Constitución. Así, como contenido del principio de legalidad penal se entienden las siguientes concreciones específicas del mismo, o subprincipios: la reserva absoluta de ley para la definición de las conductas constitutivas de delito y de las correspondientes penas; la proscripción de la costumbre como fuente de Derecho penal; la prohibición de la analogía *in malam partem* y de la interpretación extensiva; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo; la determinación, certeza o taxatividad de las normas penales; la prohibición del *bis in idem*; la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal (3).

A la vista de lo expuesto se ha de reconocer que el precepto del artículo 25.1 supone una pobre formulación del principio de legalidad, por no hacer referencia a las diversas plasmaciones del mismo sino tan sólo, en principio, a la irretroactividad, que se encuentra ya consagrada en el artículo 9.3 («La Constitución garantiza ... la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales»), resul-

(2) Como se indica en el propio título me refiero únicamente a la manifestación en el *orden penal* del principio de legalidad, de cuya idea originaria se derivan consecuencias específicas para otras ramas del Ordenamiento: principio de legalidad de la Administración, en la materia tributaria, etc. A estos y otros aspectos y no al orden penal es a lo que se refiere el art. 9.3, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1981, p. 369; GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, cit., pp. 115 y ss.; DÍEZ PICAZO: *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, p. 656.

(3) Como bibliografía fundamental española y extranjera puede verse la siguiente: JIMÉNEZ de ASÚA: *Tratado de Derecho penal*, II, Buenos Aires 1964, 3.ª ed., pp. 333 y ss.; RODRÍGUEZ MOURULLO: (Principio de) *Legalidad* (Derecho penal), voz en «NEJ», XIV, Barcelona, 1971, páginas 882 y ss.; CASABO RUIZ, en Córdoba, y otros: *Comentarios al Código penal*, II, Barcelona, 1972, páginas 23 y ss.; MIR PUIG: *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 141 y siguientes; COBO del ROSAL/VIVES ANTÓN: *Derecho penal*, Parte general, I, Valencia, 1980, pp. 63 y siguientes, 125 y ss.; CEREZO MIR: *Curso*, cit. pp. 178 y ss.; MUÑOZ CONDE *Adiciones a JESCHECK: Tratado de Derecho penal*, I, Barcelona, 1981, pp. 189 y ss.; JESCHECK: *Tratado de Derecho penal*, Parte general, I, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona, 1981, pp. 173 y ss.; SAX: *Grundsätze der Strafrechtspflege*, en BETTERMANN, NIPPÉRDÉY, SCHEUNER, *Die Grundrechte*, III, 2, Berlin, 1959, pp. 992 y ss. y pp. 999 y ss.; GRÜNWARD: «*Bedeutung und Begründung des Satzes "nulla poena sine lege"*», en «ZStW» 76 (1964), pp. 1 y ss.; SCHREIBER: *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes «Nullum crimen, nulla poena sine lege»*, Francfort del Meno 1976; SCHÜNEMANN: *Nulla poena sine lege?*, Berlin, 1978; SCHÖNKE. SCHRÖDER. ESER, *StGB. Kommentar* 20 ed., Munich, 1980, §1; SPASARI: *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966; VASSALLI: *Nullum crimen sine lege*, voz en «Novissimo Digesto Italiano», T. XI, Turín, 1968, pp. 493 y ss.; MARINI: *Nullum crimen nulla poena sine lege*, voz en «Enciclopedia del Diritto» T. XXVIII, pp. 958 y ss.; BRICOLA: «*Legalità e crisi: L'articolo 25, 2 e 3 della Costituzione rivisitato a la fine degli anni 70.*» en *La Questione Criminale*, 1980, pp. 179 y ss.

tando necesario acudir a este precepto para interpretar el del artículo 25.1. Incluso, en este único punto, el empleo del término «legislación» da lugar a dudas interpretativas (4) en orden a determinar la naturaleza y rango de la disposición normativa que puede legitimar la tipificación de una infracción penal o administrativa (5).

Por otra parte debe tenerse en cuenta que nuestro viejo Código Penal sí consagra expresamente buena parte de los principios mencionados como contenidos en el principio de legalidad, en concreto, la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), en el artículo 1.º, la garantía penal (*nulla poena sine lege*), en el artículo 23, la garantía jurisdiccional, en el artículo 80 y la garantía de ejecución, en el artículo 81. No resultaría acorde con el sentido político y jurídico de la decisión constituyente el que tales principios fueran «disponibles» para el legislador ordinario (6).

Es necesario, en consecuencia, proceder a una interpretación del artículo 25.1 de la Constitución, en base a la consideración de otros preceptos de la misma (7), a los principios que la inspiran y a los tratados internacionales ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución española), para, sobre todo ello, ofrecer una formulación completa del principio de legalidad penal, que, en la medida de lo jurídicamente posible, comprenda todas las garantías mencionadas anteriormente que se estiman constitutivas o integrantes del mismo.

Para esta formulación a que se aspira desempeña un singular papel, junto al examen formal de otros preceptos constitucionales, el análisis del fundamento, de la *ratio essendi* (8) del principio de legalidad, pues, fijado éste,

(4) Sobre el *iter* de la formación del precepto, véase SERRANO ALBERCA, *ob. cit.*, páginas 316 y 319.

(5) Véase CEREZO, *Curso, cit.*, p. 179 y referencias en nota 3.

(6) Con relación al § 103, III de la Constitución alemana respecto del problema del *ne bis in idem* que se encontraba claramente recogido en la legislación preconstitucional —problema similar al nuestro— entiende la doctrina alemana que en caso de oscuridad en la formulación constitucional de un derecho o principio que ya con anterioridad se encontraba configurado y en términos más amplios por la legislación debe éste estimarse integrado en la norma fundamental, véanse MAUNZ, DÜRIG, *Grundgesetz Kommentar*, not. marg. 123 al § 103, III. Esta línea de argumentación es seguida por nuestro Tribunal Constitucional, precisamente también sobre el *ne bis in idem*, no contenido explícitamente en el artículo 25.1, véase S. 30 de enero de 1981, 4. En el tema que nos ocupa la traslación de este argumento permitiría proponer: el artículo 25.1 no puede comportar «menos» de lo que ya ofrecían los artículos del Código Penal relativos al principio de legalidad.

(7) Ya el propio Tribunal Constitucional ha indicado que se ha de recurrir, entre otros, a los artículos que consagran la reserva absoluta de ley (sentencia de 7 de mayo de 1981, II, 7). En el mismo sentido BRINGEWAT; *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlín, 1974, p. 100, respecto del artículo 103, II de la Constitución alemana.

(8) El ámbito de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales se ha de fijar «teniendo en cuenta que la Constitución incorpora una serie de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental», sentencia de 8 de junio de 1981, 2, RA 13.

podrá definirse su concreto contenido como consecuencia de un proceso lógico deductivo, que sólo encontrará límites allí donde la Constitución los imponga expresamente.

## 2. Pluralidad de fundamentos de principio de legalidad

En este sentido es pacífica la opinión de que el principio de legalidad penal tiene una doble fundamentación, por una parte, de carácter político, expresión de la idea de libertad y del Estado de Derecho, de la que deriva la exigencia de ley formal y la de seguridad jurídica y, por otra, una fundamentación específicamente penal, expresión de la esencia o función social de la norma y la sanción penal. Ambos fundamentos han de considerarse conjuntamente y sólo así, como se verá, resulta viable conectar a una idea común y general cada uno de los que inicialmente se han enumerado como contenidos del principio de legalidad.

### 2.1 FUNDAMENTO POLÍTICO DEMOCRÁTICO-REPRESENTATIVO

Es opinión común que el principio responde desde su formulación originaria por los ilustrados al principio político de la división de poderes (9), principio garantizador del consenso sobre el contrato social: solamente el legislador, representación directa de la sociedad, (*volonté générale*), y no el Juez particular, puede decidir sobre la limitación de la libertad individual; sólo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas (definir delitos) e imponer privaciones de derechos (imponer penas). Ambos principios, división de poderes y supremacía del legislador, son piezas fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional (10).

Aparece así el principio de legalidad penal originariamente como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de ley). Este fundamento político es lo que determina que el principio no se satisfaga de modo puramente formal, en el sentido de la identificación entre Estado de Derecho y Estado «de leyes». La idea subyacente de la «voluntad general» sólo se traduce institucionalmente en la asamblea legislativa democráticamente representativa (elegida) de esa voluntad general (11).

---

(9) Cfr. MERLE y VITU: *Traité de Droit Criminel*, I, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1978, p. 223; RODRÍGUEZ MOURULLO: *Principio de legalidad*, cit. p. 883; JIMÉNEZ de ASUA: *Tratado*, II, cit., p. 381 y, amplias referencias a LOCKE, MONTESQUIEU y BECCARIA, entre otros, véase SCHREIBER: *Gesetz und Richter*, cit. pp. 33 y siguientes.

(10) «la soberanía ... reside en el pueblo español» (art. 1) y sólo «las Cortes Generales representan al pueblo español» (art. 66.1). Véase al respecto, GARRORENA: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980, pp. 139 y siguientes.

(11) Cfr. BECCARIA: *De los delitos y de las penas*, trad. de De las Casas, Madrid, 1968, páginas 29-30.

En definitiva, el principio de legalidad penal es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal, para satisfacer la seguridad del conocimiento del ámbito de libertad que «concede» el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general (12). Por esta razón es acertado denominar este fundamento político como fundamento *democrático representativo* (13).

No solamente es exigible —políticamente— la atribución exclusiva a la ley de la facultad de definir delitos y penas, lo es también —materialmente— el que esa definición legal sea previa a la imposición de una pena, la ley penal no puede definir delitos con efectos retroactivos. El fundamento político constitucional y su principal consecuencia de la reserva de ley sigue siendo hoy indiscutiblemente un pilar fundamental del Estado de Derecho (14).

A su vez, la exclusión del sistema de fuentes en Derecho penal del derecho consuetudinario y la prohibición de fundamentar en éste la punibilidad de una conducta es corolario de la reserva. Igualmente lo es la prohibición de la *aplicación analógica de las leyes*, y de la *interpretación extensiva* de las mismas, prohibición que, como la anterior, se dirige frente a los Tribunales, en tanto que representan la imposición de una pena a una conducta no prevista expresamente como delito por la ley (15).

Aún más, como expresión del principio de división de poderes, el de legalidad incorpora a su contenido las garantías denominadas «jurisdiccional» y «de la ejecución»: frente al Legislativo y, sobre todo, frente al Ejecutivo (Administración), sólo a los Juzgados y Tribunales de Justicia (Poder Judicial) corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y ese enjuiciamiento (competencia judicial y procedimiento) y esa ejecución se han de verificar conforme a lo preceptuado por la ley.

A la consagración constitucional de estas dos garantías sirven específicamente otros preceptos diferentes del artículo 25.1, singularmente el apar-

(12) En este sentido, expone BRICOLA, que «el principio de reserva absoluta de ley (en materia penal) es expresión de la exigencia de que la intervención represiva sea siempre el producto de la dialéctica democrática en el interior del Parlamento» (*Legalità e crisi*, cit. p. 128).

(13) Cfr. GRÜNWARD: *Bedeutung und Begründung*, cit., p. 14; MANGAKIS: «Über die Wirksamkeit des Satzes "nulla poena sine lege"», en «ZStW» 81 (1969), pp. 997 y ss., 1003; KREY: *Studien zum Gesetzvorbehalt im Strafrecht*, Berlin, 1977, p. 210; JESCHECK: *Tratado*, I, cit., página 180.

(14) El Tribunal Constitucional alemán ha llegado a declarar, además, que el principio de legalidad es expresión del de igualdad de todos ante la ley, cfr. *BVerfGE*, 20, 162 (222).

(15) De tal modo que la prohibición de la analogía aparece como una plasmación específica en lo penal de la división de poderes (cfr. GRÜNWARD, *op. cit.* p. 14). BELING señala expresamente que la proscripción del Derecho consuetudinario como fuente penal y de la analogía, obedece a la exigencia de ley, antes que a la de una concreta delimitación de la conducta punible, pues, también el Derecho consuetudinario y la analogía podrían configurar concretos tipos penales, véase *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906 (reimpresión 1964), p. 22.

tado 2 del mismo artículo (garantías formales y materiales de la ejecución penal), así como en los artículos 24.2 y 117.3 (garantía jurisdiccional), de los cuales no me voy a ocupar en este lugar.

## 2.2 FUNDAMENTO POLÍTICO CRIMINAL

Ahora bien, la argumentación político constitucional no agota la fundamentación del principio de legalidad penal (16). Junto a ésta —o mejor, sobre ésta— desde el interior de la ciencia penal se ha construido una fundamentación político-criminal (17) del principio. FEUERBACH, autor de su formulación latina, lo asentó en una consideración material de la función de la norma penal, que denominó teoría de la coacción psicológica: sólo una amenaza penal establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión, sólo la previa conminación legal de la pena para una conducta es capaz de actuar en prevención general de la comisión de delitos (18). La consecuencia fundamental de esta argumentación es la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (principio de irretroactividad), y la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación).

Avatares diversos ha sufrido la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH a lo largo de la historia (19). Sin embargo, la esencia de su concepción ha reaparecido en los últimos años, como consecuencia de la crítica del Derecho penal de la retribución y de la mano de las teorías behavioristas y de la psicología profunda, así como de lo que puede denominarse nuevo proceso de «secularización» del derecho penal. No se trata, por tanto, de reclamar como fundamento del moderno Derecho penal la teoría de la coacción psicológica de FEUERBACH —en cuyo tiempo el conocimiento psicológico se reducía a poco más que la pura intuición— sino de asumir esa idea y sus consecuencias fundamentales dentro de lo que hoy se denomina *Función de motivación de la norma penal* (20).

(16) La fundamentación del principio de legalidad exclusivamente en la división de poderes determina su reducción al nivel de un principio meramente formal o competencial que, por sus consecuencias insatisfactorias, obliga a recurrir a otros principios de naturaleza diferente, como, por ejemplo, el de culpabilidad. Una orientación formalista de esta clase es la de LEMMEL: *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen in Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz «nullum crimen sine lege»*, Berlín, 1970, véase particularmente, pp. 156-165 y 170 y siguientes.

(17) Con esta terminología se expresan MERLE y VITU: *Traité*, cit. p. 223. MARINI habla de fundamento político «criminológico», véase *Nullum crimen ...*, cit., p. 952.

(18) Véase FEUERBACH: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, edición anotada por Mittermaier, reimpresión de Scientia Verlag de la 14 ed. de 1847 (Giessen), especialmente, pp. 36 y ss. Una exposición del conjunto de su obra en estos aspectos puede verse en Eberhard SCHMIDT: *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtspflege*, Gotinga 1965, pp. 235 a 246.

(19) Véase en SCHREIBER: *Gesetz und Richter*, cit., pp. 118 y siguientes.

(20) Elaborada entre nosotros fundamentalmente por GIMBERNAT, MUÑOZ CONDE, MIR PUIG y LUZÓN. Sobre el estado de la cuestión véase MIR PUIG: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 2.ª ed. 1982, y OCTAVIO de TOLEDO: *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1981, pp. 97 y siguientes.

Lo imprescindible de este fundamento político-criminal del principio de legalidad se pone de manifiesto al constatar cómo no resulta posible derivar la prohibición de retroactividad de la ley penal del denominado fundamento democrático representativo. Este se satisface conque la restricción punitiva de la libertad se verifique por una decisión del legislador; la garantía de la representación popular no se vulnera con una ley retroactiva, por ello no existe una prohibición genérica de retroactividad de las leyes. Carecería de sentido atribuir a la garantía de representación popular la exigencia de lo que precisamente es una limitación a la libertad de decisión de dicha representación, como es el vetarla que adopte leyes penales con efectos retroactivos (21).

A su vez, la exigencia de certeza o taxatividad, en la determinación de los presupuestos de la punibilidad, es decir de la definición de la conducta típica y de sus consecuencias jurídicas, no encuentra asentamiento suficiente en el fundamento democrático representativo, pues el legislador puede encontrar «razonable» en determinados casos el establecer cláusulas generales, elementos constitutivos de la conducta típica indeterminados y determinables por otras instancias. Este proceder podrá calificarse en el caso concreto como «no razonable» pero no como vulnerador del principio «democrático representativo» (22).

### 2.3 CONSIDERACIÓN DE OTROS CRITERIOS PROPUESTOS COMO FUNDAMENTO

#### a) *El principio de culpabilidad*

Se ha pretendido fundamentar el *nullum crimen* en el principio de culpabilidad. Así, por ejemplo, SAX (23): el reproche penal de la culpabilidad se asienta en la decisión consciente o inconsciente por la realización de una conducta antijurídica tipificada; para verificar el reproche es ineludible presupuesto que la conducta haya sido previamente tipificada. Sin embargo, esta tesis debe rechazarse, pues el objeto del juicio de reproche no es la ley penal sino la prohibición de la conducta en cuestión (24) o, como expone JESCHECK (25) el contenido material de la ilicitud del hecho puede darse también aunque el hecho no está conminado en una pena. Por ello, como

(21) Cfr. JESCHECK: *Tratado*, I. cit., p. 184. GRÜNWARD: *Bedeutung und Begründung*, cit., (pp. 16-17) fracasa al pretender derivar la irretroactividad del fundamento democrático representativo, lo que le obliga a dar un salto en el vacío (véase *ob. cit.* p. 17).

(22) Sobre los efectos perturbadores de la sustitución de este principio por el de certeza en materia de reserva de ley véase SINISCALCO: «Ratio di "certeza" e ratio di "garanzia" nella riserva di legge dell'art. 25, 2 della Costituzione», en *Giurisprudenza Costituzionale* 1969, páginas 993 y siguientes.

(23) *Grundsätze ... cit.*, p. 999.

(24) GRÜNWARD señala que dicha tesis no podría fundamentar ni la prohibición de la analogía ni la de la retroactividad, véase *ob. cit.*, p. 11.

(25) *Tratado*, I. cit., p. 184.

señala WELZEL, el principio de legalidad no exigiría la prohibición de la retroactividad de las agravaciones penales ni tampoco la fijación previa de la punibilidad en una ley penal (26).

b) *La exigencia de certeza. Seguridad jurídica*

En la búsqueda de un fundamento a la irretroactividad de las leyes penales se ha propuesto por algunos la idea de la «seguridad jurídica» (27). Esta idea, que está consagrada como principio constitucional en el artículo 9.3, no sirve para fundamentar ni la reserva de ley, ni la irretroactividad, al menos, agotadoramente. Lo primero, porque, como advierte BRICOLA (28), el reglamento también ofrece esa seguridad o certeza; es más, la identificación entre el fundamento de la reserva absoluta de ley con la exigencia de seguridad jurídica conduce a una devaluación del carácter absoluto de la reserva. Por otra parte, no fundamenta —suficientemente— la prohibición de retroactividad porque si fuera necesario corolario de la misma habría de prohibir todo efecto retroactivo de las leyes penales —y no sólo de éstas—, y se acepta generalmente la aplicación retroactiva de las normas penales favorables, tanto doctrinalmente como en la propia Constitución, que, en el artículo 9.3, se limita a proclamar la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Sólo el fundamento político criminal —el de la función de motivación de la norma penal— está en condiciones de explicar y exigir la irretroactividad de las normas sancionadoras (penales) no favorables y la retroactividad de las favorables y, esto último, no sólo como facultad que se atribuye al legislador, sino como exigencia vinculante.

La consideración del principio de legalidad como exigencia de seguridad jurídica —con la consecuencia de prohibición de toda retroactividad— toma como referencia básica la posición del individuo frente al poder del Estado. Pero desde el plano del Estado, en su proyección normativa sobre los individuos, la determinación legal de la conducta prohibida y de la pena responde a la necesidad de hacerles presentes su voluntad de ordenar o prohibir una conducta concreta. Por su parte, el fundamento material, político-criminal, a que me refiero, permite una adecuada justificación de la exigencia de certeza o taxatividad de la norma penal. La concreta y exhaustiva determinación legal de la conducta prohibida o exigida y de la pena correspondiente es presupuesto de una eficaz motivación de las conductas de los ciudadanos en el sentido querido por el legislador. Para alcanzar dicho fin de prevención general, la determinación de la conducta punible debe verificarse con anterioridad a la amenaza de la pena y, por supuesto, de su

(26) Cfr. WELZEL: *Derecho penal alemán*, 11 ed., trad. de Bustos y Yáñez, Santiago de Chile, 1970, p. 42.

(27) Así el propio JESCHECK, en *loc. ult. cit.*; CEREZO MIR: *Curso, cit.*, pp. 190 y 196.

(28) *Legalidad e crisis, cit.*, p. 184.



imposición y la especificación de lo prohibido debe verificarse del modo más concreto posible, pues de otro modo, el Estado correría el riesgo de que los destinatarios de la norma no reconozcan el ámbito de lo que se quiere ordenar o prohibir, con lo que se pondría en cuestión el éxito de la función de protección de los bienes jurídicos que se pretende.

Ahora bien, de todo lo expuesto no se deduce la ajenidad de la exigencia de seguridad jurídica respecto del principio de legalidad. Forma parte del contenido del mismo, junto con los anteriormente enunciados y se asienta precisamente en su fundamento político democrático, como exigencia de certeza de conocimientos del propio ámbito de libertad frente al arbitrio-arbitrariedad de los poderes públicos. Ahora bien, el que la determinación de la conducta prohibida haya de efectuarse precisamente por vía de la ley es consecuencia del principio de división de poderes a que responde el Estado de Derecho.

De la división de poderes y de los presupuestos de la prevención general se derivan también exigencias respecto del poder judicial: prohibición de la aplicación analógica de las leyes penales; prohibición de imponer una pena a una conducta no prohibida por la ley; prohibición de fundamentar penas en un «derecho consuetudinario», es decir, en una instancia definidora ajena al legislador, único legitimado para proceder a ello; prohibición de aplicar en contra del sujeto una ley penal a conductas verificadas con anterioridad a la misma.

Por último, todos los principios anteriores, tanto en su proyección sobre el legislador como sobre el Juez, y por iguales fundamentos, se plasman, además de sobre los tipos penales, sobre las consecuencias jurídicas de los mismos, sobre la pena y las medidas de seguridad.

Ahora bien, quizá pudiera alguno aducir que una argumentación político criminal —por sólida que resulte— no tiene significado alguno para fundamentar un juicio de inconstitucional y, de tal modo, por ejemplo, no podría declararse la inconstitucionalidad de una ley penal retroactiva a no ser que la propia Constitución recoja expresamente la prohibición al legislador de tal forma de proceder. En mi opinión, aunque la Constitución no consagrara expresamente el principio de irretroactividad, podría fundamentarse el juicio de inconstitucionalidad en que la aplicación retroactiva de una ley penal resultaría irracional y arbitraria, y la Constitución prohíbe la arbitrariedad a los poderes públicos (art. 9.3). La inexistencia del 25.1 sólo tendría como consecuencia el que no sería susceptible de reclamarse por vía del recurso de amparo contra una aplicación retroactiva de una ley. Las argumentaciones materiales sí tienen relevancia constitucional.

## 2.4 FUNDAMENTO TUTELAR DEL CIUDADANO

El principio de legalidad tiene otro aspecto en su fundamentación política que determina su sentido total y el de cada uno de los subprincipios hasta ahora mencionados. El principio de legalidad aparece y se desarrolla como una garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales, frente a la privación o restricción de sus derechos por el Estado. Es decir, se trata de una garantía frente a la imposición estatal de condiciones desfavorables y no frente a condiciones favorables.

La admisión de la retroactividad de las normas penales, o sancionadoras en general, más favorables no suponen una suspensión, olvido o, aún menos, vulneración del principio de legalidad. El principio de legalidad no es garantía de una hipotética absoluta objetividad del ejercicio del *ius puniendi*. La institución está bien lejos de ser una manifestación de la concepción hegeliana del Estado. Bien al contrario, el principio de legalidad como garantía contra las normas desfavorables o restrictivas de derechos es expresión directa de una de las ideas más fundamentales del Estado democrático: el de expansión máxima de los derechos y libertades del individuo. Idea ésta que en la moderna ciencia penal española se traduce como «principio de intervención mínima» y que se plasma en numerosos planos de la acción del *ius puniendi*: en la exigencia de reducir el recurso a la pena a la tutela de los bienes jurídicos más importantes y frente a los más graves ataques; en la de imponer únicamente la pena y el grado de ésta en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines de protección que se persiguen, etc.

El principio de libertad máxima-intervención mínima (29), proyecta sus efectos en todas las plasmaciones del principio de legalidad determinando la *adecuación* al mismo —y no su «justificada» vulneración— de la analogía *in bonam partem*, la retroactividad de las normas favorables, de las interpretaciones *pro reo*, en la atribución de amplias facultades al Juez para atenuar la pena, bien a través de reglas de aplicación de éstas, bien a través del recurso a introducir en el tipo elementos normativos que operan sólo en sentido despenalizador (30). Y del hecho de que se trate de adecuación al principio de legalidad y no de justificación de su vulneración se derivan importantes consecuencias, tales como que la aplicación retroactiva de la norma favorable no es una decisión graciosa o facultativa del legislador y en su caso de los tribunales, sino objeto del derecho público subjetivo que es, por decisión del poder constituyente, el principio de legalidad penal.

(29) Sobre el principio de intervención mínima, acogido entre los inspiradores del Proyecto de LO de Código Penal de 1980, véase MUÑOZ CONDE: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 59 y siguientes.

(30) El que esta idea pueda llevar a desigualdades en la aplicación de la ley no puede colegirse en sede del principio de legalidad, sino en el del principio de igualdad, cuya plasmación está regida, a su vez, por el de no arbitrariedad, en el sentido de que no es aceptable la aplicación igualitaria de una ley que resulte por ello arbitraria e irracional.

Consideración particular merece la prohibición de la doble sanción. El *ne bis in idem* tiene diversas manifestaciones y la de mayor relieve es la prohibición de castigar el mismo hecho a un tiempo con una pena criminal y con una sanción administrativa (31).

El Tribunal Constitucional, recurriendo a la voluntad de los constituyentes, en su sentencia de 30 de enero de 1981 ha declarado que «va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución» (32). GARCÍA DE ENTERRÍA, comentando esta sentencia, estima que la prohibición de la doble sanción se expresa directamente en el literal del artículo 25.1, al deducirse de él que una determinada actuación activa u omisiva podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o varias de esas figuras a la vez (33).

Sin embargo, asentar el *ne bis in idem* en los fundamentos materiales del principio de legalidad no resulta sencillo. La doble sanción no afecta en absoluto al principio democrático, siempre y cuando sea establecida en ambos casos por la ley. Lo que del principio de división de poderes se deriva no es tanto una crítica al *bis in idem*, sino a la propia existencia de un poder sancionador autónomo de la Administración (33 bis). Tampoco contradice necesariamente el principio de certeza, pues ambos ilícitos pueden estar clara y terminantemente formulados por la ley; la seguridad jurídica tampoco se ve afectada si el procedimiento sancionador administrativo respeta todas las garantías que se le exigen. Por último, si la doble sanción no resulta arbitraria y desproporcionada tampoco afectaría al principio de motivación. Y es precisamente desde esta consideración desde donde aflora un fundamento para la prohibición del *bis in idem*, pues en nuestra historia jurídica, sobre todo en la etapa del anterior régimen político, el modo y sentido de la doble sanción eran claramente arbitrarios y desproporcionados, y es frente a esa experiencia contra lo que se levanta la prohibición. En definitiva, entiendo que el *ne bis in idem* encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3. Su inclusión en el contenido del 25.1 —ya sea por el recurso a la voluntad del constituyente, ya al literal del precepto— me parece sumamente afortunada, porque, dada la técnica de protección de los derechos

(31) Otras son, por ejemplo, la imposición de más de una pena a un mismo delito y, dentro de ello, determinadas penas accesorias, la incoación de un nuevo proceso por un mismo hecho cuando el anterior concluyó con una absolución, etc.

(32) Ap. 4 (RA-2).

(33) *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 245.

(33) bis) Sobre el tema, *vid.* PRIETO SANCHÍS. «La Jurisprudencia Constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho», en *REDC* 4 (1982) pp. 99 y ss. El citado autor termina por entender, sin embargo, que la pervivencia de tal poder sancionador no supone amenaza grave a los principios del Estado de Derecho si se respetan las garantías típicas del Derecho penal sustantivo y procesal ordinario. Sobre las técnicas de superación del *bis in idem*, véase *ob. cit.* pp. 115-118. Véanse ampliamente, también, CASABÓ,

fundamentales que establece la Constitución, solamente de este modo, y por vía de recurso de amparo, se puede instrumentar la protección efectiva de lo que de otra manera sería tan sólo un principio general.

### 3. Contenido y proyecciones del principio de legalidad

De lo hasta ahora expuesto se puede concluir afirmando que el principio de legalidad en materia penal, y como expresión de su plural fundamento en la división de poderes y en la democracia representativa, en la seguridad jurídica, en el fin de prevención del Derecho penal, y en su condición de garantía de los derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado, se plasma en concretas exigencias o prohibiciones, dirigidas bien al legislador, bien a los Tribunales, bien a ambos conjuntamente (34):

1. Solamente la ley es la instancia normativa legitimada para establecer la punibilidad de conductas y las penas correspondientes (*Reserva de ley*). De esta reserva se deriva la exclusión en materia penal de otras fuentes de Derecho, distintas de la ley formal: disposiciones administrativas y normas consuetudinarias.

2. La ley debe delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena con la que se le conmina (*Principio de tipicidad o de taxatividad* de la ley penal).

3. *Prohibición de la analogía* (aplicación analógica de la ley penal) y de su *interpretación extensiva* (en contra del reo).

4. Prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos desfavorables al reo y de aplicación judicial de la ley penal con tal efecto retroactivo (*irretroactividad*).

5. Exclusión de la sanción penal y administrativa para un mismo hecho (*ne bis in idem*).

Establecidas las conclusiones expuestas, correspondería ahora analizar cada una de ellas, precisar su contenido y alcance, establecer su fundamento expreso o implícito en el texto constitucional y determinar la medida en que todas o alguna de ellas se pueden entender contenidas en el artículo 25.1. Los límites de esta contribución exigen reducir el objeto de estudio, y me limito al primero de los problemas planteados, el de la *reserva de ley*.

---

en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela 1980, p. 271 y ss.; COBO y BOIX, en *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, pp. 213 y siguientes.

(34) Por las razones funcionales y sistemáticas mencionadas *supra* separamos de esta consideración las garantías denominadas jurisdiccional y de la ejecución.

## II. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL

### 1. Reserva de ley y artículo 25.1

La reserva de ley para el establecimiento de delitos y de penas, para el conjunto de la materia penal, es una evidente exigencia política del Estado de Derecho. No obstante, presenta dificultades la selección del concreto precepto constitucional al que se ha de imputar el principio. Y la dificultad surge, en primer lugar, precisamente, del tenor literal del precepto que generalmente se estima que consagra el principio de legalidad penal, pues el artículo 25.1 hace referencia a la «legislación» vigente para establecer la fuente normativa para establecer delitos, faltas e infracciones administrativas, en donde el término legislación puede interpretarse en su sentido amplio de ordenamiento jurídico y comprende, por ende, no solamente la ley formal (35).

Si de la interpretación del artículo 25.1 se dedujera su ajenidad a la reserva de ley no por ello perdería virtualidad una tal reserva, pues como luego se verá, otros artículos de la Norma Fundamental, sea el 53.1 o el 81.1, consagran la mencionada reserva para toda intervención estatal en materia de derechos fundamentales. Ahora bien, dicha reserva, asentada en los artículos citados, sin conexión con el artículo 25.1, no sería contenido de un derecho público subjetivo, quedaría al margen del derecho fundamental al cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 25.1, y, con ello, el ciudadano no podría obtener tutela a través del recurso de amparo constitucional frente a decisiones, generales o particulares, adoptadas en su perjuicio con vulneración de la reserva de ley. El problema de una adecuada interpretación del contenido del artículo 25.1 es, pues, de suma importancia práctica, tanto para el ciudadano, como para el desarrollo y concreción del alcance de dicho principio por el Tribunal Constitucional.

### 2. Tratados internacionales

A la solución del problema no contribuye el recurso a los Tratados internacionales ratificados por España, por no precisar tampoco el rango de

(35) Cfr. MIR PUIG: *Función de la pena*, cit., p. 33, n. 35; MUÑOZ CONDE: *Adiciones*, I, cit., p. 191; COBO VIVES: *Derecho penal*, I, cit., pp. 72-73; RODRÍGUEZ DEVESA, *Parte general*, 1981, p. 167, ante la dificultad apuntada se limita a indicar que «en este punto debe interpretarse la Constitución a la vista de los antecedentes históricos», sin que a la solución del problema pueda contribuir el artículo 53.1. «pues no olvidemos que el artículo 25 se refiere también a las infracciones administrativas» (*eodem loc.* nota 29). Esta tesis, además de desconectar el artículo 25.1 del 53.1, olvida la existencia del artículo 81 y, por su planteamiento y consecuencias, resulta una tesis inaceptable, como han manifestado COBO y VIVES, *loc. cit.*, 74. En realidad las opiniones de RODRÍGUEZ DEVESA en este y otros puntos —como en el de los bandos militares, la pena de muerte, etc.— descansan en un no reconocimiento por parte del autor del valor normativo de la Constitución, para quien parece que no pasa de ser un conjunto sumamente imperfecto de declaraciones programáticas.

la norma incriminadora. Así, la Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948, artículo 11.2, se satisface con que los actos u omisiones constituyan delito «según el *derecho nacional o internacional*», y en iguales términos la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, artículo 7, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 15 se reconocen como fuente, además, a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional (36).

### 3. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha ocupado del artículo 25.1 en lo que se refiere al problema exegético del término «legislación»; en tres sentencias de 1981 (RA-2): sentencia de 30 de enero de 1981, II, 4; (RA-6) sentencia de 30 de marzo de 1981, II, 3, y (RA-11) sentencia de 7 de mayo de 1981, II, 7.

En la primera, RA-2, pronunciándose sobre el *ne bis in idem*, se verifica una imputación genérica del principio de legalidad al artículo 25.1: «los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas, principalmente en el artículo 25 de la Constitución», texto en el que merece subrayarse el término «principalmente», por el que se indica que tales principios no sólo quedan recogidos en el mencionado artículo, lo que resulta de interés para nuestra tesis de la necesidad de integración del artículo 25.1 con otros preceptos constitucionales.

En la segunda (RA-6) sentencia de 30 de marzo de 1981, II, 3, se consigna que «por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (título IV, capítulo segundo de la Constitución). Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, que la Ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y su correspondiente pena ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión. En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipifi-

(36) Debe tenerse en cuenta que el limitado alcance de tales formulaciones se corresponde con la función perseguida de alcanzar estándares mínimos comunes a países de diferentes sistemas y desarrollos jurídicos. Sobre la Convención Europea, véase Von WEBER: «Die Strafrechtliche Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention», en *ZStW* 65 (1953), pp. 334 y ss.; LINDE, ORTEGA Y SÁNCHEZ MORÓN: *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*. Madrid, 1979.

cada y penada por Ley (*sic*) que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)).

Del texto —en el que la referencia al título IV debe leerse III, pues sólo éste incluye un capítulo segundo dedicado precisamente a la elaboración de «las leyes»— se deriva una identificación del concepto «legislación» con el de ley formal. Lo cual se precisa, en la tercera sentencia (RA-11) de 7 de mayo de 1981, II, 7, en la que se declara que «El principio de legalidad (que) se traduce en la reserva absoluta de ley...».

Ahora bien, el resultado de la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional hasta aquí leídas se debilita si se repara que en la segunda de las citadas (RA-6) de 30 de marzo de 1981, ahora en el apartado 4 de los fundamentos, se declara lo siguiente: «El principio de legalidad penal contenido en el artículo 25.1 exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse asimismo por norma de igual rango. Ni siquiera sucede en el presente caso que el artículo del Código Penal aplicable sea de aquellos que completan su tipo con remisión a disposiciones reglamentarias como sucede, por ejemplo, con el 345 y el 505, párrafo 2, que se remiten a “disposiciones sanitarias”, o a la “infracción de los reglamentos” para la integración del tipo, supuestos en los que las “disposiciones” o los “reglamentos” complementarios podrían ser alterados por otros posteriores de su misma naturaleza». De donde puede deducirse que norma penal ha de ser «norma legal» y que ésta puede ser, en determinados casos, de rango distinto a la ley formal. No obstante, el Tribunal Constitucional se está refiriendo en este párrafo al problema de las normas penales en blanco, que merece una consideración más detallada.

En consecuencia, las «tragende Gründe» de las sentencias del Tribunal Constitucional hasta ahora pronunciadas no son del todo concluyentes, aunque su dirección apunta a atribuir a la norma penal el carácter de reserva absoluta de ley. En consecuencia, la reflexión doctrinal sigue siendo necesaria.

#### **4. Las posiciones doctrinales sobre el concepto de «legislación» y la necesidad de rechazar un significado unívoco del término. La interpretación del término conforme a la naturaleza de la materia de regulación**

El término «legislación» es interpretado por CEREZO en el sentido de ley formal, ya que, de otro modo, «el precepto resultaría entonces completamente superfluo una vez que el artículo 9.3 se garantiza la seguridad jurídica» (37). Sin embargo, el argumento no resulta convincente, pues, aun en el caso de que el artículo 25.1 solamente consagrara la irretroactividad, no podría ser considerado superfluo, ya que el artículo 9.3 establece principios

(37) *Curso, cit.*, p. 179, n. 3.

generales y no derechos subjetivos públicos, como es el caso del artículo 25.1 y los demás del capítulo II del título I, con lo que ello comporta en orden a la instrumentación de la específica tutela constitucional de los mismos.

Quienes como COBO, VIVES y MUÑOZ CONDE (38) concluyen en que el término «legislación» no es susceptible de interpretarse como mera ley formal, no estiman por ello que la reserva carezca de fundamentación constitucional. Por el contrario, la encuentran consagrada en otros artículos del texto constitucional, ya sea en el artículo 53.1 ya sea en el artículo 81.1. Así, COBO y VIVES se pronuncian por la tesis de radicar la materia penal en la reserva de ley orgánica del artículo 81, por estimar que la definición de delitos y el establecimiento de penas supone «desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas», en la medida en que delito y pena constituyen una limitación de alguno o varios derechos fundamentales, y entre ellos la libertad personal y el derecho al honor (39). El propio CEREZO se manifiesta a favor de la reserva de ley orgánica del artículo 81, pero sólo respecto de aquellas leyes penales que por el bien jurídico protegido o por la índole de las sanciones que establezcan (por ejemplo, penas privativas de libertad) afecten a los derechos fundamentales y a las libertades públicas (40).

Las consecuencias de la tesis que desvincula el artículo 25.1 del problema de la reserva consisten en la negación de que la reserva de ley en materia penal no es contenido de un derecho fundamental y, por lo tanto, frente a las infracciones de dicha reserva no cabe el recurso de amparo; sino tan sólo el recurso y la cuestión de inconstitucional. De aquí se deriva la trascendencia político-jurídica de resolver la cuestión en sede del artículo 25.1.

A mi entender la solución del problema pasa por rechazar el planteamiento que hasta ahora se ha venido realizando y que caracteriza a las dos alternativas en que se encuentra dividida la doctrina penal y que consiste, en ambas, en pretender para el término «legislación» un significado *unívoco*: equiparación a ordenamiento jurídico *versus* equiparación a ley formal. Estimo que la interpretación del término aludido admite una solución diferenciada, según cual sea el tipo de norma a que haya que referirlo en cada caso: norma incriminadora penal o norma sancionadora administrativa. Pero la razón de tal diferenciación no se encuentra en el propio artículo 25.1, sino en otros preceptos cuyo mandato asume —tiene que asumir— el párrafo 1 del artículo 25.

(38) Véase referencias en nota 35.

(39) Dado el reproche que la pena conceptualmente comporta, véase *Derecho penal*, cit., pp. 76-77. Igual posición mantienen MUÑOZ CONDE *Adiciones*, 1, cit., p. 159, y CASABÓ RUIZ: «La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal», en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, pp. 288 y ss. T. RAMÓN FERNÁNDEZ: incidentalmente, manifiesta que la materia de los delitos y de las penas sería propia de la ley orgánica (*Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, página 64, en nota).

(40) *Curso*, cit., p. 181; con lo que cuando menos el núcleo fundamental de la legislación penal sería reserva de ley orgánica, y se conecta con la tesis que más adelante se defiende.



La norma penal o administrativa será o no reserva de ley, ordinaria u orgánica (41), según cuál sea su concreto contenido. Es el contenido específico de la norma el que ha de calificarse y no otra cosa. Y aquí es donde entran en juego los artículos 53.1 y 81.1, que son los que específicamente consagran las dos modalidades de reserva de ley. Las normas penales o administrativas serán materia de reserva de ley orgánica si su contenido es relativo «al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas» (ley orgánica, artículo 81.1) o representa «regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero» (ley ordinaria, artículo 53.1) (42).

LINDE PANIAGUA ha sido el primero en apuntar este criterio diferenciador para interpretar el término «legislación» en el artículo 25.1, con ocasión de su trabajo sobre las leyes orgánicas parciales (43). Estima el autor citado que cuando la norma en cuestión afecte al derecho fundamental de la libertad personal, por comportar una privación de libertad, lo cual ocurre con las normas penales, la norma merece el rango de ley orgánica. Correlativamente, cuando la norma afecte a un derecho de los no incluidos como fundamentales en los artículos 14 a 29, el rango de la misma sería el de ley ordinaria. Esto, de seguir la inacabada argumentación de LINDE, es lo que ocurre por lo común con la norma que prevé sanciones administrativas, entre las cuales destaca la sanción pecuniaria, la multa, cuyo contenido representa una privación de un derecho, el de la propiedad, que no es de los incluidos en los artículos 14 a 29 y no se califica como derecho fundamental. Esta interpretación del artículo 25 de la Constitución —manifiesta LINDE— se funda en la distinción entre delito e infracción administrativa, «que supondría la separación de dos esferas materiales, una que, dada su gravedad, merecería ser regulada por ley orgánica, y la otra por ley ordinaria, pues lo que resulta indudable es que de la conexión entre los artículos 25.1 y 53.1, no puede alcanzarse otra conclusión que la de que la imposición de sanciones penales

(41) No se oculta al penalista la complejidad del problema que plantea el concepto de ley orgánica, objeto ya de producción científica tan copiosa como poco pacífica. Una panorámica de la discusión puede verse en BASTIDA: «La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas», en *REDC* 1, 2 (1981) pp. 285 y siguientes.

(42) Una argumentación similar emplea GÓMEZ FERRER para interpretar las múltiples remisiones concretas que la Constitución hace en diversos lugares a la «ley», sin especificar su naturaleza orgánica u ordinaria. Se inclina el autor citado por entender que se trata de ley ordinaria salvo cuando se refiera a materias que están reservadas a la ley orgánica, de tal modo que «la utilización del término ley en cuanto al desarrollo de derechos y libertades de la sección primera hay que entenderlo referido a la ley orgánica». Véase *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, en «La Constitución española y las Fuentes del Derecho», *cit.*, 1, p. 119. Lo cual puede aplicarse, entre otros, además de al propio 53.1, al 17.1. De igual modo se procede en Alemania para interpretar el término «gesetz» en los artículos 103 y 104, véase TIEDEMANN, *Tatbestandsfunktionen*, *cit.*, pp. 248 y siguientes.

(43) «Las leyes orgánicas parciales en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *RAP* 1981, pp. 339 y ss. y p. 343. CASABÓ RUIZ, *ob. cit.*, nota 39, argumenta de modo similar.

o administrativas exigen el rango de ley en la norma que las imponga previamente, que será orgánica u ordinaria, según afecte a derechos fundamentales o no» (44).

La interpretación expuesta merece ser acogida y desarrollada. Resulta evidente que la incriminación de una conducta con una pena privativa de libertad afecta a un derecho fundamental, el de la libertad personal, consagrado en el artículo 17, CE. Ahora bien, respecto de las normas que prevén sanciones pecuniarias se ha de diferenciar, pues, en principio, que afectan tan sólo al derecho de propiedad, recogido en el artículo 33, que no es derecho fundamental de los de la Sección primera del capítulo II del título primero. Sin embargo, la tesis de LINDE no resulta generalizable, pues un grupo de sanciones pecuniarias, las multas penales, presentan la singularidad de que su impago se traduce en «responsabilidad personal subsidiaria» (artículo 91 del Código Penal), con lo que la privación de libertad reaparece (45).

Afectan igualmente a derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 14 a 29 otras penas del catálogo legal vigente. Así, las de extrañamiento, confinamiento y destierro, también al artículo 17; la interdicción civil y la reprensión pública al derecho al honor (artículo 18); las inhabilitaciones y suspensiones para cargos públicos, derecho de sufragio, activo y pasivo, a los derechos fundamentales a la participación en los asuntos públicos directamente o por representación y al acceso a las funciones y cargos públicos (artículo 23).

A derechos *no fundamentales* afectan tan sólo la inhabilitación y suspensión de profesión u oficio (artículo 35) y la privación del permiso para conducir vehículos de motor (que sólo derivadamente puede considerarse que afecta a la libertad personal) y la, mal denominada en el Código, pena de caución. Respecto de estas penas debe decirse, sin embargo, que se imponen junto a otras de las anteriormente enumeradas, salvo, excepcionalmente, la de privación del permiso de conducir (46) y que, en todo caso, sean en sí de una u otra naturaleza, al imponerse en un proceso penal y como una condena penal, afectan siempre al derecho al honor, como consecuencia del reproche que, como señalan COBO y VIVES, citando a HART, la pena criminal comporta conceptualmente (47), reproche que no es sólo correlato concep-

---

(44) *Loc. cit.*, pp. 343-344. La argumentación no comporta una automática ecuación norma penal-ley orgánica, norma administrativa-ley ordinaria, pues de seguido reconoce que, con independencia de la denominación, si la norma administrativa impone una sanción que afecta a un derecho fundamental su rango ha de ser el de ley orgánica. Con lo cual se ofrece un criterio que por su carácter sustancial permite superar el esquema formalista en la distinción entre delito e infracción administrativa.

(45) Relación entre multa y privación de libertad que se estrecha aún más con el sistema de «días-multa» previsto en el proyecto 1980.

(46) Véase CASABÓ RUIZ. *La capacidad sancionadora de la Administración*, cit.

(47) *Derecho penal*, I, cit., p. 86.

tual, sino sociológicamente constatable y que se condensa en lo que se denomina científicamente hoy efecto *estigmatizador* de la pena criminal (48).

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que para los casos en los que el delito está sancionado con pena privativa de libertad es de aplicación también el artículo 17.1: «Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.». Abarca este concepto la tutela de la general libertad ambulatoria, que se ve afectada tanto por las privaciones de libertad para los enajenados previstas en las leyes civiles, como por las cautelares detenciones policiales y judiciales, la prisión decretada por la autoridad judicial en el curso de procedimientos penales y, por último, las privaciones de libertad consistentes en una pena de prisión (49). Esto debe aplicarse también a las privaciones de libertad que comportan las medidas de seguridad (50).

Este artículo representa, a modo de norma especial y concurrente, una exigencia de reserva de ley para la previsión legal de penas privativas de libertad. Además, en la medida en que extiende las condiciones de autorización de la privación de libertad a los «casos» previstos en la ley, cubre con la reserva de ley también a las descripciones típicas normativas de los supuestos de hecho (figuras de delito) y a todos aquellos elementos que juegan como presupuestos y condiciones de la imposición de las penas. Y aún más, la referencia limitativa a las «formas» en que se verifica la privación de libertad lleva consigo la extensión de la reserva de ley a las normas procesales que lo regulan; por tanto las relativas a la forma en que se ha de verificar la detención, la prisión y la ejecución de la privación de libertad (Derecho penitenciario). Por último, el hecho de que el artículo 17.1 configure un derecho fundamental y esté ubicado en la Sección primera del capítulo II del título primero determina que la reserva de ley que establece es la de ley orgánica del artículo 81.

No obstante lo expuesto, resulta necesario salir al paso del problema planteado por algunos autores (51) acerca de si la acción de prohibición de conductas configurándolas como delitos e imponer penas para las mismas puede subsumirse en el término de «desarrollo» de derechos y libertades que emplea el artículo 81.1.

(48) KAISER y otros: *Kleines kriminologischer Wörterbuch*, Friburgo, 1974, voz «Stigmatisierung», pp. 318 y siguientes.

(49) *La privación de libertad que comporta una pena de este carácter es una limitación de la libertad reconocida en el artículo 17*. Cfr. MAGNZ y DÜRIG: *Grundgesetz Kommentar*, cit., artículo 104, nota marginal 5, a), respecto del mismo problema en la Constitución alemana.

(50) Son las medidas de seguridad uno de los ámbitos de la materia penal sobre el que se discute la proyección de todas las consecuencias del principio de legalidad, especialmente de la irretroactividad. Véase TERRADILLOS BASOCO: *Peligrosidad social y estado de derecho*, Madrid, 1981, especialmente pp. 185 y siguientes.

(51) Se trata de GÁLVEZ MONTES: *El ámbito material y formal de las leyes orgánicas*, y MARTÍN OVIEDO: «Tipología, jerarquía y producción de normas en la Constitución española», recogidos en el vol. II, de *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, en páginas 925 y ss. (930) y 1279 y ss. (1295 y s.).

## 5. Norma penal y desarrollo-regulación-afectación de derechos fundamentales

El problema surge por el empleo de términos diferentes en los artículos 53.1, 81.1 y 86.1 para calificar los efectos de la norma jurídica sobre el derecho fundamental. En el artículo 53.1 se lee «*regularse* el ejercicio de tales derechos»; en el 81.1 se refiere a leyes «relativas al *desarrollo*» de los derechos fundamentales; en el 86.1, al definir el ámbito vedado a los Decretos-leyes, se dice que éstos no podrían «*afectar* a los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero».

Por algunos autores se atribuye a cada uno de estos términos —regulación, desarrollo y afectación— un diferente alcance, de tal modo que a la ley orgánica correspondería tan sólo el desarrollo legislativo del estatuto general de cada una de las libertades; por ejemplo, una regulación general del derecho de reunión o del de huelga, etc., entendiendo que «desarrollo» supone asegurar las condiciones generales de expresión y funcionamiento de un derecho fundamental. Distinto resultaría el alcance de «regulación» del derecho, atribuido a la ley ordinaria, que se entendería como «cualquier regulación que atañe de cualquier manera al ejercicio de los derechos fundamentales» (52). De aceptarse esta tesis, ninguna ley penal, ni siquiera el Código Penal en su conjunto, sería materia de ley orgánica, pues un texto normativo de tal clase nunca contendría un estatuto general de uno o varios derechos o libertades, y así se han manifestado algunos autores antes citados (53). Pero no sólo la materia penal, pues otras, para las que nadie pone en cuestión el que hayan de ser desarrolladas por ley orgánica, tampoco son por sí solas «estatuto general» de una libertad pública, como, por ejemplo, la asistencia letrada al detenido del artículo 17.3, el procedimiento de *habeas corpus*, y el plazo máximo de duración de la prisión provisional, previstos ambos en el artículo 17.4. Tampoco sería regulación del «estatuto general» del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1) el desarrollo de la sola tutela civil de los mismos (54).

Frente a esta opinión se han pronunciado COBO y VIVES advirtiendo acertadamente que se incurre en juego de palabras sin sentido alguno, de siniestros resultados, que redundaría en grave fraude a la ley constitucional (55). Los autores citados estiman que en toda limitación de un derecho cabe ver un desarrollo jurídico del mismo, pues el desarrollo legislativo de un

(52) En este sentido, GARCÍA de ENTERRÍA: *Curso*, I, *cit.*, pp. 223 y siguientes.

(53) Véase nota 51.

(54) La proposición de ley de desarrollo del artículo 17.3 se tramita como ley orgánica, y como tal se ha aprobado la de protección civil de los derechos del artículo 18.1. Para la interpretación de la clase de ley que corresponde a las remisiones que la Constitución hace sin acompañar la calificación de la misma, véase nota anterior número 42.

(55) *Derecho penal*, I, *cit.*, p. 76 y n. 81; también MUÑOZ CONDE en *Adiciones*, I, *cit.*, pp. 159 y 191.

derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en esencia, precisamente, en su limitación, a causa de la necesaria coordinación con los otros derechos y con los derechos de los demás ciudadanos (56), y no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí.

En mi opinión debe evitarse el denunciado juego de palabras. Lo que diferencia el 81.1 del 52.1 no es su criterio cuantitativo, de grado de intervención sobre el derecho fundamental, sino cualitativo, de clase de derecho fundamental sobre el que se interviene el tipo de derecho fundamental que se ve normativamente «afectado», ya de los contenidos en la Sección primera, ya de los restantes. El término más apropiado a emplear para llevar a cabo la distinción entre materia de ley ordinaria u orgánica es el de «afectar», precisamente el que se utiliza en el artículo 86.1. De esta forma se logra coherencia *ratione materiae* en la definición de las materias objeto de las dos clases de reserva de ley y de la de aquellas para las que se excluye el Decreto legislativo y el Decreto-ley (57).

En conclusión, y en una primera aproximación, debe estimarse que se *afectan* los derechos fundamentales y libertades públicas cuando se prohíben conductas tipificándolas como delitos y se establecen penas criminales, y, en consecuencia, tal actividad normativa es materia de ley orgánica.

Por la tesis que se ha defendido se han inclinado las Cortes Generales, pues como leyes orgánicas se han aprobado la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979; la Ley Orgánica 4/80, de reforma del Código Penal en materia de libertad de expresión, reunión y asociación; la Ley Orgánica 10/1980, de Enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes; la Ley Orgánica 9/1980, de Reforma del Código de Justicia Militar; la Ley Orgánica 11/1980, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución («Antiterrorista»); la Ley Orgánica 2/1981, de Reforma del Código Penal y Código de Justicia Militar en materia de rebelión y terrorismo, y la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, en materia de contrabando, y la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Por su parte, como las leyes orgánicas iniciaron su trámite los

(56) Resultaría difícil negar que un tipo penal desarrolla, a través de una radical limitación, el derecho de asociación cuando se tipifican (se prohíben) como delito de asociación ilícita las asociaciones que «por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública», como ocurría en el artículo 172 del Código Penal hasta la Ley Orgánica 4/1980. El criterio del Gobierno plasmado en el proyecto de esta ley era mantener la limitación enunciada, y solamente el hecho de que tras la aprobación de la Constitución se calificara el proyecto como ley orgánica hizo posible la supresión del referido inciso en la votación del pleno del Congreso, merced a la búsqueda de la mayoría calificada. El significado político de la ley orgánica frente a la ley ordinaria en la materia que nos ocupa resulta evidente.

(57) Pudiéndose operar del siguiente modo: si la intervención normativa comporta afectación de derechos del título I, exclusión en todo caso del Decreto-ley; si de los de la sección 2.ª ley orgánica y exclusión de la delegación y si del resto del título, ley ordinaria y posible delegación.

Proyectos de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y el de Reforma Parcial de 1982, así como la Proposición de Ley de reforma del Código Penal en materia de incendios forestales.

No ha sido este el criterio del Gobierno de la anterior legislatura en su presentación, ni el de las Cortes en su aprobación, en la Ley 40/1979, de Régimen Jurídico de Control de Cambios, y en la Ley 16/1980, sobre modificación de la prisión provisional sí, en cambio, en la que la ha sustituido (Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril). Menos aún lo fue en el supuesto del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, y el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, de prórroga de la Ley Antiterrorista de 1978. A las consecuencias de todo ello, vulneración de la reserva de ley orgánica mediante leyes ordinarias y Decretos-leyes, nos referiremos luego.

#### **6. La materia penal como reserva de ley orgánica, e integración del término «legislación» del artículo 25.1**

Conclusión de todo lo expuesto es que la definición de delitos y establecimiento de penas, la materia penal, es objeto de reserva de ley orgánica del artículo 81. Pero aún más, este resultado exegético se *integra* necesariamente en el artículo 25.1 y éste aparece como una regulación especial de la general reserva de Ley del Derecho Público (58), de tal modo que el artículo 25.1 debe leerse así:

«Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según ley *orgánica* vigente en aquel momento, o infracción administrativa, según ley vigente en aquel momento, ley que habrá de ser orgánica si la infracción o la sanción administrativa limita derechos fundamentales.»

#### **7. Reserva de ley orgánica como reserva absoluta y remisión a fuentes normativas secundarias**

Afirmada la calificación de la materia penal como materia de reserva de ley orgánica resta especificar su concreto alcance. Particularmente conflictivo aparece el problema de la relación entre reserva de ley y remisión de la ley a un complemento perteneciente a una norma de rango inferior (presente o futuro), en especial las provenientes del poder normativo del Ejecutivo (normas penales en blanco). Pero también afecta a la reserva de ley la inclusión en el tipo penal de elementos normativos, necesitados de una decisión del Juez, ya por su carácter valorativo, ya por remitir a reglas de experiencia; así como el establecimiento de un complemento del tipo (59)

(58) Así KREY, para el artículo 103, II, de la Constitución alemana, véase *op. cit.*, p. 38.

(59) Y no de un elemento ajeno al tipo del injusto, como por ejemplo, una condición objetiva de procesabilidad.

consistente en una (futura) disposición singular de una instancia administrativa.

El problema de la reserva de ley y su contenido y alcance presenta en España particulares dificultades, habida cuenta de que, como se ha expuesto, por GARCÍA DE ENTERRÍA, en Derecho español la doctrina de las materias reservadas a la ley ha sido una de las de elaboración más atrasada y más necesitada aún de una resuelta clarificación (60), debido, entre otros factores, a la influencia en el sistema de fuentes del sistema de caudillismo imperante desde 1936.

La extensión de la reserva se suele resolver en base a la distinción entre dos clases de la misma, absoluta y relativa, en la que la segunda admite la remisión a reglamentos de ejecución o desarrollo de la ley. La distinción entre una y otra clase de reserva, elaborada por la doctrina italiana no está asentada todavía entre nosotros (61), pero su utilidad como criterio técnico para resolver el problema político del alcance de la reserva es evidente.

La opinión común estima que la reserva de ley ordinaria del 53.1 es una reserva relativa, es decir, admite que la ley reguladora llame al reglamento para desarrollar su contenido normativo o para organizar la ejecución de la ley (62).

(60) Cfr. *Curso*, I, *cit.* p. 219.

(61) Para la doctrina italiana véase MORTATI: *Instituzioni di Diritto Pubblico*, I, Padua, 1975, pp. 343 y ss. con copiosas referencias. Entre nosotros las distinciones suelen limitarse a la de las categorías de la reserva material y la formal, pero el problema que nos ocupa se plantea precisamente dentro de la reserva material (es decir, dentro de aquellas reservas establecidas por la Constitución y no meramente en virtud de la jerarquía normativa y de la congelación de rango). La distinción entre la reserva absoluta y la relativa se ha empleado entre nosotros tan sólo en materia tributaria (véase CALVO ORTEGA: «Consideraciones sobre la delegación legislativa en materia de impuestos directos», en *Revista de Derecho Financiero* 80 (1969) pp. 235 y ss. (260 y ss.); F. PÉREZ ROYO: «Fundamento y ámbito de la reserva de ley», en *Hacienda Pública Española*, 1972, pp. 232 y ss.; el mismo. «Relaciones entre normas primarias y secundarias en Derecho tributario», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho* III, *cit.*, pp. 1663 y ss.; GONZÁLEZ GARCÍA: «El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978», en *La Constitución española...*, *cit.*, I, pp. 969 y ss. (973 y ss.)). Inclusive se ha rechazado el concepto mismo de la reserva relativa, por estimar que no se trata de verdadera reserva de ley, ya que vendría a equipararse al principio de legalidad formal para la actuación administrativa, véase GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada...*, *cit.*, p. 171 y nota.

(62) Sobre los límites a la remisión en la reserva material de ley véase GARCÍA DE ENTERRÍA: *Legislación delegada...*, *cit.*, pp. 151 y ss. y *Curso*, I, *cit.*, pp. 242 y ss. (puede extenderse tan sólo a los complementos organizativos y procedimentales y a los de determinación técnica o de circunstancias variables concretas). GÓMEZ FERRER (*ob. cit.*, p. 129) distingue según que el objeto de la reserva se trate o no de derechos fundamentales, exigiendo en este caso que la remisión sea restrictiva, expresa. Para ANGULO RODRÍGUEZ la remisión puede operarse únicamente sobre los elementos no esenciales «Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978», en *La Constitución española y las fuentes*, I, *cit.* p. 206.

Con todo, quizá sea conveniente elaborar, junto a la teoría general de la reserva, teorías especiales según la rama del ordenamiento de que se trate, pues el fundamento de la misma no tiene por qué plantear en todas iguales límites; no en vano las materias reservadas por excelencia han sido siempre la tributaria y, sobre todo, la penal. En este sentido apunta F. PÉREZ ROYO, en *Relaciones entre normas primarias y secundarias...*, *cit.*, pp. 1661 y siguiente.

Por el contrario, debe entenderse que en materia de reserva de ley orgánica la reserva ha de ser absoluta, ya que, si en este ámbito la Constitución rechaza la delegación recepticia y los Decretos-leyes, más aún ha de considerarse proscrita la remisión a reglamentos, una vez que los controles para el ejercicio de la potestad reglamentaria son menos estrictos que en los anteriores supuestos (63). En consecuencia, la reserva de ley orgánica en materia penal ha de ser una reserva absoluta (64). Y esta conclusión se corresponde con el fundamento político de la reserva de ley en el campo penal, que como se ha indicado radica en la exigencia de una garantía política frente a la incidencia de la sanción penal sobre el bien fundamental de la libertad personal. La atribución de tal significado garantista conduce a circunscribir el tipo de actos normativos idóneos a satisfacer la reserva misma y, por otro, —y esto es lo que nos ocupa— a extender al máximo los aspectos del ilícito penal que han de ser determinados por la ley (65): exclusión de la determinación de dichos elementos a través de la remisión por la ley a otras fuentes normativas secundarias.

Ahora bien, los problemas no se solucionan con la decisión acerca del calificativo «absoluto» para la reserva, como se pone de manifiesto en Italia, en donde, admitido mayoritariamente, se polemiza sobre los «límites de lo absoluto». Así, llevados por la conciencia de la necesidad o lo imprescindible o la conveniencia de recurrir a los reglamentos, algunos autores concluyen que lo absoluto de la reserva no se extiende a toda la materia penal, sino a la denominada «materia originariamente penal» (66) o a las normas «integradoras» (67), a los «elementos caracterizantes» del delito (68), etc. Se modifican los límites de la reserva también a través de singulares construcciones técnicas de determinados delitos; así, por ejemplo, la de la «desobediencia como tal» para los delitos que consisten en infracción de determinados reglamentos (69). De igual modo inciden las tesis que configuran a la reserva de «tendencialmente absoluta» (70).

No resulta difícil captar que el resultado de toda la polémica es la volatilización del propio concepto de reserva absoluta, y la correlativa puesta en peligro del principio garantista. A su vez, no se puede desconocer que las limitaciones a la reserva absoluta, si bien frecuentemente son producto de

(63) En este sentido GÓMEZ FERRER, *op. cit.*, p. 133 y BASSOLS COMA: *eodem loc.*, p. 339.

(64) Así se pronuncia el Tribunal Constitucional al referirse al principio de legalidad en materia penal: «El principio de legalidad (que) se traduce en la reserva absoluta de ley ...» (sentencia de 7 de mayo de 1981, 7, RA-11). En la doctrina cfr. COBO-VIVES: «Derecho penal, I, *cit.*, p. 75; F. PÉREZ ROYO, en *La Constitución española III, cit.*, pp. 1661 y siguiente.

(65) Cfr. BRICOLA: *Teoría del reato, cit.*, p. 39.

(66) Véase SPASARI: *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966, p. 17.

(67) ROMANO: *Repressione de la condotta antisindacale*, Roma, 1974, pp. 110 y ss., 137-140 y 171.

(68) Véase AMATO: «Sufficienza e completezza della legge penale», en *Giur. cost.* 1964, páginas 499 y siguientes.

(69) Lo que constituiría el delito para esta tesis no es la violación del reglamento sino la infracción del deber genérico de observar las normas reglamentarias, véase EXPÓSITO: «Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione», en *La Costituzione italiana*, Padua, pp. 93 y siguiente.

(70) V. ROMANO, *cit.*, pp. 171 y siguiente.



técnicas legislativas inadecuadas y evitables o, inclusive, de tendencias deslegalizadoras encubiertas, en ocasiones parecen sumamente razonables (71). No resulta por ello evitable en todo caso la exclusión de referencias en la ley penal a instancias normativas inferiores. Es necesario adoptar un criterio seguro que permita dar solución a los problemas «razonables», un criterio que permita controlar la solución de cada caso concreto, de tal modo que se evite la ruptura del principio de reserva absoluta, ya sea por la presencia de criterios varios y heterogéneos, ya por una pesimista resignación, derivable tanto de la ausencia de criterio como de la pluralidad de los mismos.

A la vista del panorama italiano, BRICOLA ha propuesto un criterio de solución inspirado en el fundamento político de fondo de la reserva absoluta. La prohibición constitucional de que el legislador delegue en instancias ajenas e inferiores la función incriminadora radica para el autor citado en que la reserva, garantía política de la libertad personal, no es tan sólo garantía de la mayoría (parlamentaria y ciudadana) frente al Estado, sino también garantía del respeto a las minorías. La elaboración parlamentaria de todos los elementos de la ley penal es el único procedimiento que permite institucionalmente la participación de las minorías en el control y elaboración de la ley. En consecuencia, deben excluirse las fuentes normativas que no permitan una participación de esta clase (72). El argumento es aún más valioso en España, pues, por una parte, la creación por los constituyentes de la categoría de las leyes orgánicas es precisamente la mayor expresión de la preocupación de que en las materias fundamentales se puedan imponer restricciones por «mayorías minoritarias», de la exigencia, en definitiva, de la más amplia mayoría (73). Por otra parte, la Constitución ha excluido en materia de derechos fundamentales y libertades públicas no solamente la ley ordinaria (principio de mayoría simple), sino también aquellas otras fuentes normativas que, aun permitiendo decisiones de mayoría, no dan ocasión a la participación de las minorías en la elaboración de la norma, como es el caso de las delegaciones legislativas y los Decretos-leyes, las primeras porque no permiten a las minorías más que participar en la fijación del objeto y alcance

(71) Así, ROMANO, al estudiar el problema de la compatibilidad del artículo 650 del Código Penal italiano con el principio de reserva absoluta, con motivo del delito de incumplimiento de una resolución judicial que prohíbe una actuación patronal que se declara antisindical, pone de manifiesto que se corre un menor peligro al conceder un limitado espacio al poder normativo secundario cuando se trata de especificaciones técnicas o de datos relativos a precisas y comprensibles exigencias de puesta al día de normas de tal carácter, comparado con el que se correría con el empleo de fórmulas vagas e indeterminadas, que termina abocando en definitiva en la adopción de decisiones concretas en el lento, difícil y, a veces, tortuoso camino de la jurisprudencia *Repressione della condotta antisindacale*, cit. pp. 171 y siguiente.

(72) Véase en *Teoría del reato*, cit., pp. 39 y 43 y en *Legalità e crisi*, cit., pp. 184 y ss. Destaca BRICOLA que en la tendencia a degradar el fundamento material de la reserva en lo meramente «organizativo» o competencial se encuentran las orientaciones que atenúan el carácter riguroso de la reserva y abre el camino a los decretos legislativos y a los Decretos-ley, véase *ob. ult. cit.*, p. 198.

(73) RODRÍGUEZ RAMOS estima que «desde una perspectiva de las fuentes materiales del Derecho penal tiene sentido exigir rango de orgánica a la ley penal por la mayor aceptación exigible para cualquier proyecto criminalizador» en *ADP*, 1981, p. 337 y en «Comentarios a la legislación penal» I, Madrid 1982, p. 304 y siguiente.

de la delegación y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (artículo 82 de la Constitución) y los segundos por que no permiten, más participación de las minorías que la de decidir *in iurum* acerca de su convalidación; lo que de hecho supone una nula participación (74).

Sobre la base de la fundamentación político-jurídica que ha sido expuesta propone BRICOLA un criterio para decidir sobre la compatibilidad del reenvío con la reserva absoluta: el reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, y la puesta al día, de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor, enunciación técnica que, además, debe ser expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa (75).

El anterior criterio debe complementarse con otros dos. Por una parte la remisión a una fuente secundaria para la enunciación de los criterios técnicos resulta admisible cuando es *resultado de la necesidad* (76) y *no de la mera conveniencia*, en el sentido de que se hayan adoptado las posibilidades de técnica legislativa en la materia concreta para describir la conducta penalmente prohibida. Es decir, las «adecuaciones» de la reserva de ley no pueden fundamentarse en criterios externos al fundamento de la propia reserva (77).

Por otra parte, la *remisión*, así como la fuente remitida y su contenido, *debe satisfacer las exigencias de certeza*. Ahora bien, la certeza no satisface por sí misma la existencia de reserva y no puede operar como sustitutiva de

(74) Todas las leyes orgánicas en materia de legislación penal o de excepción han experimentado en el proceso de elaboración parlamentaria, y precisamente por él, importantes modificaciones respecto del correspondiente proyecto gubernamental a instancia de las minorías parlamentarias, verbigracia, la Ley «Antiterrorista» (LO 11/1980), la de estados de alarma, excepción y sitio (LO 4/1981), así como la Ley de «Defensa de la Constitución» (LO 2/1981). Por el contrario, el Real Decreto-ley 3/1979, de seguridad ciudadana, merecedor de gravísimos reparos de constitucionalidad, fue, sin más, convalidado, y por su parte, el Real Decreto-ley 19/1979, relativo a la Audiencia Nacional, que además de alcanzar la convalidación se decidió que fuera tramitado como proyecto de ley, permanece, sin embargo, en el catálogo de temas pendientes en el Congreso. Al menos, en lo que se refiere a derechos y libertades fundamentales, no creo que ni razones teóricas ni exigencias prácticas avalen el radical rechazo que el principio de protección de las minorías (en lo que respecta al quórum reforzado) merece a T. R. FERNÁNDEZ. Véase *Las leyes orgánicas...* cit., pp. 31 y s., especialmente nota 14.

(75) BRICOLA, obras cit. en nota 72, pp. 42, 43 y 194, respectivamente. El mismo criterio debe aplicarse para los reenvíos a instancias normativas de igual o inferior rango que el reglamento.

(76) Cuando lo imponga la «naturaleza de las cosas», en expresión aplicada aquí por RODRIGUEZ MOURULLO, en *Principio de legalidad*, cit., p. 890.

(77) Se excluyen en consecuencia, razones de «urgencia» que inducen al Decreto-ley; o las de ofrecer una mejor y más eficaz tutela de otros derechos e intereses distintos a los que la reserva ampara en el caso concreto. Ejemplo de fundamento en razones distintas es la argumentación de ATARD ALONSO, en su justificación del Real Decreto-ley 3/1979, de Seguridad Ciudadana: «por encima de la tacha ligera de inconstitucionalidad ...» prima la responsabilidad de hacer bueno el artículo 15 (derecho a la vida, frente al terrorismo), véase en *Diario de Sesiones* del Congreso de los Diputados, número 2, 6 de febrero de 1979, p. 45; en igual sentido LAVILLA ALSINA, *eodem. loc.*, pp. 54 y 56.

los dos anteriores criterios, sino tan sólo, como límite externo a los modos en que la reserva se materializa, como límite externo a la remisión técnica inevitable (78).

Todo lo expuesto estimo que lleva a alterar la dinámica tradicional entre ley y reglamento en materia penal, no sólo porque se restringen radicalmente los supuestos de legítima remisión al reglamento, sino porque obliga a trasladar parte de la que actualmente es materia reglamentaria a la ley orgánica, y también a la ley ordinaria, en la medida en que es propio de la ley ordinaria, antes que del reglamento, la regulación de lo que no constituye el núcleo esencial y el complemento indispensable. Pues, debe tenerse en cuenta que, precisamente, ley orgánica y ley ordinaria se diferencian en la actualidad respecto de la elaboración parlamentaria no sólo en la exigencia para las primeras de una votación final de conjunto del proyecto, sino además, en el proceso de elaboración parlamentaria, fundamentalmente en que no resultan susceptibles las orgánicas de ser objeto de competencia legislativa plena de las Comisiones (art. 131 en relación con el 148 del Reglamento vigente del Congreso de los Diputados). Y por otra parte, frente al reglamento, la elaboración de las leyes ordinarias permiten la participación de las minorías, criterio concluyente de realización material del principio de la reserva de ley. En definitiva, en materia de reserva de ley orgánica, la ley ordinaria tiende a ocupar el ámbito que el reglamento posee hasta hoy en la relación ley ordinaria-reglamento.

Sin perjuicio de la necesaria concreta aplicación de estos criterios de plasmación de la reserva absoluta de ley a cada uno de los grupos de problemas de la norma penal en que se cuestiona la reserva, tarea que excede los límites de esta publicación, se pueden ofrecer algunas consideraciones.

Así, sobre el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, recaen severos reparos del orden de lo expuesto, así como sobre la misma disposición final segunda de la propia Ley, que contiene la habilitación reglamentaria. Los reparos son de dos órdenes. En primer lugar hubiera resultado más acorde con el principio de reserva de ley orgánica el regular la materia del reglamento de la ejecución de la pena privativa de libertad mediante ley ordinaria (79). Pero con independencia de esta tesis —que todavía hoy no ha alcanzado suficiente grado de elaboración y que, inclusive, en el momento de aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, creo que era un problema aún no planteado— lo que resulta inaceptable para el principio de reserva de ley es que el Reglamento regula aspectos que constituyen núcleo esencial y, por tanto, indelegable, de la restricción del derecho a la libertad personal, pues no puede aceptarse de modo alguno que constituya materia puramente organizativa la regulación, por ejemplo, de la libertad condicional

(78) La sustitución de la reserva de ley por el principio de certeza es lo que determina el contenido del argumento de LAVILLA ALSINA en relación al problema de la «predeterminación» legal del juez competente, del artículo 24.2, véase «Diario de Sesiones ...» cit., p. 57. Expresamente en contra de esta sustitución, SOLÉ TURA, *eodem, loc.*, p. 59.

(79) Los posibles reparos de «funcionalidad» en la regulación del detalle «organizativo» pueden ser evitados con el sistema de atribución de competencia legislativa plena a las comisiones.

(artículos 58 y siguientes) particularmente en lo que se refiere a la determinación de los presupuestos de su concesión (contenidos en los artículos 59, 60, 256 y 257) y de la duración de la suspensión y causas de su revocación (artículo 66) (80). Asimismo debe calificarse la regulación general de las comunicaciones escritas, particularmente en lo que se refiere a los límites a las mismas [artículo 91, 4, b)] y a las comunicaciones con abogados [artículo 101, 1, b)], así como la concreta tipificación de las infracciones disciplinarias (artículo 108), las cláusulas sobre la asignación de las sanciones a cada clase de infracciones (art. 113) y la regulación del procedimiento sancionador y de la prescripción de las faltas (artículo 125).

c) *Reserva de Ley Orgánica y fuentes legales en materia penal*

La vigencia del principio de legalidad excluye toda otra fuente de Derecho penal distinta de la ley. Ni la *costumbre* ni la *jurisprudencia* son fuentes de Derecho penal (81). Cuestión diferente es la de la operatividad de costumbre y jurisprudencia en esta materia; sin embargo, el análisis de su papel real en la actualidad y la definición de sus límites, problema indudablemente conectado con el de reserva de ley, exige una consideración más detenida que la posible en este momento. Por el contrario, las *sentencias del Tribunal Constitucional*, en la medida en que tengan valor de ley, y particularmente en su condición de «legislador negativo», han de ser consideradas fuentes de Derecho penal. La precisión de su condición de fuente requiere distinguir y analizar las distintas clases de sentencias mediante las que los Tribunales constitucionales resuelven los conflictos que a su decisión se someten. Su análisis desbordaría los márgenes de este trabajo y, además, la *praxis* de nuestro Tribunal Constitucional es todavía muy corta (82).

De la calificación de la materia penal como reserva de ley orgánica se deriva la exclusión como fuentes de Derecho penal de toda otra fuente legislativa que no sea la orgánica y, con mayores razones, de las fuentes del derecho no legislativas. Examinamos en lo que sigue las fuentes legales que en nuestra opinión, vulneran el mandato de la ley orgánica en materia penal:

a) *Las leyes ordinarias* (en virtud de lo preceptuado en el artículo 81.1, norma especial respecto de la del artículo 53.1)

Como leyes ordinarias se han aprobado la Ley 40/1979, de Régimen jurídico del control de cambios, la Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre modificación de la prisión provisional. Su no tramitación como orgánicas puede hacerlas incurrir en inconstitucionalidad, particularmente la última,

(80) Con independencia de que la regulación que el Decreto comporte resulte más favorable que la vigente para los derechos del penado. Pues el problema radica en que lo favorable de hoy puede ser convertido mañana en perjudicial por vía de mero reglamento. Puramente organizativos pueden estimarse los artículos 61 a 65, y por ello, materia de ley ordinaria o de reglamento.

(81) Véase COBO y VIVES: *Derecho penal*, I, cit., p. 140; CEREZO MIR: *Curso*, cit., pp. 185 y 188; MUÑOZ CONDE: *Adiciones*, I, cit., p. 153.

(82) Véase, cuando menos reticentes, COBO y VIVES, *ob. cit.*, pp. 141 y ss. Sobre la sentencia constitucional. Véase GARRORENA, en *Revista de Derecho Político* 11 (1981) pp. 7 y siguientes.

porque desarrolla en un sentido restrictivo, respecto del hasta el momento Derecho vigente, una plasmación del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17, y perteneciente, por tanto, al «bloque de constitucionalidad». Su contenido ha sido modificado y sustituido, precisamente, por ley orgánica (LO 7/1983).

El artículo 17.4 de la Constitución declara «in fine» que por ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional. Si bien podría entenderse que el precepto remite a la ley ordinaria para la determinación del plazo, tal consideración no puede extenderse a la regulación de los presupuestos de la prisión provisional, que es precisamente lo que de modo primordial aborda la Ley 16/1980, pues, los presupuestos de la privación de libertad pertenecen al núcleo esencial del derecho a la libertad personal (83). Es de interés resaltar que así como la referencia del precepto tiene un sentido final favorecedor del derecho en cuestión, pues pretende evitar la permanencia en condición de prisión preventiva de los procesados por tiempo indeterminado, la reforma operada por la Ley en los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene un carácter restrictivo, hasta el punto de convertir a la prisión provisional en la regla y a la libertad provisional, con o sin fianza, en la excepción, con infracción del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España el 13 de abril de 1977 («BOE» de 30 de abril), que es un texto normativo internacional conforme al cual se ha de interpretar el artículo 17 por imperativo del párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución (84).

La Ley de Control de Cambios plantea un problema distinto, que no había sido resuelto aún por el Parlamento ni por el Tribunal Constitucional, consistente en que sólo una parte de la Ley —el capítulo en el que se tipifican los delitos y se establecen las penas— tiene carácter de materia orgánica, y, en estos supuestos, el legislador se resiste a tramitar como orgánica a la ley por las limitaciones que en su virtud se impone para modificar por ley ordinaria posterior el contenido normativo de aquélla. Coincidiendo con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 (RI-2, sobre el Estatuto de Centros Escolares, motivo cuarto) el Gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley sobre modificación de la legislación de contrabando («Boletín Oficial de las Cortes Generales», serie A, número 175-I, de 19 de febrero de 1981) en cuya disposición final cuarta se establecía que «los preceptos contenidos en el título I de esta ley (delitos de contrabando)... tiene carácter de Ley Orgánica». La exposición de motivos justificaba la cláusula en que «las normas que han de dictarse afectan esencialmente al derecho a la libertad, declarado en el artículo 17 de la Constitución, siendo leyes orgánicas, conforme al artículo 81, todas las

(83) Sobre las remisiones no calificadas de la Constitución a la ley, véase *supra* nota 42.

(84) Véanse MUÑOZ CONDE y MORENO CATENA: «La prisión provisional en Derecho español», en *La reforma penal y penitenciaria*. Universidad de Santiago de Compostela, 1980, páginas 339 y ss. (347). Más recientemente, MORENO CATENA: «En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980», en *RDPr. Iberoamericano*, 1981, pp. 637 y siguientes.

relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas» (85).

COBO y VIVES han propuesto la tesis de que el legislador no está vinculado a la reserva de ley orgánica cuando pretende *exclusivamente* derogar total o parcialmente preceptos incriminadores de la legislación nacida con anterioridad a la Constitución, ya que tal legislación carece de rango de ley orgánica y no tendría sentido conferírsele exactamente, exigiendo una ley orgánica para su derogación (86). Esta opinión se corresponde con el fundamento político garantista de la reserva y encuentra en ella sus límites. La reserva de ley orgánica en materia penal se justifica en la exigencia de mayor garantía frente a las restricciones de los derechos fundamentales y libertades que comportan la incriminación de conductas e imposición de penas, y la derogación de incriminaciones y penas no puede redundar en restricción de los derechos fundamentales sino, precisamente, en su ampliación. Por ello sólo resulta compatible con la reserva cuando la ley ordinaria se limita pura y simplemente a la derogación.

b) *Los Decretos legislativos*, por expresa prohibición del artículo 82.1, al excluir de la delegación las materias reservadas a la ley orgánica

c) *Los Decretos-leyes*

Con más concluyente término que los de «desarrollo» y «regulación» empleados en los artículos 81.1 y 53.1, el artículo 86.1 dispone que los decretos-leyes no podrán *afectar* a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, es decir, no sólo a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera, objeto de reserva de ley orgánica, sino tampoco a los demás derechos contemplados en la sección segunda, objeto de reserva de ley ordinaria.

Desde este plano vulneran la reserva de ley orgánica (81.1) e inclusive el de ley ordinaria (53.1), así como el límite impuesto por el artículo 86.1, el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la *seguridad ciudadana* y el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre (prórroga de la Ley Antiterrorista de 1978).

El debate en las Cortes puso de manifiesto los riesgos de «manipulación» que ofrecen los términos de «desarrollo», «regulación» y «afectación» de derechos fundamentales. El último de ellos, que parece el de significado más explícito, fue desplazado en su contenido semántico no ya al propio de los anteriores, sino al concepto de «violación» de derechos. Con el argumento de que no es lo mismo «afectar» que «tratar» de derechos fundamentales se defendió por el Ministro de Justicia que lo que el primero de los Decretos-leyes citados comporta (creación de delitos, incremento de penas privativas de libertad, modificación restrictiva de los derechos procesales) no es una

(85) La decisión última fue la inversa: la ley fue aprobada como orgánica (LO 7/1982, de 13 de julio), y en su disposición final 2.ª autoriza la modificación por ley ordinaria del título referido a las infracciones administrativas.

(86) *Derecho penal, i., cit.*, p. 135.

afectación de derechos [ver «Diario de Sesiones» del Congreso de los Diputados (2) de 6 de febrero de 1979, pp. 54 y siguientes].

El primero de los dos Decretos-leyes infringe los preceptos citados por las razones siguientes:

a') Tipifica nuevos delitos (87), al ampliar el tipo de la apología a conductas no cubiertas por él hasta el momento (88) y al elevar a delitos autónomo determinadas formas de cooperación delictiva e incrementar en ambos casos la punición prevista anteriormente. Como se ha expuesto anteriormente, crear figuras delictivas e imponer penas privativas de libertad supone, cuando menos, *afectación* de los derechos fundamentales, desde la limitación a la genérica libertad de obrar, hasta la de la libertad personal (89).

b') Modifica restrictivamente las garantías procesales (tipo de procedimiento, régimen de la prisión provisional incondicional, limitación al respecto de la autoridad del juez) (90), que constituyen el *contenido del derecho fundamental* «a un proceso público ... con todas las garantías» (91), regulan-

(87) Así lo expusieron PECES BARBA y SOLÉ TURA en el debate de la Comisión Permanente del Congreso, sobre la convalidación del Decreto-ley, véase *Diario de Sesiones ... cit.* número 2, 6 de febrero de 1979, pp. 43, 47 y 48. En igual sentido GIMBERNAT: *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 23; SALAS: *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 56 y 58; COBO y VIVÉS: *Derecho penal*, I, *cit.*, 135; CEREZO MIR: *Curso*, *cit.*, p. 159.

(88) Así también, MORENILLA RODRIGUEZ: «Tendencias del delito y estrategia para su prevención», en *CP Crim.* 13 (1981), p. 71. Se desprende incluso de la propia intervención del ministro de Justicia en el debate, cuando manifiesta que de no introducirse los nuevos tipos se produciría un «vacío legal», una «despenalización», véase *Diario de Sesiones*, *cit.*, p. 55. Por su parte, elevar a delito autónomo una conducta de mera cooperación delictiva, viola cuando menos, la reserva de ley del artículo 17.1, pues supone incrementar la pena privativa de libertad hasta el momento vigente.

(89) La argumentación del Gobierno y de su Grupo Parlamentario fue —en terminología italiana— «manipulativa» de los conceptos de reserva de ley y de afectación. Llegóse a manifestar por el ministro de Justicia que «no es lo mismo afectar a derechos y deberes que tratar de derechos y deberes» (véase *Diario de Sesiones* del Congreso de los Diputados, número 2, de 6 de febrero de 1979, pp. 54 y 55). Igualmente manifestó que incriminar conductas de apología no supone afectar a la libertad de expresión, por quedar fuera de dicha libertad el realizar apología de los delitos; pero se incurrió así en una evidente *petitio principii*. Por otra parte, se pretendió por el ministro identificar en concepto estricto de «vulneración» de derechos con el de «afectación» de los mismos, cuando es claro que el concepto de afectación es mucho más amplio que el de vulneración *eodem loc. cit.*

(90) Con lo que se afecta además la especial reserva de ley del artículo 117.3 para las normas de competencia y procedimiento judicial.

(91) La prohibición de entrada del Decreto-ley en el derecho fundamental se vulnera cuando se dispone la aplicación de un procedimiento penal a una serie de delitos para los que no se aplicaba hasta el momento, aunque el procedimiento existiera con anterioridad en el derecho vigente. El hecho de que el procedimiento cuya aplicación se dispone comporte una restricción de las posiciones jurídicas del inculpaado añade a la vulneración del sentido competencial de la reserva del artículo 24.2, la vulneración material del derecho mismo. Por esta razón no queda excluido el reparo de inconstitucionalidad de la tesis defendida por el ministro de Justicia, para quien el artículo 3 del Decreto-ley no es una norma procesal, sino una definición de competencias para determinados delitos, y, a su vez, el derecho del artículo 24.2 es sólo un

do, pues, una materia y afectando un derecho que sólo puede ser objeto de ley orgánica (art. 24). Igualmente se establece por Decreto-ley el juez competente (Audiencia Nacional), que sólo puede ser «pre-determinado por la ley» (92).

c') Por último, aunque referido al principio de retroactividad y no al de reserva de ley, la disposición transitoria del Decreto-ley impone normas procesales restrictivas de derechos del inculpado (normas sancionadoras o favorables o restrictivas de derechos en el concepto del artículo 9.3) con efectos retroactivos, con vulneración de la prohibición de retroactividad de tales normas que se deriva tanto del artículo 9.3 como del 24.2 (93).

Por su parte, el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, además de modificar el Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, relativo a la creación y competencias de la Audiencia Nacional (art. 1.º), «prorrogaba» la vigencia de la ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados (ley «antiterrorista» de 1978) (art. 2.º).

El primero de los artículos vulnera la reserva de ley orgánica que establece el artículo 24.2 (determinación por la ley del juez ordinario), así como la de ley orgánica del artículo 122 y la de ley ordinaria del artículo 117.3 (creación de la Audiencia Nacional y determinación por las leyes de las normas de competencia judicial). En lo que se refiere al 24.2 resulta evidente que se afectan derechos fundamentales, con lo que se vulnera la prohibición de recurso al Decreto-ley (94). Por otra parte, resulta indiscutible la negación de la concurrencia a este respecto del presupuesto de hecho habilitante del Decreto-ley consiste en la «extraordinaria y urgente» necesidad (95).

«derecho a la predeterminación de la competencia», y no un «derecho a la competencia misma» (véase *Diario de Sesiones. cit.*, p. 57). Incluso desde tal posición se vulnera la reserva de ley.

(92) El principio de predeterminación por la ley del juez competente no es sólo expresión de la prohibición de retroactividad y de la exigencia de seguridad jurídica, como opinaba el ministro de Justicia (*Diario de Sesiones. cit.* p. 57), pues éstas se satisfacen también con fuentes secundarias. Se fundamenta más bien en el mandato de reserva de ley para la determinación del juez competente. De no ser así carecería de sentido la referencia a la ley.

(93) La irretroactividad de las normas procesales penales restrictivas de derechos se contiene en el artículo 24.2 de un modo algo más que implícito, como se revela en la exigencia de «pre-determinación» del juez competente. En igual sentido respecto a la Constitución italiana, cfr., BRICOLA: *Legalità e crisi. cit.*, pp. 243 y s. Mantener la tesis contraria constituiría un grave «fraude de etiquetas» poco respetuoso de la Constitución. La prohibición de retroactividad de las normas procesales penales no favorables se respeta, por el contrario, en el Real Decreto-ley 19/1979, que a continuación se analiza (véase su art. 3).

(94) También supondría infracción del artículo 86 si se estima que la modificación de la competencia afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado (Poder Judicial).

(95) Ni siquiera se pretende justificar por el Gobierno en la exposición de motivos. Resultaría bien difícil argumentar tal necesidad de atribuir a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de falsificación de moneda, delitos monetarios, descatos y otros a los que el Decreto-ley se refiere.



La prórroga durante un año de la vigencia de la Ley 56/1978, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, que era una ley temporal cuya vigencia expiraba el 4 de diciembre de 1979 (disposición final primera) supone la creación *ex novo* de una ley por medio de un mero Decreto-ley, por lo que representa una vulneración de la reserva formal de ley (principio de congelación de rango). De mayor trascendencia es, sin duda, la infracción de la reserva material de ley orgánica, que aquí lo es por partida doble, ya que la Constitución establece una reserva general en el artículo 81.1 y otra especial, en el artículo 55.2, y debe hacerse notar que la suspensión de los derechos enunciados en este último artículo no admite la discusión de los términos desarrollo-regulación de ejercicio-afectación. En lo relativo al presupuesto de hecho habilitante el Gobierno se refiere a la urgencia de evitar la ruptura «de la continuidad de la acción dirigida a garantizar la seguridad ciudadana y la eficacia en la lucha contra la actuación de organizaciones o elementos terroristas». Sin embargo, como hicieron notar en el debate de convalidación los Grupos Parlamentarios, no parece que pueda integrar el concepto de la extraordinaria y urgente necesidad lo que no es sino una falta de previsión o diligencia del Gobierno en su iniciativa legislativa (96).

Desde el punto de vista de la política constitucional los dos Decretos-leyes comentados representan un gravísimo peligro de vaciamiento de la reserva de ley prescrita por la norma fundamental. Tanto más cuanto se ha llegado a argumentar en base al «precedente» (97). La invasión del Decreto-ley en materia de derechos fundamentales y libertades públicas conculca la voluntad de los constituyentes de evitar la imposición por «minoría» de restricciones a tales derechos. La perversión del sistema de fuentes y el daño al «Verfassungsgefühl» sólo puede ser evitado por el Tribunal Constitucional.

#### d) *Tratados internacionales*

Los tratados, conforme se deduce del artículo 96.1 no son fuentes directas en derecho interno. Para ello se requiere su incorporación mediante un acto de recepción (98) que, a su vez, puede tener diverso origen normativo,

(96) El debate de convalidación se recoge en el *Diario de Sesiones* del Congreso de los Diputados, número 57, de 20 de diciembre de 1979, pp. 3847 y ss. El decreto-ley fue convalidado por 147 votos contra 146 y una abstención. Salvo el del Gobierno y el de su grupo parlamentario, todos los portavoces de los demás grupos denunciaron su inconstitucionalidad por vulneración de la reserva de ley, con la única singularidad de FRAGA Iribarne, quien, a pesar de manifestarse en ese sentido, defendió la convalidación y posterior tramitación como proyecto de ley orgánica, como «salida» política a la situación, véase *Diario de Sesiones cit.* pp. 3914 y siguientes.

(97) El Ministro de Justicia en la defensa del Decreto-ley últimamente comentado, véase *Diario de Sesiones cit.*, p. 3922.

(98) Véase GARRIDO FALLA: «Las fuentes del derecho en la Constitución española», en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, I, cit. p. 41 RODRÍGUEZ ZAPATA: «Derecho

según la materia sobre la que versen. El artículo 93 exige ley orgánica para autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Para que el Estado pueda prestar consentimiento para obligarse por medio de Tratados o Convenios de determinadas clases, entre ellos, los que afecten a derechos y deberes fundamentales establecidos en el título primero, exige el artículo 94 la *previa autorización de las Cortes Generales*. El problema que se discute es el de la forma jurídica que ha de revestir la autorización.

SANTAOLALLA LÓPEZ mantiene en argumentada tesis que la forma ha de ser la de ley (99). Ahora bien restaría definir si se trata en todo caso de ley ordinaria —y su correlativo presupuesto de la mayoría simple— o de ley orgánica u ordinaria según la materia objeto del Tratado. De aceptarse la tesis de SANTAOLALLA, para lo que concurren buenas razones, no creo que fuere objetable propugnar como lo hacen COBO y VIVES (100) que en los casos en los que la materia del tratado sea materia reservada a la ley orgánica —que es el caso de las normas penales— la forma jurídica exigible a la autorización sea también la de ley orgánica (101). Reconocen los autores últimamente citados que resulta difícil imaginar la celebración de tratados que establezcan normas incriminadoras directamente aplicables por las diversidades nacionales de configuración de delitos y penas, pero que bien puede ocurrir que un precepto penal se integre por referencia a normas de un tratado o que un tratado derogue directamente leyes punitivas (102). CEREZO MIR estima que, dada la vigencia del principio de legalidad en materia penal, para la creación de delitos y establecimientos de penas o agravaciones de las mismas es preciso que a la publicación del tratado siga la promulgación de una ley penal específica (103).

e) *Bandos militares* emitidos durante el estado de sitio

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución los bandos militares constituían fuente de Derecho penal. El artículo 181 del Código de Justicia Militar de 1945 establece que «son delitos o faltas militares las acciones y

internacional y sistema de fuentes del derecho: La Constitución española», en *eodem loc.*, III, 1737 y ss.; SANTAOLALLA LÓPEZ: «Los tratados como fuente del derecho en la Constitución» en *eodem loc.*, pp. 1913 y siguientes.

(99) «La ley y la autorización de las Cortes a los tratados internacionales» en *Revista de Derecho Político* 11 (1981), pp. 29 y siguientes.

(100) *Derecho penal*, I, *cit.*, p. 144 y notas 70 y 72.

(101) El artículo 158 del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados parece requerir la mayoría absoluta para la aprobación de los tratados tan sólo en los casos en los que las discrepancias entre el Congreso y el Senado no logren solucionarse a través de una propuesta de la Comisión Mixta constituida al efecto.

(102) *Derecho penal* I, *cit.*, p. 145.

(103) *Curso de Derecho penal español*, *cit.*, p. 187, en igual sentido MUÑOZ CONDE: *Adiciones*, I, *cit.*, p. 169.

omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente *los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades militares competentes*. La atribución de tal competencia se verificaba por la Ley de Orden Público de 1959 en su artículo 39, para cuando se hubiera declarado el estado de guerra. Los bandos constituían una fuente de normas penales, pudiendo los bandos crear delitos nuevos o modificar las penas de los ya existentes, así como modificar las competencias de la jurisdicción militar por razón de delito (104). Ahora bien, ya antes de la transición política se entendía por algunos autores que el artículo 39 no autorizaba a crear nuevas figuras delictivas ni a modificar las penas señaladas con anterioridad en la ley a cada delito (105).

La entrada en vigor de la Constitución ha supuesto un corte radical con la situación anterior. El bando no se encuentra en el catálogo de fuentes legales y tampoco puede considerarse una «ley delegada», tanto porque la delegación sólo puede atribuirse al Gobierno y no a una autoridad civil o militar distinta, como porque en materia penal, por ser reserva de ley orgánica, está vedada la delegación legislativa (106).

Tras la aprobación de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio) el carácter de los bandos de

(104) Véase RODRÍGUEZ DEVESA: *Derecho penal español*. Parte General, 4.ª ed., Madrid, 1974, pp. 142 y s. Considera al bando como una suerte de ley delegada.

(105) Véase CEREZO MIR: *Curso de Derecho penal*. Madrid (1.ª edición), 1976, pp. 147 y siguiente.

(106) Ni una ni otra razón son de recibo para RODRÍGUEZ DEVESA, quien, resueltamente, mantiene en su integridad las tesis preconstitucionales (e inconstitucionales) anteriormente expuestas en la última edición de su *Derecho penal español*. Parte General, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 172. Aduce en su favor que el artículo 181 del CJM, antes citado, ha sido conservado por la reforma parcial operada por la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre. El argumento carece de todo valor, pues, la Ley Orgánica citada no afecta ni al artículo 181, ni a otros muchos, ya que arranca de un proyecto de ley que pretendía adecuar de un modo urgente algunos aspectos de la justicia militar a los Pactos de la Moncloa de 1977, y, obviamente, no «convalida» las partes no modificadas. Tan clara era la conciencia del legislador de que con la reforma no quedaba el CJM adecuado a la Constitución que, en las disposiciones finales primera y segunda ordenó la formación de una «Comisión para el estudio y reforma de la justicia militar ... cuya misión es la de elaborar un proyecto articulado del Código o Códigos referentes a la justicia militar antes de un año, en el que se reflejen debidamente los principios del orden constitucional nacional ...» (Subrayado del autor). Por otra parte, el autor citado desconoce que la Constitución tiene efectos derogatorios radicales de las normas anteriores incompatibles con la misma, y no resulta compatible con la Constitución dictar, tras su entrada en vigor, bandos militares incriminadores o punitivos en base a una atribución legislativa preconstitucional y contraria a su sistema de fuentes, como es el artículo 181 del CJM y el 39 de la LOP. Tales artículos deberían haber sido considerados derogados en la parte afectada, o bien interpretados de modo conforme a la Constitución, reduciendo su alcance al de ser, a lo sumo, normas autorizantes de atribución de competencia por razón del delito a la autoridad militar. En este sentido, CEREZO MIR, en la 2.ª edición de su *Curso*, Madrid, 1981, anterior a la Ley orgánica 4/1981; también BARBERO SANTOS, quien niega a los bandos la posibilidad de establecer la pena de muerte, incluso en tiempos de guerra, lo que reserva a una ley orgánica. Véase «La pena de muerte en la Constitución», en *Sistema* 42 (1981), p. 54.

las autoridades militares queda definitiva y satisfactoriamente acotado: «La autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio» (art. 34). Por su parte el artículo 35 de la precitada Ley establece que «en la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar». De este modo, los bandos no sólo no podrán crear nuevos delitos ni modificar las penas previstas legalmente sino que ni siquiera podrán atribuir competencias a la Jurisdicción Militar sobre delitos que no le están ya atribuidos por la legislación ordinaria o por la propia declaración del estado de sitio adoptada por el Congreso de los Diputados (107). Como conclusión puede decirse que, en materia penal, los bandos han sido reducidos a la condición de «hojas informativas».

### f) *Leyes de las Comunidades Autónomas*

Las leyes de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas no pueden regular la materia penal, por ser la legislación de este carácter, así como la penitenciaria, competencia exclusiva del Estado (art. 149.6), además de por operar sobre esta materia la reserva de ley orgánica del artículo 81.1. No obstante queda planteado el problema de la posible función de complemento de la legislación autonómica respecto de los tipos penales, tanto en lo que se refiere a los elementos normativos jurídicos del tipo penal como a las «remisiones» que el propio legislador estatal pueda hacer en la configuración del tipo a la legislación autonómica. Los límites de la indirecta relevancia penal de estas normas legales se han de establecer en concreto, en aplicación de los criterios que se han propuesto como complemento y adecuación del significado «absoluto» de la reserva de ley.

(107) Véanse en este sentido CRUZ VILLALÓN: «El nuevo derecho de excepción» (Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio), en *REDC* I, 2, 1981, pp. 93 y ss., pp. 120 y s. A esta misma conclusión llegaba HIGUERA GUIMERA, al tener en cuenta los que entonces eran artículos 49 y 50 del Proyecto de ley de Seguridad Ciudadana, del que trae causa la actual Ley orgánica 4/1981, véase *La previsión constitucional de la pena de muerte*, Barcelona, 1980, p. 47. De vicio de inconstitucionalidad adolece el número 5 del artículo 286 del CJM, modificado por la Ley orgánica 9/1980 en otros apartados pero no en éste, que permanece en la redacción anterior a la Constitución: «También se considerarán reos del delito de rebelión militar los que así se declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares». Declarar rebeldes a personas y hechos distintos de los tipificados específicamente en el artículo 286 es ampliar las conductas punibles, tarea que compete tan sólo a la Ley orgánica. El precepto, en lo que afecta a los bandos, debe interpretarse de modo conforme a la Constitución: el bando únicamente puede «señalar» preventivamente —y no calificar— hipotéticos rebeldes; la condición de tales, a efectos del artículo 286, sólo puede establecerse por sentencia judicial que estime realizados los elementos típicos del citado artículo en sus estrictos términos. Las *leyes especiales* que en él se mencionan deben entenderse *ad futurum* como leyes orgánicas, especiales tan sólo por razón de la materia. Sobre los efectos no «convalidantes» de la Ley orgánica 9/1980, véase nota anterior.

g) *Problema de la validez formal de las disposiciones legales anteriores a la Constitución*

El Tribunal Constitucional ha declarado en sentencia de 7 de mayo de 1981, apartado 7 (RA-11) que «el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada». Efectivamente, la Constitución, al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del Derecho opera sólo *ex nunc* y no deroga las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior (108), siempre y cuando su contenido normativo no se oponga a la Constitución, en cuyo caso operan los efectos de la derogación, (109).

La última de las «leyes» penales preconstitucionales, el Real Decreto 45/1978, de 21 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), que sustituye la pena de muerte —por la de treinta años cuando prevista como pena única y por la de privación de libertad hasta treinta años cuando apareciere conjunta con la de privación de libertad— en el Código de Justicia Militar, en las Leyes Penal y Procesal de la Navegación Aérea y Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, plantea dos problemas diferentes. El primero es el de su validez formal —adecuación al sistema de fuentes de la Constitución, habida cuenta de que su disposición final ordenaba su entrada en vigor «el mismo día que la Constitución». El hecho de que su publicación — y si la publicación basta para considerar a la norma como nacida al mundo del Derecho— fuera anterior a la de la Constitución (23 de diciembre de 1978 y 29 de diciembre de 1978, respectivamente) podría permitir afirmar su validez formal. Problema distinto es el que presenta su artículo segundo, en la parte en la que establece la pervivencia de la pena de muerte en tiempos de guerra en las citadas leyes de Navegación Aérea y de la Marina Mercante. Tal previsión incurre en inconstitucionalidad material, en cuanto vulnera lo dispuesto en el artículo 15 de la norma fundamental, en la medida en que declara abolida la pena de muerte en todas las leyes con la sola excepción de lo que dispongan las *leyes penales militares* para tiempos de guerra y es el caso de

(108) Cfr. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho» en *La Constitución española y las fuentes del Derecho* 1. cit., p. 57; GARCÍA de ENTERRÍA: *Curso*, 1. cit., p. 109. Repárese en la condición de que han de haber sido producidas válidamente conforme al sistema de fuentes anterior a la Constitución. Sobre el control judicial de la validez de la legislación delegada, empleada a menudo en la producción de normas penales en el régimen anterior, véase GARCÍA de ENTERRÍA: *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, *passim*. Señala RODRÍGUEZ DE VESA, *Parte General*, 1981, cit., p. 171, que el ejercicio de estas facultades judiciales de control no se ha extendido a la esfera penal, pero parece haberse iniciado una dinámica nueva a partir de la sentencia de 2 de julio de 1980, Sala 2.ª, véase también en igual sentido, la de 3 de abril de 1981.

(109) Disposición derogatoria, ap. 3, de la Constitución. Cfr. COBO y VIVES: *Derecho penal*, 1. cit., p. 134. El control material de la legislación es problema diferente del que plantea la reserva de ley (control formal).

que las dos mencionadas leyes *no son* leyes penales militares (110). Si se acepta la validez formal del Real Decreto-ley que se comenta —por su carácter «anterior» a la Constitución— la oposición entre lo dispuesto en el mismo y en el artículo 15 de la Constitución, determina, en virtud de la disposición derogatoria número 3, que la cláusula de pervivencia de la pena de muerte en las dos mencionadas leyes ha de considerarse derogada.

Regresando a la cuestión inicial, la no inconstitucionalidad por razón de la fuente de las normas penales anteriores a la Constitución, se ha de manifestar, sin embargo, que produce una cierta desazón la consideración tan estrictamente formal de la reserva de ley. No puede olvidarse que más allá de su fundamento organizativo-competencial, la reserva de ley en materia penal posee una fundamentación política de singular trascendencia: la de garantizar que la selección de los bienes jurídicos a tutelar penalmente y la definición de los delitos y de las penas se corresponda con la voluntad general, y resulta obvio que el vigente sistema punitivo no ofrece tal correspondencia. Prueba de ello es la existencia de preceptos largo tiempo inaplicados, la extremada gravedad de las penas previstas para determinados grupos de delitos, la pervivencia de incriminaciones cuya razón de ser o cuyo ámbito sancionador son discutidos en amplios sectores sociales, así como, por el contrario, las lagunas de punibilidad para conductas de grave dañosidad social.

A mi entender, al menos en materia penal, la Constitución comporta un principio de vinculación *política* a la reforma de nueva planta de la legislación penal. Y estimo que se trata sólo de vinculación política porque la Constitución no incorpora instrumentos jurídicos para recurrir contra *omisiones* del legislador. Los efectos negativos de la pervivencia tras un radical cambio constitucional de un Derecho penal originado por las viejas y no democráticas fuentes de derecho se ha puesto de manifiesto en otros países, como es el caso de Italia (111). La experiencia, estimo, debe servir de lección entre nosotros.

---

(110) En este sentido HIGUERA GUIMERÁ. *ob. cit.*, pp. 33 y s. y sobre el concepto de leyes penales militares, pp. 36 y siguientes.

(111) La pervisión del sistema de fuentes es señalado como el más grave de dichos efectos. Véase NEPI MODONA y VIOLANTE: *Poteri dello stato e sistema penale*, Turin, 1978, pp. 32 y ss.; BRICOLA: *Legalità e crisi*, cit., pp. 197 y ss. Se abre así a la «constitucionalización» *de facto o de iure* de lo que en Francia, por obra de la constitución de 1958, se ha llegado a denominar «la humillación de la ley». *Vid.* MERLE y VITU: *Traité de Droit Criminel*, cit., p. 234.