

# EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA LEGALIDAD PENAL

SUSANA HUERTA TOCILDO

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN.—II. ORIGEN, SIGNIFICADO Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS.—III. CONTENIDO DEL DERECHO CONSAGRADO EN EL ARTÍCULO 25.1 CE: 1. *La exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal.* 2. *Prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables y mandato de retroactividad de las favorables.* 3. *Exigencia de tipicidad y prohibición de analogía y de interpretación extensiva «in malam partem».*—CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCION

Quisiera comenzar este trabajo con una afirmación que hoy, transcurridos más de dos siglos desde que el marqués de Beccaria publicara su famoso libro *De los delitos y de las penas* (1), puede parecer chocante: el principio de legalidad penal sigue estando precisado de defensa frente a todo interesado intento de desnaturalización que, por la vía de privarlo de algunas de las exigencias que tradicionalmente se entienden integradas en su complejo entramado garantístico, persiga la ampliación del *ius puniendi* más allá de los límites tolerables en un Estado social y democrático de Derecho.

Dicha actitud defensiva aconseja, al propio tiempo, no perder de vista aquellas otras posturas que, a partir del habitual reconocimiento constitucional del citado principio en fórmulas más o menos afortunadas, arrancan de ellas para concluir que el contenido constitucional del mismo difiere en mayor o

---

(1) El libro citado en el texto vio por vez primera la luz en Livorno, en el verano de 1764, siendo entonces publicado en forma anónima (cfr. la edición de Aguilar, con traducción, introducción y notas de Tomás y Valiente; existe otra edición en castellano de Alianza Editorial, con traducción de Juan Antonio de las Casas e introducción, apéndice y notas de Juan Antonio del Val, en la que también se incluye un Comentario de Voltaire).

menor grado del contenido esencial que secularmente se le ha venido atribuyendo. Pues si bien es cierto que tales actitudes no suelen estar motivadas por un deseo de favorecer la expansión del poder punitivo del Estado en detrimento de los derechos fundamentales y libertades públicas de los ciudadanos, sino, muy al contrario, por una visión crítica de la defectuosa técnica seguida por el legislador constituyente al brindar acogida a un principio que constituye precisamente un elemento de garantía de dichos derechos y libertades, no es menos cierto que propician una interpretación reductora del texto constitucional al abrir paso a la idea de que una cosa es el contenido tradicionalmente atribuido al principio de legalidad de los delitos y de las penas y otra su contenido constitucional, de menor alcance que aquél. Idea que, a mi juicio, no por bien intencionada deja de ser francamente distorsionante.

En las líneas que siguen me propongo combatir esta última tesis y demostrar que el artículo 25.1 de nuestra Constitución ha recogido en su integridad el principio de legalidad de los delitos y de las penas. Para ello cuento inicialmente con el apoyo del propio Tribunal Constitucional, que, en su sentencia de 2 de noviembre de 1983 (STC 89/83), dejó bien establecido que el citado principio, de «vigencia secular», no fue introducido por la Constitución española, sino que ésta se limitó a elevarlo al rango de derecho fundamental protegible en vía de amparo. Por consiguiente, no puede decirse que el artículo 25.1 CE define un nuevo concepto del mismo, sino que se limita a recogerlo tal y como venía previamente acuñado como resultado de una profunda elaboración doctrinal y jurisprudencial que, por lo demás, mereció sanción legal desde los mismos inicios de la codificación penal. El contenido constitucional del principio de legalidad de los delitos y de las penas no puede, por tanto, diferir de ese contenido esencial que lo informa, dotándolo de sentido y de significado.

Por otra parte, en el FJ 8.º de la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 (STC 11/1981) se decía, a propósito del contenido esencial de los derechos fundamentales, que para su determinación podían seguirse dos distintos caminos, consistentes, el primero de ellos, en tratar de descubrir, en su caso, el tipo abstracto preexistente del derecho en cuestión, que vendría constituido por todas aquellas facultades o posibilidades de actuación necesarias para que el derecho sea reconocible como pertinente al tipo descrito y sin las cuales quedaría desnaturalizado, y el segundo, en averiguar cuál es el interés jurídico subyacente a partir del cual puede hablarse de una esencialidad del contenido del derecho para hacer referencia a aquellos elementos del mismo que son imprescindibles para que dicho interés resulte real, concreta y efectivamente protegido. Ambos caminos no son alternativos ni antitéticos, sino complementarios, de modo que podrán ser conjuntamente utilizados para

contrastar los resultados a los que por una u otra vía pueda llegarse (2).

Estas consideraciones son, a mi juicio, perfectamente utilizables a la hora de determinar el contenido esencial del derecho a la legalidad penal, toda vez que, por una parte, se trata de un derecho subjetivo cuyo *nomen* y alcance es previo al momento legislativo concreto en que es acogido por una regulación determinada, incluida la constitucional, estando, por consiguiente, dotado de un tipo abstracto preexistente con el que dicha regulación puede contrastarse a efectos de comprobar si el indicado derecho resulta en ella reconocible o, por el contrario, ha quedado desvirtuado, y por otra, responde a unos intereses jurídicos cuya necesaria protección impone una serie de exigencias para que pueda hacerse real y efectiva. De manera que, tanto si se parte de uno u otro de los dos métodos de determinación sugeridos como si se hace uso de ambos a la vez, forzosamente habrá de llegarse a la conclusión de que el contenido esencial del derecho reconocido en el artículo 25.1 CE no puede ser otro que el que se desprende de su «tipo abstracto» preexistente, pues sólo a través de una plena recepción de todos y cada uno de los distintos elementos que lo integran pueden protegerse eficazmente los intereses jurídicos que le subyacen.

Desde esta perspectiva, estimo llegado el momento de enunciar cuáles son, en concreto, esos elementos o exigencias que configuran el «tipo abstracto» preexistente del principio de legalidad penal, justificando, al propio tiempo, su carácter esencial en función de su necesaria presencia para dotar de eficaz protección a los intereses jurídicos que subyacen a dicho principio.

## II. ORIGEN, SIGNIFICADO Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS

Como es sabido, el citado principio trae su origen de la doble necesidad de garantizar tanto la seguridad jurídica de los ciudadanos cuanto su libertad frente a los abusos derivados de un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* por parte del Estado (3). La experiencia histórica nos permite, sin embargo, comprobar cómo con harta frecuencia se ha pretendido, de manera más o menos velada, reducir su alcance hasta el punto de identificarlo con lo que únicamente constituye uno de sus aspectos: la función de garantía de la

(2) Siguen esta misma línea, entre otras, las SSTC 36/1982, de 16 de junio (FJ 7.º), y 161/1987, de 27 de octubre (FJ 5.º).

(3) Para un estudio de los antecedentes históricos del principio de legalidad, véase, por todos, RODRÍGUEZ MOURULLO, voz «Principio de legalidad», en NEJ, t. XIV, 1971, págs. 882 y sigs.

seguridad jurídica, expresada a través del imperativo de previsión legal *ex ante* de las conductas delictivas y de las penas con que se conminan.

Se prescinde así, consciente e interesadamente, de una parte esencial del contenido del principio de legalidad de los delitos y de las penas, constituida por todas aquellas exigencias que se muestran imprescindibles para poder asegurar que la libertad individual no se verá indebidamente limitada por un ejercicio arbitrario e indiscriminado del *ius puniendi*. Garantía de libertad ésta que debe preservarse a toda costa, ya que, de ignorarse, se desvirtuaría el significado liberal y democrático con que surgió el indicado principio, haciéndole perder de esta suerte sus auténticas señas de identidad.

En efecto, de la lectura del libro de Beccaria se desprende con toda claridad que, profundamente influido en este punto por las tesis de Rousseau (4) y de Montesquieu (5), su principal objetivo era trasladar la potestad de creación de delitos y penas desde las manos del soberano, en las que hasta entonces residía, a las de un órgano democráticamente constituido, independiente y representativo de toda la sociedad unida por el contrato social, único al que consideraba legitimado para imponer recortes a las libertades individuales. Este significado político-democrático que el citado autor, reflejando el sentir del movimiento ilustrado, atribuye desde sus mismos inicios al principio de legalidad penal es sumamente indicativo de que lo que con él se pretende no es tan sólo garantizar a los ciudadanos que no van a verse sorprendidos por la posterior definición como delitos de conductas que en el momento de ser realizadas no estaban previstas como tales, ni por la aplicación retroactiva de las correspondientes sanciones o de sanciones más graves que las entonces previstas. Pues, con ser ciertamente importante esa garantía de seguridad jurídica, no cabe duda de que también puede considerarse satisfecha mediante la previsión de los delitos y de las penas en una disposición anterior a su perpetración, cualquiera que sea su rango o procedencia. La revolución del pensamiento penal que Beccaria tiene el mérito de plasmar va por ello mucho más allá de semejante planteamiento, no contentándose con imponer al monarca, hasta entonces titular exclusivo del *ius puniendi*, la obligación de predefinir normativamente los supuestos de hecho que desea castigar y sus correspondientes sanciones, sino persiguiendo al propio tiempo la erradicación de todo abuso o extralimitación en el ejercicio del poder punitivo, para lo cual se juzga necesario atribuir en exclusiva a un órgano representativo de la voluntad general la facultad de decidir qué restricciones de derechos

---

(4) El fundamento de la tesis de BECCARIA en la teoría roussoniana del contrato social resulta evidente. Véase, *ad exemplum*, *De los delitos y de las penas*, edición de Aguilar, cit., págs. 72-73.

(5) Del que se confiesa humilde seguidor (*ob. cit.*, pág. 69).

fundamentales son necesarias para lograr una pacífica convivencia social.

Puede por ello afirmarse que en tanto que la prohibición de retroactividad de las normas desfavorables obedece ante todo a la función de garantía de la seguridad jurídica atribuida al principio de legalidad penal, la exigencia de reserva absoluta de ley en este ámbito no constituye una consecuencia derivada de la idea de seguridad jurídica, sino un postulado indisolublemente unido a la función de garantía de la libertad individual, asimismo asignada a dicho principio desde el mismo momento en que fue gestado.

A partir de estas premisas, la doctrina penal se muestra pacífica al considerar que ese doble significado del principio de legalidad queda perfectamente reflejado en la siguiente fórmula: *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*. Con ella se expresan, en forma sintética, las distintas exigencias que integran el contenido esencial del referido principio: 1) reserva absoluta de ley en sentido formal (*nullum crimen, nulla poena «sine lege»*); 2) irretroactividad de las normas penales desfavorables y retroactividad de las favorables (*nullum crimen, nulla poena «sine lege praevia»*); 3) exigencia de tipicidad y consiguiente exclusión de la costumbre y de la analogía como fuente de delitos, penas y circunstancias de agravación, así como de la interpretación extensiva *in malam partem* (*nullum crimen, nulla poena «sine lege praevia scripta et stricta»*); 4) exigencia de taxatividad en la descripción de las conductas típicas (*nullum crimen, nulla poena «sine lege praevia scripta, stricta et certa»*) (6).

A estas garantías de naturaleza criminal y penal vienen a añadirse las llamadas garantías «jurisdiccional» y «de ejecución», a través de las cuales se pretende asegurar, respectivamente, que nadie será condenado sin antes haber sido debidamente juzgado por los órganos competentes, y que la decisión que aquéllos adopten será ejecutada de acuerdo con lo prevenido por la Ley (7). Reconocidas todas ellas expresamente en los artículos 23, 24, 80 y 81 del Código Penal, y profundamente arraigadas en el pensamiento dogmático y en la *praxis* jurídico-penal, las dos citadas en primer lugar configuran lo que puede entenderse como «tipo abstracto preexistente» del derecho subjetivo a la legalidad penal, que, conforme ha quedado dicho, debe tomarse como punto de referencia para determinar el contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 25.1 de la Constitución.

(6) Cfr., por todos, JESCHECK: *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, I, trad. y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y M. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, págs. 179 y sigs.

(7) Estas dos últimas garantías están, respectivamente, recogidas en los artículos 24 y 25.2 CE. Véase, en relación con la primera, la STC 16/1981, de 18 de mayo, y en relación con la segunda, las SSTC 10/1986, de 24 de enero, y 34/1986, de 21 de febrero.

### III. CONTENIDO DEL DERECHO CONSAGRADO EN EL ARTICULO 25.1 CE

#### 1. *La exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal*

El artículo 25.1 de la Constitución dispone lo siguiente: «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.»

No cabe duda de que a través de este precepto el legislador constituyente quiso otorgar reconocimiento constitucional al principio de legalidad de los delitos y de las penas, elevándolo al rango de derecho subjetivo protegible en vía de amparo. Pero su coetáneo deseo de extender su radio de actuación al ámbito del Derecho administrativo sancionador le llevó a formularlo en unos términos que han suscitado no pocas dudas interpretativas a la hora de precisar el exacto contenido otorgado a dicho principio.

La propia jurisprudencia constitucional ha incurrido, a este respecto, en ciertas vacilaciones, pudiendo comprobarse que las sucesivas garantías que el Tribunal Constitucional ha venido estimando incluidas en el artículo 25.1 CE, o excluidas del mismo, no siempre coinciden con la opinión mantenida por la doctrina penal respecto de los elementos integrantes del derecho subjetivo que en él se recoge: unas veces por defecto, cual es el caso del principio de retroactividad de las normas penales más favorables, otras por exceso, como sucede con el principio *non bis in idem*, cuya derivación del principio de legalidad penal no resulta ni mucho menos sencilla desde el punto de vista dogmático (8).

Pero no son éstas las únicas discrepancias que la doctrina penal advierte entre los respectivos contenidos del principio de legalidad penal y del derecho consagrado en el artículo 25.1 CE. Desde el mismo momento en que ésta fue promulgada se alzaron voces denunciando la pobre e insuficiente forma en que el indicado principio había sido recogido en dicho precepto, hasta el punto de hacerlo irreconocible. Tales críticas obedecieron fundamentalmente a la utilización que en él se hace del término «legislación», por entenderse dirigida a extraer del contenido del derecho a la legalidad, ahora común a delitos e infracciones administrativas y a sus correspondientes sanciones, la exigencia de reserva absoluta de ley en sentido formal inequívocamente incluida en el contenido esencial del principio de legalidad penal.

Paradigmática en este sentido es la tesis mantenida por Cobo y Vives,

---

(8) Cfr. ARROYO ZAPATERO: *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, REDC, año 3, núm. 8, mayo-agosto 1983, págs. 19-20.

para quienes del artículo 25.1 no cabe extraer una nítida exigencia de reserva de ley para el derecho sancionador en general, sino tan sólo una rotunda expresión de la común aplicación del principio de irretroactividad a los ámbitos penal y administrativo sancionador (9). A juicio de estos autores, dicha exigencia no se deduce del citado precepto, sino del artículo 81.1 CE, traducéndose, por consiguiente, en una reserva de ley orgánica para toda la materia penal, que vendría justificada por afectar en todo caso los distintos tipos delictivos y sus correspondientes penas a los derechos fundamentales y libertades públicas (10). No faltando quien sostiene que, así entendido, el artículo 25.1 CE resultaría superfluo en la medida en que, reducido su contenido a la mera expresión de la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras desfavorables, no constituiría sino una reiteración de lo ya establecido con carácter general en el artículo 9.3 CE (11).

Parece desde luego evidente que, según se desprende de la discusión parlamentaria que culminó en la adopción del actual texto del artículo 25.1 CE (12), la inclusión en el mismo del término «legislación» no fue debida a

(9) Cfr. COBO/VIVES: *Derecho Penal. Parte General*, I, Valencia, 1980, págs. 72-73. Véase también, de estos mismos autores, *Sobre la reserva de ley orgánica en materia penal y administrativa*, en *Comentarios a la Constitución española*, t. III, Madrid, Edersa, 1984, págs. 7 y sigs. En el mismo sentido, entre otros, COBO/BOIX: *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, Madrid, Edersa, 1982, págs. 194 y sigs.; CARBONELL MATEU: *La justificación penal*, Madrid, 1982, págs. 112 sigs.; BOIX REIG: *El principio de legalidad penal en la Constitución*, en *Repercusiones de la Constitución española en el Derecho penal*, Bilbao, 1983, págs. 64 y sigs., y CASABÓ RUIZ: *La capacidad sancionadora de la Administración*, en *La reforma penal y penitenciaria*, Santiago de Compostela, 1980, págs. 228 y sigs. A pesar de la jurisprudencia constitucional recaída desde entonces, siguen todavía manteniendo este criterio BOIX REIG: *De nuevo sobre el principio de legalidad*, RGD, núm. 512, Valencia, mayo 1987, págs. 2290-2291, y MIR PUIG: *Derecho Penal. Parte General*, 3.ª ed., Barcelona, 1990, págs. 87-88.

(10) La ubicación de la reserva de ley no constituye ciertamente una cuestión baladí, ya que, como oportunamente recuerda ARROYO ZAPATERO (*Principio de legalidad*, cit., pág. 21), de no estimarse contenida en el artículo 25.1 CE, sino en el artículo 81.1, no sería reclamable en vía de amparo constitucional.

(11) Véase, en este sentido, CEREZO: *Curso de Derecho Penal español. Parte General*, 3.ª ed., Madrid, 1985, pág. 152, nota 3. Reconoce, sin embargo, este autor, de conformidad con lo señalado por ARROYO ZAPATERO (*Principio de legalidad*, cit., págs. 23-24), que dicha reiteración tendría la virtualidad de permitir la interposición de un recurso de amparo contra la aplicación retroactiva de una norma penal de tales características, lo que, a mi juicio, pone en cuestión su calificación como «superflua».

(12) El texto del actual artículo 25.1, aprobado en su día en el Congreso, no se refería a la «legislación», sino al «ordenamiento jurídico vigente». Sometida esta última expresión a una fuerte crítica en el Senado, fue sustituida por la fórmula «ley vigente» para acabar siendo aprobada por la Comisión Mixta la actual formulación.

un puro capricho lingüístico, sino que, a la vista de que el indicado término no sólo abarca a la ley en sentido formal, sino igualmente a otras normas con fuerza de ley e incluso a los reglamentos (13), no parece aventurado afirmar que su recepción obedeció a un deseo consciente de no extender la reserva absoluta de ley formal existente en materia de delitos y de penas al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Mas de este dato no cabe, a mi juicio, deducir la conclusión de que el derecho subjetivo a la legalidad penal, consagrado en el artículo 25.1 CE, ha quedado privado de uno de los elementos constitutivos del contenido esencial del principio de legalidad de los delitos y de las penas.

A este respecto debe señalarse que, por fortuna, la interpretación del artículo 25.1 desarrollada por el Tribunal Constitucional ha huido desde un principio de tales planteamientos reductores, si bien no puede negarse que se ha tomado su tiempo para definir el completo cuadro de garantías que considera incluidas en el artículo 25.1 CE. Así, por lo que respecta a la exigencia de reserva de ley, tras haber avanzado tímidamente, en la STC 8/1981, de 30 de marzo (FJ 3.º), que esta garantía común a la pena y a la sanción administrativa «supone que ni la una ni la otra pueden ser establecidas en normas distintas o de rango inferior a las legislativas» —con lo que ciertamente no resolvía la cuestión planteada acerca del concreto contenido que había de darse al término «legislación»—, inmediatamente después procedió, sin embargo, a rebatir de manera expresa la opinión de quienes mantenían que la exigencia de reserva absoluta (14) de ley formal en materia penal no estaba

---

(13) Véase, a este respecto, LÓPEZ AGUILAR: *La reserva constitucional de ley en materia penal*, REDC, año II, núm. 33, sept.-dic. 1991, pág. 110, y bibliografía allí citada.

(14) En la STC 83/1984, de 24 de julio (FJ 4.º), se describe con carácter general el sentido de las reservas de ley como «garantía esencial de nuestro Estado de Derecho», cuyo «significado último es el de asegurar que la regulación de los ámbitos de libertad que corresponden a los ciudadanos dependa exclusivamente de la voluntad de sus representantes, por lo que tales ámbitos han de quedar exentos de la acción del ejecutivo y, en consecuencia, de sus productos normativos propios, que son los reglamentos». Lo que no excluye «la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley», ya que esto último supondría «una degradación de la reserva formulada por la Constitución en favor del legislador». En consecuencia, las remisiones o habilitaciones legales habrán de restringir el ejercicio de la potestad reglamentaria «a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley», no siendo admisible que, mediante cláusulas legales, se produzca «una verdadera deslegalización de la materia reservada, esto es, una total abdicación por parte del legislador de su facultad para establecer reglas limitativas, transfiriendo esta facultad al titular de la potestad reglamentaria, sin fijar ni siquiera cuáles son los fines u objetivos que la reglamentación ha de perseguir» (los subrayados son míos). En este mismo sentido, la STC 99/1987, de 11 de junio (FJ 3.º), afirma

recogida en el citado precepto, al establecer inequívocamente, en la STC 15/1981, de 7 de mayo (FJ 7.º), que el principio de legalidad «se traduce en una reserva absoluta de ley» (15).

El siguiente hito en este progresivo reconocimiento de la indicada exigencia por parte de la jurisprudencia constitucional viene constituido por el ATC 194/1983, de 4 de mayo, en cuyo FJ 3.º se afirma que el principio de legalidad reconocido en el artículo 25.1 CE se refiere específicamente a la reserva de ley en materia penal, «siendo ello también aplicable al derecho penal administrativo» (16); dándose un paso más al establecerse, en la STC 25/1984, de 23 de febrero (FJ 3.º), que la «legislación» en materia penal se traduce en una «reserva absoluta de ley», si bien no necesariamente de «ley orgánica», pues este tipo de reserva no puede deducirse sin más de la conexión del artículo 81.1 CE con el artículo 25.1 CE (17).

Dicha exigencia de «ley orgánica» en relación con ciertos aspectos de la materia penal no es reconocida hasta la STC 140/1986, de 11 de noviembre

que la reserva de ley no excluye la remisión al reglamento como complemento o particularización, en ciertos aspectos instrumentales, de la ordenación legal de la materia reservada, siempre y cuando la potestad reglamentaria no se despliegue «innovando o sustituyendo a la disciplina legislativa» ni se ejerza en virtud de «remisiones incondicionadas o carentes de límites ciertos o estrictos, pues ello entrañaría un desplazamiento del Parlamento... que sería contrario a la norma constitucional creadora de la reserva». Ni que decir tiene que esta doctrina es aplicable tanto a las sanciones penales como a las administrativas, en la medida en que ambas están comprendidas bajo la común reserva de ley contenida en el artículo 25.1 CE.

(15) Esta sentencia es también importante por cuanto en ella se establece el principio de que la reserva absoluta de ley orgánica u ordinaria no puede reclamarse en relación con actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada. Esta doctrina, iniciada con la STC 11/1981, de 8 de abril (FJ 5.º), ha sido posteriormente reiterada, entre otras, en las SSTC 36/1982, de 16 de junio (FJ 3.º); 42/1987, de 7 de abril (FJ 3.º); 101/1988, de 8 de junio (FJ 4.º); 219/1989, de 21 de diciembre (FJ 2.º), y 93/1992, de 11 de junio (FJ 6.º).

(16) Declaración que se repite en el ATC 588/1984, de 10 de octubre (FJ 3.º), si bien esta vez se alude, más correctamente, al «Derecho administrativo sancionador».

(17) Véase, en el mismo sentido, el ATC 405/1984, de 23 de junio. La sentencia citada en el texto encabeza una larga serie de pronunciamientos relativos a la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de control de cambios, que posteriormente sería modificada por la LO 10/1983, de 16 de agosto. El recurso de amparo que le dio lugar invocaba como vulnerados los artículos 25.1 y 81.1 CE por haber sido condenado el demandante en virtud de una ley que no revestía carácter orgánico. El motivo fue rechazado por entender el Tribunal Constitucional que no sólo el cauce elegido no era el adecuado, sino que, como poco antes declarara en el ATC 87/1984, de 15 de febrero, el derecho al rango de Ley Orgánica no es susceptible de amparo. Ante un nuevo recurso de amparo de idéntico contenido, la STC 32/1984, de 8 de marzo, afirma de pasada, en su FJ 2.º, que de ser necesaria una Ley Orgánica para regular la materia de referencia únicamente lo sería en relación con las penas privativas de libertad, por imperativo del artículo 17.1 CE, en conexión con el artículo 81.1 CE, pero no respecto de las penas pecuniarias.

(FFJJ 5.º a 7.º) (18), en la que enfrentado de nuevo el Tribunal Constitucional con una condena a pena privativa de libertad impuesta en virtud de la Ley 40/1979, de Control de Cambios, se decide finalmente a declarar que si bien del artículo 25.1 CE no puede deducirse una exigencia de ley orgánica respecto de las normas que impliquen privación de libertad o de alguno de los derechos contenidos en el capítulo II del título I, sino tan sólo una exigencia de reserva absoluta de ley (19), de los artículos 17.1 y 81.1 CE sí que se desprende, en cambio, la necesidad de que las normas penales que regulan los casos y las formas de privación de libertad revistan la forma de ley orgánica (20). Por lo que se refiere a las penas de naturaleza pecuniaria, se dice en esta sentencia que, por más que por vía subsidiaria puedan dar origen a la imposición de una pena privativa de libertad, su establecimiento no necesita de una ley orgánica, ya que, en tal caso, dicha posibilidad no afectaría al derecho a la libertad contemplado en el artículo 17.1 CE, sino que se derivaría de lo dispuesto en el artículo 91 del Código Penal, precepto al que, dado su carácter preconstitucional, no cabe exigir rango de Ley Orgánica (21).

La postura del Tribunal Constitucional en relación con la exigencia de reserva de ley en materia penal se sintetiza en la STC 118/1992, de 16 de septiembre, en cuyo FJ 2.º se dice textualmente lo siguiente: «El derecho a la legalidad penal... comprende una doble garantía. Por un lado, una garantía referente a la necesidad de una predeterminación normativa suficiente de las conductas y sus penas, a través de una tipificación precisa dotada de la adecuada concreción en la descripción que incorpora (*lex certa*), y por otro lado, una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley. Exigencia que, en el ámbito penal estricto..., debe implicar la reserva absoluta de Ley... Esta exigencia de ley formal para las normas penales que

(18) Véanse, en el mismo sentido, SSTC 159 y 160/1986, de 16 de diciembre (respectivamente, FFJJ 2.º y 4.º); 17/1987, de 13 de febrero; 122/1987, de 14 de julio (FJ 2.º), y 127/1990, de 5 de julio, así como el ATC 1072/1988, de 26 de septiembre (FJ 2.º).

(19) Creo conveniente subrayar que en el FJ 5.º de esta Sentencia se dice textualmente que la reserva absoluta de ley en materia penal está explicitada en el artículo 53.1 CE.

(20) En su voto particular a esta Sentencia, el magistrado Díaz Eimil, remitiéndose al ATC 87/1984 anteriormente citado, entiende que no es posible reclamar en amparo el rango de Ley Orgánica para las normas penales. Pues, a su juicio, no sólo resulta sumamente discutible que dicha reserva de ley orgánica pueda extraerse de una conexión del artículo 81.1 con el artículo 17.1 CE, dado que no puede considerarse que las leyes penales constituyan un «desarrollo» de los derechos fundamentales a que alude el primero de dichos preceptos, sino que además las leyes a que se refiere el artículo 17.1 son de carácter procesal y no de naturaleza sustantiva.

(21) Véase, en el mismo sentido, SSTC 17/1987, de 13 de febrero (FJ 3.º), y 122/1987, de 14 de julio (FJ 2.º).

resulta del artículo 25.1 CE no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley Orgánica... Pero sí existe reserva constitucional en favor de la ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 81.1 en relación con el artículo 17.1 CE (22), respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad.»

Puede decirse en suma que, a tenor de la jurisprudencia constitucional, la exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal está incluida en el artículo 25.1 CE, si bien no puede deducirse de dicho precepto, sino de una interpretación conjunta de los artículos 17.1 y 81.1 CE, que resulte obligada la regulación de ciertos aspectos de la materia penal por vía de ley orgánica. Se rechaza así tanto la idea de que esta fundamental exigencia del principio de legalidad penal no forma parte del contenido del artículo 25.1 CE como la conclusión que de ella se deduce en el sentido de que, no habiendo sido ubicada por el legislador constituyente en dicho precepto, sino en el artículo 81.1 CE, equivale a una reserva de ley orgánica para toda la materia penal (23).

(22) En la STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 2.º D), se contesta parcialmente a una de las objeciones apuntadas en el voto particular de Díaz Eimil a la STC 140/1986, al afirmarse, de acuerdo con la doctrina sentada en el ATC 87/1984, que si bien no puede hablarse de un derecho al rango de Ley Orgánica como contenido del artículo 17.1 CE, sí puede decirse que dicho precepto incluye todas las garantías previstas en los artículos 25.1, 53.1 y 81.1 CE, por lo que la imposición de una pena privativa de libertad prevista en una ley no orgánica debe considerarse constitutiva de una vulneración del derecho a la libertad y, como tal, protegible en vía de amparo.

(23) Insisten en ello, no obstante, COBO y VIVES en la 2.ª edición de su *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1987, pág. 51. A pesar de la jurisprudencia constitucional recaída al respecto, afirman estos autores que «la Constitución de 1978, rompiendo una larga tradición, no contiene una proclamación específica del principio de legalidad penal. Tal omisión ha dado lugar a una polémica doctrinal aún no cerrada (de la que se dio cuenta en la anterior edición de esta obra) y a una vacilante andadura de la jurisprudencia constitucional». Reconocen, sin embargo, que «la proclamación del principio de legalidad ha perdido, en cuanto a su *tenor literal*, buena parte de su carácter problemático», ya que consideran que, tras las SSTC 140/1986 y 160/1986, «puede afirmarse que las leyes penales, en tanto impliquen la privación o restricción de algún derecho fundamental, se hallan sujetas a la *reserva sustancial y absoluta de Ley Orgánica* establecida en el artículo 81.1 de la Constitución de 1978». Pues, aun cuando dichas resoluciones no entran en el tema de si todas las leyes penales se hallan sometidas a dicha reserva, se «apunta tal posibilidad al afirmar que... las normas penales suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos que no son ahora relevantes)». De manera que, teniendo en cuenta que, en su opinión, las normas penales en todo caso cercenan o limitan derechos fundamentales, «puede concluirse que, en efecto, *todas las normas penales han de revestir la forma de Ley Orgánica*». No es esto, sin embargo, lo que se deduce de las citadas sentencias, en las que expresamente se limita dicha exigencia a las normas que establecen penas privativas de libertad (o de algún otro de los derechos contenidos en el capítulo II del título I de la CE), no extendiéndose,

A la vista del texto finalmente incorporado al artículo 25.1 CE, no parece, sin embargo, que fuera deseo del legislador constituyente trasladar la exigencia de reserva absoluta de ley, ciertamente predicable de la materia penal, al ámbito del Derecho administrativo sancionador. Ello se deduce de su preferencia por el término «legislación», sin duda alguna menos comprometedor que el término «ley» por ser aquél comprensivo de otro tipo de normas que, no siendo leyes en sentido formal, tienen atribuido rango de Ley. Resulta sumamente significativo en dicho sentido que, en el ámbito de las sanciones administrativas, el reconocimiento de la exigencia de reserva de ley por parte de la jurisprudencia constitucional haya sido mucho más matizado (24). Así, a diferencia de la doctrina sentada en relación con la materia penal, sometida desde un principio a la exigencia de reserva absoluta de ley, en la STC 77/1983, de 3 de octubre (FFJJ 2.º y 3.º) (25), el Tribunal Constitucional se limitaba a declarar que, en el ámbito administrativo, dicha exigencia se traduciría en la necesidad de que la potestad sancionadora de la Administración estuviese cubierta por una norma de rango legal, lo que daba a entender que no precisaba para verse satisfecha de la presencia de una ley en sentido formal (26). Con mayor claridad aún, en la STC 2/1987, de 21 de enero (FJ 2.º), se afirma expresamente que el principio de legalidad no puede tener el mismo alcance en relación con una sanción impuesta en el seno de una relación de sujeción especial que respecto de una sanción impuesta en el ámbito de una relación de sujeción general ni, mucho menos, que el que tiene cuando se trata de sanciones penales (27). Y en la STC 42/1987, de 7 de abril (28), se señala que «el alcance de la reserva de ley establecida en el artículo 25.1 no

---

en cambio, a aquellas que disponen sanciones de carácter pecuniario. Buena prueba de ello es que ni en ellas ni en las posteriores dictadas en idéntico sentido se anula la pena de multa impuesta al demandante de amparo.

(24) No voy a ocuparme en este lugar de analizar en detalle la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional en relación con las exigencias del principio de legalidad en materia de sanciones administrativas y disciplinarias, ya que sobre ello versará un trabajo que actualmente preparo con el siguiente título: *Alcance y límites de la aplicación de los principios inspiradores del Derecho penal al Derecho administrativo sancionador*. Me limitaré, por consiguiente, a esbozar someramente algunos trazos de su jurisprudencia, especialmente demostrativos del distinto alcance que se da a la exigencia de reserva de ley según se trate de unas u otras.

(25) En esta sentencia, además de reconocerse la aplicación del principio de legalidad al Derecho administrativo sancionador, con la consecuencia del carácter excepcional de los poderes sancionadores en manos de la Administración, se declaran asimismo aplicables en dicho ámbito los derechos de defensa y la subordinación al control jurisdiccional *a posteriori* a través de la interposición de los oportunos recursos.

(26) Véase, al respecto, SANZ GANDANSEGUI: *La potestad de la Administración: la Constitución española y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1985, pág. 103.

puede ser tan estricto en relación con infracciones y sanciones administrativas como por referencia a los tipos y sanciones penales», y que la garantía formal contenida en el artículo 25.1 CE «sólo tiene una eficacia relativa o limitada en el ámbito de las sanciones administrativas» (29), no obstante lo cual se concluye que dicho precepto constitucional determina en todo caso «la necesaria cobertura de la potestad sancionadora de la Administración en una norma de rango legal», con la consecuencia de que no pueden crearse *ex novo* infracciones y sanciones administrativas por vía reglamentaria (30). Sí, en cambio, a través de un Decreto-Ley, pues, tal y como se razona en la STC 3/1988, de 21 de enero (FJ 6.º), se trataría de una disposición de naturaleza «legislativa» que tiene fuerza y valor de Ley (31) y que, por consiguiente, en la medida en que no afecte al régimen general de los derechos, deberes y

(27) No obstante esta triple gradación a que queda sometido el alcance del principio de legalidad, según se trate de sanciones de naturaleza penal, administrativa o disciplinaria, y con independencia de la crítica que, a mi juicio, merece el concepto de relación de sujeción especial en tanto que utilizado como «cajón de sastre» para justificar la desnaturalización por ese solo motivo de ciertas garantías fundamentales —cuestión esta en la que no puedo ahora detenerme—, en la citada sentencia se advierte que, incluso en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, en el que «la reserva de ley pierde parte de su funcionamiento material», sigue siendo aplicable en cierta medida dicha exigencia, de tal manera que habría de estimarse vulnerado el artículo 25.1 CE en el caso de imposición de una sanción disciplinaria carente de toda base legal. Lástima que no fuera ésta la perspectiva adoptada por el Tribunal Constitucional en la STC 219/1989, de 21 de diciembre, pues, a pesar de partir expresamente de ella (cfr. FJ 2.º), se acababa declarando compatible con el artículo 25.1 una sanción disciplinaria carente de toda base normativa. Véase, en cambio, la STC 66/1990, de 29 de marzo (FJ 7.º), en la que se recuerda que una cosa es que puedan establecerse retribuciones en el caso de relaciones de sujeción especial y otra muy distinta es que puedan ser también restringidos, o perder eficacia o virtualidad, los principios constitucionales y los derechos fundamentales en ellos subsumidos, advirtiéndose a este respecto, muy oportunamente, que «no se puede relativizar un principio sin riesgo de suprimirlo».

(28) Véase un comentario de esta sentencia en MESTRE DELGADO: *Potestad reglamentaria y principio de legalidad: las limitaciones constitucionales en materia sancionadora*, REDA, núm. 59, 1988, págs. 79 y sigs.

(29) Véase, en este mismo sentido, SSTC 3/1988, de 13 de enero; 101/1988, de 8 de junio; 29/1989, de 6 de febrero; 69/1989, de 20 de abril; 219/1989, de 21 de diciembre, y 83/1990, de 4 de mayo.

(30) Se admite, en cambio, en esta sentencia la utilización posconstitucional de la norma reglamentaria, siempre y cuando se limite, sin innovar el sistema de infracciones y sanciones en vigor, a aplicarlo a lo que es objeto de su propia regulación material, pues no se trataría en tal caso de una «innovación», sino de una «reiteración» de lo que ya está preestablecido. Véase también SSTC 101/1988, de 8 de junio (FJ 3.º); 29/1989, de 6 de febrero (FJ 1.º), y 219/1991, de 25 de noviembre (FJ 2.º).

(31) Véase, a este respecto, STC 29/1982, de 31 de mayo (FJ 2.º).

libertades de los ciudadanos regulados en el título I (32), satisfaría la indicada exigencia.

Desde luego que con ello se procede a esa aplicación «con matices» de los principios inspiradores del Derecho penal al ámbito del Derecho administrativo sancionador que ya aconsejara la STC 18/1981, de 8 de junio (FJ 4.º). Pero, además, cabe inferir de esta doctrina que el término «legislación» tiene un significado diferente según se trate de ilícitos y sanciones penales o de infracciones y sanciones administrativas, siendo equivalente, en el primero de estos supuestos, a «ley ordinaria» o, en su caso, a «Ley Orgánica», en tanto que en el segundo no se excluye la posibilidad de entenderlo referido a cualquier otra clase de norma que tenga rango de Ley (33). Con la consecuencia de que mientras que el establecimiento de delitos y faltas y de sus correspondientes penas requerirían la presencia, como mínimo, de una ley ordinaria, la introducción *ex novo* de infracciones y sanciones administrativas se conformaría con cualquier otra disposición, siempre y cuando tuviera rango de Ley. Pero en ambos casos la exigencia de cobertura legal seguiría siendo el mínimo común denominador.

La distinta norma de cobertura requerida en uno u otro ámbito se explica por la propia naturaleza de las cosas. No debe, en efecto, olvidarse que la atribución de la potestad de crear delitos y penas en exclusiva a un órgano representativo de la voluntad general constituye una exigencia indisolublemente unida al principio de legalidad penal que no podría compaginarse con la cesión de parcelas más o menos amplias de esa facultad al poder ejecutivo. En cambio, como se recuerda en la STC 83/1990, de 4 de mayo (FJ 2.º), «en el ámbito de las sanciones administrativas la reserva de ley sólo tiene una eficacia relativa o limitada, en el sentido de permitir un mayor margen de actuación al ejecutivo en la tipificación de ilícitos y sanciones administrativas, por razones que atañen al modelo constitucional de distribución de potestades públicas, al carácter en cierto modo insuprimible de la potestad

---

(32) De conformidad con el entendimiento restringido de esa «afección», que el Tribunal Constitucional defendió ya en la STC 111/1983, de 2 de diciembre (FJ 8.º).

(33) A mi juicio, tiene razón ARROYO (*Principio de legalidad...*, cit., págs. 24-25) cuando afirma que el término «legislación» empleado en el artículo 25.1 CE no debe interpretarse «unívocamente», sino que requiere una solución diferenciada según se trate de una norma incriminadora penal o de una norma sancionadora administrativa. Sin embargo, a la vista de que este autor considera que dicha diferenciación no viene dada por este precepto, sino por aquellos otros con los que necesariamente ha de ponerse en conexión la norma penal o la norma administrativa para determinar, en función de su concreto contenido, si el tipo de reserva que le viene impuesta es de ley ordinaria (art. 53.1) o de ley orgánica (art. 81.1), no parece haberse planteado la posibilidad de que la reserva de ley en materia administrativo-sancionadora se conforme con algo menos que una ley ordinaria.

reglamentaria en dicho ámbito y a otras consideraciones de prudencia y oportunidad» (34).

Por otra parte, el sistema general de reservas contenido en los artículos 53.1, 81.1, 82.1 y 86.1 avala esta dual interpretación del término «legislación» utilizado en el artículo 25.1 CE, según se trate de sanciones penales o de sanciones administrativas (35). Pues, por lo que se refiere a la materia penal, del propio artículo 86.1 CE se deduce que nunca podría regularse por decreto-ley, al no ser imaginable sanción penal alguna que no «afecte» a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I de la Constitución. En cuanto a los decretos legislativos, el artículo 82.1 CE descarta la posibilidad de que las Cortes Generales deleguen en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de Ley sobre materias relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas que se contienen en la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución, ya que, según dispone el artículo 81.1, tales normas deberán revestir en todo caso la forma de «Ley Orgánica». Se reduce así de manera considerable la posibilidad de recurrir a esta técnica para establecer delitos o faltas y sus correspondientes sanciones, especialmente si se tiene en cuenta que el artículo 53.1 CE dispone que *sólo por Ley* podrá regularse el ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título I, lo que prácticamente excluye toda posibilidad de utilización del decreto legislativo en el ámbito penal (36).

(34) Doctrina ya sentada, entre otras, en las SSTC 42/1987, de 21 de enero (FJ 2.º); 101/1988, de 8 de junio (FJ 3.º), y 29/1989, de 5 de febrero (FJ 1.º).

(35) Cfr., en este sentido, BUSTOS RAMÍREZ: *Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionadora*, en el libro colectivo *Las fuentes del Derecho*, 1983, págs. 99 y sigs. y 112. Véase también LAMARCA PÉREZ: *Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española*, REDC, año 7, núm. 20, mayo-agosto 1987, págs. 99 y sigs.

(36) BUSTOS RAMÍREZ (*ob. cit.*, págs. 103 y sigs.) defiende un planteamiento similar, aunque no idéntico, al mantenido en el texto. Pues mientras que este autor afirma que, de no entenderse comprendida la exigencia de reserva de ley en el artículo 25.1 CE, podría establecerse «por decreto-ley, delegación legislativa o simplemente por reglamento» aquellos ilícitos penales o administrativos (y sus correspondientes sanciones) que afectasen a los derechos contenidos en el capítulo III del título I de la Constitución, a mi juicio, dicha posibilidad queda excluida por lo que se refiere a los decretos-leyes, ya que, conforme ha quedado dicho, el artículo 86.1 CE prohíbe acudir a este instrumento legislativo cuando se trate de derechos o libertades regulados en el título I, esto es, también en relación con los enunciados en el capítulo III de dicho título. Por otra parte, no puede considerarse demasiado afortunado el ejemplo constituido por el derecho al medio ambiente, utilizado por BUSTOS para ilustrar su punto de vista, toda vez que el artículo 45.3 CE prevé el establecimiento de sanciones penales, o en su caso administrativas, para quienes violen el deber de utilizar racionalmente los recursos naturales, precisamente «en los términos que la Ley fije». Finalmente, considera el citado autor que, de no estimarse incluida

No quiero concluir este apartado sin recordar que, de conformidad con la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, la exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal no se opone en modo alguno al acogimiento de las llamadas «leyes penales en blanco», técnica a través de la cual la Ley penal reenvía la determinación del supuesto de hecho a otra norma de igual rango o, incluso, de rango inferior (37). De manera que no queda excluida la remisión por esta vía a normas de carácter reglamentario, siempre y cuando se den los siguientes requisitos, establecidos en la STC 122/1990, de 5 de julio (FJ 3.º): *a*) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado por el bien jurídico protegido en la norma penal, y *b*) que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como exige la STC 12/1987, de 14 de julio (FJ 3.º), se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, de suerte que resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo a través de la posibilidad de conocimiento de la actuación penal conminada (38). Parece, pues, evidente que el Tribunal

---

la reserva de ley en el artículo 25.1 CE, se abriría una ancha puerta a las llamadas «leyes penales en blanco» que se remitan, para complementar o llevar a cabo la descripción típica, a una norma reglamentaria (*ob. cit.*, pág. 104). Pues bien, a tenor de la jurisprudencia constitucional, dicha técnica resulta perfectamente compatible con la existencia de una reserva absoluta de ley en materia penal, por lo que en modo alguno puede entenderse como una amenaza derivada de la no inclusión de la exigencia de reserva de ley en el artículo 25.1 CE. Y en cuanto a su conclusión de que «si se aceptase que el artículo 25.1 CE no contempla el principio de legalidad penal, querría decir que se acepta también como fuente de delitos y penas una norma estatal de rango inferior a la ley, esto es, el decreto-ley, la legislación delegada y los reglamentos en general» (*ob. cit.*, pág. 104), debo decir lo siguiente: 1) que, de acuerdo con lo ya expuesto, en ningún caso podrían establecerse por decreto-ley delitos o penas, y 2) que la aseveración de que los decretos-leyes y la legislación delegada son normas estatales «de rango inferior a la ley», no sólo contradice lo dispuesto en los artículos 82 y 86 de la Constitución, sino que resulta aún más sorprendente a la vista de que el propio BUSTOS concluye, casi a renglón seguido, que existen «procedimientos homologados al de la ley en la Constitución, esto es, el decreto-ley y la delegación legislativa», de tal suerte que, cuando no afecte a los derechos y libertades a que, respectivamente, se refieren los artículos 53.1 y 81.1 CE, «tanto para delitos y faltas e infracciones administrativas la ley incluye a la Ley penal en blanco, al decreto-ley y a la legislación delegada» (pág. 108), pues «todas estas modalidades se encuentran comprendidas en el concepto de ley en sentido amplio» (pág. 112).

(37) Para una síntesis de las distintas opiniones sustentadas por la doctrina en torno a los supuestos incluíbles en el concepto de «leyes penales en blanco», véase, por todos, OCTAVIO DE TOLEDO: *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 1984, págs. 181 y sigs.

(38) En el mismo sentido, la STC 118/1992, de 16 de septiembre (FJ 2.º), afirma que ni siquiera la exigencia de ley orgánica, cuando se trata de normas penales que establecen penas privativas de libertad, supone que «haya de extenderse a todos los aspectos relativos a la descrip-

Constitucional no comparte aquella opinión doctrinal según la cual, en su concepción más restringida, las leyes penales en blanco representan siempre una patente vulneración del principio de legalidad (39).

## 2. *Prohibición de retroactividad de las normas penales desfavorables y mandato de retroactividad de las favorables*

Consecuencia directa de la función de garantía de la seguridad jurídica —que, como hemos visto, también incumbe cumplir al principio de legalidad penal— es la prohibición de que las normas sancionadoras se apliquen a aquellos hechos que, cometidos con anterioridad a su entrada en vigor, no constituían delito o estaban menos gravemente castigados. Dicha función garantizadora no se opone, sin embargo, a que la nueva Ley se aplique retroactivamente cuando resulte más favorable, ya sea porque procede a despenalizar ciertas conductas antes consideradas delictivas, ya porque las sanciona con penas menos gravosas. En tales casos, la función de garantía de la seguridad jurídica inherente a la prohibición de retroactividad de las normas penales pierde su razón de ser, que no es otra que la de proteger al individuo frente a una aplicación sorpresiva del *ius puniendi*, y cede el paso a la función de garantía de la libertad individual asimismo implícita en el principio de legalidad, impidiendo que se sigan restringiendo los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando ya no se juzga necesario, o que pervivan unas sanciones cuya gravedad ha sido cuantitativa o cualitativamente atenuada.

El mandato de retroactividad de las normas penales favorables no es, por consiguiente, una simple excepción a la general prohibición de retroactividad de las normas penales obediente a motivos pietistas (40), ni menos aún una concesión graciosa o facultativa del legislador o de los órganos judicia-

---

ción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos», sino que es constitucionalmente posible en estos casos, siempre y cuando se den los requisitos establecidos en la STC 127/1990, de 5 de julio, «la utilización legislativa y la aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico-penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su configuración a otra norma distinta... norma que, por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley Orgánica».

(39) Cfr., por todos, COBO/VIVES: *Garantías constitucionales*, cit., págs. 199-200.

(40) Véase, en este sentido, OCTAVIO DE TOLEDO: *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., pág. 325. Por lo demás, como acertadamente señala este autor, el artículo 9.3 CE no establece un principio general de irretroactividad de las leyes penales que hubieran de exceptuarse en el caso de que la ley posterior fuera más favorable, sino exclusivamente un principio de irretroactividad de las disposiciones sancionatorias no favorables o restrictivas de derechos, que, en cuanto tal, no admite excepciones.

les (41), sino una exigencia inmediatamente derivada de la función de garantía de la libertad individual que se atribuye al principio de legalidad penal y que, como tal, forma parte de su contenido esencial (42).

El principio de irretroactividad de las normas penales desfavorables ha recibido plasmación en los artículos 9.3 y 25.1 de la CE. En el primero de dichos preceptos se consagra, con carácter general, «la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales», lo que *a sensu contrario* supone, según ha declarado el Tribunal Constitucional, que se reconoce asimismo el principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras favorables, ya sean de naturaleza penal, ya de naturaleza administrativa. En el segundo se reitera el contenido del artículo 9.3, esta vez en conexión inmediata con el principio de legalidad penal (43).

De acuerdo con esta doctrina, el artículo 25.1 CE no es sino una concreción al ámbito de las sanciones penales y administrativas de algunos de los principios ya establecidos con carácter general en el artículo 9.3 CE. Mas no por ello ha de verse como una simple y superflua reiteración de este último, pues, una vez descartada la tesis que únicamente ve en el precepto citado en primer lugar un reconocimiento del principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos (44), es evidente que los respectivos contenidos de los artículos 9.3 y 25.1 CE no son idénticos, sino que se desenvuelven en círculos secantes.

Sorprende por ello que el Tribunal Constitucional se haya manifestado hasta el momento contrario a admitir que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable forma parte del contenido del derecho subjetivo consagrado en el artículo 25.1, rechazando, en consecuencia, la posibilidad de reclamarlo en amparo por dicha vía. Y más chocante resulta aún la coetánea admisión de la posibilidad de acudir para ello al artículo 17.1 CE (45).

(41) Cfr. ARROYO: *Principio de legalidad*, cit., pág. 18.

(42) Cfr. BOIX: *El principio de legalidad en la Constitución*, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Bilbao, 1983, págs. 73-76; COBO/BOIX: *Garantías constitucionales*, cit., págs. 192 y sigs.

(43) Sostienen que la aplicación retroactiva de una norma penal tipificadora infringe el artículo 25.1 CE, entre otras, las SSTC 150/1989, de 25 de septiembre (FJ 5.º); 196/1991, de 17 de octubre (FJ 3.º), y 21/1993, de 18 de enero (FJ 5.º).

(44) Cfr. COBO/BOIX: *Garantías constitucionales*, cit., pág. 204.

(45) Esta criticable jurisprudencia se inicia con la STC 8/1981, de 30 de marzo, en la que, tras reconocerse que, interpretado *a contrario sensu*, el artículo 9.3 CE puede entenderse en el sentido de que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable, se afirma, sin embargo, lo siguiente: «... del análisis del artículo 25.1 no se infiere que este precepto reconozca a los ciudadanos un derecho fundamental a la aplicación retroactiva de una Ley penal más favorable que la anteriormente vigente. Este supuesto derecho fundamental... podría, en

A mi juicio, carece de fundamento la tajante separación que con ello se opera de los principios de legalidad y de retroactividad de la Ley penal más favorable. Semejante conclusión no podría explicarse sino a través de una de estas dos vías argumentales: o bien manteniendo que el derecho a la retroactividad de la Ley más favorable no puede estar contenido en el artículo 25.1 CE, puesto que ya lo está, *a sensu contrario*, en el artículo 9.3 CE, precepto este último que no es susceptible de ser invocado en amparo, o bien considerando que el artículo 25.1 CE únicamente se refiere a la prohibición de retroactividad de las normas penales y no a la exigencia de aplicación retroactiva de aquellas que, siendo posteriores al momento de comisión de los hechos, resultaren más favorables.

El primero de los indicados argumentos no puede servir para justificar la negativa a la inclusión del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable en el ámbito del artículo 25.1 CE. Y ello por varias razones:

— En primer lugar porque si, como textualmente se dice en el FJ 4.º de la STC 133/1987, de 21 de julio, el principio de legalidad contenido en el artículo 25.1 CE no es sino una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho, ya enunciados con carácter general en el artículo 9.3 CE, en el ámbito del Derecho estatal sancionador, y si, como afirma el propio Tribunal Constitucional, en este último precepto se contiene, *a sensu contrario*, el principio de retroactividad de las disposiciones sancionadoras más favorables, no se comprende cómo ha podido producirse la pérdida de dicho principio al pasarse de lo general a lo concreto. Dicho de otra manera: si la retroactividad de la Ley penal más favorable está implícitamente contenida en el artículo 9.3 CE, también habrá de estarlo necesariamente en el artículo 25.1 CE, que no supone sino una concreción del precepto citado en primer lugar.

— Por otra parte, el hecho de que el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable esté ya recogido, *a sensu contrario*, en el artículo 9.3 CE, no puede esgrimirse como obstáculo para poderlo considerar asimismo incluido en el artículo 25.1 CE. Máxime si se tiene en cuenta que el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos también está consagrado en el primero de dichos preceptos, sin que ello haya sido obstáculo para reiterarlo en el segundo. Reiteración que, como ya se ha dicho, no debe en modo alguno considerarse superflua, ya

---

algún caso, encontrar apoyo suficiente merced a una interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 17.1 de la Constitución» (FJ 3.º). Doctrina posteriormente reiterada en las SSTC 15/1981, de 7 de mayo (FJ 7.º); 68/1982, de 22 de noviembre (FJ 3.º); 51/1985, de 10 de abril (FJ 7.º); 131/1986, de 29 de octubre (FJ 2.º), y 22/1990, de 15 de febrero (FJ 1.º). Así como, entre otros, en los AATC 471/1984, de 24 de julio (FJ 2.º); 876/1986, de 29 de octubre (FJ 2.º); 226/1990, de 4 de junio (FJ 2.º), y en el ATC de 16 de noviembre de 1992 (R.A. 289/92).

que con ella se otorga una protección en vía de amparo de la que no gozan los principios contenidos en el artículo 9.3 CE. Sostener lo contrario sería tanto como pretender que la ubicación de un derecho en un determinado precepto constitucional impide su recepción en otro lugar de la Constitución, idea contradicha por el propio texto del artículo 25.1 CE, por cuanto no se discute que en él recibe acogida el principio de irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables, no obstante haber quedado ya expresado en el artículo 9.3 CE.

Puede concluirse, en suma, que si el principio de retroactividad de las normas penales más favorables se deduce, *a sensu contrario*, de la prohibición de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos que se contiene en el artículo 9.3 CE, y si el artículo 25.1 CE supone, entre otras cosas, la concreción de este último principio en el ámbito del Derecho penal y administrativo sancionador, el citado en primer lugar habrá de considerarse asimismo implícito, *a sensu contrario*, en el artículo 25.1 CE. Sólo si hubiere de entenderse que el principio de retroactividad de las normas penales favorables se opone al contenido garantístico del principio de legalidad penal podría evitarse esta lógica conclusión. Pero, como se deduce de las ideas anteriormente expuestas, lejos de ser así, el principio de retroactividad de la Ley penal más favorable es una derivación inmediata de la función de garantía de la libertad individual que compete realizar al principio de legalidad penal (46).

Frente a ello no cabe oponer, en seguimiento de la segunda de las vías argumentales antes apuntadas, que el texto del artículo 25.1 CE únicamente se refiere de manera expresa a la prohibición de retroactividad de las leyes penales desfavorables, sin mencionar en momento alguno la necesidad de otorgar carácter retroactivo a las que resultaren más favorables. Pues, por una parte, nada impediría considerar incluida esta última exigencia en dicho precepto *a sensu contrario*. Y por otra, la falta de mención expresa en el artículo 25.1 CE de otras exigencias derivadas del principio de legalidad penal, cual es el caso de la prohibición de analogía *in malam partem* o del principio de taxatividad en la descripción de los tipos penales, no ha supuesto obstáculo alguno para que el Tribunal Constitucional las haya estimado recogidas en esa sede. Es más, no ha dudado en incluir, en el ámbito de protección del artículo 25.1 CE, el principio general del Derecho conocido como *non*

---

(46) El propio Tribunal Constitucional ha reconocido que la aplicación retroactiva de una norma penal más favorable que la que estaba vigente en el momento en que se cometieron los hechos no vulnera el derecho contenido en el artículo 25.1 CE. Véase, en este sentido, STC 35/1981, de 11 de noviembre (FJ 3.º), y ATC 267/1985, de 24 de abril (FJ 8.º).

*bis in idem*, a pesar de no constituir, *stricto sensu*, una derivación inmediata del principio de legalidad penal, dada su falta de conexión con la doble función de garantía de la libertad individual y de la seguridad jurídica que se atribuye a este último principio.

No quiero con ello decir que la inclusión del *non bis in idem* en el artículo 25.1 CE me parezca desafortunada. Muy al contrario, opino que, aun no siendo en rigor el principio de referencia sino un mandato íntimamente relacionado con el principio de proporcionalidad y con las exigencias de racionalidad y no arbitrariedad impuestas por el artículo 9.3 CE, ha sido francamente oportuna su incorporación, por obra y gracia de una interpretación integradora, al ámbito de actuación del derecho subjetivo a la legalidad penal, con la consiguiente posibilidad de invocarlo en vía de amparo. Pero lo que no considero coherente es que no se haya utilizado la misma línea argumental de que, a tal fin, se sirvió la STC 2/1981, de 30 de enero, para, con mayor razón aún, dar cabida en el artículo 25.1 CE al principio de retroactividad de la Ley penal más favorable.

En el FJ 4.º de la citada sentencia se dice, en efecto, que si bien el principio *non bis in idem* no se encuentra recogido expresamente en los artículos 14 a 30 de la Constitución, no por ello cabe silenciar que está íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad recogidos en el artículo 25.1 CE, siendo, por otra parte, característica de la legislación española reciente la recepción de dicho principio. Con ello no sólo está reconociendo el Tribunal Constitucional que, pese a no haber sido específicamente formuladas, ciertas garantías tradicionalmente vinculadas al principio de legalidad penal deben considerarse «tácitamente» incluidas en el artículo 25.1 CE, sino que, al propio tiempo parece acoger la tesis mantenida por la doctrina alemana en el sentido de estimar que cuando resulte oscura la formulación constitucional de un derecho o principio ya anteriormente configurado en términos más amplios por la legislación, dicho derecho o principio no podrá comportar «menos» de lo que en ella constituía su contenido. Lo que, trasladado al caso que nos ocupa, supone que el derecho a la legalidad penal consagrado en el artículo 25.1 CE no puede tener un contenido menor que el que se deduce de los distintos preceptos del Código Penal relativos al principio de legalidad, entre los que se incluye el artículo 24, en el que expresamente se dispone que las leyes penales tendrán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, «aunque al publicarse éstas hubiere recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena» (47).

(47) Véase, en este sentido, ARROYO: *Principio de legalidad*, cit., pág. 11, nota 6.

Finalmente, aunque no en último lugar, debe recordarse que el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ratificado por España mediante instrumento de 13 de abril de 1977, dispone que «si con posterioridad a la comisión del delito la Ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello». Pues bien, habida cuenta de que el artículo 10.2 CE establece que las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de conformidad con los tratados y acuerdos ratificados por España, parece necesario, en seguimiento de este mandato, proceder a una revisión de la jurisprudencia constitucional hasta ahora recaída en relación con el principio de retroactividad de las leyes penales más favorables.

A la vista de alguna de sus últimas decisiones, podría decirse que el propio Tribunal Constitucional es consciente de esa necesidad de cambio. Así, por ejemplo, en el FJ 5.º de la STC 21/1993, de 18 de enero, se dice textualmente que «un correcto entendimiento del principio de irretroactividad de la Ley penal... indica que los efectos de una ley perjudicial cesan cuando ha terminado su tiempo de vigencia, bien porque en una sucesión normativa se contempla la situación más benignamente o porque tal situación ha dejado de contemplarse. Es decir, en el ámbito del Derecho penal la estricta prohibición de retroactividad que incluye el artículo 25.1 CE está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad —protección del autor frente a las penas sobrevenidas—, se produciría un perjuicio para el sujeto».

Bien es cierto que con esta sentencia no se afirma que la retroactividad de la Ley penal más favorable forma parte del contenido esencial del derecho consagrado en el artículo 25.1 CE (48), sino únicamente que dicho precepto no la prohíbe. Pero no es menos cierto que en ella se recoge un *obiter dicta* que apunta indudablemente a la primera de dichas conclusiones. Pues si, como se dice, un correcto entendimiento del principio de irretroactividad de las normas penales contenido en el citado artículo no sólo implica que esté prohibido aplicar la Ley posterior desfavorable a hechos ocurridos con anterioridad a su entrada en vigor, sino también que los efectos de una ley perjudicial, vigente en el momento de comisión de los hechos, deben cesar una vez transcurrido su tiempo de vigencia, ya sea porque se ha procedido a

---

(48) Lo que resulta lógico a la vista de que en el recurso de amparo que dio lugar a esta sentencia no se invocaba este derecho, sino, por el contrario, el derecho a la irretroactividad de una norma que se consideraba desfavorable. Habrá que esperar, por consiguiente, a que el Tribunal Constitucional resuelva otros recursos de amparo en los que se plantee directamente la vulneración del artículo 25.1 CE por falta de aplicación del principio de retroactividad de la Ley penal más favorable.

despenalizarlos, ya porque han sido contemplados más benignamente por una ley posterior, obviamente con ello se está queriendo significar que el mandato de retroactividad de la Ley penal más favorable está implícitamente contenido en la prohibición de irretroactividad de las normas penales desfavorables y, por consiguiente, se encuentra integrado junto con ésta en el seno del artículo 25.1 CE. De confirmarse esta tendencia, personalmente creo que tendríamos que felicitarnos por la identificación que con ella se habría conseguido entre el contenido esencial del principio de legalidad penal y el del derecho fundamental consagrado en el indicado precepto, todavía inexplicablemente divergentes en este punto concreto.

### 3. *Exigencia de tipicidad y prohibición de analogía y de interpretación extensiva «in malam partem»*

Derivación inmediata de la sumisión de la materia penal al imperio de la ley es el principio de tipicidad de los delitos y de las penas, traducido en un correlativo mandato de predeterminación normativa tanto de las conductas ilícitas como de sus correspondientes sanciones, que, a diferencia de lo que sucede en el Derecho anglosajón, en los ordenamientos de corte continental necesariamente ha de concretarse en normas escritas.

La exigencia de tipicidad no es, en realidad, sino el precipitado técnico imprescindible para que el principio de legalidad pueda cumplir su doble función de garantía tanto de la libertad individual como de la seguridad jurídica. Pues, por una parte, mal podría limitarse el ejercicio del *ius puniendi* estatal sin contar con la ayuda de unos tipos penales erigidos en barrera infranqueable de toda interpretación y aplicación judicial. Y por otra, el principio de seguridad jurídica requiere inexorablemente la preexistencia de la descripción típica de las conductas que, por ser perjudiciales para la sociedad en su conjunto, se pretende evitar, así como de las sanciones con las que se conmina su realización.

Sólo a través de una visión integradora del contenido del derecho a la legalidad penal, en la que las exigencias de tipicidad de los delitos y de las penas y de reserva absoluta de ley en materia penal se consideren mutuamente complementarias a efectos de cumplir esa doble garantía de libertad y seguridad jurídica, puede la primera de ellas entenderse inmediatamente conectada con la segunda, ya que, de tenerse únicamente en cuenta la idea de seguridad jurídica, es evidente que el principio de tipicidad de los delitos y de las penas podría estimarse satisfecho mediante la plasmación de las conductas prohibidas y de sus correspondientes sanciones en una norma cualquiera, incluso de naturaleza reglamentaria. Bastaría, sin embargo, con echar una simple ojeada

a la jurisprudencia constitucional para comprobar que no es ésta la lectura que debe darse al principio últimamente citado, sino que, muy al contrario, éste no puede dissociarse de las exigencias de reserva absoluta de ley y de irretroactividad de las normas penales desfavorables.

Con el mandato de predeterminación normativa de los tipos de injusto y de las penas con que se amenaza su realización se asegura, por otra parte, a los ciudadanos que la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de jueces y tribunales no va a traspasar, en ningún caso, la barrera infranqueable de la «letra de la ley», evitándose así toda tentación de creación jurisprudencial de delitos y penas, así como el consiguiente riesgo de arbitrariedad o de lesión del principio de igualdad ante la Ley. De ahí que la exigencia de tipicidad, claramente inspirada, como la reserva de ley, en el principio de división de poderes, esté principalmente dirigida a someter a los jueces al imperio de la norma escrita, impidiéndoles ir más allá de lo que en ella se prevé por la vía de aplicarla analógicamente a supuestos no específicamente contemplados en la misma o de proceder a una extensión indebida de los comportamientos típicos.

La prohibición de la analogía *in malam partem* y de la llamada interpretación extensiva aparecen así íntimamente relacionadas con el principio de tipicidad contenido en el artículo 25.1 CE (49). Probablemente por ello el Tribunal Constitucional no ha tenido dificultad alguna en admitir con toda naturalidad que, pese a no haber sido expresamente mencionadas en el artículo 25.1 CE, ambas prohibiciones forman parte del contenido esencial del derecho fundamental consagrado en dicho precepto (50). Así las cosas, no parece necesario trazar entre los respectivos ámbitos de una y otra una distinción que no estaría exenta de dificultades (51). A nivel conceptual podría,

(49) La jurisprudencia constitucional no ha dudado en ningún momento que dicho principio forma parte del contenido esencial del derecho a la legalidad consagrado en dicho precepto. Mencionado por primera vez en la STC 2/1981, de 30 de enero (FJ 4.º), en estrecha conexión con el principio de legalidad, se considera específicamente dirigido a garantizar la seguridad jurídica (véase, por todas, la STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7.º c). Por otra parte, se estima asimismo recogido en el artículo 25.1 CE el principio de tipicidad de las infracciones administrativas (vease, por ejemplo, STC 37/1982, de 16 de junio, FJ 3.º, y 182/1990, de 15 de noviembre, FJ 3.º).

(50) Véanse, entre otras, SSTC 89/1983, de 2 de noviembre (FFJJ 2.º y 3.º); 75/1984, de 27 de junio (FJ 5.º); 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 8.º); 133/1987, de 21 de julio (FJ 4.º); 199/1987, de 16 de diciembre (FJ 5.º); 119/1992, de 11 de junio (FJ 3.º), y sentencia de 23 de marzo de 1993 (R.A. 298/91) (FJ 7.º), así como AATC 324/1984, de 30 de mayo (FJ 2.º), y 941/1986. En este último se dice expresamente que «la prohibición de analogía en la interpretación de las leyes sólo rige en el Derecho penal material en tanto sea *in malam partem*».

(51) A este respecto, véase, *in extenso*, BACIGALUPO: *La garantía del principio de legalidad*

sin embargo, mantenerse que mientras que la analogía consiste en la estimación de un comportamiento como delito o en la imposición de una pena cuando, no habiendo sido recogidos en tales conceptos por la Ley, ésta prevé en cambio, como delito o como pena, supuestos análogos a aquéllos (52), la interpretación extensiva supone, por el contrario, la existencia de un tipo penal completo, integrado por un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica que, al venir redactado en términos equívocos, se amplía más allá de lo permitido por la *ratio legis* (53). Mas, en cualquier caso, lo cierto es que ambas operaciones conducen a idénticos resultados en tanto en cuanto una y otra suponen la consideración como punibles de conductas no contempladas como tales por la Ley (54).

A mi juicio, el principio de legalidad penal no se opone, en cambio, a la utilización de la analogía o de la interpretación extensiva cuando favorezca al reo, esto es, cuando a través de tales operaciones se configuren nuevas causas de exclusión de la responsabilidad criminal o nuevas circunstancias atenuantes. En contra de la tesis mantenida por un cierto sector doctrinal (55), soy, por consiguiente, de la opinión de que la analogía *in bonam partem* no sólo no contraviene en modo alguno el mandato de aplicación rigurosa de la Ley contenido en el artículo 2.2 del Código Penal, sino que, como ya he señalado al ocuparme de la cuestión de la retroactividad de la Ley penal más favorable, la función de garantía de la libertad individual asignada al principio de legalidad penal implica que la prohibición del recurso a la analogía sólo

---

y la prohibición de la analogía en el Derecho penal, en *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983, págs. 13 y sigs.

(52) Cfr. OCTAVIO DE TOLEDO: *Sobre el concepto*, cit., pág. 322.

(53) De manera sumamente expresiva, la interpretación extensiva es definida por ENGISCH (*Introducción al pensamiento jurídico*, Madrid, 1967, pág. 132) como aquella forma de interpretación que extiende el poder del Estado a costa de la libertad del individuo.

(54) Cfr. ENGISCH: *ob. cit.*, pág. 185. Para este autor, es difícil «encontrar los límites precisos entre interpretación y analogía. Pero, en general, podemos decir que la analogía entra en juego después de la interpretación, incluso de la interpretación extensiva. Si, por ejemplo, sentamos la regla de que la interpretación encontrará sus límites allí donde el posible sentido literal no coincida con una decisión jurídica... en este límite comienza a actuar el razonamiento por analogía». No obstante lo cual acaba reconociendo que «los límites entre la interpretación (especialmente la interpretación extensiva) por un lado y la analogía por el otro son poco precisos».

(55) Véanse, en este sentido, entre otros, CÓRDOBA RODA: *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1973, págs. 58 y sigs.; COBO/VIVES: *Derecho penal. Parte General*, cit., págs. 151-152; COBO/BOIX: *Garantías constitucionales*, cit., pág. 203. Estos dos últimos autores llegan a afirmar que sería dudosamente constitucional una disposición que, como el artículo 4 del PCP 1980, permitiera la aplicación analógica de las normas legales favorables (*ob. cit.*), ya que, a su juicio, toda forma de analogía contraviene el principio de legalidad en tanto en cuanto se opone a la exigencia de taxatividad que del mismo se deriva.

tenga sentido en la medida en que se presente como límite al ejercicio del *ius puniendi* estatal, pero no cuando traiga como consecuencia la exclusión del castigo, esto es, la vuelta al primer plano del derecho a la libertad individual. Sin que por esa misma razón pueda entenderse vulnerada la exigencia de reserva absoluta de ley en materia penal por la creación judicial de circunstancias eximentes no previstas en la Ley, ni con ello padezca en modo alguno la función de garantía de la seguridad jurídica en que también se basa la indicada prohibición, toda vez que la necesidad de evitar que el ciudadano se vea sorprendido por la sanción *a posteriori* de una conducta que en el momento de su realización no constituía delito obviamente no se vería afectada cuando la analogía beneficia al reo.

Tanto la analogía prohibida como la interpretación extensiva *in malam partem* se mueven, desde luego, en un plano distinto al que es propio de la interpretación y aplicación de las normas penales por parte de los jueces. Tareas estas últimas que, por haberles sido atribuidas en exclusiva por el artículo 117.3 CE, no pueden ser objeto de revisión por parte del Tribunal Constitucional salvo que, en el ejercicio de las mismas, incurran en errores de tal índole que supongan la lesión de un derecho fundamental. No siempre resulta sencillo, sin embargo, distinguir entre lo que todavía se mueve dentro de los márgenes de esas competencias judiciales de libre interpretación o aplicación de la Ley penal y lo que constituye una extralimitación lesiva del principio de legalidad por cuanto supone de transgresión del sentido de la Ley, expresado a través de su tenor literal (56).

Buena prueba de ello es la STC 89/1983, de 2 de noviembre (FFJJ 2.º y 3.º), en la que, tras advertirse que el artículo 25.1 CE no puede ser entendido de manera tan rigurosa que convierta al juez en ejecutor autómatas de la Ley, se da un verdadero salto cualitativo al afirmarse que éste es libre para decidir cuándo determinados hechos, penalmente tipificados, integran un hecho único. Con esta sentencia, favorablemente comentada en su momento por García de Enterría (57), se produce, a mi entender, una peligrosa y desacertada confusión entre lo que no sería sino una operación de libre interpretación y aplicación de una norma penal, sin duda alguna atribuida a unos órganos jurisdiccionales cuyo automatismo muy justamente se descarta, y lo que, en el caso de autos, constituía una verdadera creación jurisprudencial *ex novo*

(56) Para un estudio de las relaciones entre analogía e interpretación extensiva de una parte y libre interpretación judicial de la ley de otra, véase, extensamente, MADRID CONESA: *La legalidad del delito*, Valencia, 1983, págs. 164 y sigs.

(57) *Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas y constructivas de la jurisprudencia en la Constitución*, REDC, año, 4, núm. 10, enero-abril 1984, págs. 11 y sigs.

de un tipo penal de delito continuado *in malam partem* que, desde luego, excede de las atribuciones concedidas a los órganos judiciales e invade las que competen en exclusiva al órgano legislativo (58). Pues por mucho que en ella se insista en que, al aplicar la figura del delito continuado (entonces aún no incorporada al Código Penal), el juzgador penal «no crea nuevas figuras delictivas ni aplica penas no previstas en el ordenamiento», es evidente que tal criterio no puede compartirse a la vista de que la aplicación *in malam partem* de un criterio de determinación de la pena que no estaba legalmente previsto necesariamente implicaba la aparición de un nuevo tipo penal, toda vez que, por más que tanto las conductas sancionadoras como sus respectivas penas ya estuvieran legalmente predeterminadas en dicho momento, no sucedía lo propio en relación con la condena más grave resultante de la acogida de un criterio jurisprudencial de naturaleza analógica que, por ello mismo, únicamente sería admisible en el supuesto de que favoreciera al reo (59).

En afortunado contraste con la STC 89/1983, la reciente sentencia de 23 de marzo de 1993 (STC 111/1993) marca las fronteras existentes entre aquellas decisiones judiciales que, por haber sido alcanzadas mediante operaciones de libre interpretación y aplicación de los tipos penales, no son revisables en vía de amparo constitucional (60) y aquellas otras en las que el fallo condenatorio,

(58) Véanse, en este mismo sentido, COBO/VIVES: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, 1984, págs. 663-664; BOIX: *De nuevo sobre el principio de legalidad*, cit., pág. 2294.

(59) No es por ello raro que, antes de la introducción del delito continuado en el artículo 69 bis CP por obra y gracia de la reforma operada en el Código Penal en el año 1983, la doctrina se mostrara crítica frente a la jurisprudencia creadora de dicha figura, por considerarla contraria a las exigencias del principio de legalidad penal en todos aquellos supuestos en los que su aplicación supusiera una agravación de la pena que correspondería de sancionarse las distintas acciones por separado. Véase, por todos, CÓRDOBA: *Comentarios al Código Penal*, t. I, Barcelona, 1972, pág. 325.

(60) Como exponente de la doctrina mantenida por el Tribunal Constitucional en el sentido de que la interpretación de los tipos penales constituye una cuestión de mera legalidad ordinaria no revisable en vía de amparo, véanse AATC 79/1983, de 23 de febrero; 465/1983, de 13 de octubre; 847/1988, de 4 de julio (siempre y cuando la interpretación sea «razonada y razonable»). Idéntica conclusión se mantiene, en relación con la subsunción de los hechos en las normas penales, en las SSTC 17/1988, de 16 de febrero (salvo que sea manifiestamente «irrazonable o irrazonada»), y 51/1989, de 6 de febrero (salvo que de ello se derive «la lesión de un derecho fundamental»), así como en los AATC 582/1984, de 10 de octubre; 604/1984, de 17 de octubre; 955/1986, de 12 de noviembre, y 1247/1988, de 21 de noviembre (salvo que «carezca de motivación o sea arbitraria»). De la misma manera, se considera que la calificación jurídica de los hechos y la apreciación de la concurrencia o no de los elementos del tipo son cuestiones de mera legalidad ordinaria, entre otras resoluciones, en los AATC 201/1982, de 2 de junio (respecto de la apreciación de la concurrencia de «dolo»); 469/1983, de 13 de octubre; 321/1984, de 30 de mayo; 324/1984, de 30 de mayo; 487/1984, de 26 de julio; 749/1984, de 28 de noviembre; 943/1986, de 12 de noviembre, y 189/1989, de 17 de abril. Por su parte, la STC 75/1984, de

al ser fruto de una trasposición de dichas fronteras por parte del juzgador penal, debe considerarse lesivo del principio de legalidad de los delitos y de las penas. En atención a ello se declara contraria al citado principio la aplicación del delito de intrusismo previsto en el artículo 321.1 del Código Penal a una persona que, sin estar en posesión del título de agente de la propiedad inmobiliaria, ejercía actos propios de dicha profesión, por entender el Pleno del Tribunal Constitucional, de acuerdo con la tesis defendida en forma prácticamente unánime por la doctrina científica (61), que tal aplicación arranca de una interpretación extensiva del término «título» utilizado en dicho precepto, toda vez que tanto la génesis del mismo como su *ratio legis* obligan a identificar dicho término con un «título» de naturaleza «académico-universitaria» (62).

#### 4. *Mandato de taxatividad en la descripción de los tipos penales*

La doctrina penal alemana acostumbra a distinguir, en el principio de legalidad penal, por un lado, un aspecto formal, del que se derivarían las exigencias de reserva de ley, prohibición de analogía y prohibición de retroactividad de las leyes penales no favorables, y por otro, un aspecto material, del que se extraerían las exigencias de concreción y determinación en las descripciones legales de las conductas delictivas y de sus penas correspondientes (63).

De poco sirve, en efecto, que las conductas cuya evitación se estima

---

27 de julio, reconoce que una aplicación defectuosa de la Ley penal puede entrañar la lesión de un derecho fundamental.

(61) Véanse, por todos, CÓRDOBA RODA, en *Comentarios al Código Penal*, t. III, Barcelona, 1978, págs. 1044 y sigs.; ALVAREZ GARCÍA: *Del intrusismo*, en *La Ley*, t. II, 1983, pág. 542; LUZÓN PEÑA: *Problemas del intrusismo en el Derecho penal*, ADPCP, 1985, págs. 669 y sigs.; del mismo autor, *El título académico oficial en el delito de intrusismo (Comentarios a las SSTs de 13 de mayo y 6 de junio de 1989)*, en *La Ley*, t. 4, 1989, págs. 497 y sigs.

(62) A la vista de esta sentencia sería de desear que el Tribunal Constitucional abandonase en el futuro su constante consideración de todo problema relativo a la prescripción de los delitos y de las penas como cuestión de mera legalidad ordinaria, no revisable en vía de amparo constitucional (véanse en este sentido, entre otras, SSTC 73/1989, de 20 de abril; 157/1990, de 18 de octubre, y 196/1991, de 17 de octubre, así como AATC 27/1983, de 18 de enero, y 135/1983, de 25 de marzo). Pues si bien es cierto que el instituto de la prescripción no afecta a la tipicidad penal, no es menos cierto que la imposición de una condena en virtud de un delito o falta ya prescritos puede, en ocasiones, afectar a las garantías que el principio de legalidad penal está llamado a satisfacer.

(63) Por todos, GRÜNWARD: *Bedeutung und Begründung des Satzes «nulla poena sine lege»*, ZStW, núm. 76, 1974, págs. 6 y sigs.; H. MAYER: *Die gesetzliche Bestimmtheit der Tatbestände, en Materiellen zur Strafrechtsreform*, Bd. I, 1954, págs. 259 y sigs.

necesaria para el mantenimiento de una pacífica convivencia social se encuentren tipificadas como delitos por una ley previa a su comisión si su descripción adolece de conceptos jurídicos indeterminados, de cláusulas generales o de conceptos oscuros o equívocos que no sólo resultan opuestos a la exigencia de seguridad jurídica, sino también al postulado de que la restricción de la libertad individual únicamente está justificada en la medida en que resulte estrictamente necesaria; e incluso al principio de igualdad ante la Ley, toda vez que su utilización puede favorecer la emanación de calificaciones jurídicas diferentes en relación con unos mismos hechos.

Se deduce de ello que el mandato de determinación o taxatividad de los tipos penales constituye el presupuesto necesario para que el principio de legalidad pueda cumplir, de manera efectiva, las funciones que le incumben, en tanto en cuanto la relativización o el desconocimiento de dicho mandato conlleva necesariamente un debilitamiento correlativo de la exigencia de reserva de ley en sentido formal y de las prohibiciones de retroactividad de las normas penales desfavorables y de la utilización de la analogía *in malam partem* (64), en la medida en que con ello se deja un portillo abierto de par en par a una actividad auténticamente creadora por parte de los jueces en materia de definición de aquellos comportamientos típicos en cuya descripción se hubiesen incluido conceptos de esa naturaleza.

De ahí la exigencia dirigida al legislador penal en el sentido de que procure utilizar un lenguaje claro y comprensible al describir las conductas prohibidas, evitando en lo posible la utilización de conceptos jurídicos indeterminados que pudieran dar lugar a la aparición de indeseables divergencias interpretativas. Ello no obstante, se observa en la jurisprudencia constitucional alemana, y también en la nuestra, una manifiesta resistencia a declarar la inconstitucionalidad de aquellas normas penales en las que se contengan conceptos jurídicos indeterminados (65). Sumamente expresiva de esa tendencia es, por ejemplo, la STC 62/1982, de 15 de octubre (FJ 7.ºc), en la que salvó la pretendida inconstitucionalidad de la descripción entonces vigente del delito de escándalo público (66), alegándose para ello que no se infringe el principio de legalidad penal cuando a la definición de la conducta típica se incorporan conceptos cuya delimitación permite un margen de apreciación, máxime cuando responden a bienes jurídicos que están reconocidos en el contexto internacional y

(64) Cfr. MADRID CONESA: *La legalidad del delito*, cit., pág. 95.

(65) Cfr. TIEDEMANN: *Constitución y Derecho penal*, REDC, núm. 33, sept.-dic. 1991, págs. 160-161.

(66) Delito que, antes de la reforma operada en el Código Penal en 1983, venía previsto en el artículo 431 CP en los siguientes términos: «El que de cualquier modo ofendiere al pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia...».

que son de concreción dinámica y evolutiva, distinta según el tiempo y el país de que se trate. Declaración esta que, si bien pudiera ser defendible en relación con el concepto de ofensa al «pudor» o a «las buenas costumbres», cuya esencia netamente volorativa era efectivamente determinable en función de los aludidos criterios espacio-temporales, sin embargo, resulta, a mi juicio, francamente inadecuada para brindar cobertura a otros elementos del tipo penal de referencia, tales como la absoluta indefinición en que quedaba la conducta típica al hacerse consistir en un resultado de ofensa a los mencionados bienes jurídicos realizado «de cualquier modo» a través de «hechos de grave escándalo o trascendencia» (67).

Esta doctrina inicial, perfeccionada en fallos sucesivos (68), se encuentra resumida en las recientes sentencias de 22 y 29 de marzo de 1993. En la primera de ellas, relativa a un recurso de inconstitucionalidad basado en la utilización del término «terrorismo» en ciertas leyes penales, se contienen las siguientes ideas: 1) el legislador penal no viene constitucionalmente obligado a acuñar definiciones específicas para todos y cada uno de los términos que integran la descripción típica, sino sólo cuando se sirva de expresiones que, por su falta de arraigo en la cultura jurídica, carezcan de toda virtualidad significante; 2) la utilización de conceptos jurídicos abiertos o indeterminados que permitan un cierto margen de interpretación no se opone, por consiguiente, al principio de legalidad penal cuando de ellos se desprende con la mayor claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada; 3) son, por el contrario, incompatibles con la exigencia de *lex certa* aquellos conceptos que, por su amplitud o vaguedad, dejan en la más absoluta indefinición los

---

(67) Véase, en sentido crítico a esta sentencia, BOIX: *De nuevo sobre el principio de legalidad*, cit., pág. 2293.

(68) Véase, por ejemplo, STC 71/1982, de 30 de noviembre (FJ 4.º): «El principio de legalidad... no se opone a la utilización de conceptos indeterminados cuando son indispensables»; STC 50/1983, de 14 de junio (FJ 2.º): el concepto de «falta de probidad» tiene un contenido semántico y, por consiguiente, su utilización no infringe el principio de legalidad; STC 53/1985, de 11 de abril (FJ 10): aun cuando ciertos términos tales como «grave», «necesario» o «probable» puedan dar lugar a un cierto margen de interpretación, no por ello se transforman en conceptos incompatibles con la seguridad jurídica cuando son susceptibles de definiciones acordes con el sentido idiomático general que eliminan el temor de una absoluta indeterminación en cuanto a su interpretación; STC 69/1989, de 20 de abril (FJ 1.º): no vulnera la exigencia de *lex certa* la regulación de las infracciones administrativas mediante conceptos jurídicos indeterminados, siempre y cuando su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y puedan, por consiguiente, preverse con la suficiente seguridad las características esenciales de la infracción tipificada; STC 159/1986, de 16 de diciembre (FJ 4.º); STC 219/1989, de 21 de diciembre (FJ 5.º); STC 207/1990, de 17 de diciembre (FJ 3.º); STC 150/1991, de 4 de julio (FJ 5.º), y ATC de 29 de enero de 1993 (R.A. 1591/1992).

tipos punibles (69); 4) la suficiencia o insuficiencia de certeza en relación con tales tipos habrá de apreciarse a la vista del contexto legal y jurisprudencial, y 5) en cualquier caso, son contrarios al artículo 25.1 CE los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido técnico de la palabra, de jueces y tribunales (70).

De acuerdo con esta jurisprudencia constitucional, la exigencia de taxatividad de los tipos penales no excluye, pues, la posibilidad de que el legislador recurra, a la hora de describir las conductas típicas, a conceptos normativos o indeterminados o a cláusulas generales, siempre y cuando unos y otras sean determinables conforme a sus propios contenidos semánticos o en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia. Sigue así nuestro Tribunal Constitucional la tendencia marcada por su homólogo alemán en el sentido de justificar la utilización de conceptos jurídicos indeterminados por estimar que los mismos se hacen necesarios para tener en cuenta la multiformidad de la vida, y de entender que, de extremarse la exigencia de determinación, las leyes serían demasiado rígidas o casuísticas y no podrían ajustarse a los cambios de relaciones o a las exigencias del caso concreto (71). Sería, sin embargo, deseable que, también en seguimiento del ejemplo alemán (72), procediera en el futuro a declarar de manera expresa, en aplicación del principio *in dubio pro libertate* (73), que la exigencia constitucional de determinación impone una interpretación restrictiva de los tipos penales que contienen esta clase de conceptos. Sólo así podrá evitarse que, en contra de la idea de división de poderes, tan íntimamente unida al principio de legalidad, el juzgador penal que haya de interpretarlos se vea convertido en legislador, con los consiguientes riesgos de decisionismo y arbitrariedad que ello entraña, y conseguirse, al propio tiempo, un grado de previsibilidad suficiente para satisfacer la exigencia de seguridad jurídica.

(69) Especialmente significativa en este sentido es la reciente sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de marzo de 1993 (STC 116/1993, FJ 2.º), en la que se declara que el artículo 29.1 del Decreto 522/1974 es contrario a las exigencias derivadas del principio de legalidad penal, por cuanto, al describir las conductas típicas que dan lugar a la aplicación de la sanción de expulsión, utiliza términos tales como «forma de vida», «actividades que desarrollen», «conducta que observen», «relaciones que mantengan» u «otras causas análogas».

(70) Véase STC 105/1988, de 8 de junio (FJ 2.º).

(71) Véanse BVerfGE, t. 4, págs. 357-358; BVerfGE, t. 14, págs. 250-254, y BVerfGE, t. 25, pág. 285.

(72) BVerfGE, t. 26, pág. 43.

(73) Véase, sobre la aplicación de este principio a los problemas que se planteen en materia de interpretación de los tipos penales, BACIGALUPO: *La garantía del principio de legalidad*, cit., pág. 29.

Por otra parte, habría de relativizarse la eficacia, a efectos de determinación de estos conceptos no absolutamente determinados, pero sí cuando menos «determinables», de todo intento basado exclusivamente en una aproximación de corte «idiomático» o «semántico». Ciertamente habrá conductas que, con la sola ayuda del lenguaje, podrán considerarse excluidas del ámbito de actuación de tales conceptos, pero no es menos cierto que, por su generalidad y carácter evolutivo, el criterio lingüístico no siempre resulta determinante a tal respecto. Lo que no significa que carezca en absoluto de practicidad, sino, más matizadamente, que su utilización ha de ir acompañada, en caso de duda sobre el significado posible de los términos contenidos en los tipos penales, de otros criterios que permitan alcanzar un parámetro objetivo de interpretación de dichos términos que sea respetuoso, a un tiempo, del principio de igualdad ante la Ley y de las funciones de garantía de la libertad individual y de la seguridad jurídica, a cuyo servicio está el derecho consagrado en el artículo 25.1 CE. Criterios entre los que, desde mi punto de vista, habrá de destacar el orientado a descubrir cuál es el «fin de protección de la norma», basado a su vez en la averiguación del bien jurídico cuya lesión se pretende con ella prevenir.

En cualquier caso, la resignada actitud mayoritariamente adoptada hoy día ante la, al parecer «inevitable», proliferación en los tipos penales de conceptos jurídicos indeterminados, conceptos «abiertos o cláusulas generales, no debe hacernos olvidar que la no menos «inevitable» exigencia de taxatividad de las descripciones típicas obliga a que tales conceptos «vagosos» sean, cuando menos, «determinables» conforme a pautas objetivas, repetibles y controlables por una instancia superior. De no ser así, tanto la utilización de tales conceptos absolutamente indeterminados por parte del legislador como la aplicación por los órganos judiciales de los tipos penales en los que se contengan serían contrarias al derecho a la legalidad penal recogido en el artículo 25.1 CE.

#### IV. CONCLUSION

De cuanto antecede se deduce que el legislador constituyente, al elevar el principio de legalidad penal al rango de derecho fundamental protegible en vía de amparo constitucional, no le ha dotado de un contenido diverso de aquel que le caracterizaba como producto de una larga y profunda elaboración dogmática, cuyas raíces se hunden en su origen histórico y en su significado político. Carecen, por consiguiente, de fundamento aquellas tesis reduccionistas que, no exentas de noble intención en la mayoría de los casos, pretenden

extraer de la fórmula constitucional utilizada a tal efecto, sin duda alguna perfectible, la conclusión de que el derecho a la legalidad penal, consagrado en el artículo 25.1 CE, presenta un contenido esencial distinto y de menor alcance que el que se desprende del indicado principio. Resta únicamente por desear que, en un futuro próximo, y dentro de la línea evolutiva e incluso enriquecedora que respecto del mismo ha venido siguiendo, el Tribunal Constitucional modifique su actual postura acerca del derecho a la retroactividad de las normas penales más favorables, cuya exclusión del ámbito de protección del citado precepto no aparece justificada a la vista de las razones anteriormente expuestas.

