

345
1162189
2011
C.2

años 683

E

SANTIAGO MIR PUIG
Catedrático de Derecho Penal

DERECHO PENAL PARTE GENERAL

9ª edición

A cargo de
VÍCTOR GÓMEZ MARTÍN
Profesor Titular de Derecho penal



EDITORIAL REPPERTOR
Barcelona 2011
www.reppertor.com

legitimación en aquel contexto político. Importa en esta lección examinar en detalle los límites mencionados. Al hacerlo será útil contemplar el Derecho penal en su **sentido subjetivo** de facultad punitiva que corresponde al Estado, esto es, como ***Ius puniendi***. Vamos a preguntar, en efecto, dentro de qué límites puede un Estado social y democrático de Derecho ejercer legítimamente su potestad punitiva, dentro de qué límites es legítimo el recurso al *Ius puniendi*. Se trata de una perspectiva de Política criminal independiente del grado de su efectiva realización por parte del Derecho penal vigente. La comprobación de la medida en que el Derecho español respeta los límites deseables podrá adelantarse en algún caso en lo que sigue, pero en general requiere el conocimiento de todo nuestro Derecho.

I. El Estado social y democrático de Derecho como fundamento del *Ius Puniendi* y sus límites

- 2 El derecho a castigar se puede fundar en distintas concepciones políticas. Aquí partiremos de la concepción del Estado social y democrático de Derecho, hoy ampliamente aceptada en nuestra área de cultura y acogida en el art. 1.1, de la Constitución española. Los tres componentes de dicha fórmula servirán de base a los distintos límites que a nuestro juicio deben respetar el legislador y los demás órganos encargados de ejercer la función punitiva.¹
- 3 El principio de **Estado de Derecho** impone el postulado de un sometimiento de la potestad punitiva al Derecho, lo que dará lugar a los límites derivados del *principio de legalidad*. La idea del **Estado social** sirve para legitimar la función de prevención en la medida en que sea necesaria para proteger a la sociedad. Ello implica ya varios límites que giran en torno a la exigencia de la *necesidad social de la intervención penal*. Por último, la concepción del **Estado democrático** obliga en lo posible a poner el Derecho penal al servicio del ciudadano, lo que puede verse como fuente de ciertos límites que hoy se asocian al respeto de principios como los de *dignidad humana, igualdad y participación del ciudadano*.
- 4 Los distintos aspectos señalados de la fórmula sintética de «Estado social y democrático de Derecho» se hallan estrechamente relacionados, de suerte que algunos de los límites que estudiaremos podrían fundarse en más de uno de estos aspectos. Hemos elegido, entonces, el fundamento que nos ha parecido más significativo, según una valoración evidentemente opinable.

1. Acoge este planteamiento Luzón, Curso, pp. 79 s.

II. El principio de legalidad como exigencia del Estado de Derecho

1. Origen y sentido político

El principio de legalidad se expresa, en su aspecto formal, con el aforismo **5** **nullum crimen, nulla poena sine lege**, procedente, pese a su formulación latina, de Feuerbach,² quien vino a reflejar y precisar una de las conquistas centrales de la Revolución francesa (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre de 26 de agosto de 1789 y de la Constitución de 3 de septiembre de 1791).

Los **6** **antecedentes** anteriores a la Ilustración que pueden mencionarse —principalmente la *Magna Charta Libertatum* inglesa de Juan Sin Tierra, de 1215, y la *Constitutio Criminalis Carolina* germánica, de 1532— no poseen el sentido moderno del principio de legalidad. Así, la Magna Charta inglesa no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal,³ y la Carolina no prohibía la analogía contra reo.⁴ Pero, sobre todo, el actual significado político inspirador del principio de legalidad diverge del que poseían los anteriores a la Ilustración. Sólo a partir de la ideología liberal impulsada por ésta y consagrada políticamente sobre todo a partir de la Revolución francesa, aquel principio se concibe como limitación del poder punitivo del Estado dotada del sentido de garantía para la libertad del ciudadano.⁵ Sólo desde entonces el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* es, como dijo Mezger, «un *Palladium* de la libertad ciudadana».⁶

En su sentido actual, el principio de legalidad se derivó en un principio de **7** **la teoría ilustrada del contrato social** y presuponía una organización política basada en la *división de poderes*, en la que la ley fuese competencia exclusiva de los representantes del pueblo. El ciudadano sólo admite el paso del estado de naturaleza al estado civil en virtud de un pacto —contrato social— en el que asegura su participación y control de la vida política de la comunidad. Tal participación tiene lugar por medio del Poder Legislativo, que representa al pueblo. Sólo de él puede emanar la ley, que constituye, pues, la expresión de la voluntad popular.

Beccaria, que trasladó más que nadie el espíritu de la Ilustración al Derecho penal, escribía: «...sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado **8**

2. Vid. A. von Feuerbach, Lehrbuch, § 23. Pero debe advertirse que literalmente Feuerbach no se refirió a la componente «nullum crimen sine lege», por mucho que se incluía en su pensamiento: cfr. Jescheck, Lehrbuch, 2ª ed., p. 104; Cattaneo, Feuerbach, pp. 446 ss.

3. Cfr. Rodríguez Devesa, PG, p. 165. Sin embargo todo ello es discutible: cfr. sobre el problema Rodríguez Mourullo, Principio de legalidad, pp. 883 ss.; Sáinz Cantero, Lecciones, p. 326; Cobo/Vives, PG, 5ª ed., p. 68.

4. Cfr. Bohne, Lehmann-Festschrift, pp. 80 ss.; Mezger, Tratado, I, p. 141; Maurach, Tratado, I, p. 114.

5. Aunque con anterioridad habíase ya acogido en Estados Unidos, en las Constituciones de Filadelfia, de 1774, de Virginia, de 1776, y de Maryland, de 1776. Cfr. Rodríguez Devesa, PG p. 164; Jescheck, Lb. 2ª ed., p. 104. Jiménez de Asúa, Tratado II, p. 387, coincide, sin embargo en entender que «fue en la Declaración francesa del hombre y del ciudadano, de 26 de agosto de 1789, donde adquiere universalidad, como Hipólito Taine observa...».

6. Cfr. Mezger, Tratado, I, p. 140.

(que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad». Los jueces no pueden, consiguientemente, «aumentar la pena establecida» por las leyes, ni siquiera «bajo pretexto de celo o de bien público».⁷

- 9 El principio de legalidad no es sólo, entonces, una **exigencia de seguridad jurídica**, que requiera sólo la posibilidad de conocimiento previo de los delitos y las penas, sino además la **garantía política** de que el ciudadano no podrá verse sometido por parte del Estado ni de los jueces a penas que no admita el pueblo.⁸
- 10 Así entendido, el postulado *nullum crimen, nulla poena sine lege* pasó a inspirar las legislaciones «de todos los países cultos».⁹ Las Constituciones y Códigos penales españoles —ya el de 1822— siguieron este camino, y desde el Código de 1848 el principio de legalidad se formula de modo básicamente coincidente hasta el Código vigente. La Constitución de 1978 no sólo acogió, sino que amplió las exigencias del principio de legalidad. Pero antes de examinar la regulación vigente conviene concretar los distintos aspectos y exigencias del principio de legalidad.

2. Garantías del principio de legalidad

- 11 A) Por una parte, se distinguen los siguientes aspectos del principio de legalidad: una garantía *criminal*, una garantía *penal*, una garantía *jurisdiccional o judicial*, y una garantía *de ejecución*. La **garantía criminal** exige que el delito (=crimen) se halle determinado por la ley (*nullum crimen sine lege*). La **garantía penal** requiere que la ley señale la pena que corresponda al hecho (*nulla poena sine lege*). La **garantía jurisdiccional** exige que la existencia del delito y la imposición de la pena se determinen por medio de una sentencia judicial¹⁰ y según un procedimiento legalmente establecido. La **garantía de ejecución** requiere que también la ejecución de la pena se sujete a una ley que la regule. Estas distintas garantías también deben exigirse respecto a las *medidas de seguridad* y sus presupuestos.
- 12 B) Por otra parte, se imponen ciertos requisitos a la norma jurídica que debe ofrecer las garantías anteriores. Pueden clasificarse en torno a la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*.¹¹

7. Cfr. Beccaria, De los delitos, pp. 29 ss. Vid. también sobre el fundamento del Derecho penal en el contrato social, ibidem, pp. 27 y 29. En términos parecidos se expresaba entre nosotros en el s. XVIII Lardizábal, Discurso, cap. II, nos 32-34. Cfr. Silva/Baldó, Teoría, pp. 353 ss.

8. Cfr., en un sentido próximo, Arroyo, Principio de legalidad, pp. 12 ss.

9. Cfr., con amplias referencias, Jiménez de Asúa, Tratado, II, pp. 388 ss.; Naucke, Strafrecht, 9ª ed., 2/1 y ss. No obstante, la Unión Soviética tras la Revolución de 1917, y hasta 1958-60, y la Alemania de Hitler, renunciaron a las exigencias del principio de legalidad: cfr. Sáinz Cantero, Lecciones, pp. 328 ss.; Landrove, Introducción, p. 86, haciendo referencia a la proclamación del principio de legalidad en la Declaración universal de los derechos del hombre de 1948 y en otras convenciones internacionales.

10. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 78, 80, exigen «un juicio formal ante sus jueces naturales».

11. Cfr. SSTC 133/1987, 75/2002.

a) Con la exigencia de una *lex praevia* se expresa la **prohibición de retroactividad** de las leyes que castigan nuevos delitos o agravan su punición: es preciso que el sujeto pueda saber en el momento en que actúa si va a incurrir en algún delito o en alguna nueva pena. Este aspecto del principio de legalidad afecta a su sentido de protección de la seguridad jurídica. No está prohibida, en cambio, la retroactividad de las leyes penales más favorables, que vienen a suprimir algún delito o a atenuar su pena.

La retroactividad de la **ley penal más favorable** para el reo no infringe el sentido *limitador* de la potestad punitiva que corresponde al principio de legalidad. El sujeto podría contar, cuando actuó, con una determinada pena y, sin embargo, la aplicación retroactiva de la ley posterior le deja sin castigo o le disminuye la pena. De ahí que esta clase de retroactividad favorable no se oponga al significado liberal del principio de legalidad. Siendo así, resultaría inadmisibles seguir aplicando la ley anterior más desfavorable para el reo cuando, ya derogada, ha dejado de considerarse *necesaria* para la protección de la sociedad.

b) Con la exigencia de una *lex scripta* queda, desde luego, **excluida la costumbre** como posible fuente de delitos y penas. Mas tampoco basta cualquier norma escrita, sino que es preciso que tenga **rango de ley** emanada del Poder Legislativo, como representación del pueblo. Esto último afecta el sentido de garantía política del principio de legalidad. Quedarían excluidas como fuente de delitos y penas las normas reglamentarias emanadas del Poder Ejecutivo como Decretos, Órdenes Ministeriales, etc.

c) El tercer requisito, de *lex stricta*, impone un cierto grado de **precisión** de la ley penal y **excluye la analogía** en cuanto perjudique al reo (*analogía in malam partem*). El postulado de precisión de la ley da lugar al llamado «**mandato de determinación**», que exige que la ley determine de forma suficientemente diferenciada las distintas conductas punibles y las penas que pueden acarrear. Constituye éste un aspecto *material* del principio de legalidad que trata de evitar la burla del significado de seguridad y garantía de dicho principio, burla que tendría lugar si la ley penal previa se limitase a utilizar *cláusulas generales* absolutamente indeterminadas.¹² El «mandato de determinación» se concreta en la teoría del delito a través de la **exigencia de tipicidad** del hecho, y en la teoría de la determinación de la pena obliga a un cierto **legalismo** que limite el por otra parte necesario *arbitrio judicial*.

El «mandato de determinación» plantea especiales problemas en relación con las **medidas de seguridad**, puesto que es difícil delimitar con una precisión suficiente el presupuesto de la peligrosidad del sujeto y la duración y características concretas de las propias medidas. De ahí que convenga, por una parte, exigir

12. Vid. las obras de Class, Engisch, Lemmel y Woesner cit. en la bibliografía. Ver también STS 21 oct. 97 y SSTC 116/1993, 142/1999, 127/2001.

la comisión de un delito previo que demuestre la peligrosidad (**exclusión de las medidas predelictuales**) y, por otra parte, señalar **límites máximos** a la duración de las medidas. De otro modo se hacen intolerables en un Estado de Derecho.¹³

3. El principio de legalidad en el Derecho español

BIBLIOGRAFÍA

Arroyo, Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal, en Rev. esp. Der. const., 1983, pp. 9 ss.; Baldó, La construcción de la teoría del delito y el desarrollo continuador del Derecho, ADPCP 1996; Boix Reig, El principio de legalidad en la Constitución, en el libro colec. Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal (Univ. Deusto) 1983, pp. 52 ss.; Bustos, Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria, en el libro colec. Las fuentes del Derecho (Univ. Barcelona) 1983, pp. 99 ss.; Cobo del Rosal/Boix Reig, en Comentarios a la legislación penal, dirig. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 192 ss.; Córdoba, Principio de legalidad penal y Constitución, en Gedächtnisschrift für Armin Kaufmann, 1989, pp. 79 ss.; Díez Ripollés, El control de constitucionalidad de las leyes penales, en Rev. Española de D^a Constitucional, n.º 75, 2005; García Valdés, Comentarios a la legislación penitenciaria, 1982; Gimbernat, Constitución y Derecho penal, en La Constitución española. Un análisis comparado, Roma 1981; Gimeno Sendra, en Comentarios a la legislación penal, dirig. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 155 ss.; Guardiola, Corrección de errores en el BOE y principio de legalidad en materia penal, en La Ley Penal, n.º 10, dic. 2004; Huerta Tocildo, El derecho fundamental a la legalidad penal, en Revista española de Derecho constitucional, n.º 39 (1993), pp. 81 ss.; la misma, El principio de legalidad, en Actas de las V Jornadas de la Asociación de Letrados del TC, 2000, pp. 11 ss.; Iglesias Río, Algunas reflexiones sobre retroactividad de la ley penal. A propósito de las últimas reformas del CP, en Rev. Jur. Castilla y León, n.º 6, 2005; Iñigo/Ruiz de Erenchun, Los acuerdos de la Sala Penal del TS: naturaleza jurídica y contenido (1991-2007), 2007; Madrid Conesa, La legalidad del delito, 1983; Lamarca, Legalidad penal y reserva de leyes en la Constitución española, en RED, 1987; Mir Puig, Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho, 2ª ed., 1982 (=el mismo, El Derecho penal en el Estado social y democrático de Derecho, 1994, pp. 29 ss.); el mismo, Sobre la irretroactividad de las normas procesales y el sujeto pasivo del delito de bigamia, en La Ley, 17 julio 1986, pp. 1 ss.; Mestre, El Derecho penal de la unidad europea, en Libro-Homenaje al Prof. Beristain, 1989, pp. 575 ss.; Muñiz Vega, Los bandos militares en el Derecho vigente, ADPCP 1987, pp. 191 ss.; Octavio de Toledo, Sobre el concepto de Derecho penal, 1981; Peces Barba/Prieto Sanchis, La Constitución española de 1978, 1981; Pérez Manzano, La prohibición constitucional de incurrir en bis in idem, 2002; Rodríguez Devesa, Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal, en Estudios jurídicos en honor del Prof. O. Pérez-Vitoria, 1983, pp. 835 ss.; Rodríguez Mourullo, Principio de legalidad, en NEJ, XIV, 1971; Rodríguez Ramos, Reserva de ley orgánica para las normas penales, en Comentarios a la legislación penal, dirig. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 299 ss.; Serrano Alberca, Comentario al art. 25 de la Constitución, en Garrido Falla y otros, Comentarios a la Constitución, 1980; Vives Antón, en Comentarios a la legislación penal, dirig. por Cobo del Rosal, I, 1982, pp. 14 ss.

18 El principio de legalidad de la ley penal se halla regulado en la Constitución y en el Código penal.

19 A) La **Constitución** se refiere expresamente al principio de legalidad del Derecho penal en su art. 25, 1: «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

13. Cfr. por todos Jorge Barreiro, Medidas, pp. 133 ss.; Terradillos, Peligrosidad, pp. 181 ss.; Muñoz Conde, Derecho penal y control social, p. 54; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 432 ss. (Vid. también art. 6 CP).

momento». Pero este precepto no recoge todas las exigencias del principio de legalidad, sino sólo la garantía *criminal* y la exigencia de *irretroactividad* de las leyes que establecen delitos o faltas. La garantía *penal* —única que impide la agravación de la pena con posterioridad a la comisión del delito— resulta comprendida en la prohibición general de retroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas que establece el art. 9, 3 Const. Pero ni el art. 25, 1 ni el 9, 3 Const. precisan el rango que debe tener la ley anterior, ni *expresan* las garantías penal, judicial y de ejecución, así como tampoco aluden al «mandato de determinación».¹⁴ Por último, al menos literalmente, quedan fuera del art. 25, 1, las medidas de seguridad.¹⁵

a) En cuanto al **rango de la norma anterior**, no puede considerarse determinado por el término «legislación vigente», que es genérico y comprende al conjunto de todas las normas estatales. Que «legislación» no puede interpretarse en el sentido estricto de «leyes» aprobadas por el Parlamento se deduce no sólo del uso genérico que es corriente en aquel término, sino también del contexto del art. 25, que incluye a las infracciones administrativas: no cabe pensar que se excluya la posibilidad, ampliamente existente en nuestro Derecho, de establecer infracciones y sanciones administrativas mediante disposiciones emanadas del Poder Ejecutivo.¹⁶

La discusión parlamentaria del art. 25 Const., confirma esta interpretación. En el Senado se aprobó una enmienda socialista que requería que el delito, falta o sanción administrativa se hallasen previstos por la «ley vigente». No obstante, la Comisión Mixta rechazó la enmienda y adoptó la fórmula actual («legislación vigente»), a conciencia, pues, de que no coincidía con la de «ley vigente».¹⁷

Sin embargo, puede entenderse que el art. 81 de la Constitución viene a asegurar el rango de «**ley orgánica**» —y no sólo de ley formal— para el establecimiento

14. Cfr. Luzón, Curso, p. 181. Sin embargo, el TC ha proclamado esta última exigencia de determinación: cfr. p. ej. las SSTC 12 dic. 86 y sobre todo 21 jul. 87. También SSTC 142/1999, de 22 jul., 199/1999, de 27 jul., y 127/2001, de 4 jun.

15. Sin embargo, algún autor considera que las medidas de seguridad tienen un contenido material privativo de derechos que permite ver su imposición como una «condena»: así Vives, Presupuestos, p. 261. Ello conduciría a afirmar la inconstitucionalidad de las medidas predelictuales, por no exigir un delito, falta o infracción administrativa, como requiere el art. 25, 1 Const. Vid. supra, Lección 1, IV 2. Incluye también las medidas de seguridad en el art. 25, 1 Const. Bustos/Hormazábal, PG, p. 85.

16. Cfr. Cobo/Vives, PG, 5ª ed., pp. 75 ss.; Cobo/Boix, en Cobo (dtr.), Comentarios, I, p. 47. Entiende, en cambio, «legislación» como «ley en sentido amplio» (permitiendo la ley penal en blanco, el decreto ley y la legislación delegada) Bustos, Fuentes, pp. 105, 112.

17. Cfr. Cobo/Boix, op. cit., p. 196; Muñoz Conde, Adiciones, p. 181; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 107 ss. Arroyo, Principio de legalidad, pp. 24 ss., entiende, sin embargo, que el término «legislación», en sí mismo amplio, puede y debe concretarse poniéndolo en relación con la exigencia de ley orgánica del art. 81 de la Const. La STC 23 febr. 84 (n.º 25) declara que «la legislación» en materia penal o punitiva se traduce en la «reserva absoluta —de ley— pero no argumenta por qué ello sucede en materia penal, aunque si sólo tiene lugar en esta materia no parece que se base en la sola palabra «legislación».

de, por lo menos, la mayoría de penas. El art. 81 no se refiere expresamente al Derecho penal, pero alcanza a éste su declaración de que «son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...».¹⁸ Según el art. 81, II, «la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto».

23 Los «derechos fundamentales y libertades públicas» a que se refiere el art. 81 son los previstos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I de la Constitución, como indica la rúbrica literalmente coincidente de dicha Sección.¹⁹ El Derecho penal afecta casi siempre a tales derechos y libertades en forma directa. Ello es evidente cuando se trata de **penas o medidas de seguridad privativas de libertad** (que afectan al derecho de la libertad: art. 17 de la Const.).²⁰

24 También debe admitirse respecto a las **penas de multa**, pues aunque la propiedad no cuenta entre los mismos,²¹ el impago de la multa lleva acarreado un arresto sustitutorio privativo de libertad.²² Del mismo modo, la pena de privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos limita directamente el derecho fundamental a la libre elección de residencia y circulación dentro del territorio nacional (art. 19, I Const.). La **pena de inhabilitación especial para derecho de sufragio pasivo**, así como la de **inhabilitación absoluta**, que implica a aquélla, afectan al derecho (también incluido entre los fundamentales de la Sección 1ª, art. 23, I Const.) a participar en la vida pública. Igualmente puede entenderse que limitan el derecho fundamental a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos (art. 23, II Const.) las **penas de inhabilitación y suspensión para cargos públicos**.

25 Se ha sostenido que la exigencia de ley orgánica que se desprende del art. 81, Const. no alcanza sólo a los casos enunciados, sino a *toda* ley penal, cualquiera que sea la clase de pena que establezca, por entender que en cualquier caso afectaría en general al *honor* del condenado.²³ Ciertamente el honor constituye un derecho fundamental de la Sección 1ª del Cap. 2º del Título I de la Constitución, pero es discutible que toda pena deba concebirse como un

18. Aunque ello se ha discutido, las leyes penales afectan al «desarrollo» de derechos por el solo hecho de limitarlos: así Arroyo, op. cit., pp. 28 ss. En el mismo sentido, con toda claridad, las SSTC 11 nov. 86, 12 dic. 86 y 16 dic. 86, que declaran la inconstitucionalidad del art. 7, I, de la Ley de Control de Cambios de 10 dic. 79 porque preveía penas privativas de libertad.

19. Cfr. con más argumentos Peces Barba/Prieto Sanchís, Constitución española, p. 1129.

20. Ver en este sentido expresamente las SSTC 11 nov., 12 dic. y 16 dic. 86.

21. El derecho a la propiedad no se halla previsto en la Sec. 1ª, sino en la Sec. 2ª del Cap. II del Tít. I de la Const. (art. 33).

22. Sostiene lo contrario Cerezo, PG, I, pp. 152 s. Sí lo acepta Boix, Principio de legalidad, pp. 63 y 67. Sin embargo, la STC 13 febr. 87 denegó el amparo por imposición de una multa prevista por una ley no orgánica (la de Control de Cambios de 10 dic. 79). Ello, referido al caso concreto de una multa ya impuesta, es diferente de la cuestión de si una nueva ley no orgánica puede prever con carácter general multas con la posibilidad de arresto sustitutorio. Ver también la STC 14 jul. 87.

23. Así Cobo/Vives, PG (ed. 1984), p. 75. También, con más argumentos, Boix, Principio de legalidad, pp. 64 ss.; Carbonell, Justificación, p. 112; Arroyo, Principio de legalidad, pp. 26 ss. También exigen ley orgánica con carácter general: Muñoz Conde, Adiciones T p. 159; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., pp. 109 ss.; Octavio de Toledo, Concepto, p. 318 nota 917; Rodríguez Ramos, Comentarios I, pp. 299 ss.; Gimbernat, Constitución, p. 95. Por el contrario, Rodríguez Devesa, PG p. 171 y en Homenaje a Pérez-Vitoria, pp. 836 ss., rechaza con carácter general la necesidad de ley orgánica.

ataque al honor del penado. Estimo preferible probar para cada clase de pena si afecta a algún derecho fundamental específico.²⁴ Es dudoso que ello pueda afirmarse de las penas de **inhabilitación especial para profesión u oficio, de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotor y de privación del derecho a la tenencia y porte de armas, así como del comiso**. Más evidente es que las **medidas de seguridad** no implican ningún ataque al honor, por lo que habrá que comprobar para cada una de ellas si afectan directamente a algún derecho fundamental cuya regulación requiera ley orgánica.

Las penas o medidas de seguridad que no limiten derechos fundamentales de aquella clase deberán ser establecidas por una **«ley» en sentido estricto**, aunque **ordinaria**, si afecta a algún otro derecho del Capítulo 2º del Título I de la Constitución. Así lo impone el artículo 53, I Const.²⁵ Estas materias pueden ser objeto de **delegación legislativa** según el art. 82 Const., a diferencia de lo que ocurre con las penas y medidas que requieren una ley orgánica (así lo impide el propio art. 82, I, Const.). En cambio ni una ni otra clase de materias pueden ser reguladas por **Decreto-ley**, que no se permite para ningún derecho del Título I (art. 86 Const.).²⁶

No pueden crear Derecho penal las **leyes de las Comunidades Autónomas**, porque el Derecho penal es competencia exclusiva del Estado (art. 149, I, 6º Const.).²⁷

Es discutible la constitucionalidad de las **leyes penales en blanco** que remiten a normas de rango inferior.²⁸ Inadmisibles desde el punto de vista constitucional es esta técnica de la ley penal en blanco cuando la ley penal renuncia por completo a limitar de algún modo la remisión.²⁹ Ello ocurre en el caso del art. 63 CP Militar, que castiga toda desobediencia o incumplimiento de los **bandos**

24. Ésta es la vía seguida por el TC: S. 13 febr. 87. A favor también Luzón, Curso, pp. 140 s. En orden a la cuestión aquí contemplada de la necesidad o no de ley orgánica, es irrelevante, en cambio, que el bien jurídico protegido por la ley penal se halle o no constituido por un derecho fundamental de la Sec. 1ª del Cap. 2º del Título I de la Const. (contra lo que opinan Cerezo, PG, I, p. 152, y Luzón, Curso, p. 141), pues la ley penal no limita tales bienes jurídicos, ni regula o modifica las condiciones de su existencia, sino que únicamente los tutela.

25. Ver la STC 12 dic. 86, que declara que tanto el art. 53, I, como el art. 17, I Const. «llevan a concluir que en materia penal y punitiva existe una reserva absoluta de Ley».

26. Cfr. por todos Gimbernat, Introducción, p. 23.

27. Cfr. Landrove, Introducción, p. 89; Silva, La Ley, 2 marzo 93, pp. 1 ss., admitiendo, sin embargo, que normas autonómicas puedan afectar indirectamente al contenido de las leyes penales en blanco o que contienen elementos normativos jurídicos del tipo definidos fuera de la ley penal (pp. 6 ss.), y que puedan crear causas de justificación (pp. 8 s.).

28. En contra de su constitucionalidad Cobo/Boix, en Cobo (dtor.), Comentarios, I, pp. 199 s. A favor, Cerezo, PG, I, p. 156; SSTC 122/1987 y 127/1990, 62/1994; y SSTs 442/2000 de 13 mar., 1664/2002 de 28 mar. 2003, 369/2003 de 15 mar., 363/2006 de 28 mar., 378/2006 de 31 mar., bajo ciertos requisitos. La admite, pero señala la tensión en que se hallan con el principio de legalidad, Prats Canut, en Quintero/Morales/Prats, PG, p. 37.

29. Así Bajo, en Cobo (dtr.), Comentarios, IV, p. 51. El TC exige que la ley penal contenga el núcleo esencial de la prohibición y que se satisfaga la exigencia de certeza (mandato de determinación): STC 127/1990, de 5 julio y STC 62/1994, de 28 febrero; así también STS 18 marzo 1997. De acuerdo, pero subrayando que la técnica de la ley penal en blanco sólo es admisible en caso de absoluta necesidad, Luzón, Curso, pp. 150 ss.

militares dictados por las autoridades militares en tiempo de guerra o estado de sitio, aunque sea con la exigencia de que se produzcan «de conformidad con las leyes y la Constitución».³⁰ Esta última salvedad no puede querer expresar la imposibilidad de que los bandos contengan prohibiciones distintas a las amparadas por ley orgánica, pues ello haría inútiles los bandos militares.

- 29 b) La **garantía jurisdiccional** puede verse en parte tutelada en el art. 24, II Const.: «todos tienen derecho al *Juez ordinario predeterminado por la ley*, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia». Aunque no se exige que todos estos extremos no subrayados se regulen por una ley, deberán serlo —como también la determinación del Juez— por una **ley orgánica**, por tratarse de derechos fundamentales de la Sección 1ª, Cap. 2º, Tít. I.³¹
- 30 c) La **garantía de ejecución** se especifica sólo respecto al cumplimiento de las penas privativas de libertad, y en forma algo indirecta, por el art. 25, 2 Const. Sin embargo, se ha afirmado que, afectando la privación de libertad a un derecho fundamental de la Sección 1ª, Cap. 2º, Tít. I, la ejecución de las penas o medidas que la comporten debe efectuarse por **ley orgánica** según el art. 81 Const.³²
- 31 B) El **Código penal** proclama el principio de legalidad a través de varios preceptos:
- 32 a) En el art. 1 se formula la **garantía criminal**: «1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración.— 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley».
- 33 b) El art. 2 CP confirma la **garantía penal**: «1. No será castigado ningún delito o falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.» También se precisa aquí el **principio de irretroactividad**. El nº 2 del mismo artículo consagra, a su vez, la *excepción* del principio: «No obstante, tendrán **efecto retroactivo** aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo la condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo».³³

30. Cfr. Muñoz Vega, ADPCP 1987, pp. 197 ss.

31. Respecto a la determinación del juez cfr. Gimeno Sendra, op. cit., pp. 158 ss.

32. Así García Valdés, Comentarios, p. 18.

33. Según el TC, la retroactividad de la ley penal más favorable supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidos aquellos aspectos concretos que puedan resultar perjudiciales (STC 75/2002).

El art. 2, 2 CP no puede considerarse contrario a la prohibición de retroactividad de las leyes penales formulada por el art. 25 de la Constitución. Por de pronto, este precepto sólo prohíbe castigar un hecho que no constituyera *delito* en el momento de producirse, por lo que no se refiere a la posibilidad de que con posterioridad se aumente o disminuya la pena del delito anterior. Tampoco se opone a que en virtud de una ley posterior se deje sin castigo al que realizó un hecho que constituía delito en el momento de su realización. Por otra parte, el art. 2, 2 CP tampoco vulnera el art. 9, 3º Const., que prohíbe sólo la retroactividad de las leyes sancionadoras no favorables.³⁴

La **retroactividad** de las leyes penales más favorables plantea varias cuestiones. No son «**leyes penales**» las normas reguladoras de la **responsabilidad civil**, de naturaleza civil. Problemas especiales suscitan las **leyes procesales penales**, que siguen el principio «*tempus regit actum*» (los actos procesales se rigen por las normas vigentes en el momento en que deben producirse tales actos: art. 2, 3 CC). Ello puede suponer una aplicación «retroactiva» en el sentido de que, si se modifica alguna ley procesal penal con posterioridad a la comisión del delito que ha de enjuiciarse, en principio deberá aplicarse la nueva normativa (la que rige al tiempo de los actos procesales a realizar). Pero ello ha de encontrar el **límite** de que las **normas procesales que restrinjan el contenido de derechos y garantías** del ciudadano no pueden ser retroactivas. Éste es el caso de las reformas que alarguen los plazos de la **prisión preventiva**, institución procesal que, no obstante, afecta al derecho a la libertad.³⁵

¿Alcanza la retroactividad a la **ley intermedia más favorable**? Concorre una ley intermedia más favorable cuando, además de la ley que regía en el momento del hecho y la que está en vigor al tiempo de su enjuiciamiento, existe otra ley —u otras leyes— que rigió entre ambas y que es más favorable que las otras dos. La opinión dominante admite la retroactividad de esta clase de leyes.³⁶ Éstas crean durante su vigencia unas expectativas de impunidad o trato más favorable cuya frustración mediante la aplicación de una ley posterior (STS 2030/2001 de 31 oct.) más desfavorable afectaría a la *seguridad jurídica*. Así, por ejemplo, el que ya no podía ser perseguido por un hecho que dejó de ser delito, se vería sorprendido en sus expectativas si se le volviese a perseguir en base a una ley posterior. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que, si el sujeto hubiera sido juzgado durante la vigencia de la ley intermedia, habría sido objeto del trato más favorable de ésta y ya no podría empeorar su situación por

34. Cfr. Cobo/Boix, op. cit., p. 205; Cerezo, PG, I, p. 177.

35. Cfr. Mir Puig, La Ley, 17 julio 1986, pp. 1 ss.; Cobo/Vives, PG, pp. 187 ss.; Rodríguez Ramos, La Ley, 1987-2, pp. 1078 ss.; Luzón, Curso, p. 193. Vid. la STC 32/1987, de 12 marzo, en CPC nº 35 (1988), pp. 529 ss. El TS ha declarado que el principio de retroactividad no es aplicable a cambios jurisprudenciales más beneficiosos para el reo: SSTS 5 abr. 2002; 306/2005 de 8 mar., 404/2005 de 25 mar. Por el contrario, la SAP Asturias 246/2004 de 22 jul. admite la aplicación retroactiva de leyes procesales cuando tengan indudables consecuencias penales.

36. Cfr., por todos, Luzón, Curso, p. 188.

una ley posterior. ¿Por qué el sujeto que es juzgado después —tal vez no por su culpa— ha de ser de peor condición que el que fue enjuiciado antes bajo la ley más favorable?

37 Se discute en la doctrina si el régimen general de retroactividad de las leyes penales más favorables debe mantenerse o no cuando ello determine la inaplicación de una **ley temporal más severa**.³⁷ Son leyes temporales las dictadas por un plazo previamente determinado, y se llaman «**de excepción**» cuando obedecen a circunstancias excepcionales (guerra, desórdenes interiores, catástrofes), cuya duración se calcula limitada. Como tales leyes pueden ser de breve vigencia, la aplicación retroactiva de la norma posterior —normalmente el régimen ordinario más favorable— comprometería la eficacia preventivo-general de aquéllas, que apenas habría tiempo de aplicar (calcúlese el tiempo necesario para averiguar los hechos, descubrir a los culpables, llevar a término las actuaciones procesales conducentes a la sentencia y cumplir la condena —pues hasta su término opera la retroactividad—). Por otra parte, el transcurso del plazo de vigencia de las leyes temporales, previamente fijado, *no supone necesariamente un cambio de criterio* que haga aparecer como inadecuadas ya las penas señaladas por dichas leyes para quienes las infringieron durante su vigencia. En tales casos puede resultar preferible negar la retroactividad de la legislación ordinaria posterior. El último inciso del art. 2, 2 CP ha venido a acoger este criterio: «Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario».

38 c) La **garantía jurisdiccional** se halla recogida por el art. 3, 1 CP: «No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales.» El art. 1 LECr declara: «No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales y en virtud de sentencia dictada por Juez competente».

39 d) El art. 3, 2 CP se refiere a la **garantía de ejecución** al establecer que «tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes».

37. Vid. Silva, Legislación, pp. 442 ss.

4. La prohibición de analogía

Un aspecto particular del principio de legalidad que merece atención especial es la **prohibición de la analogía contra reo**. Frente a ésta, siempre se considera lícita aquella aplicación de la ley penal que no desborda los límites que permiten su interpretación. La **diferencia entre interpretación** (siempre permitida si es razonable y compatible con los valores constitucionales) y **analogía** (prohibida si perjudica al reo) es la siguiente: mientras que la interpretación es búsqueda de un sentido del texto legal que se halle dentro de su «*sentido literal posible*», la analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no *comprendido* en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero *análogo* a otros sí comprendidos en el texto legal.³⁸

Ejemplo: El art. 23 CP considera circunstancia que puede agravar o atenuar la pena ser el agraviado ascendiente por naturaleza, por adopción o afinidad. Sería una aplicación de este precepto por analogía —prohibida por ser *contra reo*— extenderlo al que matare a quien le ha acogido en su casa desde pequeño *como a un hijo*. Existe aquí analogía, que desborda el marco de la interpretación porque la mencionada relación no tiene cabida en ninguno de los sentidos literales posibles de la expresión «ascendiente por naturaleza, por adopción o afinidad». En cambio, basta la interpretación del término «descendiente» que emplea el mismo art. 23 CP para incluir en él al que mata a su nieto, porque éste es uno de los sentidos posibles de aquel término. 41

La **interpretación** es lícita aunque resulte **extensiva** de delitos o penas³⁹ —salvo que se aparte de los modelos de interpretación aceptados o de las pautas valorativas constitucionales, en cuyo caso el Tribunal Constitucional la rechaza (así SSTC 142/1999, 127/2001, entre otras; también las SSTS 1599/2000 de 20 oct., 1617/2000 de 24 oct., 87/2001 de 29 en., 1506/2001 de 20 jul., 1712/2002 de 21 oct.)—. Con esta salvedad, la interpretación extensiva no sobrepasa el límite de garantía representado por la letra de la ley, porque *toda* interpretación admisible se mueve dentro de este límite (el «sentido literal posible»). En cambio, como la analogía traspasa esta frontera no será admisible si perjudica al 42

38. Cfr. en este sentido Larenz, Metodología de la Ciencia del Derecho, trad. de la 4ª ed. alemana por Rodríguez Molinero, 1994, pp. 318, 341; Bydliński, Juristische Methodenlehre, pp. 467 ss., considerando que el criterio del «sentido literal posible» es el manejado por la doc. dom. En el texto nos referimos a la *analogía legis*. La *analogía iuris* se diferencia de ella en que no es aplicación de un solo precepto determinado, sino del *principio* que inspira a un *conjunto* de preceptos, cada uno de los cuales se refiere a casos ni siquiera análogos al enjuiciado, pero cuya *ratio* común alcanza al mismo: cfr. Larenz, op. cit., pp. 377 ss. En Derecho penal ambas clases de analogía deben tratarse del mismo modo, esto es, según sean favorables o contrarias al reo. Lo mismo vale también para la «reducción teleológica», que supone la *no aplicación* de un precepto a casos que integran su *esfera nuclear* de significado pero que son análogos a otros no comprendidos en ella y, como éstos, ajenos a la *ratio legis*: cfr. Larenz, op. cit., pp. 385 ss.; Baldó, ADPCP 1996.

39. De acuerdo Baldó, ADPCP 1996. En contra, en cambio, de la admisibilidad de la interpretación extensiva, que no ve posible diferenciar estructuralmente de la analogía, Bacigalupo, Anuario de derechos humanos, 2 (1983), pp. 28 ss.

reo (**analogía in malam partem**). Cuando favorezca al reo (**analogía in bonam partem**) no chocará, en cambio, con el sentido de límite garantizador que posee el texto legal: dicho límite sólo persigue garantizar al ciudadano que no podrá verse afectado por una pena que no se halle prevista por la letra de la ley, y no que no pueda ser castigado menos o incluso eximido de pena si no lo prevé literalmente la ley. Siendo así, parece lógico admitir la aplicación de un beneficio legal para el reo cuando su situación sea análoga a la que motiva dicho beneficio.

43 Así lo entiende la doctrina alemana y un sector de la española.⁴⁰ En contra, se ha alegado el tenor del art. 2, II del anterior CP (coincidente en este punto con el actual art. 4, 3 CP) como contrario a la analogía *in bonam partem*, en cuanto obliga al Tribunal a una «aplicación rigurosa de las disposiciones de la ley», aunque ello perjudique al reo excesivamente a juicio de aquél.⁴¹ Sin embargo, también la analogía es una forma de «aplicación» de la ley, puesto que la interpretación no es más que una de sus formas, junto a la analogía. Nada impide, pues, una «aplicación analógica rigurosa» (es decir, cuidadosa y no a la ligera).⁴² El Proyecto de CP 1980 y el Anteproyecto CP 1983 admitieron expresamente la analogía *in bonam partem*, pese a mantener el texto del actual art. 4, 3. El actual CP ha renunciado a formular dicha admisión, pero no se opone expresamente a ella. Cuando el art. 4, 1 CP declara que «las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas», puede interpretarse en el sentido de que se refiere a las «leyes penales» en sentido estricto, esto es: solamente las leyes que imponen penas o las agravan. En el mismo sentido puede interpretarse la fórmula parecida que emplea el art. 4, 2 Cód. civil, que no pretende modificar el sentido del principio de legalidad penal, sino constituir sólo una normal consecuencia del mismo (así se manifiesta la Exposición de Motivos de la reforma que introdujo dicho precepto).⁴³

III. Límites del *Ius Punienti* en un Estado social

1. El principio de utilidad de la intervención penal

44 Si el Derecho penal de un Estado social se legitima sólo en cuanto protege a la sociedad, perderá su justificación si su intervención se demuestra inútil, por

40. Así Antón, PG p. 102 ss.; Muñoz Conde, Introducción, pp. 151 ss.; Muñoz Conde/García Arán, PG, 4ª ed., p. 115; Cerezo, PG, I, pp. 172 ss.; Luzón, Curso, p. 137; Baldó, ADPCP 1996. En contra la jurisprudencia tradicional del TS, aunque recientemente se manifiestan a favor las SSTs 7/2002 de 19 en., 389/2002 de 8 mar., 654/2004 de 25 mayo, 915/2004 de 15 jul., 1085/2004 de 4 oct., 1484/2005 de 28 febr., 276/2005 de 2 mar., 91/2005 de 11 abr. (desarrollando el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de la Sala II 01/03/2005, que a los efectos de aplicación de la excusa absoluta del art. 268 CP asimila las relaciones estables de pareja a la relación matrimonial —lo que sólo es posible mediante una aplicación analógica del precepto, puesto que éste sólo menciona la relación matrimonial), 414/2006 de 17 abr., 469/2006 de 28 abr. El TC sólo considera prohibida por el principio de legalidad la analogía *in malam partem*: así SSTC 142/1999, 127/2001. Entre los autores contrarios cfr. Cobo/Boix, op. cit., pp. 202 ss.

41. Cfr. en este sentido, Córdoba, Comentarios, I, pp. 58 ss. Le sigue Landrove, Introducción, pp. 105 s., aunque reconoce que la analogía *in bonam partem* es vista con simpatía por la moderna doctrina española (p. 104).

42. Vid., ampliamente, Mir Puig, Introducción, pp. 319 ss. En el mismo sentido, Baldó, ADPCP 1996.

43. Cfr. Mir Puig, Introducción, p. 323.

ser incapaz de servir para evitar delitos. El **principio de necesidad** conduce, pues, a la **exigencia de utilidad**. Esto plantea por de pronto la cuestión de si realmente el Derecho penal sirve para evitar delitos.

En contra de la **eficacia de la pena** podrían alegarse los elevados porcentajes de **reincidencia** pese al cumplimiento de una pena anterior.⁴⁴ Puede aducirse, además, que en los **delitos pasionales**,⁴⁵ o de **terrorismo**, a menudo los más graves, el contraestímulo de la pena juega un papel de muy dudosa relevancia. Sin embargo, la eficacia de la pena no debe medirse sobre la base de los que ya han delinquido. Precisamente en éstos el hecho de haber delinquido demuestra inevitablemente que para ellos la pena ha resultado ineficaz. La eficacia de la pena no puede valorarse por esos fracasos, sino por sus posibles éxitos, y éstos han de buscarse entre los que *no han delinquido y acaso lo hubieran hecho* de no concurrir la amenaza de la pena.⁴⁶ Existen ciertas **experiencias históricas y presentes que ponen de manifiesto** un aumento de la delincuencia cuando disminuye de forma sensible la intervención del Derecho penal: momentos de caos político, en que el Estado pierde el control del orden público, guerras, revoluciones, situaciones en que el Estado garantiza la impunidad de ciertos delitos — como sucedió en la Alemania nacionalsocialista y como sucede en las «policías paralelas».⁴⁷

Sin embargo, cuando se demuestre que una determinada reacción penal es **inútil** para cumplir su objetivo protector, deberá desaparecer, aunque sea para dejar lugar a otra reacción penal más leve. Así, por ejemplo, estudios importantes han demostrado que la supresión de la pena de muerte no ha determinado un aumento en los delitos a que se señalaba; ello confirma que debe bastar una pena inferior. Como ya señalaba Beccaria, con frecuencia más importante que la **gravedad** del castigo es la seguridad de que se impondrá **alguna** pena.⁴⁸

2. Principio de subsidiariedad y carácter fragmentario del Derecho penal

El Derecho penal deja de ser necesario para proteger a la Sociedad cuando esto puede conseguirse por otros medios, que serán preferibles en cuanto sean menos lesivos para los derechos individuales. Se trata de una exigencia de

44. Vid. Mir Puig, La reincidencia en el CP, 1974, pp. 11 ss. Pese a que no toda repetición delictiva da lugar a una agravación formal por reincidencia, los índices de apreciación de ésta entre los penados a privación de libertad se situaban, cuando efectué la investigación citada, alrededor del 60%. Las cifras que ofrece García Valdés, Hombres y cárceles, 1974, p. 37, son aún más elevadas: un 70%.

45. Cfr. Roxin, Sentido, p. 18.

46. En este sentido, Antón Oneca, PG, p. 31; Lyons, Ética y Derecho, p. 159.

47. Sobre esto, más ampliamente, Mir Puig, RJCat 1981, p. 188.

48. Recoge investigaciones americanas en este sentido Pagliaro, Rit.DP 1981, pp. 447 ss.