

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA CONSTITUCION ()*

JAVIER BOIX REIG
Catedrático de Derecho penal

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Fórmula constitucional: sucinto análisis del art. 25.1.*: 1.- La polémica doctrinal en torno a la clase de reserva de Ley. 2.- Examen de los argumentos en concreto: 2.1. Sobre la necesidad de reserva absoluta de Ley. 2.2. Sobre el ámbito de los derechos afectados. 3.- Posición personal. 3.1. Criterio general. 3.2. El derecho al honor. 3.3. El derecho de propiedad. 3.4. Consecuencias procesales. 3.5. Producción colateral de afectos jurídicos en otros derechos. 3.6. Carácter absoluto de la reserva de Ley. 3.7. Concreción legislativa de la exigencia de Ley Orgánica. III.- *Examen de algunas cuestiones esenciales*: 1.- Principio non bis in idem. 2.- Retroactividad de la ley penal más favorable.

I. INTRODUCCION

Hablar del Principio de legalidad en materia penal, supone tratar de un tema siempre actual. Mas aún en un momento, como el presente, en el que vienen a reproducirse o aparecen *ex novo* posiciones que de manera mas o menos frontal lo ponen en entredicho; y ello es así tanto en su dimensión formal como en la material, por relación bien a la concepción del delito bien a la teoría de la pena. El tema cobra todavía mayor actualidad si lo ceñimos al tratamiento que del mismo hace la Constitución española de 1978.

Sólo en un Estado de Derecho puede concebirse al Derecho penal en su dimensión garantista de derechos y libertades. De otra suerte el

(*) Conferencia pronunciada el 7 de marzo de 1983 en la Semana de Derecho penal en memoria del Profesor Julian Pereda, s. j., dedicada a "Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Algunos problemas específicos", organizada por el Departamento de Derecho penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Deusto (4 al 11 de marzo de 1983)

Derecho penal no es más que un instrumento del poder político, deviniendo aquél, como certeramente ha destacado la doctrina, en simple *terror* penal. Al poner en relación el Derecho penal con la Constitución es, pues, sumamente importante destacar, como ya he puesto de manifiesto, que sólo en dichas coordenadas aquél adquiere su auténtica función, ya que, de lo contrario, el simple empleo de la palabra Derecho, en este caso referido a su vertiente punitiva, se convierte en mero eufemismo, de consecuencias prácticas ciertamente nefastas.

Sin duda que, desde este punto de vista, el principio de legalidad, en la medida en que es el eje mismo sobre el que gira el Derecho penal concebido como protector de libertades (1), puede convertirse en el quicio de un Derecho penal respetuoso con las exigencias del Estado de Derecho, con un sistema político democrático respetuoso y garante, a su vez, de las distintas libertades. Que la Constitución que asume dicho sistema acoja indubitadamente el meritado principio se torna en exigencia lógicamente generalizada de la doctrina penal (2); en lo que no es preciso abundar en este momento.

No van a desgranarse en esta conferencia todas y cada una de las cuestiones que suscita el tema planteado. Sí interesa destacar y reiterar la dimensión garantista que subyace al principio de legalidad, que comporta efectos jurídicos tanto formales como materiales. La idea de *certeza*, inherente a dicho principio, es garantía de libertad en el ejercicio de la acción humana. Suficientemente ilustrativas son, en este sentido, las palabras de López de Oñate al concebir la certeza como “específica eticidad del Derecho”: “la certeza del Derecho es la certeza de la acción” (3). Todo ello conecta con la noción de *previsibilidad* de las consecuencias que comporta la acción, en este caso consecuencias que integran el contenido de la reacción estatal frente a la conducta delictiva (4).

Como ya se ha indicado, al referirse al principio de legalidad es ne-

(1) El principio de legalidad ha sido calificado de “eje diamantino de un derecho penal un tanto evolucionado” por COBO DEL ROSAL, M., *Principio de legalidad y Ministerio Fiscal*. Cuadernos de Política Criminal, núm. 2, 1977, p. 25.

(2) Sobre el tema vid. por todos VIVES ANTON, T., *Estado de Derecho y Derecho Penal*, en Comentarios a la legislación penal. T-1. Derecho penal y Constitución. Madrid 1982, pp. 14 y ss. MIR PUIG, S.: *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª edic. Barcelona 1982, p. 33, y TOLEDO y UBIETO, E.O.: *Sobre el concepto de Derecho penal*. Madrid, 1981, pp. 316 y ss.

(3) LOPEZ DE OÑATE, F.: *La certeza del Derecho*. Buenos Aires, 1953, pp. 175 y ss.

(4) Al respecto vid. MADRID CONESA, F.: *La legalidad del delito*. Valencia 1983, pp. 8 y ss.

cesario aludir a una doble dimensión: formal y material (5). Desde una perspectiva formal, se alude a la exigencia de que tenga el rango de Ley la norma que establezca qué conductas son constitutivas de delito y cuáles sus correlativas penas. Sólo la Ley puede establecer los delitos y las penas; la Ley como reflejo formal de la voluntad popular. Esta exigencia cobra especial sentido precisamente cuando se trata del Derecho penal, por ser el conjunto normativo en el que los derechos y libertades de los ciudadanos pueden restringirse más gravemente. Sólo el poder legislativo, representando la soberanía popular, puede establecer estas normas, sin que quepa resquicio alguno en orden a deferir esta función al poder ejecutivo o, en su caso, al judicial.

Semejante planteamiento quedaría sin contenido si nos ciñéramos sin más a la dimensión estrictamente formal del principio de legalidad. La misma fundamentación garantista que la sustenta debe conducir a obviar aquellos mecanismos que la doctrina ha denominado, con acierto, “técnicas de elusión del principio de legalidad” (6), de modo indicativo felizmente condensadas por Cobo en las siguientes palabras: “El exorbitado Derecho penal preventivo, las ideas totalitarias imperativistas, la llamada defensa social —tan acertadamente criticada en relación con nuestro tema por Rodríguez Mourullo—, los elementos valorativos del tipo, las cláusulas generales, los tipos penales abiertos (flexibles), las leyes penales indeterminadas o en blanco, la incriminación de puros talentos subjetivos, el uso y el abuso de elementos subjetivos del tipo, la valoración moralista de las pruebas y un largo etc., son los enemigos naturales, por supuesto desde la propia legalidad —y de ahí su grave crisis— del principio de legalidad, mediante la utilización de refinada técnica jurídica por el Estado moderno en su deseo de exigir cada vez más poder, en detrimento de las garantías jurídicas, formales y sustanciales de los derechos individuales de la persona” (7).

Desde esta perspectiva sustancial cabe afirmar, en suma, que la seguridad jurídica, la certeza, basamento de la efectiva previsibilidad res-

(5) Un desarrollo de esta doble vertiente en COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho Penal*. P.G. I y II, Valencia 1981, pp. 78 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, G., *Principio de legalidad*. Nueva Enciclopedia Jurídica, XIV, 1971, pp. 882 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales del derecho sancionador*, en Comentarios a la legislación penal T-I. cit., pp. 192 y ss.

(6) RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho penal* P.G. vol. I Madrid, 1977, pp. 61 y ss.

(7) Ob. cit. p. 25.

pecto de las consecuencias de la conducta, comporta seguir unas pautas muy concretas en orden a la descripción legal de las conductas delictivas y en la configuración que se haga en la ley de las sanciones penales, esto último en íntima conexión con la necesidad de articular una teoría de la pena coherente con las exigencias antes relatadas (8).

Por último, en esta necesariamente breve introducción sobre las exigencias dimanantes del principio de legalidad, indicar que las precipitadas garantías quedarían sin contenido sin un control jurisdiccional delimitado y delimitador de las competencias del ejecutivo, con una concepción ciertamente restrictiva del poder sancionador de la Administración (9), Control jurisdiccional que se extienda igualmente a la fase ejecutiva de las sanciones. En suma, como reiteradamente ha destacado la doctrina, garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, que se encuentren recogidas en nuestro Código penal y en la Ley de Enjuiciamiento criminal (10).

II. FORMULA CONSTITUCIONAL: SUCINTO ANALISIS DEL ART. 25.1

Tras esta panorámica general sobre las exigencias propias del principio de legalidad, preciso es preguntarse sobre si nuestra Constitución recoge, como es deseable y requiere nuestra doctrina, el meritado principio; y si lo hace atendiendo indubitadamente a sus dimensiones formal y material. Debe anticiparse que nuestra Constitución sí acoge el principio de legalidad en materia penal, si bien lo hace de modo verdaderamente insatisfactorio. Lo hace de un modo insatisfactorio, por cuanto no existe un precepto constitucional que de manera clara acoja el principio de legalidad en todas sus vertientes. Es preciso acudir a diversos preceptos, situados en lugares sistemáticamente dispares de la Constitución para poder concluir que constitucionalmente se abarca el conjunto de

(8) Al respecto véase BOIX REIG, J.: *Significación jurídico-penal del art. 25.2 de la Constitución*, en Escritos penales. Valencia, 1979, pp. 107 y ss.

(9) Vid. CASABO RUIZ, J.R.: *La capacidad sancionadora de la administración en el Proyecto de Código Penal*, en La reforma penal y penitenciaria. Santiago de Compostela, 1980, pp. 271 y ss.

(10) Sobre la asunción constitucional de estas garantías, vid. COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías...*, cit., y de los mismos *Prohibición constitucional de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la Administración civil*, en Comentarios, cit., pp. 229 y ss.

exigencias, también las formales, que a dicho principio corresponden. Se ha producido, como consecuencia, una polémica doctrinal, que afecta sensiblemente a la clase de reserva de ley existente en materia penal; polémica que de haberse regulado el principio de legalidad con mayor precisión no necesariamente hubiera tenido lugar.

Pese a la pretensión de que el art. 25.1 (11) de la Constitución comprende el principio de legalidad de un modo absoluto, se ha destacado por la doctrina que ello no es así. El art. 25.1. no contiene la necesidad de que sea la Ley la que establezca los delitos y las penas sino que emplea la expresión *legislación vigente*, comprensiva de una más variada gama de normas, por supuesto también de rango inferior al de Ley. ¿A qué se debe la fórmula empleada en este artículo? Como en otra ocasión se ha puesto de manifiesto (12) los constituyentes pretendieron ampliar al derecho sancionador en general las garantías propias del principio de legalidad en materia penal. Propósito sin duda loable, pero que como es lógico no podía extenderse a la exigencia de una Ley en sentido formal también para todo el ámbito del derecho administrativo referente a las sanciones, de manera que la pretensión de encontrar una fórmula común al derecho sancionador tiene un cierto efecto distorsionador, pues en ella no se precisa con exactitud el rango de la norma previa que establezca los delitos y las penas. Será necesario, como luego veremos, acudir a otros preceptos de la Constitución para determinar la clase o rango de la norma de que se trata en función de su contenido.

Por supuesto que este ámbito común del art. 25.1., referido al derecho sancionador, no puede prejuzgar sobre el rango de la norma que lo establece. Pretender lo contrario significa desconocer incluso los términos en que se establecen las garantías en el art. 25.1., por más que ello sería de consecuencias ciertamente nefastas para nuestro Ordenamiento. Sí hay, tal y como se manifestó en su día, unas *garantías materiales comunes* para el derecho sancionador; nada se establece en el meritado precepto sobre el rango de la norma en cada caso.

Con carácter general, antes de entrar en un análisis más detenido

(11) Art. 25.1: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción vigente en aquel momento".

(12) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías...* cit., p. 195. Vid. igualmente CASABO RUIZ, J.R.: *La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente*, en Estudios penales y criminológicos V. Santiago de Compostela, 1982, p. 249.

de los distintos artículos de la Constitución en los que la doctrina ha centrado la polémica sobre la regulación constitucional del principio de legalidad, conviene recordar las consecuencias y exigencias que supone la fórmula contenida en el art. 1º. 1 de la Constitución al estimar que España se configura en un *Estado social y democrático de Derecho*, en orden a la necesaria asunción del principio de legalidad en materia penal, más aún si atendemos a los valores superiores de nuestro Ordenamiento, relatados en dicho artículo: libertad, igualdad y justicia.

En ocasiones se menciona el art. 9.3 de la Constitución, como garante del principio de este artículo, que en definitiva contiene principios inspiradores de nuestro Ordenamiento, de entre los que en este momento cabe destacar el de 'irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales' y el mismo principio de legalidad, si bien entendido con carácter general y como principio comprensivo de la idea de primacía de la Ley (13).

Como ya se ha indicado, se ha dado la pretensión de encajar en el precitado art. 25.1 el principio de legalidad, incluso en su dimensión formal. Sin embargo, la fórmula *legislación vigente*, fruto de un tortuoso debate parlamentario (14), tan solo preserva el que en todo caso debe haber una norma, sin indicar rango, que previamente a la realización de la conducta establezca las consecuencias sancionatorias que aquélla comporta. Nada se establece sobre qué clase de norma ni en función de qué derechos sean los que por ella se limiten o desarrollen. Que hablemos de un conjunto de garantías constitucionales comunes al derecho sancionador (15) no prejuzga lo más mínimo sobre cuál sea el rango formal de la norma previa que establezca las conductas delictivas y las sanciones penales. Antes al contrario, precisamente por ser ésa la pretensión de los constituyentes, nada cabe deducir al respecto del art. 25.1 y aún menos que a partir de ahí, en sede de rango de las normas, quepa establecer, como algún autor ha pretendido, vinculaciones entre distintos sectores del derecho sancionador; derecho penal y derecho administrativo sancionador. Como repetidamente se ha indicado, procede acudir a otros

(13) Así COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.J.; *Derecho penal...* cit. pp. 79 y 87.

(14) Precisamente porque ya se preveían los inconvenientes de una fórmula común al derecho sancionador, comprensiva también de la dimensión formal. Vid. COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J. pp. 195 y ss.

(15) Pues el art. 25.1 sólo va referido al derecho sancionador, excluyéndose supuestos de disposiciones restrictivas de índole laboral o civil. Así lo ha declarado el Tribunal Constitucional en sus Sentencias de 22 de noviembre de 1982 (B.O.E. de 29 de diciembre de 1982) y 2 de diciembre de 1982 (B.O.E. de 29 de diciembre de 1982).

preceptos constitucionales en orden a determinar el correspondiente rango normativo.

Esta necesidad, con la que se encuentra el intérprete, hace fundamentalmente criticable el art. 25.1, por más que sea loable la finalidad pretendida por el mismo. En suma, es preciso determinar si existe en nuestra Constitución una reserva de ley en materia penal, reserva que, por las razones al comienzo indiciariamente indicadas, debe ser absoluta; habiéndose producido ya cierta polémica doctrinal sobre cuál sea la clase de reserva de ley. Polémica doctrinal que seguidamente trataré de sintetizar, exponiendo mi postura personal, por otra parte manifestada ya anteriormente.

1. La polémica doctrinal en torno a la clase de reserva de Ley

Puede decirse que en la actualidad se han sustentado tres criterios doctrinales. De una parte quienes estiman que en materia penal la reserva es en todo caso de *Ley Orgánica*, a partir de lo dispuesto en el art. 81.1 (16). De otra, quienes consideran que en determinados casos cabe hablar tan solo de una reserva de *Ley Ordinaria*, en base a la interpretación que se realiza del art. 53.1 (17). Y, por último, el criterio que estima procedente incluso la vía del Decreto-Ley (18).

(16) Este criterio es mantenido por el sector doctrinal mayoritario. Vid. COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal*, cit. pp. 89 y ss.; RODRIGUEZ MOURULLO, G.: *Derecho a la vida y a la integridad personal* en Comentarios a la legislación penal cit., p. 94; RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Reserva de Ley orgánica para las normas penales*, en Comentarios a la legislación penal, cit., pp. 299 y ss.; COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías*, cit. p. 197; MUÑOZ CONDE, P.: *Adiciones al Tratado de Derecho Penal* de H. H. Sescheck trad. por MIR PUIG, S. y MUÑOZ CONDE, F. Barcelona 1981, p. 159; DE TOLEDO Y UBIETO, E.O. ob. cit., p. 318; MIR PUIG, S.: *Función de la pena...* cit. p. 33.; CARBONELL MATEU, Y.C.: *La justificación penal*, Madrid, 1982, pp. 112 y ss.; ARROYO ZAPATERO, L.: *Jurisprudencia constitucional en materia penal*. I, en Cuadernos de Política Criminal, n.º. 17, 1982, p. 392. De interés, igualmente, SERRANO ALBERCA, J.M.: *Comentario al art. 25 de la Constitución*, en Comentarios a la Constitución, de F. Garrido Falla y otros. Madrid, 1980, p. 320; FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R.: *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*. Madrid. 1981, p. 64, sin que entremos ahora en polemizar sobre el resto de las indicaciones que el autor hace sobre el contenido de la norma penal, que en última instancia repercute en cuál es su misma esencia, que no compartimos.

(17) Así, CASABO RUIZ, J.R.: *La capacidad normativa...* cit., pp. 249 y ss. En esta misma línea, si bien manteniendo la peculiar tesis de que "el principio de legalidad de los delitos se establece en el artículo 25.1 de la Constitución" y de que "el principio de legalidad de las penas está implícito en el artículo 53.1'", se encuentra CEREZO MIR, J.: *Curso de Derecho Penal español* P.G., I, 2ª edic. Madrid 1981, p. 179. Igualmente, MADRID CONESA, F., ob. cit., pp. 47 y ss.

(18) RODRIGUEZ DEVESA, J. M^a.: *Derecho penal español*, 8ª edic. Madrid 1981,

La polémica existente se centra tanto a partir de la necesidad de que la reserva de ley sea absoluta, como en la delimitación del ámbito de los derechos y libertades afectados por la norma penal, variando en función de ello la clase de reserva de ley que procede. Evidentemente se trata de una polémica que planteamos al margen de la tesis de la posibilidad de dictar Decretos-Leyes que contengan normas penales, por cuanto la lectura de los distintos artículos de la Constitución sobre la materia excluye claramente tal posibilidad, como por otra parte ha puesto de manifiesto reiteradamente la doctrina (19).

2. Examen de los argumentos en concreto

En orden al análisis de los argumentos doctrinales sostenidos por quienes se muestran partidarios de la reserva de ley orgánica o de ley ordinaria, voy a referirme a los relativos al carácter absoluto de la reserva, al ámbito de los derechos afectados, para concluir con una breve referencia de carácter político-legislativo.

2.1. Por relación a la necesidad de que la *reserva de ley sea absoluta*, se ha considerado por parte de Cobo y Vives que sólo en el caso de reserva de ley orgánica (20) se da tal posibilidad, lo que desprenden dichos autores de lo dispuesto en los arts. 82.1, 82.2, 75.2 y 150 de la Constitución, concluyendo que la reserva opera de una manera tal que se produce incluso frente a la legislación ordinaria.

Los citados autores entienden por otra parte que no cabe llegar a igual conclusión respecto a la reserva de ley ordinaria, entendiendo que "la reserva del art. 53.1 de la Constitución debe ser entendida como una reserva relativa de ley, que impide la deslegalización, esto es, la entrega de la materia a la regulación *directa* por medio del reglamento, pero que

p. 171 y *Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal*, en Revista de Derecho Público, 1982, pp. 241 y ss., en donde ofrece un panorama que no comparto de las posiciones doctrinales al efecto, con independencia de la clase de argumentaciones que aporta, que en modo alguno pueden ser tenidas en cuenta en este momento.

(19) Art. 86.1 de la Constitución: "En caso de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos - leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I,..." En el sentido del texto los autores citados en notas 16 y 17 y que analizan extensamente el problema, y además GIMBERNAT ORDEIG, E.: *Introducción a la parte general del Derecho penal español*. Madrid 1979, p. 23.

(20) Art. 81.1: "Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueban los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución".

admite, en cambio, la remisión normativa” (21).

Se ha estimado, por el contrario, por Casabó que el texto del art. 53.1 contiene una reserva de ley ordinaria por relación a determinadas materias, y que se trata también de una reserva absoluta (22). Entiende dicho autor que la fórmula constitucional es, en este sentido, suficientemente rotunda. Así, indica: “*Sólo por ley* manifiesta el artículo, lo que ofrece pocas dudas acerca de la voluntad de reserva absoluta. A mayor abundamiento, exige, además, que esta ley respete el contenido esencial de los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo Segundo del Título I”. Y posteriormente afirma: “En consecuencia, parece que la reserva de Ley Ordinaria establecida por el art. 53.1 también debe entenderse absoluta, de acuerdo con el sentido natural de las terminantes palabras empleadas por la Constitución. Si la materia penal ha de ser regulada por leyes orgánicas y leyes ordinarias, la reserva que establece la Constitución es absoluta siempre. Sólo la ley, y únicamente ella, puede determinar las conductas delictivas incluso en aspectos marginales” (23).

De manera que, como se observa, mientras que la primera posición doctrinal implica que, desde esta perspectiva, sólo mediante Ley Orgánica pueden dictarse normas penales, la segunda comporta la posibilidad de que lo sean tanto por Ley Orgánica como por Ley Ordinaria. Desde esta segunda posición es preciso acudir a la determinación del ámbito a que se refiere el art. 81.1, para según este nuevo criterio de interpretación poder concluir en uno u otro sentido.

2.2. También en este punto existe discrepancia doctrinal. Puede decirse que ambas posiciones doctrinales se confirman en las tesis ya mantenidas, esta vez en sede de interpretación del art. 81.1. La opinión mayoritaria de la reserva de Ley Orgánica, alude reiteradamente a que la referencia a “los derechos fundamentales y de las libertades públicas” se corresponde con el conjunto de derechos y libertades regulados en la Sección 1ª (arts. 15 a 29) del Capítulo Segundo del Título I de la Constitución, intitulada “De los Derechos fundamentales y de las libertades”, y entiende, con independencia de argumentos más particulares, que me-

(21) Ob. cit., p. 88. Sobre la necesidad de que la reserva de ley en materia penal sea absoluta se ha manifestado el Tribunal Constitucional en Sentencia de 7 de mayo de 1981 (B.O.E. de 21 de mayo de 1981).

(22) Art. 53.1: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”.

(23) *La capacidad normativa*,... cit., pp. 256-257.

diante las disposiciones penales se protegen o limitan siempre algunos de esos derechos, es decir se produce un *desarrollo* normativo de los mismos, tal como se prevé en el artículo 81.1 (24).

Por su parte, los autores partidarios de la posibilidad de la reserva de Ley Ordinaria, entienden que en determinadas ocasiones la norma penal no desarrolla derechos o libertades de los comprendidos entre los arts. 14 a 29, sino que puede afectar a derechos regulados entre los arts. 30 a 38 no sujetos en su regulación a la reserva de Ley Orgánica. En la medida en que, se afirma, a partir de lo dispuesto en el art. 53.1 puede establecerse una reserva de Ley Ordinaria en relación con la regulación de dichos derechos, y teniendo en cuenta que para estos autores dicha reserva será absoluta, se concluirá por la posibilidad de establecer normas penales por Ley Ordinaria cuando por razón de los derechos afectados así sea posible (25).

De esta suerte, la discusión se diversifica en argumentos más particulares que pretenden poner de manifiesto a través de la exposición de los derechos afectados la bondad de la tesis sustentada. Argumentos más particulares a los que, a mi modo de ver, debe concedérseles ciertamente relevancia e interés, pero una significación menor o instrumental. Sólo desde una concepción global de la función misma a desempeñar por el Derecho penal puede ya apuntarse suficientemente el criterio a seguir, como posteriormente pondré de manifiesto. Volvamos, pues, ahora a los mencionados argumentos concretos.

Cobo y Vives consideran que en cualquier caso, sin necesidad de entrar en el análisis de la limitación concreta de los derechos específicos en cada norma, el derecho al honor, reconocido en el art. 18 de la Constitución, resulta obviamente afectado por cualquier delito y por cualquier pena grave. Concluyen, pues, “que del art. 81.1 de la Constitución se desprende que la totalidad de las normas incriminadoras se hallan sometidas al régimen de reserva sustancial y absoluta de Ley Orgánica y, por tanto, al principio de legalidad” (26).

Sin embargo, semejante criterio ha sido rebatido en el sentido de estimar que no siempre el derecho al honor se encuentra afectado por la aplicación de una norma de carácter penal, afirmándose ello desde una

(24) Sobre la argumentación de tipo general, si bien básica, vid. la doctrina citada en nota 16.

(25) Vid. Doctrina citada en nota 17.

(26) Ob. cit., pp. 91-92.

perspectiva ético-social del honor (27), aludiéndose incluso a la irrelevancia respecto al mismo de ciertas penas accesorias (28) o destacándose una dimensión un tanto subjetivada del honor. Descartada por estos autores la posibilidad de reconducir en todo caso al derecho al honor las limitaciones de las normas penales, concluyen que de darse el supuesto de derechos y libertades no comprendidos entre los artículos 14 a 29 limitados por normas penales cabrá acudir a la Ley Ordinaria. Efectivamente, citando el art. 33 (derecho a la propiedad privada), entienden que en las disposiciones penales protectoras o limitadoras exclusivamente de tal derecho (así, por ejemplo, la pena de multa) bastará con la reserva de Ley Ordinaria (29).

Esta última posibilidad ha sido rebatida por parte de la doctrina contraria entendiendo, con acierto, que en materia penal el impago de multa conlleva al arresto sustitutorio previsto en el art. 91 del Código penal, por lo que aunque sólo por esta posibilidad de afectar al derecho a la libertad, en tales casos habrá que acudir a la reserva de Ley Orgánica (30). También se ha resaltado, por parte de los partidarios de la reserva de Ley Orgánica, la dimensión fundamentalmente normativa del honor como derecho fundamental y la irrelevancia de todo argumento referido a las penas accesorias por la significación que los mismos tienen (31).

2.3. Por último, desde un punto de vista de política legislativa, se ha cuestionado la conveniencia de requerir la mayoría absoluta prevista en el art. 81.2 para la aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas. Se ha estimado que ello comporta no pocas rigideces y dificultades para abordar las necesarias reformas penales, llegando a considerar algún autor que puede dar lugar a lo que califica, a mi entender impropriamente (32), de “cabildeos” para lograr dichas mayorías, al afir-

(27) En este sentido, CEREZO MIR, J.: ob. cit., p. 181.

(28) Así, CASABO RUIZ, J.R., *La capacidad normativa...* cit., p. 225.

(29) CEREZO MIR, J.; ob. cit., p. 181; CASABO RUIZ, J. R.: *La capacidad normativa...* cit. p. 256.

(30) MIR PUIG, S.: Ob. cit. p. 33; CARBONELL MATEU, J.C.: Ob. cit., p. 114. De entre los partidarios de la posibilidad de reserva de Ley Ordinaria, acepta este planteamiento MADRID CONESA, F.: Ob. cit., pp. 55-56, indicando en consecuencia que dicha posibilidad es hoy sólo teórica. Sin embargo, el mencionado autor prefiere mantener el esquema teórico diferenciador entre ambas clases de reserva de ley, ya que, afirma, “no se debe excluir la posibilidad de existencia de penas de carácter pecuniario que no impliquen responsabilidad personal subsidiaria, al igual que ha sucedido en otros países, como, por ejemplo, Italia”

(31) Así, CARBONELL MATEU, J.C., ob. cit., pp. 113-114.

(32) De interés, en torno a una significación positiva, no peyorativa, del *consenso*,

mar que es necesario acudir a “pactos” y “concesiones” recíprocas “al no existir ningún partido que tenga la mayoría absoluta” (sic) (33).

Por el contrario Rodríguez Ramos ha estimado conveniente que precisamente en materia penal se haya producido una reserva de Ley Orgánica, requiriéndose la mayoría prevista en el art. 81.2. El Derecho penal afecta profundamente a la libertad de todos, debiéndose abordar soluciones cercanas a la política de Estado; soluciones no sometidas a políticas concretas de Gobiernos minoritarios; soluciones que siendo más compartidas sean en consecuencia generales y estables. Entiende dicho autor que “en el orden material la reserva de ley orgánica en el ámbito de las leyes penales permitirá el planteamiento de una política criminal más consensuada, que evite la utilización del Derecho penal como instrumento de criminalización de la discrepancia política, social, económica o ideológica, o si no se evita radicalmente tal peligro, sí al menos se merma en gran medida” (34).

3. *Posición personal*

Una vez sintetizada la polémica doctrinal sobre la clase de reserva de ley en materia penal, es hora de exponer mi postura al respecto, que por otra parte ya he manifestado por escrito en trabajo que realicé en colaboración con Cobo, y que ya ha sido citado. Sin embargo en dicho trabajo sólo se apunta la posición mantenida por referencia al argumento sistemático principal de entender que el ámbito de los derechos a que alude el art. 81.1 es el de los comprendidos entre los arts. 14 a 29, apreciando de manera simplemente expositiva que la reserva contenida en dicha disposición constitucional sí es claramente absoluta, considerando de modo diáfano que “sería bastante pues, la consideración de que los contenidos de los distintos tipos delictivos o de las penas afectan, en cualquier caso, a los derechos fundamentales o libertades públicas, para estimar que sólo por ley orgánica cabe regular la materia jurídico-penal”.

En aquel momento no procedía, por las propias características del comentario publicado, que lo era al art. 25.1, entrar en argumentos más particulares, para lo que expresamente nos remitíamos a la doctrina existente al efecto (35).

por todos PECES-BARRA, G.: *La Constitución española de 1978*. Valencia 1981, pp. 13 y ss.

(33) RODRIGUEZ DEVESA, J. M^a.: *Una versión...* cit., p. 242.

(34) RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Reserva de ley...* cit., p. 305.

(35) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: Ob. cit., pp. 197-198.

3.1. Sin embargo, con posterioridad a la elaboración del mencionado trabajo es cuando la polémica doctrinal ha cobrado interés, suscitándose diversos argumentos particulares, en uno u otro sentido, ya relatados. Por ello he creído de interés volver sobre el tema entrando en el análisis, en esta ocasión más en profundidad, del problema suscitado.

Pero previamente quiero manifestar que, sin ánimo de minusvalorar los argumentos concretos, a los que luego me referiré, la tesis de la reserva de Ley Orgánica me parece, con carácter general, imprescindible asumible en el Derecho penal, precisamente por la naturaleza y función que el mismo tiene en un Estado de Derecho, como garante y protector de las distintas libertades ciudadanas, las más relevantes, y por las consecuencias que comporta la restricción de ellas. No es necesario por otra parte insistir que no pueden aceptarse las teorías que desmembran la norma penal diferenciando su contenido preceptual de su parte sancionatoria, lo que como es sabido puede repercutir en la concepción que se tenga sobre la esencia misma de las normas penales (36). Ni tampoco es necesario en este momento abundar sobre el carácter de *última ratio* del Derecho penal, la última instancia jurídica a que debe recurrirse, en función del principio de mínima intervención (37), precisamente por cuanto los derechos y libertades afectados son los más relevantes. Si alguna rama del Ordenamiento jurídico debe someterse a la reserva de ley Orgánica, cumplimentando el mandato constitucional del art. 81.1, es sin duda el Derecho penal (38). Y ello, insisto, por su propia naturaleza, por la restricción que comporta, en todo caso, de los derechos y libertades fundamentales (39). Se ha llegado a afirmar incluso que “no parece muy necesitada de justificación la tesis de que el establecimiento de delitos y la determinación de penas es parte esencial de la regulación de los derechos y libertades, en cuando que son delimitaciones

(36) Y evidentemente puede repercutir también en el tema que estamos planteando.

(37) Principios recogidos expresamente en la excelente exposición de Motivos del Proyecto de Código Penal de 1980 (B.O.C. de 17 de enero de 1980), que precisamente es un Proyecto de Ley Orgánica.

Vid. por todos MUÑOZ CONDE, F.: *Introducción al Derecho penal*, Barcelona 1975, pp. 58 y ss.; MIR PUIG, S.: *Introducción a las bases del Derecho Penal* Barcelona, 1976, pp. 124 y ss.

(38) Recuérdese la posición de FERNANDEZ RODRIGUEZ, T.R., citado en nota 16, especialmente significativa, por cuanto se produce en un contexto ciertamente crítico en relación con las mismas leyes orgánicas.

(39) Así, vid. ARROYO ZAPATERO, L.: ob. cit.; p. 392, y RODRIGUEZ RAMOS, L.: *Reserva de Ley...* cit., p. 303; “... constituyendo tales preceptos penales materia claramente reservada a ley orgánica, pues pocas normas podrán terciar más rotundamente que las penales en el desarrollo de los derechos y libertades, si son las que establecen la protección y/o los límites más graves de todo el ordenamiento jurídico”.

de aquellos derechos (delitos) y limitaciones o privaciones de otros (penas)” (40).

También debe recordarse cómo Rodríguez Ramos ha considerado no sólo necesario sino conveniente, por razón de la propia materia, acudir a la Ley Orgánica atendiendo a las mayorías que requiere para su aprobación (41).

Los distintos argumentos concretos no añaden, a mi entender, nada nuevo a lo ya dicho. La resolución de los diferentes problemas particulares planteados en la polémica doctrinal, no pueden más que conducir a idéntica conclusión, como efectivamente así es. Pasemos, brevemente, al análisis de algunos de los más relevantes.

3.2. El llamado argumento del honor, debe indicarse desde un principio que no puede considerarse como el bastión definitivo o último que demuestra que la reserva es de Ley Orgánica o no. Se trata, según creo entender, de un argumento más, que podríamos calificar “de recogida”, dado que lo que pretende es unificar en todo caso el criterio de vulneración de los derechos y libertades por reconducción a uno sólo de ellos, con independencia de que en cada norma penal en concreto ya se protegen o limitan derechos y libertades individualizadas diferenciables del derecho al honor (42). De manera que la existencia siempre, por la aplicación de toda disposición penal, de una vulneración del derecho al honor confirmaría otro derecho fundamental; la necesidad de Ley Orgánica. De no ser así, de no existir en todo caso una vulneración del derecho al honor, no podría concluirse que necesariamente no cabe hablar de reserva de Ley Orgánica en la medida en que existen, como he dicho, otros derechos fundamentales protegidos o limitados.

Frente a la concepción estrictamente ético-social del honor o frente a posiciones extremadamente subjetivadoras del mismo se ha reivindicado en la doctrina una concepción normativa del honor que puede conducir a la conclusión de que toda imputación de un delito afecta al honor reconocido como derecho en el art. 18.1 Así se ha reivindicado una dimensión normativa a través de una interpretación desde la legislación ordinaria, según lo dispuesto en la regulación de los delitos contra el ho-

(40) SERRANO ALBERCA, J.M.: ob. cit., p. 320.

(41) *La reserva de ley...* cit., p. 305.

(42) Este es, a mi entender, el sentido de la posición mantenida por COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal...* cit., p. 91.

nor (43). Debe llegarse a igual conclusión desde el plano meramente constitucional, con una interpretación acorde con lo dispuesto en los arts. 10, 14 y 18, y teniendo en cuenta que desde el derecho al honor pueden producirse, como derecho constitucional que es, repercusiones jurídicas concretas en las limitaciones de otros derechos, como por ejemplo de manera expresa se establece para la libertad de expresión y de cátedra en el art. 20.4 (44). Perfilado el derecho al honor en relación con la dignidad de la persona humana (art. 10) y el principio de igualdad de los españoles ante la ley, puede concluirse por una significación del mismo no estrictamente subjetivada y por supuesto, como ha puesto de manifiesto Muñoz Conde, democratizada (45).

3.3. En cuanto a la posibilidad de que el único derecho limitado por la norma sea el de propiedad (art. 33) y que por tanto no sea necesaria la reserva de Ley Orgánica, ya hemos visto cómo la existencia en nuestro Código penal (art. 91) del arresto sustitutorio por impago de multa o responsabilidad personal subsidiaria impide tal conclusión, puesto que en tales casos la disposición penal posibilita, si bien indirectamente, (46) la imposición de una auténtica sanción privativa de libertad (47). La distinta dimensión otorgada al arresto sustitutorio en el ámbito penal y en el administrativo conduce a reflexionar una vez más sobre el alcance muy particular del argumento ahora comentado, que no es más que reflejo de la naturaleza y función del Derecho penal, a que ya me he referido (48).

3.4. En la medida en que la realización de una conducta delictiva, de una conducta previamente considerada como tal en una norma penal, comporta la puesta en marcha de mecanismos jurídicos, por ejemplo de índole procesal, restrictivas de derechos o libertades fundamentales, habrá que concluir que aquella norma penal debe adquirir el rango de Ley Orgánica, como en su día expusiera Rodríguez Mourullo. Naturalmente que, a su vez, la regulación jurídica de estos instrumentos jurí-

(43) CARBONELL MATEU, J.C., Ob. cit., pp. 113-114.

(44) Véase BAJO FERNANDEZ, M.: *Protección del honor y de la intimidad* en Comentarios a la legislación penal, cit., pp. 123 y ss.

(45) MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal*. P.E. 4ª edic. Sevilla, 1982, p. 96.

(46) Lo que no sucede en la esfera administrativa por la prohibición constitucional contenida en el art. 25.3. Al respecto, puede verse COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Prohibición constitucional de imponer sanciones privativas de libertad por parte de la administración civil*, en Comentarios a la legislación penal, cit., pp. 229 y ss.

(47) Arresto sustitutorio que pervivía en el Proyecto de Código Penal de 1980, en relación con el sistema de días-multa, en su art. 58.

(48) Sobre el distinto alcance con anterioridad del arresto sustitutorio en ambos sectores del Ordenamiento jurídico, puede verse mi artículo *Algunos aspectos de la responsabilidad personal subsidiaria*, en Cuadernos de Política criminal nº 3, 1977, pp. 29 y ss.

dicos procesales debe revestir también la forma de Ley Orgánica. Piénsese por ejemplo en la Prisión provisional que por restringir el derecho a la libertad, se encuentra sometida, sin duda alguna, a la reserva de Ley Orgánica por lo que Rodríguez Ramos ha puesto de manifiesto, con acierto, la inconstitucionalidad de la reciente Ley de 22 de abril de 1980 que modificó los arts. 503 a 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (49).

3.5. La configuración de normas penales produce efectos colaterales de índole jurídico, repercute en derechos y libertades no directamente afectados por ellas, sino como hemos visto en el apartado anterior por las consecuencias procesales que pueden comportar (50) o simplemente por la repercusión que provoca su integración en el seno del Ordenamiento como límite a derechos fundamentales no comprendidos en la norma penal pero que se ven automáticamente limitados por su simple existencia. Se producen limitaciones a otros derechos no ya sólo en su ejercicio concreto sino en su misma regulación, en la consideración abstracta de ellos. Piénsese, por ejemplo, entre los distintos derechos y libertades fundamentales, en el derecho de asociación, automáticamente limitado desde las normas penales configuradoras de delitos, y ello tanto a nivel de legislación ordinaria, art. 173-1º del Código penal (51), como a nivel constitucional, atendiendo a los límites al derecho de asociación contenidos en el art. 22.2 de la Constitución (52). Así podríamos referirnos a otros derechos, como los que a título indicativo puedan contenerse en los conductos de conspiración, proposición y provocación, referidas a la ejecución de delitos, y por tanto punibles sólo en la medida en que el objeto de la conspiración, proposición o provocación sea una conducta constitutiva de delito, la que necesariamente deberá ser objeto de regulación mediante Ley Orgánica. En la medida en que la punición de estos actos preparatorios se incrimina indiscriminadamente, cabe concluir de la manera indicada, sin mayor concreción, sin necesidad de diversificar entre las distintas normas penales, por más que se trate de una regulación cri-

(49) RODRIGUEZ RAMOS, L.: *La prisión preventiva y los derechos humanos*, en Anuario de Derechos Humanos, 2, 1983, Vid. también ARROYO ZAPATERO, L.: Ob. cit., pp. 392-399.

(50) Piénsese, por ejemplo, en sus posibles repercusiones en el art. 19, párrafo 2º de la Constitución.

(51) Art. 173. 1º del Código penal: "Son asociaciones ilícitas: 1º las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión".

(52) Art. 22.2 de la Constitución: "Las asociaciones que persiguen fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales".

Un estudio crítico de este apartado en COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Constitucionalización de los límites penales al derecho de asociación* en Comentarios a la legislación penal, cit., pp. 127 y ss.

licable, como reiteradamente ha puesto de manifiesto la doctrina (53).

3.6. Por último, alguna breve consideración sobre el carácter absoluto de la reserva de Ley, que si indudablemente lo es en el caso de leyes orgánicas, no parece igual en relación con las leyes ordinarias. Creo que del art. 53.1 no puede deducirse necesariamente una reserva absoluta de Ley Ordinaria, por cuanto el significado de dicha disposición constitucional no se cifra tanto en delimitar la clase y naturaleza de la reserva de ley, cuanto en requerir una reserva general de ley, como preservación o garantía de los derechos y libertades contenidos en el Título I de la Constitución (54). Con independencia de valoraciones semánticas, de posible trascendencia, como el dispar significado que pueden tener los términos “ejercicio” (art. 53.1) y “desarrollo” (art. 81.1) (55), interesa destacar el distinto momento sistemático de los arts. 53 y 81, el primero entre las *garantías de las libertades y derechos fundamentales* (Capítulo Cuarto del Título I) y el Segundo en la *elaboración de las leyes* (Capítulo segundo del Título III). En el art. 53 se prevé la garantía genérica de reserva de Ley en relación con el conjunto de derechos del Título I, a especificar en el apartado correspondiente de la Constitución, atendiendo a procedimientos legislativos concretos, que comportan garantías específicas suficientes para el Derecho penal sólo en el caso de acudir al cauce de la Ley Orgánica del art. 81.1, por cuanto sólo mediante ella se evita no ya la vía del Decreto-Ley (art. 86.1), lo que en modo alguno puede cuestionarse, sino también la de la legislación delegada si nos atenemos a lo dispuesto en el art. 82.1 (56). Esto último no es así en relación con las materias reservadas a Ley Ordinaria, ya que el art. 82.1 excluye únicamente del ámbito de la legislación delegada la materia objeto de Ley Orgánica, tal como dispone el art. 81.1.

La expresión *sólo por ley* del art. 53.1 es indicativa, debo insistir, del carácter de reserva general de ley, pendiente de concretar, que debe

(53) Un reciente estudio crítico sobre estos actos, por ORTS BERENGUER, E.: *Consideraciones sobre la fase interna y los actos preparatorios del delito*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 18, 1982, p. 483. Critica la indiscriminada regulación vigente del art. 4 del Código penal. Analiza el Proyecto de Código Penal de 1980, en sus arts. 22 y 23 que tan sólo preveía como punibles estos actos “en casos especialmente previstos en la ley”. Naturalmente de llegar a término esta nueva forma de entender los actos preparatorios, el argumento sostenido en el texto habría que limitarlo en relación a los supuestos legales que expresamente los prevean.

(54) Véase SERRANO ALBERCA, J. M.: Ob. cit., p. 319; COBO DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T.S.: *Derecho penal*, cit., p. 87.

(55) Véase CARBONELL MATEU, J.C.: ob. cit., p. 113.

(56) Art. 82.1: “Las Cortes podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior”.

entenderse referida exclusivamente al *contenido esencial* de los derechos del Título I, luego sólo en tal caso, posibilitando en suma remisiones a instancias no legislativas. Lo que se ratifica, por otra parte, en sede de Ley Ordinaria por lo dispuesto en el art. 82.1. Debe tenerse en cuenta que la delegación legislativa a que alude el art. 82.1 permite dictar *normas con rango de ley*, e incluso que los Decretos - leyes se entienden en el art. 86.1 como *disposiciones legislativas*, si bien provisionales. Así pues, desde el art. 53.1, y en función de la expresión *sólo por ley*, no se excluyen modalidades legislativas que no contengan reserva absoluta de ley; lo que es lógico como antes se ha visto por la función que desempeña el repetido art. 53.1. Es en los arts. 81 y siguientes donde se concretará en los términos antes indicados cuál sea la clase de ley pertinente para elaborar las de naturaleza penal.

Existe, pues, una reserva absoluta, que es de Ley Orgánica en materia penal, no siendo óbice a su funcionalidad práctica las leyes de contenido mixto (contenido propio de Ley Orgánica y contenido propio de Ley Ordinaria). Tal y como ha establecido la Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, el contenido propio de Ley Ordinaria en una Ley dictada como Orgánica, cabe ser reformado porque la propia Ley Orgánica establezca un mecanismo de revisión propio de Ley Ordinaria para aquella materia (57) o, en su defecto, porque así lo establezca el propio Tribunal Constitucional.

3.7. Se podría insistir en algún otro argumento concreto. Pero en cualquier caso todos ellos, como ya he indicado, no son más que consecuencias de la naturaleza misma del Derecho penal. Solución de reserva de Ley Orgánica respetada en las más recientes reformas penales, incluso en los distintos proyectos de Código Penal, el de 17 de enero de 1980 y los parciales 26 de febrero de 1982 y de 25 de febrero de 1983. Ello no quiere decir que en ocasiones no se haya respetado de manera global esta exigencia, como así sucedió con el Decreto - Ley de 26 de enero de 1979 sobre protección de seguridad ciudadana (58), o que en leyes de carácter en principio no penal se contengan normas incriminadoras no su-

(57) Así, por ejemplo, la Disposición final 2ª de la Ley Orgánica, relativa al contrabando, 7/1982, que afecta a su vertiente sancionadora de índole administrativo.

(58) Así, GIMBERNAT ORDEIG, E.: Ob. cit., p. 23. Una relación detallada de las leyes de contenido penal que se han revisto del carácter de orgánicas, y de las que no, con un análisis crítico de estas últimas, en ARROYO ZAPATERO, L.: ob. cit., pp. 392 y ss.

El requerimiento de Ley Orgánica en materia penal se ha plasmado en la propia Exposición de Motivos de la reciente Ley de Contrabando.

jetas, en consecuencia, a la reserva de Ley Orgánica (59). En todos estos casos tendrá que denunciarse la contrariedad a la Constitución de semejantes disposiciones.

III. EXAMEN DE ALGUNAS CUESTIONES ESENCIALES

En esta última parte de la conferencia voy a referirme a dos cuestiones ciertamente de interés, que ya han sido objeto de análisis por parte del Tribunal Constitucional. Para un análisis de conjunto de las distintas características que informan al principio de legalidad y su configuración constitucional me remito al citado artículo en colaboración con Cobo en torno al art. 25.1 de la Constitución (60). Voy a referirme, pues, al principio *non bis in idem* y alcance constitucional de la *retroactividad de la ley penal más favorable al reo*.

1. Principio *non bis in idem*

En principio *non bis in idem*, que implica la imposibilidad de doble sanción por los mismos hechos, comporta importantes garantías jurisdiccionales ante la realización de conductas delictivas, imposibilitando la sanción administrativa además de la penal. Más aún, el respeto absoluto a dicho principio requiere de la paralización de la actuación administrativa en tanto no resuelva la autoridad judicial. De lo contrario, la posibilidad de actuación previa en vía administrativa sobre hechos que pueden dar lugar a una sanción penal, contraría al principio *non bis in idem* en la medida en que detrae de la *garantía jurisdiccional* conductas que por su naturaleza son de exclusiva competencia del Poder judicial. De ahí que en la doctrina se haya sometido a duras críticas lo dispuesto en el art. 688 del Proyecto de Código Penal de 1980, del que se concluye la posibilidad de esta última vulneración al *non bis in idem* (61).

Garantías propias del *non bis in idem*, que no son otras que las que proceden del mismo principio de legalidad, sin que sea éste el momento de abundar en ello. Sin embargo uno de los defectos de la fórmula cons-

(59) Por ejemplo, el art. 10 de la Ley 39/1981, de 28 de octubre. "Por la que se regula el uso de la bandera de España y el de otras banderas enseñadas", que es de contenido penal, ampliando el contenido de lo previsto en los arts. 123 y concordantes del Código penal y 316 del Código de Justicia Militar. Sobre este tema, críticamente, CALDERON SUSIN, E: *El artículo 10º de la Ley 39/1981*, en Cuadernos de Política Criminal, nº 17, 1982, pp. 361 y ss.

(60) *Garantías constitucionales...* cit., pp. 191 y ss. Una explicación general de los dos problemas tratados a continuación en el texto puede verse en el citado trabajo.

(61) Vid. CASABO RUIZ, J.R.: *La capacidad sancionadora* cit., pp. 271 y ss.

titucional configuradora del principio de legalidad es el no recoger con claridad el *non bis in idem*, pese a que la intención de los constituyentes sí fue el recogerlo. Basta leer con detenimiento los debates parlamentarios al efecto, para observar cómo en el texto del Anteproyecto de Constitución sí se recogía la exclusión de la doble sanción por los mismos hechos, si bien se pretendía incluir entre los principios que la Constitución garantiza en el actual art. 9.3. Ya en el Congreso se pensó incluir el citado principio en el actual art. 25.1 (entonces art. 24), extrayéndolo del ámbito del art. 9.3. No obstante, posteriormente no se recogería de manera expresa al abordar la disposición del actual art. 25.1.

Como en otro momento ya indicamos (62), que el art. 25.1 no recoge de manera expresa el *non bis in idem* no quiere decir que no se pueda deducir de su propio contenido, de las mismas garantías que dicho artículo contiene, ya que quedarían en algún caso vacías de contenido, quedarían contradichas, de no aceptar el meritado principio. Puede entenderse, en suma, que del propio art. 25.1 se detrae que el principio *non bis in idem* se encuentra constitucionalizado. Este es el criterio que, con acierto, sustenta el Tribunal Constitucional en su Sentencia de 30 de Enero de 1981, cuando tras manifestar que “el principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones —administrativa y penal— en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración —relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.—, que justifique el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración”. Posteriormente afirma: “... como entendieron los parlamentarios en la Comisión de Asuntos Constitucionales y Libertades Públicas del Congreso al prescindir de él en la redacción del artículo 9º del Anteproyecto de Constitución, va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el art. 25 de la Constitución. Por otro lado es de señalar que la tendencia de la legislación española reciente, en contra de la legislación anterior, es la de recoger expresamente el principio de referencia” (63).

(62) *Garantías constitucionales...* cit., pp. 213-14.

(63) Un comentario a esta Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981 (B.O.E. de 24 de febrero de 1981), ha sido realizado por GARCIA DE ENTERRIA, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid. 1981, pp. 245 a 248.

2. Retroactividad de la ley penal más favorable

La segunda cuestión que quedaría plantear es la de la *retroactividad de la ley penal mas favorable*, su constitucionalidad, es más, la posibilidad de interponer el correspondiente recurso de amparo ante la denegación de dicha retroactividad. Supuesto resuelto ya, de manera negativa por el Tribunal Constitucional.

Es sabido que el art. 25.1 recoge primordialmente, de manera clara e incluso redundante, la irretroactividad de las disposiciones legales de carácter sancionador. La irretroactividad de la ley penal se plasma, pues, a nivel constitucional en dicho artículo. Como consecuencia lógica y en íntima conexión con lo establecido en el art. 9.3, en donde se garantiza, entre otros, “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”. Principio que se regula en el art. 23 del Código penal, si bien en su art. 24 se prevé la posibilidad de retroactividad, cuando la ley penal es más favorable (64). Ante el planteamiento, ya antiguo, que cuestionaba la constitucionalidad del actual art. 24 del Código penal, hoy ello no se plantea a partir de lo dispuesto en el art. 9.3 y mediante una interpretación a contrario del mismo. Es más, sin necesidad de entrar a fondo en este momento en el tema suscitado que ya abordamos en un trabajo anterior (65), ni de traer a colación las diversas tesis sobre el fundamento de esta clase de retroactividad, es lo cierto que no cabe hablar de la retroactividad de la ley penal más favorable como *excepción sustancial* al principio general de irretroactividad. En el debate parlamentario llegó a plantearse la regulación de la irretroactividad en el art. 25.1 incluso como superfluo, dada la regulación general sobre el tema contenida en el art. 9.3. En realidad el art. 25.1 contiene una concreción, referida al derecho sancionador, de lo dispuesto en el art. 9.3.

Si la constitucionalidad de la retroactividad de las leyes penales favorables no suscita problemas, no sucede lo mismo con la posibilidad de acogerse al recurso de amparo a partir de la vulneración de esta suerte de retroactividad. Es más, el Tribunal Constitucional en sus sentencias de 30 de marzo y 7 de mayo de 1981 (66) ha estimado que no cabe

(64) Art. 25 del Código penal: “Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo condena”.

(65) COBO DEL ROSAL, M. y BOIX REIG, J.: *Garantías constitucionales...* cit., pp. 204-5.

(66) B.O.E. de 14 de abril y 21 de mayo de 1981. En dichas resoluciones se declara

interponer en estos casos el recurso de amparo en la medida en que el derecho violado procedería de lo dispuesto en el art. 9.3 y no del art. 25.1 (67). Así, en la primera de dichas sentencias se establece: “Sin embargo, ni el artículo 9.3 —cuyos principios son mandatos dirigidos a los poderes públicos y, en especial, al legislador ni, por supuesto, al artículo 24 del Código Penal definen por sí mismos derechos cuya defensa pueda dar lugar a un recurso de amparo ante este Tribunal, pues ese mecanismo sólo queda reservado en nuestro ordenamiento a la tutela de las libertades públicas y derechos fundamentales reconocidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la Constitución, según establece el artículo 53.2 de la misma”. Posteriormente la mencionada sentencia declara:

“En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por Ley que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*). Pero 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”. Idéntica doctrina se recoge en la segunda de las sentencias antes invocadas.

Considero, no obstante, que sí puede argumentarse la posibilidad de acudir al recurso de amparo en tal caso. Sintomática es la mención antes realizada sobre el debate parlamentario, en el que llegó incluso a suscitarse la superfluidad de recoger el principio general de irretroactividad en el art. 25.1. Podría realizarse una interpretación integradora de lo dispuesto en el art. 9.3 en relación con el art. 25.1, más aún teniendo en cuenta que la conformidad a la Constitución de las leyes que admiten la retroactividad de leyes penales favorables procede de una interpretación a contrario del art. 9.3. Interpretación que, en otro orden de cosas, pudiera relacionarse con la que el propio Tribunal Constitucional llevó a cabo en su Sentencia de 2 de febrero de 1981 (68) relacionando el art. 6, relativo a los partidos políticos, con el art. 22, en el que se reconoce el derecho de asociación, admitiendo un recurso de amparo contra las

claramente la constitucionalidad de las leyes que admiten la retroactividad de la ley mas favorable, a partir de lo dispuesto en el art. 9.3.

(67) El objeto del recurso de amparo lo integran los derechos reconocidos de los arts. 14 a 29 y art. 30. Vid. art. 53.2 de la Constitución y art. 41.1 de la ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

(68) B.O.E. de 24 de febrero de 1981.

decisiones del Ministerio del Interior negando la inscripción de determinado partido político.

La interpretación propuesta concuerda perfectamente, como ya se expuso en otro momento (69), con el sentido mismo del principio de irretroactividad en esta materia “como garantía de libertad, pues no en vano el art. 25.1º, se encuentra sistemáticamente enclavado en la Constitución entre los derechos fundamentales y libertades públicas”.

El que lógicamente, como consecuencia de lo afirmado, la formulación de dicha disposición sea de manera negativa, “nadie puede ser condenado o sancionado”, evidencia a mi entender la posibilidad de considerar la retroactividad de la Ley penal más favorable como integrante de esa misma garantía de libertad. La fundamentación garantista que informa a la irretroactividad se mantiene cuando se trata de otorgar retroactividad a una ley penal más favorable, por cuanto en este caso pervive el derecho a no ser condenado si no existe una ley previa que así lo establezca. Es más, con carácter previo habrá que contar siempre con la propia ley penal, de reconocida constitucionalidad, que directamente establece la posibilidad de aplicación retroactiva de una ley más favorable.

El el fondo late siempre unidad de fundamentación entre el principio de irretroactividad y la retroactividad de la ley penal más favorable, a la que desde esta perspectiva no habría que calificar como excepción al principio general. En este sentido, considero acertada la posición de Octavio de Toledo y Ubieto cuando afirma: “no es tal excepción, sino lógica derivación del correcto entendimiento del principio de legalidad y del alcance de la prohibición que implica” (70).

El Tribunal Constitucional disocia, pues, la conformidad a la Constitución de la retroactividad de la ley penal más favorable (vía art. 9.3) de su cobertura mediante el recurso de amparo a tenor de lo establecido en el art. 25.1. Lo que no excluye toda posibilidad de recurso de amparo, al hilo de la jurisprudencia constitucional, sino que la propia sentencia de 30 de marzo de 1981 alude a la posibilidad de acudir en amparo en algún caso, “merced a una interpretación conjunta de los artículos 9.3 y 17.1 de la Constitución” (71).

(69) *Garantías constitucionales...* cit., p. 205.

(70) Ob. cit., p. 325.

(71) Art. 17.1: “Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”.