

DE NUEVO SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD (*)

JAVIER BOIX REIG

SUMARIO: 1. *Introducción*. 2. *Perspectiva general del principio de legalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*: 2.1. Irretroactividad y retroactividad de la ley más favorable. 2.2. Taxatividad. 2.3. Determinación de la pena. 2.4. Analogía. 2.5. Reserva de ley. 3. *Principio non bis in idem y legislación sobre peligrosidad*: 3.1. Planteamiento jurisprudencial. 3.2. Peligrosidad y principio de legalidad. 3.3. Análisis desde exigencias de seguridad jurídica. 3.4. Acotamientos a la determinación de las medidas de seguridad. 3.5. Posición del Tribunal Constitucional. Crítica. 3.6. Nota sobre el desarrollo del principio *non bis in idem*.

1. INTRODUCCION

Para un penalista es, en todo caso, satisfactorio participar en un curso interdisciplinar sobre *-Derechos fundamentales y libertades públicas-*, dado que la función primordial del Derecho penal en un Estado de Derecho es precisamente la de constituirse en el principal instrumento jurídico del Estado en orden a la protección de dichos derechos y libertades; y lo hace, paradójicamente, mediante normas que tienen por consecuencia jurídica precisamente la limitación o restricción de aquéllos. De ahí que el reforzamiento de las garantías jurídicas nunca pueda ser considerado bastante en un ámbito jurídico que partiendo de la necesaria protección de los derechos fundamentales comporta, como consecuencia, su restricción en aquellos que los infringen; y dicho reforzamiento vendrá dado, esencialmente, por la articulación del Principio de legalidad.

(*) Conferencia pronunciada en la Universidad de Santiago de Compostela, el 17 de abril de 1.986, en el Curso sobre "Derechos Fundamentales y libertades públicas", posteriormente ampliada.

Principio de legalidad que va desarrollándose mediante exigencias y consecuencias de orden formal y material, adquiriendo rango constitucional, preservándose dichas dimensiones en nuestra Constitución (sobre el tema puede verse mi trabajo *El principio de legalidad en la Constitución*, en Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal. Bilbao 1.983).

Precisamente la Constitución recoge entre los derechos fundamentales y libertades públicas, de la Secc. 1ª Cap. 2º Tit. I, susceptibles de ser objeto del recurso de amparo, el de no ser "condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyen delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". De manera que garantías propias del principio de legalidad, las de carácter material, se regulan en el art. 25.1 de la Constitución. No sucede lo mismo con las garantías de carácter formal, que, como es conocido, no se encuentran incluidas en el meritado precepto, por cuanto se pretendió extender la función garantista del principio de legalidad, más allá de las fronteras jurídico-penales, a todo el ámbito del derecho sancionador. De ahí que, si bien es satisfactoria la extensión de las mencionadas garantías materiales al derecho administrativo sancionador, se haya criticado que, como consecuencia, no se hayan recogido en el art. 25.1 la reserva de ley que, como garantía formal, requiere el principio de legalidad en materia penal.

Ha sido necesario, habida cuenta las insuficiencias propias del art. 25.1, acudir extramuros de la regulación de los derechos y libertades fundamentales en la Constitución, para concluir que nuestra Norma fundamental sí recoge estas exigencias formales, si bien no en dicho lugar sistemático, sino en el Capítulo relativo a "las garantías de las libertades y derechos fundamentales" (art. 53) o en el propio de la "elaboración de las leyes" (art. 81 y ss.), dando lugar a una viva e interesante polémica en la doctrina penal sobre la clase de reserva de ley imperante, ordinaria u orgánica.

De todo lo dicho, cabe concluir, en esta breve introducción:

- que el Principio de legalidad, por razón de la finalidad esencialmente protectora del Derecho penal, se convierte en principio básico de un Derecho penal que asuma las garantías jurídicas propias de un Estado de Derecho, tal como se formula en el art. 1.1. de nuestra Constitución.
- que el art. 25.1 de la Constitución prevé una serie de garantías mate-

riales, propias del principio de legalidad, comunes a todo el derecho sancionador.

- que dichas garantías materiales son, en consecuencia, posible objeto de un recurso de amparo.

- que, sin embargo, la reserva de ley que, como garantía formal, es inherente al principio de legalidad, no se recoge en el art. 25.1 *ni directamente* en derecho o libertad fundamental alguna susceptible de su protección mediante recurso de amparo.

- que dicha reserva de legalidad sí está prevista en preceptos determinantes de reserva de ley ordinaria o, en su caso, según opinión dominante, de ley orgánica.

- que sólo indirectamente, puede plantearse la protección, a través del recurso de amparo, de la garantía formal de reserva de ley, mediante una interpretación de lo establecido en preceptos constitucionales reguladores de derechos y libertades, como puede ser el art. 17 de la Constitución.

2. PERSPECTIVA GENERAL DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El objeto principal de esta exposición consiste en realizar una primera aproximación a las recientes sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1.985 (B.O.E. 17 diciembre 1985), 14 de febrero de 1986 (B.O.E. 5 de marzo de 1986) y 21 de febrero de 1.986 (B.O.E. 21 de marzo de 1.986) que permiten abordar críticamente la regulación existente sobre peligrosidad social a partir de consideraciones inherentes al principio de legalidad y al *principio non bis in idem*, de tan acertado desarrollo por el Tribunal Constitucional.

De manera que no va a ser objeto de específica consideración cada uno de los elementos del principio de legalidad tratados por nuestro más alto tribunal (nos remitimos al análisis que periódicamente realiza Luis Arroyo Zapatero en la revista Cuadernos de Política Criminal a partir de su núm. 18 de 1.982).

Si quisiera, no obstante, destacar cómo dicha jurisprudencia no ha sido siempre todo lo satisfactoria que cabría desear, desde una concep-

ción del principio de legalidad ciertamente estricta, que requiere que sólo la ley, emanada de la soberanía popular, pueda determinar, y hacerlo con claridad, los presupuestos de restricción de los derechos fundamentales (presupuesto de la norma penal) y en qué medida estos se restringen (consecuencia jurídica). Para poner de manifiesto la concepción del principio de legalidad con que ha operado nuestro Tribunal Constitucional, me referiré, de la manera más sintética posible, a las resoluciones del mismo que estimo ciertamente significativas. Me referiré esquemáticamente a cuestiones que son esenciales para el sostenimiento del principio de legalidad en función de su tratamiento jurisprudencial.

2.1. *Irretroactividad y retroactividad de la ley más favorable*

El art. 25.1 contiene esencialmente, incluso, como he indicado reiteradamente, de un modo redundante, la exigencia de irretroactividad de las normas penales y sancionadoras en general. Es evidente que la seguridad jurídica, insita en el principio de legalidad, requiere de la irretroactividad de estas normas, único modo de obrar por parte del ciudadano con certeza jurídica. Por su parte, el art. 9.3 establece, con carácter general, "la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales". Sin duda que debe relacionarse, más aún, es un desarrollo del mismo, el art. 25.1 con el 9.3, debiéndose interpretar dicha relación no sólo en el sentido de que la excepción contenida en el art. 24 del Código penal, *retroactividad de la ley penal más favorable*, es perfectamente constitucional, sino también configuradora del derecho fundamental del art. 25.1 y por tanto susceptible de ser objeto del recurso de amparo. Y ello pese a las sentencias del T.C. de 30 de marzo y 7 de mayo de 1.981 (B.O.E. de 14 de abril y 21 de mayo de 1.981), que, de otra parte, ofrecen la vía, en orden a poder plantear el problema en amparo, del art. 17 de la Constitución, vía que estimo sí es utilizable, por más que dicha jurisprudencia no me parezca acertada, dando por reproducidos en este lugar los argumentos de mi trabajo, ya citado, sobre el Principio de legalidad (pp. 73 a 76).

Sí quisiera traer a colación en este momento que idéntica exigencia de irretroactividad, salvo contenido más favorable de la nueva ley, es extensible a las normas procesales penales. Lejos de ser de aplicación, en todo caso, a las actuaciones procesales la ley vigente en el momento de su realización, deben entenderse éstas originadas por la comisión del hecho delictivo y ser de aplicación las normas procesales entonces vigentes, ya que el proceso, no debe olvidarse, se desencadena por aquel hecho. Naturalmente ello no merece la pena ser tenido en cuenta en normativa

que sólo afecte a meras cuestiones de tramitación. Sí es importante reiterar la exigencia que vendrá a completar el contenido de la garantía jurisdiccional propia del principio de legalidad, de vigencia de las normas procesales existentes en el momento de la realización de los hechos; a partir de ahí irretroactividad y retroactividad de las favorables, siempre que se trate de normas, y actuaciones procesales regladas por las mismas, que afecten a derechos o libertades fundamentales de la persona sujeta al proceso. De esta suerte rechazamos las posiciones de quienes en sentido contrario sustentan la aplicación, sin fisuras, de la vigencia de la norma procesal que en cada caso y momento regula el acto o de quienes, desde una posición intermedia, tibia y con efectos contradictorios, mantienen la vigencia de las normas existentes a partir del momento en que surge la relación procesal.

Sólo a título de ejemplo estimamos de interés en este punto la "Circular de la Fiscalía del Tribunal Supremo 4/1.980, sobre la aplicación de la ley Orgánica 10/1.980, de 11 de noviembre, de enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes", cuando al tratar sobre el ámbito de aplicación de la ley en el orden temporal, señala: "El principio de la irretroactividad de las leyes es acogido por el Código Civil (art. 2.3) y la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos, es un valor garantizado en la Constitución (art. 9.3); como la nueva ley no ofrece mayores garantías procesales, será inaplicable a los procedimientos en tramitación cualesquiera sea su etapa procesal; *tampoco a los que se inicien tras su vigencia por hechos "ex ante", dado que ello implicaría una retroactividad al menos en grado mínimo o atenuada*".

2.2. *Taxatividad*

Desde la perspectiva de exigencias de *taxatividad*, dado que el principio de legalidad requiere que exista una descripción, estricta o taxativa de la conducta punible, evitando lo que se han denominado modos de elusión del principio de legalidad, como la proliferación de elementos valorativos, cláusulas abiertas, etc..., es criticable la Sentencia de 15 de octubre de 1.982 (B.O.E. 17 de noviembre de 1.982) que estimó conforme al art. 25.1 los preceptos contenidos en los arts. 431 y 566.5 del Código penal, que consideramos contienen en exceso, por encima de las necesidades del objeto protegido por las normas, tal suerte de elementos (Sobre esta Sentencia, Diez Sánchez, J.J.: *Diferencias entre delito y falta en la configuración de los tipos de escándalo público*. Anales de la Universidad de Alicante. Fac. de Derecho, núm. 2, 1.983, p. 133 y ss.).

2.3. *Determinación de la pena*

Igualmente se requiere, garantía penal, que la ley concrete la pena susceptible de imposición. *Determinación de la pena* en función del hecho culpable cometido. Garantía penal, refrendada por los arts. 1, 2 y 23 del Código penal, no pudiéndose penar hecho no tipificado por la ley ni con pena distinta a la prevista por la ley. Garantía penal igualmente prevista por el art. 25.1 de la Constitución.

Con anterioridad a la reforma de 25 de junio de 1.983 del Código penal el delito continuado, construcción jurisprudencial, no tenía refrendo legal. Es con motivo de dicha reforma, cuando mediante el art. 69 bis se regula el mismo y, pese a sus deficiencias teóricas y objeciones doctrinales incluso desde la perspectiva del principio de legalidad, cuando pueden sancionarse conductas bajo este instituto sin incurrir en contradicción con el principio de legalidad. Previamente la doctrina coincidiría en cuestionar, precisamente desde la perspectiva de legalidad, semejante criterio jurisprudencial que permitía imponer penas superiores a las que de una estricta aplicación de la ley penal vigente podía concluirse, excediéndose de los marcos penales que la normativa concursal ordinaria de nuestro Código penal ofrecía. Insisto en señalar cómo la doctrina penal reiteraba la contrariedad al principio de legalidad de dicha construcción.

Sin embargo, nuestro Tribunal Constitucional en Sentencia de 2 de noviembre de 1.983 (B.O.E. 2 de diciembre de 1.983), intenta eludir un pretendido automatismo en el actuar del juez penal considerando que semejante construcción jurídica no transgrede el principio de legalidad. Entiendo que en la resolución del Tribunal Constitucional late la idea de que el juez penal al construir el delito continuado, antes de la reforma de 1.983, realizaba una "operación dogmática", de carácter judicial posibilitada por los distintos preceptos al efecto contenidos en nuestro Código penal. No obstante, como ya he señalado, estimo que se excedía del marco penal posible de acuerdo con las reglas concursales, contraviéndose, en suma, los límites señalados por el art. 25.1 (De interés, sobre esta Sentencia, García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho*. Ed. Civitas. Madrid 1.984, p. 111 y ss.).

Ciertamente que las consecuencias directas del fallo, el reconocimiento del delito continuado, no tienen mayor relieve, por la meritada reforma del Código penal y su incorporación al mismo. Sin embargo, mayor entidad tiene su significación, en cuanto construcción jurídica que posibilita el establecimiento de marcos penales por el juez no claramente establecidos por el legislador. Especialmente tajantes, en su críti-

ca a esta resolución, han sido Cobo y Vives (*Derecho penal. Parte general*. Valencia 1.984, pp. 663-664), quienes consideran se trata de “un caso de creación judicial del derecho”, que “representa un paso peligroso en el seno de un proceso de vaciamiento de contenido del principio de legalidad”.

2.4. Analogía

Si sumamente criticables son, desde la perspectiva del principio de legalidad, las resoluciones hasta ahora citadas, no cabe decir lo mismo de la Sentencia de 27 de junio de 1.984 (B.O.E. 30 de julio de 1.984). En efecto, en esta resolución se acepta el amparo invocado frente a Sentencia del Tribunal Supremo condenando el aborto de española cometido en el extranjero. Criterio del Tribunal Supremo abiertamente criticado por la doctrina penal y que contravenía, como indica el Tribunal Constitucional, lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución, sancionándose conductas, no punibles en nuestro Código penal, mediante un *proceso analógico* en contra del reo o *in malam partem*; exigencias de tipicidad excluyen toda consideración analógica, salvo contravención del citado artículo, en definitiva del principio de legalidad (Sobre el tema existe ya una extensa bibliografía; puede verse la citada por Arroyo Zapatero, L., en Cuadernos de Política Criminal, núm. 24, 1.984, p. 679).

2.5. Reserva de ley

La debatida cuestión de la clase de *reserva de ley* existente en materia penal ha sido objeto de consideración en dos ocasiones. No es ahora el momento de entrar en el análisis de la cuestión, a partir de la necesidad de que dicha reserva sea absoluta (me remito para ello a mi ya citado trabajo sobre el principio de legalidad). Los referidos fallos del Tribunal Constitucional, resolviendo una cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala 2ª del Tribunal Supremo y un recurso de amparo, tiene lugar sobre la supuesta inconstitucionalidad de la ley de 10 de diciembre de 1.979, por ser ordinaria (si bien debe señalarse su actual carácter de orgánica). Ambas Sentencias, de 23 de febrero de 1.984 (B.O.E. 9 de marzo de 1.984) y de 8 de marzo de 1.984 (B.O.E. 3 de abril de 1.984), sitúan sus fallos en el marco estricto de la cuestión planteada y sólo en los términos suscitados; la relación del art. 25.1 con el art. 81.1, insistiendo en que del art. 25.1 no cabe derivar la necesidad de Ley Orgánica en materia de legalidad penal. Ante estas consideraciones, concluye Arroyo que “ambas sentencias vienen a rechazar la tesis que defendía la materia

penal como materia de reserva de Ley Orgánica" (Cuadernos de Política Criminal, núm. 23, 1.984, p. 510). Sin embargo, mas bien consideramos que el Tribunal Constitucional, en el marco de resoluciones estrictamente centradas en el objeto central de lo solicitado, no ha entrado en el fondo del asunto, esbozando una tesis que, por otra parte, venía siendo común en la doctrina penal: del art. 25.1 no cabe deducir la exigencia de Ley Orgánica conforme el art. 81.1. Precisamente la crítica de siempre a la configuración constitucional del principio de legalidad era esa; que el art. 25.1 no garantizaba su dimensión formal, no determinaba la reserva de legalidad. Y, por lo tanto, había que acudir al conjunto de derechos objeto de protección penal en cada caso, a los derechos limitados por la sanción penal, y, en suma, a determinar cuál es el objeto final del Derecho penal para, a tenor de los arts. 53 y 81 y ss. de la Constitución y en función de la exigencia de reserva absoluta en materia penal llegar a las conclusiones procedentes. En realidad, estoy absolutamente de acuerdo con Cobo y Vives, cuando al analizar en profundidad las sentencias de referencia, concluyen que el Tribunal Constitucional "deja imprejuzgada la cuestión de si la reserva de ley en materia penal ha de ser o no orgánica" (*Introducción general; sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa*, en Delitos e infracciones de Contrabando. T. III de Comentarios a la legislación penal. Edersa. Madrid, 1.984. p. 29).

3. PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* Y LEGISLACION SOBRE PELIGROSIDAD

3.1. *Planteamiento jurisprudencial*

Como señalé al comienzo de esta exposición, quisiera tratar, de modo más extenso a como han sido considerados los otros puntos relativos al principio de legalidad, el tema de la confrontación de la legislación sobre peligrosidad y el principio de legalidad, a partir del análisis de la reciente jurisprudencia constitucional al respecto, que de otra parte siquiera apunta posibles vulneraciones del principio *non bis in idem* en el seno de un sistema penal que, como el nuestro, recoge en la reacción punitiva del Estado tantas penas como medidas de seguridad.

Me estoy refiriendo fundamentalmente a las recientes Sentencias de 27 noviembre de 1.985 (B.O.E. 17 de diciembre de 1.985), de 14 de febrero de 1986 (B.O.E. 5 de marzo de 1986), y, aunque de menor relieve, la aun más reciente de 21 de febrero de 1.986 (B.O.E. 21 de marzo de

1.986). Más recientemente, de interés la Sentencia de 19 de febrero de 1.987 (B.O.E. 4 de marzo de 1987).

En la primera de estas sentencias se resuelve un recurso de amparo interpuesto por persona condenada en aplicación de lo previsto por la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social sometiéndola a determinadas medidas de seguridad tras la apreciación de peligrosidad social y supuesta concurrencia de tráfico de droga; igualmente existía por esos mismos hechos condena a dos años y cuatro meses de privación de libertad, pendiente de adquirir firmeza por estar sustanciándose el correspondiente recurso ante el Tribunal Supremo. Ante las alegaciones de parte, tendentes a considerar vulnerados los arts. 24.2, 25.1 y 2, 17 y 19 de la Constitución, vulnerado el principio *non bis in idem* al estimar doblemente sancionada una misma conducta, desde una perspectiva realista del cumplimiento de las medidas de seguridad, y las contrarias del Ministerio Fiscal, el Tribunal Constitucional otorga el amparo en base a apreciar que la medida de seguridad impuesta lo fue sólo en base a un atestado policial, que no puede destruir la presunción de inocencia, (“en la hipótesis de que la decisión impugnada hubiese declarado la culpabilidad de aquel a quien impone no una condena, sino unas medidas de seguridad”). El amparo concedido lo hace depender, pues, el Tribunal de la efectiva declaración de culpabilidad en el proceso por peligrosidad, sobre la que hacer operativa, como se hizo, la presunción de inocencia.

En orden a adoptar su resolución el Tribunal estima como circunstancias que necesariamente deben tenerse en cuenta que la ejecución de las medidas tiene lugar, caso de ser privativas de libertad, en los mismos establecimientos de cumplimiento de las penas y “la evidencia de que la Sentencia dictada en causa penal condenó al recurrente por los mismos hechos que motivaron la aplicación de las medidas”.

Para concluir en su decisión es fundamental, en suma, la siguiente declaración del Tribunal: “En el caso actual, en efecto, las medidas se aplicaron al recurrente por la realización de unos hechos (previstos en el art. 2.8 de la Ley 6/1.970) que pueden ser también subsumidos, como así ha sido, en un tipo delictivo (art. 344 del Código penal). Es evidente, por tanto, que la afirmación judicial de la autoría de unos tales hechos equivale a una declaración de culpabilidad, realidad ésta que no puede quedar oscurecida por la peculiaridad del procedimiento que se considera, procedimiento no ciertamente criminal, pero que concluye con una decisión que priva al declarado culpable de su libertad y del derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional y que sólo

formalmente (el subrayado es nuestro) se distingue de la pura y simple condena penal”.

Es lógico que desde este planteamiento el propio Tribunal fuera sensible a las alegaciones hechas relativas a la posible vulneración del principio *non bis in idem*. Tras recordar la posición del Tribunal Constitucional respecto el mencionado principio y su deducción de lo establecido en el art. 25 de la Constitución, indica cómo dicho principio “impide el que por autoridades del mismo orden, y a través de procedimientos distintos se sancione repetidamente la misma conducta”. El tribunal rechaza en este caso la apreciación de este principio, por haber hecho operativa la presunción de inocencia respecto la condena por peligrosidad, lo que “elimina la duplicidad de sanciones y, por tanto, el supuesto que haría posible la invocación del mencionado principio”.

Igualmente significativa, en idéntica línea, se manifiesta la segunda de las resoluciones citadas, la de 14 de febrero de 1.986, incorporando el criterio formal de la necesaria previa condena por delito. Desde la perspectiva de la constitucionalidad de sólo las medidas post-delictuales, se requiere, necesariamente, previa condena por delito. El juicio de peligrosidad no es *bastante* para ello. Todo ello con independencia de que el artículo 2,8 de la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social recoja claramente un “tipo de hecho” propio del campo de la pena, según indica nuestro Tribunal Constitucional, y de la operatividad, en todo caso, del principio *non bis in idem*.

Criterio que establece la mencionada sentencia en los siguientes términos: “la imposición de medidas de seguridad con anticipación a la punición de la conducta penal y la concurrencia sobre un mismo hecho de pena y medida de seguridad son, pues, contrarias al principio de legalidad penal, ya que por un lado no cabe otra condena -y la medida de seguridad lo es- que la que recaiga sobre quien haya sido declarado culpable de la comisión de un ilícito penal y por otro lado, no es posible sin quebrantar el principio *non bis in idem*, intimamente unido al de legalidad, hacer concurrir penas y medidas de seguridad sobre tipos de hecho igualmente definidos, y ello aunque se pretenda salvar la validez de la concurrencia de penas y medidas de seguridad diciendo que en un caso se sanciona la “culpabilidad” y en el otro la “peligrosidad”.

Por lo que se refiere a la tercera de las Sentencias citadas, la de 21 de febrero de 1986, su relevancia es menor por cuanto el Tribunal Constitucional no entra en el análisis de fondo de las alegaciones producidas al desestimar el recurso de amparo, al no haberse siquiera mencionado en

el proceso judicial anterior los derechos o libertades supuestamente transgredidos. Sin embargo, debe señalarse cómo por parte del recurrente vuelven a plantearse cuestiones esenciales relativas a la legislación de peligrosidad: su inconstitucionalidad conforme el artículo 25.1 de la Constitución o de sus artículos 17.1 y 25.2 desde una visión realista de la ejecución de las medidas.

Por su misma importancia interesa resumir los planteamientos de las referidas Sentencias de 27 de noviembre de 1985 y 14 de febrero de 1986:

- Condena de peligrosidad para la que se requiere concurrencia de medios de prueba, sin los que es operativa la presunción de inocencia del artículo 24.2. Más aún, imposibilidad de condena de peligrosidad, sin previa condena penal, en las medidas post-delictuales.

- concepción realista de las medidas de seguridad como instrumento jurídico equivalente a las penas, por el modo en que se ejecutan.

- identidad entre los hechos por los que se condena penalmente y los que “motivan” la condena por peligrosidad. Incluso, hay ocasiones en que la descripción legal de los estados peligrosos recoge auténticos “tipos de hecho”.

- diferencia meramente *formal* entre ambas condenas.

- posible operatividad del principio *non bis in idem*, por razón de duplicidad de sanciones por los mismos hechos y por la puesta en marcha de dos procedimientos que pueden llegar teóricamente a conclusiones contradictorias respecto los hechos probados.

A nadie se le oculta la importancia de estas conclusiones por su incidencia en el terreno de la peligrosidad criminal y los límites que se producen a las reacciones jurídicas articuladas en nuestro derecho positivo, por más que algunas de las afirmaciones vertidas por las Sentencias comentadas sean técnicamente discutibles. Ello permite, no obstante, replantearse desde la perspectiva del principio de legalidad no sólo los aspectos puntuales traídos a colación por esta Sentencia sino el conjunto de la problemática que plantea la legislación de peligrosidad e incluso su misma subsistencia desde la referida óptica garantista.

3.2. Peligrosidad y principio de legalidad

En primer término merece destacarse cómo el art. 25.1 de la Constitución no contiene alusión alguna a las medidas de seguridad, refiriéndose a la posibilidad de ser “condenado o sancionado” como consecuencia, tan sólo, de la realización de “delito, falta o infracción administrativa”. Sin embargo el apartado 2 del mismo artículo alude expresamente a las medidas de seguridad, junto a las penas privativas de libertad, cuando se trata de garantizar constitucionalmente su orientación resocializadora. El art. 25.2, de más que deficiente textura y contenido contradictorio, por los términos en que se desarrolla su discusión parlamentaria (sobre el alcance del art. 25.1 y 2. vid. Cobo del Rosal, M. y Boix Reig, J.: *Garantías constitucionales del derecho sancionador y Derechos fundamentales del condenado: reeducación y reinserción social*, en Comentarios a la legislación penal. cit. T.I, pp. 191 a 227), ha sido recordado por el Ministerio Fiscal en ambos procedimientos ante el Tribunal Constitucional en orden a cifrar el carácter constitucional de las medidas de seguridad y, por ende, de la legislación sobre peligrosidad.

Debe observarse cómo en realidad sólo se citan las medidas de seguridad a efectos de ejecución, aludiéndose únicamente a “pena de prisión” cuando se trata de preservar los derechos fundamentales del “condenado”. Se trata, como se ha dicho, de meras deficiencias del texto constitucional, debiéndose entender las mencionadas referencias no en sentido jurídico-formal sino desde una perspectiva material, que de otra parte vendría a abundar en la tesis sostenida por el máximo Tribunal, de identidad real de las consecuencias jurídicas dimanantes del proceso penal y del originado por peligrosidad.

No obstante, por su diverso presupuesto y fundamento, no cabe identificar pena y medida de seguridad, al menos teóricamente y como punto de partida, por mas que en la práctica, por muy diversas razones, sean lo mismo. En suma, al referido nivel discursivo, pena y medida son respuestas “distintas”, con diverso fundamento (De interés, Rodríguez Mourullo, G.: *Significado político y fundamento ético de la pena y medida de seguridad*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1985, p.4 y ss).

Otra cosa es la visión realista con que opera el Tribunal Constitucional y la identidad de fines, a menos a nivel ejecutivo, que a pena y medida de seguridad reconoce la propia Constitución, e incluso la perspectiva también realista a que se llega por la misma construcción, como ya se ha

afirmado, del art. 25.2 del texto constitucional. Sólo desde esta perspectiva podrán articularse formulaciones, ciertamente discutibles, que hagan posible la aplicación de exigencias garantistas concretas contenidas en el art. 25.1, en el que no se citan las medidas de seguridad.

3.3. *Análisis desde exigencias de seguridad jurídica*

Desde la configuración de un modelo constitucional de Estado de Derecho, en el artículo 1 apartado 1 de la Constitución, desarrollado, a estos efectos, en su art. 9.3, cabe señalar que el principio de legalidad, la irretroactividad de normas limitadoras de derechos, en suma la *seguridad jurídica* se convierte en quicio de toda normativa que afecte a los derechos del ciudadano. Desde esta perspectiva cabe avanzar que todo derecho de medidas tendrá siempre dificultades de encaje en dicho modelo, por cuanto su articulación en modo alguno podrá conjugarse con la requerida seguridad jurídica, no pudiendo hacerse compatible con el principio de legalidad, irrenunciable en el vigente Derecho penal, por su misma contradicción estructural.

No es el momento de hacer un análisis minucioso de la cuestión planteada (para ello vid. Jorge Barreiro, A.: *Las medidas de seguridad en el Derecho español*. Ed. Civitas. Madrid. 1976 y el libro colectivo *Peligrosidad Social y Medidas de Seguridad*. Valencia 1974). Sí puede hacerse, sin embargo, una síntesis, vistas por ejemplo las previsiones de la vigente Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social (L.P. y R.S.). El cuestionamiento de la compatibilidad de la normativa sobre peligrosidad y las ya aludidas exigencias constitucionales, procede tanto de la configuración de los presupuestos como de las consecuencias jurídicas (vid. Rodríguez Devesa, J. M^a).

De acuerdo con lo establecido en el art. 2 de la LP y RS el presupuesto viene dado por la concurrencia probada de alguno de los supuestos de estado peligroso incluidos en dicho precepto junto a la apreciación en el sujeto de la llamada "peligrosidad social". La mera lectura de los referidos estados de peligrosidad evidencia la mencionada falta de seguridad jurídica, lo que es más que patente a la hora de determinar el juicio de peligrosidad. Por lo que atañe a los estados de peligrosidad cierto es que en algunos casos concurre necesariamente la comisión de delito (caso de uno de los supuestos contenido en el número 8; tráfico de drogas), pero no es así en otros en los que si bien se establecen que determinados actos constituyen estado peligroso no presuponen la comisión de delito llegándose al extremo de presupuestos que reflejan actitudes o en cualquier

caso situaciones difícilmente objetivables (p. ej. supuestos de los números 1, 9 y 10). Estos últimos casos, en la medida en que son pre-delictuales, es decir, no requieren que el hecho generador del estado peligroso sea, a su vez, delictivo, se rechazan, por inconstitucionales, por un sector, cada vez más abundante, de la doctrina, no encontrándose entre las previsiones sobre peligrosidad contenidas en el Proyecto de Código Penal de 1.980 ni en la Propuesta de Anteproyecto de Nuevo Código Penal de 1.983 (PANCP).

En todo caso, el otro elemento configurador del presupuesto, la concurrencia de *peligrosidad social*, plantea toda suerte de objeciones desde la perspectiva constitucional. La concreción de tal clase de peligrosidad que excede el ámbito de lo criminal, no bastando pues que el carácter peligroso del sujeto lo sea, en función de la comisión de futuros delitos (interpretación avalada por el supuesto del núm. 10, salvo que se sostenga que por parte del legislador se pretendía una absurda redundancia) y la total falta de garantía por parte de los diversos métodos de prognosis, carentes de científicidad (vid. Vives Anton, T.S.: *Métodos de determinación de la peligrosidad*, en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, cit. p. 389 y ss.) ponen de manifiesto lo dicho.

Desde la consideración como Derecho penal de la legislación de peligrosidad, eludiendo posiciones que pretenden otorgarle naturaleza administrativa, siquiera sea por mor de una profunda consideración de los derechos ciudadanos, aunque lógicamente no sólo por ello, no podremos hablar de un Derecho penal, todo él, de culpabilidad, de responsabilidad penal por el acto cometido, etc... Sería contradictorio con la inclusión de un derecho de medidas.

A igual conclusión se llega desde el análisis de la consecuencia jurídica; la medida de seguridad. Por más que se pretenda a nivel legislativo un acotamiento de las medidas, es lo cierto que su efectiva concreción es imposible a priori. Ciertamente, debe afirmarse que las medidas de seguridad, por su propia naturaleza, requieren de la indeterminación, en función del pronóstico y su efectiva posterior verificación.

3.4. *Acotamiento a la determinación de las medidas de seguridad*

Por más que sea contradictorio con su propia naturaleza, se pretende, desde diversas perspectivas, acotar el alcance de las medidas de seguridad, pretendiendo con ello argüir que, en tales casos, nos encontramos con un sistema jurídico de medidas acorde con exigencias propias del

principio de legalidad. Considero que con ello se consigue plasmar en mayor medida las contradicciones propias del sistema, evidenciando el núcleo del problema en los términos antes enunciados.

Como ya se ha indicado, por las razones ya señaladas, el primer acotamiento relevante tiene lugar con el rechazo doctrinal de las llamadas medidas pre-delictuales a las que se tacha, con razón, de inconstitucionales. Debe tenerse en cuenta que, con este planteamiento, subsisten las post-delictuales, que junto con la problemática avanzada anteriormente plantearán, tal como se indica en la jurisprudencia constitucional objeto de esta conferencia, la relativa al principio *non bis in idem*.

El segundo momento, a mi entender trascendente, en este proceso de limitación o determinación de las medidas, tiene lugar mediante la introducción de la idea de *proporcionalidad*, ínsita de otra parte en el art. 25.1 de la Constitución. De ello es significativo el art. 88.1 de la PANCP: "Las medidas de seguridad serán necesariamente proporcionadas a la peligrosidad criminal del sujeto y a la gravedad del hecho cometido y de los que sea probable que aquél pueda cometer". La simple lectura del texto propuesto pone de manifiesto, una vez más, el absurdo de establecer *límites contra natura*. Basar la proporcionalidad de la medida en un más que cuestionable juicio de prognosis, en una idea de "probabilidad" no deja de ser un contrasentido, por más que ello sea loable por la pretensión de ubicar el derecho de medidas en las coordenadas garantistas del Derecho penal, en evitación de desmanes que afecten a derechos y libertades fundamentales.

Este proceso paulatino de acotamiento a las medidas de seguridad, pone de manifiesto cómo se está produciendo un "corrimiento" de las categorías peligrosidad-medidas de seguridad a las específicas culpabilidad-pena, con las garantías que estas compartan. A este mismo proceso creo que responden las recientes Sentencias del Tribunal Constitucional sobre la materia.

3.5. Posición del Tribunal Constitucional. Crítica

Por todo lo dicho, las sentencias del Tribunal Constitucional de 27 de noviembre de 1.985 y 14 de febrero de 1986 son, sin duda, más que lógicas incluso en las apreciaciones que realizan respecto la aplicación del principio *non bis in idem*. Desde la aludida perspectiva realista y el mencionado "corrimiento" de los contenidos de ciertas categorías jurídicas, cabe sostener la tesis de nuestro más elevado Tribunal.

Ahora bien, debe matizarse que dicha jurisprudencia sólo es aceptable desde el citado enfoque, lo que, hay que tener en cuenta, comporta, siquiera sea por vía indirecta la inconstitucionalidad de la legislación sobre peligrosidad en su conjunto, se encuentre incluida o no en el propio Código penal, dado que partiendo de la inconstitucionalidad de las medidas (estados) predelictuales, lo que ya es admitido doctrinalmente, habrá que llegar a igual conclusión respecto las postdelictuales en la medida en que supongan doble sanción, incidiendo en el principio *non bis in idem*.

Por vía teórica, con independencia de lo argumentado hasta ahora por el Tribunal Constitucional, puede llegarse a similares conclusiones. Y ello desde dos puntos de vista. De una parte, como ya se ha señalado, la propia esencia y estructura del juicio de peligrosidad es contraria *per se* a las exigencias de seguridad jurídica propias e inherentes al Estado de Derecho. Por otro lado, la cobertura constitucional a los derechos y libertades fundamentales, supone que cualquier limitación a los mismos, sin norma previa que la habilite y criterios de concreción suficientes es contraria a la dignidad humana (art. 10 de la Constitución). Como algún autor ha indicado, la protección constitucional de la dignidad humana comporta un reconocimiento implícito, igualmente constitucional, del principio de culpabilidad, incompatible con el juicio de peligrosidad, por más que a éste se le establezcan límites propios de aquél, como es requerir la condición de postdelictual o introducir el criterio de proporcionalidad. Limitaciones que, como ya se ha puesto de manifiesto, evidencian una absoluta contradicción por parte de sus proponentes. Limitaciones ciertamente relativas, por cuanto no operan en la concreción final de la medida de seguridad, ofreciendo tan sólo un límite o marco en cuyo seno se tendrá finalmente en cuenta el propio juicio de peligrosidad en orden a la concreción última de la medida.

Puede objetarse, como así se ha hecho, a este tipo de planteamientos, que el art. 25.2 de la Constitución en su primer inciso constitucionaliza las medidas de seguridad al referirse expresamente a ellas. Frente a ello cabe realizar muy diversas consideraciones.

Podría partirse de que impedir su inconstitucionalidad no obliga a su regulación (sólo que no es inconstitucional); en tal caso habría que ir a una política legislativa sumamente restrictiva, que atendiera claramente a exigencias implícitas y explícitas del Estado de Derecho. Desde esta perspectiva no sería inconstitucional la exigencia de regulación al respecto, pero sí podría serlo en función de cómo se regule.

Cabe también interpretar que las medidas a que se refiere el art. 25.2 (se habla de sus fines) son tan sólo aquellas que *pueden* articularse en un Estado de Derecho, en los términos concebidos en nuestra Carta Magna; sólo aquellas que se prevén en nuestro Código penal ante la realización de hechos típicos por parte de inimputables o, en su caso, semiinimputables (de interés, trabajo citado de Rodríguez Devesa). A conclusión similar puede llegarse desde la interpretación de las tantas veces mencionada sentencia constitucional en la materia, por la operatividad del principio *non bis in idem*.

3.6. Nota sobre el desarrollo del principio *non bis in idem*

No es el momento de insistir en la relevancia del principio *non bis in idem*, de trascendencia material, evitando la duplicidad de sanciones, y de evidente relevancia procesal. Debe destacarse cómo el asentamiento definitivo del meritado principio en nuestro Ordenamiento jurídico discurre mediante un proceso progresivo de constitucionalización del mismo y un reconocimiento ciertamente depurado de dicho principio a nivel legislativo.

Del proceso de constitucionalización, mediante un reconocimiento implícito en el art. 25.1 de la Constitución, data de la S. de 30 de enero de 1.981 y la muy importante S. de 3 de octubre de 1.983, ambas del Tribunal Constitucional (al respecto mi trabajo sobre *El Principio de legalidad en la Constitución*, cit. pp. 71 y 72). Doctrina que adquiere alcance de gran interés, como hemos visto, para la legislación sobre peligrosidad en la S. de 27 de noviembre de 1.985.

A nivel legislativo ordinario es manifiesto que las reformas legislativas se van produciendo con un creciente respeto a las exigencias derivadas del principio *non bis in idem*, con formulaciones legales ciertamente acabadas y dignas de encomio desde una perspectiva técnico-jurídica. Basta citar, a título de ejemplo, el art. 77.6 de la Ley General Tributaria, modificada por Ley 10/1.985, de 26 de abril (“En los supuestos en que las infracciones pudieran ser constitutivas de los delitos contra la Hacienda Pública reguladas en el Código penal, la Administración pasará el tanto de culpa a la jurisdicción competente y se abstendrá de seguir el procedimiento sancionador mientras la autoridad judicial excluirá la imposición de sanción administrativa. De no haberse estimado la existencia de delito, la Administración continuará el expediente sancionador en base a los

hechos que los Tribunales hayan considerado probados”) o el art. 610.2 de la PANCP.

De este proceso, que podríamos calificar de “plena instauración” del principio *non bis in idem* en nuestro Ordenamiento jurídico cabe concluir que las consecuencias de la vigencia del meritado principio afectan en su totalidad a todos los sectores jurídicos. Consecuencias materiales, no duplicidad de sanciones, y consecuencias procesales, es decir tanto la prioridad jurisdiccional, que comporta la preferencia en el enjuiciamiento por parte de los Tribunales y la plena eficacia en la Administración de los hechos declarados probados por éstos, como la no duplicidad de procedimiento que puedan generar contradicción respecto los hechos probados, son operativas también en el proceso de peligrosidad en relación con el correspondiente proceso penal.

Todo ello puede llevar aún más lejos en este caso. Podríamos concluir que el principio *non bis in idem* obliga a dar prioridad al proceso penal relativo a la comisión o no de un delito sobre el correlativo proceso por peligrosidad. Las consecuencias, antes relatadas, de dicho principio y el contenido sin duda más garantista, por razones procesales y sustanciales, del primero (por tanto también en función de lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución), obligan a configurar otra consecuencia de carácter fundamentalmente sustancial, si bien aparentemente procesal, en orden a potenciar la prioridad del juicio de culpabilidad sobre el de peligrosidad. De lo contrario, el principio *non bis in idem*, en la línea planteada por la Sentencia 27 de noviembre de 1.985, podría provocar una facultad de exclusión desde el proceso por peligrosidad, arbitraria en la decisión y, por supuesto, con muy limitadas garantías, por más que sea en alguna medida indeterminada en sus consecuencias. A esta misma conclusión, por las razones ya apuntadas llega la Sentencia de 14 de febrero de 1.986, exigiendo la previa declaración de culpabilidad por la comisión de un delito, para poder imponer la correspondiente medida de seguridad post-delictual.

ADDENDA

Una vez realizado este trabajo, el Tribunal Constitucional en Sentencias de 11 de noviembre de 1.986 y 16 de diciembre de 1.986 ha resuelto que en materia penal debe darse la reserva de ley Orgánica cuando se afecta la libertad, es decir, cuando se trate de penas privativas de libertad. Sentencias vertidas sobre la referida ley de Control de Cambios, en

lo relativo a delitos monetarios, y que resuelve tan sólo sobre cuestión objeto del recurso de amparo. Quedan, pues, pendientes otras cuestiones sobre el mismo tema, que ahora no se entra a analizar. Dejamos para un posterior trabajo el estudio de las mencionadas sentencias, en la línea de la tesis sustentada en este estudio: en el ámbito jurídico-penal sólo es admisible la *reserva absoluta de Ley Orgánica*.