

LEGALIDAD PENAL Y RESERVA DE LEY EN LA CONSTITUCION ESPAÑOLA

CARMEN LAMARCA PEREZ

SUMARIO: 1. LA LEGALIDAD CONSTITUCIONALIZADA, FUNDAMENTO Y LÍMITE DEL DERECHO PENAL.—2. LAS EXIGENCIAS JURÍDICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU PROTECCIÓN EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL.—3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA EXIGENCIA DE FORMA DE LEY.—4. LAS LEYES ORGÁNICAS Y SU DISCUTIBLE ALCANCE EN MATERIA PENAL.

1. LA LEGALIDAD CONSTITUCIONALIZADA, FUNDAMENTO Y LIMITE DEL DERECHO PENAL

Como sucede con otros conceptos tradicionales de nuestra cultura jurídica, el principio de legalidad ha recibido en su formación el impulso de filosofías e intereses diversos y a veces contradictorios. Seguramente, y por paradójico que parezca a una mentalidad moderna, sin el proceso de concentración del poder dirigido por la monarquía absoluta hubiese triunfado la *libertas* medieval, que aún se aprecia en la Carta Magna (1), pero no la libertad de las revoluciones francesa o americana; hubiera prevaecido la costumbre y el *status* jurídico subjetivo, pero no la ley abstracta y general ni el *homo iuridicus* de la codificación. Por ello, quizá no sea exagerado hablar, como hace KOFLER (2), de un absolutismo progresista cuyos intereses con-

(1) Véase M. GARCÍA PELAYO, «La idea medieval del Derecho», en *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Revista de Occidente, Madrid, 1968, pp. 90 y ss.

(2) L. KOFLER, *Contribución a la historia de la sociedad burguesa* (1948), Editorial Amorrortu, Buenos Aires, 1974, pp. 97 y ss.

fluyen con los de la burguesía en la necesidad de imponer una ordenación centralizada y unitaria donde fuese posible el cálculo y la previsibilidad de las acciones.

Me parece, sin embargo, que sería una reconstrucción puramente formalista situar el origen de la legalidad penal en el marco histórico de la monarquía absoluta; formalismo equiparable al de aquellos intentos no muy lejanos en que se quiso identificar el Estado de Derecho con un simple Estado de leyes (3). El principio de legalidad supone, desde luego, el monopolio normativo de la ley estatal frente a las costumbres sociales, los cánones de la Iglesia o los privilegios feudales, pero supone ante todo una determinada forma de concebir el ejercicio del poder y, en particular, del *ius puniendi*, donde la ley aparece no sólo como vehículo de la voluntad del soberano, sino como su límite. Con razón se ha dicho que el principio de legalidad es un hijo de la Ilustración (4), esto es, de la cultura que, desde una perspectiva liberal y contractualista, ofreció por primera vez respuestas globales y articuladas al problema penal (5).

El célebre *Tratado* de BECCARIA puede servirnos de ejemplo: «... cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que venía a ser inútil por la incertidumbre de conservarla... sacrificaron una parte de ella para disfrutar la restante con seguridad y tranquilidad» (6). Aquí reside la legitimidad del poder político, pero al mismo tiempo su límite infranqueable; el fundamento del derecho de castigar no es otro que la «necesidad de defender el depósito de la salud pública», de modo que las penas serán tanto más justas «cuanto más sagrada e inviolable es la seguridad y mayor la libertad que el soberano conserva a sus súbditos» (7). Las cláusulas del pacto social dan vida a la sociedad política y son, al mismo tiempo, el límite de su poder organizado.

(3) Estoy pensando, por ejemplo, en el libro del SERVICIO INFORMATIVO ESPAÑOL *España, Estado de Derecho (Réplica a un informe de la Comisión Internacional de Juristas)*, Madrid, 1964.

(4) W. SAX, «Grundsätze der Strafrechtsplege», en BETTEIMANN, NIPPERDEY y SCHEUNER, *Die Grundrechte*, tomo III, vol. 2.º, Berlín, 1959, p. 992.

(5) En este sentido, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, volumen I, *Assolutismo e codificazione del Diritto*, Il Mulino, Bolonia, 1976, p. 385.

(6) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene* (1964), a cargo de F. VENTURI, Einaudi, Turín, 1981, cap. I, p. 11. Desde la versión de JUAN ANTONIO DE LAS CASAS de 1774 existen numerosas traducciones y ediciones españolas, entre ellas la de F. TOMÁS Y VALIENTE, Aguilar, Madrid, 1969.

(7) C. BECCARIA, *Dei delitti e delle pene*, cit., cap. II, p. 12.

Así, pues, el *nullum crimen, nulla poena sine lege* no nace como una simple regla técnica al servicio de un propósito ordenador o racionalizador, sino como un auténtico límite al *ius puniendi* y, por tanto, como una garantía de la libertad. De ahí que, al igual que sucede con el conjunto de derechos fundamentales, la legalidad penal sólo pueda presentar su fisonomía genuina cuando cristaliza en un texto constitucional que no sea mera norma programática o simple criterio de distribución de competencias estatales, es decir, en un texto constitucional dotado de auténtica fuerza normativa como fuente del Derecho (8).

Sólo de este modo es posible asegurar el sometimiento del legislador a las exigencias del principio de legalidad y, con ello, convertir dicho principio en una auténtica garantía individual limitadora del poder; pues parece bastante obvio que en otro caso es el propio legislador quien puede sentir la tentación de burlar alguna de las consecuencias derivadas de la máxima legalista, sobre todo en los sistemas contemporáneos, donde el Parlamento no encarna una legitimidad diferente a la del poder ejecutivo, como sucedía, por ejemplo, en las Cortes medievales, sino que, por la propia lógica del sistema de gobierno mayoritario, se concilia perfectamente con aquél. En tales condiciones, no sería improbable que una ley se dotase de fuerza retroactiva o que describiese los elementos del tipo con absoluta ambigüedad e imprecisión, ni que el Parlamento decidiese deslegalizar una materia, atribuyendo sus propias facultades normativas al gobierno, o que, sencillamente, abriese las puertas a la interpretación analógica.

2. LAS EXIGENCIAS JURIDICAS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SU PROTECCION EN EL ORDENAMIENTO ESPAÑOL

¿Responde nuestro ordenamiento a la caracterización que hemos propuesto del significado político y de las implicaciones jurídicas del principio de legalidad? En verdad, la Constitución española no ofrece dudas en cuanto a su fuerza normativa o cualidad de fuente del Derecho y, por lo demás, son muy numerosas las reservas de ley o las alusiones a la legalidad contenidas a lo largo de su articulado. Lo cierto es, sin embargo, que un examen atento de sus preceptos penales resulta en cierto modo desalentador y exige

(8) Véase L. PRIETO SANCHIS, «El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución», en *Anuario de Derechos Humanos*, 2, 1983, p. 372.

un esfuerzo hermenéutico que debiera ser innecesario en una Constitución como la española de 1978.

En efecto, de un lado el principio de legalidad requiere que sea la ley el instrumento normativo que monopolice la regulación de todos aquellos aspectos que intervienen en la represión penal, desde la fijación de la conducta delictiva al cumplimiento de la condena, pasando por la determinación de la pena y de los requisitos procedimentales y del órgano jurisdiccional; son las clásicas garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución. Pero, por otro lado, la exigencia no se circunscribe a que dichas regulaciones figuren en una categoría normativa denominada ley; es preciso además que esta última reúna ciertos requisitos y, en concreto, que sea una ley *praevia*, lo que conlleva la prohibición de la retroactividad; que sea una ley *scripta*, lo que por regla general se interpreta no sólo como una exclusión de la costumbre, sino también como una exigencia de reserva de ley, esto es, de reserva en favor de la decisión parlamentaria; que sea una ley *stricta* o, mejor dicho, que se aplique estrictamente y sin permitir el razonamiento analógico, y, por último, que sea una ley *certa* o precisa, lo que equivale a un principio de taxatividad o determinación en la descripción de los elementos de la norma capaz de impedir o cercenar el arbitrio judicial (9).

Pues bien, es ciertamente difícil reconstruir estas garantías y exigencias con el solo auxilio de la Constitución. Para empezar, las básicas garantías criminal y penal no se hallan claramente recogidas y resulta dudoso si derivan de la ambigua referencia a la «legalidad» del artículo 25.1, de la genérica reserva de derechos fundamentales del artículo 53.1 o, en fin, de la reserva de ley orgánica del artículo 81.1, según examinaremos más adelante (10).

(9) Véase, en este sentido, G. GRUNWALD, «Bedeutung und Begründung des Satzes nulla poena sine lege», en *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, 76, 1964; W. HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, traducción y notas de F. MUÑOZ CONDE y L. ARROYO ZAPATERO, Bosch, Barcelona, 1984, pp. 313 y ss.; H. H. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, parte general, traducción y adiciones de Derecho español por S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, vol. 1.º, Bosch, Barcelona, 1981, pp. 173 y ss.; S. MIR PUIG, *Derecho Penal. Parte general*, P.P.U., Barcelona, 1984, p. 63, quien incluye el significado de *lex certa* dentro del concepto *lex stricta*; H. L. SCHREIBER, *Gesetz und Richter. Zur Geschichtlichen Entwicklung der Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Frankfurt am Main, 1976, pp. 201 y ss.

(10) Propiamente, el artículo 25.1 únicamente recoge la garantía criminal y sólo mediante un esfuerzo interpretativo puede considerarse incluida la penal. Véase J. BUSTOS RAMÍREZ, «Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria», en *Las fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de

La garantía jurisdiccional puede hacerse descansar en el artículo 24.1, aunque también de un modo poco satisfactorio (11); y lo mismo puede decirse del artículo 25.2 respecto de la garantía de ejecución (12). No es extraño, por ello, que la doctrina se haya visto estimulada a buscar en la cláusula de los derechos humanos el fundamento general de unas garantías cuya mención expresa ha sido omitida por la Constitución.

Por lo que se refiere a las exigencias o condiciones que ha de reunir la propia ley, el juicio no puede ser mucho más positivo. Es verdad que la irretroactividad se halla reconocida por partida doble (arts. 9.3 y 25.1), pero, en cambio, el requisito de la *lex scripta* y la consiguiente reserva de ley suscita graves dificultades. De igual modo, los constituyentes desaprovecharon la oportunidad de consagrar el principio de taxatividad o certeza, así como de rechazar el razonamiento analógico, que sólo pueden hacerse derivar de la Constitución a través de la cláusula genérica de la seguridad jurídica (art. 9.3).

La regulación constitucional del principio de legalidad penal no parece, por tanto, plenamente satisfactoria. Con todo, pienso que el sistema político y jurídico general diseñado por la Constitución debe estimular un esfuerzo hermenéutico que permita colmar sus lagunas e integrar sus insuficiencias a fin de que, cuando menos, las garantías que aquélla ofrezca no sean inferiores a las que reconoce el Código Penal (13). Paradójicamente, pues, no nos hallamos ante el postulado de interpretar la ley y en especial el viejo ordenamiento de acuerdo con las orientaciones de la Constitución, sino al contrario, ante lo que HESSE ha llamado *gesetzeskonforme Auslegung der Verfassung* o interpretación de la Constitución conforme a la ley (14), técnica por lo demás expresamente admitida en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (15), quien incluso la ha utilizado para sostener la retroactividad de las

Lleida, 1983, p. 108. El Código, en cambio, es mucho más explícito, tutelando la garantía criminal en los artículos 1 y 2 y la penal en el 2 y 23.

(11) Lo que obliga a recurrir a la legislación ordinaria y, en concreto, al artículo 1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 80 del Código Penal.

(12) La garantía de ejecución figura en el artículo 81 del Código Penal.

(13) En igual sentido, L. ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 8, 1983, p. 11.

(14) K. HESSE, *Grundzüge der Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (1967), C. F. Müller, 13.ª ed., Karlsruhe, 1982, p. 33. Véase E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, pp. 477 y ss.

(15) Sentencia del Tribunal Constitucional 22/1984, de 17 de febrero, fundamento 3.º

normas sancionadoras favorables (16). Se trata, en resumen, de atribuir a las cláusulas constitucionales un significado tan amplio y vigoroso como autorice su propio texto y sea viable obtener de la legalidad ordinaria.

Obviamente, motivos de espacio recomiendan no profundizar en el examen detallado de cada uno de los aspectos o dimensiones de la legalidad penal. En las próximas páginas nos ocuparemos tan sólo de los problemas relativos a la reserva de ley, pero insistiendo en la necesidad de integrar los preceptos constitucionales a la luz de una tradición jurídica que en nuestro caso aparece plasmada en el Código Penal. En realidad, la Constitución incorpora con frecuencia nociones preexistentes que vienen asumidas como límites a la acción legislativa; piénsese, por ejemplo, en el derecho de propiedad, que se proclama y no se define, o en la alusión al contenido esencial de los derechos fundamentales (art. 53.1). En estos casos, se produce una suerte de constitucionalización de la legalidad ordinaria e incluso de conceptos propios de la cultura jurídica (17). La legalidad penal, cualquiera que sea el precepto constitucional en que resida, debe, por tanto, recoger el significado y alcance que le es propio en nuestro Derecho, dentro, naturalmente, del respeto a las reglas de la interpretación.

3. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y LA EXIGENCIA DE FORMA DE LEY

Como es sabido, el constituyente español renunció a codificar las materias reservadas a la ley siguiendo el modelo, por ejemplo, del artículo 10 de la antigua Ley de Cortes; tal vez fuese la mejor o la única solución a la vista de la organización autonómica del Estado e incluso del modelo de legitimidad política de nuestro sistema parlamentario, pero en todo caso ello obliga a buscar a lo largo del articulado las concretas plasmaciones de esta segunda dimensión del principio legalista (18), con la dificultad añadida de que el

(16) Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981, fundamento 3.º

(17) Véase A. PREDIERI, «El sistema de las fuentes del Derecho», en *La Constitución española de 1978*, estudio dirigido por PREDIERI y GARCÍA DE ENTERRÍA, Civitas, Madrid, 1980, pp. 196 y ss.

(18) Al menos desde O. MAYER es corriente distinguir entre dos proyecciones de la máxima legalista: la supremacía y la reserva. La primera supone sencillamente que la ley se impone a cualquier otro producto normativo; de acuerdo con la segunda, la

texto constitucional no emplea siempre una misma fórmula de reserva ni todas ellas parecen revestir una misma fuerza o vigor. Precisamente, la materia penal se caracteriza por recibir un tratamiento que, cuando menos, puede calificarse de ambiguo, y quizá esta circunstancia ha estimulado la aparición de alguna tesis radical y por lo demás muy minoritaria que sencillamente rechaza la posibilidad de derivar dicha reserva a partir del texto constitucional; «en este punto —escribe RODRÍGUEZ DEVESA— debe interpretarse la Constitución a la vista de los antecedentes históricos» (19), lo que, al parecer, permitiría que la legislación delegada, los polémicos bandos militares y las ordenanzas de necesidad o leyes de emergencia entrasen a regular materia penal (20).

Desde luego, esa postura no es compartida por ningún sector de la literatura jurídico-penal española, que estimula una interpretación constitucional que sea fiel al modelo de Estado de Derecho acogido por el texto de 1978, en el que el principio de legalidad penal siempre ha representado una de las claves del sistema (21). La disputa comienza, sin embargo, a la hora de fijar el alcance del principio en nuestro ordenamiento y, unido a ello, de determinar el concreto precepto encargado de otorgarle carta de naturaleza constitucional; en mi opinión, los problemas derivan de una redacción poco feliz del artículo 25.1 y, sobre todo, de la confusión y de las dudas que en el esquema de fuentes vienen propiciando las llamadas leyes orgánicas.

En efecto, el artículo 25.1 establece que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no

ley debe preceder a cualquier otra norma en la regulación de la materia afectada. Véase *Derecho Administrativo alemán*, vol. I, Depalma, Buenos Aires, 1980.

(19) J. M.^o RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español. Parte general*, Madrid 1981, p. 167.

(20) *Derecho Penal español*, cit., pp. 170 y ss. La tesis de RODRÍGUEZ DEVESA ha sido criticada por la doctrina; véase M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, «Sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo III, Edersa, Madrid, 1984, p. 9. En este sentido, quizá tenga razón ARROYO cuando señala que «las opiniones de RODRÍGUEZ DEVESA en este y otros puntos —como en el de los bandos militares, la pena de muerte, etc.— descansan en un no reconocimiento por parte del autor del valor normativo de la Constitución, para quien parece que no pasa de ser un conjunto sumamente imperfecto de declaraciones programáticas» (*Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, cit., p. 21, nota 35).

(21) Véase, a título de ejemplo, E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1.^a ed., Edicusa, Madrid, 1966, pp. 18 y ss.

constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento». ¿Puede considerarse este precepto fundamento bastante de la reserva penal? La respuesta negativa suele basarse principalmente en dos argumentos: la amplitud del término «legislación», que con frecuencia aparece como sinónimo del conjunto de normas estatales e incluso de todo el ordenamiento jurídico, y, en especial, la alusión que contiene el artículo 25.1 a las infracciones administrativas, frondoso bosque de nuestro ordenamiento jurídico donde la aplicación estricta de la reserva de ley no se juzga «indeseable», pero sí de «imposible realización» (22). Desde esta perspectiva, el auténtico reconocimiento del principio de legalidad penal se hallaría en el artículo 81.1 o en una interpretación armónica de este último y del artículo 53.1 (23).

En verdad, y cualquiera que sea el alcance de esos artículos, no deja de ser sorprendente que la legalidad penal haya de obtenerse por caminos tan tortuosos; porque, efectivamente, no parece que el artículo 81.1 sirva en principio un objetivo de reserva de ley entendida en el sentido tradicional de monopolio parlamentario, es decir, no parece que responda al propósito de impedir el ejercicio de la potestad reglamentaria de la Administración, sino

(22) M. COBO DEL ROSAL y T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho Penal. Parte general*, vol. I, Universidad de Valencia, 1980, pp. 72 y ss.; M. COBO DEL ROSAL y J. BOIX REIG, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Edersa, Madrid, 1982, pp. 191 y ss.

(23) En este sentido, véase M. COBO y T. VIVES, *Derecho Penal*, I, cit., pp. 72 y ss., y *Sobre la reserva...*, cit., pp. 12 y ss.; L. ARROYO ZAPATERO, *Principio de legalidad...*, cit., pp. 30 y ss.; J. BOIX REIG, «El principio de legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1983, p. 65; J. C. CARBONELL MATEU, *La justificación penal*, tesis doctoral, Madrid, 1982, pp. 112 y ss.; F. MUÑOZ CONDE, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de H. H. Jescheck*, vol. I, Bosch, Barcelona, 1981, p. 159; G. RODRÍGUEZ MOURULLO, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Edersa, Madrid, 1982, p. 94, y L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Reserva de ley orgánica para las normas penales», en *Comentarios a la legislación penal*, tomo I, Edersa, Madrid, 1982, p. 299, cita 2. A favor de una interpretación conjunta de los artículos 53.1 y 81.1 como fundamento de la legalidad penal, véase J. R. CASARÓ, «La capacidad sancionadora de la Administración en el proyecto de Código Penal», en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 287 y ss., y «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en *Estudios Penales y Criminológicos*, Universidad de Santiago de Compostela, 1982, pp. 249 y ss.

al deseo de establecer un procedimiento legislativo especial que garantice un consenso más amplio para la adopción de ciertas decisiones o normas. La reserva de ley orgánica, con independencia ahora de que afecte o no al Derecho penal, no es una reserva frente a la Administración, sino frente a unas mayorías parlamentarias que el constituyente juzgó endebles o insuficientes para legislar en determinadas materias (24). Y, por otra parte, ¿puede la ley orgánica agotar exhaustivamente la materia penal?; de no ser así, ¿qué suerte correrían aquellos aspectos del derecho punitivo no afectados de «organicidad» si resulta que tampoco el artículo 25.1 garantiza el principio de reserva? En otras palabras: la tesis comentada, por lo demás bien construida, creo que tiene que pagar un precio importante que consiste en interpretar el artículo 81.1 de modo que el ámbito de la ley orgánica se extienda a todo el Derecho penal; y no parece que ello pueda encontrar favorable acogida en una doctrina, incluida la del Tribunal Constitucional, que aboga por un uso restringido y cauteloso de la nueva categoría normativa. Pero sobre ello volveremos más adelante.

En realidad, no creo que las dificultades que presenta el artículo 25.1 sean tan graves como para prescindir de él en la delimitación de la reserva penal. Por el contrario, nada impide interpretar el término «legislación» en el sentido de rango de ley o incluso en el más limitado de ley formal (25). Por otra parte, la extensión del principio de legalidad al ámbito administrativo debe recibirse como una feliz iniciativa constitucional ante lo que se ha calificado de derecho represivo prebeccariano (26), en especial cuando parece que cada día son menos los que defienden esa «idea quimérica» (27) que veía

(24) Sobre el sentido político de las leyes orgánicas véase L. PRIETO SANCHIS, «Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución de 1978», en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, núm. 62, Madrid, 1981, pp. 125 y ss.

(25) J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, Tecnos, Madrid, 1981, pp. 179 y ss. En igual sentido, J. BUSTOS, *Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria*, cit., p. 102; J. TERRADILLOS, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, p. 181. Admite la consagración del principio de legalidad en el artículo 25.1 MADRID CONESA, pero en conexión con los artículos 53.1 y 81.1 estima que la materia penal puede ser regulada por medio de ley orgánica u ordinaria. *La legalidad del delito*, Universidad de Valencia, 1983, pp. 54-55.

(26) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, II, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 161.

(27) Véase A. MERKL, *Teoría general del Derecho Administrativo*, Ed. Nacional, México, 1980, pp. 348 y ss.

profundas diferencias cualitativas entre el delito y la infracción administrativa (28). En este aspecto, la doctrina del Tribunal Constitucional parece rotunda y merece atención: «Los principios inspiradores del orden penal son de aplicación, con ciertos matices, al derecho administrativo sancionador, dado que ambos son manifestaciones del ordenamiento punitivo del Estado, tal y como refleja la propia Constitución (art. 25, principio de legalidad)..., hasta el punto de que un mismo bien jurídico puede ser protegido por técnicas administrativas o penales» (29).

Por consiguiente, diríase que la alusión a la potestad administrativa de sanción, lejos de obstaculizar la interpretación del artículo 25.1 en términos de reserva de ley, constituye un estímulo para su acogida. El propio Tribunal Constitucional confirma la doctrina comentada cuando afirma que los límites de la potestad sancionadora «se encuentran contemplados por el artículo 25 de la Constitución y que dimanen del principio de legalidad de las infracciones y de las sanciones... que determina la necesaria cobertura... en una norma de rango legal» (30). Es más, el Tribunal Supremo no es ajeno a esta saludable tendencia hermenéutica: la potestad sancionadora debe actuarse «no a través del puro juego de la discrecionalidad, sino del estrictamente jurídico enmarcado por el principio de legalidad, que es decir los de tipicidad, antijuridicidad e imputabilidad dolosa o culpable» (31).

Por otra parte, no dejaría de resultar anómalo que una Constitución de signo garantista, que ha establecido un vigoroso sistema de recursos individuales para la protección de los derechos, abandonase, sin embargo, la defensa de la legalidad penal a la iniciativa de los que pudiéramos llamar recursos públicos o políticos. Porque, efectivamente, la ubicación del principio de legalidad tiene aquí consecuencias de suma importancia: el artículo 81.1 es un precepto que en terminología kelseniana cabe calificar de material-

(28) Así, entre otros, M. COBO y T. VIVES, *Derecho Penal*, cit., p. 52; J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal español*, cit., p. 57; J. BUSTOS, *Las fuentes del Derecho...*, cit., p. 107, y L. PRIETO SANCHIS, «La jurisprudencia constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, enero-abril de 1982, p. 102.

(29) Sentencia del Tribunal Constitucional 8/1981, de 8 de junio, fundamento 2.º

(30) Sentencia del Tribunal Constitucional 77/1983, de 3 de octubre, fundamentos 2.º y 3.º

(31) Sentencia del Tribunal Supremo, Sala IV, 30 de mayo de 1981. De la misma Sala véanse las sentencias de 23 de enero y 14 de febrero de 1981. De la Sala III se refiere a la reserva legal el fallo de 21 de octubre de 1980.

mente constitucional (32), es decir, un precepto que regula como *norma normarum* el modo de producción de leyes, en suma, que organiza y distribuye el poder entre órganos del Estado, pero que propiamente no limita externamente ese poder ni tutela derechos fundamentales; y de ahí que su violación no abra las puertas al recurso de amparo, sino al recurso y a la cuestión de inconstitucionalidad. Por el contrario, el artículo 25.1 aparece en la Sección 1.ª del Capítulo II del Título I, que es precisamente donde se recogen las libertades y derechos que constituyen el fundamento inspirador del modelo de relación individuo-Estado. Derivar la legalidad penal del artículo 25.1 y no del 81.1 supone concebirla como una garantía de la persona y no sólo como un criterio ordenador de las competencias de los distintos órganos estatales; supone hacer posible su defensa a través del recurso de amparo, y supone, en fin, traducir en términos jurídicos la filosofía que aquí hemos mantenido acerca del significado político de la máxima legalista. En otras palabras: el sentido político del principio de legalidad recomienda también situar su consagración constitucional en el artículo 25.1.

Según creo, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional confirma esta interpretación y sitúa inequívocamente la legalidad penal en el artículo 25.1: «El artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas» (33). En igual sentido, otro fallo alude a «los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el artículo 25 de la Constitución» (34). Es más, el Tribunal no duda en afirmar que el principio de legalidad del artículo 25.1 «se traduce en la reserva absoluta de ley» (35), o que «la 'legislación' en material penal y punitiva se traduce en la reserva absoluta de ley» (36). Por cierto que la última sentencia citada excluye expresamente que la reserva de ley en materia penal descansa en el artículo 81.1 o, con mayor precisión, que no es algo que «pueda deducirse sin más de la conexión del artículo 81.1 con el mencionado artículo 25.1».

(32) Véase H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, traducción de E. GARCÍA MAYNEZ, UNAM, México, 1979, pp. 308 y ss.

(33) Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981, fundamento 3.º

(34) Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de enero de 1981, fundamento 4.º

(35) Sentencia del Tribunal Constitucional de 7 de mayo de 1981, fundamento 7.º

(36) Sentencia del Tribunal Constitucional de 23 de febrero de 1984, fundamento 3.º

Ahora bien, ¿qué alcance tiene la calificación de la reserva como absoluta? Como es sabido, la distinción entre reserva absoluta y relativa se encuentra en la doctrina italiana y con ella se quiere aludir a la intensidad de la vinculación de una cierta materia a la ley o, dicho de otro modo, al ámbito más o menos extenso que puede ser delegado al desarrollo reglamentario. Lo que en todo caso excluye la reserva, sea absoluta o relativa, es la deslegalización o degradación de rango, pues ello supondría un fraude a las prescripciones constitucionales que han querido que determinadas decisiones sean adoptadas precisamente por el Parlamento (37).

Nos hallamos, por consiguiente, ante un problema cuantitativo o de grado. De una parte, la Constitución no especifica en cada caso la naturaleza de la reserva, sino que ésta debe obtenerse mediante un examen general del sistema de fuentes, tarea que en nuestro caso podemos obviar gracias a la doctrina inequívoca del Tribunal Constitucional. Pero, de otro lado, la calificación de una reserva como absoluta tampoco aclara por completo el panorama, ya que posiblemente no todas las reservas absolutas lo serán en la misma medida y, en todo caso, no parece que ninguna excluya de modo absoluto y rotundo la remisión reglamentaria (38). Conviene, pues, dilucidar en primer término las consecuencias generales de toda reserva de ley, entendiendo que éstas se verán acentuadas o reforzadas en los casos de reserva absoluta.

También aquí cabe recurrir a la doctrina del Tribunal Constitucional, quien, a propósito del artículo 36 (39), reconoce que el principio de reserva «no excluye, ciertamente, la posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias», pero siempre que cumplan ciertos límites o

(37) La distinción entre reserva absoluta y relativa, en C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. I, 9.ª ed., CEDAM, Padua, 1975, p. 343. Véase la sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, fundamentos 4.º y 5.º También E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, citado, I, p. 247, y L. PRIETO SANCHIS, en G. PECES-BARBA y L. PRIETO SANCHIS, *La Constitución española de 1978. Un estudio de Derecho y Política*, F. Torres, Valencia, 1981, p. 108.

(38) En palabras de MORTATI, la reserva «obliga a disciplinar de modo directo la materia reservada, haciendo posible delegar a fuentes subordinadas únicamente la emanación de disposiciones de detalle necesarias para la ejecución» (*Istituzioni di Diritto Pubblico*, cit., I, p. 343).

(39) El artículo 36 de la Constitución es del siguiente tenor: «La ley regulará las peculiaridades propias del régimen jurídico de los Colegios Profesionales y el ejercicio de las profesiones tituladas. La estructura interna y el funcionamiento de los Colegios deberán ser democráticos.»

exigencias, «que pueden resumirse en el criterio de que las mismas sean tales que restrinjan efectivamente el ejercicio de esa potestad (reglamentaria) a un complemento de la regulación legal que sea indispensable por motivos técnicos o para optimizar el cumplimiento de las finalidades propuestas por la Constitución o por la propia Ley» (40). En síntesis, el reglamento debe aparecer como una norma complementaria y no como un sustitutivo de la ley, y ha de ser además indispensable (41).

Si ésta es la postura del Tribunal Constitucional en relación con una «reserva relativa» como la que contiene el artículo 36, fácil es colegir que la legalidad penal deberá configurarse con rasgos aún más rigurosos, dado que el propio Tribunal la califica de «reserva absoluta». Por otra parte, creo que aquí es oportuno recordar el tenor del artículo 53.1, pues si bien, a mi juicio, no es en él donde se contiene el principio de legalidad penal, sí desempeña una función de refuerzo en relación con todos los derechos fundamentales del Capítulo II (42); función que adquiere especial importancia si tenemos en cuenta que el artículo 53.1 tiende a convertirse en el auténtico núcleo del principio de legalidad, heredero de la vieja reserva en favor de la libertad y de la propiedad: «Sólo por ley... debe entenderse en el sentido de cualquier regulación que ataña, de cualquier manera, el ejercicio de los derechos fundamentales, y, en concreto, en términos aún más amplios, al libre desarrollo de la personalidad» (43). Es evidente que de prosperar esta interpretación toda ley penal quedaría afectada por el artículo 53.1; y, en verdad, la conclusión no parece aventurada a la vista del carácter «absoluto» que el Tribunal Constitucional atribuye a la reserva del artículo 25.1.

¿Significa todo ello que las leyes penales en blanco deben reputarse in-

(40) Sentencia del Tribunal Constitucional 83/1984, de 24 de julio, fundamentos 4.º y 5.º

(41) Sobre la doctrina del «complemento indispensable», véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Tecnos, 2.ª ed., Madrid, 1981, pp. 162 y ss.

(42) De acuerdo con el artículo 53.1, «los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II 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)».

(43) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., pp. 223-224. Véase también NÚÑEZ-VILLAVEIRAN, «Delegaciones y autorizaciones legislativas en la Constitución», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, vol. III, p. 1527.

constitucionales? Aunque algunos autores así lo sostienen (44) y otros lo consideran dudoso (45), no creo que sea posible obtener conclusión tan radical. Es verdad que el Tribunal Constitucional ha declarado en alguna sentencia que «el hecho de que la ley sea la única fuente en materia de Derecho penal excluye la vinculación del juez a otras posibles fuentes» (46), pero también es cierto que el propio Tribunal no rechaza por principio que incluso las leyes orgánicas se remitan en ciertos aspectos a un posterior desarrollo reglamentario (47). Es más, implícitamente el Tribunal parece dar carta de naturaleza a las leyes penales en blanco cuando argumenta del siguiente modo: «Ni siquiera sucede en el presente caso que el artículo del Código Penal aplicable sea de aquellos que completan su tipo con remisión a disposiciones reglamentarias, como sucede, por ejemplo, con el 345 y el 565, párrafo 2.º, que se remiten a 'disposiciones sanitarias' o a la 'infracción de los reglamentos' para la integración del tipo, supuestos en los que las 'disposiciones' o los 'reglamentos' complementarios podrían ser alterados por otros posteriores de su misma naturaleza» (48); y algo análogo cabe decir de la presencia de elementos normativos que requieren un juicio de valor por parte del juez (49).

Naturalmente, que las remisiones que a veces contienen las leyes penales a otras normas de rango inferior no merezcan recibir sin más un reproche de inconstitucionalidad tampoco significa que todas las leyes penales en blanco resulten legítimas. Tal vez pudiéramos recurrir aquí también a la ya citada doctrina del «complemento indispensable», bien conocida en Derecho público y que parece haber sido recogida por el Tribunal Constitucional a propósito de una reserva como la del artículo 36 de la Constitución; aunque,

(44) Así M. COBO y J. BOIX, *Garantías constitucionales...*, cit. pp. 199 y ss.

(45) En este sentido, S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 68.

(46) Sentencia del Tribunal Constitucional 78/1984, de 9 de julio, fundamento 3.º

(47) Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1982, de 22 de febrero, fundamento 6.º

(48) Sentencia del Tribunal Constitucional de 30 de marzo de 1981, fundamento 4.º

(49) La Sentencia del Tribunal Constitucional 62/1982, de 15 de octubre, fundamento 7.º, se plantea la posible inconstitucionalidad de los artículos 431 y 566.5 del Código Penal por su referencia a conceptos tales como el pudor, las buenas costumbres, la moral o la decencia pública. El Tribunal rechaza la pretensión declarando que el principio de legalidad no es infringido «en los supuestos en que la definición del tipo interpone conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación».

a mi juicio, al configurarse la reserva penal como absoluta, será necesario extremar el rigor en la apreciación de lo que es complementario y de lo que es indispensable a fin de que no se produzca un vaciamiento de hecho de la competencia del Parlamento.

Desde esta perspectiva, pueden ofrecer interés algunas construcciones que tratan de delimitar el ámbito estricto de la legalidad mediante referencias más o menos precisas a la «materia originalmente penal» (50), a los «elementos caracterizadores del delito» (51), etc. Se trataría, en suma, de garantizar el carácter complementario del reglamento como enunciación técnica o de detalle, reservándose la norma penal la definición de la esfera y contenido de desvalor que pretende imponer (52), esto es, la definición de los elementos fundamentales de la tipología penal, que deben comprender además los límites y la orientación de la potestad reglamentaria.

En realidad, entendidas en sus justos límites, las remisiones al reglamento plantean un problema análogo al de numerosos conceptos incorporados a la ley penal que requieren una cierta actividad valorativa por parte del juez. Al igual que estos últimos, y como ha escrito algún autor, vienen en ocasiones exigidos por la «naturaleza de las cosas» (53), y constituyen un reto al principio de taxatividad de las leyes penales, que es sin duda una de las consecuencias más destacadas de la máxima legalista, pero cuya plena satisfacción es un saludable objetivo más que una realidad tangible y operativa. Al menos en relación con las leyes penales en blanco, la reserva absoluta de ley estimula una interpretación restrictiva que las limite a lo estrictamente necesario, no rebasando su papel complementario, que de hecho dejaría en manos de la Administración la delimitación de las fronteras entre la licitud y la ilicitud penal.

Sin embargo, es bien conocido que la intromisión de la potestad normativa del ejecutivo en los ámbitos reservados a la ley no se produce únicamente por vía reglamentaria, sino también mediante instrumentos más po-

(50) Véase SPASARI, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, Milán, 1966, p. 17.

(51) Véase AMATO, «Sufficienza e completezza della legge penale», en *Giurisprudenza Costituzionale*, 1964, pp. 499 y ss.

(52) Véase más ampliamente L. ARROYO, *Principio de legalidad...*, cit., pp. 32. y ss., de quien recojo las orientaciones del texto. Véase también BRICOLA, «Legalità e crisi. L'articolo 25.2 e 3 della Costituzione rivisitato a la fine degli anni 70», en *La Questione Criminale*, 1980, pp. 184 y ss.

(53) G. RODRÍGUEZ MOURULLO, voz «Legalidad (Principio de)», *Nueva Enciclopedia Jurídica*, tomo XIV, F. Seix, Barcelona, 1979, p. 886.

derosos dotados del propio rango de las leyes: los Decretos legislativos y los Decretos-leyes. De los primeros nos ocuparemos más adelante, ya que su ámbito material se encuentra delimitado en sentido negativo por la reserva de ley orgánica (art. 82.1). Los segundos aparecen definidos en el artículo 86 de acuerdo con una serie de requisitos formales y materiales que hacen de ellos normas de excepción o, si se prefiere, para «caso de extraordinaria y urgente necesidad»; de tales requisitos aquí sólo nos interesa la prohibición de que afecten «a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I».

En relación con los Decretos-leyes se han venido decantando dos líneas de interpretación opuestas: la primera, que pudiera estar representada por GARCÍA DE ENTERRÍA, tiende a delimitar el ámbito del Decreto-ley en función de la reserva de ley orgánica, de modo que los derechos y libertades del artículo 86 coincidirían sustancialmente con los aludidos en el artículo 81 (54). La segunda, sostenida por SALAS en un trabajo monográfico, atribuye un significado amplísimo al verbo «afectar» del artículo 86, impidiendo así la entrada del Decreto-ley en cualquier materia relacionada incluso indirectamente con los derechos fundamentales (55). Aun cuando sin recoger los términos de la polémica, esta última posición parece haber sido la escogida por la mayor parte de la doctrina penal: el Decreto-ley quedaría vedado porque «es inimaginable un delito o pena que no afecte a alguno de los derechos, deberes y libertades» del título I (56).

Lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha querido situarse en una posición intermedia con el propósito confesado de no vaciar de sentido a un instrumento legal admitido por la Constitución, ni ampliar tampoco su capacidad de acción más allá de lo que es razonable en un régimen parlamentario de separación de poderes. Por ello, dice el Tribunal Constitucional, deberá entenderse que una norma «afecta» a derechos fundamentales cuando regula su «régimen general» o cuando va «en contra del contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos» (57). Ese sería, pues, el límite

(54) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso...*, cit., I, p. 143.

(55) J. SALAS HERNÁNDEZ, *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Civitas, Madrid, 1979.

(56) J. CEREZO, *Curso...*, cit., p. 182. Véase también E. GIMBERNAT, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal español*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1979, p. 23; S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 68, y L. ARROYO, *Principio de legalidad...*, cit., p. 38.

(57) Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1983, de 2 de diciembre, fundamento 8.º

del Decreto-ley, que, por consiguiente, sí podría afectar de cualquier otro modo al sistema de derechos.

¿Significa todo ello que el Decreto-ley es un instrumento idóneo para definir delitos y penas? Desde luego, no faltan algunos ejemplos posteriores a 1978, aunque hayan sido generalmente reputados de inconstitucionales (58).

Con todo, y aun asumiendo la posición intermedia del Tribunal Constitucional, no creo que el Decreto-ley pueda extender su ámbito normativo a la materia penal, y no sólo por el argumento histórico de que los delitos y las penas constituyan el primer sector del ordenamiento vedado a la acción del ejecutivo, sino también por serias razones de interpretación constitucional. De un lado, que no debemos atribuir al verbo afectar un significado amplísimo tampoco supone que sea sinónimo de regulación detallada o desarrollo directo, y en este sentido no cabe duda que la norma penal afecta con particular intensidad al régimen de libertades, configurando el modelo de relación individuo-sociedad; es más, pudiéramos decir que afecta al contenido esencial de ese régimen, pues si es cierto que el contenido esencial de un derecho se compone de aquellos elementos que lo hacen reconocible (59), la incidencia que produce la norma penal al establecer las fronteras de lo lícito ha de configurar necesariamente dicho contenido.

Por otra parte, el propio Tribunal subraya que su opción interpretativa en torno a los Decretos-leyes «exige también que se tenga muy en cuenta la configuración constitucional del derecho afectado en cada caso, e incluso su colocación en el texto constitucional dentro de las diversas secciones y capítulos de su Título I, dotados de mayor o menor rigor protector a tenor del artículo 53 de la CE» (60). Cabe recordar, desde esta perspectiva, que la legalidad penal es una garantía del Estado de Derecho, pero es también un derecho fundamental reconocido en el artículo 25, esto es, en la Sección 1.ª del Capítulo II, que es donde se hallan los derechos más vigorosamente protegidos. De ahí que en una interpretación armónica de los artículos 25.1, 53 y 86

(58) Así, el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, y el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, de prórroga de la Ley Antiterrorista de 1978. De todo ello me he ocupado en *Tratamiento jurídico del terrorismo*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1985, pp. 158 y ss.

(59) Sobre el contenido esencial de los derechos fundamentales véase la Sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 y su comentario por L. PAJEJO en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 3, 1981, pp. 169 y ss.

(60) Sentencia del Tribunal Constitucional 11/1983, de 2 de diciembre, fundamento 8.º

debamos entender que las alusiones a la ley o a la legalidad contenidas en dicha Sección 1.^a se refieren precisamente a la forma de ley o, en otras palabras, que si algún grupo de derechos o garantías han de considerarse a salvo de la técnica del Decreto-ley, parece lógico que sean los comprendidos entre los artículos 19 y 29 de la Constitución.

Finalmente, creo que existe un último argumento, conectado con el anterior y avalado también por la doctrina del Tribunal Constitucional, que recomienda mantener alejada la materia penal del ámbito normativo del Decreto-ley. En efecto, como ya sabemos, el Tribunal ha sostenido que la alusión a la «legalidad» del artículo 25 debe interpretarse como una reserva absoluta en favor de la ley, aunque no parece haber planteado aún de manera directa si se trata de rango o de forma de ley. Sí lo ha hecho, en cambio, en relación con el artículo precedente, el 24.2, declarando en términos rotundos que «la referencia del artículo 24.2 a la ley, coherente con lo también dispuesto en los artículos 53.1 y 86.1 de la Constitución, exige que el vehículo normativo para determinar cuál será el juez en cada caso es la ley en sentido estricto, y no el Decreto-ley ni las disposiciones emanadas del ejecutivo» (61). No me parece aventurado suponer que esta doctrina sería extensible sin dificultad a la interpretación del artículo 25.

Cercenada la potestad normativa del ejecutivo en los términos que acabamos de ver y a reserva de cuanto se diga más adelante en relación con los Decretos legislativos, tan sólo resta examinar algunas otras fuentes que en principio suscitan menores problemas desde la perspectiva del Derecho penal. Así, en primer lugar, los tratados internacionales que aparecen contemplados con cierta minuciosidad en el Capítulo III del Título III de la Constitución en unos términos que, en mi opinión, impiden mantener la concepción dualista que ha venido siendo tradicional en nuestra disciplina (62); todo parece indicar, en efecto, que para nuestro sistema constitucional los tratados se integran en el ordenamiento jurídico desde el momento de su perfección como normas internacionales (63). Con todo, y al margen de las dificultades que

(61) Sentencia del Tribunal Constitucional 101/1984, de 8 de noviembre, fundamento 4.º

(62) Véase, por ejemplo, L. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, tomo II, 3.ª ed., Losada, Buenos Aires, 1964, p. 346.

(63) Véase J. L. FERNÁNDEZ FLÓREZ, «La Constitución española de 1978 y los tratados internacionales», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, pp. 255 y ss.; J. RODRÍGUEZ ZAPATA, «Derecho internacional y sistema de fuentes del Derecho», en *La Constitución española y las fuentes del Dere-*

ofrece el proceso de conclusión de los tratados y el modelo de autorización de las Cortes, no parece que los mismos puedan representar una fuente directa del Derecho penal, requiriendo, por claros motivos de técnica legislativa, un acto transformador que incorpore sus cláusulas, no al derecho interno, pero sí al sistema punitivo español (64); lo que no es obstáculo para que el tratado desempeñe una función integradora de algún precepto penal o incluso para que derogue directamente leyes punitivas (65).

Otra forma de producción normativa que ha adquirido particular relevancia tras la Constitución de 1978 es la de origen autonómico. No creo, sin embargo, que las leyes de las Comunidades Autónomas susciten particulares problemas desde la óptica punitiva, pues claramente el artículo 149.1-6 atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia tanto de legislación penal como penitenciaria. En estas condiciones, tan sólo cabría imaginar una cierta función complementaria en favor de la legislación autonómica, ya sea como portadora de elementos normativos del tipo o como objeto de remisiones del propio legislador estatal, dentro siempre de los límites que impone la ya examinada reserva absoluta (66).

Finalmente, un tema que ni siquiera merecería tratarse, pero que ha suscitado cierta polémica, es el de la posible función normativa de los bandos militares; pues sería en verdad anómalo que habiendo vetado la creación de delitos y penas a los Decretos-leyes y a los Reglamentos del Ejecutivo resultase que la autoridad militar tuviera competencia en la materia. Y, no obstante, dicha tesis se ha defendido argumentando su carácter de legislación delegada (67); argumentación que no parece asumible, pues, en todo caso, los bandos militares serían más bien una hipótesis de ordenanzas de necesidad, cuyo valor no es reconocido en la Constitución (68).

cho, vol. III, Madrid, 1979, pp. 1737 y ss.; en el mismo volumen, F. SANTAOLALLA, «Los tratados como fuente del Derecho en la Constitución», pp. 1913 y ss.; G. PECES-BARBA y L. PRIETO SANCHIS, *La Constitución...*, cit., pp. 141 y ss.

(64) Véase J. CERZO, *Curso...*, cit., p. 187; F. MUÑOZ CONDE, *Adiciones...*, I, cit., p. 169.

(65) Véase M. COBÓ y T. S. VIVES, *Derecho Penal*, I, cit., p. 145.

(66) Véase L. ARROYO, *Principio de legalidad...*, cit., p. 44.

(67) En este sentido, J. M. RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal español*, citado, pp. 172-173, aunque con base, entre otros preceptos, en el derogado artículo 181 del Código de Justicia Militar.

(68) En este sentido, M. COBÓ y T. S. VIVES, *Sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en material penal y administrativa*, cit., pp. 16 y ss. Véase también L. ARROYO, *Principio de legalidad...*, cit., pp. 42 y ss.

En realidad, tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal Militar por Ley Orgánica 13/1985, de 9 de diciembre, y la consiguiente derogación expresa del artículo 181 del antiguo Código castrense, parece indiscutible que los bandos militares han desaparecido como forma de producción normativa y, en particular, como fuente de delitos y penas. Tan sólo queda un residuo que pudiéramos llamar semántico en la Ley Orgánica 4/1981, sobre los estados de alarma, excepción y sitio, cuyo artículo 34 señala que «la autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio». Pero es evidente que en ningún momento se autoriza a los bandos militares la creación de normas penales; es más, el artículo 35 especifica que «en la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la jurisdicción militar», lo que confirma la dependencia o falta de autonomía de las decisiones militares en esta materia, pues si ni siquiera pueden asumir competencias jurisdiccionales que no tuviesen atribuidas o que les encomiende el Congreso de los Diputados, difícilmente podrían crear o modificar tipologías delictivas o penas.

4. LAS LEYES ORGANICAS Y SU DISCUTIBLE ALCANCE EN MATERIA PENAL

En las páginas precedentes hemos intentado situar el principio de legalidad penal en el artículo 25, dentro, pues, del catálogo de derechos y libertades fundamentales; se trata, en nuestra opinión, de una reserva absoluta que garantiza que las decisiones en materia de delitos y penas, al menos las primarias y fundamentales, correspondan en exclusiva a las Cortes Generales. La función de cualesquiera otros modos de producción normativa —v.gr., los Reglamentos— sería desde esta perspectiva meramente residual. Con ello, obvio es decirlo, nos apartamos de una tesis, por lo demás difundida y razonable, que quiere hacer descansar la legalidad penal en el artículo 81.1, precepto que, efectivamente, recoge una peculiar reserva de ley, pero que no se dirige a preservar la competencia parlamentaria frente a la voracidad de otras potestades normativas, sino tan sólo a establecer unas mayorías reforzadas, que en cierto modo prolongan el célebre consenso constitucional

para la adopción de ciertas decisiones o la aprobación de determinadas normas que en principio son ya de competencia legislativa.

Ahora bien, que por este y otros argumentos ya expuestos el artículo 81.1 no encierre el fundamento de la legalidad penal tampoco significa que nuestra materia no pueda ser una de aquellas que se encuentran incluidas en el ámbito de reserva del artículo 81.1; es decir, nada impide que a la reserva que creemos ver en el artículo 25.1 se sume una nueva reserva en el artículo 81.1. La tesis goza también de predicamento en un sector de nuestra doctrina, al margen, como es lógico, de quienes directamente sitúan la legalidad penal en el artículo 81.1, pero con todo no existe unanimidad en la determinación del ámbito penal afectado por la ley orgánica o, cuando menos, se aprecia una relativa ambigüedad. En efecto, según una primera interpretación, la norma penal, que debe ser una ley en virtud del artículo 25.1 o del 53.1, ha de revestir forma de ley orgánica cuando afecte a derechos o libertades, más precisamente, cuando «por el bien jurídico protegido o por la índole de las sanciones que establezcan (penas privativas de libertad, por ejemplo) afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas...» (69). Desde esta perspectiva, por consiguiente, un sector muy importante del Derecho penal quedaría afectado por la reserva de ley orgánica, pero se mantendría otra parcela, más o menos amplia según las opiniones, cubierta únicamente por la legalidad del artículo 25.1.

No falta, sin embargo, quien opina que todo el Derecho penal es materia de ley orgánica, y no porque menosprecie el alcance del artículo 25.1, sino porque estima que de un modo u otro toda norma punitiva incide en el ámbito de los derechos fundamentales. La mayor parte de las penas constituyen, en efecto, una limitación de la libertad personal, algunas se proyectan sobre el honor, otras afectan al derecho de sufragio, etc.; pero en cualquier caso, y esto es lo importante, el proceso y la condena comportarían conceptualmente una lesión del derecho al honor, en suma, un efecto estigmatizador que es relevante desde la perspectiva de los derechos humanos (70). La tesis supone, pues, un esfuerzo por armonizar las dos grandes corrientes de interpretación desarrolladas en esta materia: de un lado, se reconoce que

(69) J. CEREZO, *Curso...*, cit., p. 181. De opinión semejante es J. BUSTOS, *Las fuentes...*, cit., p. 104; J. R. CASABÓ, *La capacidad sancionadora de la Administración en el proyecto de Código Penal*, cit., págs. 287 y ss., y *La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente*, citado, pp. 249 y ss., y S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 67.

(70) En este sentido, L. ARROYO, *Principio de legalidad...*, cit., pp. 26 y s.

la legalidad penal descansa en el artículo 25, con las importantes consecuencias que ya conocemos, pero, de otro, se añade que toda norma penal está sometida al peculiar régimen de reserva del artículo 81.1.

Ciertamente, las leyes orgánicas representan una de las novedades más discutibles introducidas por los constituyentes en nuestro sistema ordinario o tradicional de producción normativa, y no es extraño por ello que hayan dado lugar a una abundantísima bibliografía, muy polémica por lo demás (71). No es éste el lugar oportuno para un examen detallado de las múltiples dificultades que suscita el artículo 81.1 de la Constitución, pero sí creo necesario fijar al menos nuestra postura en torno a los aspectos más controvertidos, entre otras razones porque en el fondo no son ajenos al interrogante que aquí debemos contestar acerca de la presunta reserva penal de ley orgánica. Y quizá el primero de ellos sea el del propio concepto de ley orgánica, que simplificando podría formularse así: o bien leyes orgánicas son las que regulan determinados objetos y nada más que esos objetos (concepto material), o bien son aquellas que aprueba el Parlamento ajustándose a un procedimiento especial (concepto formal). Sin duda, ambas afirmaciones encierran algo de verdad, pero según que predomine la dimensión material o formal se propicia una restricción o ampliación de la propia categoría normativa y, en cierto modo, se condiciona la respuesta a otros interrogantes posteriores.

En principio, la cuestión quedó resuelta en una de las sentencias iniciales del Tribunal Constitucional: «Hay que afirmar que si es cierto que existen materias reservadas a las leyes orgánicas (art. 81.1 CE), también lo es que las leyes orgánicas están reservadas a estas materia y que, por tanto, sería disconforme con la Constitución la ley orgánica que invadiera materias reservadas a la ley ordinaria» (72). En otras palabras: no nos hallamos ante una categoría normativa de la que libremente pueda usar el legislador, sino ante un género de leyes estrictamente tasadas en función de la materia. Sería, no obstante, apresurado calificar como inconstitucional la presencia de un precepto no orgánico en un texto promulgado con tal carácter; el Tribunal Constitucional acepta la posibilidad de que las leyes orgánicas incorporen materias conexas, que en principio quedarían sujetas al régimen de congelación de rango, si bien la propia ley orgánica o la correspondiente senten-

(71) Una primera aproximación al panorama doctrinal puede hallarse en F. J. BASTIDA, «Comentario bibliográfico sobre la naturaleza jurídica de las leyes orgánicas», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 2, 1981, pp. 285 y ss.

(72) Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981.

cia del Tribunal Constitucional pueden excluir dicho régimen y tolerar, por tanto, su regulación ulterior por ley ordinaria (73).

Creo que, a la vista de la jurisprudencia constitucional, éste es el enfoque más adecuado del debatido problema de la jerarquía; porque quienes han venido negando que exista tal relación de jerarquía entre leyes orgánicas y ordinarias se han basado en una concepción rigurosamente material: si las leyes orgánicas están reservadas a las materias que enumera el artículo 81.1, la división competencial es perfecta y, por tanto, la contradicción entre los dos tipos de leyes resulta imposible (74). Ciertamente, que esa relación competencial fuese tan perfecta parecía discutible a la vista del amplísimo catálogo de leyes orgánicas y de la propia redacción del artículo 81.1 (75), pero, en cualquier caso, el Tribunal Constitucional ha venido a confirmar que las leyes orgánicas pueden regular materias conexas; regulación que en principio queda sujeta a la congelación de rango como norma orgánica, salvo que el propio legislador o una sentencia del Tribunal Constitucional excluyan dicho efecto. Es más, en palabras del artículo 28.1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, se deberá declarar la inconstitucionalidad de las normas con rango de ley que invadan la reserva del artículo 81.1 o que «impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter (de orgánica), cualquiera que sea su contenido»; bien entendido, cualquiera que sea su contenido, siempre que éste se ajuste a lo señalado en el artículo 81.1 (76).

(73) Además de la sentencia citada en la nota anterior, véase la 76/1983, de 5 de agosto, fundamentos 2.º y 5.º

(74) Han negado la relación jerárquica E. LINDE PANIAGUA, «Ley y Reglamento en la Constitución», en *Lecturas sobre la Constitución española*, UNED, Madrid, 1978, p. 257; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, cit., p. 135; J. BERMEJO VERA, «Las fuentes del Derecho en la Constitución española de 1978», en *Estudios sobre la Constitución española de 1978*, Pórtico, Zaragoza, 1979, p. 247; L. RODRÍGUEZ RAMOS: *Reserva de ley orgánica para las normas penales*, cit., p. 302, y J. BUSTOS, *Las fuentes del Derecho...*, cit., p. 101.

(75) En este y otros argumentos se basan quienes sostienen la existencia de una relación jerárquica. Véase L. PRIETO SANCHIS, *Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución española de 1978*, cit., p. 142; F. SOSA WAGNER, «Aproximación al tema de las leyes orgánicas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1979, p. 1983; L. DÍEZ PICAZO, «Constitución y fuentes del Derecho», en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 21, p. 194; F. GARRIDO FALLA, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, p. 857, y F. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, cit., p. 58.

(76) Véanse las consideraciones de F. RUBIO y M. ARAGÓN, «La jurisdicción

Desde esta perspectiva, estimo que el problema de la jerarquía que ha venido enfrentando a nuestra doctrina puede formularse en términos más matizados: no es cierto que una ley por el mero hecho de recibir el calificativo de orgánica se sitúe ya en un plano de superioridad, y ello cualquiera que sea su contenido. Sin embargo, cuando la ley orgánica se ajusta al contenido que le atribuye la Constitución, y en principio así habrá de presumirse si el propio legislador o el Tribunal Constitucional no manifiestan lo contrario, bien puede defenderse una relación jerárquica, de acuerdo con lo que prescribe el artículo 28.2 de la LOTC y con el obvio argumento de que una mayoría simple no puede modificar lo que requiere para su aprobación el voto de la mayoría absoluta; puede defenderse, insisto, en la medida en que reconozcamos que es inviable una rigurosa división competencial entre leyes orgánicas y ordinarias (77).

Pero, ciertamente, que la división competencial rigurosa no parezca posible tampoco autoriza la «manipulación» por parte del legislador de esta nueva categoría normativa. En las leyes orgánicas, como hemos visto, predomina un concepto material que obliga a interpretar con cautela o incluso de modo restrictivo el alcance del artículo 81.1 a fin de que las leyes orgánicas no adquieran una fuerza expansiva que iría en detrimento del principio democrático y que pudiera conducir a la esclerosis de todo el ordenamiento. El Tribunal Constitucional lo declara de modo rotundo: «Llevada a su extremo, la concepción formal de la ley orgánica podría producir en el ordenamiento jurídico una petrificación abusiva en beneficio de quienes en un momento dado gozasen de la mayoría parlamentaria suficiente y en detrimento del carácter democrático del Estado» (78). Por ello, insiste el Tribunal en otra sentencia, la exigencia de mayorías cualificadas o reforzadas «sólo puede tener carácter excepcional» (79).

La constatación es importante para afrontar el problema nuclear de si el Derecho penal o, al menos, un sector del mismo se halla incluido en la re-

constitucional», en PREDIERI y E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978*, cit., p. 814.

(77) Lo que me parece claro a la vista del catálogo de leyes orgánicas; piénsese, por ejemplo, en la que prevé el artículo 8.2 para la regulación de las «bases de la organización militar», que obviamente no agota la materia. Véase, más ampliamente, L. PRIETO SANCHIS, *Las leyes orgánicas...*, cit., p. 150.

(78) Sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981, fundamento 21.º

(79) Sentencia del Tribunal Constitucional 76/1983, de 5 de agosto, fundamento 2.º

serva de ley orgánica, en cuanto que deben revestir este carácter las normas «relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas». Naturalmente, la respuesta depende del alcance que reconozcamos a la expresión «derechos fundamentales y libertades públicas» y, sobre todo, del significado que se atribuya al verbo «desarrollar».

Por lo que se refiere al primer aspecto, y tras algunas vacilaciones iniciales (80), hoy parece afianzarse una opinión restrictiva que identifica los derechos fundamentales y las libertades públicas del artículo 81.1 con la rúbrica que encabeza la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I (81), que es donde se contienen los tradicionales derechos civiles y políticos, es decir, los que gozan de una más vigorosa tutela constitucional. Por consiguiente, sólo el desarrollo normativo de los artículos 15 a 29 queda incluido en el ámbito de la ley orgánica, lo que, al menos a primera vista, parece un buen argumento para rechazar la naturaleza orgánica de todas las normas penales, pues es evidente que muchas de ellas se proyectan sobre materias o derechos distintos a los recogidos en los citados preceptos; piénsese, por ejemplo, en el derecho de propiedad (art. 33) o en la protección penal del medio ambiente (art. 45.3). No cabe ocultar, sin embargo, que al igual que algún autor confería carácter orgánico a la legalidad penal del artículo 25.1, recordando el efecto estigmatizador de la pena, otros recurren a este mismo argumento para, prescindiendo ahora del artículo 25, hacer descansar la propia legalidad penal en el artículo 81.1, que se convierte así toda ella en una legalidad orgánica: el derecho al honor «obviamente resulta afectado por cualquier delito y por cualquier pena» (82).

Ciertamente, la afirmación anterior resulta discutible, pues parece dudoso que toda pena afecte necesariamente al derecho al honor (83), del mismo modo que no siempre el Derecho penal tutela valores verdaderamente relevantes desde el punto de vista de la moral social (84). Quizá sea cierto que todo proceso y condena penal, cualquiera que sea el contenido concreto de

(80) Véase L. PRIETO SANCHIS, *Las leyes orgánicas...*, cit., p. 131.

(81) Véase L. PRIETO SANCHIS, obra citada en nota anterior, p. 132; M. COBO y T. S. VIVES, *Sobre la reserva...*, cit., pp. 6-7; S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 66, y J. BUSTOS, *Las fuentes...*, cit., p. 104. Esta opinión cuenta hoy con el respaldo de la jurisprudencia constitucional (Sentencia 76/1983, de 5 de agosto, fundamento 2.^o).

(82) M. COBO y T. S. VIVES, *Derecho Penal*, cit., p. 77.

(83) En este sentido, S. MIR PUIG, *Derecho Penal*, cit., p. 67. Piénsese, por ejemplo, en la privación del permiso de conducir.

(84) Véase J. CEREZO, *Curso de Derecho Penal español*, cit., p. 181.

la sanción, implican un reproche de efectos estigmatizadores (85), aunque también esta tesis requeriría una comprobación empírica que aquí no podemos desarrollar a fondo, pero que seguramente nos mostrase algunos supuestos donde el recurso al Derecho no comporta o comporta de modo ínfimo consecuencias de tal naturaleza.

Ahora bien, aun aceptando lo sustancial de estas observaciones, lo que ya considero más aventurado es que por esta vía de la lesión del derecho al honor pueda entenderse «desarrollado» un derecho fundamental o libertad pública en el sentido del artículo 81.1. Y con ello entramos en el segundo y más controvertido aspecto de la interpretación de dicho artículo: ¿qué debe entenderse por «desarrollo» de los derechos fundamentales?, ¿cualquier norma que de un modo u otro afecte a esos derechos deberá revestir carácter de orgánica?

En líneas generales, la doctrina iuspublicista ha llamado la atención sobre los riesgos que entrañaría una interpretación excesivamente generosa, pues si los derechos fundamentales constituyen la articulación jurídica básica del modelo de relación entre el individuo y la sociedad o el Estado, resultaría que prácticamente todas las normas con incidencia *ad extra* afectarían a algún derecho individual y deberían revestir, por tanto, forma orgánica, lo que, como ya sabemos, daría lugar a la petrificación de amplios sectores del ordenamiento, en palabras del Tribunal Constitucional. De ahí que algunos autores postulen una interpretación del término «desarrollo» como «regulación directa o general» (86) o como «regulación frontal y directa» (87).

No parece ser ésta, sin embargo, la tesis predominante entre los penalistas. Quienes limitan la ley orgánica a ciertas esferas del Derecho penal lo hacen más bien aduciendo la naturaleza de los derechos protegidos por la figura delictiva o afectados por la pena, pero no porque interpreten de modo estricto el término «desarrollo» (88); y quienes incluyen toda norma

(85) Así lo sostiene, como ya sabemos, L. ARROYO en *Principios de legalidad...*, cit., p. 26.

(86) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, cit., p. 139.

(87) J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *Revista del Departamento de Derecho Político de la UNED*, otoño 1979, p. 49. Véase también J. GÁLVEZ MONTES, «El ámbito material y formal de las leyes orgánicas», en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, cit., vol. II, p. 930.

(88) Así J. BUSTOS, *Las fuentes del Derecho...*, cit., p. 105; J. CEREZO, *Curso...*, I, cit., p. 181.

penal en el ámbito del artículo 81.1, es obvio que atribuyen a dicha expresión un significado bastante amplio, pese a que intenten situarse en una posición intermedia (89); es más, no falta quien escribe que «el término más apropiado a emplear para llevar a cabo la distinción entre materia de ley ordinaria u orgánica es el de 'afectar', precisamente el que se utiliza en el artículo 86.1» (90).

Desde mi punto de vista, no puede prescindirse de la diferente literalidad de los artículos 81.1 y 86.1: el primero habla de «desarrollar» y el segundo simplemente de «afectar» derechos fundamentales, y, como veremos, ello puede tener alguna consecuencia. Pero, desde luego, parece algo apresurado decir que nos hallamos ante un «juego de palabras sin sentido alguno y de siniestros resultados» (91), porque, en definitiva, lo que se debate no es la legalidad de los delitos y de las penas, sino tan sólo la exigencia de una mayoría reforzada. Esto es, desde una perspectiva política, se trataría de preguntar si nos hallamos ante una de esas materias en las que el legislador constituyente quiso perpetuar un consenso superior al que de ordinario requieren las decisiones de una asamblea democrática; no está en juego la legalidad, sino una legalidad especial.

En este sentido, y aunque no creo que una interpretación jurídica pueda descansar sólo en el significado político de los institutos, es dudoso que al diseñar la categoría de las leyes orgánicas se estuviese pensando en la legislación penal. Como ya hemos dicho, de los debates parlamentarios y del catálogo de leyes orgánicas parece deducirse que su objetivo político consistió en garantizar un consenso cualificado para ciertas materias en las que realmente no fue posible llegar a un acuerdo de fondo durante el proceso constituyente o respecto de las cuales se consideró preferible mantener una cierta indefinición: «Al faltar el acuerdo —escribe T. R. FERNÁNDEZ—, las fuerzas políticas quisieron asegurarse de antemano la misma participación que entonces tenían... quisieron, pues, retener una parte del poder consti-

(89) Así M. COBO y T. S. VIVES, *Sobre la reserva de ley orgánica...*, cit., p. 7.

(90) L. ARROYO, *Principio de legalidad...*, cit., p. 29.

(91) Que esta afirmación la hagan COBO y VIVES, *Derecho Penal*, cit., p. 76 tal vez se explique porque para ellos la legalidad penal descansa exclusivamente en el artículo 81.1 y, de ser así, excluir alguna norma penal del ámbito de la ley orgánica tendría, en efecto, siniestros resultados. Que la afirmación la recoja ARROYO, *Principio de legalidad...*, cit., pág. 28, parece menos explicable, pues él encuentra el fundamento del principio de legalidad en el artículo 25.1; en este caso, los «siniestros resultados» se limitarían a la aprobación de una ley «sólo» por mayoría simple.

tuyente» (92). Diríase, por tanto, que el «ambiente natural» de las leyes orgánicas es el de las decisiones genuinamente constitucionales, donde desempeñan una función de clarificación o desarrollo de preceptos que, por los motivos que fuese, producían desconfianza o recelo en alguno de los grupos constituyentes, que trataban por esta vía de asegurar su futura participación.

No es necesario subrayar la trascendencia del Derecho penal para el ejercicio de las libertades, ni su conexión con el modelo constitucional; pero de ahí tampoco puede deducirse que el catálogo de delitos y penas sea una decisión constitucional cuyo desarrollo puede equipararse al de los preceptos afectados por la reserva del artículo 81.1. En realidad, y salvo que hablemos en términos amplísimos, el Derecho penal no es un desarrollo de la Constitución; ésta, sin duda, limita y orienta la acción del legislador penal y la labor del intérprete, pero ello no significa que los preceptos constitucionales requieran un desarrollo penal, no significa, en suma, que las normas punitivas traigan causa de concretos artículos de la Constitución, que es en líneas generales lo que sucede con las leyes orgánicas.

Pero, al margen de estas consideraciones de sentido político, que no son decisivas, la matización entre desarrollo y afectación de derechos fundamentales tampoco me parece un mero «juego de palabras» a la luz de la jurisprudencia constitucional. Como veremos, creo que el Tribunal ha seguido una línea vacilante y aun contradictoria en relación con el artículo 81.1, pero, en cambio, se ha mostrado más rotundo a propósito del artículo 86.1. Concretamente, y pese a la dicción literal del artículo 86.1, no es cierto que los Decretos-leyes no puedan «afectar» de algún modo a los derechos fundamentales; pueden hacerlo siempre que ello no suponga regular su «régimen general» ni lesionar «el contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos» (93).

Ahora bien, si el verbo afectar es interpretado en estos términos, digamos restrictivos, ¿no resultaría incoherente atribuir al «desarrollo» del artículo 81.1 un significado amplísimo que va incluso más allá de lo que, en opinión del Tribunal Constitucional, supone la afectación? En otras palabras: si el artículo 86.1 no prohíbe todo Decreto-ley que de cualquier forma se proyecte en materia de derechos fundamentales, ¿no parecería anómalo exigir al mismo tiempo ley orgánica para toda norma penal por el mero hecho

(92) T. R. FERNÁNDEZ, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1981, p. 29.

(93) Sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de diciembre de 1983, fundamento 8.º Véase *supra*, apartado 3.

de que incida en algún derecho fundamental e, *in extremis*, en el del honor? Es más, sostener conjuntamente ambas interpretaciones —la que formula el Tribunal Constitucional a propósito del artículo 86.1 y la que propone forma de ley orgánica para toda norma penal— conduce al absurdo de hacer más amplia la reserva de ley orgánica que el ámbito prohibido al Decreto-ley, con la consecuencia de que determinadas normas podrían aparecer como Decretos-leyes por no «afectar» en el sentido del Tribunal Constitucional y deberían, en cambio, ser leyes orgánicas por «desarrollar» en el sentido que sostiene un sector importante de la doctrina penal.

¿Cómo armonizar, pues, el artículo 81.1 y el 86.1? Desde mi punto de vista, una lectura atenta de la sentencia de 2 de diciembre de 1983, que venimos comentando, sugiere que para el Tribunal Constitucional el desarrollo de los derechos fundamentales es algo distinto a la mera afectación y consiste precisamente en una regulación de su «régimen general», aunque luego veremos que el propio Tribunal se aparta en algunas ocasiones de esa tesis. En efecto, se aprecia en el fundamento octavo un esfuerzo notable por rechazar dos interpretaciones a propósito de este problema: de un lado, se desea que la figura del Decreto-ley no quede vacía de contenido y por eso se afirma que afectar no significa incidir de cualquier modo, sino regular el «régimen general» o lesionar el «contenido o elementos esenciales»; pero, de otro lado, se quiere evitar también la tesis muy restrictiva que identifica el ámbito prohibido al Decreto-ley con la reserva de ley orgánica, y de ahí que «afectar» sea algo más que «desarrollar», es decir, algo más que regular el «régimen general» (94).

Creo que a partir de esta doctrina jurisprudencial resultaría en verdad difícil atribuir sin más a toda norma penal un carácter orgánico: desarrollar derechos fundamentales parece ser equivalente a regular su régimen general y en modo alguno tiene un sentido tan amplio como para atribuir ese carácter orgánico a una norma que, por ejemplo, establece la pena de privación del permiso de conducir, por el mero hecho de que se impone en un proceso y todo proceso y condena penal afectan al derecho al honor. Con todo, a la hora de enfrentarse a este problema no parece que el Tribunal Constitucional se haya manifestado con la misma claridad que mostraba en la inter-

(94) Por lo demás, la Sentencia del Tribunal Constitucional 6/1982, de 22 de febrero, precisa en su fundamento 6.º que «el artículo 81 de la Constitución española se refiere al desarrollo directo de los derechos fundamentales, pues este artículo y las otras muchas alusiones de la Constitución al instrumento de la ley orgánica... no puede extremarse, con los importantes problemas de consenso interno...».

pretación de la figura del Decreto-ley, ni que su doctrina sobre el «desarrollo» del artículo 81.1 resulte coherente con la sentada a propósito de la «afectación» del artículo 86.1; como veremos de inmediato, sus consideraciones acerca de la naturaleza ordinaria u orgánica de la ley penal resultan dudosas y enigmáticas, cuando no contradictorias.

En efecto, el problema ha sido tratado de modo sustantivo en dos ocasiones y siempre en relación con la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico de Control de Cambios, por lo demás ya derogada mediante Ley Orgánica 10/1983, de 20 de agosto. Una primera sentencia tuvo su origen en la cuestión de inconstitucionalidad planteada por la Sala II del Tribunal Supremo y en ella se declaraba lo siguiente: «La 'legislación' en materia penal se traduce en la 'reserva absoluta' de ley»; pero que dicha reserva «implique reserva de ley orgánica es algo que no puede deducirse sin más de la conexión del artículo 81.1 con el mencionado artículo 25.1. El desarrollo al que se refiere el artículo 81.1, y que requiere ley orgánica, tendrá lugar cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los 'derechos fundamentales', un supuesto que, dados los términos en que la cuestión de constitucionalidad ha sido planteada, no nos corresponde aquí determinar» (95).

Ciertamente, la doctrina transcrita dejaba algunos puntos oscuros e incluso daba la impresión de no querer comprometerse a fondo con ninguna opción hermenéutica (96). Ante todo, se ceñía excesivamente a los discutibles términos en que fue planteada la cuestión de inconstitucionalidad, debatiendo únicamente si la norma penal puede considerarse un «desarrollo» del principio de legalidad del artículo 25, pero no si la tipificación de delitos y la previsión de penas constituyen en sí mismas una de aquellas regulaciones que, a la luz del artículo 81.1, merecen forma de ley orgánica. En otras palabras: el Tribunal se limita a declarar que la naturaleza orgánica de la ley penal no puede deducirse sin más de la conexión entre el artículo 81.1 y el 25.1, pero ni afirma ni niega que, por ejemplo, el establecimiento de penas de prisión represente un desarrollo de derechos y libertades fundamentales en sentido del artículo 81.1.

¿Cabía obtener alguna conclusión de aquel silencio del Tribunal Constitucional? En verdad, no parece que los silencios sean equiparables a las

(95) Sentencia del Tribunal Constitucional 25/1984, de 23 de febrero, fundamento 3.º Véase también la Sentencia 32/1984, de 8 de marzo.

(96) Véase el comentario de M. COBO y T. S. VIVES, *Sobre la reserva de ley orgánica...*, cit., pp. 27 y ss.

afirmaciones expresas a la hora de fundamentar una opción interpretativa, pero, no obstante, la actitud del Tribunal parecía encerrar de nuevo una recomendación de cautela y prudencia en el uso de las leyes orgánicas y, seguramente, su exclusión como forma ordinaria o general de las normas penales. Y ello es así porque de haber querido declarar la inconstitucionalidad de los preceptos enjuiciados —y hemos de suponer que el Tribunal no actúa con reservas y cumple su función de depurar el ordenamiento siempre que se encuentra ante una normativa irregular— pudo recurrir a lo que establece el artículo 84 de su Ley Orgánica (97) o pudo, sencillamente, «fundar la declaración de inconstitucionalidad en la infracción de cualquier precepto constitucional, haya o no sido invocado en el curso del proceso» (art. 39.2 LOTC). Diríase, por tanto, que la previsión de penas privativas de libertad mediante ley ordinaria no era motivo de inconstitucionalidad o, al menos, no era motivo bastante para que el Tribunal agotase las posibilidades de enjuiciamiento que, más allá de los términos en que fue formulada la pregunta, le autoriza su ley orgánica.

No menos enigmática es la segunda afirmación del texto transcrito: sólo procederá forma orgánica, viene a decir, «cuando sean objeto de las correspondientes normas sancionadoras los derechos fundamentales». Pero ¿en qué sentido han de ser objeto los derechos fundamentales?, ¿se refiere a que la pena constituya una lesión de tales derechos?, ¿se refiere, por el contrario, a que el bien jurídico tutelado sea un derecho fundamental?, o ¿se refiere, en fin, a que la conducta tipificada constituya un exceso en el ejercicio de un derecho y, por tanto, a que la norma penal aparezca como un límite de las libertades? No creo que la mera lectura de la sentencia constitucional pueda despejar de modo satisfactorio las interrogantes enunciadas.

Por lo que se refiere a los tipos delictivos que inciden en el ámbito de los derechos fundamentales, creo que son dos los supuestos que cabe examinar: de una parte, aquellos delitos cuyo bien jurídico protegido es directamente alguno de los derechos fundamentales enunciados en la Sección 1.^a del Capítulo II del Título I; de otro, los delitos que tipifican conductas que representan un ejercicio abusivo de tales derechos. ¿Puede considerarse el homicidio o el asesinato un desarrollo del derecho a la vida?; desde la

(97) «El Tribunal, en cualquier tiempo anterior a la decisión, podrá comunicar a los comparecidos en el proceso constitucional la eventual existencia de otros motivos distintos de los alegados, con relevancia para acordar lo procedente sobre la admisión o inadmisión y, en su caso, sobre la estimación o la desestimación de la pretensión constitucional...»

perspectiva opuesta, ¿pueden tener ese carácter las asociaciones ilícitas respecto del derecho de asociación o los delitos electorales en relación con el derecho de participación política? El fragmento de la sentencia que venimos comentando parece sugerir que sólo estas últimas normas deberían revestir carácter orgánico, pues es en estos casos cuando el ejercicio de derechos fundamentales —mal ejercicio o ejercicio abusivo, se entiende— constituyen el objeto de normas sancionadoras (98).

En cambio, la ambigua sentencia 25/1984 sí parecía propiciar una respuesta negativa a la primera de las preguntas que antes quedó formulada: el precepto de la Ley de Control de Cambios establecía penas de hasta prisión mayor y, sin embargo, el Tribunal no mostró ningún empeño por defender su carácter orgánico.

Pues bien, esta orientación doctrinal, sin duda un tanto ambigua pero en todo caso poco proclive a una extensión generalizada de la ley orgánica al ámbito penal, se ha visto súbitamente truncada por la sentencia 140/1986, de 11 de noviembre, donde rotundamente se declara que «las normas penales (como ha admitido la gran mayoría de nuestra doctrina penal) suponen un desarrollo del derecho a la libertad (aparte de otros derechos fundamentales que no son ahora relevantes). El desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste, precisamente, en la determinación de su alcance y límites... y no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí. El derecho a la libertad del artículo 17.1 es el derecho de todos a no ser privados de la misma, salvo 'en los casos y en la forma previstos en la ley': en una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido, el Código Penal y en general las normas penales... son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener carácter de orgánicas».

Ciertamente, ante pronunciamiento tan rotundo no debe quedar más opción que el repliegue de las propias opiniones, pues cuantos argumentos acabamos de exponer en favor del carácter ordinario de las leyes penales, muchos de ellos basados en la misma jurisprudencia del Tribunal Constitu-

(98) No cabe ocultar que también esta interpretación resulta insatisfactoria, dado que no es armónica con un criterio de gravedad, de modo que probablemente serían las conductas menos lesivas y, por tanto, con menor pena, las que habrían de tipificarse mediante ley orgánica.

cional, quedan desvirtuados por esta recientísima sentencia: toda norma que prevea penas privativas de libertad y, por extensión, sanciones que afecten a cualquiera de los derechos fundamentales tutelados en la Sección 1.^a del Capítulo II, deberá adoptar forma de ley orgánica. Es bien conocido que el Tribunal Constitucional opera directamente sobre el tenor de las leyes y constituye, con las peculiaridades de organización y actuación que son propias de todo órgano jurisdiccional, un centro de producción jurídica equiparable al legislador (99); máxime en un tema tan discutible como el que ahora nos ocupa, la Constitución será en gran parte lo que decida su intérprete supremo y de ahí el singular valor de su doctrina.

Ahora bien, que el Tribunal Constitucional haya finalmente decidido el alcance del artículo 81.1 en relación con las normas penales (100) tampoco nos obliga a compartir su posición. Ya hemos enunciado algunos argumentos que desaconsejan la extensión de las leyes orgánicas al ámbito penal y no procede volver sobre ellos, aunque es evidente que contrastan de modo claro con la reciente doctrina formulada en la sentencia 140/1986 (101). No obstante, es esta última la que nos proporciona nuevos motivos de reflexión sobre el artículo 81.1 y también sobre la posible inconsistencia de la evolución jurisprudencial en este punto.

Ante todo, esta decisión confirma una tesis que ya fue enunciada en páginas anteriores, pero que en cierto modo representa un cambio de orientación jurisprudencial en relación con la garantía de los derechos fundamentales; me refiero a la posibilidad de entablar recurso de amparo por violación o desconocimiento de las reglas constitucionales de producción

(99) Véase F. RUBIO LLORENTE, «Sobre la relación entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial en el ejercicio de la jurisdicción constitucional», en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 4, 1982, p. 54.

(100) La comentada sentencia de amparo dio lugar a que el propio Tribunal iniciase un proceso de inconstitucionalidad, de acuerdo con lo que dispone el artículo 55.2 de la LOTC. Consecuencia del mismo fue la Sentencia de 16 de diciembre de 1986, que declaró la inconstitucionalidad del artículo 7.1 de la Ley de Control de Cambios de 1979, en cuanto impone penas de privación de libertad.

(101) Por ejemplo, y como con acierto recuerda la opinión disidente del magistrado don EUGENIO DÍAZ EIMIL, la idea de que las normas penales constituyen un desarrollo de los derechos fundamentales no parece congruente con la antigua tesis restrictiva del Tribunal y con su propósito de evitar una «proliferación de leyes orgánicas, no deseable en un Estado democrático regido, normalmente, por el gobierno de las mayorías simples». Es más, resulta difícil de admitir una categoría jurídica tan forzada como es la de «leyes de desarrollo negativo de los derechos fundamentales y libertades públicas».

normativa referidas a las libertades de la Sección 1.^a del Capítulo II. Como sabemos, una de las ventajas de situar la legalidad penal en el artículo 25 de la Constitución y no en el 81 era que, de ese modo, el principio de legalidad se erigía en derecho fundamental y, con ello, en objeto susceptible de tutela individual a través del proceso de amparo. Ahora el Tribunal llega incluso más lejos, pues admite y estima un recurso de ese carácter basado exclusivamente en la naturaleza no orgánica de una ley que, en su opinión, desarrolla o afecta al régimen de derechos fundamentales; es decir, no por la violación del artículo 25, que específicamente recoge el derecho a la legalidad penal, sino del artículo 81.1, que incorpora una regla sobre fuentes de los derechos fundamentales.

Y, pese a sus protestas de continuidad y coherencia jurisprudencial, parece cierto que la decisión comentada modifica posiciones anteriores. En el Auto 87/84, de 15 de febrero, por ejemplo, puede leerse que «el derecho al rango de ley (si es una diferencia de rango la que media entre la ley orgánica y la ordinaria) no figura, en modo alguno, entre los derechos que puedan hacerse valer a través del recurso de amparo constitucional». En la nueva sentencia comienza afirmándose también que «no puede hablarse por ello de un 'derecho al rango' de ley orgánica, como contenido en el artículo 17.1», pero para añadir seguidamente que «el derecho en ese artículo reconocido... incluye todas sus garantías previstas en diversos preceptos constitucionales (el mismo art. 17, los arts. 25.1, 53.1 y 2 y 81.1), cuya vulneración supone la del mismo derecho». En verdad, no se entiende muy bien la diferencia entre un derecho al rango de ley orgánica de las normas que regulen las libertades fundamentales y un derecho a que esas libertades aparezcan con todas sus garantías, incluida en su caso la naturaleza orgánica de sus disposiciones reguladoras.

Sin embargo, ésta no es la novedad más destacada de la sentencia de 1986. Como se recordará, cuando el Tribunal resolvió la cuestión de inconstitucionalidad el 23 de febrero de 1984, rechazó la conexión entre el artículo 25.1 y el 81.1 y, desde luego, omitió toda referencia al «derecho a la libertad y a la seguridad» del artículo 17.1. Esta diferente cobertura constitucional es invocada en distintos pasajes de la sentencia para justificar un pronunciamiento de fondo diametralmente opuesto (102): el artículo 25.1

(102) Asimismo, en opinión del Tribunal es relevante el objeto del recurso, que ahora es una sentencia condenatoria firme, mientras que en ocasiones precedentes fueron autos de procesamiento y prisión.

«no implica por sí solo la necesidad» de que las normas penales adopten forma de ley orgánica, pero ahora han cambiado «los parámetros constitucionales», pues se trata de saber si la plena protección del artículo 17.1 requiere que las normas penales asuman esos caracteres de ley orgánica. Ya conocemos la respuesta afirmativa del Tribunal.

Una respuesta que no puede dejar de sorprender. En primer lugar, porque, pudiendo hacerlo, el Tribunal omitió cualquier alusión al artículo 17.1 cuando en el fallo precedente tuvo oportunidad de enjuiciar precisamente la misma Ley de Control de Cambios. Pero, sobre todo, porque parece bastante discutible que el artículo 17.1 guarde alguna relación con las leyes penales y con las privaciones de libertad impuestas por órganos jurisdiccionales tras el correspondiente proceso; y, finalmente, porque aun aceptando esto último, es también dudoso que la conexión entre los artículos 17.1 y 81.1 justifique la exigencia de ley orgánica y que, al mismo tiempo, no lo justifique también la conexión entre el artículo 25.1 y el 81.1.

En efecto, creo que una lectura atenta del artículo 17.1 pone de relieve que éste no se refiere a las privaciones de libertad acordadas en sentencia judicial, que en rigor se denominan condenas y que, por tanto, se contemplan en el artículo 25, sino a los supuestos de detención preventiva y de prisión provisional. «Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo», dice el 17.1 de la Constitución, siendo así que este artículo sólo se ocupa de las citadas detención preventiva y prisión provisional; lo que es lógico en virtud de un principio de economía y no redundancia, ya que el artículo 25 se destina precisamente a las privaciones de libertad impuestas en sentencia. Un criterio diferenciador entre dos fases o circunstancias de la privación de libertad que, además de tener un claro origen histórico, se halla también en el Convenio Europeo de 4 de noviembre de 1950, cuyo artículo 5 se ocupa de los arrestos y detenciones, mientras que el 7 lo hace de la prisión. En suma, como escribe SERRANO ALBERCA a propósito del artículo 17.1, la privación de libertad puede tener un carácter cautelar o puede tener el carácter de pena impuesta, pero «en este segundo caso... la garantía se encuentra en el principio de legalidad penal reconocido en el artículo 25» (103).

Bien es cierto, cabría aceptar por un momento la posición del Tribunal cuando dice que «la garantía consistente en exigir que la privación de liber-

(103) J. M. SERRANO ALBERCA, en F. GARRIDO FALLA y otros, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 210-211.

tad se realice 'en los casos y formas previstas por la ley', aparece como una garantía genérica, referida tanto a tales casos como a los supuestos de privación de libertad en virtud de una condena penal» (104). Pero lo que no se comprende fácilmente es que el carácter de las leyes penales venga dado por la «garantía genérica» del artículo 17.1 y no por la «garantía específica» del artículo 25.1. Quiero decir con ello que, aceptando el punto de partida del Tribunal, existiría una relación de especialidad entre el artículo 17.1 y el 25.1: uno se referiría a cualesquiera privaciones de libertad, mientras que el otro contemplaría sólo las derivadas de sentencias penales. Más entonces, ¿por qué la sentencia de 1986 insiste en que la necesidad de ley orgánica viene dada por la conexión del artículo 81.1 al 17.1 y no al 25.1, siendo así que éste es el que recoge el principio de legalidad penal, que representa una de las dimensiones de dicho principio en relación con las privaciones de libertad?

Suele decirse que rectificar es de sabios, pero la verdad es que en este caso no parece que el Tribunal haya reconocido su cambio de orientación, ni que ésta constituya necesariamente una sabia y saludable medida. Al margen de las dificultades y posibles lagunas que pueda provocar en orden a la represión de los delitos monetarios cometidos bajo la vigencia de la Ley 40/1979, de 10 de diciembre, esta sentencia consagra una doctrina que, por los motivos ya señalados, no favorece el uso prudente de la categoría de las leyes orgánicas ni añade una garantía sustancial al ordenamiento punitivo.

En resumen, no parece que las leyes orgánicas fuesen un hallazgo feliz de los constituyentes de 1978, y así lo suele atestiguar la doctrina iuspublicista, como ya sabemos. Su papel en relación con el Derecho penal tampoco aumenta los motivos de satisfacción, pues las dificultades que suscita el artículo 81.1 únicamente pueden ser origen de confusión en un aspecto tan capital como es el del principio de legalidad. Es más, toda opción hermenéutica que no propugne la inclusión total o la exclusión total del Derecho penal del ámbito de las leyes orgánicas resulta intranquilizadora desde el momento en que rompe la idea de Código y la unidad de fuentes; y, sin embargo, a mi juicio, no cabe otra solución a la vista de la jurisprudencia comentada; porque, sin duda, la sentencia de 23 de febrero de 1984 resulta poco concluyente y las de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986 bastante discutibles, pero al menos hay un aspecto que sí parece quedar claro,

(104) Sentencia del Tribunal Constitucional de 16 de diciembre de 1986, fundamento 4.º

y es que no toda norma penal será ley orgánica; únicamente revestirá ese carácter cuando tenga por objeto derechos fundamentales, según decía con cierta ambigüedad la primera sentencia, o cuando la pena afecte a cualquiera de los derechos y libertades tutelados en la Sección 1.ª del Capítulo II, según sostienen los dos últimos fallos citados.

Por ello, me parece que la incidencia de las leyes orgánicas en el ámbito penal ni favorece la seguridad jurídica ni incrementa de modo sustancial el sistema de garantías individuales. Aunque a la vista de la doctrina científica y jurisprudencial parece que estamos llamados a la «organización» del Derecho penal o de una parte del mismo, hubiera sido deseable una más clara definición constitucional. En concreto, dado que la Constitución no incorporó una cláusula taxativa que hiciera de la reserva de ley penal una reserva de ley orgánica, tal vez lo más plausible hubiese sido considerar el ordenamiento punitivo como una garantía externa al sistema de derechos y libertades y no como un desarrollo de los mismos; en suma, independizar el Derecho penal de una categoría normativa surgida por problemas políticos de consenso constitucional que, al menos en apariencia, poco tenían que ver con el futuro diseño del sistema de delitos y penas. Parece dudoso, sin embargo, que estemos a tiempo de rectificar, si es que tal rectificación fuera, como yo creo, saludable y conveniente.

JURISPRUDENCIA

Estudios y Comentarios

