

Código Penal y Ley Orgánica

JOAN JOSEP QUERALT

Catedrático de Derecho Penal.

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Letrado del Tribunal Constitucional

SUMARIO: A) Planteamiento. B) Reserva de Ley. C) Ilegalidades sobrevenidas: a) Art. 452 bis d) Código Penal; b) Art. 65 Código Penal; c) Art. 67 Código Penal. D) Clase de Ley: ley ordinaria versus ley orgánica: 1. Concepto. 2. Tesis: ley orgánica como ley penal. 3. Análisis de los antecedentes. 4. Art. 25.1 CE: cláusula sancionadora penal y administrativa. 5. El «ejercicio» del derecho al principio de legalidad. 6. Inexistencia del derecho al «rango». 7. Conclusiones.

A) PLANTEAMIENTO

El rango normativo que deban revestir en España las leyes penales sigue siendo una cuestión polémica, pese a la no poca jurisprudencia constitucional recaída sobre la materia.

Previamente a esta cuestión habrá de analizarse en primer término, a modo de artículo de previo pronunciamiento, una temática que precede a la reserva de ley orgánica, cual es la de la reserva de ley en materia penal; en este apartado revestirá especial importancia, ante la práctica preconstitucional de la legislación delegada sin límite objetivo, es decir, que podía efectuarse la delegación sobre cualquier materia, el grado de cumplimiento de las habilitaciones previas. A continuación se pasará revista a la evolución doctrinal y jurisprudencial-constitucional en materia de reserva de ley orgánica para la regulación de las leyes penales. A mi entender no puede efectuarse un completo análisis del tema propuesto sin plantearse la problemática de las leyes penales en blanco, es decir, sin plantearse las dificultades que la inmisión reglamentaria plantea para la correcta formalización de las leyes penales.

B) RESERVA DE LEY

No resulta innecesario recordar lo que la jurisprudencia constitucional ha venido a recordar, a saber, que el *principio de legalidad encierra*

una doble garantía: una de carácter material y otra de carácter formal (1). Ello supone que el principio de legalidad tiene una vertiente en la que su contenido es constitucionalmente relevante (mandato de certeza, por ejemplo) y otra en al que el ropaje, solemnidad o jerarquía de la misma coadyuva esencialmente a la preservación del citado contenido. Ciertamente, y a reservas de lo que más abajo se diga, la garantía formal responde a la necesidad de asegurar el contenido material. El grado de intensidad de esta garantía formal varía en función del contenido a asegurar, por un lado, y de la tradición, de otro. Así, el propio Tribunal Constitucional no se muestra exigente en materia disciplinaria o sancionadora gubernativa en cuanto al nivel jerárquico de la norma, requiriendo, eso sí, la habilitación legal de la potestad, pero no directamente el del precepto sancionador (2). Por lo que hace referencia a la tradición, el Bundesverfassungsgericht ha considerado ajustado a la Grundgesetz el que la *lex* sea sólo *lex scripta* y acepta, por tanto, reglamentos y disposiciones corporativas (Satzungen) (3), lo cual, huelga decirlo, tiene no poco peso entre nosotros.

Ahora, precisamente, nos interesa ese segundo elemento integrador de la garantía que constituye el principio de legalidad penal, es decir, el *formal*. En efecto, al menos en lo que hace referencia al Derecho

(1) Cfr., entre otras, SSTC 8/1981 —f.j. 4—, 156/1984 —f.j. 2—, 101/1988 —f.j. 2—. Vid., igualmente, Rodríguez Mourullo, *NEJ*, XIV, 1971, p. 888; Cobo-Boix, «Garantías institucionales del Derecho sancionador», en *Comentarios a la legislación penal* (M. Cobo del Rosal, dir.), I, 1982, p. 192; Boix Reig, «El principio de legalidad en la Constitución», en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal* (A. Asúa ed.), 1983, p. 54; Cobo-Vives, *Derecho Penal*, PG, ³1990, p. 61.

(2) Cfr., por ejemplo, las SSTC 42/1987 y 3/1988. En la primera se declaró nula la sanción gubernativa impuesta a la empresa propietaria de un casino, impuesta en virtud de la normativa sectorial, por carecer la Administración de una norma habilitante previa, lo cual hacía nula tanto la sanción como la capacidad sancionadora autocedida por la Administración. En cambio, la segunda resolución constitucional resuelve una cuestión de inconstitucionalidad planteada a la vista del rango normativo de las disposiciones sancionadoras en materia de cumplimiento de seguridad pasiva por parte de establecimientos comerciales y de crédito. En este segundo supuesto, tras complejos razonamientos, se consideró que la potestad sancionadora gubernativa tenía suficiente base legal y se mantuvo tanto la sanción como la normativa.

3. Vid., en la jurisprudencia alemana, *BVerfG* 14, 174 [185] y 26, 186 [203 y ss.]; cfr., además, Wassermann, «Art. 103.2», en *Kommentar zum Grundgesetz*, 1984, n.m. 47; Eser, en *Schönke/Schröder*, ²³1988, § 1 n.m. 8; Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts*, ⁴1988, pp. 103 y ss.; Dürig, *Grundgesetz, Kommentar*, IV (1960), ⁶1989, Art. 103, II, n.m. 106; Rudolphi, en *Systematischer Kommentar (SK)*, ⁵1989, § 1, n.m. 4. Con todo, las privaciones de libertad han de acordarse mediante una ley formal, pues ello es consecuencia, no del art. 103.2 GG, sino de la específica previsión del art. 104 GG; así *BVerfG* 25, 285 y 26, 31 —42— y la doctrina acabada de citar. No obstante, es de señalar que existe una doctrina minoritaria que requiere, en todo caso, ley formal para las leyes penales; así H. Mayer, *Strafrecht*, 1953, p. 85; Holtkotten, «Art. 103.2», n.n., 3 c., en *Bonner Kommentar*, 7, ⁴1983.

criminal, se predica una *reserva de ley*. Para lo que aquí importa y sin perjuicio de lo que más abajo se diga sobre las leyes penales en blanco, lo cierto es que el Tribunal Constitucional ha admitido, en principio, la *reserva absoluta de ley* (4). Salvo contadas excepciones (5), ha sido una afirmación, cuando no reivindicación, constante de la doctrina (6). En consecuencia, en este punto al menos existe coincidencia entre la doctrina tradicional y la jurisprudencia de garantías constitucionales; es más, podría afirmarse que dicha jurisprudencia no ha venido sino a *confirmar* toda una línea doctrinal y jurisprudencial de corte garantístico en sintonía con lo que cabe esperar de un Estado de Derecho.

La reserva de ley supone, como es bien sabido, que sólo por ley, es decir, por un acto normativo emanando de las Cámaras legislativas, pueden ser regulados ciertos aspectos de la realidad social y, en concreto, los que hacen referencia a restricciones de derechos y libertades de los ciudadanos e imposición de cargas y gravámenes a que aquéllos pueden verse sometidos. Uno de estos aspectos es, desde luego, el del campo de los derechos y libertades públicas y fundamentales y, en concreto, el de la garantía penal. Ello es consecuencia, sin adelantar por ahora otras conclusiones, de la dicción literal del artículo 25.1 CE, que alude a que la punición de los comportamientos penales e ilícitos administrativos sólo puede acontecer de acuerdo a la *legislación* vigente. Bien es cierto que el término «legislación» puede ser entendido como sinónimo de ordenamiento, es decir, en sentido amplio y, por tanto, comprensivo de todo tipo de normas y, también, por supuesto, en sentido propio, es decir, referido única-

(4) Así, cfr. SSTC 11/1981 —f.j. 5—, 15/1981 —f.j. 2—, 25/1984 —f.j. 3—, 140/1986 —f.j. 5, 42/1987 —f.j. 3—, 101/1988 —f.j. 4.

(5) Recientemente, Rodríguez Devesa, «Una versión aberrante de las fuentes del Derecho Penal», en *Homenaje a Pérez-Vitoria*, 1983, tras dirigir epítetos tan faltos de certeza como de tino contra el sistema de fuentes que, por fin, impera en el Derecho Penal español, de modo que pueda hablarse de Estado de Derecho [«tortuosa e inexacta la interpretación del art. 81, apart. 1, de la Constitución (p. 836); el argumento en que se basa la llamada “reserva de ley orgánica”, es por demás deleznable» (*ibidem*), «falacia» (p. 838), y «grotescas anomalías» (p. 839)], considera como fuentes del Derecho Penal, además de la Ley, tanto el decreto-ley como el decreto legislativo. Más atemperadamente, pero igualmente falto de razón, en *Derecho Penal español*, PG, ¹⁴1991, pp. 180 y ss. En definitiva, con el criterio criticado *se deroga el principio de legalidad por el de necesidad*. Por su parte, Lamarca, *REDC* (20), 1987, p. 107, considera que nada se opone a interpretar el término legislación en el sentido de rango de ley o incluso en el más limitado de ley formal.

(6) Para Jescheck, *Lehrbuch*, ⁴1988, p. 112, es el Derecho Penal el ámbito en el que se realizan con más fuerza las garantías del Estado de Derecho; en sentido similar, Boix Reig, *El principio* (n. 1), 1983, p. 53. Por tanto, no es de extrañar que, cuando tales garantías no reinaban en nuestro país, aquéllas fueran, con todo, reclamadas; cfr., por todos, Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, 1975, pp. 84 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, 1976, p. 143.

mente a Ley (7). La exactitud terminológica es de exigir al legislador, si quiere ser tomado en serio. Por ello ha de partirse de la seriedad del legislador, seriedad que se afina al máximo —y, por tanto, se exige y se presume al máximo—, cuando estamos en presencia no de cualquier legislador, sino del máximo legislador, es decir, del constituyente (8).

Lo que antecede implica, a mi juicio, no entender como sinónimas las expresiones «ordenamiento jurídico» y «legislación vigente», al menos en sede de principio de legalidad. Las razones son de diversa índole. Por un lado, la evolución de la discusión parlamentaria del precepto parece apuntar claramente al criterio aquí sostenido (9). Así es, pudiendo haber empleado el constituyente para confeccionar el artículo 25.1 Ce la expresión ordenamiento, se decantó finalmente por el de legislación; el que la razón de ello fuera o no el sometimiento de las infracciones y sanciones administrativas al principio de legalidad (10), antes que contradecir la solución ratificada por el Tribunal Constitucional, la corroboraría. De otra parte, no deja de ser curioso que de haberse redactado al disposición constitucional en cuestión, utilizando la expresión «ordenamiento jurídico» en lugar de la que realmente se ha utilizado, la discusión garantista en el sentido de la reserva de ley casi ni podría dar inicio. En materia de derechos y libertades ciudadanas ha de regir el principio de la interpretación más acorde con el propio derecho que se ve afectado, pues de lo contrario el derecho o libertad desaparece en la práctica por más que perdure sobre el papel (11).

(7) Por su parte, Serrano Alberca, «Art. 25.1 CE», en *Comentarios a la Constitución* (F. Garrido Falla, dir.), 1980, p. 319, entiende que, en todo caso, en la expresión legislación vigente no cabe ni la jurisprudencia ni la costumbre. Desde otro contexto, Parada, *RDBB* (2), 1981, p. 316, afirma «es necesario que en una interpretación razonable se patentice que la Constitución utiliza el término ley o legislación en sentido formal y no material, y de forma tan general y categórica que impida al legislativo la deslegalización.»

(8) Si, como ocurrentemente ha dicho Schünemann, *Nulla poena sine lege*, 1978, p. 39, el principio de legalidad no sólo ha de tomarse en serio, sino que podemos tomarlo en serio, quien primero lo ha de hacer es el legislador.

(9) Vid. un resumen de la evolución legislativa en Cobo-Boix, *Comentarios* (n. 1), I, 1982, pp. 195 y ss. Sobre el tortuoso camino seguido en la elaboración del art. 25.1 CE insiste, de nuevo, Boix, en *El principio* (n. 1), 1983, p. 58; cfr. *infra* apartado 3.

(10) Cfr. Cobo-Boix, *Comentarios* (n. 1), I, 1982, p. 191; por su lado, Bustos, «Las fuentes del Derecho y el principio de legalidad sancionatoria», en *Las Fuentes del Derecho*, Anuario de la Facultad de Derecho, Estudi General de Lleida, 1983, p. 102, habla de «principio de legalidad sancionatoria».

(11) Vid., SSTC 76/1987 —f.j. 3—, 18/1988 —f.j. 3—, 61/1988 —f.j. 2—; cfr., además, de Otto, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades», en L. Martín-Retortillo/I; de Otto, *Derechos fundamentales y Constitución*, 1988, pp. 111 y ss., donde llega a idéntica solución, tras acotar lo que haya que entender por contenido esencial de un derecho o libertad fundamental.

Aceptar —o tolerar, lo cual sería evidentemente peor—, que cualquier norma de rango distinto a ley (12) pueda, sin base legal, someter a pena, medida o sanción administrativa un comportamiento, lleva a dinamitar el principio de legalidad y hace añicos el principio de seguridad jurídica, del que el de legalidad, recordémoslo de nuevo, no es más que una manifestación (13). Piénsese lo que sería que el Gobierno central o uno autonómico, las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y los Plenos de las Corporaciones locales (Diputaciones, Cabildos y Municipios) pudieran tipificar y sancionar conductas, si ello fuera posible por no impedirlo el artículo 149.1, 6.^a CE y fuera viable en virtud de los apartados 1 y 2 del artículo 150 CE. Si en materia penal, como de contrario sucede en materia administrativa, fuera factible la deslegalización, resultaría que desde el punto de vista normativo sí estaría equiparado, sacando de contexto la frase de Welzel, matar a un hombre y a un mosquito. Lo cual nos lleva a un argumento que no será ésta la única vez que se utilice. *Se trata de saber por qué, si la sanción criminal es una de las máximas ingerencias estatales, cuando no la máxima, en la esfera de la personalidad del ciudadano individual, la ingerencia no va acompañada de la mayor formalidad prevista, ella sí, en el ordenamiento jurídico* (14). La controversia, empero, no se centra, justo es reconocerlo, en una previsión legal de carácter general, sino, en un doble frente, como habrá ocasión de comprobar: en el del carácter de la reserva de ley; es decir, en su nivel de exigencia, o lo que es lo mismo: se plantea la cuestión de hasta qué punto el reglamento puede suplir a la Ley creando tipos y/o sanciones. La otra cuestión, que será abordada a continuación, es la de saber si el Código Penal y las demás

(12) No se trata aquí la cuestión de los Tratados Internacionales, normas diferentes a la ley, aunque no superiores, como fuente de Derecho, y, más concretamente, como *fuerza directa de Derecho Penal*, es decir, como norma conteniendo incriminaciones y penalidades o medidas de seguridad, y no se trata por la razón de que su existencia parece sumamente improbable; así, Cobo-Vives, *PG*, 31990, p. 125. En cambio, no sería desdeñable el efecto desincriminador en una determinada materia —importación-exportación de capitales, por ejemplo— como consecuencia de que España hubiera suscrito un convenio internacional —o regional— en el que se levanten las restricciones al tráfico transfronterizo de capitales.

(13) Así, con toda rotundidad, la STS 150/1989, f.j. 5 I: «El principio de legalidad penal reconocido en el art. 25.1 de la Constitución es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del derecho estatal sancionador. En este sentido se vincula, ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también en el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica (SSTC 62/1982 y 133/1987), así como con la prohibición de la arbitrariedad y en el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el art. 24.2 y el art. 117.1 de la CE, especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están “sometido únicamente al imperio de la ley”».

(14) En sentido similar, cfr. Arroyo, *REDC*, (8) 1983, pp. 31 y ss.

leyes penales han de revestir el rango de ley orgánica; aun más: se trata de saber si, en el caso de que se haya respondido afirmativamente a la primera pregunta, de si tal rango lo ha de revestir en toda su extensión o sólo en algunos de sus pasajes.

Pero, como cuestión previa, ha de efectuarse un repaso, si bien somero, a la observancia del principio de reserva de Ley por parte del texto que la CE se encontró a su entrada en vigor y si éste ha quedado sanado posteriormente.

C) ILEGALIDADES SOBREVENIDAS

Aunque en sus líneas maestras el Código Penal vigente esté muy enraizado en el Código Penal de 1848-50, formalmente su texto es el resultado de las sucesivas reformas que se plasmaron, de acuerdo a la Ley 44/1971, en el texto refundido de 1973 (15). Como es obvio, desde tal fecha acá, se han producido no pocas modificaciones del máximo texto punitivo; siguiendo a Gimbernat (16) en su edición anotada del vigente Código Penal, que sólo recoge un listado de disposiciones «en la medida en que aún tienen alguna vigencia», se han producido 35 modificaciones legales del Código Penal; es decir, prácticamente, una cada seis meses desde 1973. De éstas, las más profundas son las de 1983 —Ley Orgánica 8/1983— y la efectuada por Ley Orgánica 3/1989. Pese a este cúmulo de reformas, quizá por estar en vigilia permanente a la espera de un Código Penal de nuevo cuño, no se ha publicado ningún texto refundido. La refundición era ciertamente posible hasta el 29 de diciembre de 1978; desde esa fecha, en virtud del artículo 82.5 CE tal posibilidad permanece excluida para aquellas materias que, en mayor o menor extensión, han de ser reguladas por leyes orgánicas (17).

(15) La L 44/1971, sobre reforma del Código Penal, contenía una disposición final por la que se conminaba —que no autorizaba— al Gobierno para que, en el plazo de un año, contado a partir de la entrada en vigor de la misma, publicase un texto refundido de aquél. Como no era infrecuente en el régimen anterior —la Ley de Régimen local de 1955 estaba habilitada desde 1945—, los órganos competentes se tomaron su tiempo; el texto refundido no se publicó sino hasta el D 3076/1973, o sea, dos años más tarde.

(16) *Código Penal*. Edición preparada por E. Gimbernat, Madrid, 8^o 1991, p. 19.

(17) Cfr., en sentido similar, aunque ciertamente algo dubitativo, Serrano Alberca, «Art. 25.1 CE» (n. 7), 1980, p. 320. Ello es resultado de que únicamente cabe que se confeccionen textos refundidos en materias sobre las que quien emite una autorización —que no es una delegación— de refundición tiene plena competencia. Leído el apartado 1 del art. 82 CE salta a la vista que, sistemáticamente interpretado todo el art. 82 CE, este precepto tiene como objeto de atención las delegaciones legislativas en las que no es necesario —o no procede, según se entienda— *ratio materiae* emitir una ley

En este estado de cosas conviene recordar que la primera refundición reciente es la que surge de la Ley de Bases de 19 de julio de 1944, que se plasmó en el Decreto de 23 de diciembre siguiente por le que se aprueba el texto articulado del Código Penal del nuevo régimen; posteriormente la Ley de Bases 79/1961 se dicta para revisar y reformar de nuevo el texto punitivo, concluyendo mediante un texto, denominado texto revisado, de 1963. Este devenir finaliza, como se ha dicho, formalmente en 1973. Todo el seriado de reformas, mediante la técnica de leyes de bases y de textos refundidos, está abocado, para lo que aquí interesa, a una consecuencia poco alagüeña: incluso a la luz de la pretendida legalidad del régimen anterior, *las autorizaciones que las leyes de bases contenían fueron, en algunos supuestos, desbordadas por los refundidores y revisadores*. Lo cual no deja de ser sorprendente, habida cuenta de la ausencia de división de poderes en el régimen anterior y, por tanto, choca que el mismo autorizante se saltara su propia autorización. Esta dislexia legislativa no tendría, afortunadamente, ahora —no antes— mayor interés que el histórico; sin embargo, las ilegalidades que señalaremos han pasado al texto penal, que el régimen político que regula Constitución de 1978, ha hecho suyo. Si, además, con no poca generosidad el Tribunal Constitucional ha entronizado la norma *tempus regit actum* (18) y ha tratado los reglamentos del antiguo régimen, más que por su naturaleza por su denominación, habrá que concluir que, lo que era ilegal con anterioridad a la entrada en vigor de la CE, lo será igualmente después de tal entrada, máxime no existiendo, por no poder existir, legislación delegada en materia de leyes orgánicas, y el Código Penal, como habrá ocasión de demostrar y la práctica legislativa, en todo caso, confirma, es una ley orgánica.

A lo que alcanzo a ver existen tres clamorosos ejemplos de ilegalidad (19) en la formulación de tipos y penas o medidas en el vigente

orgánica. Dado que, con uno u otro alcance, como habrá ocasión de ver, las leyes penales son, como mínimo, parcial y mayoritariamente, normas con rango de ley orgánica, no será factible ni delegar en el Ejecutivo la confección total o parcial de supuestos de hechos y consecuencias jurídicas en materia jurídico-penal ni, consecuentemente, autorizar al Gobierno para la refundición de la normativa penal existente; cfr. Mir Puig, *Derecho Penal*, PG, ³1990, p. 21, n. 29.

(18) Cfr. STS 15/1981 —f.j. 7—. Ahora bien, no es menos cierto que otras resoluciones han señalado que la proyección garantista del texto constitucional sobre los derechos fundamentales es plena si no se han agotado los efectos de las situaciones anteriores a su entrada en vigor (SSTC 29/1981 —f.j. 7—, 110/87 —f.j. 2—). Con todo, téngase presente que, si una norma preconstitucional es constitucionalizada por reformas posteriores, incluso postconstitucionales, estas reformas posteriores hacen suyos los contenidos no reformados (STC 105/1988, f.j. 1); ello no quiere decir que lo que era ilegal sea sanado por la asunción posterior.

(19) Otros supuestos han pasado, en virtud de sucesivas modificaciones del Código Penal, a mejor vida. Con todo, una pequeña referencia a alguna de las más clamorosas perlas de la reforma de 1944 no parece fuera de lugar. Así, con independencia de su

Código Penal, debido a que no se ajustan a las previsiones contenidas en las leyes de bases desarrolladas por los decretos que las alumbraron.

a) En primer término, tal como ha señalado la jurisprudencia del Tribunal Supremo (20), el artículo 452 bis d) 1.º.I hace referencia, entre los posibles sujetos activos, a los encargados de los locales en los que se ejerza la prostitución. Pues bien, la figura de los encargados, ni aún dilatando la imprecisa base novena de la Ley 79/1961, en su párrafo IV (21), puede considerarse incluida entre los sujetos que menciona, a saber, dueños, gerentes, administradores y personas que participen en la financiación de los citados locales. Los encargados de tales establecimientos deben ser incluidos, pues, en el párrafo II del citado precepto penal y recibir, por tanto, menor pena que la que corresponde a los sujetos del citado primer párrafo.

La razón, ocioso resulta repetirlo, estriba en la *falta de cobertura legal* del redactor del decreto de 1963.

b) Otro ejemplo de crasa ausencia de la debida habilitación legal cabe observarse en el sustitutivo penal del artículo 65. En efecto, dicho precepto establece que, al menor de dieciocho años y mayor de dieciséis podrá, o bien rebajársele la pena en uno o dos grados, o bien

calidad técnica, de algunas mejoras en la parte general y de las consecuentes connotaciones políticas, pueden entresacarse, a título meramente enunciativo, algunas de aquéllas. La primera de las irregularidades radicaba en la redacción dada al art. 8, 2.º, que ha estado en vigor hasta 1983, consistente en la entrega a la autoridad gubernativa de los menores de edad penal que el Tribunal Tutelar de Menores considerara conveniente (art. 2.1.º); además de ser esta dejación uno de los muchos baldones que caían sobre la llamada Jurisdicción Tutelar de Menores, lo cierto es que nada había regulado, en tanto que ley formal al respecto, por lo que podía producirse desde la más absoluta impunidad a la mayor de las crueldades; ello tampoco era de extrañar, teniendo en cuenta la alegalidad de la citada jurisdicción [cfr. Jiménez Quintana, *CPC* (20), 1983, pp. 575 y ss.], inconstitucionalidad, finalmente declarada por el Tribunal Constitucional muy recientemente: STC 36/1991. Otra de las perlas, ésta en la base del art. 2.13 de la citada ley de bases, es la de estructurar unos determinados robos en torno al *robo normal* (*sic*). Existe, además, una tercera que es realmente indicativa de lo que se podía entender antes de 1978 por Estado de Derecho; en efecto, el art. 2.º 8.ª establece que el título de las blasfemias se contraerá a un solo artículo que definirá el delito «y establecerá la pena que han de aplicar los Tribunales», o lo que es lo mismo: el redactor del texto refundido, el autorizado, tenía las manos libres para establecer la pena que estimase pertinente; el delito de blasfemia ha dejado de serlo en virtud de la Ley Orgánica 5/1988.

(20) Vid. SSTS 2-7-1980, 27-10-1984, 25-4-1988, 12-3-1990; cfr., en idéntico sentido, Cerezo, *Curso de Derecho Penal español*, PG/1, 3º 1985, p. 166.

(21) «De acuerdo con los principios informadores de los convenios internacionales y la legislación abolicionista, se castigará a los dueños, gerentes, administradores y personas que participen a sabiendas en la financiación de locales en los que se ejerciere la prostitución o cualquier otra forma de corrupción, así como a las personas que también a sabiendas sirvieran a los mencionados fines en los referidos locales.»

sustituir ésta por internamiento es una institución especial de reforma hasta corregir su corrección. La primera parte del precepto, es decir, la atenuación obligatoria de extensión facultativa viene a ser una constante en nuestra historia penal (22). La segunda parte, en cambio, resulta manifiesta inconstitucional por no estar cubierta por las bases de julio de 1944 (23) y, además, por establecer una medida de duración indeterminada (24).

Si bien es cierto que esta medida, debidamente sanada su cobertura legal y establecida su limitación temporal, no resulta desacertada, no es menos cierto que se trata de un parcheo ante la carencia de un Derecho penal infantil y juvenil en España digno de tal nombre (25). Ni la jurisdicción de menores, por la normativa que aplica —incluso con independencia de la dificultad sobrevenida de aplicar directamente la Constitución en materia de garantías sin intermediación de la Ley, aunque sin dejar de tenerlo en cuenta—, ni los centros y/o condiciones en que las medidas que se adopten han de cumplirse o verificarse reúnen someramente los requisitos de educación y corrección necesarios para que tales medidas surtan un efecto medianamente satisfactorio. Si el Derecho Penal para adultos, especialmente en su vertiente procesal y penitenciaria es manifiestamente mejorable, el Derecho Penal infantil y juvenil es totalmente impresentable en cualquiera de sus versiones (26), incluso ya, como se expone, desde la propia perspectiva normativa.

c) El tercer aspecto al que me refería más arriba es le de la figura contemplada en el artículo 67. Al igual que la anterior, fue introducida de matute por el refundidor de 1944, pero no por el redactor de la Ley de Bases, aunque los autores fueron los mismos. Al decir de la

(22) Vid. Casabó, «Art. 65», en *Comentarios al Código Penal* (Córdoba Roda-Rodríguez Morullo-Casabó Ruiz-Del Toro Marzal), II, 2^a 1976, pp. 288 y ss.; igualmente, Mir Puig, «Adiciones» a H.-H. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal* (trad. y notas de S. Mir Puig-F. Muñoz Conde), I, 1981, p. 614.

(23) Cfr. Casabó, *Comentarios* (n. 22), II, 2, 1976, p. 294.

(24) Sobre la exigencia de adecuarse al mandato de determinación tanto por parte de las penas como de las medidas de seguridad, vid. mi «Principio de legalidad penal», en prensa, cap. IV F), apartados 1) y 2), respectivamente.

(25) En la reciente STC 36/1991, el propio Tribunal Constitucional es consciente de que la declaración de inconstitucionalidad del art. 15 de la llamada Ley de Tribunales tutelares de Menores de 1948 produce un vacío, vacío que deberá ser llenado por los jueces de menores, aplicando en su plenitud el art. 24 CE hasta tanto el legislador tenga a bien normar una esfera social necesitada de una atención preferente, pero, en cambio, siempre postergada.

(26) Cfr. Cobo, «Atenuante de minoría de edad y sustitución de la pena en el artículo 65 del Código Penal español», en *Problemas actuales de las Ciencias Penales y de la Filosofía del Derecho en Homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa*, 1970, pp. 444 y ss., 455 y ss., quien ofrece el panorama desalentador de hace ya más de dos décadas.

doctrina, el artículo 67 contiene una disposición a caballo entre la pena y la medida de seguridad, análoga al destierro (27).

Tal como sucedía con la medida prevista en el artículo 65, a su inconstitucionalidad por infracción del principio de habilitación legal, lo que le priva del carácter de *lex* en sentido formal, la medida del artículo 67 carece de límite y vulnera el principio acusatorio (28). A lo que alcanzo a ver, sólo la STS 24-9-1988 hace mención, aunque no saca conclusiones directas de ello, a la falta de cobertura de ley del artículo 67; es más, llega a afirmar que esta figura «surge hasta cierto punto *ex novo* con el decreto de 23 de diciembre de 1944, dado que su precedente, el artículo 106 del Código de 1928, había desaparecido sin dejar rastro en el Código de 1932».

D) CLASE DE LEY: LEY ORDINARIA *VERSUS* LEY ORGANICA

1. Las leyes orgánicas nos sitúan ante una cuestión novedosa y peculiar del ordenamiento jurídico español. Pese a su denominación, nada tiene que ver ni con la organicidad de ciertas leyes del franquismo, ni con su original francés. Supone, en todo caso, una institución propia del sistema jurídico postconstitucional (29) y, por tanto, una

(27) Cfr. Casabó, *Comentarios* (n. 22), II, 2, 1976, pp. 309 y ss. Igualmente es de ver que el art. 88 regulador del destierro contiene también un inciso relativo a la petición del ofendido sobre prohibición de que el reo vuelva al lugar donde cometió el hecho o al de residencia de aquél o de sus parientes próximos, inciso que carece del amparo de la Ley de Bases de 1944.

(28) Pese a lo que pudiera entenderse a la luz de la expresión legal «podrán acordar (sc. los tribunales)», es decir, un tono evidentemente facultativo, lo cierto es que ninguna restricción penal —como pena o medida— puede imponerse en Derecho español con vulneración del art. 24.2 CE, que es donde se contiene el principio acusatorio. Si bien es cierto que el principio acusatorio requiere la formulación de una imputación formal por un tercero diverso del juez para que el Tribunal proceda a la condena y que la acusación lo es de hechos, no de tipificaciones legales —por todas, STC 186/1990, ff. jj. 3 y 4—, lo cierto es que, al no tratarse de una pena anudada por imperativo legal a una acusación, ésta ha de ser solicitada por el acusador, no pudiendo ser impuesta, pues, de oficio por el órgano judicial enjuiciador. Igual suerte, pues, habrán de correr las penas facultativas: están sujetas al principio acusatorio.

(29) Cfr. de Otto, *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 1987, pp. 112 y ss.; Linde, *Leyes orgánicas*, 1990, p. 14. Con relación a la figura de las leyes orgánicas es enormemente crítico Santamaría Pastor, *Fundamentos de Derecho administrativo*, I, 1988, p. 564: «pavoroso cúmulo de problemas», p. 566, «diseño arbitrario e impreciso»; no obstante, acertadamente (p. 567) advierte: «Pero la presunta arbitrariedad del constituyente constituye un rasgo inseparable de la soberanía, a la que no es posible criticar desde el punto de vista de la lógica o de la sistemática: la Constitución es un texto

peculiaridad para cuyo análisis de poco ha de servir el recurso al Derecho y experiencias legislativas comparados.

Como es sabido la ley orgánica se caracteriza por sus notas diferenciales: tener un ámbito material predeterminado en la Constitución, y requerir su aprobación (modificación o derogación) la mayoría absoluta de los miembros del Congreso de los Diputados, en una votación final del conjunto del proyecto (30). Sin necesidad de entrar a ponderar la motivación del constituyente para instituir esta clase de leyes (31), lo cierto es que esta innovación requiere, si quiera apodócticamente, considerar que la ley orgánica no representa el escalón jerárquico en la escala de las disposiciones que denominamos leyes o, si se prefiere, disposiciones normativas con fuerza de Ley. Parece más correcto entender que la ley orgánica es una clase de norma que se distingue de las demás porque tiene *competencia* sobre una serie de aspectos (32), puesto que el constituyente no ha desnaturalizado el producto que siguen siendo las leyes, sino que ha querido organizar las competencias legislativas de las Cortes partiendo de contenidos materiales y procedimientos diferentes de elaboración de las normas (33).

Sea como fuere, una simple lectura del título de las leyes penales postconstitucionales, con la sola excepción, totalmente censurable, del Real Decreto-Ley 3/1979 (34) y de la Ley 40/1979, de control de cambios (35), nos lleva a la certeza de que las leyes penales en España tie-

político, no un trabajo académico, y sus parámetros de coherencia son completamente distintos a los de los productos intelectuales».

(30) Cfr. Linde (n. 29), 1990, p. 11.

(31) Cfr. Fernández Rodríguez, *Curso de Derecho Administrativo*, I, ⁵1989, p. 150 y ss., donde se señala una cierta voluntad de retención del poder constituyente al confeccionar la institución de las leyes orgánicas.

(32) Cfr. el mismo, *op. cit.*, pp. 149 y ss., el listado de materias sometidas a ley orgánica.

(33) Vid. Linde (n. 29), 1990, p. 12.

(34) Cfr. Gimbernat, *Introducción a la Parte General del Derecho Penal*, 1979, p. 23; Arroyo, *REDC* (8), 1983, p. 30; Lamarca, *REDC* (20), 1987, pp. 114 y ss; Cobo-Vives, *PG*, ³1990, p. 117. Siendo partidario de que sólo por ley orgánica pueden crearse delitos, estados peligrosos, penas y medidas de seguridad, carece de interés teorizar sobre la posibilidad constitucional del decreto-ley en materia criminal; ésta es, a mi modo de ver, una cuestión, salvo dislates como el expresamente perpretado en el Real Decreto-Ley 3/1979, afortunadamente superada. La polémica doctrinal es hoy ley orgánica/ley ordinaria, no ley/disposiciones para-o infralegales. Con todo, la STC 159/86, f.j. 3, considera adecuada la aplicación —para el delito de apología— del Real Decreto 3/1979, por ser norma más favorable en el asunto debatido.

(35) Esta disposición fue modificada por la Ley Orgánica 10/1983, adelantándose a las SSTC 140 y 160/1986.

Hoy queda sobre el tapete la Ley 39/1981, la llamada de Ley de Banderas, que ha sido cuestionada ante el Tribunal Constitucional por diversos órganos judiciales y en sus diversos apartados; así, las CCII 363/1988 y 175/1991. Dado que se trata de un tema subíndice, me limitaré a enunciar los problemas que dicho art. 10, a mi juicio,

nen el rango legal máximo. Este hecho podría *ope legis* evitar replantear y reproducir aquí la polémica sobre qué rango deben tener las leyes penales; no obstante, el tema dista aún de estar cerrado entre nosotros y es conveniente exponer, siquiera brevemente, el estado de la cuestión para formular una propuesta personal.

2. Dejando de lado, por no ser éste el lugar para terciar en la discusión, la ahora lánguida controversia sobre si la diferencia entre las leyes orgánicas y ordinarias es jerárquica o competencial, reitero mi preferencia por esta segunda corriente claramente mayoritaria. La adopción de esta postura no implica, por contra, adoptar algunos de los planteamientos subyacentes en la misma, singularmente los relativos a la petrificación del ordenamiento jurídico (36) ni que la confi-

plantea, con independencia de que su constitucionalidad haya sido suscitada o no. En primer término, nos hallamos ante el conflicto entre la libertad ideológica y de expresión, agudizado al máximo ante la redacción del tipo penal, producida en un sustrato concreto, con expresiones tales como «sentimiento de su unidad». En segundo término, como señala Vives, en *Derecho Penal, PE*, (M. Cobo del Rosal-T.S. Vives Antón-J. Boix Reig-E. Orts Berenguer-J.C. Carbonell Mateu), ³1990, p. 37, aparece la cuestión de la falta de rango de la L 39/1981: no es una ley orgánica. En tercer lugar, el apartado 1 del citado art. 10 añade una nueva figura a la de ultrajes, a saber la de «ofensas» [cfr. Calderón, en *CPC* (17), 1982, p. 362]. Los párrafos 2 y 3 del citado precepto imponen a los Tribunales un determinado modo de subsumir el hecho: siempre en el art. 123 Código Penal y siempre con publicidad; de este modo, no caben ni la impunidad ni otras figuras delictivas (desórdenes públicos, por ejemplo) ni la apreciación de otros elementos específicos o genéricos. Además, la letra del art. 10 da pie para entender que se pretende imponer doble sanción penal y administrativa —inconcretando ésta—, con lo cual, cuando menos, se vulnera el *ne bis in idem*. Por su parte, el apartado 4 del art. 10 castiga como delito de ultrajes lo que sólo parece ser una desobediencia. Por último, se produce una ampliación del anterior ámbito de lo punible al incluir las banderas autonómicas estatutariamente reconocidas; críticamente, Calderón, *op. cit.*, pp. 363 y ss. Sea como fuere, el tipo del art. 123 es tan poco recomendable que se propone su supresión. A este respecto recuérdese la jurisprudencia norteamericana sobre la indemnidad de la bandera; cfr. los casos *Minerville School, Dis. et al. versus Gobitis et al.* (3-6-1940) —negativa a saludar la bandera— y *Texas versus Johnson* (21-6-1989) —quema de la bandera: estos comportamientos no fueron considerados antijurídicos, sino ejercicio de derechos fundamentales.

(36) Por ejemplo, cfr. de Otto, *Derecho constitucional*, 1987, pp. 114 y ss; Santamaría Pastor, *Fundamentos*, 1988, pp. 568 y ss.; Fernández Rodríguez, *Curso*, I, ⁵1989, pp. 156 y ss.; en la misma tónica, alertado sobre el peligro de petrificación del ordenamiento, ha llamado la atención la jurisprudencia constitucional desde su primera resolución sobre la materia: STC 5/1981, f.j. 21 A). Sin embargo, sin dejar de admitir la necesidad de un ordenamiento jurídico fluido y de respuesta flexible a las necesidades sociales, no se ve qué pueda tener de más democrático el sistema de legislación ordinaria sobre el mixto vigente, tal como opina el autor citado en último lugar. Se me antoja que manejamos dos concepciones diversas de democracia, una liberal y otra constitucional, es decir, una en la que el legislador carece prácticamente de límites y en la que la ley es la expresión de la soberanía popular; la segunda, desde luego, más reciente, en la que, sin reputar en absoluto que el legislador sea un mero ejecutor de la Constitución (SSTC, 209/1987, f.j. 3; 194/1989, f.j. 3), es la norma suprema que tiene y retiene la

guración del ordenamiento jurídico por medio de leyes orgánicas tenga como ventaja la prosecución del consenso que alumbró la Carta Constitucional (37). La primera corriente pretendería reducir al mínimo la existencia de leyes orgánicas; los segundos, en cambio, quizá obtuvieran una excesiva rigidez legislativa, aunque en materia de libertades y derechos fundamentales, la rigidez legislativa, ante la flexibilidad gubernativa y, en no poca medida judicial, siempre que sea para su protección, no ha de considerarse nunca malvenida sino deseable (38).

Esta garantía se ve corroborada por la específica previsión del artículo 28.2 LOTC, que establece la declaración de inconstitucionalidad para aquellas leyes que, sin ser orgánicas, invadan la competencia de éstas; tal invasión puede acontecer normando *ex novo* un determinado aspecto o bien derogando o modificando por una ley ordinaria una ley orgánica. De este modo, aún reconociendo lo complejo que puede llegar a ser en algunos casos deslindar en una ley orgánica los aspectos que deben *ope constitutione* detentar tal carácter y los que, en razón de la conexión, quedan convenientemente regulados con una ley ordinaria, esta nueva apertura de inconstitucionalidad no deja de ofrecer una salvaguarda más en materia de protección de derechos y libertades públicas.

La idea garantista ha hecho que los penalistas españoles, en su mayoría, se hayan decantado por considerar que el rango a otorgar a las leyes penales sea el de ley orgánica (39), siendo minoría quienes

preeminencia normativa, exigiéndose que todo el ordenamiento que aquélla encabeza se le ajuste en plenitud. Desde este planteamiento, no resulta ilógico ni extravagante que el constituyente haya querido reservar, sean cuales fueren sus razones, incluso las espúreas, determinadas materias, en todo caso técnica, organizativa y políticamente esenciales (este es, desde luego, el hilo de conducción que resulta a los intérpretes tan difícil de encontrar), a un determinado procedimiento de regulación, si, como sucede en el caso de los derechos y libertades públicas, tal desarrollo ha de tener lugar (piénsese en la abolición de la pena de muerte, por ejemplo), desde esta concepción, pues, no parece, desde luego, menos democrático el haber sustraído al legislador ordinario y haber reservado al orgánico determinadas materias.

(37) Este es el directo testimonio de Alazaga, *La Constitución española de 1978*, 1978, p. 542; recogiendo esta inquietud, vid. Rodríguez Ramos, «Reserva de ley orgánica para las normas penales», en *Comentarios* (n. 1), I, 1982, p. 301; Fernández Rodríguez, *Curso*, I, ⁵1989, p. 150; sin embargo, la STC 76/1983, f.j. 2 b) lo desmiente expresamente para uno de los temas más conflictivos del desarrollo constitucional español: el sistema autonómico.

(38) En sentido similar, Rodríguez Ramos, «Reserva» (n. 37), I, 1982, p. 305; Boix Reig, *El principio* (n. 1), 1983, pp. 63 y ss.; Linde (n. 29), 1990, p. 96.

(39) Cfr. Muñoz Conde, «Adiciones» (n. 22), I, 1981, pp. 159, 191; Carbonell, *La justificación penal*, 1982, p. 113; Cobo-Boix, *Garantías* (n. 1), I, 1982, p. 197; Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, ²1982, p. 33, aunque hoy, en cambio, admite la ley ordinaria junto a la orgánica (PG, ³1990, pp. 88 y ss.); Rodríguez Mourullo, «Derecho a la vida y a la integridad personal y abolición de la pena de muerte» en *Comentarios* (n. 1), I, 1982, p. 94; el

no opinaran de este modo (40). Tras las primeras resoluciones del Tribunal Constitucional (41), en las que se afirmaba que la organici-
dad de las leyes penales no se derivaba de la conexión entre los arts.
81.1 y 25.1 CE, la doctrina reaccionó ya sea aceptando plenamente
(42), con independencia de su conformidad, tales resueltos, o bien
con diversas matizaciones persistió en mantener que las leyes pena-
les han de revestir en toda su extensión el carácter de ley orgánica,
dado que el Tribunal Constitucional no cerraba la puerta a esta posi-
ción (43). Igual proceder ha seguido, como es notorio, el legislador.
El ejemplo del legislador no deja de ser sorprendente. Cabe pensar
que éste considera que en materia penal nunca son bastantes las
garantías.

Como acertadamente expone Arroyo (44), es difícilmente concebi-
ble mayor límite a la libertad que la privación de la libertad. Y por ello

mismo, «La Ley», 1987 (1), p. 76; Rodríguez Ramos, *Reserva* (n. 37), I, 1982, pp. 303 y ss.; Arroyo, *REDC* (8), 1983, pp. 31 y ss.; Boix Reig, «El principio» (n. 1), 1983, pp. 64 y ss. (70 y ss.); Cobo-Vives, «Introducción General: sobre la reserva de ley orgánica y ley ordinaria en materia penal y administrativa», en *Comentarios* (n. 1), III, 1984, pp. 14 y ss.; los mismos, *PG*, ³1990, pp. 63, 117; Queralt, *ADPCP*, 1985, pp. 318 y ss.; Higuera Guimerá, *Estudios de Derecho Penal*, 1989, p. 430; Prats, en Quintero-Morales-Prats, *Derecho Penal*, *PG*, ²1989, p. 45.

(40) Admiten la existencia de la ley ordinaria junto a la orgánica: Madrid Conesa, *Legalidad del delito*, 1983, p. 55, pero en *Reserva de ley en materia penal y capacidad normativa de las Comunidades Autónomas*, 1985, afirma plenamente la necesidad de ley orgánica; para este autor la cuestión es teórica, a la vista del art. 91, y, en consecuencia, considera que el ordenamiento exige, con todo, ley orgánica (pp. 55 y 29, respectivamente); Casabó, «La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal», en *La Reforma penal y penitenciaria*, 1980, pp. 287/8, aunque inclinándose en razón del bien afectado del infractor por la ley orgánica, en la mayoría de supuestos; Cerezo, *Curso*, ³1985, pp. 154 y ss. Requieren exclusivamente, en cumplimiento de la reserva de ley, que ésta sea sólo ordinaria; Lamarca, *REDC* (20), 1987, pp. 125 y ss.; Mir Puig, *PG*, ³1990, pp. 80, 90. Admite los decretos legislativos y los decretos-ley Rodríguez Devesa, «Versión aberrante» (n. 5), 1983, *passim.*, y *PG*, ¹⁴1991, p. 181. Para Bustos, «Las fuentes» (n. 10), 1983, p. 112, y *PG*, 1986, pp. 74 y 82, la norma, que, en todo caso, deberá tener fuerza de ley, revestirá el rango que requiera su objeto, así ley orgánica para derecho fundamental e, incluso, decreto-ley o reglamento si no le afecta ningún derecho del art. 81.1 o se admite la ley penal en blanco. Este último grupo doctrinal queda deslegitimado a la vista de la contundente y constante doctrina constitucional respecto de la reserva absoluta de Ley en materia penal.

(41) *Vid.* SSTC 25/1984, ff. jj. 1 y 3; 32/1984, que reproduce la fundamentación de la anterior.

(42) Por ejemplo, Cerezo, *Curso*, ³1985, p. 154; Mir Puig, *PG*, ³1990, pp. 88, 90.

(43) Así, Queralt, *ADPCP*, 1985, pp. 318 y s.; Cobo/Vives, *PG*, ³1990, p. 63.

(44) *Vid.* *REDC* (8), 1983, p. 28, siguiendo a Cobo/Vives (—ahora—, *PG*, 4, 31990, p. 63), y a Muñoz Conde («Adiciones», n. 39), I, 1981, pp. 151, 191); igualmente, Rodríguez Ramos, «Reserva» (n. 37), I, 1982, p. 303; Boix Reig, «El principio» (n. 1), 1983, p. 57; en este sentido, STC 146/1986, f.j. 5.

no se ve con claridad cómo puede dejar de asignarse a las leyes penales el ropaje más garantista de leyes orgánicas. No se trata, pues, de una polémica nominalista, sino de una controversia esencialista: las leyes orgánicas para su aprobación requieren de la mayoría absoluta del Congreso de los Diputados (art. 81.2 CE), su materia resulta indelegable (art. 82.1 CE) y sobre las materias objeto de ley orgánica no pueden dictarse decretos-ley (art. 86.1 CE) (45) ni dictarse leyes de comisión ni decretos legislativos; en cambio, las leyes ordinarias, además que sí pueden ver su objeto delegado e, incluso, normado por decretos gubernativos con fuerza de ley, pueden ser aprobadas en comisión, sin necesidad de pasar por el Pleno de las Cámaras (art. 75.2 CE). Es más, la materia propia de la ley ordinaria podría hasta regularse, cumplidas ciertas condiciones, por la Ley anual de Presupuestos Generales del Estado (46), con los consiguientes problemas en orden a

(45) Por tanto, es incomparable la opinión de Lamarca, *REDC* (20), 1987, p. 125, cuando afirma que, «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». Si de lo que se trata es de reforzar y asegurar las garantías ciudadanas, no se ve en qué pueda ser considerado despectivamente tal reforzamiento constitucional de mayorías para aprobar determinadas leyes, aquí las penales. Por esto, la afirmación de Lamarca (*op. cit.*, p. 107) de que «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 insuficiente para legislar en determinadas materias» es ilustrativa respecto de la posición de quienes se oponen a que por medio de este tipo de disposición se discipline el Derecho Penal. Ciertamente, la reserva de ley orgánica no es una reserva frente a la Administración en sentido estricto, aunque, en virtud de los artículos 82 y 86 CE, la Administración, *rectior* el Gobierno, no podrá normar ni delegada ni urgentemente sobre no pocas materias. Pero resulta bien cierto que, para algunas materias, las del art. 81.1 CE, el constituyente consideró necesario asegurar mayorías determinadas. A mi modo de ver, ello responde, además de muchas cuestiones ya enunciadas por la doctrina, a otras dos no menos relevantes. En primer término, profundizar en el debate democrático y no sujetar la normación de instituciones básicas a vaivenes coyunturales, sino ligarlo a reflexión y pacto [sobre el fundamento político democrático-representativo —*sic*—, *vid.* Arroyo, *REDC* (8), 1983, pp. 12 y ss.; desde una perspectiva más general, de Otto, *Derecho Constitucional*, 1987, pp. 143 y s.]. Por otro lado, el constituyente debió ser igualmente consciente de la evolución del sistema político: en un sistema de gobierno apoyado por una mayoría parlamentaria, salvo en casos de mayorías aplastantes, el mero apoyo parlamentario al gobierno no basta para sacar adelante temas de fondo y que requieran especial acuerdo político y social. De este modo, el sistema español, que garantiza al gobierno una minoría asequible para su desenvolvimiento ordinario, dado que el sistema electoral prima la concentración del voto en lugar de su fragmentación, en cambio, pone hasta cierto punto cuesta arriba la política del rodillo parlamentario.

(46) Sobre el alcance de la influencia de la Ley anual de presupuestos en el sistema de fuentes, *vid.* SSTC 27/1981 y, fundamentalmente, 65/1987 —f.j. 4—; *cfr.* las consideraciones que sobre estas resoluciones efectúan L. Martín-Retortillo y Rodríguez Bereijo, en *La Ley de Presupuestos generales del Estado*, Madrid, 1989.

la inidoneidad del vehículo normativo y a la restricción del debate parlamentario (47).

Elegir, pues, entre una u otra forma legislativa, partiendo siempre de la reserva absoluta de ley, no resulta una cuestión baladí y, como se ha señalado, aún no está constitucionalmente cerrada (48), lo que permite continuar construyendo doctrinalmente el tema. Y para proseguir la andadura teórica en este campo, como en otros muchos, es imprescindible seguir la doctrina sentada por el Tribunal Constitucional, aunque, es justo reconocerlo, se manifiesta ciertamente indecisa (49). En efecto, al inicio de su andadura jurisprudencia, el más Alto Tribunal se inclinó, como se ha expuesto, por concebir el principio de legalidad criminal como un derecho fundamental; este diseño permitía abrigar fundadas esperanzas en el sentido de que se reforzara la parca dicción de la Magna Carta en materia penal, al igual que ha ocurrido en otras facetas del principio de legalidad, tales como la interdicción de la irretroactividad de las disposiciones penales desfavorables (50) o la constitucionalización del *ne bis in idem* (51). Sin embargo, planteada una cuestión de constitucionalidad sobre el artículo 7 de la Ley 40/1979, por contener penas criminales sin revestir el rango de ley orgánica, el Tribunal Constitucional por medio de su STC 25/1984 declaró que de la combinación propuesta por el órgano cuestionante entre los arts. 81.1 y 25.1 CE no se desprendía la necesidad de que el principio de legalidad penal se materializara en una ley orgánica. Dejando de lado que, por ejemplo, en materia de control de cambios la intervención del reglamento es significativa con los consiguientes problemas en sede de reserva de ley, lo cierto es que esa doctrina se reiteró en la STC 32/1984 y se aplicó igualmente en el trámite de inadmisión de un recurso de amparo (52).

Sin embargo, planteado de nuevo un recurso de amparo contra una sentencia penal dictada bajo la vigencia del citado artículo 7 de la Ley 40/1979, el Tribunal Constitucional no sólo otorgó el amparo al recurrente (53), sino que el propio Tribunal se autoplanteó cuestión de inconstitucionalidad y por nueva STC 160/1986 declaró la nulidad del aludido precepto por falta de rango constitucional. En esta nueva secuencia decisoria, el Alto Tribunal declara que tal rango es una con-

(47) Resalta la preeminencia de la posición del Gobierno a la vista de la regulación constitucional (art. 134.1 y 6 CE) y de especial tramitación parlamentaria, Rodríguez Bereijo, *op. cit.* (n. 46), pp. 44 y s.

(48) Así, Cobo/Vives, *PG*, 31990, p. 63; en contra, Cerezo, *Curso*, 31985, p. 154.

(49) Cfr. Cobo/Vives, *PG*, 21987, p. 51; Lamarca, *REDC* (20), 1987, p. 128; Linde (n. 29), 1990, p. 106.

(50) *Vid.*, por ejemplo, SSTC 7/1981 —f.j. 3—, 126/1987 —f.j. 9.

(51) Así desde la STC 2/1981.

(52) *Vid.* ATC 87/1984.

(53) Cfr. STC 140/1986, cuya doctrina es reiterada posteriormente en la STC 122/1987.

secuencia de la combinación del artículo 81.1 CE y de los diversos preceptos en que se plasman los derechos fundamentales; dado que en el caso de autos se ponía en relación el mentado precepto y el artículo 17.1 CE, el Tribunal sí consideró que se afectaba al desarrollo de la libertad y que, en consecuencia, la imposición de una pena privativa de la misma debía de establecerse en una norma con rango de ley orgánica.

De la STC 160/1986 quedaba excluido cualquier posible pronunciamiento sobre otros temas de legalidad penal, como es el de la pena de multa, singularmente en lo tocante a la responsabilidad personal o subsidiaria o a penas que afectaran a otros derechos fundamentales diferentes de la libertad y seguridad personales. Ello resultaba consecuencia obligada del tenor literal de la STC 140/1986, que, si bien reconoce en su fundamento jurídico 5.º que las leyes penales desarrollan también otros derechos fundamentales, aquellos derechos no fueron objeto de debate en tal proceso constitucional (f. j. 7.º). Por tanto, y teniendo en cuenta la delimitación objetiva de ambas resoluciones, de las mismas cabe extraer la siguiente triple conclusión:

a) El Tribunal Constitucional fija como parámetro de rango de legalidad en materia penal el derecho del infractor que va a ser afectado por la sentencia condenatoria (54).

b) El principio de legalidad en sí mismo considerado, aunque concebido como derecho fundamental, no requiere ser desarrollado en su totalidad por ley orgánica.

c) Este modo de entender el principio de legalidad por parte del Tribunal Constitucional comporta cierta inseguridad, pues él mismo no centra con contundencia los términos del debate.

La fluctuación del Tribunal Constitucional resulta significativa a la vista de los procesos concretos que han motivado la primera de las resoluciones del Pleno (STC 25/1984) y la tercera (STC 160/1986), predeterminada ciertamente por la segunda (STC 140/1986). En efecto, la primera y la tercera de las resoluciones han sido dictadas en sendos procesos de control concreto de normas: la primera a propuesta de un Tribunal ordinario, a saber, la Sala Segunda del Tribunal Supremo, y la tercera por el mismo Pleno del Tribunal Constitucional. Como es sabido, en las cuestiones de inconstitucionalidad lo que se contrasta es el precepto de una disposición con fuerza legal con cualquier precepto constitucional y no solamente con los reguladores de los derechos fundamentales; desde esta perspectiva, la amplitud del proceso por control

(54) Así, ya con anterioridad, Casabó, «La capacidad sancionadora» (n. 40), 1980, pp. 288 y ss.; el mismo, «La capacidad normativa de las Comunidades Autónomas en la protección penal del medio ambiente», en *Estudios penales y criminológicos*, 1982, p. 252, pero sólo aquí, para las penas que «directa o subsidiariamente impliquen privación de libertad».

concreto de constitucionalidad es mucho más mayor que el seguido en materia de garantías de los derechos y libertades públicos fundamentales. Esta mayor amplitud se ve incrementada, además, por poder declarar la inconstitucionalidad de la norma cuestionada por colisión con preceptos constitucionales distintos a los invocados por quien haya suscitado la inconstitucionalidad de la norma (art. 39.2 LOTC), y ello sin necesidad de acudir al trámite de audiencia previsto en el artículo 84 LOTC, lo cual permite una mayor agilidad y una potenciación del principio de oficialidad en esta modalidad de proceso constitucional.

Por otro lado, tras un inicial y posteriormente reiterado reconocimiento de dicho principio como un derecho fundamental en sí, es decir, tras reconocer la existencia de un derecho fundamental al principio de legalidad, el Tribunal Constitucional no considera que dictar normas penales tenga que, anudado al precepto constitucional en el que radica dicho derecho, requerir el instrumento formal de la ley orgánica. Esta conclusión la exige, empero, *a posteriori*, si el derecho del interesado que resulta afectado con la ejecutividad de la sentencia penal es un derecho fundamental. Ciertamente, entre esos derechos está el de la libertad y seguridad (art. 17.1 CE); y, tácitamente, se reconocen otros. A título de hipótesis no es fácil aventurar qué otros derechos pueden verse afectados en sentido similar al de la libertad y seguridad y requerir, por tanto, que tal afectación se estatuya en una disposición con rango de ley orgánica.

En primer término, para intentar realizar la tarea de identificación de los posibles bienes afectados por el *ius puniendi*, ha de partirse de una clara distinción que sobrepasa el ámbito lingüístico. Me refiero a que es forzoso distinguir entre afectación y lesión de un derecho o libertad. En efecto, la afectación de un derecho es consecuencia legítima e indisociable del ejercicio de tal poder estatal u otro de índole ablativa o restrictiva de derechos; y la lesión es, en cambio, claramente ilegítima. Ciertamente, la condena penal o el auto de procesamiento afectan al honor de los interesados, pero, sin embargo, no lo lesionan, desde el momento en que ambas medidas son consecuencia del recto ejercicio de un poder estatal en una situación predeterminada normativamente y para esos exclusivos fines (55). Centrada así la cuestión, la afectación de un derecho por una medida estatal legítima se presenta principalmente como consecuencia anudada al actuar público, no tanto como su objetivo esencial. Así, *con el Derecho Penal no se persigue, para continuar con el ejemplo del honor, deshonrar o estigmatizar a los ciudadanos que han infringido la ley*, sino algo diverso, a saber, la retribución de la culpabilidad o la prevención del delito, según las diferentes concepciones de los fines de la pena que se sustenten, siendo aquí indife-

(55) Cfr., por ejemplo, SSTC 79/1987, f.j. 3.

rente al presente objeto polemizar al respecto. De lo que se trata ahora es de poner de manifiesto algo que, en mi opinión, resulta evidente: el fin de la pena no es, en ningún caso, deshonorar al ciudadano, si bien no puede negarse el efecto estigmatizador que pueda tener la pena o la medida de seguridad (56). Así las cosas, argumentar la necesidad de que las leyes penales deban revestir el ropaje de la ley orgánica partiendo de esta realidad no parece llamado a obtener muchos éxitos.

Lo mismo cabe decir de las penas privativas o limitativas de derechos, como son las de inhabilitación y suspensión. Por un lado, el tener derecho a acceder a los cargos públicos en condiciones de igualdad (art. 23.2 CE), si bien se ve afectado por una condena penal, no es lo mismo haber sido condenado a no ejercer un cargo o función públicos que haberlo sido, y por mucha carga preventiva especial que tenga este tipo de pena (57), no es apartar al ciudadano venal de la función pública lo que se persigue monográficamente ni en general ni en particular. Cuando, por otro lado, la inhabilitación o suspensión hace referencia al ejercicio de una profesión u oficios no públicos, con menos razón aún puede argumentarse la relevancia constitucional de la pena.

Quizá sólo las penas restrictivas de libertad (extrañamiento, confinamiento y destierro), en la medida en que precisamente afectan a la libertad, deberían ser objeto, siempre siguiendo el planteamiento del Tribunal Constitucional, de regulación por medio de ley orgánica. Solución de parejo tenor cabría concluir respecto de la responsabilidad personal subsidiaria prevista (58) en el artículo 91 del Código Penal, cuya constitucionalidad ha sido declarada por la STC 19/1988. Para esta resolución, en primer término, responsabilidad personal subsidiaria no es equiparable, ni literal ni históricamente, a arresto a cumplir en esta-

(56) Como señala ahora Mir Puig, *PG*, ³1990, p. 90, a quien sigue Lamarca, *REDC* (20), 1987, pp. 123 y s., no toda pena afecta al honor ni tiene efecto estigmatizador. Esta autora propone, como ejemplo, la privación del permiso de conducir (*op. cit.*, *loc. cit.*, n. 83), lo cual puede ser discutible, dado que, como se señala al poco [*op. cit.*, pp. 123/4, siguiendo a Arroyo, *REDC* (7), 1983, p. 26], toda pena y todo proceso tiene un efecto estigmatizador. Puede ser cierto, empero, que se requiera para verificar esta tesis y su contraria una comprobación empírica (Lamarca, *op. cit.*, p. 124). Pero una mera aproximación a la cuestión demuestra que ni todo el mundo tiene la misma autoestima, ni ésta coincide con la fama; piénsese en el ejemplo propuesto del permiso de conducir o en las condenas por el curiosamente denominado delito de insumisión. Con todo, insiste en la carga ético-social que supone el mero hecho de sentar a alguien en el banquillo Rodríguez-Mourullo, *La Ley*, 1987 (1), p. 77.

(57) El aspecto preventivo especial de las penas privativas de derechos (cfr. mi *Obediencia debida en el Código Penal*, 1986, p. 87) no es óbice para alterar el planteamiento del texto: el fin del Derecho Penal no es chicanear a los ciudadanos, sino, reitero, prevenir la comisión de delitos.

(58) Así, Boix Reig, «El principio» (n. 1), 1983, pp. 63, 67; Madrid, «Legalidad» (n. 40), 1983, p. 56; Cobo/Vives, «Introducción» (n. 39), en *Comentarios*, III, 1984, p. 14; Mir Puig, *PG*, ³1990, p. 89.

blecimiento penitenciario (59); y, en segundo término, para lo que aquí interesa, su previsión no es contraria al artículo 17.1 CE, toda vez que tal lo es por ley orgánica (60).

Es más, de iniciarse la andadura que apuntó el Código Penal de 1932 (61), y que la referida STC 19/1988 ha vuelto decididamente a reabrir, tanto el arresto domiciliario como otras medidas restrictivas de la libertad (62), evitadoras del arresto sustitutorio (63) comportarían limitaciones de la libertad que, por afectar al artículo 17.1 CE, deberían ser objeto de regulación por medio de ley orgánica.

Proseguir en este camino de determinación de los bienes del penado que se ven afectados (64) comporta una necesaria autonomización o, por el contrario, un reduccionismo a la libertad. La primera solución significa que, aunque el Código Penal, tomando como ejemplo la ley penal más carismática, tuviera, como tiene, el ropaje normativo de ley orgánica en su conjunto, pudiera en algunos de sus pasajes ser reformado o, incluso, innovado, por ley ordinaria. Ello sería factible, pues, como sabemos, el criterio que sigue el Tribunal Constitucional para considerar la organicidad de una materia no es el de la congelación de rango, sino sus características materiales (65). Si bien ello sería técnicamente factible —siempre hablando a título de hipótesis—, el nivel de inseguridad *a priori* en que se hallaría el legislador, en un primer momento, y el Juez, a la hora de aplicar la

(59) Resalta esta interpretación más acorde con la letra de la ley, que data de 1932, que la convencional de los tribunales ordinarios, Roldán Barbero, *ADPCP*, 1989, pp. 840, 861 y ss. Vid la reciente STC 230/1991 —f.j.6—, en sentido similar.

(60) Así lo entiende la propia STC 19/1988, f.j. 4, tras la reforma operada por la LO 8/1983. Téngase presente que, en todo caso, si bien no era exigible el rango de ley orgánica al art. 91 CP, por tratarse de una disposición preconstitucional (así, por ejemplo, STC 122/1987, f.j. 2, *in fine*), tal grado se viene a admitir *a sensu contrario*; de todos modos, la STC 105/1988, f.j. 1, ha venido a afirmar que las reformas posteriores de una ley preconstitucional y, por tanto, no orgánica, por otras posconstitucionales y orgánicas, vienen a dotar de este rango a todo el texto legal.

(61) En este sentido, Roldán, *ADPCP*, 1988, pp. 863 y ss.

(62) Cfr. el mismo, *op. cit.*, pp. 866 y ss.

(63) Curiosamente, Alonso de Escamilla, en *AP* (36), 1988, p. 1875 (inciso 3), pese a proponer entre sus conclusiones la no imposición automática del arresto sustitutorio ante el impago de multas, parte de la base (inciso 4) de que responsabilidad personal subsidiaria equivale a arresto carcelario.

(64) Así, Cobo/Boix, «Garantías» (n. 1), I, 1982, pp. 197 y ss., a quienes sigue Carbonell, *La justificación* (n. 39), 1982, p. 113; Cobo/Vives, «Introducción» (n. 39), III, 1984, pp. 13 y ss.; Cerezo, *Curso*, ³1985, p. 154, que ha modificado el suyo anterior (²1981, p. 181), que, en esencia, afirmaba que el criterio decisivo para determinar la categoría de norma legal era el bien del condenado afectado por la pena. Claramente en contra de este sistema interpretativo, pero sin llegar a considerar el principio de legalidad penal como un derecho fundamental, Rodríguez Mourullo, *La Ley* (1), 1987, pp. 7 y ss.

(65) Vid. SSTC 76/1983, 137/1986 —f.j. 3—, 26/1987 —f.j. 15.

normativa en cuestión, pugnaría con un sistema que pretenda recabar para sí cierto nivel razonable de seguridad jurídica. La segunda opción que permitiría imponer, en todo caso, el nivel de ley orgánica a las leyes penales sería reconducir cualquier afectación a la de la libertad, dado que, en efecto, en mayor o menor medida, más o menos directamente, la libertad resultaría siempre afectada. Con todo, para adoptar esta segunda solución, se toparía con un segundo problema, además del reduccionismo ya reseñado: el Tribunal Constitucional no concibe la libertad en sí como un derecho, sino que, según su inconcusa jurisprudencia, el artículo 17.1 CE contiene exclusivamente el derecho a la libertad física, tal como ha quedado gráficamente configurado en las SSTC 120 y 137/1990, ff. jj. 11 y 9, respectivamente: «No es tampoco pertinente encuadrar el problema en el ámbito del artículo 17.1 de la Constitución, en los términos que pretenden los recurrentes, dado que, según reiterada doctrina del Tribunal Constitucional (SSTC 126/1987, 22/1988, 112/1988 y 61/1990, por citar las más recientes), la libertad personal protegida por este precepto es la “libertad física”, la libertad frente a la detención, condena o internamientos arbitrarios, sin que pueda cobijarse en el mismo una libertad general de actuación o una libertad general de autodeterminación individual, pues esta clase de libertad, que es un valor superior del ordenamiento jurídico —artículo 1.1 CE—, sólo tiene la protección del recurso de amparo en aquellas concretas manifestaciones a las que la constitución les concede la categoría de derechos fundamentales incluidos en el capítulo segundo de su título I, como son las libertades a que se refieren el propio artículo 17.1 y los artículos 16.1, 18.1, 19 y 20, entre otros, y, en esta línea, la STC 89/1987 distingue entre las manifestaciones “de la multitud de actividades y relaciones vitales que la libertad hace posibles” (o manifestaciones de la “libertad a secas”) y los “derechos fundamentales que garantizan la libertad”, pero que “no tienen ni pueden tener como contenido concreto cada una de esas manifestaciones en su práctica, por importantes que sean éstas en la vida del individuo”.»

Teniendo en cuenta lo que antecede, no queda sino proponer la vía que se estima más acertada y que dará como conclusión la tesis aquí sostenida de que las leyes penales deben revestir, en general, el ropaje formal de la ley orgánica, tal como, por otra parte, ha venido siendo la práctica habitual, salvo las dos excepciones, ya superadas, de otro lado, reseñadas al principio de esta exposición.

3. A fin de poder formular una solución que se estima plenamente coherente con el planteamiento de nuestra Magna Carta ha de efectuarse, a mi modo de ver, un doble orden de precisiones. Por un lado, ha de efectuarse un somero repaso a la gestación constituyente del artículo 25.1 CE, y, por otro, habrá de tener presente la concentración en un único precepto del poder sancionador estatal en todas sus facetas.

Así pues, ha de recordarse que en el Anteproyecto de Constitución, su artículo 24 —una mezcla incompleta de los actuales artículos 24 y 25 CE—, en su apartado 3 establecía: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento, [ni] tampoco puede ser impuesta una pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción» (66).

La actuación de los grupos parlamentarios en la elaboración del actual artículo 25 CE, pese a la indudable trascendencia práctica del sistema penal y sancionador no fue especialmente brillante, salvo excepciones puntuales que serán de ver. No resulta excusable tal comportamiento, delatador de cierto desinterés sobre la materia, por más que se partiera de la redacción presentada por el Gobierno, integrado esencialmente por la extinta U.C.D., un tanto abigarrada y pretendidamente sincrética, tal como se desprende de la transcripción efectuada de dicho precepto. La entonces mínima, pero activa, Alianza Popular, dio a entender con sus enmiendas la inconveniencia de constitucionalizar el principio de legalidad; todo lo más podía incluirse, a su entender, como principio en los antecedentes del actual artículo 9 CE. El P.S.O.E., Convergència i Unió y el resto de Grupos parlamentarios, excepción hecha del Grupo Vasco, de parte del Grupo Mixto y de los Senadores Independientes Progresistas y Socialistas, no objetaron prácticamente la redacción inicial; lo que aconteciera entre bambalinas fue sustraído a la opinión pública y, por tanto, es irrelevante a nuestros efectos.

Al Anteproyecto se respondía por parte del Grupo Parlamentario de Alianza Popular con una enmienda que propiciaba la supresión de la mención del principio de legalidad «por no ser materias propiamente constitucionales» (67). Por su parte, el Parlamentario de este Grupo, señor López Rodó, en sus enmiendas personales al Anteproyecto de Constitución, propuso una redacción alternativa al entonces artículo 24, sin mención alguna del principio de legalidad. Es más, en la justificación de su aportación, afirma que «el texto (sc. el del Anteproyecto) propuesto es una mezcolanza de principios inconcretos, que no tienen sentido alguno sin un desarrollo legislativo, y que a menudo podrían suponer una extensión no prevista por los redactores. El apartado 3, por ejemplo, no es sino una repetición del principio de irretroactividad de las leyes penales y sancionadoras» (68).

De sentido totalmente contrario fue la enmienda del Grupo Mixto presentada por su portavoz, el Diputado señor Morodo Leoncio, miem-

(66) *Vid. Trabajos parlamentarios. Constitución Española*, Madrid, I, 1980, página 673.

(67) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 124.

(68) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 397.

bro del también extinto P.S.P. En efecto, la enmienda 476 es del siguiente tenor literal: «(...) 3. La responsabilidad penal es personal. 4. Nadie podrá ser condenado ni sancionado sino en virtud de ley anterior al delito o infracción, ni podrá imponerse ninguna sanción equivalente a las establecidas en las leyes penales, sino en virtud de ley previa y mediante resolución firme de los Jueces o Tribunales. 5. No obstante lo dispuesto en los dos números anteriores, las leyes penales y sancionadoras que favorezcan al sancionado tendrán efectos retroactivos con el alcance que dicha legislación determine. 6. No podrá ejecutarse pena o sanción alguna en forma distinta a la establecida por la ley. 7. El régimen penitenciario excluirá el principio retributivo de la pena, siendo su finalidad la de reeducación y reinserción social, debiendo salvaguardarse los derechos garantizados en este capítulo, con la única excepción de los que se vea expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio y el sentido de la pena. En ningún caso podrá imponerse la pena de trabajos forzados. 8. El Estado atenderá las necesidades familiares de los que, en consecuencia de un fallo condenatorio, se vean privados de libertad.» Y tal nueva y sugerente proposición se justificó como sigue: «Estimamos que debe recogerse expresamente el principio de legalidad en materia sancionadora, así como el de garantía constitucional en la materia. Se consagra, asimismo, el principio de personalidad de la responsabilidad penal y se regulan de manera más completa el sistema de garantías en la misma. Recogemos, por otra parte, la tendencia doctrinal progresiva de exclusión del carácter retributivo de la pena y excluimos los efectos desfavorables que la misma implica en la familia del delincuente» (69). A su vez, y para lo que aquí pudiera tener de interés, el Grupo Vasco presentó la enmienda n.º 603 que pretendía adicionar al texto del Anteproyecto una coetilla que recoge cierta práctica legislativa; así, se proponía añadir al párrafo 3 del artículo 24: «En caso de penas o sanciones de distinta naturaleza será oído previamente el interesado para determinar la penalidad más benigna.» La razón de tal adición estribaba, a juicio de los parlamentarios proponentes, en que «pudiendo acaecer que las penas establecidas en el momento de la comisión de la infracción y en el momento del juicio sean no ya más o menos graves, sino de distinta naturaleza, parece necesaria la audiencia al interesado para determinar la penalidad» (70). Mucho mayor alcance constitucional práctico tendría la enmienda n.º 605 del mismo Grupo, por la que se adicionó un párrafo 5 al citado artículo 24: «La Administración no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad» (71).

(69) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, pp. 322 y s.

(70) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 368. Gimbernat, *Introducción* (n. 34), 1979, p. 24, recuerda que el Decreto de 23-12-1944, en su art. 4, establecía que había de oírse al reo en caso de duda sobre qué norma contenía la pena más favorable.

(71) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 368.

Estas enmiendas concluyeron con el dictamen de la Ponencia Constitucional que propuso, siempre para lo que aquí interesa, esta redacción para el apartado 3 del artículo 24: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente en aquel momento. Tampoco puede ser impuesta una pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción.» La génesis directa de esta nueva redacción la explicita, como sigue, la propia ponencia: «La Ponencia, con el voto en contra de los representantes del Grupo de Unión de Centro Democrático, mantiene el texto de este apartado, no aceptando las enmiendas n.º 2, del señor Carro Martínez; n.º 603, del Grupo Vasco, y n.º 691, del señor López Rodó» (72).

Sin embargo, el último punto del citado proyectado precepto desapareció en la propuesta que finalmente aprobó la Comisión Constitucional (73). El mismo texto se mantuvo inalterado tras el debate en el Pleno del Congreso de los Diputados (74).

En el Senado, el artículo 24 experimentó un cambio significativo que arranca de la enmienda n.º 1 del Grupo de Progresistas y Socialistas Independientes, cuyo primer firmante era el Senador Lorenzo Martín-Retortillo Baquer. En efecto, este Grupo pretendió incluir la siguiente redacción en tan citado párrafo 3 del artículo 24 del Anteproyecto: «Nadie puede ser sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito según la ley.» La razón de tal radical modificación respecto de la redacción que fue aprobada en el Congreso de los Diputados la cifran los enmendantes en argumentos de fuste. Así: «1. Conviene consagrar el principio de legalidad en el sentido más estricto. La alusión al ordenamiento jurídico, aconsejable para otras regulaciones, sería aquí muy perturbadora, pues cualquier reglamento administrativo podría entrar a definir el ámbito de lo delictivo. Sólo la norma superior, la ley, debe ser aludida. 2. Es suficiente con mencionar sólo el delito, pues ya se interpreta que ahí quedan englobadas otras figuras, como las faltas. Esta idea se refuerza aludiendo a que nadie puede ser sancionado, fórmula amplia que cubre las variadas posibilidades. 3. Parece razonable no aludir a las infracciones administrativas para no constitucionalizarlas. Se trata de una de las facetas más criticables de estos últimos años. No por omitirse la mención queda desarmada la Administración pública. La constitucionalización hace ya irreversible el actual proceso tan degenerado» (75). Pese a lo contundente de la justificación, la redacción

(72) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, I, p. 521.

(73) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, II, p. 1807.

(74) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, II, p. 2579.

(75) *Vid. Trabajos Parlamentarios, cit.*, III, p. 2666.

de la explicación resulta algo conceptuosa en relación a las infracciones administrativas.

Por su parte, una nueva enmienda, la n.º 2 del mismo grupo, propuso una redacción diversa a la precedente. A juicio del enmendante, el artículo 24.3 debía afirmar que «nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa con arreglo a la ley». Tal modificación «postula el cambio de la expresión “ordenamiento jurídico vigente en aquel momento”, por con “arreglo a la ley”. Dos son los fines a los que la enmienda se orienta: suprimir la reiteración de la expresión “en el momento” y expresar que ninguna infracción administrativa podrá imponerse en virtud de norma con rango inferior al de ley» (76). A salvo de alguna propuesta de modificación terminológica, que tanto se prodigaron injustificadamente en el Senado (77), la Comisión Constitucional del Senado aprobó un nuevo artículo 25, cuyo apartado 1 reza así: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la ley vigente en aquel momento.» Idéntico texto fue aprobado por el Pleno del Senado (78). Finalmente, el Pleno del Congreso aprobó el acuerdo de la Comisión Mixta Congreso-Senado (79). La dicción de lo aprobado y del texto vigente no son, obviamente, coincidentes.

La génesis del actual artículo 25.1 CE, sintéticamente transcrita, permite hacerse una idea más cabal de los problemas que alberga el citado precepto y, hasta cierto punto, permite explicar algunas de las oscilaciones interpretativas habidas hasta el momento. Salta a primera vista un hecho singular: en la misma frase se recoge el principio de legalidad sancionador en todas sus facetas: penal (común y militar), disciplinario (común, militar, relaciones especiales de poder) y administrativo-sancionador. Las tres facetas sancionadoras estatales tienen dinámicas diversas, responden a necesidades diversas, aunque se entronquen en un vástago común y el principio de legalidad en la materia resulte irrenunciable si se trata de un Estado de Derecho.

4. Este repaso a la pequeña historia de la tramitación parlamentaria del Anteproyecto constitucional, en lo que al principio de legalidad penal se refiere, pone al descubierto una buena dosis de sincresis normativa, fruto de un compartible afán garantista y que, en todo caso, no

(76) Vid. *Trabajos Parlamentarios, cit.*, III, p. 2679.

(77) Vid., por ejemplo, la enmienda del señor Xirinachs Damians, en *Trabajos Parlamentarios, cit.*, IV, p. 2948.

(78) Vid. *Trabajos Parlamentarios, cit.*, IV, p. 4848.

(79) Las deliberaciones de esta Comisión no constan registradas, lo cual no deja de ser sorprendente; por lo que, en todo caso, habrá que estar a las memorias orales o escritas de sus protagonistas y espectadores más directos.

ha podido implementarse plenamente por el momento ante atavismos del pasado. En efecto, y sin necesidad de personalizar, una amplia corriente *iuspublicita*, en la que se insertaban no pocos penalistas (80), eran de la opinión, entiendo que a todas luces acertada, de que no existía una diferencia cualitativa entre injusto penal e injusto administrativo; únicamente existe una diferencia cuantitativa, es decir, de volumen de injusto y, por ende, de mayor volumen de pena o sanción. El que por razones de oportunidad la legislación no se ajuste, en la medida de lo necesario, a planteamientos que se entienden más acordes con un sistema de garantías y campe por sus respetos, no es obstáculo para la corrección básica de dicha posición. La posición contraria, la que alude a diferencias cualitativas entre ilícito penal e ilícito administrativo, centrándolo fundamentalmente en torno a la carencia de reproche ético de la infracción administrativa (81), literalmente no se tiene en pie. Olvida la carga ética de cualquier sanción jurídica, pues, de lo contrario, la infracción castigada sería meramente formal, sin sustrato material alguno, persiguiendo únicamente satisfacer los instintos sádicos del sancionante o saciar la voracidad recaudatoria. *Una sanción jurídica sin sustrato ético*, o, si se quiere, sin significación social, por mínima que sea, es contraria a la concepción del Derecho de un Estado democrático, pues *sería caprichosa e irracional*. Otra cosa es que, de la mano del creciente intervencionismo administrativo, la propia Administración, superando el límite que para las faltas prevé el Código Penal, establezca catálogos sancionatorios muy superiores (p. ej., en materia financiera, bursátil, de transportes...), para hechos nuevos o coincidentes con las descripciones penales; sin embargo, dejando de lado ahora las fricciones en sede del principio del *ne bis in idem*, una cosa es ese desbordamiento del marco tradicional, que en sí mismo no es negativo, y otra muy distinta que se alteren las estructuras de las sanciones. Si éstas se basan en los criterios de voluntariedad, tipicidad y antijuridicidad, depuradas dentro del proceso debido, tanto gubernativo como judicial, nada obsta a su corrección. Lo que se echa en falta es para estos supuestos un código general sancionador administrativo, cuyo embrión, con todo, está en los artículos 133 y siguientes de la LPA, puesto que, si la personalidad de la Administración es una, también lo ha de ser su

(80) Cfr., por citar sólo dos ejemplos ya algo lejanos, pero paradigmáticos, Casabó, *Comentarios* (n. 22), II, 1976, pp. 80 y ss.; Martín-Retortillo, «Sanciones penales y gubernativas», en *Problemas actuales de Derecho Penal y procesal*, 1971, pp. 12 y ss.; hoy, además, *vid.* Toriío, «Injusto penal e injusto administrativo (presupuestos para la reforma del sistema de sanciones)», en *Estudios jurídicos sobre la Constitución (Homenaje al Prof. E. García de Enterría)*, quien propugna una perspectiva valorativa, en todo caso próxima a la teoría cuantitativa.

(81) Cfr. una exposición de posturas en Casabó, *Comentarios* (n. 22), II, 1976, pp. 77 y ss.; el mismo, *La capacidad sancionadora* (n. 40), 1980, pp. 275 y ss.; Toriío, *Injusto penal* (n. 80), III, 1991, pp. 2537 y s.

código sancionador, singularmente en materia de garantías del procedimiento, que, en lo esencial, ha de respetar el previsto para la depuración de las infracciones penales (82).

Junto a las sanciones administrativas puras, es decir, las basadas en las relaciones ordinarias de poder, conviven las sanciones penales y disciplinarias militares y las disciplinarias administrativas, las de los colegios profesionales y las basadas en las etéreas e inespecíficas relaciones especiales de poder o de subordinación. Por supuesto, las sanciones criminales, sean comunes o militares, no pueden dejar de sustraerse ni un ápice al principio de legalidad. A este respecto es rotundo y taxativo el nuevo CPM en sus artículos 1, 4 y 20 (83). Ratifica legalmente, además, la falta de capacidad normativa e innovadora de los bandos penales militares que se desprendía de la propia Constitución (84).

(82) *Vid.*, ad exemplum, SSTC 18/1981 —f.j. 2—; 21/1981 —f.j. 10—; 2/1987 —f.j. 6—; 29/1989 —f.j. 6—. *Vid.*, además, Garberí, *PJ* (19), 1990, pp. 197 y ss.; Torío, *Injusto penal* (n. 80), III, 1991, pp. 2543 y ss.

(83) Rodríguez Devesa, *PE*, ¹²1989, p. 1290, considera que el principio de legalidad en el CPM se encuentra en el art. 20; la lectura de los arts. 1 y 4 CPM disipa cualquier duda al respecto. Cfr. para mayor provecho, la exposición de motivos del mismo CPM, cuyo segundo párrafo afirma, sin faltar a la verdad, que el nuevo texto, en su libro primero, proclama los principios de legalidad, culpabilidad, igualdad y de retroactividad de la ley más favorable. Su primer anotador, el Profesor y Auditor Millán Garrido («Prólogo», a *Código Penal militar y legislación complementaria*, ²1987, pp. 22 y 23), pone de manifiesto, en primer término, que el nuevo Código responde a una filosofía distinta al anterior CJM, filosofía que es la «derivada de los principios constitucionales y las líneas marcadas por la moderna ciencia jurídico-penal y seguidas por la mayoría de las legislaciones pertenecientes a nuestro ámbito sociocultural». En segundo lugar, resalta el pleno acogimiento en el CPM, junto a otros no menos importantes, de los principios de legalidad y culpabilidad. *Vid.*, igualmente, Bleuca, «Art. 1.º», en *Comentarios al Código Penal Militar* (Bleuca Fraga coord.), 1988, pp. 51 y ss.

(84) Hasta la reciente aparición del CPM existía una fuerte polémica sobre los bandos militares. Los criticaba Núñez Barbero (*ADPCP*, 1971, pp. 752 y s.) por quebrantar el principio de legalidad. En cambio, Rodríguez Devesa, *PE*, ⁸1980, pp. 1240 y ss., los consideraba inobjetables y mantenía que los bandos eran leyes materiales, sin que tal principio fuese vulnerado. Además, tras la reforma del CJM de 1980, algunos preceptos, como el artículo 286.5, aludían expresamente a la incriminación vía bandos militares. En puridad, la constitucionalidad de los bandos era nula, dado que, como pretendida disposición de rango de Ley, carece de apoyo en el texto de la Constitución. Si el Gobierno, en uso de las facultades de los decretos-ley, no puede atacar, entre otros, los derechos y libertades fundamentales de los ciudadanos, mal lo puede hacer una autoridad administrativa de inferior rango. La cuestión ha sido zanajada por el reciente CPM al redactar correctamente, es decir, de acuerdo al principio de legalidad, su art. 1. Cfr., en este sentido, Arroyo, *REDC* (7), 1983, pp. 43 y s.; Cobo/Vives, *Introducción* (n. 38), III, 1984, pp. 16 y s.; Cerezo, *Curso*, ³1985, p. 156; *Manual de Derecho Penal español*, *PG*, ³1980, p. 73; Queralt, *Obediencia* (n. 57), 1986, p. 41; Bleuca, *Art. 1.º* (n. 83), 1988, pp. 51/2; Higuera Guimerá, «Las fuentes del Derecho Penal militar en España», en *Estudios de Derecho Penal (Homenaje a J. M. Rodríguez Devesa)*, I, 1989, pp. 430, 432; en cambio, los admite Sainz Cantero, *Lecciones de Derechos Penal*, *PG*, II, 1982, pp. 12 y 102, si bien partiendo de una combinación entre el art. 35

La cuestión central estriba, pues, como ya se ha anunciado líneas más arriba, en la inclusión en el mismo precepto y, por consiguiente, en principio sometida a idénticas garantías, de la potestad sancionadora de la Administración, en todas sus vertientes, por un lado, y el *ius puniendi*, común y militar, por otro. Ya se ha señalado igualmente que pese a la identidad estructural de las infracciones penales y administrativas, cierta tradición (85) y una apelación a una necesidad que justifica con sobreentendidos (86) hace muy difícil en la práctica la equiparación. Equiparación que vendría dada no sólo por la identidad estructural de las infracciones, formando parte, de esta suerte, un mismo *continuum*, sino por la gravedad de las mismas. Con todo, se produce una preocupante relativización de las garantías que deben adornar el sistema sancionatorio en su conjunto, y no sólo el criminal. Esta *relativización*, que, en principio, es aceptable para las sanciones no penales equiparables a las faltas *si se basa en una potestad reglada por ley*, ha de tener en cuenta que la sanción gubernativa dista mucho de ser, en no pocos casos, la multa que impone el alguacil por tender la ropa en terrazas que

LOAES y el ya derogado art. 181 CJM. Ahora, Rodríguez Devesa, *PG*, 14/1991, pp. 1290 y ss., considera que su no previsión como fuente autónoma de penalidades, que no de delitos, es más contraproducente que positiva. No ha de olvidarse que, en la regulación constitucional vigente y no meramente legal, los bandos militares están sujetos al estricto control del Congreso de los Diputados; ello es así porque sólo puede incluirse en los bandos, a los efectos de determinar qué delitos serán juzgados por la jurisdicción militar, aquellas infracciones ya existentes previamente a decretar el estado de sitio y sometidas a las penas igualmente preexistentes (arts. 116.4 CE y 34 LOAES). Considerar que en la actualidad pueden crearse, ya fuere por el Congreso, ya fuere por las propias autoridades militares encargadas de administrar el estado de sitio, nuevos delitos y nuevas penas, incluso sin efectos retroactivos, supondría desconocer que la innovación del ordenamiento español, cuando se hace por ley, requiere el doble concurso del Congreso de los Diputados y del Senado. Dado que sólo se prevé una autorización del primero, autorización que ni tan sólo recibe el nombre de ley, sino de declaración, resulta manifiesto que ninguna innovación normativa puede acontecer; exclusivamente se trata de un desplazamiento y/o concentración de competencias preexistentes sin alterar el sistema de responsabilidades de los agentes públicos (art. 116.6 CE).

(85) Cfr., con toda claridad, como exponente paradigmático de la misma, Montoro Puerto, *La infracción administrativa*, Barcelona, 1965, pp. 269 y ss., para quien es infracción administrativa lo que está previsto en las leyes administrativas y penal, lo que como tal está previsto en las disposiciones penales; en idéntico sentido, pero desde otra perspectiva, Bajo, *Manual de Derecho Penal*, PE, II, 1987, pp. 414 y s. De este modo, la formalidad, es decir, la inclusión de un hecho en uno u otro sector, resulta preponderante, relegándose la entidad misma del hecho y el bien jurídico en juego. No existiría, pues, diferencia ni cualitativa ni cuantitativa entre dicho ilícito penal y gubernativo; así, Bajo, *ibídem*.

(86) Por contra, Casabó, *La capacidad sancionadora* (n. 40), 1980, pp. 289, 294 y s., se inclina por una aplicación estricta de los principios penales, sustantivos y procesales a las infracciones administrativas que, entiende, la Constitución ha reducido sensiblemente.

dan a la vía pública. Las penas administrativas sobrepasan constantemente el marco al que, en un primer momento, parecían que debían ceñirse, a saber, los bandos de policía y buen gobierno (art. 603 I), es decir, a medidas cuasipretorianas, cuya máxima eficacia reside, más que en el monto de la sanción, en el hecho mismo, incluso ya, de la denuncia.

Sin embargo, en ocasiones, la infracción administrativa recibe una pena superior a la que correspondería de verse sancionado el hecho en la vía penal (87). Pues bien, pese a esta identidad, y pese a que las sanciones administrativas (es decir, las que se imponen en sede de relaciones ordinarias, y las que imponen los Colegios Profesionales y las que se imponen en el ámbito disciplinario) el Tribunal Constitucional sólo exige para ellas un principio de legalidad atenuado, en la medida en que sólo se exige la previsión normativa de la infracción con anterioridad a su comisión. El que para las infracciones administrativas únicamente resulte exigible, según la interpretación que del principio de legalidad hace el Tribunal Constitucional, la garantía material del principio de legalidad y no la formal, es decir, la previsión de la infracción y de la sanción en una ley ordinaria (88), junto al hecho de que para las relaciones especiales de poder se haya considerado bastante la previsión reglamentaria (89), tiene como *consecuencia un debilitamiento del principio de legalidad criminal* (90). La estrecha relación literal entre los dos aspectos del poder sancionador estatal, el criminal y el administrativo en todas sus vertientes, si bien ha supuesto un indudable avance en el sometimiento a los parámetros constitucionales más elementales de la potestad sancionadora de las Administraciones, no ha supuesto que el principio de legalidad criminal desarrolle toda su virtualidad autónomamente en la jurisprudencia constitucional, es decir, sin necesidad de recurrir al auxilio de otros

(87) Cfr., a este respecto, por ejemplo, la pena de inhabilitación, cuya duración penal está limitada y nunca adquiere el carácter de medida perpetua; así, según los casos, hasta 12 años o 15 años, si es principal (arts. 31 y 75, 3.ª CP), y hasta 30 o 40 si acompaña a la reclusión mayor en grado máximo o prolongada (arts. 32, 75, 1.ª CP). Si, en cambio, se compara con la sanción de separación definitiva del servicio [art. 91.1.a) LFE], resulta más benigna la sanción penal que la administrativa, y no es seguro que la imposición de aquélla impidiera que el mismo funcionario sufriera también ésta; cfr. STC 234/1991, f.j. 2.

(88) Cfr., por ejemplo, con toda claridad, STC 2/1987, f.j. 2.

(89) Pese a que en ocasiones ha considerado el Tribunal Constitucional lo inespecífico de las relaciones especiales de poder, por ejemplo, STC 61/1990, f.j. 6.º, se ha requerido sólo la tipificación reglamentaria; así por ejemplo, SSTC 74/1985 —f.j. 2—, 2/1987 —f.j. 2.

(90) Cfr. Casabó, *La capacidad normativa* (n. 54), 1982, p. 249. Sin embargo, de esa relativización, contra la que existen argumentos constitucionales para oponerse, no se puede derivar el desleimiento del principio de legalidad como entiende el mismo autor. *ibidem*.

derechos fundamentales, como ha sido el caso del derecho a la libertad y a la seguridad.

Esta vecindad formal del principio de legalidad penal y el administrativo-sancionador ha sido, como acabo de señalar, contraproducente para el primero. En efecto, si para éste se predica la naturaleza de derecho fundamental, la lógica correspondencia sería la de que su desarrollo fuera, como impone el artículo 81.1 CE, por medio de una ley orgánica; pero, en tal caso, el principio de legalidad en materia de sanciones administrativas hubiera sufrido ciertamente un vuelco que, quizá —y esto es una pura conjetura—, hubiera dejado paralizada o, como mínimo, seriamente obstaculizada respecto de su práctica habitual durante cierto tiempo la potestad sancionadora de la Administración. Con todo, en este complejo campo normativo las contradicciones, propias de la instauración de un nuevo orden jurídico, se presentan con asiduidad. Así, en este contexto no deja de ser llamativo que, si bien el artículo 24 CE está pensado esencialmente para los procedimientos judiciales, y muy especialmente para el penal, el Tribunal Constitucional (91) y la doctrina no han tenido inconveniente (92), antes al contrario, de extender *mutatis mutandis* los principios rectores del proceso criminal al sancionador administrativo. Ello ha comportado un incremento sensible de las garantías, garantías que, por otra parte, ya estaban previstas en la LPA; cosa distinta es si, como sucedía, por ejemplo, con el atestado policial con anterioridad a la capital STC 31/1981, la práctica, devenida corruptela, había desbancado la redacción legal, empeorando la situación de los ciudadanos hasta convertirlos en súbditos.

5. No obstante, el interrogante y las contradicciones que aquí se formulan en relación a las dos realidades que, aunque conexas íntimamente, responden a necesidades diversas, no corresponde, lógicamente, solventarlo en estas páginas; aunque ciertamente, de la mano de la expresión normativa «legislación vigente», pueden obtener resultados satisfactorios en orden a garantizar la adecuada optimización máxima del sistema de garantías constitucionales ante la cuestión del principio de legalidad criminal. El que, a título de posible descripción de un entramado normativo y jurisprudencial, pueda darse la que se ha dado líneas más arriba, no debe obstar a la conclusión que, a mi entender, se deriva de la Constitución y de parte de la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional, que aún no está cerrada. Esta conclusión no es otra que *si el principio de legalidad penal es un derecho fundamen-*

(91) Cfr., tempranamente, las SSTC 18 y 21/1981, f.j. 2 y ff. jj. 8 y ss., respectivamente, centrado el tema; vid., en el campo tributario la reciente STC 76/1990, ff. jj. 4 y ss.

(92) Así, cfr., por todas, Suay Rincón, *Sanciones administrativas*, 1989, pp. 165 y ss.; Garberí, *PJ* (19), 1990, pp. 197 y ss.

tal (93), la legislación que constituye su desarrollo debe acontecer por ley orgánica.

Ciertamente, las previsiones en cuanto a la intervención de la ley en relación a los derechos y libertades públicas fundamentales son diversas según se observen los tres preceptos constitucionales capitales en esta materia: los artículos 53.1, 81.1 y 86.1 CE. El primero de ellos, a los efectos de lo que aquí interesa, pese a algún intento doctrinal (94), carece de interés. Esta categórica conclusión se debe a que la mentada disposición sólo es aplicable a aquellos derechos que resulten ejercitables, pues tal es la terminología normativa. Salta a la vista que no todos los derechos fundamentales resultan ejercitables si por tal entendemos, como parece correcto, el usar de los mismos. Son, pues, ejercibles, libertades tales como las de información, culto, expresión, reunión o cátedra. No es ejercible, por contra, ni el principio de legalidad, ni tampoco la presunción de inocencia o el derecho a un proceso con todas las garantías. Estamos, pues, ante la clásica distinción entre libertades y derechos fundamentales, o entre libertades positivas y negativas. A estas últimas, como es el derecho al principio de legalidad, le es aplicable, en cambio, lo previsto en el artículo 81.1 CE, es decir, la necesidad de ley orgánica para su desarrollo.

La diferencia, pues, entre unos y otros derechos reside en su ejercitabilidad. De este modo, regular su ejercicio, y regular su ejercicio es desarrollarlo, deberá acontecer de la mano de la ley orgánica, deberá tener presente en todo momento la barrera infranqueable del contenido esencial de los mismos (art. 53.1 CE); más allá de este límite, ningún otro límite resultará constitucionalmente admisible. Por contra, *las libertades negativas carecen de ese límite intrínseco y expreso que es el de su contenido esencial* (95). Esto es debido a la ausencia de la característica de la ejercitabilidad. En la medida en que estas libertades negativas tienen como destinatario el poder estatal a fin de contenerlo, el Estado, cuando lo ejerce, respeta o no tal margen o ámbito, pero, si no lo respeta, no vulnera el contenido esencial del derecho en cuestión (aquí el principio de legalidad), sino que simplemente no lo respeta y lo vulnera sin más. Así, gráficamente, el principio de legalidad se cumple o no, pero no existe posibilidad intermedia. Ello, que no supone naturalmente la ausencia de límites al desarrollar tales libertades, se debe a que las prohibiciones son mucho más taxativas que los mandatos, por

(93) Así, verbigracia, las SSTC 8/1981 —f.j. 3—; 89/1983 —f.j. 1—; 2/1987 —f.j. 2—; 42/1987 —f.j. 1—; 133/1987 —f.j. 4—; 154/1990 —f.j. 3—. En el mismo sentido, *vid.* Mestre, *ADPCP*, 1988, p. 507; Bacigalupo, *Principios*, ²1990, p. 42.

(94) *Vid.* Casabó, *La capacidad sancionadora* (n. 40), 1980, pp. 287/8, aunque utiliza también el artículo 81.1 CE.

(95) Por contra, Cobo/Vives, *PG*, ³1990, p. 63, ven en la relación entre el art. 9.3 y 25.1 CE el contenido esencial del principio de legalidad.

más que su implementación práctica pueda comportar la superación de no pocos obstáculos técnicos, dogmáticos y políticos. Decir que nadie puede ser castigado, por ejemplo, más que si una ley prevé como delictivo su comportamiento antes de que perpetre el hecho, no puede llevar más que no castigar hechos cometidos con posterioridad a la promulgación de la ley en cuestión. En cambio, regular las condiciones del ejercicio de manifestación resulta algo más complejo ya *a priori*.

No obstante, tanto la regulación del ejercicio de un derecho ejercitable, como la plasmación de los aspectos de una libertad negativa, constituye, a mi modo de ver, una clara manifestación del desarrollo de un derecho fundamental en los propios y literales términos del artículo 81.1 CE. Es más, para lo que aquí nos ocupa, es decir, *para el principio de legalidad, la única posibilidad de desarrollo es la promulgación de una ley o leyes en las que se plasmen, por un lado, los comportamientos delictivos o supuestos de estado peligroso, y por otro, las consecuencias jurídicas que a las mismas se anudan.*

Desarrollar un derecho, ciertamente, es más amplio que afectarlo. Por tanto, la polémica sobre el alcance de los decretos-ley en materia de normación sobre derechos no alcanza al principio de legalidad, ni, en general, a las llamadas libertades negativas. Y ello es debido a que el principio de legalidad sólo puede ser desarrollado; únicamente una interpretación de lo que haya que entenderse por la afectación del artículo 86.1 CE, que no puede ser calificada sin sonrojarse, serviría de base para afirmar lo contrario (96).

Así las cosas, cabe ratificar plenamente a estas alturas la opinión ya enunciada de que siendo, como ha sido proclamado, el principio de legalidad penal un derecho fundamental, las leyes penales deben adoptar en toda su extensión la forma de leyes orgánicas y no de meras leyes ordinarias. Tampoco parece coherente con el sistema que se deriva de la

(96) Sin necesidad de reproducir el debate, cuyo resultado es conocido, sí conviene transcribir las palabras del, a la sazón, Ministro de Justicia, señor Lavilla, respecto de la expresión afectar con orden del debate de convalidación del R. D.-Ley 2/1979: «Yo afirmo la constitucionalidad material, por supuesto, del texto que estamos examinando, y cuando hablo de la constitucionalidad material digo que no hay confrontación contradictoria entre los términos del Decreto-Ley y los términos de la Constitución, y añado que, además, tiene constitucionalidad formal, que es la que se derivaría, entendido en el planteamiento, de los límites que respecto de los decretos-leyes resultan del art. 86 del texto constitucional. Porque no es lo mismo afectar a derechos o deberes que tratar de derechos y deberes, y no es lo mismo derechos y deberes meramente enunciados y enumerados, que derechos o deberes que sean regulados en el Título primero de la Constitución.» [Vid. Cortes, *Diario de Sesiones*, Congreso de los Diputados, 1979, núm. 2 (sesión 6-2-1979)], p. 54. A los efectos de la presente exposición, resulta irrelevante el alcance que se dé a la expresión afección o desarrollo; *vid.*, sólo, de otra opinión, Santamaría Pastor, *Fundamentos*, 1988, pp. 568 y ss.; desde la perspectiva penal, Arroyo, *REDC* (8), 1983, pp. 28 y ss.

Constitución el disponer una u otra forma legislativa en atención al bien sobre el que la sanción que recibe el ciudadano va a proyectarse. El principio de legalidad penal es un derecho fundamental en sí mismo y las leyes penales son las leyes que lo desarrollan en los términos, precisamente, del artículo 81.1 CE. En consecuencia, éstas han de revestir el carácter de leyes orgánicas. Por lo dicho, salvo en la medida en que puedan integrar una ley penal en blanco, las comunidades autónomas no tienen tampoco esta perspectiva capacidad sancionadora en materia penal.

6. Ha de recogerse una esencial afirmación de la STC 140/1986, contenida en el fundamento jurídico 6.º II. Se trata de que *no existe un «derecho al rango» de ley orgánica* (97).

En efecto, la razón por la que para el desarrollo de los derechos fundamentales se exige una norma con rango de ley orgánica no estriba en el citado pretendido derecho, sino en que el rango de la disposición, con indicación de su autor y procedimiento de elaboración, supone el establecimiento de un incremento de garantías para los derechos en cuestión. Cuando, como es aquí el caso, se trata de derechos fundamentales, el rango normativo ha de ser el máximo previsto en la Magna Carta. Con ello se logra, primero, que no sólo sea el Congreso de los Diputados quien emita una norma, cosa que también ocurre con las leyes de Comisión y, hasta cierto punto, con los decretos-ley tras su convalidación, sino que también nos aseguramos de que, por un lado, sea el Parlamento quien aprueba la norma y, por otro, que la norma sea tramitada siguiendo un procedimiento específico que se corona con la ratificación por parte del Pleno del Congreso de los diputados por mayoría absoluta del proyecto de ley. Es cierto que el *iter* procedimental parlamentario de las leyes orgánicas es más lento y rígido que el de las leyes ordinarias; pero no es menos cierto que con ello, amén de otras finalidades

(97) Con todo, la STC 159/1986, en su f.j. 2 d), afirma: «El rango de la norma aplicable y, en su caso, el tipo de Ley a que se encomienda la regulación o desarrollo de los derechos constitucionalmente reconocidos Ley Orgánica o Ley Ordinaria constituyen una garantía de los mismos, al suponer límites y requisitos para la acción normativa de los poderes públicos. La exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una Ley orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, añade una garantía frente al mismo legislador a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad. Por ello, si bien no puede hablarse de un “derecho al rango de Ley Orgánica”, como contenido del art. 17.1, sí puede afirmarse que el derecho a la libertad y seguridad reconocido en este artículo incluye todas las garantías previstas en diversos preceptos constitucionales y, entre ellas, las derivadas de los arts. 25.1, 53.1 y 81.1. La imposición, pues, de una pena de privación de libertad contenida en una norma que no posea el carácter de Ley Orgánica constituye una vulneración de las garantías del derecho a la libertad consagrado en el art. 17.1 de la Constitución y, por tanto, una violación protegible en la vía de amparo.»

igualmente lícitas, el constituyente persiguió que en los temas importantes, e importantes son todos los temas del artículo 81.1 CE, se llegara al resultado mediante fórmulas de consenso, con independencia de que tal consenso fuere el que precedió a 1978, empeño, por otro lado, vano a todas luces. Tanto por los bienes en juego, la libertad *lato sensu*, la evitación de la arbitrariedad y por los intereses contrapuestos en liza, directamente conectados a diversas concepciones culturales del hombre y de la sociedad, como por el mismo hecho de poner en marcha el sistema penal, *el principio de legalidad no parece que deba ser un tema ajeno al compromiso* (98), y si este compromiso se ha de obtener trabajosamente, mayor será la seguridad de los ciudadanos.

A este respecto ha de concluirse este apartado con la reiteración de las últimas líneas del mencionado fundamento jurídico 6.º II de la STC 140/1986. En esta resolución se viene a concluir algo del mayor interés, a saber: *la vulneración del rango legal supone la vulneración del derecho protegido en sí*. Esta conclusión, aunque contactada, en principio, al derecho a la libertad y seguridad (y a «otros derechos que no son ahora relevantes») puede ser legítimamente derivada a cualquier otro derecho fundamental y, en concreto, al que encarna el principio de legalidad penal. De este modo, *el rango legal se convierte, a su vez, en garante institucional del propio derecho*, tal como cabe derivar, igualmente, del artículo 28.2 LOTC. De este modo se supera el plano estrictamente formal que, con ser importante, puede variar sin prácticamente límite o dentro de unos límites excesivamente amplios en atención a los intereses en juego. Suscitada la cuestión en el sentido que aquí se propone, es decir, intentado proseguir en la línea de rectificación emprendida por el propio Tribunal Constitucional en las SSTC 140 y 160/1986 respecto de resoluciones anteriores, singularmente la STC 25/1984, el rango de ley orgánica requerido para las leyes penales implica una concepción material de dicho derecho, en la medida en que una norma de diferente rango, es decir, con un procedimiento más simplificado, generaría nivel de garantías por debajo del que la Constitución exige para el desarrollo de los derechos fundamentales. De ahí, pues, la exigencia que se formula y que se crea impuesta por la Constitución misma.

7. Queda, finalmente, establecer, como se anunciaba más arriba, si las leyes penales en toda su extensión deben revestir el carácter de ley orgánica. Se apuntó entonces y se confirma ahora que ello no es necesario, pues no todo lo que se contiene en las leyes penales tiene que ver con el principio de legalidad. El enumerar las materias que puedan ser reguladas por ley ordinaria, aunque se hallen en una orgánica tiene

(98) Resalta las ventajas político-criminales del consenso Rodríguez Ramos, «Reserva» (n. 38), I, 1982, p. 305. En definitiva, como afirma el párrafo transcrito en la nota anterior de la STC 159/1986, la garantía que representa la ley orgánica es una garantía frente al legislador.

como consecuencia que su eventual reforma o introducción cabe realizar acudiendo a la primera categoría de normas.

A mi juicio, no afectan al principio de legalidad y a ningún otro derecho fundamental de la Sección primera del Capítulo II del Título I de la Constitución, es decir, no siendo derechos y libertades públicas fundamentales, el instituto de la responsabilidad civil, el de su extinción, el de la extinción de la responsabilidad criminal y la materia relativa a cancelación de antecedentes penales; mientras siga existiendo la reincidencia (99), el resto del instituto de los antecedentes penales deberá seguirse regulando por ley orgánica. Estas exclusiones materiales del ámbito de la ley orgánica en la esfera penal responde a que ninguna de ellas tiene que ver ni con los presupuestos del delito o del estado peligroso ni con sus consecuencias penales, de modo que su posible incidencia sobre la configuración del comportamiento del ciudadano tiene un efecto, en todo caso, secundario.

(99) Declarada no disconforme con la Constitución por la STC 150/1991.

