



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Grado en: Derecho
Facultad de Derecho
Universidad de La Laguna
Curso 2016/2017
Convocatoria: Junio

PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y DOCTRINA CONSTITUCIONAL

Principle of penal legality and constitutional doctrine

Realizado por el alumno/a Victoria Nieto Cabrera

Tutorizado por el Profesor/a Esteban Sola Reche

Departamento: Disciplinas Jurídicas Básicas

Área de conocimiento: Derecho Penal

RESUMEN

Recogido en nuestra Constitución y nuestro Código Penal, así como en los ordenamientos jurídicos de muchos Estados de nuestro entorno, el principio de legalidad penal, cuyos orígenes se encuentran en las ideas de la Ilustración, es uno de los principios estructurales del Derecho Penal. Opera como un límite al ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, protegiendo a los ciudadanos frente a posibles abusos de los poderes públicos. Según este principio, tanto los delitos como las penas que a esos corresponden han de establecerse en ley previa, escrita, estricta y cierta. Además de al examen del origen y de los fundamentos del principio de legalidad penal, el presente trabajo se dedica al estudio de estas cuatro exigencias. Se tienen en cuenta los pronunciamientos de nuestro Tribunal Constitucional en relación con el principio de legalidad penal, atendándose especialmente a lo que el mismo ha señalado respecto de la exigencia de *lex certa*.

ABSTRACT

Enshrined in our Constitution and our Penal Code, as well as in the legal systems of many States around us, the principle of penal legality, whose origins lie in the ideas of the Enlightenment, is one of the structural principles of the Criminal Law. It operates as a limit to the exercise of the *ius puniendi* by the State, protecting the citizens against possible abuses of the public powers. According to this principle, both the crimes and the penalties that correspond to these must be established in a prior, written, strict and certain law. In addition to the examination of the origin and the basis of the principle of penal legality, the present work is dedicated to the study of these four requirements. We consider the pronouncements of our Constitutional Court in relation to the principle of penal legality, paying special attention to what it has pointed out regarding the requirement of *lex certa*.

Sumario

1. **Introducción**
2. **Origen del principio de legalidad penal**
3. **Fundamentos del principio de legalidad penal**
4. **Contenido del principio de legalidad penal**
 - 4.1. *Lex praevia*
 - 4.2. *Lex scripta*
 - 4.3. *Lex stricta*
 - 4.4. *Lex certa*
5. **La no exigencia de *lex certa* en la doctrina del Tribunal Constitucional**
6. **Conclusiones**
7. **Bibliografía**

1. Introducción

1. El principio de legalidad penal, al que tradicionalmente se hace referencia a través del aforismo latino *nullum crimen, nulla poena sine lege*, atribuido a Feuerbach¹, exige “que sea la ley el instrumento normativo que monopolice la regulación de todos aquellos aspectos que intervienen en la represión penal”². Así, para poder castigar como delito una conducta, ya sea activa u omisiva, es preciso que la ley la prevea como tal; siendo igualmente necesario que la pena correspondiente al delito se establezca en la ley. En esto consisten las garantías criminal y penal. No obstante, del principio de legalidad penal derivan también la garantía jurisdiccional y la garantía de ejecución³. En cuanto a la primera de ellas, exige, para que se ejecute, que la pena sea impuesta en

¹ Es esta breve formulación del principio de legalidad penal la que ha llegado a nuestros días. Sin embargo, Feuerbach formuló el mencionado principio de la siguiente forma: *Nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*. V. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, p. 41.

² LAMARCA PÉREZ, “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, p. 102.

³ El Tribunal Constitucional, en su STC 89/1983, de 2 de noviembre, establece: “El principio de legalidad comporta seguramente la necesidad de Ley previa que tipifique determinadas conductas y establezca las penas con las que las mismas han de ser sancionadas. A estas garantías criminal y penal pueden agregarse sin esfuerzo, como integradas en el contenido del principio de legalidad penal, las llamadas jurisdiccional y de ejecución” (FJ 3).

sentencia firme dictada por el órgano jurisdiccional que, con arreglo a lo previsto en las leyes procesales, resulte competente, el cual debe seguir el procedimiento legalmente fijado. Por lo que se refiere a la garantía de ejecución, requiere que la pena se ejecute de acuerdo con lo dispuesto en la ley⁴.

2. En virtud del principio de legalidad penal, corresponde a la ley, como se ha visto, la descripción de los delitos y la determinación de las penas, así como la regulación de su aplicación y ejecución. Ahora bien, el mencionado principio exige, además, que dicha ley cumpla con una serie de requisitos: en primer lugar, ha de ser previa, no siendo posible la aplicación retroactiva de las leyes penales desfavorables; en segundo lugar, debe ser una norma escrita emanada del Parlamento, lo cual implica la exclusión del derecho consuetudinario como fuente de delitos, penas y circunstancias agravantes de la responsabilidad criminal; en tercer lugar, tiene que ser aplicada de manera estricta, sin que quepa la analogía *in malam partem*; por último, ha de ser cierta, esto es, debe determinar de forma precisa, concreta y clara cuáles son las conductas delictivas y las penas que a esas se atribuyen. A todo ello se refiere la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege praevia, scripta, stricta et certa*⁵.

3. En el Derecho español, el principio de legalidad penal se reconoce tanto en el Código Penal como en la Constitución. Por lo que se refiere al primero, se ocupa del principio de legalidad penal en sus artículos 1 a 4. En el artículo 1.1 CP está contenida la garantía criminal, la cual se amplía, en el apartado segundo del artículo, a las medidas de seguridad y sus presupuestos. La garantía penal se recoge, extendiéndose, de la misma manera, a las medidas de seguridad, en el artículo 2 CP, que se ocupa, igualmente, de la irretroactividad de las leyes penales desfavorables. En cuanto a las garantías jurisdiccional y de ejecución, se contienen, respectivamente, en los apartados 1 y 2 del artículo 3 CP, en el que también se hace referencia a las medidas de seguridad. Por último, en el artículo 4 CP se prohíbe la extensión analógica de las disposiciones penales.

⁴ En relación con estas cuatro garantías, v., entre otros, DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, pp. 32 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, p. 116; y BOLDOVA PASAMAR, “Los principios del Derecho Penal”, pp. 39 y s.

⁵ Ofrecen una visión cuatripartita del principio de legalidad penal, entre muchos otros, ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, pp. 140 y ss.; y JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal. PG*, Vol. 1, p. 173. Sin embargo, MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, pp. 116 y s., se refiere a la triple exigencia de *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Ahora bien, incluye en esta última el requisito de precisión de la ley penal.

En cuanto a la Constitución, además de la genérica referencia al principio de legalidad contenida en el artículo 9.3 CE⁶, se ha de destacar lo previsto en el artículo 25.1 CE, que dispone lo siguiente: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. El Tribunal Constitucional, en su STC 34/1996, de 11 de marzo, destacando “su parquedad expresiva”, afirmó que el texto de este artículo, que se refiere de forma expresa al principio de legalidad penal, “roza el laconismo” (FJ 5). Además, la redacción del precepto ha sido criticada por la doctrina mayoritaria, que considera que no se recogen en él todas las exigencias derivadas del principio de legalidad penal⁷. Así, algunos autores han entendido que únicamente contiene la garantía criminal y la prohibición de retroactividad de las leyes penales⁸, debiéndose acudir, en relación con las demás garantías y exigencias, a otros preceptos⁹.

4. Recogido así en nuestra norma suprema, el principio de legalidad penal ha sido analizado en numerosas ocasiones por el Tribunal Constitucional. Además de su origen y sus fundamentos, en las páginas que siguen se examina su contenido, centrándonos especialmente en la exigencia de *lex certa* y en lo que sobre la misma ha establecido el mencionado Tribunal.

⁶ En este artículo se establece: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”.

⁷ V. BOIX REIG, “El principio de legalidad en la Constitución”, p. 10, que entiende que “no existe un precepto constitucional que de manera clara acoja el principio de legalidad en todas sus vertientes”; ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 10, que considera que el artículo 25.1 CE “supone una pobre formulación del principio de legalidad”; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, p. 89, que afirma que la configuración doctrinal del principio de legalidad penal es más amplia que la del artículo 25.1 CE; y ALCÁCER GUIRAO, “El Derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, p. 19, que utiliza el calificativo “parca” para referirse a la descripción que del derecho a la legalidad penal se hace en el artículo 25 CE. Por el contrario, HUERTA TOCILDO, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, p. 82, considera que “el artículo 25.1 de nuestra Constitución ha recogido en su integridad el principio de legalidad de los delitos y de las penas”.

⁸ V. ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 10; MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, p. 119; y MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. PG*, p. 92.

⁹ Por ejemplo, los artículos 24.1 y 117.3 CE recogen la garantía jurisdiccional, mientras que a la de ejecución se refiere el artículo 25.2 CE.

2. Origen del principio de legalidad penal

1. El principio de legalidad penal requiere que sea la ley la que establezca los delitos y determine las penas, las cuales deberán ser aplicadas y ejecutadas atendiendo a lo dispuesto en ella. Por consiguiente, el ejercicio del *ius puniendi* por parte del Estado, desde que se describe la conducta delictiva hasta que se ejecuta la pena, ha de estar sometido a la ley, la cual es expresión de la voluntad general. De esta forma, se entiende que el principio de legalidad penal actúa como un límite al poder punitivo estatal, evitando que este sea empleado arbitrariamente. Es, así, garantía de la seguridad jurídica y, a la vez, de la libertad de los ciudadanos.

2. Para explicar el origen del principio de legalidad penal, se ha llegado a acudir al antiguo Derecho griego¹⁰ y al Derecho romano¹¹. De igual manera, remontándose a épocas lejanas, hay autores que han querido ver antecedentes del mencionado principio en el Derecho canónico o en los fueros aragoneses del medievo¹². Además, se ha hecho referencia, en relación con su origen, a antiguos textos como la *Magna Charta Libertatum* inglesa otorgada por Juan Sin Tierra en 1215 y la *Constitutio Criminalis Carolina* germánica de 1532¹³. Sin embargo, no podemos encontrar el origen del principio de legalidad penal que opera hoy en nuestro Derecho Penal en momentos de la historia tan distantes, desde una perspectiva jurídico-política, del actual. Fue, por el contrario, en tiempos más cercanos al nuestro cuando surgió.

¹⁰ Así lo hace DEDES, “Sobre el origen del principio «nullum crimen nulla poena sine lege»”, *passim*, que defiende la tesis de que el origen del principio se halla en dicho Derecho.

¹¹ Sobre la búsqueda del origen del principio de legalidad penal en este, v. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, pp. 383 y ss., nota 67 ter, que se muestra contrario a que dicho principio tenga origen romano.

¹² Hace referencia a ellos CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, Vol. I, p. 198, que entiende, sin embargo, que los señalados por estos autores no son verdaderos antecedentes del principio objeto de estudio.

¹³ De estos textos se ocupa MIR PUIG, *Derecho Penal*. PG, pp. 114 y s., si bien considera que no se refleja en ellos el significado actual del principio de legalidad penal. Señala que la *Magna Charta Libertatum* otorgada en Inglaterra “no excluía la costumbre y, al parecer, tenía significado de garantía procesal”, mientras que en la *Constitutio Criminalis Carolina* germánica no se prohibía la analogía *in malam partem*. Al primero de los textos se refiere también DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, pp. 16 y s., que entiende que en su artículo 39 se encuentra, en realidad, el origen de la *rule of Law* del Derecho anglosajón, la cual representa, principalmente, una garantía jurisdiccional. En cuanto a la Carolina, ROXIN, *Derecho Penal*. PG, Tomo I, p. 141, señala que, “si bien remite en sus arts. 104 y 105 fundamentalmente al Derecho positivo, encomienda la clase y medida de las penas a la ‘buena costumbre’ y al juez y permite también la aplicación analógica del Derecho positivo a ‘casos penales innominados’; además reconoce otras múltiples fuentes del Derecho, por todo lo cual no ofrecía ninguna garantía frente a los castigos extralegales”.

3. La mayoría de los autores coinciden en que el origen del principio de legalidad penal, tal y como se comprende en nuestros días, se halla en las ideas de la Ilustración¹⁴. Debe destacarse la teoría del contrato social de Rousseau, según la cual el paso del hombre del estado de naturaleza al estado social se produce a través de un pacto que, si se elimina de él lo que no es esencial, “se reduce a los siguientes términos: *Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la suprema dirección de la voluntad general, recibiendo a cada miembro como parte indivisible del todo*”¹⁵. Igualmente, se ancla en la teoría de la división de poderes de Montesquieu¹⁶, quien, partiendo de la base de que el poder legislativo, el poder ejecutivo y el poder judicial son los tres poderes del Estado, considera que ha de ser el pueblo, a través de sus representantes, el que ejerce el primero, en virtud del cual se crean, modifican y derogan las leyes. Además, según el citado autor, el poder ejecutivo, de ejecutar las resoluciones públicas, lo debe ejercer un monarca, mientras que el desempeño del poder judicial, por el cual se castigan los delitos o se juzgan las diferencias entre los particulares, ha de corresponder a los jueces, considerados el “instrumento que pronuncia las palabras de la ley”¹⁷.

4. Las teorías expuestas constituyen la base sobre la que se apoya el principio de legalidad penal. Influenciado por ellas, Cesare Bonesana, marqués de Beccaria, formuló dicho principio en su libro *Dei delitti e delle pene*, publicado en 1764. En esta obra, Beccaria señala que “sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos, y que esta autoridad sólo puede residir en el legislador, que representa toda la sociedad unida por un contrato social”. Asimismo, añade: “Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede con justicia infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad. Y como una pena llevada más allá del límite fijado por las leyes es la pena justa incrementada en otra pena, ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente”¹⁸.

¹⁴ Así lo manifiestan, entre otros, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, pp. 198 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, pp. 114 y s.; y DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, pp. 17 y ss.

¹⁵ ROUSSEAU, *El contrato social*, p. 56.

¹⁶ V. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, pp. 206 y ss.

¹⁷ V. MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, p. 214.

¹⁸ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, p. 56.

5. Más tarde, en 1801, Feuerbach desarrolló el principio de legalidad penal en su *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*. Lo hizo utilizando los siguientes términos latinos: *nulla poena sine lege; nulla poena sine crimine; nullum crimen sine poena legali*. Así, el citado autor entiende, en primer lugar, que, para imponer una pena, es preciso que una ley penal la establezca; es decir, *nulla poena sine lege*. En segundo lugar, considera que la imposición de una pena se encuentra condicionada a la existencia del hecho conminado; esto es, *nulla poena sine crimine*. Por último, entiende que el hecho conminado por la ley está condicionado por la pena legal; en otras palabras, *nullum crimen sine poena legali*¹⁹.

6. Surgido, como se ha explicado, a partir de la filosofía de la Ilustración, el principio de legalidad penal fue acogido, en el año 1774, en la Constitución americana de Filadelfia. De la misma forma, se incluyó en las Constituciones de Virginia y Maryland, ambas de 1776. En Europa, aparece recogido en el Código Penal austriaco de 1787, conocido como la *Josephina*, y en el *Allgemeines Landrecht für die Preußischen Staaten* de 1794, dictados durante los reinados de José II de Austria y Federico II de Prusia respectivamente²⁰. No obstante, mayor relevancia tiene su introducción en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo artículo 8 dispone lo siguiente: “La Ley sólo debe establecer penas estricta y evidentemente necesarias, y tan sólo se puede ser castigado en virtud de una Ley establecida y promulgada con anterioridad al delito, y aplicada legalmente”.

7. Desde los últimos años del siglo XVIII, el principio de legalidad penal ha venido recogiendo en los Códigos Penales y Constituciones europeos²¹. Así, fue

¹⁹ V. FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, p. 41.

²⁰ Respecto de la *Josephina* austriaca, aunque análogo problema plantea el *Allgemeines Landrecht* prusiano, surge la cuestión de si estaba dirigida solamente a fortalecer el poder del monarca y no a garantizar la libertad de los ciudadanos. Se refiere a esto ROXIN, *Derecho Penal*. PG, Tomo I, p. 142, nota 11, que piensa que los dos objetivos se compenetrán. En relación con el tema, NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, pp. 17 y s., considera que, en puridad, el principio de legalidad penal no está recogido en la *Josephina* ya que, si bien “postulaba la vinculación del juez a la ley, perseguía el fin de reforzar el poder del monarca y no el de defender la libertad y la seguridad de los ciudadanos, lo que llevaba finalmente a que se desconociese la garantía de la prohibición de retroactividad y a que tampoco se respetase del todo el mandato de determinación”. V. también MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 33.

²¹ También se ha acogido en numerosos Códigos Penales y Constituciones del continente americano. A todo ello se refiere JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, pp. 388 y ss.

introducido en Códigos Penales decimonónicos como el francés de 1810²² o el bávaro de 1813²³. Más recientemente, lo encontramos incluido en el texto de Constituciones como la italiana de 1947²⁴ o la alemana de 1949²⁵, que están vigentes hoy.

8. Por lo que a España respecta, en el Código Penal de 1822 se reconocía el principio de legalidad penal, que también se recogió en aquellos que han estado en vigor después²⁶, quedando excluido solo en el de 1850²⁷. Asimismo, dicho principio ha sido incluido en las distintas Constituciones españolas, desde la de 1812 hasta la actual, que lo reconoce en su artículo 25²⁸.

9. En el siglo XX, sin embargo, las legislaciones de determinados Estados dieron la espalda a las exigencias derivadas del principio de legalidad penal. En la URSS, dicho principio fue suprimido por los Códigos Penales de 1922 y 1926, que permitían la

²² Su artículo 4 establecía: “Ninguna contravención, ningún delito, ningún crimen, podrán ser castigados con penas que no estuvieran señaladas por la ley antes de que fuesen cometidos”.

²³ Este Código Penal fue redactado por Feuerbach, que introdujo en su artículo 1 el principio de legalidad penal.

²⁴ En su artículo 25, además de señalarse que ninguna persona podrá ser sustraída “al juez natural establecido por la ley”, se dispone: “Nadie podrá ser castigado sino en virtud de una ley que haya entrado en vigor antes de haberse cometido el hecho”. A continuación, el mismo artículo establece: “Nadie podrá ser sometido a medidas de seguridad sino en los casos previstos por la ley”.

²⁵ Su artículo 103.2 dispone: “Un hecho sólo se puede castigar si la punibilidad estuviera legalmente determinada antes de que se cometiera el hecho”.

²⁶ El principio de legalidad penal se introdujo, además de en el de 1822 (arts. 1, 2, 3 y 110), en los Códigos Penales de 1848 (arts. 1, 2, 19 y 87), 1870 (arts. 1, 2, 22, 23 y 100), 1928 (arts. 1, 2, 3, 7 y 8), 1932 (arts. 1, 2, 23, 24, 84 y 85), 1944 (arts. 1, 2, 23, 24 y 81). También se incluyó en el Texto Revisado de 1963 (arts. 1, 2, 23, 24 y 81) y en el Texto Refundido de 1973 (arts. 1, 2, 23, 24 y 81). En el Código Penal vigente, de 1995, el principio de legalidad penal se encuentra recogido en los artículos 1 a 4. Sobre este tema, v. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, pp. 95 y ss.; y RUIZ ROBLEDO, “El principio de legalidad penal en la historia constitucional española”, pp. 153 y ss.

²⁷ En realidad, se trata de una reforma del Código Penal de 1848. Antes de la misma, su artículo 19 disponía: “No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle establecida por la ley con anterioridad á su perpetracion”. Sin embargo, tras la reforma, el texto del artículo pasó a ser el siguiente: “No será castigado ningún delito, ni las faltas de que solo pueden conocer los Tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por ley, ordenanza ó mandato de Autoridad á la cual estuviere concedida esta facultad”. Como se puede observar, dejó de requerirse que, en todo caso, fuera la ley la que determinara las penas correspondientes a los delitos; en otras palabras, la garantía penal del principio de legalidad penal fue eliminada.

²⁸ En cuanto a la Constitución de Cádiz, el principio de legalidad penal no fue expresamente introducido en ella. Sin embargo, RUIZ ROBLEDO, “El principio de legalidad penal en la historia constitucional española”, pp. 148 y ss., entiende, en contra de lo que piensa un determinado sector de la doctrina, que el mencionado principio puede ser deducido a través de una interpretación sistemática del texto constitucional. Tras la Constitución de 1812 y el Estatuto Real de 1834, el principio de legalidad penal se recogió en las Constituciones de 1837 (art. 9), 1845 (art. 9), 1869 (art. 11), 1876 (art. 16) y 1931 (art. 28).

aplicación analógica de la ley penal en sus artículos 10 y 16 respectivamente²⁹. Hubo que esperar varias décadas para que, prohibiéndose de nuevo la analogía, el principio de legalidad penal volviera a operar³⁰. Asimismo, en la Alemania nacionalsocialista el citado principio fue rechazado. Con la modificación del artículo 2 del Código Penal de 1871, llevada a cabo en 1935, penar a aquellos que cometieran un hecho que mereciera castigo de acuerdo con la “idea básica de una ley penal” y el “sano sentimiento del pueblo” pasó a ser lícito. De esta forma, se renunció a las exigencias del principio de legalidad penal, que volvió a introducirse en el ordenamiento jurídico alemán después de la Segunda Guerra Mundial³¹.

10. Actualmente, además de tener una vigencia generalizada en Europa³², el principio de legalidad penal se encuentra recogido en textos internacionales como, por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, cuyo artículo 11.2 establece: “Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito”. También son destacables las declaraciones contenidas en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966³³.

²⁹ Sobre la analogía en la URSS, v. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, pp. 505 y ss.

³⁰ Como señala DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, p. 23, la prohibición de la analogía fue acogida en los Fundamentos de la Legislación Penal soviética de 1958 y en el Código Penal de 1960.

³¹ Sobre la supresión del principio de legalidad penal en la Alemania hitleriana y su posterior restablecimiento, v. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, pp. 511 y ss.

³² Excepcional es el caso de Dinamarca, donde no rige el principio de legalidad penal. El Código Penal vigente, de 1930, permite la aplicación analógica de la ley penal, la cual también cabía cuando estaba en vigor el Código Penal de 1866. En relación con la analogía en Dinamarca, v. JIMÉNEZ DE ASÚA, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, pp. 502 y ss. Tampoco opera el principio de legalidad penal en el Derecho inglés, en el que los jueces se hallan vinculados a los precedentes judiciales.

³³ Respecto de los tres artículos citados, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, Vol. I, p. 203, considera que, en puridad, el principio de legalidad penal no se acoge en ellos. Las declaraciones que contienen no coinciden con el principio de legalidad ya que, en palabras del autor, “se alude al Derecho nacional e internacional y en algunos casos la fuente puede no ser la ley, sino la costumbre, o como en los países anglosajones, un Derecho judicial”. Además, destaca que los “principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas” son admitidos como fuente en el artículo 7 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales,

3. Fundamentos del principio de legalidad penal

1. No es nueva la preocupación de la doctrina por hallar el fundamento, o los fundamentos, del principio de legalidad penal, a través de los cuales explicar las distintas exigencias derivadas del mismo. En el siglo XIX, Binding atribuyó al mencionado principio dos fundamentos, uno político y otro jurídico. En cuanto al primero, se encuentra relacionado con la teoría de la división de poderes. Únicamente el poder legislativo tiene legitimación para señalar qué acciones u omisiones son constitutivas de delito y para determinar las penas que a esas corresponden. Por su parte, los jueces y tribunales han de decidir si en el caso concreto que ante ellos se plantea se ha llevado a cabo una acción u omisión de las que, según la ley, constituyen delito. Por tanto, solamente han de aplicar la ley, sin tergiversar la voluntad en ella expresada, que es la del poder legislativo.

El fundamento expuesto, basado en la división de poderes, no permite explicar la existencia, respecto del legislador, de la prohibición de retroactividad de las disposiciones penales desfavorables, una de las exigencias del principio de legalidad penal. Es decir, no da respuesta a la siguiente cuestión: ¿por qué no puede el legislador, si lo considera oportuno, establecer la retroactividad de una ley penal desfavorable? El segundo fundamento, de carácter jurídico, responde a esto. Este fundamento se basa en la teoría de la pena como coacción psicológica, formulada por Feuerbach. Se entiende que, si el Estado quiere evitar la comisión de delitos, debe amenazar previamente a los ciudadanos con la imposición de una pena, aplicando así sobre ellos una coacción psicológica.

2. Siguiendo a Binding, parte de la doctrina ha hecho referencia al doble fundamento, político y jurídico, del principio de legalidad penal³⁴. Sin embargo, también se han realizado otras propuestas. En este sentido, se ha querido hallar el fundamento del principio de legalidad penal en el principio de culpabilidad. El razonamiento es el siguiente: para, en relación con un hecho punible, considerar culpable a un sujeto, este tiene que haber conocido o podido conocer, a la hora de

mientras que el artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos contempla como fuente los “principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional”.

³⁴ V. la bibliografía señalada por MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 7, nota 8; y por NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, p. 25, nota 105.

actuar, que su comportamiento se encontraba prohibido; por tanto, dicho comportamiento debe estar contenido de forma previa en la ley penal.

En España son muchos los autores que se muestran contrarios a la consideración del principio de culpabilidad como fundamento del principio de legalidad penal³⁵. Se ha señalado, respecto de la culpabilidad, que para que exista no es necesario que se conozca o se tenga posibilidad de conocer la punibilidad del comportamiento, sino solo su ilicitud, esto es, únicamente es preciso que se sepa o se pueda saber que la conducta está prohibida³⁶. Por consiguiente, el principio de legalidad penal, según el cual la pena correspondiente al delito debe estar fijada de forma previa a la comisión del mismo, va más allá de lo que exige el principio de culpabilidad³⁷.

Además, la tesis según la cual entre los fundamentos del principio de legalidad penal debe incluirse el principio de culpabilidad no permite explicar otros aspectos del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Así, no da respuesta al hecho de que este principio requiera que sea una ley, y no, por ejemplo, un reglamento, la que establezca cuáles son los delitos y cuáles las penas que han de imponerse si esos son cometidos³⁸.

3. Asimismo, se ha visto el fundamento del principio de legalidad penal “en la necesidad de que el ciudadano pueda prever las reacciones estatales”³⁹ y, por tanto, conocer los límites de su libertad. Son varias las críticas que ha recibido esta teoría. Se ha dicho que los ciudadanos no conocen ni pueden conocer la ley. No la leen, no se

³⁵ Por ejemplo, MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 26 y ss.; ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 15; CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, Vol. I, p. 204, nota 80. Sin embargo, acepta el principio de culpabilidad como fundamento del principio de legalidad penal MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal*. PG, p. 82.

³⁶ V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, Vol. I, p. 204, nota 80.

³⁷ En relación con esto, ROXIN, *Derecho Penal*. PG, Tomo I, p. 147, considera que debe entenderse que el principio de culpabilidad es, en cierta medida, fundamento del principio de legalidad penal ya que, en la práctica y por regla general, solo será posible tener consciencia de la prohibición si se pudo conocer la ley penal.

Según el citado autor, es posible distinguir entre una justificación jurídico-política y una jurídico-penal del principio de legalidad penal. Dentro del primer bloque se encuentran “la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto”, una de las ideas centrales del liberalismo político; y el principio de la democracia basada en la división de poderes. En cuanto al segundo bloque, el autor incluye en él la prevención general y el principio de culpabilidad.

³⁸ Respecto de esta y otras críticas, v. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 26 y ss.

³⁹ MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 13.

acercan directamente a ella, y, si lo hicieran, no podrían entenderla o, al menos, no les sería posible informarse sobre su contenido exacto⁴⁰.

También se ha señalado que esta tesis no permite explicar el hecho de que del principio de legalidad penal derive la prohibición de la analogía. En relación con esto, se ha explicado que, si la analogía es considerada una forma de interpretación, la aplicación analógica de una ley no es contraria a la idea de la previsibilidad de la reacción estatal⁴¹. Además, la teoría ha sido criticada por no permitir dar respuesta a la cuestión de por qué el principio de legalidad penal exige que los delitos y las penas vengan establecidos en una ley formal puesto que el fundamento de la previsibilidad permitiría que fuera un reglamento o la propia jurisprudencia los que llevaran a cabo la descripción de las conductas delictivas⁴².

Por último, se ha dicho que este fundamento puede llevar a la relativización de exigencias derivadas del principio de legalidad penal como, por ejemplo, la de *lex certa*. Esto porque, teniendo en cuenta que tras la idea de la previsibilidad se encuentra el propósito de proteger la confianza del ciudadano, surge la cuestión de si también es digna de protección la confianza de aquel ciudadano que pretende delinquir y que busca los espacios de impunidad que existen en la ley para hacerlo sin resultar después castigado⁴³.

4. El principio democrático y la idea de la separación de poderes han sido considerados también fundamentos del principio de legalidad penal⁴⁴. La imposición de una pena a un individuo supone una importante injerencia en sus libertades. Por ello, se entiende que debe ser el Parlamento el que lleve a cabo, mediante ley, la descripción de los delitos y la determinación de las penas. De esta forma, los representantes del pueblo son los que establecen cuáles son los límites de la libertad de los ciudadanos. Los poderes ejecutivo y judicial, por su parte, no pueden ocuparse de la creación de delitos y penas.

⁴⁰ V. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 14 y ss.; y NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, pp. 27 y s.

⁴¹ V. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 16.

⁴² V. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 16 y s.

⁴³ V. NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, pp. 31 y ss.

⁴⁴ V. ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, p. 145; y MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 17 y ss.

El principio democrático y la división de poderes nos permiten explicar muchas de las exigencias derivadas del principio de legalidad penal. Así, la prohibición de aplicación del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena, la prohibición de la analogía y la exigencia de determinación de la ley penal. Sin embargo, estas ideas no permiten fundamentar la prohibición de retroactividad de las disposiciones penales desfavorables al reo⁴⁵. En otras palabras, no es posible, atendiendo al principio democrático y a la idea de la separación de poderes, saber la razón por la cual el legislador no puede establecer la retroactividad de una ley penal desfavorable.

5. De igual forma, se ha entendido que la seguridad jurídica es uno de los fundamentos del principio de legalidad penal. En este contexto, la seguridad jurídica se identifica con “la realización del Derecho mediante el sometimiento de los poderes públicos a la ley, la exclusión de la arbitrariedad estatal y la consecución de una jurisprudencia igualitaria”⁴⁶. Al señalar la ley en qué casos y de qué forma han de intervenir, en el ámbito penal, los poderes públicos, no queda espacio para que estos actúen arbitrariamente. Se trata de garantizar, de esta manera, la libertad de los individuos frente a las intromisiones de las autoridades.

En relación con lo expuesto, es posible advertir que no se puede explicar a través de este fundamento por qué el principio de legalidad penal exige que sea una ley dictada por el poder legislativo la que determine los delitos y las penas. Parece que se podría evitar la arbitrariedad también si, por ejemplo, fuera un reglamento el que describiese qué conductas constituyen delito y qué penas les corresponden⁴⁷.

6. Algunos autores han hecho referencia a un “fundamento tutelar del ciudadano”⁴⁸. El principio de legalidad penal constituye un mecanismo de protección de

⁴⁵ V. ROXIN, *Derecho Penal*. PG, Tomo I, p. 145.

⁴⁶ NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, p. 41.

⁴⁷ Respecto de esta crítica, v. NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, p. 42, que, además, considera que el principio de legalidad penal no puede entenderse atendiendo a este fundamento de la seguridad jurídica y dejando a un lado el principio democrático y la división de poderes, siendo necesario tenerlos en cuenta simultáneamente.

⁴⁸ V. ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, pp. 18 y ss.; y DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, pp. 31 y s. Para estos autores son tres los fundamentos del principio de legalidad penal. Además del fundamento tutelar del ciudadano, se refieren a un fundamento político democrático-representativo y a un fundamento político-criminal, relacionados estos, respectivamente, con las ideas de la división de poderes y el imperio de la ley, elaborada por un Parlamento democráticamente elegido, y con la prevención del delito. La consideración conjunta de estos

la libertad y demás derechos de los individuos frente a la privación o restricción de estos por parte de los poderes públicos; es una garantía contra normas desfavorables o que suponen una restricción de derechos⁴⁹. Por consiguiente, el mencionado principio no se opone a la retroactividad de las leyes penales favorables al reo, así como tampoco a la aplicación analógica de la ley *in bonam partem*.

7. Al igual que la doctrina, el Tribunal Constitucional se ha referido a los fundamentos del principio de legalidad penal. Ha establecido que “el principio de legalidad penal garantiza, por un lado, el estricto sometimiento del Juez a la ley penal, vedando todo margen [*sic*] de arbitrio o de discrecionalidad en su aplicación así como una interpretación analógica de la misma; y por otro la seguridad del ciudadano en cuanto la certeza de la ley penal, cuya exigencia es inherente a dicho principio, le permite programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente” (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 5). Como se puede observar, la seguridad jurídica, tanto en su dimensión objetiva como en su vertiente subjetiva⁵⁰, es considerada por el Tribunal Constitucional fundamento del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*.

También es destacable lo señalado en la STC 142/1999, de 22 de julio, en cuyo fundamento jurídico tercero se establece lo siguiente: “El principio de legalidad penal, como derecho fundamental de los ciudadanos, implica que la definición de los hechos que son constitutivos de delito y la concreción de las penas que corresponden a tales delitos corresponde al legislador (STC 26/1994). Los ciudadanos tienen pues derecho a que los delitos y sus correspondientes penas figuren en la ley (STC 8/1981), con el objeto de que en el logro de la paz social les sea posible adaptar su conducta para que ésta no incurra en delito ni se haga merecedora de la correspondiente pena.

tres fundamentos permite a los citados autores dar explicación a las distintas exigencias derivadas del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*. Así, por ejemplo, la prohibición de la retroactividad de las leyes penales desfavorables al reo es explicada gracias al fundamento político-criminal ya que el fundamento político democrático-representativo no hace posible encontrar razones que justifiquen dicha prohibición.

⁴⁹ V. ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 18.

⁵⁰ Respecto de esta distinción, v. NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, pp. 26 y 40, que, siguiendo a determinado sector de la doctrina, entiende que la vertiente subjetiva de la seguridad jurídica se corresponde con la idea de previsibilidad de la punibilidad por el ciudadano, mientras que la seguridad jurídica en sentido objetivo sería la realización del Derecho a través del sometimiento a la ley de los poderes públicos y la evitación de la arbitrariedad.

Legitimación del Parlamento para definir delitos y sus consecuencias jurídicas que obedece a la grave afectación de los intereses más relevantes que originan las normas penales, y, por ello, son los representantes electos del pueblo los que ostentan la función de precisar los hechos prohibidos bajo pena. De ahí que el principio de legalidad, en el ámbito penal y aún en el sancionador, se encuentra vinculado al Estado de Derecho que la Constitución enuncia (SSTC 133/1987, 111/1993, 137/1997), esto es, a la autolimitación que se impone el propio Estado con el objeto de impedir la arbitrariedad o el abuso de poder, de modo que expresa su potestad punitiva a través del instrumento de la ley y sólo la ejercita en la medida en que está prevista en la ley. Correlativamente, con el principio de legalidad penal se alcanza una mayor seguridad jurídica, por cuanto permite que los ciudadanos, a partir del texto de la ley, puedan programar sus comportamientos sin temor a posibles condenas por actos no tipificados previamente (SSTC 133/1987, 120/1996). De esta manera los destinatarios de la norma saben -o tienen al menos la posibilidad de saber- que lo que no está prohibido está permitido, de conformidad con la regla general de la licitud de lo no prohibido (SSTC 101/1988, 93/1992)”.

4. Contenido del principio de legalidad penal

Como ya se ha adelantado, es necesario, en virtud del principio de legalidad penal, que sea una ley la que describa los delitos y establezca las penas. Además, el mencionado principio exige que se trate de una ley previa, escrita, estricta y cierta. Al estudio de estos cuatro requisitos dedicamos las siguientes páginas.

4.1. *Lex praevia*

1. La exigencia de *lex praevia* se traduce en la prohibición de retroactividad de las leyes penales. Estas se aplican a los hechos que acaecen en el periodo de tiempo que va desde su entrada en vigor hasta su derogación o declaración de inconstitucionalidad por parte del Tribunal Constitucional⁵¹. El principio de irretroactividad implica la imposibilidad de aplicar una ley penal a una acción u omisión que ha tenido lugar con anterioridad a su vigencia. Ahora bien, existen excepciones al mencionado principio.

⁵¹ V. ROMEO MALANDA, “La vigencia de la ley penal”, p. 66.

Así, es posible la aplicación retroactiva de las leyes penales cuando esto favorece al reo, como veremos más adelante. Por tanto, lo que no puede existir es la retroactividad de las leyes penales en perjuicio del acusado o condenado. No cabría penar de forma retroactiva un hecho que, en el momento en que se realizó, no estaba tipificado como delito en la ley. Tampoco sería posible castigar retroactivamente una acción u omisión con un tipo de pena más grave que el que estaba previsto en el momento en el que dicha acción u omisión se llevó a cabo. Nos referimos, por ejemplo, a la imposición de una pena de prisión en lugar de una pena de multa. De igual forma, tampoco cabría aplicar de manera retroactiva una mayor cantidad de pena a un delito al cual corresponde, según la ley penal vigente en el momento de su comisión, una menor cantidad de pena⁵².

Si bien se han propuesto otros⁵³, son muchos los autores que ven en las exigencias de la seguridad jurídica el fundamento de principio de irretroactividad⁵⁴. En el momento de llevarlos a cabo, un sujeto puede conocer las consecuencias que tendrán sus comportamientos, y, por consiguiente, programar su vida, si esas han sido establecidas previamente en la ley. No existiría seguridad jurídica si la ley aplicable a dichos comportamientos fuera posterior a la realización de los mismos⁵⁵.

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha señalado, en la STC 21/1993, de 18 de enero, que el fundamento del principio al que nos venimos refiriendo “se identifica con el del principio *nullum crimen, nulla poena sine previa lege*, es decir, con la garantía del ciudadano de que no será sorprendido a posteriori con una calificación de

⁵² V. ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, pp. 140 y s.

⁵³ V. ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, p. 161, quien, considerando que el principio de legalidad penal se fundamenta, por un lado, en la exigencia de vinculación de los poderes ejecutivo y judicial a leyes formuladas de modo abstracto y en la democracia y la separación de poderes y, por otro lado, en el principio de culpabilidad y en la prevención general, entiende que la prohibición de retroactividad encuentra su fundamento en todas estas ideas, salvo en las relacionadas con la división de poderes.

Igualmente, v. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 83 y ss., que, si bien no las acoge, se refiere a aquellos que han buscado en el principio de culpabilidad o en la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach el fundamento de la prohibición de retroactividad; y CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, p. 219, que señala que ha querido verse en el respeto de los derechos adquiridos el fundamento de la irretroactividad de las leyes penales, si bien no está de acuerdo con los autores que han defendido esta postura.

⁵⁴ V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, pp. 218 y s.; ROMEO MALANDA, “La vigencia de la ley penal”, p. 67, así como la doctrina allí citada; y DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, p. 63, y autores citados por esta.

⁵⁵ V. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, p. 45.

delito o con una pena no prevista o más grave que la señalada al tiempo del hecho” (FJ 5).

2. En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de irretroactividad está recogido en los artículos 25.1 y 9.3 CE, así como en los artículos 1.1 y 2.1 CP. Este principio, como ya se ha señalado, tiene excepciones⁵⁶. En este sentido, la imposibilidad de aplicación retroactiva de las leyes penales no opera cuando esta favorece al reo. Así, cabe aplicar retroactivamente la ley penal que despenaliza una conducta que, en el momento en el que se realizó, era constitutiva de delito. Igualmente, es posible la aplicación de forma retroactiva de la ley penal que atribuye a un delito una pena menos grave que la que le correspondía en virtud de la ley vigente cuando se cometió.

La posibilidad de aplicación retroactiva de las leyes penales favorables aparece recogida en el artículo 2.2 CP, que establece que “tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena”. No es la CE, sino el Código Penal, la fuente de la que surge la retroactividad de las leyes penales que favorecen al reo⁵⁷. No encontramos en el texto constitucional la exigencia de que las leyes penales favorables sean aplicadas de forma retroactiva. Lo único que garantiza la CE es, según su artículo 9.3, “la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”⁵⁸.

La mayoría de la doctrina hace referencia al principio de prohibición de exceso para fundamentar el de retroactividad de las leyes penales favorables al reo⁵⁹. Entiende que la pena es excesiva si posteriormente entran en vigor leyes penales que reducen el ámbito de lo punible de delitos existentes y, por consiguiente, hacen que desaparezca la

⁵⁶ Respecto de esta cuestión, en la STC 21/1993, de 18 de enero, se establece que “en el ámbito del Derecho Penal, la estricta prohibición de retroactividad que incluye el art. 25.1 C.E. está referida a la retroactividad en perjuicio del reo, dado que aquélla ha de ceder allí donde, en lugar de cumplirse el fin perseguido por la irretroactividad -protección del autor frente a las penas sobrevenidas-, se produciría un perjuicio para el sujeto” (FJ 5).

⁵⁷ V. ROMEO MALANDA, “La vigencia de la ley penal”, pp. 68 y s.

⁵⁸ No obstante, el Tribunal Constitucional, en su STC 8/1981, de 30 de marzo, señaló que, interpretando *a contrario sensu* el artículo 9.3 CE, “puede entenderse que la Constitución garantiza también la retroactividad de la Ley penal favorable” (FJ 3).

⁵⁹ A otras posturas se refiere CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, Vol. I, p. 227.

necesidad de prevención general y especial en relación con esos delitos llevados a cabo de forma previa a la entrada en vigor de las mencionadas leyes⁶⁰.

3. El principio de retroactividad de las leyes penales favorables, que constituye la excepción al de irretroactividad, implica la necesidad de realizar una comparación entre la ley penal que se encontraba en vigor cuando el delito se cometió y la vigente en el momento en el que se lleva a cabo el enjuiciamiento⁶¹. Realizada dicha comparación, esta segunda ley será aplicable si ello resulta más beneficioso para el sujeto que realizó el comportamiento enjuiciado. Ahora bien, qué ocurre cuando, entre la ley en vigor al cometerse el delito y la vigente al enjuiciarlo, ha tenido vigencia una tercera ley penal cuya aplicación, en comparación con la de las otras, favorece al reo. ¿Es posible aplicar esta tercera ley o no?

No todos los autores han dado la misma solución al problema planteado. En España, es mayoritaria la postura de aquellos que consideran que cabe la aplicación de la ley penal intermedia más favorable⁶². Sin embargo, a cierto sector de la doctrina no le parece adecuado aplicar una ley que no tenía vigencia al cometerse el delito y que carece de la misma también en el momento en el que se lleva a cabo el enjuiciamiento⁶³.

4. La retroactividad de las leyes penales más favorables se ve excepcionada cuando nos hallamos ante leyes temporales, como indica el artículo 2.2 CP⁶⁴. Se trata de leyes que establecen su propio plazo de vigencia o que son dictadas por motivos excepcionales y que, normalmente, crean delitos o agravan las penas correspondientes a aquellos que ya existían con anterioridad. Cuando el plazo de vigencia previsto termina o desaparecen las circunstancias extraordinarias, las leyes penales anteriores recuperan

⁶⁰ V. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, p. 65.

⁶¹ Hay que tener en cuenta, como señala CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, p. 231, que el objeto de esta comparación no son los marcos penales en abstracto, sino la concreta pena que se impondría al sujeto de conformidad con lo dispuesto en cada una de las leyes.

⁶² También en otros países se defiende esta posición. V. ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, p. 167, que entiende que la ley penal intermedia más benigna es aplicable ya que ha otorgado al reo una posición jurídica más favorable, la cual queda garantizada frente a cualquier reforma desfavorable que entre en vigor posteriormente.

⁶³ V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, p. 236, que, si bien admite que, por la mayor o menor lentitud de los procesos, puede resultar injusta la no aplicación de la ley intermedia más favorable, entiende que el criterio mayoritario carece de base alguna.

⁶⁴ Este establece lo siguiente: “Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario”.

su vigencia o se reducen las penas correspondientes a los delitos⁶⁵. Por consiguiente, la excepción a la retroactividad de las leyes penales favorables tiene, en estos casos, mucho sentido. Si no existiera, una ley temporal podría ser infringida sin peligro en la última parte de su periodo de vigencia, teniendo el autor, en ese momento, la seguridad de que no se enjuiciaría su comportamiento antes de que dicha vigencia finalizara, lo cual implicaría que le podría ser aplicada la ley penal posterior más favorable⁶⁶.

5. En relación con las disposiciones que complementan las leyes penales en blanco, surge el problema de si el principio de irretroactividad y su excepción, la retroactividad de las leyes penales favorables al reo, son aplicables a las mismas o no. Muchos autores dan una respuesta afirmativa a esta cuestión, sobre la cual se ha discutido bastante. En este sentido, se ha señalado que, aunque formen parte de ramas del ordenamiento jurídico distintas al Derecho Penal, las mencionadas disposiciones completan las leyes penales y, por tanto, quedan incorporadas a esas⁶⁷.

6. También ha existido una importante discusión acerca de si las variaciones jurisprudenciales desfavorables para el reo están sujetas o no al principio de irretroactividad. La duda se plantea porque puede ser que un órgano jurisdiccional, habiendo interpretado la ley penal de determinada forma durante cierto tiempo, modifique, en un sentido desfavorable al reo, su criterio interpretativo⁶⁸. En estos casos, son muchos los autores que consideran que la nueva interpretación de la ley penal debe aplicarse. En otras palabras, entienden que la prohibición de retroactividad no opera⁶⁹.

Por otra parte, respecto de los cambios jurisprudenciales que favorecen al reo, Cerezo Mir entiende que, no siendo la jurisprudencia fuente del Derecho, no es

⁶⁵ V. ROMEO MALANDA, “La vigencia de la ley penal”, p. 71.

⁶⁶ V. ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, p. 169.

⁶⁷ V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, p. 221, así como la doctrina allí citada.

⁶⁸ Esto ocurre en algunas ocasiones. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 92, se refiere a un supuesto que tuvo lugar en 1966. Como indica este autor, en este año, “el Bundesgerichtshof, tras diez años de jurisprudencia constante en el sentido de que el límite, más allá del cual no se admite ninguna prueba en contrario, de la incapacidad para conducir vehículos de motor por la ingestión de bebidas alcohólicas estaba en 1,5 gramos o/oo del alcohol en sangre, decidió reducirlo a 1,3 gramos o/oo”.

⁶⁹ V., entre otros, CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, p. 226; y ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, pp. 165 y s., para quien “la nueva interpretación no es una punición o agravación retroactiva, sino la realización de una voluntad de la ley, que ya existía desde siempre, pero que sólo ahora ha sido correctamente reconocida”.

aplicable a esas modificaciones el principio de retroactividad⁷⁰. Por su parte, el Tribunal Supremo no ha sostenido siempre la misma postura⁷¹.

4.2. *Lex scripta*

1. El principio de legalidad penal exige, como venimos señalando, que sea una ley la que determine los delitos y las penas. Lleva aparejada, por tanto, una limitación de las fuentes, una reserva de ley⁷². Con ello se pretende que, en representación de la voluntad del pueblo, sea el poder legislativo el que decida qué comportamientos merecen una sanción penal y cuál es esa. Sin embargo, la reserva de ley no se fundamenta únicamente en razones democráticas. El hecho de que las leyes sean dictadas por el Parlamento implica que su elaboración se produce lejos del caso concreto y, consecuentemente, de forma objetiva. Se garantiza, así, la libertad de los ciudadanos⁷³.

2. En España, determinar en qué parte del texto constitucional se encuentra prevista la reserva de ley ha planteado problemas para doctrina y jurisprudencia, habiéndose llegado incluso a negar que del texto de la Constitución se desprenda la existencia de dicha reserva⁷⁴. Las dificultades surgen como consecuencia de la utilización del término “legislación” en el artículo 25.1 CE, que es en el que normalmente se considera que se recoge el principio de legalidad penal⁷⁵. Hay autores que han entendido que el mencionado término es empleado en un sentido amplio, en el que, además de leyes, están comprendidas, por ejemplo, las órdenes ministeriales⁷⁶. Ello implica la imposibilidad de extraer la reserva de ley del artículo 25.1 CE. Además, dichos autores niegan la posibilidad de derivar la reserva absoluta de ley a partir del artículo 9.3 CE o del artículo 53.1 CE. Sin embargo, creen que puede extraerse de lo

⁷⁰ V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español*, PG, Vol. I, p. 235.

⁷¹ V. ROMEO MALANDA, “La vigencia de la ley penal”, p. 72; y DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, pp. 74 y s.

⁷² V. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 38.

⁷³ En relación con las razones que fundamentan la existencia de reserva de ley, v. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 39 y ss.

⁷⁴ Hace referencia a esta tesis minoritaria LAMARCA PÉREZ, “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, p. 105.

⁷⁵ V. ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 21.

⁷⁶ Esta postura, adoptada por Cobo del Rosal y Vives Antón, es analizada por MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 49 y ss.

dispuesto en el artículo 81.1 CE⁷⁷, en el que se establece: “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas, las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. Consideran, por un lado, que los delitos y las penas conllevan una limitación de derechos fundamentales, afectando todos ellos, en última instancia, al derecho al honor, reconocido en el artículo 18 CE. Por otro lado, entienden que el establecimiento de los mismos implica llevar a cabo un desarrollo de los derechos fundamentales afectados. Por consiguiente, para estos autores existe, en el ámbito penal, una reserva absoluta de ley orgánica.

La tesis expuesta ha sido criticada⁷⁸. Hay quien ha considerado que el término “legislación”, contenido en el artículo 25.1 CE, no puede ser interpretado en un sentido tan amplio y que en el mencionado precepto se recoge la reserva absoluta de ley, debiendo complementarse el mismo con lo dispuesto en los artículos 53.1 y 81.1 CE. De esta forma, nos encontraremos ante una reserva absoluta de ley orgánica en los casos en los que, por el bien jurídico protegido o por la naturaleza de la pena, un derecho fundamental o una libertad pública se vean afectados. Estaremos, sin embargo, ante una reserva absoluta de ley ordinaria cuando lo que resulte afectado sea alguno de los derechos señalados en el artículo 53.1 CE. Hay que tener en cuenta que quien defiende esta postura niega que en todo caso los delitos y las penas supongan la afectación del derecho al honor⁷⁹.

Una tercera posible interpretación del término “legislación” es la propuesta por Arroyo Zapatero, que entiende que dicho término, cuando se refiere a normas penales⁸⁰, debe ser equiparado a ley orgánica⁸¹. Este autor, al contrario que aquellos que defienden que la reserva de ley en materia penal se encuentra recogida en el artículo 81.1 CE, no

⁷⁷ Igualmente, apoyan su tesis en lo previsto en los artículos 81.2, 82.1, 75.2 y 150 CE.

⁷⁸ Por ejemplo, por LAMARCA PÉREZ, “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, pp. 118 y s., para quien la reserva de ley del artículo 81.1 CE “no se dirige a preservar la competencia parlamentaria frente a la voracidad de otras potestades normativas, sino tan sólo a establecer unas mayorías reforzadas, que en cierto modo prolongan el célebre consenso constitucional para la adopción de ciertas decisiones o la aprobación de determinadas normas que en principio son ya de competencia legislativa”.

⁷⁹ V. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 53 y ss.

⁸⁰ ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 24, considera que el término “legislación” no debe interpretarse siempre de la misma manera. Entiende que el significado de ese varía según se refiera a normas administrativas o a normas penales.

⁸¹ V. ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 30.

desvincula dicha reserva del artículo 25.1 CE. Sin embargo, sí considera que la imposición de penas afecta siempre a derechos fundamentales. Así, entiende que la imposición de penas siempre afecta al derecho al honor⁸².

Vistas las diferentes posiciones defendidas por los autores, conviene destacar que situar la reserva de ley en el artículo 25.1 CE o fuera de este tiene importantes consecuencias prácticas. Si se entiende que dicha reserva de ley no se encuentra recogida en el precepto mencionado, frente a decisiones que supusieran una vulneración de la misma no cabría interponer recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional⁸³.

3. El Tribunal Constitucional sintetizó, en su STC 118/1992, de 16 de septiembre, su postura respecto de la reserva de ley. En dicha sentencia señaló que el derecho a la legalidad penal del artículo 25.1 CE comprende “una garantía de orden formal, consistente en la necesidad de una norma, como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que ostente rango de Ley: exigencia que, en el ámbito penal estricto, en el que nos movemos en el presente supuesto, debe implicar la reserva absoluta de Ley (SSTC 160/1986, 122/1987, 3/1988 y 29/1989, entre otras muchas). Esta exigencia de Ley formal para las normas penales, que resulta del art. 25.1 C.E. no implica, por sí sola, la necesidad de que las normas penales hayan de revestir rango de Ley orgánica (STC 25/1984). Pero sí existe reserva constitucional en favor de la ley orgánica, de conformidad con lo dispuesto en el art. 81.1, en relación con el art. 17.1 C.E., respecto de las normas penales que establezcan penas privativas de libertad” (FJ 2)⁸⁴.

⁸² V. ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, pp. 26 y s.

⁸³ V. ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, pp. 21 y 24.

⁸⁴ Además de esto, el Tribunal Constitucional dispuso, en el mismo fundamento jurídico de la sentencia, lo siguiente: “Ello no supone que tal exigencia de Ley orgánica haya de extenderse a todos los aspectos relativos a la descripción o configuración de los supuestos de hecho penalmente ilícitos. Este Tribunal ha estimado que es constitucionalmente posible la utilización legislativa y aplicación judicial de normas penales en las que la conducta o la consecuencia jurídico penal no se encuentre agotadoramente prevista, debiendo acudir para su integración a otra norma distinta (STC 122/1987): norma que, por su carácter instrumental, no se verá afectada por la garantía de reserva de Ley orgánica, según el art. 81.1 C.E., en relación con el 17.1. Ahora bien, ese reenvío normativo a normas no penales procederá únicamente si se dan determinados requisitos: que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; que la Ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o, como señala la citada STC 122/1987, se dé la suficiente concreción, para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la Ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada (STC 127/1990)”. De esta forma, el Tribunal Constitucional deja

4. La vigencia del principio de legalidad penal, del que deriva la exigencia de *lex scripta*, conlleva la prohibición de que se fundamente o agrave la responsabilidad penal a través, por ejemplo, de reglamentos o de órdenes ministeriales⁸⁵. Tampoco puede la costumbre asumir esa labor de fundamentación y agravación de la punibilidad. Sin embargo, sí pueden operar las mencionadas fuentes cuando en ellas se atenúa la punibilidad o se exime de responsabilidad penal. En estos casos, por consiguiente, es posible, por ejemplo, la aplicación del derecho consuetudinario⁸⁶.

5. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado acerca de la prohibición de derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena. Lo hizo en su STC 26/1994, de 27 de enero, en la que estableció que, “aunque la costumbre sea fuente del Derecho privado (art. 9.3 C.C.) no puede nunca integrar una norma sancionadora, pues el constituyente, al utilizar el término “legislación vigente” del art. 25.1, y de acuerdo con la primigenia función política del principio de legalidad, tan solo ha legitimado a los representantes del pueblo, esto es, a las Cortes Generales para predeterminar las conductas antijurídicas que deban hacerse acreedoras de cualesquiera manifestaciones del ius puniendi del Estado y ello, sin perjuicio, como se ha dicho, de que las cláusulas [*sic*] generales abiertas de determinadas normas sancionadoras (siempre y cuando alcancen el nivel de certeza necesario) puedan ser integradas a través de la potestad reglamentaria” (FJ 5).

4.3. *Lex stricta*

1. La ley penal debe ser aplicada únicamente a los casos en ella previstos⁸⁷. Por tanto, no cabe, en el ámbito penal⁸⁸, la analogía, que puede ser definida como la

claro que la existencia de reserva de ley no se opone a la utilización de las llamadas leyes penales en blanco, de las cuales nos ocuparemos más adelante.

⁸⁵ Algunos autores, como ARROYO ZAPATERO, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, p. 38, indican, de forma coherente con la postura que mantienen respecto de la interpretación del término “legislación” del artículo 25.1 CE y la situación de la reserva de ley en el texto de la Constitución, que la prohibición se extiende a los decretos legislativos. Otros, como BOLDOVA PASAMAR, “Los principios del Derecho Penal”, p. 40, no creen que la prohibición afecte a los decretos legislativos.

⁸⁶ V. BOLDOVA PASAMAR, “Los principios del Derecho Penal”, p. 40.

⁸⁷ Nuestro Código Penal se refiere a ello en su artículo 4.1, en el que se establece: “Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

⁸⁸ En otros sectores del ordenamiento jurídico es frecuente el recurso a la analogía, que es posible en virtud de lo dispuesto en el artículo 4.1 Cc., que indica: “Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que

aplicación a un supuesto no contemplado en la ley de una norma contenida en esa misma ley, en cuyo caso se trata de analogía *legis*, o en el ordenamiento jurídico, lo cual da lugar a la llamada analogía *iuris*⁸⁹.

Como ha señalado algún autor⁹⁰, aunque en ocasiones se utilice la expresión “interpretación analógica”, la analogía es una forma de aplicar la ley, no de interpretarla. No es lo mismo, en consecuencia, analogía que interpretación. La analogía supone la previa interpretación de la ley. Para aplicar de forma analógica una ley, es preciso, antes de nada, saber qué supuestos están comprendidos en ella, lo cual se conoce llevando a cabo una interpretación de la misma. Realizada esa interpretación, la aplicación analógica consiste en extender a supuestos no contemplados en la ley, pero que guardan identidad de razón con los que sí están contenidos en ella, las consecuencias jurídicas previstas en dicha ley.

No existe aplicación analógica de la ley cuando esta contiene términos a través de los cuales el legislador ha querido extender las consecuencias jurídicas establecidas a casos similares a los señalados en ella. Nos referimos, por ejemplo, al término “análogos” contenido en el artículo 239.1 CP. Según este precepto, serán consideradas llaves falsas las “ganzúas u otros instrumentos análogos”. Los órganos jurisdiccionales, cuando subsumen un supuesto de hecho en este segundo inciso del artículo 239.1 CP, no llevan a cabo una aplicación analógica de la ley ya que, interpretando primero la expresión “instrumentos análogos”, la aplican a casos previstos en ella⁹¹.

2. Muchos han entendido que la prohibición de la aplicación analógica de la ley penal encuentra su fundamento en la necesidad de certeza que existe en el ámbito del Derecho Penal. La analogía lleva aparejada cierta incerteza ya que supone, de alguna forma, la creación de derecho por parte del juez. En cuanto a esto último, se ha señalado que la prohibición de la analogía responde también al hecho de que a través del

se aprecie identidad de razón”. Sin embargo, en el artículo 4.2 Cc. se excluye la posibilidad de aplicación analógica de las leyes penales. El precepto señala: “Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas”.

⁸⁹ V. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 59.

⁹⁰ V. MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. PG*, p. 114.

⁹¹ A esta cuestión se refiere MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. PG*, pp. 114 y s. Estos autores, además del señalado, ponen como ejemplo el artículo 21. 7.ª CP, según el cual es circunstancia atenuante de la responsabilidad criminal cualquier circunstancia “de análoga significación que las anteriores”.

principio de legalidad penal se pretende que sea el poder legislativo, y no el judicial, el que establezca qué conductas son constitutivas de delito. Además, mediante la prohibición de analogía quedan reforzadas la prohibición de retroactividad y la protección de los ciudadanos frente a la arbitrariedad del Estado⁹².

3. La prohibición de aplicación analógica de la ley penal tiene operatividad en los casos en los que esa causa un perjuicio al reo. En otras palabras, no está permitida la analogía *in malam partem*. En la doctrina no existe debate alguno acerca de este punto. Sin embargo, sí que se discute sobre si cabe o no la analogía *in bonam partem*, es decir, aquella que favorece al reo. Son varias las posturas que se han defendido⁹³. Algunos autores entienden que la analogía *in bonam partem*, al igual que la analogía fundamentadora y agravadora de la responsabilidad penal, es contraria al principio de legalidad penal. Parten, para afirmar esto, de que del mencionado principio derivan las exigencias de determinación o taxatividad y de reserva de ley. Ahora bien, consideran que cabría la aplicación analógica *in bonam partem* de la ley penal si un precepto legal contuviera una autorización para llevarla a cabo y dicha autorización no fuera genérica.

Otros autores piensan que la analogía favorable al reo no está permitida dado lo dispuesto en el artículo 4.3 CP⁹⁴, del cual se desprende la necesidad de que la ley sea aplicada rigurosamente. No obstante, siendo la analogía una forma de aplicación de la ley, nada impide, como han señalado algunos, llevar a cabo una rigurosa aplicación analógica de la ley penal⁹⁵.

También se ha utilizado el texto del artículo 4.1 CP para defender la existencia de la prohibición de la analogía *in bonam partem*. Sin embargo, puede entenderse que la expresión “leyes penales” incluida en el citado precepto se refiere únicamente a las

⁹² Respecto de estos y otros fundamentos de la prohibición de analogía en el Derecho Penal, v. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 60 y ss.

⁹³ Sobre ellas, v. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, pp. 59 y s.; y MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, *Derecho Penal. PG*, pp. 115 y ss.

⁹⁴ Este artículo establece lo siguiente: “Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo”.

⁹⁵ V. MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, p. 126.

leyes penales en sentido estricto, es decir, aquellas en las que se imponen o agravan las penas⁹⁶.

La doctrina mayoritaria considera que los argumentos dados en contra de la aplicación analógica *in bonam partem* de la ley penal no son suficientes para descartarla. Entiende que del principio de legalidad penal únicamente deriva la prohibición de la analogía fundamentadora y agravadora de la responsabilidad penal ya que el mencionado principio constituye una garantía para la libertad de los ciudadanos. Por tanto, si se trata, a través del principio de legalidad penal, de proteger la libertad de los ciudadanos frente al Estado, titular del *ius puniendi*, no tiene sentido prohibir la analogía *in bonam partem*, en virtud de la cual un sujeto puede ser castigado de manera más leve o incluso eximido de pena⁹⁷.

Por su parte, el Tribunal Constitucional parece seguir a la doctrina mayoritaria. En este sentido, ya en su ATC 941/1986, de 12 de noviembre, disponía que “la prohibición de la analogía [...] sólo rige respecto del derecho penal material en tanto sea *in malam partem*” (FJ 2).

4. De igual forma, existen distintas opiniones doctrinales acerca de si es posible o no llevar a cabo una interpretación extensiva de la ley penal. Realizando una interpretación extensiva de una ley es posible entender incluidos en ella hechos que no están comprendidos de forma clara en su tenor literal, pero sí en su voluntad o espíritu. Sin embargo, la analogía implica, como ya hemos explicado, aplicar una ley a un supuesto no abarcado por esa, esto es, a un caso que no está comprendido ni en su tenor literal ni en su espíritu⁹⁸.

Para un sector de la doctrina, la interpretación extensiva de las leyes es lícita. Ahora bien, siempre y cuando no vaya más allá del sentido literal posible del precepto⁹⁹. Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que la interpretación extensiva está

⁹⁶ V. MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, p. 126.

⁹⁷ V., entre otros, HUERTA TOCILDO, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, pp. 105 y s.; y MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, p. 126.

⁹⁸ V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, p. 208.

⁹⁹ V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, p. 210; BOLDOVA PASAMAR, “Los principios del Derecho Penal”, p. 44; y MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, pp. 125 y s.

prohibida en los casos en los que perjudica al reo, pero no cuando se trata de una interpretación extensiva *in bonam partem*¹⁰⁰.

5. Resulta relevante, en relación con la exigencia de *lex stricta*, lo establecido por el Tribunal Constitucional en el fundamento jurídico tercero de su STC 142/1999, de 22 de julio. En esta, en primer lugar, se establece que a los Jueces y Tribunales “les está vedada la interpretación extensiva y la analogía *in malam partem*”. En segundo lugar, el Tribunal Constitucional define la analogía y la interpretación extensiva en perjuicio del reo. Entiende que se trata de “la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan”. Además, añade: “El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes”.

Ya en el fundamento jurídico cuarto de la citada sentencia, el Tribunal Constitucional señala: “En lo que se refiere a la garantía material del principio de legalidad que deben respetar los órganos judiciales, hemos establecido un canon de constitucionalidad. Desde la perspectiva constitucional cabe hablar de aplicación analógica o extensiva *in malam partem*, vulneradora de aquel principio de legalidad, cuando dicha aplicación carezca de tal modo de razonabilidad que resulte imprevisible para sus destinatarios, sea por apartamiento del tenor literal del precepto, sea por la utilización de pautas valorativas extravagantes en relación con el ordenamiento constitucional, sea por el empleo de modelos de interpretación no aceptados por la comunidad jurídica, comprobado todo ello a partir de la motivación expresada en las resoluciones recurridas”.

4.4. *Lex certa*

1. La exigencia de *lex certa*, que se dirige al legislador, implica que la conducta prohibida y la pena que a esa corresponde deben describirse de forma precisa en la ley. La doctrina ha dado a esta exigencia derivada del principio de legalidad penal distintas

¹⁰⁰ V. DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, p. 61.

denominaciones. Por ejemplo, garantía de taxatividad¹⁰¹, mandato de determinación¹⁰², principio de taxatividad¹⁰³ o principio de determinación¹⁰⁴.

2. Muchos autores han resaltado la importancia que tiene el mandato de determinación dentro del principio de legalidad penal¹⁰⁵. En virtud de dicho principio, es necesario, para castigar a un sujeto por haber cometido un delito, que exista una ley penal previa a la realización de la conducta en la que esa se encuentre tipificada como delito y en la que se establezca la pena que a tal delito corresponde. Se pretende con ello, entre otras cosas, garantizar la seguridad jurídica. Ahora bien, si no se exigiera la determinación de la ley penal, la seguridad jurídica no se encontraría protegida. Por un lado, al ciudadano no le sería posible, mediante la consulta del texto legal, prever las consecuencias de sus conductas y, por otro lado, aumentarían las posibilidades de que los órganos del Estado actuaran de forma arbitraria. Por tanto, se trata, a través del mandato de determinación, de “evitar que la seguridad jurídica, que entra por la vía formal de la tipificación normativa previa de las conductas, salga de nuevo por la ventana de la indeterminación de la descripción”¹⁰⁶.

Además, como ya se ha explicado, la vigencia del principio de legalidad penal lleva aparejada la existencia de una reserva de ley en el ámbito del Derecho Penal. El fin perseguido a través de esto es que sea el Parlamento, representante de la voluntad popular, el que decida qué conductas son constitutivas de delito y qué penas corresponden a esas. Si del principio de legalidad penal no derivara la exigencia de *lex certa*, el Parlamento, dictando leyes imprecisas, llevaría a cabo, en la práctica, una delegación a los órganos jurisdiccionales¹⁰⁷.

¹⁰¹ V. ALCÁCER GUIRAO, “El Derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, *passim*.

¹⁰² V. NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, *passim*.

¹⁰³ V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, *passim*.

¹⁰⁴ V. MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, pp. 97 y ss.

¹⁰⁵ Lo han hecho, entre otros, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 21 y s.; DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, p. 40; y RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, p. 25.

¹⁰⁶ RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, p. 25.

¹⁰⁷ V. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, pp. 43 y s.; así como FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 25 y ss., para quien la exigencia de determinación de la ley penal se encuentra ya implícita en la reserva de ley, aunque no por ello deja de ser necesario.

3. Es por todos reconocido que la determinación total de la ley es imposible de conseguir ya que el lenguaje, que es el medio que utiliza el legislador para transmitir el mensaje normativo, es vago¹⁰⁸. Así, siempre habrá supuestos indudablemente abarcados por un determinado término y otros que de manera clara se encontrarán fuera de él. Sin embargo, también existirá una zona de penumbra, esto es, un conjunto de casos respecto de los cuales será dudosa la aplicación de ese término¹⁰⁹. Asimismo, no sería posible la determinación absoluta de la ley penal porque el legislador es incapaz de prever todas las conductas con relevancia penal que, en el marco de las más diversas circunstancias, pueden ser llevadas a cabo por los ciudadanos en el futuro¹¹⁰.

Se ha considerado, además, que la determinación absoluta de la ley es inadecuada dados los costes en los que implica incurrir¹¹¹. El más importante de ellos es el riesgo de “infrainclusión” y de “sobreinclusión” de la ley penal. Al describir con mucha precisión las conductas delictivas, el legislador puede dejar sin castigo comportamientos que quería sancionar, y que podrían castigarse si a la hora de redactar la ley se hubiesen utilizado términos más vagos. Igualmente, si el legislador regula de forma muy precisa las causas de justificación o de exculpación y, a su vez, pretende que los órganos jurisdiccionales no amplíen, al llevar a cabo la aplicación de la ley, el listado de causas que permiten que un comportamiento quede impune, existe el riesgo de que, conforme a la ley, se deban castigar comportamientos que el legislador realmente no quería sancionar.

4. Como hemos indicado, no cabe exigir la precisión absoluta de la ley penal. Es posible un cierto margen de indeterminación. Siendo esto así, surge la cuestión de hasta qué punto puede una norma ser indeterminada sin ser, por ello, contraria al principio de legalidad penal recogido en el artículo 25.1 CE. Distintas han sido las propuestas que se han planteado. Una de ellas es la presentada por Seel. Según este autor, para saber si

¹⁰⁸ Así lo manifiesta, entre muchos otros, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 30 y ss.

¹⁰⁹ V. NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, pp. 80 y s., que recoge algunos ejemplos utilizados por la doctrina para explicar este punto.

¹¹⁰ V. RODRÍGUEZ MOURULLO, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, p. 27, que considera que, si la ley se redactara de forma totalmente acabada, el legislador estaría absorbiendo la función judicial y expresando como normas las reglas concretas de aplicación de las normas. Además, señala que esto “no sólo no es factible, sino que socava el propio concepto de ley como norma general”.

¹¹¹ V., sobre esto, FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 34 y ss.

una ley penal debe ser declarada inconstitucional por indeterminada, es preciso, en primer lugar, estudiar si menoscaba la seguridad jurídica. Si tras el análisis de la ley penal se considera que no se produce menoscabo alguno, la ley no es contraria a la Constitución. Si, por el contrario, se entiende que tiene lugar una quiebra de la seguridad jurídica, ha de examinarse si la misma se debe a exigencias de la justicia o del bienestar general. La ley penal será inconstitucional únicamente si la quiebra no responde a las mencionadas exigencias.

Por otro lado, nos encontramos con el esquema de los tres grados de Kohlmann. Esta propuesta parte de la clasificación de los elementos del tipo en tres categorías: elementos descriptivos, elementos normativos cuyo significado se halla dentro del campo jurídico y elementos normativos cuyo significado se encuentra fuera del ámbito jurídico. El legislador, debe utilizar, siempre que sea posible, elementos descriptivos a la hora de elaborar las leyes penales. En los supuestos en los que no sea posible, dada la materia a regular, el empleo de elementos descriptivos, podrá recurrir a los elementos normativos. Ahora bien, solo cabrá emplear elementos normativos cuyo significado se halle fuera del campo jurídico cuando no sea posible conseguir el fin legislativo empleando la otra clase de elementos normativos más arriba indicada. De acuerdo con lo propuesto por Kohlmann, una ley penal será contraria a la Constitución, por falta de determinación, cuando el legislador, sin que la naturaleza de la materia regulada lo haya obligado a ello, se haya saltado, al elaborarla, alguna de las etapas o grados expuestos.

Otra de las propuestas es la elaborada por Schünemann. Este autor divide los elementos del tipo en cuatro grupos: elementos numéricos; conceptos de clasificación, o elementos descriptivos; conceptos de función, o elementos normativos; y conceptos puros de valor, o cláusulas generales. Siempre que pueda, el legislador debe preferir, a la hora de dictar una ley penal, los elementos más determinados a los que menos determinación ofrecen. Por tanto, habrá de emplear, si le es posible, elementos numéricos antes que conceptos de clasificación, y estos últimos antes que conceptos de función. Únicamente deberá utilizar conceptos puros de valor cuando no sea posible el empleo de elementos de los tres primeros grupos.

Como se puede observar, son similares las propuestas de Kohlmann y de Schünemann. Sin embargo, este último también señala que, al elaborar la ley penal, el

legislador tiene que formularla de tal forma que queden en ella comprendidos más de la mitad de los comportamientos que pretendía abarcar¹¹².

Por su parte, Roxin considera que una ley penal será suficientemente determinada si y en la medida en que de la misma “se pueda deducir un claro fin de protección del legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación”¹¹³.

5. Parece que el mandato de determinación, por tanto, no veda la utilización de elementos normativos del tipo, esto es, de elementos que expresan realidades que son susceptibles de comprensión espiritual o determinadas por normas sociales o jurídicas, ya sean estas penales o formen parte de otras ramas del ordenamiento jurídico¹¹⁴. Entre estos elementos normativos se incluyen conceptos jurídicos indeterminados, a cuyo empleo tiene que recurrir el legislador en muchas ocasiones. Un ejemplo de la utilización de estos por parte del legislador lo encontramos en el artículo 185 CP¹¹⁵, en el que se incluye el concepto de “exhibición obscena”.

Además de elementos normativos, el legislador necesita utilizar, en algunos momentos, cláusulas generales. Esto es lo que ocurre en el campo de los delitos imprudentes, campo en el cual es imposible llevar a cabo una descripción precisa de todos los comportamientos ilícitos. No obstante, es necesario que en la ley se incluya algún criterio que haga posible delimitar las acciones u omisiones típicas¹¹⁶.

Igualmente, a veces el legislador se ve obligado a crear leyes penales en blanco, que pueden ser definidas como aquellas leyes que reenvían la determinación de la prohibición o de algún aspecto de la misma a normas de igual rango o de rango inferior, las cuales pueden pertenecer a ámbitos jurídicos distintos del penal¹¹⁷. A esta técnica se suele recurrir al regular materias que se encuentran ligadas al Derecho Administrativo.

¹¹² Sobre las anteriores y otras propuestas que han sido elaboradas, v. MADRID CONESA, *El principio de legalidad penal*, pp. 99 y ss.

¹¹³ ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, p. 172.

¹¹⁴ V. FLORES MENDOZA, “La tipicidad”, p. 104.

¹¹⁵ Este artículo dispone lo siguiente: “El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses”.

¹¹⁶ V. BOLDOVA PASAMAR, “Los principios del Derecho Penal”, pp. 41 y s.

¹¹⁷ V. BOLDOVA PASAMAR, “Los principios del Derecho Penal”, p. 42.

Es lo que ocurre, por ejemplo, con el artículo 360 CP¹¹⁸. En relación con las leyes penales en blanco, se ha señalado en la doctrina que son contrarias a la Constitución cuando renuncian totalmente a limitar de alguna forma la remisión¹¹⁹. La postura del Tribunal Constitucional respecto de esta técnica legislativa será expuesta más adelante.

6. La exigencia de *lex certa* no solo implica que la conducta típica, así como las causas de justificación o de exculpación, se establezcan de manera precisa en la ley. El mandato de determinación tiene vigencia también en relación con la fijación de las sanciones. Sin embargo, es menos exigente en este caso¹²⁰. Lo que se exige al legislador es que no establezca marcos penales excesivamente amplios¹²¹. Así, sería contrario a la Constitución el establecimiento de un marco penal que comprendiese desde la pena de multa mínima hasta la pena de prisión perpetua. De igual forma, tampoco cabría la fijación en la ley de una pena de multa de cuantía indeterminada¹²².

5. La no exigencia de *lex certa* en la doctrina del Tribunal Constitucional

1. El Tribunal Constitucional considera, al igual que la doctrina, que no es posible la determinación absoluta de la ley penal. En este sentido, ha establecido que “el lenguaje es relativamente vago y versátil”¹²³ y que “los conceptos legales no pueden alcanzar, por impedirlo la propia naturaleza de las cosas, una claridad y precisión absolutas”¹²⁴.

2. No exigiendo que las leyes penales sean totalmente precisas, lo cual es imposible, el Tribunal Constitucional entiende que el legislador “debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de

¹¹⁸ En él se establece: “El que, hallándose autorizado para el tráfico de las sustancias o productos a que se refiere el artículo anterior, los despache o suministre sin cumplir con las formalidades previstas en las Leyes y Reglamentos respectivos, será castigado con la pena de multa de seis a doce meses e inhabilitación para la profesión u oficio de seis meses a dos años”.

¹¹⁹ V. MIR PUIG, *Derecho Penal. PG*, pp 121 y s.

¹²⁰ V. FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 91 y ss., que considera que la exigencia de *lex certa* es menos flexible en relación con el tipo que con respecto a las causas de justificación o de exculpación y a la sanción. También hacen referencia a la flexibilización del mandato de determinación según el elemento de la norma penal que se examine DE VICENTE MARTÍNEZ, *El principio de legalidad penal*, p. 45; y ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, p. 175.

¹²¹ V. CEREZO MIR, *Curso de Derecho Penal Español, PG*, Vol. I, p. 207.

¹²² Tomamos estos ejemplos de ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, p. 174.

¹²³ STC 137/1997, de 21 de julio, FJ 7. También se hace referencia a la vaguedad del lenguaje en las SsTC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; y 185/2014, de 6 de noviembre, FJ 8.

¹²⁴ STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1.

los tipos”¹²⁵, dictando “normas concretas, precisas, claras e inteligibles”¹²⁶. Ahora bien, no encontramos en la jurisprudencia del Alto Tribunal explicación alguna acerca de estas exigencias¹²⁷.

3. El Tribunal Constitucional, en cambio, sí se refiere a los supuestos en los que el mandato de determinación debe entenderse inobservado. Considera que se producirá una vulneración del principio de legalidad penal contenido en el artículo 25.1 CE en los casos en los que se esté ante “formulaciones tan abiertas por su amplitud, vaguedad o indefinición, que la efectividad dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria del intérprete y juzgador”¹²⁸. Llevar esta regla a la práctica parece difícil ya que, como señala Alcácer Guirao, “presenta la misma amplitud, vaguedad e indefinición que los preceptos que pretende rechazar por inconstitucionales”¹²⁹.

4. Para aclarar la situación, el Tribunal Constitucional ha señalado que no existe vulneración del principio de legalidad penal cuando el legislador utiliza, a la hora de definir el tipo delictivo, “conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en los que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución, de acuerdo con su artículo 10.2 y en supuestos en que la concreción de tales bienes es dinámica y evolutiva, y puede ser distinta según el tiempo y el país de que se trate”¹³⁰. Se admite, por tanto, que el rigor del mandato de determinación no sea siempre el mismo, sino que cambie en función de los bienes jurídicos tutelados¹³¹.

¹²⁵ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 C.

¹²⁶ STC 142/1999, de 22 de julio, FJ 3. Sobre lo mismo, v., entre muchas otras, las SsTC 34/1996, de 11 de marzo, FJ 5; 137/1997, de 21 de julio, FJ 6; 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 4; y 24/2004, de 24 de febrero, FJ 2.

¹²⁷ Esto ha sido señalado por NAVARRO FRÍAS, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, p. 63, que dedica su trabajo a darle un contenido a las cuatro exigencias y a determinar si algunas de ellas priman sobre las restantes.

¹²⁸ STC 242/2005, de 10 de octubre, FJ 2. V. también las SsTC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2; y 283/2006, de 9 de octubre, FJ 5.

¹²⁹ ALCÁCER GUIRAO, “El Derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, p. 24.

¹³⁰ STC 62/1982, de 15 de octubre, FJ 7 C.

¹³¹ A lo mismo parece referirse el Tribunal Constitucional en su STC 151/1997, de 29 de septiembre, en la que establece lo siguiente: “En todo caso, admitir la compatibilidad entre el art. 25.1 C.E. y la incorporación en los tipos sancionadores de cláusulas normativas abiertas, no significa que el legislador pueda recurrir indiscriminadamente al empleo de estos conceptos, ya que tan sólo resultan

De igual manera, cabe, sin que ello suponga una contravención del artículo 25.1 CE, el empleo de “conceptos jurídicos indeterminados, siempre que su concreción sea razonablemente factible en virtud de criterios lógicos, técnicos o de experiencia y permitan prever, por consiguiente, con suficiente seguridad, la naturaleza y las características esenciales de las conductas constitutivas de la infracción tipificada”¹³². Para el Tribunal Constitucional, entonces, puede existir indeterminación si esta es determinable¹³³, lo cual supone que el cumplimiento del mandato de determinación, que se dirige al legislador, va a depender, en gran medida, de los órganos jurisdiccionales que interpretan y aplican la ley penal al caso concreto.

Además de lo anterior, ha establecido que el empleo de conceptos jurídicos indeterminados es compatible con el artículo 25.1 CE sobre todo “en el ámbito del Derecho disciplinario, donde los afectados tienen un conocimiento específico de las pautas de conducta que, por estimarse ilegítimas, se hallan prohibidas por el ordenamiento y pueden, por consiguiente, ser sometidas a sanción”¹³⁴. Por consiguiente, el mandato de determinación no tendrá la misma fuerza si los destinatarios de norma son unos u otros¹³⁵.

5. La aplicación de la anterior doctrina ha llevado al Tribunal Constitucional a considerar acorde con el artículo 25.1 CE la utilización de los siguientes conceptos: “pudor”, “buenas costumbres”, “moral” y “decencia pública”¹³⁶; “desobediencia o irrespetuosidad a los superiores o autoridades”¹³⁷; “elementos u organizaciones

constitucionalmente admisibles cuando exista una fuerte necesidad de tutela, desde la perspectiva constitucional, y sea imposible otorgarla adecuadamente en términos más precisos” (FJ 3).

¹³² STC 69/1989, de 20 de abril, FJ 1.

¹³³ Esto se deduce, igualmente, de lo dispuesto en las SsTC 89/1993, de 12 de marzo, FJ 2; y 270/1994, de 17 de octubre, FJ 6.

¹³⁴ STC 151/1997, de 29 de septiembre, FJ 3.

¹³⁵ A esto también se ha referido FERRERES COMELLA, *El principio de taxatividad en materia pena y el valor normativo de la jurisprudencia*, pp. 113 y ss.

¹³⁶ Estos conceptos se encontraban incluidos en los artículos 431 y 566. 5.º del antiguo CP, en los que se castigaba, respectivamente, a aquel que “de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia” y a aquellos que, por medio de la imprenta, litografía u otro medio de publicación “ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública”. V., respecto de la constitucionalidad de los mismos, la STC 62/1982, de 15 de octubre, que ha sido criticada, entre otros, por BOIX REIG, “De nuevo sobre el principio de legalidad”, p. 13; y HUERTA TOCILDO, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, pp. 109 y s.

¹³⁷ V. la STC 69/1989, de 20 de abril.

terroristas”¹³⁸; y “conductas gravemente contrarias a la disciplina, servicio o dignidad militar”¹³⁹.

6. Sin embargo, en la STC 101/2012, de 8 de mayo, el Tribunal Constitucional, al resolver una cuestión de inconstitucionalidad planteada en relación con el artículo 335 CP, declaró la inconstitucionalidad del citado precepto, en la redacción de la LO 10/1995, de 23 de noviembre¹⁴⁰, por vulneración del artículo 25.1 CE¹⁴¹. El Alto Tribunal considera en la referida sentencia que el citado artículo 335 CP, “incluso una vez integrado con las normas extrapenales o reglamentarias específicas a que se remite, no permite identificar con la necesaria y suficiente precisión la conducta delictiva que tipifica” (FJ 6). Según el Tribunal, “contiene una formulación tan abierta e indefinida que su aplicación depende en último término de una decisión prácticamente libre y arbitraria, primero del Gobierno y la Administración, a través de normas reglamentarias, y más tarde, del intérprete y juzgador encargado de su aplicación, y que resulta constitucionalmente incompatible con el principio de legalidad que garantiza el art. 25.1 CE” (FJ 1).

7. En la sentencia a la que nos hemos referido en el párrafo anterior se hace referencia, además, a los requisitos que debe cumplir una ley penal en blanco para ser constitucional. Se establece que las leyes penales en blanco, que son “normas penales incompletas que no describen agotadoramente la correspondiente conducta o su consecuencia jurídico-penal, sino que se remiten para su integración a otras normas distintas, que pueden ser incluso de carácter reglamentario” (FJ 3), deben observar los siguientes requisitos: “a) que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal; b) que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición; y c), sea satisfecha la exigencia de

¹³⁸ V. la STC 89/1993, de 12 de marzo.

¹³⁹ V. la STC 270/1994, de 17 de octubre, en la cual el Tribunal Constitucional establece que, pese a la aparente inconcreción de los términos “disciplina, servicio o dignidad militar”, no se produce una vulneración del artículo 25.1 CE porque dichos términos “resultan perfectamente determinables” (FJ 6).

¹⁴⁰ El texto del artículo era el siguiente: “El que cace o pesque especies distintas a las indicadas en el artículo anterior, no estando expresamente autorizada su caza o pesca por las normas específicas en la materia, será castigado con la pena de multa de cuatro a ocho meses”.

¹⁴¹ El Tribunal Constitucional resolvió la cuestión de inconstitucionalidad a pesar de que la redacción del artículo 335 CP había sido modificada tras el planteamiento y la tramitación de dicha cuestión. Los motivos por los que lo hizo son los indicados en el fundamento jurídico segundo de la sentencia.

certeza o, lo que en expresión constitucional ya normalizada es lo mismo: que «la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía de tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada» (STC 127/1990, de 5 de julio, FJ 3)” (FJ 3)¹⁴².

6. Conclusiones

1. En el marco de un Estado social y democrático de Derecho, como es el nuestro según el artículo 1 CE, es fundamental que opere, en el ámbito penal, el principio de legalidad ya que, en palabras de Roxin, “un Estado de Derecho debe proteger al individuo no sólo mediante el Derecho Penal, sino también del Derecho Penal”¹⁴³. El principio de legalidad penal, reconocido tanto en el artículo 25.1 CE como en los artículos 1 a 4 CP, actúa como garantía de la libertad de los ciudadanos, a quienes protege frente a posibles abusos por parte de los poderes públicos.

2. En virtud del principio de legalidad penal, es la ley, expresión de la voluntad general, la que debe establecer los delitos y las penas. Además, esta ley ha de ser previa, escrita, estricta y cierta. Por consiguiente, además de existir una reserva de ley en materia penal, se encuentra prohibida la retroactividad desfavorable al reo, el derecho consuetudinario para fundamentar y agravar la pena, la analogía *in malam partem* y las leyes penales indeterminadas.

3. La exigencia de *lex certa*, de determinación de la ley penal, es quizás la que haya planteado y plantee mayores dificultades para la doctrina y la jurisprudencia, llegándose a señalar que “la idea de determinación es en sí misma un concepto indeterminado”¹⁴⁴. Han sido varios los autores que han intentado dotar a esta exigencia de un contenido positivo. Igualmente, el Tribunal Constitucional se ha ocupado de ella, aunque no de forma aceptable. Este, además de haber admitido que el mandato de determinación se flexibilice cuando se protejan ciertos bienes jurídicos o cuando la ley penal tenga determinados destinatarios, ha llegado a dejar de requerir la determinación de la ley penal, exigiendo únicamente su determinabilidad. Por tanto, para el Tribunal

¹⁴² V., asimismo, las SsTC 111/1993, de 25 de marzo, y 24/2004, de 24 de febrero.

¹⁴³ ROXIN, *Derecho Penal. PG*, Tomo I, p. 137.

¹⁴⁴ MADRID CONESA, *La legalidad del delito*, p. 98.

Constitucional la ley penal puede ser indeterminada, siempre y cuando pueda determinarse. De esta forma, el cumplimiento del mandato de determinación, que se dirige al legislador, queda en manos de los órganos jurisdiccionales. En este sentido, no podrá ser inconstitucional, por vulnerar el principio de legalidad penal del artículo 25.1 CE, una disposición penal que, aunque indeterminada, haya visto cubiertos sus defectos por parte de jueces y tribunales.

7. Bibliografía

ALCÁCER GUIRAO, Rafael, “El Derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional”, en MIR PUIG, Santiago, *et al.*, *Constitución y Principios del Derecho Penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, pp. 15-66.

ARROYO ZAPATERO, Luis, “Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 8, Mayo-Agosto 1983, pp. 9-46.

BECCARIA, Cesare, *De los delitos y de las penas* (ed. Franco Venturi), Bruguera, Barcelona, 1983.

BOIX REIG, Javier, “El principio de legalidad en la Constitución”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Vol. 4, 1983, pp. 7-29.

- “De nuevo sobre el principio de legalidad”, en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Vol. 15, 1986, pp. 9-27.

BOLDOVA PASAMAR, Miguel Ángel, “Los principios del Derecho Penal”, en ROMEO CASABONA, Carlos María, *et al.*, *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Comares, Granada, 2016, pp. 37-54.

CEREZO MIR, José, *Curso de Derecho Penal Español. Parte General*, Vol. I, 6.^a ed., Tecnos, Madrid, 2004.

DE VICENTE MARTÍNEZ, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

DEDES, Christos, “Sobre el origen del principio «nullum crimen nulla poena sine lege»” (traducción de María Carmen Alastuey Dobón), en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Número 9, 2002, pp. 141-146.

FERRERES COMELLA, Víctor, *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia. (Una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.

FLORES MENDOZA, Fátima, “La tipicidad”, en ROMEO CASABONA, Carlos María, *et al.*, *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Comares, Granada, 2016, pp. 101-113.

HUERTA TOCILDO, Susana, “El derecho fundamental a la legalidad penal”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 39, Septiembre-Diciembre 1993, pp. 81-113.

JESCHECK, Hans Heinrich, *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, Vol. 1 (traducción y adiciones de Derecho español por Santiago Mir Puig y Francisco Muñoz Conde), Bosch, Barcelona, 1981.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Tomo II, 2.^a ed., Losada, Buenos Aires, 1958.

LAMARCA PÉREZ, Carmen, “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Número 20, Mayo-Agosto 1987, pp. 99-135.

MADRID CONESA, Fulgencio, *La legalidad del delito*, Universidad de Valencia, Valencia, 1983.

MIR PUIG, Santiago, *Derecho Penal. Parte General*, 10.^a ed., Reppertor, Barcelona, 2015.

MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes* (traducción de Mercedes Blázquez y Pedro de Vega), Alianza, Madrid, 2003.

MUÑOZ CONDE, Francisco, y GARCÍA ARÁN, Mercedes, *Derecho Penal. Parte General*, 9.^a ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

NAVARRO FRÍAS, Irene, *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Comares, Granada, 2010.

RODRÍGUEZ MOURULLO, Gonzalo, *Delito y pena en la jurisprudencia constitucional*, Civitas, Madrid, 2002.

ROMEO MALANDA, Sergio, “La vigencia de la ley penal”, en ROMEO CASABONA, Carlos María, *et al.*, *Derecho Penal. Parte General. Introducción. Teoría jurídica del delito*, 2.^a ed., Comares, Granada, 2016, pp. 55-73.

ROUSSEAU, Jean Jacques, *El contrato social* (ed. María José Villaverde), Istmo, Madrid, 2004.

ROXIN, Claus, *Derecho Penal. Parte General*, Tomo I (traducción de la 2.^a ed. alemana y notas por Diego Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo y Javier de Vicente Remesal), Civitas, Madrid, 1997.

RUIZ ROBLEDO, Agustín, “El principio de legalidad penal en la historia constitucional española”, en *Revista de Derecho Político*, Número 42, 1996, pp. 137-169.

VON FEUERBACH, Paul Johann Anselm, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (mit vielen Anmerkungen und Zusatzparagraphen und mit einer vergleichenden Darstellung der Fortbildung des Strafrechts durch die neuen Gesetzgebungen; ed. Karl Joseph Anton Mittermaier), reimpresión de la 14.^a ed. (Giessen, 1847), Scientia, Aalen, 1973.