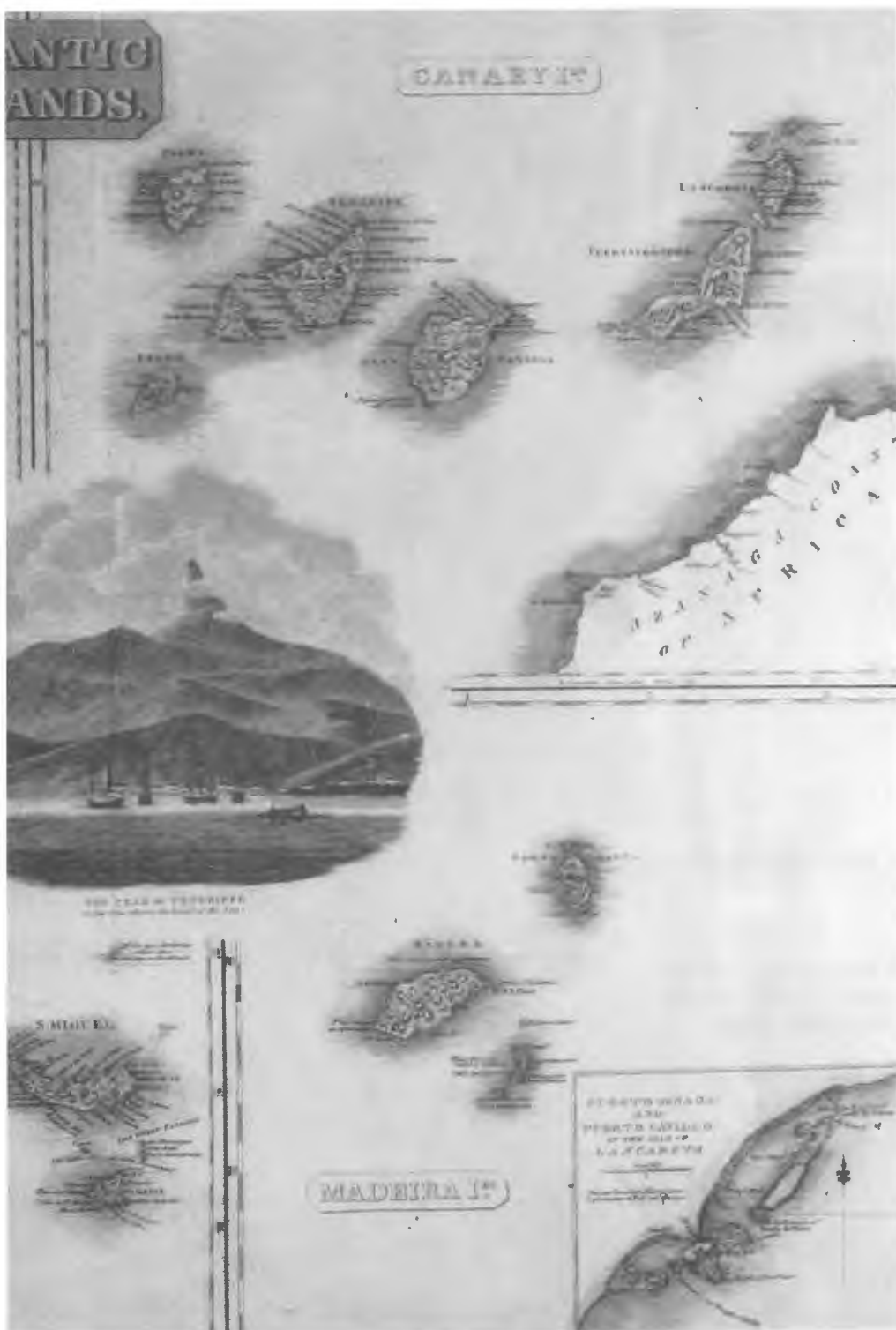


*Revista del
Foro Canario*

Revista del Foro Canario

87

Las Palmas de Gran Canaria, 1993



Portada: Foto cortesía de El Museo Canario.

Imprime: Imprenta Pérez Galdós
Prof. Lozano, 25 - Urb. Cebadal
Las Palmas de Gran Canaria

Depósito Legal G.C. 258/80
I.S.S.N. 0211-0903

CONSEJO DE REDACCIÓN

Salvador Trujillo Perdomo

Decano del Colegio

Jaime Santana Castellano

Diputado Primero

José M. Acedo Croft

Diputado Segundo

Alberto Ojeda Pérez

Diputado Tercero

Juan Delgado Rodríguez

Diputado Cuarto

Jaime Rubio López

Diputado Quinto

Francisco C. Beneyto Naranjo

Diputado Sexto

Josefina Navarrete Hernández

Diputado Séptimo

Micaela Domínguez Hernández

Diputado Octavo

Luis F. Naranjo Sintés

Bibliotecario-Contador

Javier Marrero Pulido

Tesorero

Rafael Vera Cominges

Secretario

COMISIÓN DELEGADA DE LA REVISTA DEL FORO CANARIO

Óscar Bosch Benítez

Micaela Domínguez Hernández

Serafín García Zumbado

M.^a Teresa García Cuyás

COORDINACIÓN

Juan Antonio Martínez de la Fe

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN

Colegio de Abogados - Plaza de San Agustín, 6
35001 Las Palmas de Gran Canaria

LAS BASES INSTITUCIONALES DE LA POLÍTICA CRIMINAL ESPAÑOLA EN LOS ÚLTIMOS AÑOS - EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD COMO TAREA INCONCLUSA

ENRIQUE BACIGALUPO

CATEDRÁTICO DE DERECHO PENAL
MAGISTRADO DEL TRIBUNAL SUPREMO

I

El mayor acontecimiento jurídico ocurrido en los últimos quince años ha sido la sanción de la Constitución en 1978. La introducción de una norma fundamental de aplicación directa por los Tribunales implicó una transformación sustancial del sistema del orden jurídico: de un sistema jurídico en el que las leyes ordinarias eran consideradas como normas últimas, se pasó a un sistema en el que las normas legales ordinarias deben reconocer sus límites frente a las constitucionales. Esto tiene una especial repercusión en el ámbito del Derecho penal, pues todo su contenido afecta a derechos fundamentales, a los “valores superiores del ordenamiento jurídico” (art. 1.º CE) y a los “fundamentos del orden político y de la paz social” (art. 10.2 CE), pues sus normas inciden de una manera decisiva sobre la libertad de acción y pueden afectar del mismo modo a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad.

Hasta 1978 la vinculación del texto de la ley penal con principios superiores y obligatorios era una opción metodológica libre del intérprete. Ejemplo de ello fue la discusión en torno al “*versare in re illicita*” anterior a la reforma del Código Penal de 1983. En ella el conflicto entre “*versare in re illicita*” y el principio de culpabilidad no era una cuestión decisiva. La discusión se desarrolló, por el contrario en base a un entendimiento de los antiguos arts. 1.º, 9.4.º y 50 CP que permitía combatir la afirmación de la doctrina dominante y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, demostrando que la letra de la Ley posibilitaba, o al menos no impedía, la compatibilidad de las normas penales con el principio de culpabilidad⁽¹⁾.

Desde 1978 la validez de los textos legales y de las interpretaciones del Código Penal depende, a diferencia de lo que ocurría antes, de su compatibilidad con principios superiores. Más aún, la aplicación del derecho penal se debe llevar a cabo, en principio, mediante la técnica de una interpretación “conforme a la Constitución”⁽²⁾, es decir, que los Tribunales ordinarios deben aplicar las normas de tal manera “que una Ley de contenido ambiguo o indeterminado se determina por el contenido de la Constitución” y que “no cabe declarar la nulidad de una Ley que pueda ser interpretada en consonancia con la Constitución”. Asimismo, a los derechos fundamentales se les reconoce un “*efecto irradiante*” sobre el derecho ordinario⁽³⁾.

Como es claro, no es posible un análisis de todos y cada uno de los efectos que la Constitución ha tenido sobre el Derecho Penal material. Por lo tanto, sólo nos referiremos a un principio básico del Derecho penal democrático: el principio de legalidad.

II

En la teoría y en la práctica existe un difundido consenso respecto de las consecuencias que se derivan del principio de legalidad. En particular se reconocen cuatro prohibiciones como consecuencia del mismo: prohibición de aplicación retroactiva de la Ley (*Lex praevia*); prohibición de aplicación de otro derecho que no sea el derecho escrito (*Lex scripta*); prohibición de extensión del derecho escrito a situaciones análogas (*Lex stricta*); prohibición de cláusulas

(1) Confr. *Cerezo Mir*, Problemas Fundamentales del Derecho Penal, 1982, pág. 60/73, artículo publicado en ADPCP, 1962-1.

(2) Confr. *Hesse*, Grundzüge des Verfassungsrecht der BRD, 16ª ed., 1988, págs. 29 y sts.

(3) Confr. *Bacigalupo*, en Rev. Española de Derecho Constitucional, 20 (1987), págs. 83 y sts.

legales indeterminadas (Lex certa). Cada una de estas prohibiciones tiene un destinatario preciso: la exigencia de Lex praevia se dirige tanto al legislador como al Juez; la de Lex scripta se dirige tanto al legislador como al Juez, lo mismo que la de Lex stricta; por último la de Lex certa tiene por destinatario básicamente al legislador y, subsidiariamente, al juez ⁽⁴⁾.

El consenso respecto de las consecuencias, sin embargo, no se extiende a los presupuestos hermenéuticos de la interpretación de la norma constitucional que establece el principio de legalidad. En este sentido es preciso distinguir dos problemas diversos: la cuestión de quién es el sujeto protegido por el principio de legalidad y la de cuál es su fundamento.

a) ¿Quién es el sujeto protegido por el principio de legalidad? La cuestión adquiere un tono altamente polémico hace ahora exactamente un siglo. En 1883 Franz v. Liszt formuló su conocida concepción del Derecho Penal como “*magna charta del delincuente*”. “Según mi opinión —decía v. Liszt—, aunque ello pueda parecer paradójico, el Código Penal es la magna charta del delincuente. No protege al orden jurídico, sino al individuo que se revela contra éste. A él le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones establecidas en la Ley y dentro de los límites legales” ⁽⁵⁾. De esta manera entendía v. Liszt que se justificaba el mantenimiento del derecho penal, a pesar de las dudas que al respecto podía generar la influencia de las investigaciones sociológicas y antropológicas sobre los conceptos fundamentales del Derecho Penal. Pero, ¿por qué habría que proteger al delincuente que representa un peligro para la sociedad?

La formulación de esta pregunta, sin embargo, pone de manifiesto que v. Liszt había equivocado quién debía ser el sujeto protegido por el principio de legalidad. En efecto, en un Estado de Derecho que garantiza la presunción de inocencia el Juez nunca tiene delante de sí a un delincuente, pues nadie puede ser considerado como tal mientras no se haya dictado una sentencia condenatoria en su contra. Por lo tanto, el Código Penal no debe ser considerado la magna charta del delincuente, sino la *magna charta del ciudadano* ⁽⁶⁾.

(4) Confr. Bacigalupo, Principios de Derecho Penal, P.G. 2ª ed., 1990, págs. 32 y sts.; Cerezo Mir, Curso de Derecho Penal Español, 2ª ed., 1984, págs. 190 y sts.; Cobo del Rosal / Vives Antón, Derecho Penal, P.G. 3ª ed., 1990, págs. 60 y sts.; Mir Puig, Derecho Penal, P.G. 3ª ed., 1990, págs. 84 y sts.

(5) Strafrechtliche Vortraege und Aufsätze, II, 1905, pág. 80.

(6) Confr. Naucke, Strafrechts, eine Einfuehrung, 3ª ed., 1980, pág. 80; Schuenemann, Nulla poena sine lege?, 1978, pág. 1, nota 2.

La diferencia “no es un juego de formulaciones elegantes” ⁽⁷⁾, pues si el acento se pone en el delincuente es claro que el principio de legalidad se debería entender como un *mal necesario*, pues protege al mal ciudadano frente a la sociedad; consecuentemente toda reducción de su contenido puede aspirar a contar con comprensión. Por el contrario, si el principio de legalidad protege al ciudadano, será un *bien necesario*, pues protegerá al débil frente al poderoso (el Estado), y la limitación de sus alcances no debería contar con la comprensión de los ciudadanos ⁽⁸⁾.

b) La otra cuestión previa es la referida al fundamento del principio de legalidad. Sólo es posible establecer si el principio ha sido o no vulnerado si se conoce su fundamento: vulnerar el principio de legalidad significa contradecir su fundamento. Al respecto se han formulado muy diversos puntos de vista teóricos, que han procurado aclarar esta problemática.

aa) En primer lugar se ha entendido que el principio de legalidad es una consecuencia del *principio de culpabilidad* ⁽⁹⁾. En este sentido se piensa que la culpabilidad presupone el conocimiento de la norma legal infringida o, por lo menos, la posibilidad del mismo, lo que requiere la previa incriminación legal del hecho. Este punto de vista ha sido rechazado en general por dos razones: en primer lugar porque se estima —con razón— que el conocimiento de las normas no depende del derecho escrito; también el derecho no legislado puede ser conocido ⁽¹⁰⁾. Por otra parte se sostiene que el principio de culpabilidad no requiere la posibilidad de conocimiento de las consecuencias jurídicas, por lo que de esta manera se quedaría fuera de la garantía el requisito de previa determinación legal, considerado esencial para el principio de legalidad ⁽¹¹⁾.

bb) Desde otra perspectiva se afirma que el principio de legalidad tiene sus raíces en el principio democrático y en la división de poderes ⁽¹²⁾ dado que sólo el Parlamento está autorizado para introducir una limitación de los derechos fundamentales como la implícita en el Derecho Penal. Sin embargo, se admite, en general, que no es posible fundamentar con este criterio la prohibición de la retroactividad ⁽¹³⁾.

(7) Naucke, ibídem.

(8) Naucke, ibídem.; Bacigalupo, Principios de Derecho Penal, P.G., 2ª ed., 1990, págs. 35 y sts.

(9) Confr. Sax, en Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte III/2, 1959, pág. 999.

(10) Jakobs, Strafrecht, 47, 2ª ed., 1991, pág. 65.

(11) Confr. Roxin, Strafrecht, AT, I, 1992, pág. 74; Schuenemann, loc. cit., pág. 15; Jakobs, loc. cit. Otro punto de vista: Bacigalupo, Delito y Punibilidad, 1983.

(12) Confr. Gruenwald, en ZTtW 76 (1964), págs. 13 y sts.

(13) Confr. Roxin, loc. cit., pág. 73; Jakobs, loc. cit., pág. 66. Sin embargo este punto de vista ha sido puesto en duda por Schreiber, Gesetz und Richter, 1975, págs. 57 y sts., especialmente 59 y ste.: “Al concepto de ley pertenece (...) su generalidad (...). Una ley retroactiva no sería general, pues sólo alcanzaría un número determinado de casos ya pasados”. Acepta probablemente esta opinión Schuenemann, loc. cit., pág. 15.

cc) También se ha sostenido que el principio de legalidad es producto necesario de la *protección de la confianza*, es decir de la garantía de calculabilidad de las consecuencias jurídicas de sus acciones por el ciudadano fiel al orden jurídico. Ello es aceptado, en principio, como correcto, aunque, se estima también que este punto de vista ha servido para ahuecar el principio de legalidad, pues sobre esta concepción se ha apoyado la tendencia a excluir las reglas de la prescripción de la garantía de la irretroactividad por parte del Tribunal Federal Constitucional Alemán (BVerfG) ⁽¹⁴⁾.

dd) En la más moderna teoría se sostiene, por un lado, que la vinculación del Juez a la Ley impuesta por el principio de legalidad tiene la finalidad de “garantizar objetividad”. Es decir: “el comportamiento punible y la medida de la pena no se deben determinar bajo la impresión de hechos ya ocurridos, pero todavía no juzgados, ni ser un medio contra autores ya conocidos, sino previamente y de una manera válida en general, o sea mediante una determinada Ley dictada con anterioridad al hecho” ⁽¹⁵⁾.

ee) Asimismo, desde otra perspectiva, se distingue entre las raíces constitucionales y las juridicopenales del principio de legalidad. En el *sentido constitucional* se trata de la legitimación de la intervención en los derechos de un ciudadano: “todo funcionario no legitimado democráticamente en forma directa para intervenir en la esfera de libertad de los ciudadanos requiere una legitimación material a través del legislador que es quien mejor representa la *volonté générale*, lo que rige muy especialmente en relación a las intervenciones de la justicia penal, que no es raro tengan un efecto destructivo de la existencia” ⁽¹⁶⁾. En el *sentido jurídico-penal* se señalan dos aspectos que ilustran la raíz del principio de legalidad: “en el ámbito del núcleo internalizado del Derecho Penal ⁽¹⁷⁾ la imposición de una pena presupone el incumplimiento de una amenaza penal cognoscible, pues, de otra manera, ésta no podría ser experimentada como una ratificación contrafáctica de la confianza defraudada en las normas, lo que impediría estabilizar la lealtad jurídica existente en los ciudadanos” ⁽¹⁸⁾. Por el contrario, “en el ámbito de la nueva criminalidad, todavía no internalizada, la existencia de una amenaza penal es inclusive un presupuesto necesario para la elaboración de la disposición de conducta leal al

(14) Confr. las críticas en *Schuenemann*, loc. cit., pág. 16; *Jakobs*, loc. cit., pág. 55 y ste.; *Schreiber*, loc. cit., págs. 214 y sts.

(15) *Jakobs*, loc. cit., pág. 67. Similar: *Gruenwald*, loc. cit.

(16) *Schuenemann*, loc. cit., pág. 11.

(17) Es decir: el derecho penal culturalmente asimilado en la conciencia individual.

(18) *Schuenemann*, loc. cit., pág. 14.

orden jurídico, pues de otra forma no existiría siquiera una prevención por medio de la coacción. De ello surge el principio general de que una pena sólo puede ser impuesta si, por lo menos, el autor pudo ser motivado a un comportamiento leal al orden jurídico”⁽¹⁹⁾.

Con estas consideraciones concluye *Schuenemann*⁽²⁰⁾ que “la fundamentación teleológica clásica del principio nulla-poena no ha quedado de lado como consecuencia de los modernos conocimientos teórico-jurídicos y científico-sociales, sino que ha sido solamente modificada”.

La reseña de puntos de vista que hemos realizado permite afirmar que la reducción del principio de legalidad a un único fundamento es prácticamente imposible, sobre todo porque este principio tiene funciones de diverso orden. Por un lado determina las *condiciones de legitimidad constitucional* de la pena, garantizando un origen democrático del Derecho Penal, así como la objetividad de su contenido. En este sentido se deben entender la exigencia de la Ley (escrita) y la prohibición de la analogía, que garantizan que sólo el parlamento mediante leyes puede limitar el derecho a la libertad mediante la amenaza de penas, y asimismo la prohibición de aplicación retroactiva de la Ley. Por otro lado, estas exigencias resultan también necesarias para el establecimiento de un derecho penal de culpabilidad, es decir que, por lo menos, condicione la responsabilidad penal al posible conocimiento de las prohibiciones y mandatos legales y de sus consecuencias.

III

Así entendido el fundamento del principio de legalidad se plantean algunas cuestiones que dividen las opiniones en cuanto al alcance del mismo en las zonas límites del derecho penal.

a) En primer lugar la cuestión referente al *significado de los plazos de prescripción*, respecto de los cuales se ha cuestionado la aplicación de la prohibición de aplicación retroactiva⁽²¹⁾. La pertenencia de estos plazos a la Ley penal o la Ley procesal penal ha estado condicionada por la ambigüedad de su

(19) *Schuenemann*, ibídem.

(20) Loc. cit., pág. 15.

(21) Confr. *Jakobs*, loc. cit., págs. 67 y sts.; *Roxin*, loc. cit., pág. 85 y ste.; *Schreiber*, loc. cit., pág. 213; *Schuenemann*, loc. cit., pág. 25; *Tiedemann*, *Verfassungsrecht und Strafrecht*, 1991, págs. 38 y sts.; *Troendle*, LK, parágrafo 2, 14.

naturaleza jurídica. Como es sabido, la prescripción ha sido entendida, por una parte, como instituto del Derecho penal material, pero también como propia del derecho procesal o, por último, ha sido caracterizada también como mixta (penal/procesal). Sin embargo, la validez del principio de legalidad y, por lo tanto, de la prohibición de aplicación retroactiva de la Ley penal, no debe depender de estas clasificaciones, sino de su relación con los fundamentos y fines del principio de legalidad. Desde esta perspectiva es indudable que una ampliación de los plazos de prescripción vigentes en el momento del hecho por una Ley posterior a éste no debe ser aplicada retroactivamente, pues ello afectaría de una manera decisiva la garantía de objetividad en la medida en la que implica, en la práctica, una Ley destinada a juzgar hechos ya ocurridos, ampliando para ello el poder penal del Estado ⁽²²⁾.

El punto de vista contrario se apoya en otro entendimiento del principio de legalidad, que pone en primera línea la protección de la confianza del autor potencial y excluye su significación como limitación objetiva del poder del Estado ⁽²³⁾. A partir de tales premisas se justifica una aplicación retroactiva de la Ley penal precisamente porque la confianza en los límites de la perseguibilidad de un hecho punible no sería merecedora de protección constitucional. Este punto de vista, sostenido por el Tribunal Constitucional Federal Alemán ⁽²⁴⁾, impone una relativización difícilmente tolerable de los principios del Estado de Derecho en función de una aplicación preponderante de razones de justicia material, que podrían desplazar la seguridad jurídica hasta anularla. Ello se percibe en el pasaje de la sentencia del BVerfG citada en la que se sostiene que “al Estado de Derecho no sólo corresponde la seguridad jurídica, sino también la justicia material (...) Si la seguridad jurídica choca con la justicia, es tarea del legislador decidirse por una u otra (...) Si ello tiene lugar sin arbitrariedad, su decisión no puede ser objetada constitucionalmente”.

Esta interpretación no resulta aceptable en el marco de la Constitución española, toda vez que si bien la justicia es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico (art. 1.º 1 CE), lo es junto a la libertad. Esto significa que el valor justicia no puede reducir al valor libertad de una manera tan considerable que éste resulte prácticamente anulado. Por este motivo el art. 9.º.3 CE establece de una manera general que las disposiciones restrictivas de derechos

(22) Confr. *Jakobs*, loc. cit., pág. 68; similar *Roxin*, loc. cit., pág. 86. En los resultados coincide la teoría dominante.

(23) Confr. al respecto: *Tiedemann*, loc. cit., pág. 39.

(24) Confr. BVerfGE 25, 269.

individuales no serán retroactivas, aunque, como es claro, por regla general tales restricciones podrán ser justas. El carácter limitativo de derechos fundamentales de las normas referentes a la prescripción, por lo demás, no debería ser puesto en duda a partir del art. 9.3º CE, dado que afectan por lo menos a la libertad.

b) La garantía de origen democrático (parlamentario) del derecho penal y de objetividad del mismo en el sentido antes expuesto se manifiesta en la solución de las cuestiones referentes al funcionamiento de la *prohibición de la analogía o de generalización en el ámbito de las causas de justificación*. La doctrina ha comprobado que el reconocimiento de causas de justificación no escritas amplía la punibilidad para aquel que se opone al ejercicio de las mismas; paralelamente la interpretación restringida más allá del texto de una causa de justificación reconocida extiende la punibilidad de aquel que pretenda valerse de ella.

Esta materia forma parte de la más amplia relativa a si la prohibición de la analogía rige también para la parte general ⁽²⁵⁾. Se trata, como es sabido, de una problemática no definitivamente aclarada, y por ello los diferentes puntos de vista difieren considerablemente. Así mientras *Jakobs* piensa que dada la imprecisión inherente a las causas de justificación, es admisible completarlas mediante causas no escritas o limitarlas mediante la interpretación, siempre y cuando ello sea posible mediante una deducción sistemática ⁽²⁶⁾, *Roxin* afirma que “está prohibido limitar por encima del texto que las establece las causas de inculpabilidad, las de exclusión o de renuncia a la pena, así como las condiciones objetivas de punibilidad”, pero diferencia de ellas las causas de justificación. Éstas no constituyen, según *Roxin*, una materia especial del derecho penal, sino que provienen de todo el ordenamiento jurídico y, por lo tanto, pueden ser desarrolladas independientemente del texto según sus propios principios ordenadores ⁽²⁷⁾. Por el contrario, no faltan autores que niegan toda posibilidad de una reducción teleológica del alcance del texto de una causa de justificación escrita, pero no excluyen la aplicación de la prohibición de la analogía en la creación de causas de justificación supraleales ⁽²⁸⁾.

(25) Confr. *Jakobs*, loc. cit., pág. 82, 88 que admite una vigencia débil de la prohibición de la analogía; *Jescheck*, *Lehrbuch des Strafrechts* (AT), 4ª ed., 1988, pág. 121; *Roxin*, loc. cit., pág. 81, que reconoce la aplicación de la misma allí donde en la parte general se establecen disposiciones que amplían la punibilidad, en forma similar a *Jescheck*.

(26) Loc. cit., pág. 89.

(27) Confr. loc. cit., págs. 81 y sts.

(28) Confr. *Hirsch*, en GS f. Tjong, 1985, págs. 50 y sts.

La cuestión planteada en primer lugar no puede ser resuelta sin tener en cuenta que la objetividad de la Ley penal no resulta perjudicada cuando el reconocimiento de una circunstancia justificante no escrita rige para excluir la punibilidad, pero no tiene porqué fundamentar la punibilidad de quien haya intentado impedir al autor el ejercicio del derecho que de ella surge. Dicho de otra manera: el efecto expansivo sobre la punibilidad no es una consecuencia lógicamente necesaria para el que impide el ejercicio de una causa no escrita de justificación, pues respecto de éste debe seguir rigiendo la prohibición de fundamentar la punibilidad en derecho no escrito.

Por el contrario, una reducción teleológica del alcance de una causa de justificación expresamente reconocida por el ordenamiento jurídico sólo resultará compatible con la prohibición de generalización y con el respeto de la objetividad del derecho penal, si tal restricción del alcance se fundamenta — como lo propone *Jakobs*— ⁽²⁹⁾ es una “cultura interpretativa practicada”, es decir, que recoge una tradición interpretativa suficientemente estabilizada como para garantizar una aplicación objetiva del derecho.

c) La doctrina dominante excluye que la prohibición de retroactividad se pueda extender a las modificaciones de la *jurisprudencia el Tribunal Supremo*. Por ejemplo: las modificaciones referentes al entendimiento que se debe dar a una “cantidad de notoria importancia” en el art. 344 CP o a la “especial gravedad” en los arts. 529, 7.º, 516, 3.ª ó 506, 8.ª CP ⁽³⁰⁾. En favor de esta tesis se sostiene que una nueva jurisprudencia tiene indudablemente un efecto similar al de una nueva Ley, pero que de allí no cabe deducir una idéntica función ⁽³¹⁾. En efecto, la jurisprudencia no vincula de la misma manera que la legislación, pues de lo contrario los Tribunales tendrían prácticamente el poder de legislar ⁽³²⁾. En realidad, los cambios jurisprudenciales sólo importan una corrección de la interpretación de una voluntad legislativa ya existente en el momento del hecho ⁽³³⁾.

El punto de vista contrario ⁽³⁴⁾ se apoya en la idea de “protección de la confianza”, que se vería afectada por un cambio jurisprudencial. Sin embargo,

(29) Confr. loc. cit., pág. 85.

(30) Confr. *Cobos de Linares*, ... quien propone lo contrario.

(31) Confr. *Jakobs*, loc. cit., pág. 105.

(32) *Jakobs*, ibídem.

(33) Confr. *Schuenemann*, loc. cit., pág. 28; *Roxin*, loc. cit., págs. 86 y ste.; *Troendle*, LK 10ª ed., parágrafo, 2 16/24.

(34) Confr. p. ej. *Cobos de Linares*, loc. cit.; *Schoenke/Schroeder/Eser*, StGB, 24ª ed., 1991, parágrafo 2, 9.

ello no requiere el reconocimiento de la prohibición de efecto retroactivo de la jurisprudencia, toda vez que es posible llevar a cabo la protección de la confianza precisamente en los casos en los que ella haya existido realmente. Es decir, cuando el autor realmente se haya motivado por su confianza en lo decidido por los Tribunales antes de ejecutar la acción, cabrá la apreciación de un error de prohibición disculpante y, en su caso, de tipo. Por lo tanto, no cabe suponer que la modificación de una interpretación jurisprudencial afecta a la objetividad del derecho penal ni al principio de confianza.

IV

La realización de estos principios teóricos en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha sido hasta ahora débil. El Tribunal Constitucional se ha caracterizado en esta materia por el alto grado de pragmatismo con que ha adoptado sus decisiones más importantes. Ello se percibe ya en la extensión realizada por el Tribunal Constitucional del principio de legalidad a la prohibición del “*non bis in idem*” y a la “personalidad de las consecuencias penales”⁽³⁵⁾. Estas decisiones, indudablemente plausibles y merecedoras de aprobación, sólo eran posibles mediante una cierta disolución de los fundamentos del principio de legalidad aceptados en la ciencia del derecho. Es probable que el Tribunal Constitucional se haya orientado en estas sentencias por una estrategia extremadamente apegada al texto constitucional y no haya encontrado una manera mejor de fundamentar la procedencia del amparo en estos supuestos, que encontrando el texto de un artículo, en este caso el 25.1 CE., que los acogiera. La cuestión de si el camino elegido era el mejor está todavía abierta.

Sin perjuicio de ello, es lo cierto que la renuncia a establecer fundamentos claros del principio de legalidad también ha conducido a soluciones claramente discutibles. Así, por ejemplo en los autos 27/83 y 135/83, el Tribunal Constitucional excluyó las cuestiones referentes a la prescripción del ámbito que garantiza el principio de legalidad con dudosos argumentos dogmáticos. En este sentido se sostuvo allí que la cuestión de la extinción de la responsabilidad por la prescripción no estaría alcanzada por el art. 25.1 CE., pues se trataría de un elemento ajeno al tipo penal que “constituye una cuestión de mera legalidad propia de la apreciación judicial ordinaria”. (ATC 27/83, F.º J.º 4).

(35) Confr. SSTC 2/1981 y 131/87, respectivamente.

La confusión entre el “tipo garantía” y el “tipo del error” o el “tipo sistemático” resulta aquí evidente y ello demuestra el error de la decisión.

De todos modos el Tribunal Constitucional no ha dejado de hacer declaraciones referentes a los fundamentos del principio de legalidad penal. En la STC 133/87, por ejemplo, condensando puntos de vista expuestos en otros precedentes jurisprudenciales el Tribunal sostuvo que “el principio de legalidad penal es esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador. En este sentido, agrega la sentencia, se vincula, ante todo, con el imperio de la Ley como presupuesto de la intervención del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos, a la seguridad así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan los arts. 26.2 y 117.1 CE., especialmente cuando se declara que los jueces y magistrados están sometidos únicamente al imperio de la Ley”⁽³⁶⁾. En la misma sentencia el TC manifestó que, en particular, el principio de legalidad importaba condicionar la legitimidad del derecho penal a la existencia de una “*lex scripta*”, “*praevia*” y “*certa*” (inexplicablemente se omite en esta clásica enumeración la exigencia de “*lex stricta*”), pero estas exigencias no han sido claramente establecidas en todos los casos.

a) En la STC 89/83 el Tribunal Constitucional (caso del delito continuado) consideró un problema evidentemente relacionado con la exigencia de “*lex scripta*”, es decir con un caso en el que los Tribunales podían haber resuelto sin apoyo en un texto legal la agravación de una pena, fundamentándose para ello solamente en sus propios precedentes. Se trata de la cuestión del incremento de la pena, p. ej. en el hurto, en los casos de concurso real en los que el perjuicio causado por cada uno de los hechos no alcanzaba a una determinada cantidad, pero que, conjuntamente permitían aplicar una pena que el Tribunal Supremo fundamentaba, antes de la reforma del Código Penal por la LO 8/83, en la figura del “*delito continuado*”. De esta manera, los tribunales podían también eludir el límite previsto por el art. 70,2º CP. El Tribunal Supremo había llegado a sostener que la doctrina del delito continuado podía ser aplicada “aunque falte algún requisito por fines de justicia o de defensa social”⁽³⁷⁾.

El Tribunal Constitucional decidió en la citada sentencia 89/83 que el Tribunal Supremo, al aplicar la *doctrina* del delito continuado en este entendi-

(36) Confr. también SSTC 62/82; 53/85; 89/83; 75/84; 159/86.

(37) Confr. SSTC 22-3-66; 5-4-67; 16-7-70; 11-11-71; 17-3-72; 1-2-73.

miento⁽³⁸⁾, no vulneraba el principio de legalidad pues se trata de una interpretación que se encuentra dentro del margen de libertad que corresponde a los Tribunales, “pues el juez ni crea nuevas figuras delictivas, ni aplica penas no previstas en el ordenamiento, graduadas de acuerdo con reglas que también detrae de la Ley” (sic). *García de Enterría* elogió, con razón, que en esta sentencia se haya reconocido que la interpretación de la Ley no importa una transgresión de la misma⁽³⁹⁾. Sin embargo, no se puede ocultar que el Tribunal Supremo nunca había explicado cómo era posible legitimar una interpretación que del silencio legal y de un texto que dispone lo contrario era posible deducir una autorización para acumular varios hechos leves en uno más grave con la consiguiente agravación de la pena. La STC 89/83, en verdad, tampoco explicó cómo esto era posible. En particular, si las Sentencias del Tribunal Supremo en materia de delito continuado son sometidas a las exigencias que establece el mismo *García de Enterría*⁽⁴⁰⁾ no es posible compartir la decisión del TC. En efecto, si la creación jurídica no es libre, sino vinculada “a los valores jurídicos perfectamente objetivados que el juez ha de manejar en la labor interpretativa, comenzando por la obediencia y la fidelidad al texto”⁽⁴¹⁾, resulta claro, a mi modo de ver, que la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el delito continuado, anterior a 1983, era incompatible con la exigencia de *lex scripta*. En ella más que obediencia al texto había una clara neutralización de una disposición legal expresa sin ningún apoyo legal y en lugar de una vinculación a valores perfectamente objetivados el Tribunal se apartaba de ellos, pues el legislador nunca había expresado que valoraba la reiteración de hechos leves como uno grave, con el consiguiente aumento de la pena en perjuicio del acusado.

b) La problemática de la *prohibición de la analogía*, es decir, de la *lex stricta* fue motivo de diferentes resoluciones del Tribunal Constitucional⁽⁴²⁾. A diferencia de lo que ocurre en el caso de la decisión sin apoyo en la Ley, en estos casos se trata de decisiones fundadas en una Ley, que sin embargo

(38) Un entendimiento ciertamente incompatible con la teoría del delito continuado elaborada en la doctrina.

(39) Confr. Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho, 1984, págs. 85 y sts.; también en Revista Española de Derecho Constitucional N° 10/1984.

(40) Loc. cit., págs. 132 y sts.

(41) *García de Enterría*, ibidem. Confr. también la crítica a la STC 89/83 de *Cobo del Rosal/Vives Antón*, en Comentarios a la Legislación Penal, dirigidos por *Cobo del Rosal*, III, 1984, págs. 233 y ste., donde se señala que la figura del “delito continuado”, tal como se utilizaba por la Sala Segunda del Tribunal Supremo antes de 1983, constituía una “pura creación jurisprudencial” (pág. 233).

(42) ATC 29-10-86 (Rec. 358/86); ATC 8-10-86 (Rec. 266/86); SSTC 105/83 (aunque sólo implícitamente); 75/84; 159/86; 138/87, entre otras.

es extendida por encima del sentido literal del texto. Tal fue el caso decidido en la STC 75/84 (caso del aborto en el extranjero), que es especialmente interesante en este contexto, pues en ella se hace referencia también a la inaplicabilidad del art. 6.4 del Código Civil al Derecho Penal. El Tribunal Supremo había decidido en su STS de 20-12-81 que la Ley Penal española era aplicable a un delito de aborto cometido en el extranjero por españoles, apoyándose para ello en el art. 6.4 del Código Civil, es decir, considerando que en tales casos existía un fraude a la Ley, consistente en trasladarse a un Estado en el que el aborto no era punible para cometer un hecho que el Derecho Español sancionaba como delito. De esta manera era posible aplicar al caso el art. 339 de la LOPJ de 1970, entonces vigente, sosteniendo que el nasciturus gozaba de la protección de la Ley española en el extranjero pues tenía nacionalidad española.

El Tribunal Constitucional reiteró lo ya expuesto en la STC 89/83, sosteniendo nuevamente que “el principio de legalidad no puede ser entendido de forma tan mecánica que anule la libertad del juez, cuando, en uso de ésta, ni se crean nuevas figuras delictivas, ni se aplican penas no previstas en el ordenamiento”. Pero aclaró que “si se produce una laguna, ésta no puede llenarse recurriendo a la analogía *in malam partem*”. Asimismo aclaró, con razón, que el principio de legalidad extiende sus efectos también a las normas que determinan el ámbito de validez de las leyes penales, es decir, en particular al art. 339 de la antigua LOPJ ⁽⁴³⁾.

Desde esta perspectiva el Tribunal Constitucional vino a sostener que las resoluciones impugnadas “se apoyan en una construcción jurídica defectuosa que vicia la corrección de sus resultados”. Los fundamentos de la sentencia (especialmente los 5 y 6) no son suficientemente claros, pero, en definitiva, establecen que el principio territorial no puede ser reemplazado por el personal (pasivo) sobre la base del fraude de Ley, si la Ley no lo autoriza expresamente para el ámbito penal. Dicho de otra manera, el Tribunal decidió que el art. 6.4 del Código Civil no tiene aplicación general en el Derecho Penal, pues ello vulnera la prohibición de la analogía *in malam parte*.

La solución puede ser político-criminalmente plausible. Sin embargo, su fundamentación, como se dijo, es poco convincente. En efecto, los temas cen-

(43) De esta manera la STC 75/84, desautorizó, implícitamente, la criticable tesis de los citados AATC 27/83 y 135/83, que excluyeron la prescripción del ámbito de protección del principio de legalidad, pues estas normas tampoco forman parte del tipo en el sentido restringido en que lo consideraron los AATC mencionados.

trales que plantea la cuestión de la aplicación del fraude a la Ley en el ámbito del Derecho Penal no fueron tratados en la STC 75/84⁽⁴⁴⁾. En realidad el Tribunal Supremo había resuelto sobre la base de una Ley que establece que los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él (...) no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir. Que estos elementos se daban en el caso que motivó la decisión del Tribunal Supremo era tan indudable, como que la sentencia no necesitó recurrir a la analogía para fundamentar el fallo condenatorio: no es fácil afirmar, en consecuencia, que alguno de los elementos establecidos en la Ley como condición de la aplicación de la norma del art. 6.4 del Código Civil, ni que la norma penal que se quiso eludir, fueron interpretados extendiendo su alcance a hechos meramente análogos. No obstante, la ratio decidende de la sentencia parece haber sido que, en el entendimiento del Tribunal Constitucional, el feto no era protegible fuera del territorio español, pues el antiguo art. 339 LOPJ sólo sería aplicable a personas (en el sentido de los arts. 29 y 30 del Código Civil) pero no a otros bienes jurídicos que no pertenecieran a una persona. De allí se deduciría, según la sentencia, “la naturaleza analógica del razonamiento que lleva a atribuir nacionalidad española al feto” (Fº Jº 6). Pero, es evidente que, si en este caso se hubieran aplicado los mismos criterios que sirvieron de fundamento a la ya comentada STC 89/83 (Confr. supra a)), no parece posible sostener que aquí el entendimiento dado por el Tribunal Supremo a las expresiones “otro español”, contenidas en el art. 339 de la anterior LOPJ, haya superado “el marco de libertad que corresponde a los Tribunales” (Confr. Fº Jº 5 de la STC 75/84).

En la STC 75/84, por otra parte, junto al tema de la analogía, tuvo una especial significación la tesis de la inaplicabilidad de la figura del fraude a la Ley en el Derecho Penal. El Tribunal Constitucional sostuvo, en este sentido, que en general no “cabe hacer uso de esta figura (del fraude de Ley) en la aplicación de la Ley Penal”. De esta manera, su tesis se puede formular de la siguiente manera: la figura jurídica del fraude de Ley no es aplicable en materia penal y, por lo tanto, no excluye la invalidez de la extensión analógica de la Ley Penal si los Tribunales recurren a ella. En este punto la argumentación de la sentencia es particularmente oscura. La exclusión del art. 6.4 del Código Civil del ámbito de la Ley Penal, se deduce del principio territorial que rige respecto de ésta, “pues —dice la sentencia— la territorialidad de ésta (art. 8.1

(44) Tampoco en los dos votos particulares que se formularon se abordaron tales cuestiones. Confr. al respecto: *Tiedemann*, en NJW 1990, 2.226 y sts. (2.230 y ste.).

del Código Civil) y la inexistencia en ella de normas disponibles a cuyo amparo puedan producirse consecuencias jurídicas favorables, hacen resueltamente imposible extender a este sector del ordenamiento la figura del fraude de Ley”.

Es claro que si éste era el punto de partida, para nada importaba si la interpretación del art. 339 de la LOPJ de 1870 implicaba una extensión analógica o no, pues, de todos modos, el recurso al fraude de Ley no hubiera convertido en aplicable la ley española al hecho cometido en el extranjero para eludir las sanciones previstas en las leyes nacionales. Pero, sin perjuicio de ello, no es cierto que la Ley Penal española, bajo la LOPJ de 1870, sólo fuera aplicable, exclusivamente según el principio de territorialidad. Precisamente el art. 339 de dicha Ley demuestra lo contrario: también cabía la aplicación según el principio de la nacionalidad.

Por otra parte, es erróneo creer que el aborto *no* se había realizado “al amparo del texto de una norma”, como lo exige el art. 6.4 del Código Civil, y que de ello se deriva la inaplicación al caso de las consecuencias que este artículo prevé. Por el contrario, los autores del aborto habían pretendido actuar amparados por la norma del derecho inglés que autoriza, bajo ciertas condiciones, la práctica del aborto en el territorio de Inglaterra ⁽⁴⁵⁾.

En consecuencia, los tres puntos de apoyo de la STC 75/84 son dudosos: a) Es difícil afirmar que la interpretación del art. 339 LOPJ (1870) extendió analógicamente el texto de esta disposición; b) No es cierto que la LOPJ sólo haya justificado la aplicación de la Ley Penal exclusivamente según el principio territorial; c) Tampoco es correcto afirmar que los procesados no hayan pretendido obrar al amparo de una norma más favorable para eludir la aplicación del Derecho Español y deducir de ello que no se dieron en el caso los presupuestos que prevé el art. 6.4 del Código Civil.

En suma: la aplicación del art. 6.4 del Código Civil en el ámbito del derecho penal no parece excluida *en general* por el principio de legalidad, ni tampoco resultaba inaplicable en el caso que se refiere la STC 75/84, pues se daban los presupuestos que justificaban aquella ⁽⁴⁶⁾.

(45) Por ello es claramente erróneo que la sentencia comentada considere que la “norma de cobertura” es el art. 399 LOPJ, pues es evidente que ésta no cubre la legitimidad del hecho (Confr. Fº Jº 5,2º párrafo de la STC 75/84).

(46) No se puede considerar suficientemente estudiada la cuestión de si, desde otra perspectiva distinta de la del principio de legalidad, cabe excluir la aplicación del art. 6.4 Cód. Civ. respecto de la leyes penales. Recientemente en la STS 2.756/92, de 28-1-93, se afirma, aun que obiter dictum, la aplicación del fraude de Ley en materia penal.

La cuestión de prohibición de la analogía fue tratada con más fortuna en la STC 159/86, en relación a la reducción del alcance de una causa de justificación constitucional, en el caso el derecho a la libertad de información previsto en el art. 20.1 d) CE. En este caso, el Tribunal Constitucional entendió —correctamente— que, afirmando la aplicación de la Ley Penal siempre y sin excepciones como un límite del derecho fundamental, se limitaba el alcance de este derecho como causa de justificación, lo que implicaba extender la punibilidad infringiendo la prohibición de la analogía *in malam partem*. En este sentido dice la sentencia que “al aplicar automáticamente las normas sobre autoría del Código Penal, sin tener en cuenta la específica naturaleza constitucional del hecho informativo, se ha producido una extensión de la Ley penal mediante una interpretación analógica en contra del acusado”.

En relación a esta sentencia es posible discutir si era necesario que el Tribunal Constitucional recurriera al argumento que se fundamenta en la prohibición de la analogía, dado que era suficiente razón para anular la sentencia el incorrecto entendimiento con el que se había aplicado el art. 20.1 d) CE. Sin embargo, según surge de los antecedentes de la sentencia, el recurrente también había alegado la vulneración del art. 25.1 CE.

c) La exigencia de *Lex certa* también ha sido motivo de decisiones del Tribunal Constitucional. El tema es especialmente delicado pues se piensa que la legislación moderna se caracteriza por una “fuga del legislador en las cláusulas generales”⁽⁴⁷⁾ o de resignación tanto del legislador, como de la ciencia y la práctica frente a las dificultades que erosionan la realización de este aspecto del principio de legalidad⁽⁴⁸⁾. Una prueba de ello podrían ser la jurisprudencia constitucional alemana y la española. *Tiedemann* ha comprobado que el BVerfG (Tribunal Constitucional Federal) no ha declarado ningún tipo penal como insuficientemente determinado y preciso según las exigencias del principio de legalidad⁽⁴⁹⁾. Lo mismo ha ocurrido en la jurisprudencia constitucional española.

Nuestro Tribunal Constitucional ha formulado declaraciones abstractas al respecto que son notablemente positivas. Así, p. ej., en la citada STC 159/86 (Fº Jº 4) en la que sostuvo que “el principio de legalidad impone al legislador el deber de conformar los preceptos legales que condicionan la aplicación de

(47) *Naucke*, Ueber Generalklauseln und Rechtsanwendugn im Strafrecht, 1973, pág. 21.

(48) Confr. *Schuenemann*, loc. cit., pág. 29; más pesimista aún *Schmidhaeuser*, Form und Gestalt der Strafgesetze, 1988, pág. 49.

(49) Loc. cit., pág. 44.

sanciones, sobre todo cuando se trata de sanciones criminales, de tal manera que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada”. También en la STC 133/87 se afirmó que el principio de legalidad concreta aspectos del Estado de Derecho, en tanto éste supone para el ciudadano “la programación de sus comportamientos sin temor a interferencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado”. Conceptos similares se reiteraron en la STC 127/90. En los casos concretos, sin embargo, estas premisas tuvieron una reducida influencia sobre las decisiones. El Tribunal Constitucional trató la cuestión por primera vez en la STC 62/82 (caso del escándalo público), en la que se discutió si el art. 431 CP., en la redacción vigente entonces ⁽⁵⁰⁾ se ajustaba a las exigencias de determinación legal que provienen del principio de legalidad. La respuesta fue positiva. En dicha sentencia el Tribunal dijo que “el legislador debe hacer el máximo esfuerzo posible para que la seguridad jurídica quede salvaguardada en la definición de los tipos. Pero, dicho lo anterior, ello no supone que el principio de legalidad quede infringido en los supuestos en los que la definición del tipo incorpore conceptos cuya delimitación permita un margen de apreciación, máxime en aquellos supuestos en que los mismos responden a la protección de bienes jurídicos reconocidos en el contexto internacional en el que se inserta nuestra Constitución con su art. 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; ello sin perjuicio de que la incidencia sobre la seguridad jurídica, en los casos en que se produzca, deba tenerse en cuenta al valorar la culpabilidad y en la determinación de la pena por el Tribunal”.

Como se ve, la STC 62/82 tiene dos aspectos distintos. Por un lado el Tribunal Constitucional admite una gran amplitud en la configuración de los tipos penales. Prácticamente el Tribunal no estableció ningún límite para el “margen de apreciación” tolerable en el marco de la obligación del legislador de determinar precisamente el supuesto de hecho punible. La tarea era en realidad imposible, pues como ya lo había señalado la doctrina, la contrariedad a las buenas costumbres es “inverificable” ⁽⁵¹⁾. La referencia al reconocimiento del bien jurídico protegido en el contexto internacional y al carácter dinámico y evolutivo que éste puede tener no constituye, en realidad, límite de ninguna especie, pues se refiere claramente a un problema ajeno a la configuración formal del supuesto de hecho punible. En efecto, la cuestión sometida al Tribunal

(50) El texto del art. 431 CP., establecía: “El que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia incurrirá..., etc...”.

(51) Confr. *Engisch*, en FS f. H. Mayer, 1965, págs. 400 y sts. (400 y ste.).

Constitucional no consistía en saber si un texto legal como el del art. 431 CP., en su antigua redacción, protegía o no un bien jurídico determinado, sino de si a través de su texto era posible saber con seguridad, antes de obrar, qué comportamiento estaba prohibido bajo amenaza de pena. De la imprecisión del objeto protegido, que la sentencia califica de “dinámico y evolutivo” lo único que surgía en este caso era la indeterminación del comportamiento que podía lesionarlo, el que al no estar caracterizado más que por el resultado lesivo sobre el bien jurídico, también debía ser “dinámico y evolutivo”, es decir cambiante, y por lo tanto indudablemente indeterminado. Por otra parte, la referencia al contexto internacional resultaba totalmente inútil, dado que pocas líneas más adelante se reconoce que la dinámica y la evolución puede ser “*distinta según el tiempo y el país de que se trate*”⁽⁵²⁾. En suma: es evidente que el texto del art. 431 CP., en su antigua redacción, no cumplía la exigencia de permitir al ciudadano programar sus comportamientos sin temor a interferencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado (SSTC 133/87 y 127/90)⁽⁵³⁾, pues la conducta prohibida se describía exclusivamente sobre la base de su referencia a un concepto inverificable.

Sin embargo, la STC 62/82 procuró señalar un camino para compensar la amplitud reconocida al legislador para la configuración de los tipos penales, remitiendo a la valoración de la culpabilidad y a la determinación de la pena. De todos modos, no se explicó en la sentencia de qué manera esto podía ser llevado a la práctica. Pero, dado que la solución viene a coincidir con la sugerencia de Naucke⁽⁵⁴⁾ resulta sumamente apropiado tomar en cuenta su propuesta. En este sentido sostiene Naucke que en los supuestos de cláusulas generales se debe, en primer lugar, ampliar el ámbito del error excluyente de la culpabilidad, y además privilegiar al autor, en los casos de sanción, en el momento de la individualización de la pena o, por último, interpretar la cláusula general de una manera objetivamente restrictiva.

Schuenemann⁽⁵⁵⁾ se ha mostrado escéptico con las posibilidades de realización de este punto de vista, a pesar de haber reconocido que, de esta manera, era posible limitar los efectos perniciosos de las cláusulas generales, pues entiende que la determinación judicial de la interpretación suficientemente restrictiva daría lugar a varias concepciones diferentes, que las reglas del error

(52) Sin subrayar en el original.

(53) A la misma solución se llegaría aplicando el criterio del 50% de determinación propuesto por Schuenemann, loc. cit., págs. 35 y sts.

(54) Loc. cit., págs. 21 y sts.; confr. al respecto: Schuenemann, loc. cit., pág. 34.

(55) Ibidem.

de prohibición conduciría en estos casos a resultados poco satisfactorios y, finalmente, porque en la praxis de la individualización de la pena la determinación de ésta depende en forma decisiva del arbitrio judicial.

No se puede negar que estas objeciones relativizan la eficacia de una solución compensatoria que ofrece en el plano de la culpabilidad y la individualización de la pena. Sin embargo, es altamente positivo que se reconozca que cuanto más amplia sea una disposición y menor su posibilidad de comunicar cuáles son las conductas prohibidas (o, en su caso, exigidas), mayor debe ser la tolerancia respecto del error de prohibición y que, en todo caso, cabe una atenuación de la pena ⁽⁵⁶⁾.

d) La debilidad de las exigencias de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de principio de legalidad se manifiesta también en el derecho sancionatorio administrativo y, en consecuencia, en los casos de *leyes penales en blanco* y en la aceptación de límites a derechos fundamentales sin reserva de Ley en los casos de las llamadas “*relaciones especiales de sujeción*”.

En relación a las *leyes penales en blanco* el problema de la seguridad jurídica adquiere especial significación, toda vez que el ciudadano no tiene una clara referencia sobre la norma complementaria de la Ley Penal. En nuestro derecho esa situación es frecuente.

El Tribunal Constitucional se manifestó también en esta materia poco exigente en relación a la determinación estricta del comportamiento prohibido. En la STC 122/87, sostuvo que una Ley Penal en blanco (L.O. 40/79, de Control de Cambios) que remite en forma genérica a “disposiciones diseminadas en multitud de disposiciones reglamentarias e incluso de simples instrucciones administrativas, alguna ni siquiera publicadas” puede cumplir con las exigencias del principio de legalidad. No debe llamar la atención que en materia de infracciones administrativas la exigencia de certeza, que el Tribunal Constitucional consideró siempre menos intensa que en el ámbito penal ⁽⁵⁷⁾, haya desaparecido prácticamente en esta Sentencia.

En el campo de las *leyes sancionatorias en blanco*, por otra parte, la cuestión de la inseguridad derivada de las cláusulas generales se acentúa porque la jurisprudencia no exige todavía una *cláusula de remisión inversa*”, exigida,

(56) En la STC 133/87 se hizo una nueva aplicación de los principios referentes a la exclusión de cláusulas generales de una manera extremadamente flexible al declarar como inobjetable constitucionalmente el art. 391.1 del hoy derogado Código de Justicia Militar.

(57) Confr. STC 2/87, fundamento jurídico 2º.

por el contrario, por el Tribunal Constitucional alemán. En efecto, en la jurisprudencia —y ello se puso de manifiesto en la STC 122/87 que se acaba de citar— se considera suficientemente determinada una remisión que incluso sea tácita o producto de la apertura de la disposición sancionatoria (llamadas en la teoría *auténticas leyes en blanco*)⁽⁵⁸⁾.

Hasta ahora, como se dijo, el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo no han tenido ocasión de pronunciarse sobre si la norma complementaria debe contener una “cláusula de remisión inversa”, que permita a sus destinatarios saber que la infracción está amenazada con una sanción, es decir sobre las llamadas *leyes penales en blanco impropias*.

Sobre la base de textos y principios constitucionales análogos a los españoles el BVerfG, por el contrario, ha decidido que “en los preceptos en blanco se ha hecho depender su aplicación, por regla, de que el precepto complementador en la norma administrativa remita a su vez a la Ley que establece la multa administrativa por su infracción (llamada cláusula de remisión inversa)”. En el caso se trataba de una norma municipal que hacía referencia a las facultades acordadas por una Ley del Land, pero que, sin embargo, no remitía a la norma en blanco que contenía la sanción, lo que se consideró insuficiente. En la teoría se sostiene que la exigencia de una *cláusula de remisión inversa* representa una “técnica para garantizar una mejor percepción de las normas en blanco y excluir de la Ley en blanco las normas complementadoras insuficientemente determinadas”⁽⁵⁹⁾.

La necesidad de exigir al legislador en España la inclusión en los preceptos complementadores una cláusula de remisión inversa se debe deducir de la vinculación del principio de legalidad con el de seguridad jurídica que —con razón— ha establecido el Tribunal Constitucional⁽⁶⁰⁾ para garantizar que el ciudadano pueda programar su comportamiento “sin temor a injerencias imprevisibles del ordenamiento sancionador del Estado”. Si esta afirmación se toma verdaderamente en serio no cabe duda de que tal programación no quedará libre de temores mientras se admitan remisiones genéricas a preceptos que se

(58) Confr. Rogall, en OWiG, Karlsruher Kommentar, 1989, vor 1, N° 16. Confr. STC 122/87, F° J° 3° en donde se habla, a propósito de la Ley de Control de Cambios, de “normas penales en blanco o abiertas”.

(59) Confr. CBVerfG en NStZ 1990, 394 y en NStZ 1991, 73. Confr. Rogall, loc. cit. Vor 1, N° 17; en el mismo sentido Tiedemann, Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht, 1969, pág. 267; Gohler, Gesetz über OWi, Kommentar, 8ª ed., 1987, Vor 1, N° 18.

(60) Confr. STC 133/87, F° J° 7.

ignora dónde están y si no se exige que los preceptos complementadores, a su vez, sean claramente determinados.

También operan flexibilizando el principio de legalidad la significación general que el Tribunal Constitucional atribuye a las *relaciones de sujeción especiales como fundamento* de la limitación de derechos fundamentales. En la STC 2/87, el Tribunal Constitucional afirmó que “la reserva de Ley en las sanciones administrativas (...) tiene un alcance diferente, al menos en lo que se refiere a la tipificación del ilícito cuando se trata de la determinación de contravenciones «faltas», en el seno de una relación de sujeción especial”. Más tarde, en la STC 219/89 el Tribunal acentuó su punto de vista diciendo que “dicha reserva de Ley pierde parte de su fundamentación en el seno de las relaciones especiales de sujeción” ⁽⁶¹⁾. En la primera de las sentencias, así como en la STC de 2-7-90, se trataba de sanciones impuestas a detenidos en establecimientos penitenciarios, mientras que en la STC 219/89 se trataba “de la delegación de potestades públicas en entes corporativos dotados de amplia autonomía para la ordenación y control del ejercicio de actividades profesionales”. En este último caso se pone de manifiesto la amplitud excepcional que se le acuerda al concepto en la jurisprudencia constitucional.

Las “relaciones especiales de sujeción” constituyen un límite a los derechos fundamentales elaborado por la teoría del derecho público de finales del siglo XIX, que hace referencia a relaciones estrechas entre el Estado y el ciudadano, y se refiere particularmente a las que se dan en la escuela pública, los establecimientos penitenciarios y, en general, a las relaciones que se generan dentro de establecimientos públicos, así como a las que existen entre el Estado y los funcionarios o las personas sometidas a la prestación del servicio militar. La consecuencia de esta teoría es que “el ciudadano, que está en una especial relación de sujeción, es incluido en el ámbito administrativo con la consecuencia de que los derechos fundamentales y la reserva de Ley —que sólo determinan la relación genérica del Estado con el ciudadano— no tienen validez; la administración tiene en sus manos la regulación, mediante prescripciones administrativas (reglamentos internos del establecimiento), de las relaciones dentro de tales situaciones” ⁽⁶²⁾. Esta teoría —agrega *Maurer* en el mismo lugar— “no sólo se mantuvo durante la República de Weimar, sino todavía largo tiempo después de la sanción de la GG, aunque la crítica crecía constantemente”. El Tribunal Federal Constitucional Alemán, sin embargo, quitó legitimidad a la

(61) Confr. también STC 69/89; así como STC de 2-7-90.

(62) *Maurer*, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5 ed., 1986, pág. 87.

teoría de las especiales relaciones de poder con sentencias que afectaban a dos de los ámbitos básicos en los que se le asignaba validez: los establecimientos carcelarios y la escuela.

En la sentencia del 14-3-72⁽⁶³⁾ el BVerfG sostuvo que “los derechos fundamentales de los internos en un establecimiento penitenciario sólo pueden ser limitados mediante o en base a una Ley”⁽⁶⁴⁾. Esta Ley, admitió el BVerfG, si no puede renunciar a cláusulas generales, deberá limitarlas de la manera más estrecha posible. En la fundamentación de su sentencia el Tribunal Federal alemán hizo afirmaciones que son aplicables al derecho español: “la ley fundamental —dice— constituye un orden vinculado a valores, que reconoce la protección de la libertad y la dignidad humana como el más alto fin de todo Derecho; su imagen del hombre no es la del individuo con autodominio, sino la de una personalidad que está en la comunidad y a ella vinculada por diversos deberes”. De ello se deduce que la limitación de los derechos fundamentales dentro de un establecimiento penitenciario sólo entrará en consideración cuando “sea imprescindible para alcanzar uno de los fines cubiertos por el orden valorativo de la Constitución y relativos a la comunidad y en la forma constitucionalmente prevista para ello”⁽⁶⁵⁾.

La comparación de las pautas establecidas por nuestro Tribunal Constitucional y el BVerfG revela que entre nosotros se da una reducida protección del principio de legalidad y de la exigencia de reserva de Ley, dado que el primero admite una zona en las llamadas “relaciones especiales de sujeción”, en la que aquellos principios, prácticamente, no rigen. A ello se debe añadir que las “relaciones especiales de sujeción” tienen en la jurisprudencia española una extensión inusitada, que va mucho más allá de los límites que les reconoció la teoría.

V

En resumen: de la misma manera que ocurre en los Estados de Derecho europeos, en España el principio de legalidad constituye una garantía fundamental, pero resulta ser también una meta difícil de alcanzar. En su realización tienen un papel decisivo las necesidades pragmáticas de la aplicación

(63) BVerfGE 33,1 y sts.

(64) Loc. cit., pág. 11.

(65) BVerfGE 33, 11.

cotidiana de las leyes y la convicción de que la justicia material debe prevalecer sobre la seguridad jurídica en los casos extremos. La convicción social de que ciertas acciones deben ser sancionadas aunque la técnica legislativa sea defectuosa es frecuentemente el fundamento del reproche de la opinión pública a los Tribunales cuando éstos adoptan puntos de vista estrictos en relación a las exigencias del principio de legalidad. Por tal motivo el verdadero control de estas exigencias, en la medida en la que ello sea posible, debe tener lugar por medio del control abstracto de constitucionalidad, ya que de esa manera será posible decidir sin estar bajo la impresión de casos concretos. Aquí se percibe la inestimable labor que cumple desempeñar a las minorías parlamentarias y al Defensor del Pueblo mediante los recursos de inconstitucionalidad (art. 31 de la LOTC).

Por esta vía, como es lógico no se podrán resolver las cuestiones que plantean las prohibiciones de la analogía y de la aplicación retroactiva de la Ley, dado que éstas presuponen, en todo caso, la aplicación de la Ley a un caso concreto. En esta materia, sin embargo, serán los propios Tribunales quienes deben ejercer un estricto autocontrol que impida un desborde interpretativo de las leyes penales. En esta tarea tendrá, sin duda, un inestimable valor la labor de la teoría del Derecho Penal marcando los límites de los textos legales.