

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ARBITRIO JUDICIAL

Gonzalo RODRÍGUEZ MOURULLO

1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y ESTADO DE DERECHO

SIN perjuicio de antecedentes más o menos lejanos, la formulación doctrinal del principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en el sentido moderno que hoy se le atribuye, tiene lugar en el siglo XVIII y puede considerarse mérito principal del italiano Beccaria y del alemán Feuerbach. Este último fue quien lo enunció en tales términos latinos.

El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* tuvo desde su aparición un doble significado: técnico-jurídico y político.

Feuerbach lo formuló como pieza clave de su teoría de la pena. Según Feuerbach, la pena debe cumplir una función de *coacción psicológica*, a fin de que los ciudadanos se aparten del delito. Para que la pena pueda desarrollar esta función es preciso que el delito y la pena misma aparezcan descritos en la ley. Para que la coacción psicológica funcione es preciso que exista una ley previa que anuncie al ciudadano, antes de que éste tome su decisión, que si realiza determinado comportamiento será castigado con una determinada pena.

Y naturalmente todavía en la actualidad el principio de legalidad, como no podía ser menos, se sigue vinculando a las funciones de la pena. Incluso hay quien, como acaba de sostener Gómez Benítez, entiende que «en un derecho legitimado formal y materialmente el principio de legalidad sigue siendo ante todo una exigencia de la pretensión político criminal de prevención general del delito».

AFDUAM 1 (1997), pp. 279-296.

Por otra parte, moviéndonos todavía en el plano técnico-jurídico, sabido es de todos que, en los primeros años de nuestro siglo, Beling dedujo del principio de legalidad la categoría dogmática del tipo y la tipicidad como elemento esencial del delito. El tipo aparece, en definitiva, según la afortunada expresión del propio Beling, como el «precipitado técnico» del principio de legalidad. Este principio obliga al legislador a describir con claridad y precisión las acciones que se consideran punibles. Para que una acción se considere tal, no bastará con que lesione de cualquier modo el orden jurídico, con que sea de cualquier manera antijurídica, sino que será necesario que se corresponda perfectamente con alguno de los comportamientos injustos concretamente descritos en una ley penal.

Con todo, parece excesiva la reciente aseveración de Gómez Benítez de que «el exagerado acento en la función de garantía individual ha hecho olvidar que históricamente el principio de legalidad penal, entendido como exigencia de “*lex previa*”, y la consiguiente necesidad de determinación de las normas de prohibición, así como de las penas correspondientes a su infracción, estuvo fundamentado en su utilidad intimidatoria».

No se puede olvidar, en efecto, que tuvo también desde el principio, y sigue teniendo hoy, pese al paso del Estado liberal de Derecho al Estado social del Derecho, un significado político, que llevó a configurarlo como garantía y aplicarlo como instrumento de lucha contra el *ius incertum*, propio del Antiguo Régimen, como inequívocamente se deduce de la exposición de Beccaria.

Al lado de la pena establecida por la ley (pena legal u ordinaria), en virtud del arbitrio judicial, los jueces podían imponer, en atención a las peculiaridades del caso concreto, penas de mayor o menor gravedad a las señaladas en la ley (denominadas penas arbitrarias o extraordinarias). Este arbitrio judicial originaba una gran incerteza e inseguridad jurídicas, hasta el punto de que Voltaire pudo afirmar que el sistema penal del Antiguo Régimen parecía planificado para aniquilar a los ciudadanos.

Contra este estado de cosas, engendrado por el referido arbitrio judicial, dirigió su pensamiento crítico Beccaria:

«La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por un contrato social. Ningún magistrado (que es parte de la sociedad) puede justamente infligir penas contra otro miembro de la misma sociedad. Ahora bien: una pena aumentada más allá del límite fijado por las leyes es la pena justa más otra pena; por tanto, un magistrado no puede, bajo ningún pretexto de celo o de bien público, aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente.»

Es innegable, pues, que el principio de legalidad nació políticamente como garantía de los derechos de los ciudadanos y precisamente como medio para eliminar el arbitrio judicial, que imperaba en el Antiguo Régimen, por supuesto bien

distinto del arbitrio judicial propio del Estado de Derecho. Pero en cualquier caso, resulta ya significativa esta relación.

La dimensión política que tuvo el principio de legalidad desde los inicios de su instauración perdura en la actualidad y es la que explica que suela aparecer hoy constitucionalizado.

Es obvio que el principio de legalidad se consagra con rango constitucional por lo que tiene de garantía de las libertades y derechos fundamentales y no por la eficacia que pueda tener como instrumento intimidatorio.

La C.E., como no podía ser menos, dada su manifiesta vocación garantista, recoge en su artículo 25, aunque con una fórmula muy poco feliz, el principio de legalidad penal, que el T.C. considera «esencialmente una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho» (STC 150/1989).

El T.C. (STC 150/1989) lo «vincula», ante todo, con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado de Derecho sobre los bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también al derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica (STC 62/1982 y 133/1987), así como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, que garantizan el artículo 24.2 y 117.1 de la C.E., especialmente cuando éste declara que los Jueces y Magistrados están «sometidos únicamente al imperio de la Ley».

De tal modo que, según estas declaraciones del T.C., no es posible admitir ningún arbitrio judicial que no quede sometido al principio de legalidad.

2. GARANTÍAS FORMAL Y MATERIAL. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y DIVISIÓN DE PODERES.

El mismo T.C. ha recordado en múltiples ocasiones que dicho principio contiene, en primer término, una doble garantía *formal* y *material*.

La primera se refiere al rango y clase de norma a través de la cual se lleva a cabo la tipificación de las conductas sancionables. La segunda a la exigencia ineludible de que tanto la conducta prohibida como la sanción que a la comisión de la misma se asocia, sean objeto de una *predeterminación normativa*.

La primera garantía entraña una reserva de ley, que ya defendía Beccaria («sólo las leyes pueden decretar las penas sobre los delitos; y esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad...»), puede leerse en el pasaje que antes hemos transcrito).

A raíz de la promulgación de la C.E. se discute si esa reserva ha de ser de ley ordinaria o de ley orgánica. La polémica sigue abierta.

El T.C., por su parte, proclama constantemente la *reserva absoluta de ley en sentido formal*, que a veces deduce ya, sin más, del artículo 25.1, pese a la ambigüedad del término «legislación»: («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»), como hace todavía en la S. 26/1994, de 27 de enero: «... el constituyente, al utilizar el término “legislación vigente” del artículo 25.1, y de acuerdo con la primigenia función política del principio de legalidad, tan sólo ha legitimado a los representantes del pueblo, esto es, a las Cortes Generales, para predeterminar las conductas antijurídicas que deben hacerse acreedoras de cualesquiera manifestaciones del *ius puniendi* del Estado».

Además de esta reserva absoluta de ley ordinaria, existe para el T.C. una reserva *relativa de Ley orgánica*, que surge, abstracción hecha de cual sea la naturaleza del bien jurídico protegido en virtud del artículo 81.1 C.E., siempre que la pena señalada para el correspondiente delito afecte a algún derecho fundamental o libertad pública. Así se viene pronunciando el T.C. desde las Sentencias 140/1986, de 11 de noviembre, y 160/1986, de 16 de diciembre, que respecto a las penas privativas de libertad fundamentan tal reserva de ley orgánica a partir de la conexión de los artículos 17.1, 25.1, 53.1 y 81.1 de la C.E. («Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...»).

El T.C. declara en ambas Sentencias que «el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste precisamente en la determinación de su alcance y límites en relación con otros derechos y con su ejercicio por las demás personas... Pues bien, no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí... En este sentido el Código Penal, y en general las normas penales, son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 de la C.E., en cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad».

Contra esta idea de «desarrollo negativo» se manifestó, en su voto particular a la STC 140/1986, el Magistrado Díaz Eimil, indicando que una cosa son las «leyes de desarrollo», que son las que fijan el contenido, forma de ejercicio y garantías procesales del derecho o libertad, es decir, las que constituyen, por decirlo así, su estatuto, y otra cosa distinta son las «leyes limitativas» del derecho o libertad. El artículo 81.1 de la C.E. se referiría únicamente a las primeras y no abarcaría las normas penales en tanto en cuanto éstas son «leyes limitativas».

Esta distinción acaba de hacerla suya, en reciente y muy interesante publicación, el Profesor de nuestra Facultad Bernardo Feijoó, quien partiendo de una perspectiva institucional de los derechos fundamentales, con base principalmente en lo expuesto por Häberle y Hesse en la doctrina alemana, distingue, como una doble actividad del legislador, la *configuración de los derechos fundamentales*, a través de la cual se define el «contenido esencial» del derecho, por un lado, y, por otro, la *limitación* de tales derechos como algo complementario de la configuración. Bernardo Feijoó concluye que la legislación penal no supone un desarrollo

de los derechos fundamentales, y que, por tanto, «no existe una reserva de ley orgánica, sino simplemente una reserva de ley ordinaria en virtud de que el Derecho penal regula el ejercicio de los derechos fundamentales, desempeña una función tuitiva (exterior) y limita en ciertos supuestos su ejercicio».

Desde la perspectiva de las garantías, creo más conveniente que esa escisión entre «normas de desarrollo» y «normas limitativas», la doctrina que sostiene la STC 254/1983, de 21 de diciembre: «Se produce así, en definitiva, un régimen de concurrencia normativa, no de exclusión, de tal modo que tanto las normas que regulan el derecho fundamental como las que establecen límites a su ejercicio vienen a ser igualmente vinculantes y actúan recíprocamente... Todas las normas relativas a tales derechos se integran en un único ordenamiento».

En este sentido, es obvio que el artículo 81.1 quiso rodear de una mayor garantía toda ley que afecta a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. No es cierto, por lo demás, que quienes defendemos una reserva absoluta de L.O. partamos de «una consideración de ésta como jerárquicamente superior a la ordinaria, en contra de lo que es aceptado por la doctrina mayoritaria». Sabemos que, como enseña García de Enterría, lo decisivo es que la ley es siempre «expresión de la voluntad popular» y no la forma concreta en que esa voluntad popular se exprese. Sabemos que la jerarquía de las normas no es nunca una jerarquía de los procedimientos de producción.

Pero nada de esto supone que la Ley orgánica no implique un plus de garantía respecto a la ordinaria. Como indica acertadamente el T.C. en su S. 159/1986, de 12 de diciembre, «la exigencia de que la norma penal que impone sanciones de privación de libertad esté contenida en una Ley Orgánica, lo que supone un procedimiento específico de elaboración y aprobación, *añade una garantía*—frente al mismo legislador— a las demás constitucionalmente previstas para proteger el derecho a la libertad».

Y sería un verdadero contrasentido admitir que la Constitución añada esa garantía cuando se trata de leyes que configuran positivamente el contenido del derecho y la sustrae, en cambio, para aquellas leyes que suprimen o limitan el derecho mismo.

Pero es que, además, y este es un argumento decisivo, la reserva absoluta de ley que se defiende tanto por los partidarios de Ley Orgánica como de Ley Ordinaria, sólo puede conseguirse exigiendo Ley Orgánica, por la sencilla razón de que el art. 82 de la C.E., al regular la delegación legislativa por las Cortes Generales al Gobierno, únicamente exceptúa de tal posibilidad de delegación las normas con rango de Ley Orgánica (82.1: «Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior») (Córdoba). La posibilidad de regular delitos y establecer penas mediante Decretos-Leyes quedaría prohibida en virtud del art. 86.1, pero no así la de hacerlo a través de Decretos-Legislativos (Serrano Alberca).

La reserva absoluta al menos de Ley ordinaria, supone residenciar en el Poder Legislativo la legitimidad para establecer delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad. Volvemos a citar, una vez más, a Beccaria («esta autoridad no puede residir más que en el legislador, que representa a toda la sociedad») y en la misma línea, entre otras, la también ya citada STC 26/1994 (el constituyente «tan sólo ha legitimado a los representantes del pueblo, esto es, a las Cortes Generales, para predeterminar las conductas antijurídicas» que deben resultar punibles).

Ni el Poder Judicial ni el Poder Ejecutivo pueden regular delitos y penas, estados peligrosos y medidas de seguridad y, en virtud de la reserva absoluta de ley en sentido formal, el legislativo no puede delegar tal función en ninguno de aquellos dos Poderes.

El principio de legalidad entronca, desde esta perspectiva, con la doctrina de la separación de poderes, que tanta importancia tuvo para la construcción del Estado de Derecho y que no puede entenderse hoy de forma rígida e inflexible.

La experiencia indica, en efecto, que en países cuya Constitución se inspira en tal separación, cada uno de los tres poderes, más allá de las funciones específicas que le incumben, desempeñan otras que en cierto modo suponen la invasión de terreno ajeno: el ejecutivo dicta normas, aunque éstas son puramente reglamentarias; el legislativo toma decisiones presupuestarias, investiga ciertos hechos y se erige, a veces, en Tribunal de Justicia para determinadas materias; el judicial se autoadministra y toma resoluciones de naturaleza administrativa, como aquellas que se incluyen en la denominada «jurisdicción voluntaria».

Lo decisivo es que cada Poder sea atribuido en vía principal a un órgano y nada impide que otro actúe en vía subordinada, de tal modo que aquél pueda controlar la acción de éste (Corsale).

Veremos seguidamente cómo los Poderes Judicial y Ejecutivo pueden intervenir también, siempre de forma complementaria y subordinada al Legislativo, en la definición del ámbito de lo punible.

3. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CERTEZA

Refiriéndose a la denominada *garantía material* derivada del principio de legalidad que, en definitiva, se sustancia en la exigencia de una *predeterminación* normativa, el T.C. ha declarado (S. 150/1989) que se trata de una garantía «de orden material y alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, (que) refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en ámbitos limitativos de la libertad individual y se traduce en la existencia de una ley (*lex scripta*); que la ley sea anterior al hecho sancionado (*lex praevia*); y que la ley describa un supuesto de hecho estrictamente determinado (*lex certa*)».

El principio de legalidad enlaza, de esta suerte, con la certeza del Derecho.

Como subrayó López de Oñate, quien veía en la certeza la «específica eticidad del Derecho», la necesidad de la certeza se sintió antes que en ninguna otra parte en el marco del Derecho Penal, por la peculiar fisonomía de esta rama jurídica, y se expresó de una manera rigurosa y taxativa en la máxima *nullum crimen, nulla poena sine lege*, lo cual no quiere decir que la certeza sea característica sólo del Derecho Penal.

La certeza es, en realidad, un elemento inmanente a la noción de Derecho, un elemento constitutivo del concepto mismo de Derecho (Corsale).

La certeza se traduce en seguridad jurídica y ésta, a su vez, se manifiesta como seguridad de que el Derecho prevalecerá sobre lo injusto, como seguridad de la uniformidad de las cualificaciones jurídicas de los comportamientos y resolución de los conflictos y como previsibilidad de las consecuencias jurídicas de las propias acciones.

Este último aspecto se subrayó desde las primeras formulaciones del principio de legalidad en la época del temprano liberalismo, pues a través de tal principio se trataba de evitar que el ciudadano pudiese verse sorprendido *a posteriori*, esto es, después de realizada la acción con la imposición de una pena no prevista con anterioridad.

De ahí que la ley que se menciona en el aforismo *nullum crimen, nulla poena sine lege* se convierta, como ha recordado el T.C., en *lex praevia* y *lex certa*.

El principio de legalidad opera, de esta suerte, como garantía de la acción, permitiendo que cada cual sepa o, al menos, pueda saber, una vez concebida la acción, no cuál será su resultado histórico, lo que equivaldría a conocer lo absoluto, pero sí, por lo menos, *cómo* será calificada jurídicamente la acción (Cfr. López de Oñate).

El principio de legalidad no sólo es, así, la Carta Magna del delincuente, en cuanto asegura a éste que no será sometido a sanciones más graves que las previamente establecidas, sino también la Carta Magna del resto de ciudadanos, a quienes garantiza que, mientras no incidan en el ámbito de lo punible, previamente definido por la ley, no tendrán ningún problema con la justicia penal.

Los iluministas pedían, por ello, que las leyes fuesen pocas, claras y escritas en lenguaje asequible al pueblo. Mal muy grande será —escribió Beccaria— que las leyes estén escritas «en una lengua extraña al pueblo, que lo sitúe bajo la dependencia de unos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál puede ser la suerte de su libertad o de sus miembros, en una lengua que haga de un libro solemne y público otro casi privado y doméstico».

La proliferación legislativa y la complejidad de las nuevas materias reguladas —que López de Oñate calificó como una de las amenazas de hecho contra la certeza del Derecho— hacen totalmente ilusoria hoy la aspiración de que todos los ciudadanos conozcan la ley, por lo que la garantía de que aquí hablamos ha de darse por satisfecha con la posibilidad de saber de antemano cómo será calificada la acción futura.

4. CERTEZA Y JUSTICIA

Carnelutti, al recensionar el libro de López de Oñate sobre la Certeza del Derecho, aludió al posible conflicto entre certeza y justicia y advirtió que un ordenamiento que aspira a realizar el máximo posible de certeza debe sacrificar en la misma medida la exigencia de justicia ¿Cómo lograr la previsión –se preguntaba Carnelutti– en una norma abstracta y general de la infinita riqueza y variedad de las concretas situaciones reales, a las cuales, en última instancia, debe aplicarse aquella norma? Es inevitable –concluía Carnelutti– que se den en la práctica un gran número de casos en los que la aplicación rígida del Derecho, efectuada para colmar la exigencia de certeza, provocará más o menos profundas lesiones del sentimiento de justicia en los ciudadanos.

Decíamos antes que la idea de certeza es immanente al concepto mismo de Derecho, lo cual no quiere decir que la exigencia de certeza se sienta en idéntica medida en todas las ramas del Derecho. En Derecho Penal se siente con especial intensidad y ello explica que el principio de legalidad se halla proclamado históricamente, antes que en ninguna otra, en la rama jurídico-penal.

Por lo demás, nuestro Código Penal ha ofrecido tradicionalmente una respuesta expresa –que perdura en el de 1995– a propósito de los posibles conflictos entre ley y justicia, «entre las exigencias de justicia material y el dogma de la legalidad» (en palabras de la STS 15 octubre 1983).

El artículo 4 del nuevo Código establece:

«En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal.»

«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.»

Ni los Jueces pueden en modo alguno, por razones de justicia material, colmar las lagunas de la ley penal, ni, por las mismas razones, dejar de aplicar ésta, sin perjuicio en este caso de proponer el indulto para remediar la injusticia que pudiera derivar de la rigurosa aplicación de la ley.

El NCP quiso reforzar todavía la vigencia del principio de legalidad, introduciendo en el art. 4.1. la prohibición expresa de la analogía: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas».

El texto legal no establece ningún distingo, como hacía, en cambio, el art. 2 del Código de 1928 («no se admitirá la interpretación extensiva, ni tampoco la analogía o semejanza para definir delitos o faltas o agravar penas»), por lo que la prohibición alcanza también a la *analogía in bonam partem*.

Por lo demás, esta fue, sin duda alguna, la voluntad de legislador, ya que la admisión de la *analogía in bonam partem* fue propuesta por el Grupo Popular y expresamente rechazada por la mayoría parlamentaria, invocando los argumentos de reserva absoluta de ley en materia penal y la imposibilidad de admitir la Creación Judicial del Derecho. Argumentos más que discutibles, ya que ninguna incompatibilidad hay entre *analogía in bonam partem* y el fundamento y funciones de garantía de la reserva de ley y, por lo que se refiere a la segunda razón esgrimida, la consecuencia lógica sería la de que habría que proscribir la analogía en el ámbito de todas las ramas del Derecho.

Resulta difícil de entender que si el juicio de antijuricidad toma como punto de referencia el ordenamiento jurídico en su conjunto, no quepa admitir causas de justificación que encuentren su base en cualquiera de las fuentes de Derecho que, con carácter general, reconoce el art. 1.1. del C.C.

Pero lo cierto es que tanto la *voluntas legis*, expresada a través de la fórmula del apartado que comentamos, como la voluntad del legislador han optado por la prohibición también de la *analogía in bonam partem*.

5. PREDETERMINACIÓN NORMATIVA. GARANTÍA CRIMINAL Y GARANTÍA PENAL

La predeterminación normativa, en que consiste la llamada garantía material del principio de legalidad, ha de abarcar tanto el supuesto de hecho (*garantía criminal*) como la sanción (*garantía penal*). El poco afortunado texto del artículo 25.1 de la C.E. se refiere sólo a la denominada garantía criminal (*nullum crimen sine lege*) y no comprende la llamada garantía penal (*nulla poena sine lege*). En efecto, su tenor literal no impediría condenar o sancionar con penas distintas y más graves las acciones u omisiones que en el momento de producirse constituirían delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Una referencia expresa a la garantía penal figuraba en el texto del Anteproyecto, mantenido por la Ponencia, que añadía al actual 25.1 el inciso: «Tampoco puede ser impuesta una pena o sanción más grave que la aplicable al tiempo de cometerse la infracción». Pero fue suprimida por la Comisión del Congreso de los Diputados. No se entiende muy bien cuál ha sido la razón de esta supresión y por qué no se mencionaron los dos aspectos fundamentales de la garantía material del principio de legalidad.

El T.C., en virtud de una interpretación expansiva, no tuvo inconveniente en extender desde el primer momento la exigencia de predeterminación normativa consagrada en el artículo 25.1 C.E. tanto a la descripción de los hechos punibles o infracciones administrativas como al establecimiento y, en su caso, graduación de las penas o sanciones imponibles.

Así ya en la Sentencia 8/1981, de 30 de marzo, declaró que «se infiere también de tal precepto (s.c. art. 25.1 C.E.) que la ley penal que contenga la tipificación del delito o falta y *su correspondiente pena* ha de estar vigente en el momento de producirse la acción u omisión». Y, entre otras, en la S. 270/1994, de 17 de octubre, volvió a declarar: «garantía de orden material que se traduce en la imperiosa necesidad de predeterminación normativa, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones».

Y no sólo dio cabida en el artículo 25.1 C.E. el Tribunal Constitucional a la denominada garantía penal, pese a no estar incluida expresamente en su texto, sino que declaró igualmente que pueden incluirse en el mismo sin esfuerzo las llamadas *garantías jurisdiccional y de ejecución* (STC 89/1983).

Por lo demás, el T.C., en cuanto a la necesidad de *predeterminación normativa*, la extiende con idéntico *carácter absoluto* tanto a los delitos y faltas y sus correspondientes penas como a las infracciones administrativas y sus respectivas sanciones. Así, la STC 150/1989, después de recordar, una vez más, que el principio de legalidad en el ámbito del Derecho sancionador comprende una doble garantía, declara: «La primera, de orden material y *alcance absoluto, tanto por lo que se refiere al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas*, refleja la especial trascendencia del principio de seguridad jurídica en dichos ámbitos limitativos de la libertad individual». (En la misma línea, refiriéndose a supuestos concretos de infracciones y sanciones administrativas, Sentencia 26/1994, de 27 de enero («predeterminación normativa con carácter absoluto») y 270/1994, de 17 de octubre («del derecho a la legalidad de la sanción administrativa consagrado en el artículo 25.1 C.E. no sólo se deriva la exigencia de reserva de Ley en este ámbito, sino también la garantía de orden material que se traduce en la *imperiosa necesidad de predeterminación normativa*, con suficiente grado de certeza y precisión, de las conductas ilícitas y de sus correspondientes sanciones»).

Según el T.C., pues, el artículo 25.1 C.E. extiende la garantía material del principio de legalidad a las infracciones y sanciones administrativas en plano de absoluta igualdad con los delitos y penas criminales.

Sin duda alguna el propósito de someter a la necesidad de predeterminación normativa las infracciones y sanciones administrativas es loable, porque no existe razón alguna para que la potestad sancionadora del Estado en el orden administrativo quede sustraída a tal predeterminación. Desde el punto de vista del Estado de Derecho, no tiene sentido establecer la distinción entre el Derecho Penal, propia-

mente dicho, y el Derecho Administrativo Penal diciendo que en el primero rige el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* y en el otro no, como todavía hacía el Profesor Antón en su conocido Manual, refiriéndose concretamente al Derecho disciplinario: en el Derecho Penal propiamente dicho –advertía el citado Profesor– «domina el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, y las infracciones, por la mayor importancia de la sanción, están cuidadosamente definidas, en el Derecho disciplinario no suele haber tipos legales dotados de especiales conminaciones».

Pero de ahí a establecer una absoluta parificación del ordenamiento penal y administrativo media una diferencia. Prácticamente todos los problemas interpretativos que suscita el artículo 25.1, sobre todo en lo referente a la garantía formal, como luego veremos, provienen del intento de igualar de manera absoluta ambos órdenes. El Profesor Nieto, en su excelente libro sobre Derecho Administrativo sancionador, después de reconocer las ventajas que de tal parificación se derivan para el ciudadano, en la medida en que éste queda amparado frente a las arbitrariedades del Poder, señala que los inconvenientes son también de bulto, aunque suelen silenciarse y advierte, ya de entrada, que «se están confundiendo los papeles del Juez y de la autoridad administrativa sancionadora cuando se pretende que ambos actúen de la misma manera, es decir, como meros aplicadores de la ley situados fuera de ella. Porque es el caso que si el Juez no hace otra cosa ciertamente que aplicar la ley, los órganos administrativos *gestionan* intereses generales» y en segundo lugar, según el mismo autor, «se olvida algo no menos esencial: el Código Penal es una selección de desvalores a los que el Estado considera merecedores de ser castigados...» mientras «las infracciones administrativas no son, en cambio, una selección autónoma de desvalores sino que... se deducen de la gestión y aumentan y se reducen en función de esa actividad administrativa matriz sin que el legislador pueda optar por dejar algo fuera de la represión, salvo que quiera provocar la inoperancia administrativa».

En definitiva, ninguna razón justifica que la potestad sancionadora de la Administración quede al margen de la necesidad de predeterminación normativa, pero resulta erróneo establecer una igualdad absoluta entre lo que no es absolutamente igual.

Ilustrativa es la posición que se ha visto obligado a adoptar el propio T.C. Después de proclamar repetidamente, como hemos visto, que la necesidad de predeterminación normativa abarca con idéntico carácter absoluto tanto a los delitos y faltas y sus correspondientes penas como a las infracciones administrativas y sus respectivas sanciones, ha llegado a declarar expresamente que, cuando se trata de relaciones de sujeción especial (funcionario, estudiante, preso, etc.), la reserva de ley «pierde parte de su fundamentación material, dado el carácter en cierto modo insuprimible de la potestad reglamentaria para determinar en concreto las previsiones legislativas abstractas sobre las conductas identificables como antiju-

rídicas en el seno de tal sujeción especial (STC 2/1987, de 21 de enero, 42/1987, de 7 de abril, 190/1987, de 1 de diciembre, 69/1989, de 20 de abril y 219/1989, de 21 de diciembre).

Para el T.C. la reserva de ley no puede tener, en el seno de estas relaciones de sujeción especial, el mismo alcance que respecto a la potestad sancionatoria general de la Administración, en cuanto en las relaciones de sujeción especial, la potestad sancionatoria no es la expresión del *ius puniendi* genérico del Estado, sino manifestación de la capacidad propia de autoordenación; en cualquier caso –advierte el TC– vulnerará el artículo 25.1 C.E. la sanción carente de toda base normativa legal, pero ésta también existirá cuando la ley se remita en la especificación de infracciones y sanciones al reglamento, aunque la ley remitente *esté prácticamente vacía de todo contenido sancionador material propio*, lo que sería, en cambio, manifiestamente contrario a las exigencias del artículo 25.1 C.E. cuando se trate de relaciones de sujeción general (2/1987, de 21 de enero, 69/1989, de 20 de abril, 219/1989, de 21 de diciembre, 234/1991, de 10 de diciembre).

El T.C. abunda en esta línea al señalar que «la relativización del principio puede ser mayor en los supuestos de máxima intensidad de la relación (presos-Administración penitenciaria) (STC 2/1987, de 21 de enero) (Policías/superiores jerárquicos) (STC 69/1989, de 20 de abril: sanción con cobertura legal mínima), pero debe ser menor en los casos en que, aun dentro de las relaciones de sujeción especial, la intensidad de tal sujeción es inferior (Detective privado/Administración) (STC 61/1990, de 29 de marzo).

Por tanto, el principio de legalidad se relativiza según se trate de la potestad sancionadora general de la Administración o de la potestad sancionadora derivada de relaciones de especial sujeción, e incluso en el marco de esta misma, según la intensidad de la sujeción.

Todo esto supone, por muchos matices atemperadores que quieran introducirse, que la absoluta igualdad de la exigencia de predeterminación normativa en los órdenes penal y administrativo, que programáticamente se predica, en la práctica se relativiza.

La equiparación resulta todavía más difícil en el marco de la *garantía formal* propia del principio de legalidad. Las dificultades son aquí tantas que afloraron ya a la hora de la elaboración del artículo 25.1 por parte de los constituyentes, que, después de proponer, durante la discusión parlamentaria diversas expresiones como «ordenamiento jurídico» o «ley», optaron en definitiva por el término «legislación».

El texto del Anteproyecto decía: «Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según el ordenamiento jurídico vigente».

En el Senado, Lorenzo Martín Retortillo, subrayó que el concepto de «ordenamiento jurídico» podía ser muy válido desde la perspectiva del control de la

Administración Pública, pero «puede, sin embargo, resultar nocivo y pernicioso cuando del Derecho sancionador se trata, porque en el Derecho Penal estamos ante el reverso. El principio de legalidad hay que contemplarlo desde otra perspectiva. Es importante decir que sólo sería delito aquello que establezca la ley y no aquello que establezca el ordenamiento jurídico, porque es bien sabido que el ordenamiento jurídico no son sólo leyes, no es sólo la Constitución, sino que el ordenamiento jurídico lo constituyen también los reglamentos, los decretos, las órdenes administrativas, etc.».

También en el Senado, Sánchez Agesta propuso que se dijese que los delitos deben establecerse *por ley* y las infracciones y sanciones administrativas por el *ordenamiento jurídico*, pero su enmienda no fue aceptada.

El Pleno del Senado aprobó, finalmente, la expresión *por ley* y la Comisión Mixta sustituyó dicha expresión por la de legislación, que pasó a ser la definitiva.

Si ya de por sí el término ley es multívoco (a veces se emplea para referirse a toda norma jurídica, como sucede en el artículo 6 CC —«La ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento»— y otras veces como equivalente a norma escrita, sin distinción de rango, como acontece en los artículos 1 y 4 CC —Art. 1: «Las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho»—), más ambigua es todavía la expresión *legislación*.

6. PRINCIPIO DE LEGALIDAD, TIPOS ABIERTOS, LEYES PENALES EN BLANCO Y MÁRGENES PENALES

La reserva de ley, con la consiguiente predeterminación normativa, obligan al legislador penal a ofrecer descripciones cerradas de los comportamientos prohibidos y a señalar taxativamente la correspondiente sanción.

Esta es la consecuencia ideal a que conduce la vigencia estricta del principio de legalidad. Pero, como todo ideal, no siempre resulta alcanzable en la práctica.

En ocasiones, la naturaleza de las cosas, la índole del objeto de prohibición, hace prácticamente inviable una descripción cerrada por parte del legislador, que se ve obligado a introducir en el tipo legal elementos normativos, que entrañan una valoración por parte del Juez. En estos casos, la delimitación final de lo punible queda reenviada parcialmente al Juez.

Así, ha resultado siempre fácil describir de manera cerrada el tipo del homicidio como «matar a otro». Del mismo modo ha resultado siempre prácticamente imposible regular el delito de injurias sin acudir a elementos normativos. El número de acciones o expresiones que pueden resultar lesivas para el honor de otra persona tiende virtualmente al infinito y, por ello mismo, no tendría sentido alguno que el legislador pretendiese ofrecer con el texto legal un elenco cerrado de ese número indeterminado de expresiones o acciones, seña-

lando, a su vez, la mayor o menor gravedad de cada una de ellas. Se explica, así, que en esta materia se empleen fórmulas legales como las contenidas en el art. 208 del NCP, que define a la injuria como «la acción o expresión que lesionan la dignidad de otra persona, menoscabando su fama o atentando contra su propia estimación» y que establece la distinción entre el delito y la falta de injurias en los siguientes términos: «Solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancias, sean tenidas en el concepto público por graves».

Fórmulas legales que reenvían a la apreciación valorativa del Juez y que, por ello mismo, en cierta medida entrañan una claudicación de la reserva de ley.

Esta técnica legislativa hay que admitirla como legítima siempre que se cumplan determinadas condiciones. En primer lugar, que venga impuesta como auténtica necesidad, por la propia naturaleza de la materia objeto de regulación. En segundo lugar, que el «núcleo esencial de la prohibición» aparezca en todo caso contenido en la ley.

Este es asimismo el criterio que aplicó el T.C. para estimar que la reserva de ley no es incompatible con la técnica de las leyes penales en blanco.

Esta clase de leyes tampoco ofrece una descripción cerrada de la conducta, sino que reenvían a normas de rango inferior emanadas del Ejecutivo.

El recurso a esta técnica puede resultar también necesario cuando la conducta prohibida es al mismo tiempo objeto de regulación reglamentaria, por parte de la Administración.

Ni por su minuciosidad ni por su mutabilidad resulta deseable la incorporación de estas regulaciones reglamentarias a la ley penal.

Para que una ley penal en blanco resulte compatible con el principio de legalidad es indispensable, según el T.C., tal como acabamos de decir, que la ley contenga *el núcleo esencial de la prohibición* (STC 53/1994, de 24 febrero). Lo decisivo es que el legislador penal debe conformar sus preceptos «de tal modo que de ellos se desprenda con la máxima claridad posible cuál es la conducta prohibida o la acción ordenada» (STC 159/1986, de 12 de diciembre).

En todo caso, la aportación del Juez o de la Administración deben de aparecer como desarrollo complementario y subordinado de lo dispuesto en la ley. De lo contrario, no se respetaría el principio de la división de poderes y se vulneraría la reserva de ley.

En este sentido, el T.C. ha declarado que serán contrarios al principio de legalidad «los tipos formulados en forma tan abierta que su aplicación o inaplicación dependa de una decisión prácticamente libre y arbitraria, en el sentido estricto de la palabra, de los Jueces y Tribunales» (STC 105/1988 y 89/1993).

En cuanto a la predeterminación normativa de la sanción, una aplicación rígida del principio de legalidad conduciría al señalamiento de una pena fija para cada delito.

El Código Penal francés de 1791 reaccionó contra la arbitrariedad de las penas, propia de la Edad Media y del Antiguo Régimen, estableciendo un sistema de penas fijas absolutamente determinadas que el juez debía aplicar, en el decir de Garraud, como si se tratase de una tarifa.

El sistema fracasó. Los Jueces, imposibilitados de adecuar la gravedad del castigo a las circunstancias del hecho, optaban frecuentemente por la impunidad. Ante este fracaso, el Código francés de 1810 instaura el sistema, aunque todavía con bastante rigidez, de los «márgenes penales», según el cual el Juez puede moverse entre un mínimo y un máximo de pena. Es el sistema que van a seguir luego los Códigos Penales españoles, empezando por el de 1822.

La preocupación por someter el arbitrio judicial al principio de legalidad, lleva al legislador español a establecer un conjunto de reglas sobre la aplicación de las penas según las circunstancias que concurren, que dio lugar a lo que se llamó aritmética o dosimetría penal, cuya finalidad última era impedir que el Juez pudiese recorrer libremente los márgenes penales y que tuviese que efectuar ese recorrido ateniéndose estrictamente a criterios legales.

Sistema que vino a simplificar el nuevo Código Penal de 1995, con el consiguiente incremento del arbitrio judicial en este terreno.

7. LA APORTACIÓN CREADORA DEL JUEZ

Los Jueces están sometidos, como no podía ser menos, al imperio de la ley, tal como proclama el art. 117 de la C.E.

Pero este sometimiento no excluye la aportación creadora del Juez que se produce en toda aplicación práctica de la ley, a través de la interpretación de la propia ley, por una parte, y de la configuración del supuesto de hecho, por otra.

Que toda interpretación entraña una parte creativa lo percibieron muy bien los iluministas, que, por ello mismo, quisieron reducir la intervención del Juez a la pura subsunción mecánica del hecho en la ley, mediante el llamado «silogismo judicial».

«En todo delito –dijo Beccaria– debe hacerse por el Juez un silogismo perfecto: la premisa mayor debe ser la ley general; la menor, la acción conforme o no con la ley; la consecuencia, la libertad o pena. Cuando el Juez sea constreñido, o cuando quiera hacer aunque sea sólo dos silogismos, se abre la puerta a la incertidumbre.»

Y añadía: «Un desorden que nace de la rigurosa observancia de la letra de una ley penal no puede compararse con los desórdenes que nacen de la interpretación. Tal momentáneo inconveniente induce a hacer la fácil y necesaria corrección de las palabras de la ley que son causa de la incertidumbre; pero impide la fatal licencia de razonar, de la cual nacen arbitrariedades y venales controversias.»

Nuestro inolvidable y llorado compañero Francisco Tomás y Valiente, en glosa a este pasaje de Beccaria, observó que:

«No deja de ser sorprendente que un filósofo ilustrado, racionalista, hable de la “fatal licencia de razonar”. Sin embargo, en el contexto temático de este capítulo el sentido del pensamiento de Beccaria es claro y nada extraño en él. Dado el exceso de arbitrio judicial y el uso casi siempre censurable que del mismo hacían los jueces, Beccaria quiere reducirlos, limitarlos, someterlos a la ley. Ciertamente que incurre en la ingenua creencia de que la ley (esa ley clara, sencilla y breve por la que él aboga) es susceptible de aplicación automática y silogística, rígida y sin matices. Todo ello es consecuencia –indicaba acertadamente Tomás y Valiente– de su afán de extinguir ese “poder tiránico intermedio” que era entonces el judicial. Y también se refleja aquí su fe absoluta en la ley, como obra racional de un legislador ilustrado.»

La misma fe –añadimos nosotros– que llevó a algunos legisladores del siglo XVIII a prohibir, en vano, la interpretación judicial y los comentarios de los cuerpos legales por ellos promulgados.

Nadie sostiene hoy que la labor del Juez a la hora de aplicar la ley se reduce a establecer mecánicamente un puro silogismo. Al interpretar la ley, el Juez pondera fines, valoraciones, experiencias, realidades sociales nuevas, que pueden llevarle a aplicar la ley, a través de la obligada interpretación progresiva (art. 3.1 del C.C), a casos que el legislador histórico no pudo siquiera imaginar.

En toda interpretación –y no sólo en la jurídica– hay, pues, una parte de creación que, en este caso, viene a integrarse en la propia ley y que, cuando proviene de un Tribunal superior, se convierte en la práctica en la norma que van a aplicar los Tribunales inferiores.

Córdoba Roda ha expuesto con gran claridad y lucidez este fenómeno:

«La aplicación de la ley a la realidad es producto de un complejo proceso de concreción. En virtud de la utilización de una serie de elementos en importante medida no resultantes de la ley, sino introducidos por el propio juzgador, es referida la misma desde su formulación abstracta a los particulares casos integrantes de la práctica, formándose, así, progresivamente, a partir del texto legal y con el concurso de doctrina y jurisprudencia, la normativa que en constante evolución rige la conducta del hombre en sociedad.»

Todavía disponen, *de facto*, los Jueces de otra posibilidad de atemperar su vinculación a la ley: la configuración del supuesto de hecho.

Quienes participamos en la aplicación práctica del Derecho Penal sabemos que, a veces, en un mismo proceso nos encontramos hasta con tres verdades: la verdad de lo que realmente aconteció, la verdad que se deduce de la causa y la verdad que el Tribunal declara probada en la Sentencia. Normalmente –todo hay que decirlo– cuando un Tribunal introduce en la Sentencia una nueva y distinta

verdad lo suele hacer por razones de equidad. A veces han abierto puertas o ventanas, que estaban cerradas, para poder calificar los hechos de hurto y evitar la figura más grave del robo, o han puesto ignorancia de algo donde había conocimiento, para salir del campo del dolo y situarse en el de la imprudencia.

Pero en ocasiones la «configuración del hecho» ha llevado a soluciones más gravosas para el reo. Así, la figura del delito continuado, de pura creación jurisprudencial y carente de cobertura legal hasta la reforma del Código penal de 1983. Una pluralidad de hechos constitutivos de mera falta –p. ej.: hurtos de inferior cuantía– y, por consiguiente, susceptibles tan sólo de ser castigados con penas leves, se consideran integrados en un hecho único que, por la suma de las cuantías, pasa a constituir delito y, por consiguiente, a ser castigado con una pena grave.

El T.C. estimó, en la S. 89/1983, que tal creación jurisprudencial carente en el momento de los hechos de cobertura legal, no vulneraba el principio de legalidad, porque «ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas, sin embargo, de forma tan mecánica que anulen la libertad del Juez para resolver cuando, a efectos de la determinación de la pena aplicable, distintos hechos, penalmente tipificados, han de ser considerados como integrantes de un hecho único».

Sentencia a la que ha dedicado recientemente, y no sin razón, una durísima crítica Gómez Benítez, al decir que «al considerar intercambiables los tipos penales de prohibición y relativizar, así, hasta límites intolerables el mandato de determinación de los mismos, el Tribunal Constitucional pervirtió el principio de legalidad y obligó en términos teóricos, por imposición del art. 5.1 de la L.O.P.J., a su perversión consecuente por parte de los órganos jurisdiccionales».

Estas libertades del Juez ante la ley tienen que ver con la facultad que el art. 741 de la LECr. le atribuye:

«El Tribunal, apreciando según su conciencia, las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta ley.»

Este precepto fue interpretado en los tiempos preconstitucionales en la forma de la que da cuenta todavía la STS de 10 de febrero de 1978: «... el juzgador a la hora de apreciar las pruebas practicadas, las alegaciones de las partes y las declaraciones o manifestaciones del acusado, lo hará no ya sin reminiscencia de valoración tasada o predeterminada por la ley, o siguiendo las reglas de la sana crítica, o de manera simplemente lógica o racional, sino de un modo tan libérrimo y omnímodo que no tiene más freno a su soberana facultad valorativa que el de proceder al análisis y a la consecutiva ponderación, con arreglo a su propia conciencia, a los dictados de su razón analítica y a una intención que se presume siempre recta e imparcial», y el Tribunal al proceder así «no tiene que dar explicación ni razonamiento alguno».

Afortunadamente el panorama ha cambiado radicalmente a partir de la entrada en vigor de la C.E.

Toda arbitrariedad, tanto en la interpretación de la ley como en la apreciación de la prueba, está ahora constitucionalmente proscrita y el derecho a la tutela judicial efectiva, que consagra el art. 24.1 de la C.E., obliga a los Tribunales a «motivar» asimismo tanto el entendimiento del precepto legal que aplica como la apreciación de la prueba, dando cuenta en cuanto ésta resulte problemática de manera expresa del iter formativo de su convicción (existe ya una abundante doctrina del T.C. y T.S. en este sentido a propósito de la prueba indirecta o indiciaria, tan frecuente en el ámbito penal).

De todos modos, hablando de vinculación del Juez a la ley, yo recuerdo siempre una enseñanza que recibí hace ya muchos años del Profesor Legaz: «El problema jurídico práctico –asegura Legaz– se presenta cuando se advierte que el Juez está vinculado a la ley, la cual puede negar al Juez toda libertad de acción, puede negarle jurídicamente acceso a la equidad; pero, a la larga, esto es casi un imposible; la ley es menos poderosa, menos eficiente de lo que ella piensa de sí, y el Juez posee, jurídicamente, más poder que el que él mismo se atribuye cuando interpreta demasiado restrictivamente las normas que se lo conceden».