

Colección de estudios penales
Marino Barbero Santos

Derecho penal y Constitución

Luis Arroyo Zapatero



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Derecho Penal y Constitución

*A la memoria de Mireille Delmas-Marty, que me llevó
por los “Chemins de l’Harmonisation” y a la
Académie de Sciences morales et politiques de Francia.*

LUIS ARROYO ZAPATERO

Profesor emérito de Derecho penal de la Universidad de Castilla-La Mancha
Rector honorario de la misma.

Presidente de la *Société Internationale de Défense Sociale*

Miembro correspondiente de la *Académie de Sciences morales et politiques* y de la
Academia Mexicana de Ciencias penales y de la Sociedad Mexicana de Criminología

DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN



Ediciones de la Universidad
de Castilla-La Mancha

Cuenca, 2025

ARROYO ZAPATERO, Luis A.

Derecho penal y Constitución / Luis A. Arroyo Zapatero – Cuenca : Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2025

392 p. ; 24 cm.– (Marino Barbero ; 20)

ISBN 978-84-9044-026-1 (edición impresa) ; ISBN 978-84-9044-212-8 (edición electrónica) ; ISSN 2254-8033

1. Derecho penal 2. Derecho constitucional I. Universidad de Castilla-La Mancha, ed. II. Título III. Serie

343(100)

342.4

LNF LNDX (Thema)

© de los textos: Luis Alberto Arroyo Zapatero, 2025.

© de la edición: Universidad de Castilla-La Mancha, 2025.

© de la imagen de cubierta: Ignacio Oliva Mompeán. *Pick up the phone*, óleo sobre papel, 2018.

Edita: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha.

Colección MARINO BARBERO n.º 20.

Diseño de la colección y de la cubierta: C.I.D.I. (Universidad de Castilla-La Mancha)



Esta editorial es miembro de la UNE, lo que garantiza la difusión y comercialización de sus publicaciones a nivel nacional e internacional.

I.S.B.N.: 978-84-9044-026-1 (Edición impresa)

I.S.B.N.: 978-84-9044-212-8 (Edición electrónica)

I.S.S.N.: 2254-8033

I.S.S.N.-L: 2660-9924

I.S.N.I.: 0000000506819532 (Ediciones UCLM)

D.O.I.: <http://doi.org/10.18239/mbs.20.2025>

ROR: <https://ror.org/05r78ng12>

D.L.: CU 182-2025

Maquetación y composición: Compobell, S.L.

Impresión: By Print Percom S.L.

Hecho en España (U.E.) – *Made in Spain* (U.E.)



Esta obra se encuentra bajo una licencia internacional Creative Commons CC BY 4.0.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra no incluida en la licencia Creative Commons CC BY 4.0 solo puede ser realizada con la autorización expresa de los titulares, salvo excepción prevista por la ley. Puede Ud. acceder al texto completo de la licencia en este enlace: <https://creativecommons.org/licenses/by/4.0/deed.es>

ÍNDICE

Introducción a Derecho penal y Constitución.....	9

PARTE I. CUESTIONES DE PARTE GENERAL

Fundamento y función del sistema penal: el programa penal de la Constitución española.....	25
Control constitucional del Derecho y de la Justicia penal	39
Principios constitucionales del Derecho penal	63
Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal	121
La distinción entre cuestión de mera legalidad ordinaria y cuestión constitucional	161
El principio de culpabilidad y sus plasmaciones. Reflexiones y propuestas para construcción de una normativa	169

PARTE II. CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL

Prohibición del aborto y constitución	183
Aborto y razón de Estado	211
La indicación eugenésica	223
Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización	237
Aproximación a la problemática jurídica ligada a la administración de tratamientos poscoitales de tipo anticonceptivo a menores de edad	245
Libertad de expresión y Derecho penal	255
Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la ley contra la violencia de género	263
Derecho penal económico y Constitución	287
Responsabilidad penal en la huelga y el cierre patronal	313
Los piquetes de trabajadores en huelga y el delito de coacciones tras la reforma de 1976	345
Inconstitucionalidad de la presunción de habitualidad en la receptación (art. 546 Bis b cp.). Comentario a las sentencias de 25 de abril y 21 de diciembre de 1985 t.s.	363
Derogación de los artículos 431, 432, 239 y 566.5º del Código Penal (orgánica)	375
<i>Coup d'Etat</i> en el Consejo General del Poder Judicial	379
Por encima de la ley	389

INTRODUCCIÓN A DERECHO PENAL Y CONSTITUCIÓN

UN ASUNTO APARENTEMENTE PERSONAL

Todavía lo sigo viendo en el estante a pie de suelo de la biblioteca del *Kriminalwissenschaftliches Institut* de la Universidad de Colonia. Se trataba de la primera edición del librito de Herman Heller “*Rechtsstaat oder Diktatur*”. Con la curiosidad insaciable por la lectura de libros que desvían del asunto principal y retrasan el avance sistemático del trabajo, tomé el volumencito que me terminó siendo muy útil para el primer capítulo de la tesis, en el que habría de abordar el problema del ser humano, en su dimensión de trabajador por cuenta ajena, en el Estado moderno, lo que ya Heller llamó *Estado social*. Se necesitarían años para que me obsesionara la vida y muerte de Hermann Heller en Madrid, que solo saciarían Antonio Lopez Pina, primero, y después Ignacio Gutierrez con su *Hermann Heller: Compromiso, exilio y memoria* (en *e-SLegalHistory Review* 25), 2017. Tardé años en concluir la tesis, orientada con su gran hospitalidad científica por Hans Joachim Hirsch, sobre el proceloso tema de los delitos imprudentes de comisión por omisión aplicado a los accidentes de trabajo. La había comenzado a mi llegada a Alemania en junio de 1975, todavía en plena Dictadura y abocado a solicitar beca en el extranjero, pues mi condición de sometido a proceso penal ante el Tribunal de Orden Público no permitía ni contrato ni beca nacional alguna. En aquellas circunstancias era lógico que no me entusiasmara la teoría y dogmática constitucional, a pesar de que ya entonces tuve por vez primera los dos tomos del libro de Walter Sax, *Die Grundrechte*, sobre la mesa.

El regreso de Colonia coincide con las elecciones generales de 1977, en las que por vez primera pude votar, al menos por correo en el consulado de Düsseldorf, región económica llena de familias provenientes de lo que hemos llamado ahora la España vaciada, como si se hubiera vaciado de repente. A lo largo de los años 1978-1980 concluí la tesis y al tiempo estaba ya en pleno vigor la Constitución, que ponía en crisis numerosos preceptos penales que no habían sido todavía modificados en la carrera de desmontaje del Derecho penal político que había emprendido el presidente Suárez, obra legislativa que expuse en un solemne congreso conmemorativo del Marqués de Beccaria en el *Castello Sforzesco* en Milán en 1990, donde me llevó mi Maestro Marino Barbero Santos: *Cesare Becaria y la moderna política criminal en España en los primeros años de la democracia* (ahora en mi *Política criminal humanista para la sociedad contemporánea*, UCLM, Cuenca 2021, también en abierto). Se preparaba una reforma completa del Código que se plasmó en el Proyecto del Código penal de 1980. Así nació la verdadera “generación de la política criminal”, la de quienes nos formamos en la vorágine de la *lege ferenda* hasta el Código de 1995.

En verano de 1980 disfruté de una beca de reincorporación del DAAD y, aunque el plan era otro, me embebí en la dogmática constitucional que había permitido llegar a la legalización del aborto en Alemania. De nuevo Sax y sus *Grundrechte*, pero también Hesse, con todo su aparato dogmático constitucional, más la proporcionalidad y la ponderación, que algunos jóvenes de hoy creen que inventó Robert Alexy. Todo fue como una droga, pues no había hartura bastante y así, desde el primer momento, que fue el de la aprobación de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, me ocupé de las relaciones dogmáticas entre el Derecho penal y la Constitución, intentando contribuir a una cierta teoría general.

EL CONTENIDO DE LA OBRA

Junto al texto de “Aborto y Constitución”, publicado en la Revista de la Facultad Derecho de Madrid en 1980, me ocupé sistemáticamente del asunto de las vías procesales y enjuiciamientos de los conflictos en el recurso de amparo, de las cuestiones de constitucionalidad y de los recursos de inconstitucionalidad en “Control constitucional del Derecho y de la justicia penal” (*Cuadernos de Política Criminal*, 17, 1982), tras lo que me ocupé de comentar la jurisprudencia constitucional durante años, tarea en la que me siguió Rosario Vicente. De la dificultad del asunto en comparación con la claridad de hoy da cuenta el que hube de emplearme para fundamentar que tenía que caber tanto el amparo frente a resoluciones judiciales como el amparo “indirecto” contra leyes, en contra de lo cual se empeñaban académicos de peso.

A lo anterior siguió mi artículo sobre “El principio de legalidad y reserva de Ley en materia penal”, que destacó en aquel tiempo por esclarecer desde el plano

constitucional lo que no se resolvía bien solamente desde la perspectiva penal: la cuestión relativa al fundamento y alcance de la reserva de ley orgánica (publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional*, 3, 1983).

En aquellos diez primeros años de jurisprudencia del Tribunal Constitucional un tema novedoso y recurrente era el de la determinación criterios de intervención o rechazo del juicio de constitucionalidad en los recursos de amparo, que traté en “Distinción entre cuestión de mera legalidad y cuestión constitucional”, un trabajo que preparé en un intenso verano junto a Klaus Tiedemann en Friburgo, con quien había tenido oportunidad de abordar el asunto con motivo de la traducción de su “Constitución y Derecho penal”, publicado en 1991 en la *Revista española de Derecho constitucional*. Aun cuando la admisión de los recursos de amparo se haya reducido radicalmente tras la reforma operada por la LO 6/2007, modificadora de los artículos 49 y 50 de la LOTC, que introdujo el nuevo requisito de la demanda de amparo consistente en que para ser admitido a trámite debe justificarse la “especial trascendencia constitucional del recurso”, mis consideraciones siguen vigentes, pues se sigue reclamando también como presupuesto la relevancia constitucional del problema que se plantee, ahora denominada “verosimilitud de la lesión”. Por otra parte, la aportación teórica que hice en relación con la aptitud para el debate constitucional de los “tipos de conflicto interno trascendentes” resulta sumamente útil para identificar los tipos penales que al incriminar una conducta pueden proyectar su tipicidad sobre el ejercicio de libertades o derechos fundamentales y deben ser tomados en cuenta *ab initio* por el aplicador o interprete de la Ley penal. El trabajo se publicó en 1992 en el *Libro homenaje al Juez de la Corte Interamericana Eduardo Vázquez Martínez*, por la editorial Juricentro en Costa Rica, a iniciativa de Vicente Gimeno Sendra, en un volumen espléndido, pero sin distribución en España.

Para entonces se había alcanzado una cierta madurez en relación con el conjunto de los problemas que planteaban las relaciones entre el Derecho penal y nuestra Constitución, y se contaba ya con rica jurisprudencia constitucional que llegaría a plasmarse en los capítulos correspondientes de las *Lecciones de Derecho Penal* que iniciamos Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y yo en 1992. Estrechamente relacionado con aquello se encontraba el capítulo “El principio de culpabilidad y sus plasmaciones, reflexiones y propuestas para la construcción de una normativa europea: error de tipo y error de prohibición, explicado para ingleses” (aunque el ultimo inciso no me atreví a ponerlo en la publicación original de *Revista penal*, 3, 1999) en el que argumentaba que el tratamiento de la culpabilidad se fundamentaba en el principio de proporcionalidad que los británicos conocían de la jurisprudencia de Luxemburgo y del sentido común. Por cierto que el trabajo fue presentado en el seminario que convocaba Klaus Tiedemann en Friburgo, en los preparativos del que sería el gran volumen de los *eurodelitos* (*Wirtschaftsstrafrecht in der Europäische Union*, Heymans, Berlin 2002)

y que dio lugar a una bronca injusta y monumental de Bernd Schünemann a Joachim Vogel por defender este mi punto de vista, que no era otro que el delicado tema de que había que construir un Derecho penal europeo también para los ingleses, que no suelen comprender lo de las estructuras lógico-objetivas. Se lo recordé en mi alocución en el funeral del amigo tan triste y tempranamente desaparecido.

En 1987 presenté como memoria de cátedra al concurso para la de Albacete el trabajo con el que abro esta colección de artículos: “Fundamento y función del sistema penal: el programa de la Constitución española”, cuya primera versión apareció en el primer número de la *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha* y que, como puede verse, era un destilado de las primeras construcciones monográficas a la consideración del Derecho penal desde el marco de la Constitución, en lo que había sido el primero Franco Bricola y entre nosotros Santiago Mir Puig. En aquel trabajo de síntesis ponía de manifiesto las innovaciones que comportaba para el orden penal una Constitución de nuevo tipo, es decir, de vigencia directa, que obligaba al legislador, al gobierno y a los jueces, y cuya eficacia venía además garantizada por el Tribunal Constitucional. Todo ello comportaba también la necesidad de contemplar el ordenamiento penal no solo en su dimensión normativa sino también en su realidad social, como sistema penal, lo que habría de traer como consecuencia la consideración conjunta del Derecho penal sustantivo y del Derecho procesal penal, así como del *funcionamiento* del sistema penal, muy especialmente del sistema penitenciario. Se trataba de demasiada innovación para carecer de un *nomen* diferenciado aunque quizá baste invocar los términos de *Sistema* o *Derecho penal constitucional* pero el efecto combinado de la dogmática constitucional de Alemania, Italia, España y Portugal dio sus frutos con el impulso que se produjo con las reformas constitucionales de buena parte de los países Iberoamericanos en aquellos años noventa, especialmente Colombia y Argentina, a los que seguirán los demás países en consagrar Constituciones normativas, de vigencia directa, con inclusión de los derechos fundamentales, con Tribunal Constitucional específico o con Cortes Supremas adaptadas a esta tarea, y con la cláusula del deber interpretarlas de modo acorde a las declaraciones internacionales de Derechos humanos, la cual constituyó el fundamento de la Sentencia de la Corte Suprema de Argentina para anular las leyes de “punto final”, cuya ponencia fue obra de Raúl Zaffaroni. A su vez, tanto la Corte de Estrasburgo como más tarde de la de Costa Rica comenzaron una firme andadura. Es más, con el impulso de Sergio García Ramírez se implantó en la Corte Interamericana y en todo el continente el “control de convencionalidad”, con lo que todo el espacio americano disponía de una suerte de Tribunal Constitucional.

Al tiempo de la aprobación de la Constitución en 1978 existía en España toda una generación compuesta por penalistas forjados en la ciencia jurídica y al menos en los rudimentos de la criminología. Creo que el punto de inflexión fue sin duda Claus

Roxin. Los jóvenes españoles disponíamos gracias a él y a sus discípulos de una plataforma científica instalada en las contribuciones de Gimbernat, con su *¿Tiene un futuro la dogmática penal?*; de Francisco Muñoz Conde, con su interpretación materialista de la pena y de la culpabilidad plasmada en su *Introducción al Derecho penal* y con su traducción oportunísima de *La política criminal y Derecho penal* de Roxin y del *Tratado* de Winfried Hassemer (que tuve la satisfacción de traducir con él); y de otros, como Santiago Mir, con sus *Bases del Derecho penal*. Pero fue precisamente este último el que avivó el fuego, encendido por Franco Bricola, con su *Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho*, al que luego siguieron Tomas Vives, Gonzalo Quintero Olivares y muchos otros.

Estos factores determinaron el estado espiritual de la ciencia penal española, en la acertada expresión de Thomas Würtemberger. Hasta entonces se había empleado para categorizar ese orden político constitucional y penal la noción de Derecho penal del Estado social y democrático de Derecho. Pero los filósofos del derecho, siempre preocupados por la esencia de las cosas y con el pie forzado de los italianos, que tienen vetado el calificar de *social* al Estado por el efecto cortocircuito que la expresión provoca desde la República de Saló, dieron lugar a un neologismo, precisamente de la mano de una italiana de Génova: neoconstitucionalismo. La polémica sobre el neoconstitucionalismo se ha situado en un laberinto en el que a efectos penales no tiene sentido embarcarse, pues además de ofrecer ensayos muy polémicos, no resultan aplicables al Derecho penal, ya que no hay que transferir a los jueces penales la facultad de interpretar la ley penal más allá del límite del tenor literal posible, vetado por el principio de legalidad penal, sin que les sea dado hacer otra cosa que plantear la cuestión de constitucionalidad; ni mucho menos es admisible disolver los preceptos penales en el mar de los principios morales que a cada juzgador más le guste. Por esta razón, y como ejemplo de lo que no puede ser, he incluido como último texto de este libro mi artículo *Por encima de la Ley*, publicado el 24 de julio de este 2024 en *El País*.

Pues bien, en lo que a lo penal corresponde, valen las expresiones que se refieren al Estado Social y Democrático de Derecho, al Derecho penal constitucionalizado, todo ello sin necesidad de abandonar el positivismo jurídico ni de abrazar las vocaciones filosóficas de algunos colegas. Creo que de mi *Derecho penal y Constitución* queda todo en pie y que sigue siendo una buena guía para explicar la diferencia existencial y funcional para el Derecho penal entre el Estado social y democrático de Derecho y el mero Estado de Derecho o Estado de meras reglas (*Rule of Law*), como muy meridianamente se expresa en el mundo anglosajón, donde mayoritariamente se abraza una comprensión estrecha y formal del Estado de Derecho.

A lo largo de cuarenta años esta idea básica propia de la moderna concepción de la democracia y del Derecho penal se ha asentado firmemente en Europa y

en América, como expone con perspectiva actual Alejandro Saiz Arnaiz en “La expansión de la justicia constitucional en Europa: 1945-2000”, publicado en *La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España*, de 2023 todo el resto de contribuciones en el volumen sobre Europa y América. Eduardo Demetrio lo ha plasmado de modo magnífico recuperando la expresión del espíritu del tiempo en su *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de los tiempos y la Constitución*, con prólogo de Muñoz Conde (Barcelona, Reus, 2020), en el que se contienen todas las referencias españolas, que con las demás de este texto pueden verse en la bibliografía que es colofón de esta introducción.

La segunda parte del libro recoge mis contribuciones desde la Constitución a cuestiones de parte especial. En la primera, “Prohibición del aborto y Constitución” (*Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, 2, 1980, págs. 195-222) esclarecía que el conflicto entre la libertad de la mujer y la vida en formación lo era entre un derecho fundamental, el de la mujer, y un bien jurídico de relevancia constitucional como es la vida humana en formación, y que también en este caso de conflicto desigual había que recurrir a la ponderación de la que derivan sistemas de indicaciones y de plazos. El texto fue bien recibido en la primera sentencia de la Audiencia de Bilbao, cuyo presidente Juan Alberto Belloch tuvo la amabilidad de reconocerme los derechos de autor. Fue un texto de relevancia pues los fundamentos de la sentencia del Tribunal Constitucional asumieron la esencia de mi propuesta. A este trabajo le siguen otros que abordan problemas relacionados con la cuestión de aborto, como son el problema de *La indicación eugenésica* y el de *Los menores de edad y los incapaces ante el aborto y la esterilización*, no publicado el primero, que fue una intervención en el Instituto Franco-Alemán de Ludwigshafen bajo el asunto de la Razón de Estado en el que acompañé a Joaquín Abellán. Pero sí los restantes, el primero en la *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense* en el año 1986, en el vol. extra 11 dedicado a Estudios de Derecho penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa, pp. 47-60) y el segundo en los “Estudios Penales y Criminológicos” (22, 1986-87, p. 9-26).

Les siguió un trabajo sobre la *Libertad de expresión y Derecho penal*, publicado en el *Diario 16* en varias entregas, que analizaba las fases en que había venido ampliándose la libertad de expresión en material penal y que yo creía ingenuamente que en 1990 había alcanzado una fase de madurez, sin poder imaginar que Tribunal de Estrasburgo llegaría en 2016 a sobrepasar todo límite al libelo criminal cubriendo con su sacramento las injurias de Jiménez Losantos contra Alberto Ruíz Gallardón y anulando una sentencia modélica y de libro de la Jueza de Primera Instancia de Madrid.

Las nuevas cuestiones de relevancia constitucional que había venido planteando el lento progreso de los delitos económicos alcanzaban madurez en el Código de 1995 y a ello dedique el artículo que abría el primer volumen de la “Revista penal” en 1998, “*Derecho penal económico y Constitución*”, cuya realización se debe en el 50 por ciento a la colaboración generosa de Adán Nieto Martín, que ya entonces comenzaba a alumbrar con su brillantez los más modernos aspectos de los delitos económicos, y en seguida el relativo a la responsabilidad de las personas jurídicas, pues fue su trabajo y propuesta lo que tuve ocasión de elevar a la Comisión General de Codificación, con éxito casi completo.

De mi vieja preocupación por los derechos de los trabajadores, especialmente respecto del derecho de la huelga, con estudios publicados en la temprana fecha de 1983, que parecían haber sido relegados por el legislador y la costumbre a los vendedores de papel viejo cobraron inesperadamente vida de nuevo con la desparejada reacción represiva contra el derecho a la protesta de los trabajadores que la Fiscalía General del Estado tuvo en la capital y en las provincias, que llegó a mantener bajo procesamiento tras la huelga general de 2012 a centenares de sindicalistas hasta que no pocos juzgados respondieron con justicia que sí que eran sindicalistas, pero también padres de familia que ejercían el derecho constitucional de huelga, sin que desde el punto de vista constitucional se pudiera asumir que ser sindicalista pueda ser perjudicial: *Responsabilidad penal en la huelga y en el cierre patronal* (en Comentarios a la legislación penal, Madrid, 1983, T. II El Derecho penal del Estado democrático. EDERSA pp. 203-238 y *Los piquetes de trabajadores en huelga y el delito de coacciones tras la reforma de 1976*, en el mismo lugar en las págs. 441-485), conductas despenalizadas definitivamente por la Ley Orgánica 5/2021, de 22 de abril, de derogación del artículo 315 apartado 3 del Código Penal, aunque ahora subsiste la preocupación por la arbitraria aplicación del delito de terrorismo a supuestos como los del Tsunami catalán, que ha generado honda inquietud en los responsables sindicales que ha dado lugar al manifiesto “Una preocupación: La protesta social no puede ser penalizada como terrorismo”, firmado por los secretarios Generales de lo CCOO y UGT y por una amplia relación de juristas, entre ellos treinta catedráticos de Derecho penal y procesal (v. en *Infolibre* de 8 de julio de 2024 y en mi blog <https://blog.uclm.es/luisarroyozapatero/2024/09/02/una-preocupacion/>).

Se incluyen también dos textos de interés, uno el de la inconstitucionalidad de la presunción de *habitualidad de la receptación* y los comentarios a las sentencias que hicieron desgranar tan vergonzante presunción de culpabilidad en el pasado.

No sin dudar se ha incluido el texto *La derogación de los delitos de escándalo público en 1988*, que es en concreto la motivación de una proposición de ley para la abolición del delito de escándalo público presentada por el grupo parlamentario

de Izquierda Unida en 1988. La proposición fue la única que en toda la legislatura fue tomada en consideración por el Gobierno y por la mayoría del Partido Socialista.

Pero sin duda ha sido el relativo a el asunto de legislación contra la violencia de género el que mayor debate y participación *ad hoc* ha merecido en lo que va del milenio. La Ley de 2004, que arrastraba reformas procesales previas, se presentó con acierto y creo que su principal virtud y efecto es que se creó un sistema administrativo e institucional que determina que los miles de mujeres víctimas de la violencia machista no estén solas. Abordé la cuestión, además de en las sesiones de audiencias parlamentarias, en *Legitimidad constitucional y conveniencia político-criminal de la ley contra la violencia de género*, publicado en el Libro homenaje a M^a Mar Diez-Pita, Tirant lo Blanch, 2008, que contribuyó a la fundamentación del argumentario académico y del criterio sentado por el Tribunal Constitucional.

LA CONSTITUCIÓN Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución diseña un Estado social y democrático de Derecho con una clásica división de los tres poderes, pero con dos singularidades. Por una parte, atribuye el gobierno del Poder Judicial a un órgano cuya composición se ha discutido casi desde el principio, pero en relación con el cual lo único que debía estar claro es que no podía ser el consejo de administración de los intereses corporativos de los jueces y magistrados, como suelen reclamar algunas asociaciones judiciales, en especial, la más conservadora y, por supuesto, mayoritaria. El segundo pilar fundamental de nuestro Estado de Derecho es un Tribunal Constitucional, llamado a depurar cualquier desviación de la letra o del espíritu de la Constitución por parte de los tres poderes del Estado.

Es opinión común que el Tribunal Constitucional es la piedra dorsal de nuestra democracia constitucional. Para que el mismo pueda cumplir tal fin se requieren varios elementos. En primer lugar, que el Tribunal sea integrado por juristas del máximo prestigio, lo que exige que se trate de personas que en la opinión de cualquiera parezcan de extraordinario peso profesional, con capacidad para abordar la aplicación e interpretación más delicada, y sin sombra de duda sobre su autonomía personal. El primer Tribunal fue modélico en el sistema de elección, tanto por la calidad de los magistrados, como por su ajenidad al partidismo. La segunda condición para que el Tribunal Constitucional pueda ejercer sus funciones es que se constituya y se renueve como establece la ley, en los tiempos y en las formas, reproduciendo las calidades mencionadas. Pero ambos requisitos comenzaron a hacer aguas desde el momento de la llamada “segunda transición”. En efecto, entre los magistrados que correspondía nombrar al Gobierno de entonces, se emperó su

Presidente en designar a uno de quien todos cuantos le conocían sabían no solo de su falta de idoneidad técnica, sino de su carácter de hombre de partido. Todo salió como se auguraba, hasta llegar a provocar la gran crisis del Tribunal en la época de las llamadas recusaciones. Merece recuerdo la tribuna publicada en aquel momento crítico de 2007 por José Bono en *El País*, levantando un monumento de ejemplo cívico y jurídico de una “ética valiente” para el constitucional, que era a la vez un homenaje a Francisco Tomás y Valiente y un reclamo de la imprescindible autonomía de los magistrados. Ciertamente es que aquello se resolvió milagrosamente, pero sigue siendo cierto que, como dejó dicho Cervantes, el diablo nunca descansa y todo la añasca, y la cuestión de los nombramientos de magistrados ha estado desde entonces sometida a una tensión difícilmente soportable. Esta increíble presión partidista sobre el Tribunal ha llegado en ocasiones a hacer perder el norte a la mayoría de este, incluido a un presidente, eximio y culto catedrático de Derecho Constitucional. Cuando un valioso catedrático de Granada se quejaba de que, a diferencia de otros tribunales europeos que habían abordado —aunque siempre en momentos muy particulares— las medidas de emergencia dictadas por los Gobiernos europeos, y acusaba de inacción al nuestro, nos sorprendió este repentinamente con una sentencia que declaró inconstitucional el recurso al estado de alarma para combatir las patologías derivadas del coronavirus y reclamando la aplicación del estado de excepción, como si el virus fuera susceptible de ser detenido por la Guardia Civil, a semejanza del antiguo y simpático caso del epicentro del movimiento sísmico. Pero la sentencia no fue solo una profunda estolidez, sino una ignominia. Somos ahora el único país europeo cuyo tribunal constitucional ha declarado contrario a la norma fundamental la base del sistema de aseguramiento de la salud y de la economía de los españoles en las condiciones de pandemia, lo cual constituye una muestra de actitud partidista de los magistrados nombrados por quienes dominaban entonces el espacio político conservador con una mayoría absoluta de ejercicio arbitrario.

Incluso hizo falta un año y medio para que terminaran las resistencias para la renovación de sus magistrados y más de cinco para que el Consejo General del Poder Judicial dejara de estar sometido a una mayoría ilegítima, fruto de lo que he calificado como un *coup d'état*, adjetivo bien justificado, pues la sustitución ilegal de un organismo del Estado de Derecho por otro distinto al previsto en la norma fundamental es exactamente, en términos de Kelsen, un golpe de Estado. A este asunto dedico el penúltimo de los textos de este libro, que se publicó en el número que celebraba el 45 aniversario de la Constitución de *El Cronista del Estado social y Democrático de Derecho*, diciembre de 2023.

A la altura del cierre de estas líneas, el renovado Tribunal constitucional lleva ya un año de andadura, su obra da pie a creer de nuevo en la institución y es de desear que reviva el espíritu fundacional y se evite la tendencia a echar sobre sus espaldas

lo que pierden los grupos parlamentarios en las votaciones de las leyes, pues además con ello no parece perseguirse ahora el fin de depuración del ordenamiento jurídico, sino deslegitimar al propio Tribunal.

Por su parte, el Consejo General del Poder Judicial ha sido renovado por fin, y no sin dificultad ha logrado elegir una presidenta. No lo tiene fácil el nuevo Consejo, pues el banderín de la lucha contra la amnistía a los independentistas catalanes condenados en “el proceso” y a sus acompañantes ha llevado a algunos jueces a comportamientos sediciosos, y cuya legislación orgánica prohíbe estrictamente, hacer declaraciones y manifestaciones políticas contra el gobierno. Pero el banderín agitado no solo ha caracterizado el quinquenio de desgobierno del Poder Judicial sino que ha destruido su poder disciplinario y lo ha privado de legitimación. En ese contexto actúan aquí y allá, poniendo su banderín por encima de la ley, tanto jueces de instrucción, como algunos magistrados del Tribunal Supremo, un asunto gravísimo al que dedico mi último artículo: *Por encima de la ley*. La politización de la justicia es muy grave, pero no lo es menos la irresponsabilidad de todos quienes pueden hacer u omitir lo que quieren, incluso al margen de todo matiz político, como es el caso de la puesta en libertad del jefe de la *mocromafia* holandesa acusado allí y reclamado en extradición por el asesinato del fiscal anticorrupción de dicho país y de toda su familia, por las amenazas gravísimas a su princesa, que hubo de buscar asilo en el palacio de la Zarzuela, además del hecho de disponer de cámaras de tortura en el puerto de Amsterdam y mil delitos más, todo ello bien justificado por el Fiscal del asunto. Es un caso capital para el órgano disciplinario del renovado Consejo y es de desear que no se limite, como en el caso del asesinato de la niña Mariluz Cortés, a imponer al juez una multa de 1.500 euros y una sanción de suspensión de empleo a la secretaria judicial. Todo lo expuesto y otros casos que están en los periódicos estos meses son delitos o gravísimas infracciones administrativas que no se corresponden en absoluto con la labor callada y responsable de tantos jueces y magistrados y con el trabajo de no pocos órganos de gobierno de los territorios que cumplen la ley esforzadamente y siempre con pocos medios.

Me resulta lamentable tener que terminar de cerrar así este libro, tras haberme dedicado tras tantos años de satisfacciones y entusiasmo, a temas tan sensibles de la Constitución y su Derecho, pero, al fin y al cabo, quien escribe es un penalista y el derecho de los delitos y las penas nunca da para alegrías. No obstante, como me adscribo a la mejor doctrina tradicional y verdaderamente española que es el *correcionalismo*, que proclamaron Francisco Giner de los Ríos y Pedro Dorado Montero, soy un ciudadano esperanzado.

Ciudad Real, 30 de agosto de 2024

ANEXO: UNAS REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS DE INTERÉS Y ACTUALIDAD

A lo largo de 40 años esta idea básica de la moderna concepción de la democracia y del Derecho penal se ha asentado firmemente en Europa y en América, como expone con pleno e innovador acierto Marian Ahumada Ruiz, *La jurisdicción constitucional en Europa*, Thomson, Cizur Menor 2005 y la perspectiva actual de Alejandro Saiz Arnaiz, *La expansión de la justicia constitucional en Europa: 1945-2000*, en “La garantía jurisdiccional de la Constitución. A cien años del Verfassungsgerichtshof Österreich, a cuarenta años del Tribunal Constitucional de España.” XII Encuentro Iberoamericano de Derecho Procesal Constitucional. Tomo I, CEPC, Madrid 2023, p. 593-603) y todo el volumen sobre Europa y América. Para España vale hoy citar por todos a Eduardo Demetrio, quien lo ha plasmado recuperando la expresión del “estado espiritual” —empleada en 1957 en la Alemania en reconstrucción por Thomas Würtemberger y luego por Heinz Müller-Dietz en 1992—, su *El Derecho penal del Estado de Derecho entre el espíritu de los tiempos y la Constitución*, Prólogo de Muñoz Conde (Barcelona, Reus, 2020), con todas las referencias españolas. A punto esta de publicarse la tesis doctoral de su discípulo Faustino García de la Torre con una gran exposición de Derecho Comparado: Las obligaciones estatales de tutela penal. Un estudio sobre el impacto de los mandatos de protección y la prohibición en los fundamentos constitucionales del Derecho penal, UCLM 2022. Así mismo Santiago Mir y Mirentxu Corcoy, (dir.) y Juan Carlos Hortal, (coord.) *Constitución y sistema penal*, Marcial Pons, Madrid 2012; Jose Luis Díez Ripollés, *La racionalidad de las leyes penales*, Trotta, Madrid 2003; Gonzalo Quintero (dir.) *Derecho penal constitucional*, Tirant lo Blanch, Valencia 2015; Juan Carlos Carbonell, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia 1996; Juan Antonio Lascaraín, *El control constitucional de las leyes penales*, en “Hacia una evaluación racional de las leyes penales”, Adán Nieto Martín/ Marta Muñoz de Morales Romero/ José Becerra Muñoz (dirs.), Marcial Pons, Madrid 2016, y del mismo, *Principios penales democráticos*, Iustel, Madrid 2021, así como la titánica obra de Tomás Vives Antón, *Fundamentos del sistema penal*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia 2014.

Bien recientemente, Faustino García de la Torre García, *Las obligaciones estatales de tutela penal. Fundamentos constitucionales del derecho penal en el estado democrático de derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2024. Interesa mucho destacar la positiva evolución de la consideración de la relación entre Constitución y control constitucional del sistema penal más allá de nuestras fronteras. En Portugal es muy ilustrativo de Maria Fernanda Palma, *Direito Constitucional penal*, Almedina, Coimbra 2022. Para Italia debe verse Massimo Donini, *La herencia de Bricola y*

el constitucionalismo penal como método. Raíces nacionales y desarrollos supranacionales (Nuevo Foro Penal 77, 2011, 43-83) y ahora, el mismo, con su *Diritto Penale, Parte generale* (Giuffé, Milan 2024) especialmente sobre Derecho penal y Constitución, págs. 461-566 y Vittorio Manes, *Introduzione ai principi costituzionali in materia penale* (Giappichelli, Turin 2023).

En Alemania donde apenas jugó un papel muy limitado en los casi primeros 40 años de su tiempo constitucional, limitándose la intervención prácticamente al orden de los derechos procesales, como expuso Klaus Tiedemann en artículo publicado en la *Revista Española de Derecho Constitucional* (Nº 33, 1991, págs. 145-174) se ha asentado ya un debate de mayor alcance sobre la fundamentación de los posibles mandatos de castigar y sobre la configuración de las prohibiciones del exceso como puede verse en recientes publicaciones, más allá de la pionera y meritoria obra de Ivo Appel, *Verfassung und Strafe. Zur verfassungsrechtlichen Grenzen staatlichen Strafens*, Dunker & Humblot, Berlin 1998; Brunhoeber e. a., *Strafrech un Verfassung*, Nomos, Bden Baden 2013; Mathias Bäcker y Christoph Burhard, Mohr Siebek, *Strafvefassungsrecht*, Tubinga 2022; Kai Ambos, *Derecho penal y Constitución: ¿existe una pretensión al establecimiento de leyes penales, persecución penal e imposición de pena?*, en “Revista electrónica de ciencia penal y criminología”, 22, 2020.

Francia, por su parte, ha logrado superar la exclusividad del control de las leyes y otros actos jurídicos por el *Conseil d'Etat* y, por una parte, se sometió a la jurisdicción del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, bajo el ministerio de Robert Badinter, que ha dado lugar a una intensa y positiva litigiosidad estimulando una relevante elaboración teórica, como expone Ludovic Benezeck, *La fondamentalisation des droits dans l'ordre juridique interne sous l'influence de la CEDH*, Paris, Mare&Martin 2021; Pero, además, en 1983 se creó la *Cour Constitutionnelle*, que a pesar de sus déficits de composición y limitación de enjuiciamientos está realizando una obra notable especialmente a través de la *Question Prioritaire de Constitutionnalité*, cuyos primeros 10 años analiza Kathia Martin-Chenut, *L'initiative QPC 2020 à l'interface entre recherche et pratique / académie et justice* en “Titre VII”, en abierto, QPC 2020 monográfico *Les dix ans de la question citoyenne*, octubre 2020. También Robert Badinter, *Une longue marche, du Conseil à la Cour Constitutionnelle*, en *Cahiers du Conseil Constitutionnel* n° 25 agosto 2009, en abierto.

En la América que va desde Río Grande a la Patagonia se ha producido en nuestro tema avances considerables, sobre todo a partir de las constituciones nuevas o renovadas de los años 90 y por obra de una novedosa jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos que, por inspiración de Sergio García Ramírez, proclamó el principio de control de convencionalidad, que permite hoy, por ejemplo, tener declarada la inconvencionalidad de institutos como la responsabilidad penal de menores en Argentina, la prisión preventiva oficiosa (automática) en

México y el “arraigo”, también en este país y en muchos otros asuntos. Todo puede verse en Sergio García Ramírez, *Derecho penal constitucional y Estado de Derecho*, IJ UNAM, México 2021; el mismo y otros, *El sistema penal en la Constitución*, Instituto de Estudios Históricos de las Revoluciones mexicanas, México 2016; el mismo, *Panorama de la jurisprudencia interamericana sobre Derechos Humanos*, con Julieta Morales, Colección CNDH, México 2018.

En Colombia el impacto de la Constitución sobre el Derecho y el sistema penal puede verse en Esiquio Manuel Sanches Herrera, *Derecho penal Constitucional. El Principialismo penal*, Univ. Externado, Bogotá 2014; Andrés Fernando Ruiz Hernández, *La constitucionalización del Derecho Penal en Colombia: Un análisis de la influencia del Derecho Constitucional Contemporáneo en el Derecho Penal Colombiano*, EAE 2015, en abierto, y la propia y rica jurisprudencia de su Corte, de especial impacto la declaración de la “situación” penitenciaria como inconstitucional, ya en 1998 porque estimaba que el hacinamiento, la violencia y en general las condiciones de los centros penitenciarios constituían violaciones sistemáticas de los derechos humanos, por lo que declaró un estado de cosas inconstitucional, lo que ha establecido de nuevo en sentencia de 31 de marzo de 2022.

Para Brasil v. Alberto Jorge Correia de Barros Lima, *Direito penal constitucional – a imposição dos princípios constitucionais penais*, Saravia, Sao Paulo 2017; Luiz Regis Prado, (coord.), *Direito Penal Constitucional. A (Des)construção do Sistema Penal*, Edit. Forense, Baruri 2020 y Lucio Antonio Chamon, *Teoría constitucional do Direito Penal: Contribusoes a uma reconstrucao da dogmática penal*, Lumen Iuris 2006.

En Argentina v. Mariano H. Silvestroni, *Teoría constitucional del delito*, 3ª ed., Ediciones del Puerto, Buenos Aires 2018. Para el Perú José Palomino Manchego, *El Derecho constitucional penal a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano*, en <https://ficp.es/wp-content/uploads/2017/03/Palomino.-Ponencia.pdf>; En Uruguay destaca Gilberto Rodríguez Olivar, *Teoría constitucional del reproche penal. Programa de un Derecho penal constitucional*. IBDeF, Montevideo 2023.

A pesar de lo que ha influido en desarrollo del control de constitucionalidad del Derecho penal, la Jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano no lo tomo hoy en consideración, pues ha entrado en una fase de mero apéndice político de quien les nombro, sin que esa dependencia parezca transformarse en autonomía, que es lo que se pregonaba de sus jueces por algunos. Hoy ese tribunal está de luto y la esquela está redactada en buena síntesis por David Cole en su *The Supreme Court's Power Grab* en el *New York Rewiev of Boocks* del mes de agosto de 2024

El fenómeno de la globalización y sus consecuencias jurídicas ha sido objeto de profunda observación en materia de Constitución y sobre el derecho penal. Con carácter general puede verse Michael Stolleis, Andreas Paulus e Ignacio Gutie-

rez, *El derecho constitucional de la globalización*, edición del Coloquio Jurídico Europeo, Madrid 2013; Alexander Somek, *The Cosmopolitan Constitution*, Oxford University Press, 2014 y en materia penal en cuanto teoría general resulta fundamental la obra dirigida por Mireille Delmas-Marty, Ulrich Sieber y Mark Pieth, *Los caminos de la armonización*, con Marta Muñoz de Morales como coordinadora de la traducción y con presentación de quien suscribe, Tirant lo Blanc, Valencia 2009. Pero no se cabalga sobre la globalización solamente mediante la elaboración académica sino con la propia creación legislativa del Derecho Internacional mediante tratados y convenciones en muy diversas materias, desde el Estatuto de Roma por el que se creó la Corte Penal Internacional y los tratados de lucha contra la corrupción y contra el crimen organizado, así como contra la tortura, así como con los nuevos desarrollos de los derechos proclamados en el Pacto de Derechos civiles y políticos, como puede verse en lo que exponemos Luis Arroyo Zapatero y Adan Nieto, *Código de Derecho penal europeo e internacional*, Ministerio de Justicia, Madrid 2008, que muestra como más de un cuarto de toda la parte especial de los códigos penales es fruto de una armonización internacional de lo da muy buena cuenta Adan Nieto en *Derecho penal y Constitución en la era del “Global Law,”* en “Garantías constitucionales y Derecho penal europeo”, coord. por Víctor Gómez Martín y dirigido por Santiago Mir Puig y Mirentxu Corcoy Bidasolo, 2012, Marcial Pons, Madrid 2012.

PARTE I.
CUESTIONES DE PARTE GENERAL

FUNDAMENTO Y FUNCIÓN DEL SISTEMA PENAL: EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA¹

I. INTRODUCCIÓN

Abordar hoy en día la tarea de tomar posición sobre el concepto de Derecho penal y sobre las cuestiones metodológicas no resulta tarea sencilla, pues el estadio actual de desarrollo de la Ciencia en general el problema de la elección y de función del objeto de conocimiento no es algo ajeno a la pre-elección del método. La definición del objeto, de lo que sea Derecho, y Derecho penal en particular, es algo mediatizado por la cuestión metodológica. Valga como ejemplo de este fenómeno lo que acontece con la llamada Criminología crítica, que ha llegado a tomar como uno de sus objetos de conocimiento e investigación a la propia dogmática penal, es decir, lo que constituye por excelencia el método de conocimiento de objeto Derecho penal.

Para fundamentar la posición que se mantiene me he de referir sumariamente a estas cuestiones.

En efecto, la escisión de las concepciones científicas y metodológicas en la actualidad está nucleada en torno a dos problemas: el fin del conocimiento científico y la cuestión de los valores y su papel en este proceso. Sobre el primero de ellos basta decir aquí que, como han puesto de manifiesto las contribuciones a la teoría del conocimiento científico desde la teoría de la ciencia, entiendo que el fin de la

¹ La primera versión de este trabajo se publicó en la *Revista jurídica de Castilla la Mancha*, nº 1, 1987, pp. 97-110.

ciencia jurídica no es tanto la obtención de la verdad, sino objetivos más modestos, como sobre todo la validez y la aceptabilidad de los resultados de una argumentación, lo que explica el auge actual de las teorías de la argumentación y las nuevas retóricas de Perelman, Alexy y otros. Cuando, como Thomas Kuhn² ha puesto de manifiesto, las ciencias más “naturales”, como la física, no obtienen verdades en sí, sino paradigmas de verdad asentados en el consenso de los científicos de cada época, no más podemos pretender los juristas. En cuanto a la cuestión de los valores y su papel en el conocimiento científico se pueden distinguir también hoy dos corrientes fundamentales y enfrentadas. Por reducirnos a las de mayor actualidad se cuentan por una parte el pensamiento analítico, el racionalismo crítico, el fundacionalismo. Por otra, la teoría crítica de la sociedad y la hermenéutica.

A este respecto es mi opinión que el científico no encuentra modo de librarse de los juicios de valor. En términos más amplios, puede decirse que no hay metodología libre de ideología, y más cargadas de ideología que ninguna resultan precisamente aquellas que presumen de sí mismas de esta libre de valores, de ser objetivas o neutras.

La relación íntima entre ciencia y concepción particular del mundo resulta evidente en la evolución de la Ciencia penal. Así la conexión de la dogmática penal que representa Beling con el liberalismo más prístino, o la concepción de Von Liszt con el emerger del Estado social, o, en la actualidad, la Criminología crítica con el marxismo contemporáneo de Occidente. Pero esta conexión entre ideas penales e ideologías, por su carácter inevitable, no es grave, lo que sí lo es el no reconocimiento de dicha relación, pues quienes así operan se incapacitan a sí mismo para reconocer sus vinculaciones valorativas. Les ocurrió así a los seguidores de la dirección técnico-jurídica, y todavía 40 años después se está pagando en Italia el precio de su obra legislativa, como ha puesto recientemente de relieve Neppi Modona y Violante.

Ahora bien, esta conclusión no autoriza a tomar como punto de partida los valores que a cada cual mejor parezcan y convengan. Entiendo que la ciencia y el conocimiento jurídico se lleva a cabo en una sociedad y para la misma. En nuestro caso tratamos de conocer científicamente el problema penal, las normas penales, las conductas punibles, y el por qué y el cómo las normas se establecen y aplican, y todo ello para nuestra sociedad y su marco cultural y social. Bien es verdad que en las sociedades radicalmente escindidas se escinden también radicalmente las opciones científicas; no hay posibilidad de acuerdo y las corrientes de pensamiento jurídico se reducen sustancialmente a políticas jurídicas. Pero, por fortuna, vivimos ahora en una sociedad, por supuesto escindida, peor en la que nos hemos dotado de unas reglas de convivencia política y de desarrollo de la misma en unos valores-

2 Kuhn, *Estructura de las revoluciones científicas*, University of Chicago Press, 1962, pp. 18- 74.

marco sobre los que existe un amplio consenso, reglas y valores que se formulan en la Constitución.

La Constitución viene así a sentar las bases de solución del problema de los valores en la Ciencia jurídica: Si no resulta posible una actividad científico jurídica sin juicios de valor, sin ideología, si se trata de decidir el objeto de conocimiento y una metodología, estimo que la Constitución nos ofrece presupuestos valorativos para establecer el objeto que nos ha de ocupar a los penalistas y los métodos, o mejor, los valores en el método, de los que nos hemos de servir para el conocimiento de aquél.

Esta orientación que se mantiene no tiene larga tradición y exigirá una justificación más detallada, que desbordaría, sin duda, el marco de esta intervención. Baste enunciar en este momento algunas ideas básicas. Ante todo, debe decirse que la carencia de tradición se explica porque en el contexto europeo, sólo tras la última gran guerra —y entre nosotros desde 1978— se cuenta con Constituciones que sean, en primer lugar, superleyes, decisiones constituyentes normativas vinculantes inclusive para el legislador, segundo, que sean decisiones normativas de amplio consenso social, y tercer, que configuren sistemas no cerrados, sino abiertos hacia el progreso, hacia la libertad y la igualdad.

Con todo, se pueden indicar ensayos de peso en la orientación metodológica que se mantiene. Entre ellos y, en el ámbito penal, baste citar a la *Teoría Costituzionale del reato* de Bricola³, y a la Teoría del delito y de la pena en el Estado social y democrático de Derecho⁴ de Mir Puig, procedía de *Política y Derecho penal en España*, de Barbero Santos⁵ y de *Represión penal y Estado de Derecho* de Quintero Olivares⁶.

Esta categoría de Constituciones a las que se ha denominado Constituciones de nuevo tipo, aúnan lo formal y lo material, lo que resulta de gran trascendencia para afrontar el problema de las instituciones, y, por otra, diseñan un tipo de sociedad abierta, que no consagra el orden social existente e, incluso, promocionan normativamente el progreso social, lo que permite calificar los valores constitucionales como valores de encuentro y referencia común a buena parte de las ideologías de los operadores jurídicos.

Por lo expuesto, es por lo que resulta posible estimar a la Constitución y a sus valores como referencia común para la definición del objeto de la Ciencia penal y para la decisión acerca de la relación entre valores y metodología y lo que permite afirmar con amplio consenso que es con referencia a la Constitución, en sus con-

3 Bricola, “Teoria generale del reato”, en *Scritti di Diritto Penale. Vol. I, Tomo I. Milán: Giuffrè*, 1997, pp. 539 y ss.

4 Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Urgel, 2ª edición, 1982.

5 Barbero Santos, *Política y Derecho Penal en España*, Tucur Ediciones, 1977.

6 Quintero Olivares, *Represión Penal y Estado de Derecho*, Dirosa, 1976.

xiones técnico jurídicas y valorativas con el sistema penal, como se ha de establecer el deber ser del concepto y del método del Derecho penal, el concepto de delito, el fin de las consecuencias jurídicas, el sentido de la dogmática, del sistema, etcétera.

Ahora bien, esa definición del deber ser del Derecho penal no puede desconectarse, lógicamente, del ser del Derecho. Los valores normativos están destinados a operar sobre realidades, que la teoría no puede desconocer so pena de falta de racionalidad y de quedar condenada al fracaso. Por ello, las normas penales y sus conceptos deben construirse en base al ser del sistema penal, de su función real como sistema de control social y a las formas reales, empíricamente comprobables de su modo de operar, de cumplir su función. En definitiva, si se pretende crear normas penales para prevenir delitos, para la construcción de las mismas, y para su conceptualización, se ha de tomar como base el cómo se puede materialmente provocar y obtener dicha protección y, a tales efectos, se ha de recurrir a los resultados de la sociología de los sistemas sociales y de las ciencias de la conducta.

En este orden de cosas entiendo que el funcionalismo desde las tesis originarias como las de Merton, hasta las más evolucionadas, como las de Luhmann, constituye el paradigma de conocimiento más rentable para comprender el ser del sistema penal. La dignidad del funcionalismo radica en que su pretensión de neutralidad valorativa tiende a servir en todo sistema social y ello repugna a quienes no quieren prescindir de valores. Ahora bien el funcionalismo puede resultar la metodología más fructífera si se la reconvierte introduciendo en el mismo la limitación de su neutralidad frente al sistema, afirmando la legitimidad del recurso a valores y la fijación del orden constitucional como fuente de los mismos, es decir, delimitando de tal modo el “sistema legítimo” en el que pueden operar los factores y el análisis funcional. Y esta ha de ser de este modo porque, por supuesto, el sentido del sistema penal no puede derivarse tan sólo de la función que realmente cumple, sino también de la función que debe cumplir conforme a las indicadas decisiones políticas fundamentales. La relevancia penal de la Constitución deriva de que ésta comporta una nueva idea de hombre y de sociedad y un conjunto de principios normativos de carácter general que dotan de sentido las acciones de los poderes públicos y, en consecuencia, la acción de prohibir conductas, definir delitos y establecer penal. Comporta asimismo principios directos y concretamente dirigidos a modelar el sistema punitivo, como a continuación se expone.

La novedad respecto de la idea y de sociedad —con sus consecuencias para la filosofía del delito y de la pena— es que rompe con la concepción abstracta del hombre y la sociedad, como conjunto de sujetos libres e iguales, y sustenta una concepción realista de los hombres como sujetos sometidos a la desigualdad y a la falta de libertar material, para, sobre ello, reclamar una acción política y jurídica destinada a superar esa desigualdad y carencias de libertad. Todo lo cual ha de

plasmarse también en el Derecho penal: en el problema de la culpabilidad como fundamento de la responsabilidad, en el fin de la amenaza penal y de la ejecución de las penas, la constitución del ordenamiento de bienes jurídicos de la Parte Especial, las técnicas de interpretación de las normas y de la elaboración del sistema.

II. EL PROGRAMA PENAL DE LA CONSTITUCIÓN

La Constitución contiene preceptos que —unos directa, otros indirectamente— afectan y conforman el sistema punitivo. Se trata en realidad de un sistema complejo de relaciones. Pero más allá de las concretas referencias, la Constitución contiene principios generales que vinculan al legislador y a los tribunales en la conformación de todo el ordenamiento y lógicamente, también, el ordenamiento penal. Es más, son estos principios generales los que permiten captar adecuada y coherentemente el sentido de los preceptos concretos. Una lectura atomista y fraccionada de los preceptos constitucionales sólo puede servir —como ha señalado Bricola respecto de lo acontecido en Italia— a la tendencia siempre presente a neutralizar la carga innovadora que presenta la Constitución y, por tanto, a traicionar el espíritu constitucional.

Resulta necesario por ello examinar detenidamente la Constitución para extraer de su literal, de los principios generales que consagra y de su espíritu, lo que podría denominarse el programa penal de la Constitución, el conjunto de postulados político-criminales del que podamos afirmar que constituye el marco normativo en el seno del cual el legislador penal puede y debe tomar sus decisiones, y en el que el Juez ha de inspirarse para interpretar las leyes que le corresponda aplicar.

Importa precisar que con el término “programa” queremos referirnos a un conjunto de postulados politicocriminales genéricos y no a soluciones concretas para todos y cada uno de los problemas que son propios del sistema punitivo. Tal concreción de un programa no se contiene en el texto constitucional no resultaría saludable. El legislador es y debe ser libre para resolver a su prudente arbitrio los concretos problemas que se le plantean. La Constitución representa tan sólo ese marco normativo en cuyos principios ha de inspirar sus decisiones. En la Constitución puede buscarse —y ser encontrada— una respuesta a la alternativa entre Derecho penal de la retribución y Derecho penal de la resocialización, pero el determinar si resulta procedente la pena de arresto de fin de semana o la institución de la suspensión del fallo es algo que corresponde por entero al legislador.

Los principios generales que la Constitución consagra y que tienen relevancia para el sistema penal son los de igualdad, pluralismo, tolerancia y libertad que consagra el artículo 1 y los de racionalidad, proporcionalidad y promoción de libertad y la igualdad que afirma el artículo 9.

Ya en este nivel de los principios generales se pueden obtener criterios para configurar el conjunto del sistema penal, su fundamento y función, y para decidir la polémica actual polarizada en torno a un fundamento tradicional del Derecho penal, en la idea de culpabilidad moral, de retribución, y de su función social como mera tutela de valores ético-sociales, como realización de la justicia y, por otra parte, la orientación moderna, secularizada, que concibe al derecho penal fundamento en la necesidad de protección social y destinado a cumplir la función de un instrumento de tutela a través de la prevención de conductas socialmente dañosas. El Derecho penal, el concepto de delito y de pena se han de concebir así, no como categorías meramente formales. En el Derecho penal se ha de reconocer ante todo un instrumento específico de control social, y sobre esa caracterización material lo que se ha de precisar es el sentido, finalidad y condiciones con que el legislador ha de modelar el sistema de control social. En lo que sigue nos referiremos a las funciones que el programa penal de la Constitución asigna al sistema penal.

III. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES EN MATERIA PENAL

Los criterios que derivan de la Constitución los voy a formular a modo de principios penales. Paralelamente me iré refiriendo a las consecuencias teóricas y prácticas, es decir sobre el concepto de Derecho penal y sus instituciones que tales principios comportan y que derivan igualmente de la adecuación del Derecho penal y sus categorías al ser del sistema penal.

1.- El primero de los principios constitucionales es el de protección de bienes jurídicos: el sistema punitivo sólo puede ser orientado hacia la prevención de las conductas socialmente dañosas, lesivas de esos intereses individuales y sociales que desde Birnbaum denominamos bienes jurídicos.

Y si ésta es la función del Derecho penal, el concepto de delito se ha de nuclear materialmente en torno a la idea de lesión o peligro del objeto de protección, rechazando un concepto puramente formal, sin referencia a su dañosidad, y negando legitimidad a aquellas concretas figuras delictivas que no comporten dicha lesión o peligro. El problema es aquí el de la teoría del bien jurídico, en lo que mantengo una tesis material, funcionalista, en el sentido de la obra de Amelung, pero corregida o limitada por la referencia al orden de valores constitucionales, como proponen Rudolph, Bricola y Mir.

Del principio de protección de bienes jurídicos se derivan también otras consecuencias, por ejemplo: la no punibilidad de la tentativa absolutamente inidónea, el futuro de la discusión y tratamiento de los delitos de peligro abstracto, la construcción de nuevos tipos penales, como por ejemplo, los relativos al Derecho penal económico entre otros.

La atribución al sistema penal de la función de protección de bienes jurídicos mediante la prevención de peligro o lesión por conductas humanas requiere tomar en consideración el modo en que socialmente resulta racionalmente posible alcanzar el que los ciudadanos se comporten respetuosamente para con los bienes jurídicos. En este sentido, comparto la tesis de quienes, como Gimbernat y Muñoz Conde, basados en las ciencias de la conducta, estiman que ese objetivo se alcanza a través de un proceso de motivación.

Si esto es así, aunque la discusión no está cerrada, como se pone de manifiesto en las serias argumentaciones en contrario ofrecidas entre nosotros por Bajo, Rodríguez Mourullo, Quintero y Bustos, se han de extraer consecuencias sobre la teoría de las normas, y sobre su construcción, así como sobre el sistema:

- La función de las normas no es valorar conductas, aunque presupongan una valoración, sino definir lo prohibido e inducir a los ciudadanos a evitar las conductas prohibidas, procurando la interiorización de las normas de protección de los bienes jurídicos.
- Las normas penales se han de estructurar en base a las distintas formas de conducta, de posición y reacción del ciudadano frente al mensaje motivador: se han de distinguir en consecuencia cuatro formas básicas de conducta, la activa y la omisiva, la dolosa y la imprudente y, correlativamente, cuatro categorías conceptuales y sistemáticas de delito, o mejor, dos con subvariantes: delitos dolosos de acción y omisión y delitos imprudentes de acción y omisión.
- Por otra parte, la idea de la motivación comporta límites y presupuestos a la imposición de la pena: el instrumento último de la protección de los bienes jurídicos presupone que el sujeto está en condiciones de resultar motivado por la norma, cuestión ésta sobre la que volveré luego.

2.- El recurso a la motivación de comportamientos no dañosos mediante la pena no resulta justificado meramente por la bondad de los fines que se persiguen. Si la racionalidad es un principio que vincula al legislador, éste ha de recurrir a la amenaza con la más grave de las intervenciones en los derechos de los ciudadanos tan sólo cuando tan grave instrumento resulte racionalmente necesario.

Se habla en este sentido hoy generalmente con Muñoz Conde⁷ de principio de intervención mínima, que, a su vez, se plasma en tres momentos: primero, en el de la decisión de recurrir a la norma penal: debe ser la última ratio en el sistema de protección social, y tan sólo para proteger los intereses sociales más esenciales,

7 Muñoz Conde/García Arán, *Derecho penal, Parte general*, p.70. Vid, al respecto de Derecho penal y Constitución, entre otros, Berdugo, (y otros), en *Curso de Derecho penal, Parte General*, pp.43-47 y Quintero Olivares, *Manual de Derecho penal, Parte general*, Aranzadi, Elcano, 2002., pp. 97-98 y 106-11

frente a los ataques más graves: carácter fragmentario del Derecho penal; segundo, en el momento de selección legislativa del concreto instrumento punitivo: clase de pena y grado de la misma. La pena es un mal, un sufrimiento, y la exigencia de racionalidad no permite una clase de pena o un grado de la misma que comporte una gravedad mayor de la racionalmente necesaria. Se puede hablar en este sentido del principio de intervención mínima como sufrimiento mínimo. Desde este plano se pueden derivar consecuencias para un tercer momento: el de la concreta aplicación de la pena. El delito cometido no es razón y fundamento suficiente de aplicación de la pena. Se requiere además, que la imposición y ejecución de la misma resulte necesaria para la protección social, lo que no ocurre cuando el delincuente, por las razones que sean, no ofrece peligrosidad alguna de la comisión de nuevos delitos y no concurren razones de prevención general que exijan su efectiva aplicación.

En estos casos de conflicto entre necesidad de la prevención general y no de necesidad de pena debo indicar que se han de examinar con cautela, pues, como ya expusiera Antón Oneca es, la más de las veces, un conflicto más aparente que real. Por otra parte, debe ejercerse un cierto principio de desconfianza acerca de la capacidad de que a través de la imposición de la pena en un caso concreto se puedan obtener efectos preventivos generales.

Las consecuencias de estos principios se concretan en la exigencia de construcción de un sistema de penas, de determinación de la misma y de sustitutivos penales apto para operar en los casos de no necesidad de pena, o de no necesidad de pena tan grave. Esta es la decisión adoptada por la propuesta de Anteproyecto, sensiblemente mejorado respecto del Proyecto de 1980, objeto de crítica en este punto por Luzón Peña.

En toda la argumentación anterior no puede desconocerse el problema de los criterios que sirven a establecer el juicio sobre la necesidad de recurrir al Derecho penal y sobre la necesidad del concreto grado de la pena a establecer y a imponer. Se trata del problema de los límites a los instrumentos de prevención y la polémica acerca de la culpabilidad y su rendimiento para establecer esos límites. En esta polémica me inclino por el criterio alternativo de “proporcionalidad”, proporcionalidad entre el grado de la reacción penal señalado en el marco penal y la dañosidad social objetiva de la conducta.

No resulta posible detenerse en este punto. De lo que se trata es de comprobar si la idea de culpabilidad cumple o no una función limitadora en cada una de las categorías claves al respecto: diferencia de la penalidad entre delitos dolosos e imprudentes, desistimiento en la tentativa, reincidencia, no exigibilidad, error de prohibición, imputabilidad y derecho de medidas de seguridad. Una comprobación de este carácter ha sido realizada por Baumann, con resultados negativos, y a ella me remito.

3.- Como tercer principio fundamental del programa penal de la Constitución aparece el, por unos denominado principio de culpabilidad y por otros, de responsabilidad personal, en el sentido de atribuibilidad. Su explícita consagración constitucional entiendo que se encuentra en la presunción de inocencia del artículo 24.2, de alcance mucho mayor que el meramente procesal.

Un primer significado del principio, en el que partidarios y detractores del concepto normativo de culpabilidad están de acuerdo, es la exigencia de dolo o imprudencia como presupuesto de la responsabilidad criminal, y el correlativo rechazo de los supuestos de responsabilidad objetiva, tanto en sus manifestaciones expresas como en las que Mantovani ha denominado ocultas, tan importantes tras la reforma de 1983 y que han desaparecido con el Código de 1995. Dicho sea esto, con independencia de que la exigencia de dolo o imprudencia se sigue por unos en la categoría de la culpabilidad y por otros en el tipo.

Ahora bien, más allá de este común acuerdo, el término tiene una doble aceptación que por la división que produce en la doctrina conviene distinguir: Por una parte, se emplea tradicionalmente como referencia a la idea que fundamenta la responsabilidad criminal. Por otra, como categoría o elemento del concepto técnico de delito, que soporta determinados presupuestos de la imposición de la pena. Respecto de la primera acepción es conocida la división doctrinal entre aquellos para quienes la idea de culpabilidad resume la fundamentación de la responsabilidad criminal en la libertad de la voluntad, y aquellos que rechazan tal fundamento y proponen alternativamente el principio de necesidad de pena por razones de prevención. Dentro de este sector se distingue entre quienes rechazan inclusive el término en cuestión por considerarlo íntimamente ligado a su sentido tradicional, por ejemplo, Gimbernat, y aquellos que mantienen el empleo del término, pero atribuyéndole un contenido distinto, hablando, por ejemplo Muñoz Conde, de culpabilidad material.

Ya al hacer referencia al principio de protección de los bienes jurídicos he aludido a mi posición favorable a la tesis de la necesidad de pena. Ahora bien, mantengo el término tradicional para hacer referencia no a un fundamento, sino a un presupuesto de la pena que se configura como elemento de delito: la capacidad normal resultar motivado por la norma. La culpabilidad concebida en este sentido opera como presupuesto y límite de la necesidad de pena.

Sobre esta base, la categoría conceptual “culpabilidad” soporta dos elementos referidos a variantes de la posibilidad de motivación. La primera es la imputabilidad, entendida como conjunto de facultades psíquicas y físicas mínimas que requieren el fenómeno de motivación normativa normal. Junto a ésta, la categoría culpabilidad soporta la exigencia de un conocimiento, cuando menos potencial, de la antijuridicidad de la conducta. No puede dejarse de mencionar en este contexto un problema que afecta tanto a los partidarios de una como de la otra tesis de culpa-

bilidad: la crisis actual del concepto de imputabilidad, consecuencia de la crisis de los paradigmas psicopatológicos desde los que se han elaborado las categorías de la enfermedad mental.

En definitiva, por principio constitucional de culpabilidad entiendo: por una parte, la exigencia de atribuibilidad personal del hecho a su autor en el sentido de limitar la responsabilidad a los hechos dolosos e imprudentes y excluir la responsabilidad objetiva y las presunciones de imputación. Y, por otra parte, la necesidad de una categoría en el concepto técnico de delito a la que se reconduzcan —como presupuesto de la dirección de la norma y de la aplicación de la pena— la exigencia de que el sujeto sea capaz de resultar normalmente motivable por la norma, y de que conozca o pueda conocer la antijuricidad de su conducta.

4.- Cuarto principio de constitucionalidad es el de resocialización. La idea de resocialización o de reinserción alude al logro de que el delincuente, el sujeto ante quien fracasó el mensaje motivador preventivo general de la norma, no cometa en el futuro nuevos delitos. Este objetivo se pretende obtener a través de la imposición y la ejecución de la pena. El cómo obtener este fin es el problema a resolver.

La formulación del principio de resocialización en el art. 25.2 ha contribuido a oscurecer en los primeros momentos la definición de ese contenido de la ejecución, pues en la misma el empleo de los términos reeducación y reinserción aparecen más conectados a un sentido transitivo, de contenido de la ejecución, sobre todo como tratamiento, que a su sentido como resultado final. Interpretado el literal del art. 25.2 en coherencia con el conjunto de principios hasta ahora expuestos los resultados son los siguientes:

En primer lugar, la ejecución penal es materialmente imposición al delincuente del mal que en todo caso representan la pena. En segundo lugar, el mero sometimiento al mal es ya un contenido de la ejecución, contenido coherente con el fin motivador de la imposición concreta de la pena. Para determinados tipos de delincuente esa mera imposición de la privación de bienes jurídicos podrá resultar suficiente acción motivadora de una futura conducta sin delito, v.gr., delincuentes económicos.

Ahora bien, lo que el Estado social y democrático de Derecho aporta a los contenidos de la ejecución es algo más, aunque presupone y parte de lo anterior. El Estado no puede reducir su misión a la de mero gendarme, custodio del delincuente y desinteresado de su destino. Lo que comporta el nuevo orden fundamental es la obligación por parte del Estado de intervenir en las desigualdades y conflictos sociales, ofreciendo posibilidades de participación plena en la vida social a los que carecen de ellas, carencia que puede ser un factor determinante de la conducta desviada de determinadas clases de delincuentes.

Esta obligación del Estado se traduce, por una parte, en la construcción de un sistema de ejecución de la pena que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción, y por otra, cuando menos, en la exigencia de depuración del sistema de ejecución de todos aquellos factores que impiden la resocialización o que, incluso, incrementan la asocialidad del sujeto: por ejemplo, la masificación de las prisiones. Y debe hacerse hincapié en este último aspecto el negativo de la fotografía de la resocialización — pues no puede olvidarse que en España el Estado social ha concluido casi antes de comenzar.

Entre esa diversidad de medios y oportunidades de reinserción se encuentra todo lo que se liga a la idea de tratamiento. Ahora bien, se trata tan sólo de tratamiento como oferta al sujeto, no como imposición. La razón de ello estriba tanto en que la voluntariedad del tratamiento es un presupuesto básico de su viabilidad, como, sobre todo, en que los medios de protección social están sometidos a valores: sobre todo el libre desarrollo de la personalidad. Como han mantenido Barbero Santos y Stratenweth, el Estado secularizado y pluralista no puede imponer coactivamente al sujeto ni siquiera los valores dominantes, que, además, si los juzgamos por sus resultados, aparecen sumamente discutibles. El principio de resocialización se resuelve, pues, en la idea de ejecución de la pena a través del ofrecimiento de medios para que el sujeto pueda participar en el futuro en la vida social sin recaer en el delito.

Por último, el principio de resocialización exige la adopción de medidas más allá de la ejecución, una de carácter político social, como por ejemplo la protección frente al desempleo. Otras son simples decisiones legislativas, v.gr., dar término definitivo al sistema de antecedentes penales y a sus efectos estigmatizantes y discriminadores, incluso más allá del importante paso dado al respecto en la reforma de 1983.

La afirmación de Von Liszt de que la mejor política criminal es una buena política social sigue siendo plenamente actual. Y llegados a este punto he de tomar posición sobre las medidas de seguridad y corrección, haciendo abstracción lógicamente de planteamiento general, del que se han ocupado ampliamente Barbero Santos y Beristain.

En la configuración constitucional del sistema penal que he expuesto, y en particular respecto de la pena y el contenido de la ejecución, entiendo que resta a las medidas de seguridad un muy reducido lugar. Su contenido no se distingue del contenido de la pena sino en un punto, el de los presupuestos de su imposición, y de su ejecución: por una parte, las medidas deben reservarse a los sujetos peligrosos que adolecen de una falta de las condiciones físicas y psíquicas necesarias para resultar motivados normalmente por las normas incriminadoras, en definitiva para los inimputables y semi-imputables peligrosos. Por otra parte, la diferencia con los presupuestos de ejecución de la pena radica en que la medida ha de estar necesariamente orientada a la corrección del sujeto.

No deben quedar las medidas a margen del Derecho penal y de sus principios, por razones técnicas y sobre todo de seguridad jurídica. En síntesis de Barbero Santos: sólo la comisión de un delito a lo que se suma la peligrosidad criminal de su autor puede ser presupuesto de las medidas; su contenido y duración ha de regirse también por los principios de proporcionalidad e intervención mínima; es necesario el consentimiento para ser sometido a determinados tratamientos o a continuarlos: la conveniencia o no de imponer o prolongar una medida sólo puede atribuirse al juez con límites legales tasados.

5.- Quinto y último principio fundamental es el de legalidad. Nuestro Derecho penal ha contado tradicionalmente con la consagración del *nullum crimen* en el propio Código penal. A partir de la Constitución y su proclamación en el art. 25,1 es, además, un principio supra penal que vincula al propio legislador.

En uno de mis trabajos anteriores⁸ he analizado pormenorizadamente el fundamento y contenido del principio, y sus consecuencias en materia de fuentes, limitadas a las leyes orgánicas y a las sentencias del Tribunal Constitucional declaratorias de inconstitucionalidad. Pero el principio de legalidad despliega sus efectos también, y muy singularmente, en el ámbito del método jurídico la interpretación y en la construcción sistemática.

En este sentido quiero destacar que el reto que el principio de legalidad soporta es doble, si bien proviene de un mismo campo, el de la realidad. Por un parte, en la medida en que, en orden a la superación de la escisión entre Derecho penal y realidad, se pretende integrar los criterios políticos criminales en el frágil y hermoso edificio levantado por la dogmática jurídica en aras precisamente del propio principio de legalidad. Por otra, como consecuencia de lo que no es un deseo, sino el resultado de una constatación de hechos. En efecto, el análisis empírico y teórico desde la teoría del Derecho llevado a cabo en los últimos años sobre el modo real de operar los juristas han puesto de manifiesto que el proceso de captación de la norma y la decisión sobre su aplicación se verifica de forma bien alejada de los módulos objetivos del dogma de la subsunción que, derivado del principio de codificación, se asentaba en los cuatro cánones de la interpretación de Savigny.

Los resultados a que ha llegado esa moderna teoría del derecho de base empírica pueden formularse sintéticamente así: El enunciado de la norma no resulta sólo captable sólo desde ella, pues no está siquiera acabado en la norma misma. Se requiere, por el contrario, y de hecho así sucede, tomar en consideración los grupos de casos, el segmento de realidad social para cuya solución está pensada la norma. Por esta razón, este sector de la realidad social resulta también constitutivo del contenido

8 Arroyo Zapatero, "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", en *Revista Española de Derecho constitucional*, 8, 1983, Madrid, pp. 9-46.

de la norma. A su vez, en la interpretación de la norma y selección de los casos interviene, también de forma constitutiva, la subjetividad del intérprete.

Este modo real de operar los juristas ha sido desvelado sobre todo por la hermenéutica, teoría del conocimiento de la que puede decirse de modo general que —en su versión moderna, ligada a la obra de Gadamer, ha destruido la ilusión objetivista de las ciencias del espíritu. Del pensamiento hermenéutico se han derivado en los últimos años diversas direcciones metodológicas: Esser y Larenz, desde la 3ª ed., en el Derecho civil, Friederick Muller, en el Derecho Constitucional, Hassemer en Derecho penal, entre otras. La dirección de conjunto puede describirse como el pasado del quehacer dogmático como interpretación de normas a la dogmática de la concretización de las normas, dogmática de la concretización en la que se integran de modo natural las necesidades político-jurídicas, y en la que se mantiene el sistema, si bien se mantiene como sistema abierto. Los resultados son en parte coincidentes y en parte, superadores del pensamiento tópico: Concretización es pensamiento tópico y tópicos son también pequeñas sistemas, integrables en otras más generales, si bien, abiertos a nuevos problemas.

Creo que estas orientaciones hermenéuticas señalan el camino de futuro de la dogmática jurídica y también de la dogmática penal. Representan la asunción de ese doble reto que la realidad plantea a la Ciencia jurídico-penal.

Con ello se asegura el futuro de la dogmática penal, dogmática cuya muerte no se puede aceptar y menos aun cuando se constatan las dificultades para alcanzar una total y absoluta vinculación del Juez a la ley. Resulta necesaria no como instrumento tecnocrático de la aplicación de la ley, sino, sobre todo, como instrumento para vincular al juez, para poder controlar la racionalidad de sus criterios de decisión y de sus resultados.

Con todo, no se quiere pretender que los problemas de la Ciencia penal quedan cerrados. Tal cosa ni siquiera interesa. Pretender que se dispone de una metodología “correcta” sólo nos llevaría a los juristas a perder esa mala conciencia de que nos hablara Radbruch, sin alcanzar a cambio la intangible verdad.

En todo lo expuesto he procurado la búsqueda en las nuevas orientaciones, de soluciones a los problemas conceptuales y metodológicos de nuestra disciplina. A las mismas se les pueden reprochar muchas cosas, entre ellas, entronizar una cierta y molesta inseguridad. Pero quizás tampoco sea esto un reproche si se comparte la tesis de que no podemos pretender más que ir a favor de la razón, y, para conducir esta intervención, pienso que todos podemos estar de acuerdo en que ir a favor de la razón es más un asunto de conjeturas, apuestas, ensayos y fracasos, que un simple asunto de demostraciones y evidencias definitivas.

CONTROL CONSTITUCIONAL DEL DERECHO Y DE LA JUSTICIA PENAL¹

I. RELACIONES ENTRE DERECHO PENAL Y ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico (art. 9.1 Const.). Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título 1 —arts. 14 a 38— vincula a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades (art. 53.1 Const.). El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III del Título I informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 Const.). Por último, la Constitución deroga cuantas disposiciones legales anteriores se opongan a ella (Disposición derogatoria 3ª).

Sobre la base de los principios enunciados, que consagran la primacía normativa de la Constitución sobre los tres poderes del Estado —legislativo, ejecutivo y judicial—, se pueden establecer las relaciones fundamentales entre Constitución y Derecho penal². El derecho penal, contemplado en un sentido amplio —sustanti-

1 La primera versión de este trabajo se publicó en *Cuadernos de Política Criminal*, n.º 17, 1982, pp. 385-405.

2 Sobre las relaciones entre Derecho Penal y Constitución vid. Barbero Santos, *Política y Derecho Penal en España*, Tucur Ediciones, 1977; Quintero Olivares, *Represión Penal y Estado de Derecho*, Dirosa, 1978; Vives Antón, “Reforma política y Derecho Penal”, en *CPCrim 1*, 1977, pp. 73 y ss.; Serrano Gómez, “Temas de Derecho Penal en la Constitución”, en Fernández Rodríguez, *Lecturas sobre la Constitución Española T.II*, UNED, 1978. pp. 39 y ss. También en Bueno Arús, “Las normas

vo, penitenciario y procesal—, como conjunto de normas que definen los delitos y establecen sus consecuencias jurídicas, el proceso de aplicación de las mismas por los Tribunales y su ejecución por la Administración de Justicia, encuentra su fundamento y su límite en la Constitución, en los principios que ésta consagra, en las garantías que establece, en los derechos fundamentales que reconoce y en los mandatos que contiene.

La relación que se establece entre ordenamiento Constitucional y ordenamiento punitivo es de carácter complejo y puede distinguirse en ella diferentes aspectos³.

1. Efectos directos de la Constitución sobre el Código Penal

La Constitución produce efectos directos en materia penal a través de determinados preceptos, verbigracia:

- Principio de legalidad, con sus correlativas garantías criminal, penal y procesal (arts. 13, 25.1 y 24.2).
- Abolición de la pena de muerte y proscripción de penas inhumanas o degradantes (art. 15), así como de la de trabajos forzados (art. 25.2).
- Determinación de la finalidad de las penas privativas de libertad y de las medidas de seguridad (art. 25.2).
- Principio de extensión máxima de los derechos de los condenados a privación de libertad (art. 25.2).
- Mandato de tutela penal del medio ambiente y del patrimonio artístico (arts. 45.3 y 46).
- Prohibición de conceder la extradición por delitos políticos (art. 13.3).
- Principio de primacía de la jurisdicción ordinaria, con exclusión de la Justicia militar, salvo para el ámbito estrictamente castrense y en los supuestos de estado de sitio (art. 117.5).

penales en la Constitución Española de 1978”, en *Doctrina penal* 8, 1979, pp. 821 y ss.; Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Bosch, 1979; Escrivá Gregori, “Algunas consideraciones sobre Derecho Pernal y Constitución” en *Papers* 13, 1980, pp. 141 y ss.; Sax, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, en *Bettermann-Nipperdey-Scheuner, Die Grundrechte*, tomo III. vol. 2. 1959, pp. 909 y ss.; Hamann, *Grundgesetz und Strafrechtsgebung*, Brigen a R. 1963; Zipf, *Introducción a la política criminal*, Editoriales de Derecho Reunidas, 1979 (ed. alemana de 1973); Herrmann, *Die Reform der Strafgesetze*, Duncker & Humblot GmbH, 1973, pp. 77-112; Müller-Dietz, *Strafe und Sataat*, Frankfurt, 1973; Nuvolone, *Le leggi penali e la Costituzione*, Giuffrè, 1953; Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Giuffrè, 1966; Bricola, “Teoria generale del reato” en *Novissimo Digesto*, XIX, pp. 7 y ss.; Idem, *Legalità e crisi: l’art. 25 commi 2 e 3 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, en *La Questione Criminale*, 1980, pp. 179 y ss.

3 Una cuidadosa relación de los preceptos de la Constitución de relevancia penal puede verse en la obra citada de Bueno Arús, recogida también en su obra *Estudios Penales y penitenciarios*, Universidad Complutense de Madrid, 1981, pp. 23 y ss.

2. Efectos mediatos o indirectos de la Constitución sobre el Derecho penal

El texto fundamental contiene principios expresos e implícitos que afectan de forma mediata al ordenamiento penal y que, primordialmente, van dirigidos al legislador:

- Determinación de la función del Derecho penal como función de protección de bienes jurídicos de la comunidad, derivado del principio de Estado social y democrático de derecho (art. 1.1) y del mandato de los artículos 9.2 y 9.3.

Vinculación del ordenamiento penal de bienes jurídicos al ordenamiento de bienes jurídicos contenido en la Constitución. El legislador sólo está legitimado para tutelar penalmente aquellos bienes jurídicos que estén incorporados al ordenamiento constitucional. A su vez el legislador ordinario está llamado por la Constitución a dirigir la tutela penal hacia la protección de esos bienes jurídicos constitucionales, porque su proclamación en la norma fundamental les define como los más valiosos bienes para la comunidad, sin perjuicio de la autonomía del legislador para determinar cuál de los instrumentos jurídicos y políticos de que dispone sea el más apto para alcanzar la protección más eficaz (principio de “ultima ratio”).

- Principio de proporcionalidad entre pena y delito y entre peligrosidad criminal y medida de seguridad, como exigencia derivada del principio de igualdad y de no arbitrariedad. Igualmente, en lo que se refiere a la proporcionalidad o adecuación entre fin de protección propuesto e instrumentación punitiva.

3. Efectos del Código Penal sobre la Constitución

En diversas ocasiones la propia Constitución define los límites de los derechos que consagra a través de una referencia a la ley penal, y, viceversa, tipos penales encuentran su contenido o sus límites en preceptos de la Constitución.

El Derecho penal aparece así como límite de la Constitución, pero por imperativo de ella misma, por ejemplo, en los ámbitos siguientes:

- La ley penal militar para tiempos de guerra respecto de los límites del derecho a la vida (art. 15).
- Los preceptos penales relativos al orden público respecto de la libertad ideológica, religiosa y de culto (art. 16.1).
- Los tipos relativos a la informática y al secreto profesional como límites de la libertad de información y de prensa (art. 18.4 y 20).
- Los preceptos penales tuteladores del honor y la intimidad, así como de la juventud y la infancia, respecto de la libertad de expresión e información (art. 20.4).

- Los preceptos penales que tipifican las asociaciones delictivas como límite a este derecho (art. 22.2).
- La Ley Penitenciaria como límite de los derechos de los presos (artículo 25.2).

Preciso es poner de manifiesto que estas remisiones, a la ley penal no suponen una libertad absoluta para el legislador ordinario. El marco de arbitrio del poder legislativo en materia de derechos fundamentales viene delimitado por el principio establecido en el artículo 53.1, del cual se deriva en nuestro ámbito que la ley penal, en lo que suponga de “regulación” de los derechos y libertades, debe en todo caso respetar su “contenido esencial”⁴.

4. Interpretación conforme a la Constitución de los preceptos penales

Los preceptos de la norma fundamental constituyen parámetro material vinculante y decisivo de la interpretación de los preceptos penales.

La relación entre Constitución y Derecho penal viene mediatizada aquí por los Jueces y Tribunales, que, por imperativo constitucional, están vinculados al principio de *interpretación conforme a la Constitución de las leyes penales*⁵.

Como consecuencia del valor normativo de la Constitución y de su supremacía sobre todo el ordenamiento, la interpretación de las normas ha de llevarse a cabo, en cualquier momento de su aplicación, en el sentido que resulta de los principios y reglas constitucionales, tanto los de carácter general como los específicamente referidos a la materia de que se trate⁶.

El principio de interpretación conforme a la Constitución ha sido elaborado en el marco de la práctica de la Justicia constitucional, sobre la base del principio de conservación de la norma, y en este ámbito se resuelve en la pauta de no declarar nula una ley o un precepto legal más que cuando no pueda ser interpretada de modo conforme a la Constitución. Si una interpretación que no contradice los principios de la Constitución es posible según alguno de los criterios hermenéuticos, ha de preferirse ésta a cualquier otra en la que la disposición legal hubiera de ser declarada inconstitucional⁷.

4 Vid. Häberle, *Die Wissensgehaltsgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3 ed., Müller, C F in Hühthig Jehle Rehm, 1980. Lo que se afirma vale también para la tesis que se sustenta de reservar la materia penal a la Ley Orgánica, v. más adelante.

5 Sobre este principio, vid. Larenz, *Metodología del derecho*, traducción de Rodríguez Molineiro, Ariel, 1980, pp. 337 y ss.; Zippelius, “Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen” en *Festgabe für das Bundesverfassungsgericht*, II, Tübinga, 1976, pp. 108 y ss., pp. 327 y ss.

6 Cfr. García de Enterría, ob. cit., p. 327.

7 Vid. Tribunal Constitucional, CI-1 S. 29 de abril 1981, II,1: RI-2, S. 13-II-1981, II, 6

El principio de interpretación del ordenamiento conforme a la Constitución no vincula únicamente al Tribunal Constitucional, en el momento de la decisión del recurso, sino también a todos los órganos judiciales en su función de aplicación del ordenamiento, por exigencia del principio de unidad del ordenamiento y del de supremacía jerárquica de la Constitución dentro del mismo⁸. El principio lleva consigo, entre otros efectos, la prohibición de cualquier construcción interpretativa o dogmática que concluya en un resultado directa o indirectamente contradictorio con los valores constitucionales⁹. Ahora bien, la interpretación realizada de este modo no debe traspasar el sentido literal posible del precepto en cuestión, pues de otro modo la interpretación deja de ser tal y se convierte en corrección de la ley¹⁰, y, por tanto, en creación de la misma, violándose el principio de legalidad y de reserva de ley.

En el orden penal el principio enunciado se concreta en exigir la interpretación conforme a la Constitución de los preceptos penales hasta el límite de su sentido literal posible. El Juez o tribunal solo se decidirá a plantear la cuestión de inconstitucionalidad del precepto cuando su tenor literal impida la adecuación del mismo a los principios constitucionales.

La sentencia dictada en aplicación de un precepto acomodable a la Constitución por vía hermenéutica, pero sin que el órgano judicial haya procedido de este modo, será recurrible en amparo constitucional y declarado nula si de esta forma se han violado derechos o libertades de la persona. En estos supuestos el origen del agravio no se atribuye al precepto legal, sino al *acto* judicial de “aplicación” (interpretación) del precepto.

5. Constitución y teoría del delito y de la pena

La dinámica constitucional no se ha de limitar a determinar la prohibición de construcciones interpretativas o dogmáticas que supongan contradicción con los valores y preceptos constitucionales. La construcción dogmática está al servicio de la elaboración coherente y sistemática de lo particular con lo general, de los preceptos concretos con los principios generales. En el régimen constitucional, la elaboración dogmática, y su expresión más preciosa, la teoría del delito y de la pena, debe inspirarse en los principios constitucionales. El ensayo de desarrollar una teoría del delito a partir de la Constitución no es un ejercicio intelectual más. Bien al contrario, es una exigencia lógico-jurídica derivada del valor normativo y superior

8 Cfr. García De Enterría, E., ob. cit., p. 328.

9 En este sentido, Vives Antón estima incompatible con el Estado de Derecho y necesitados de una interpretación conforme a la Constitución los vestigios de responsabilidad objetiva o la doctrina del acuerdo previo, v. ob. cit., p. 110. De igual modo pueden resolverse por esta vía, por ej., los problemas de la eficacia del consentimiento en las lesiones, los límites del tipo de la apología, etc.

10 Cfr. Larenz. ob., cit., p. 338.

de la Constitución. En este sentido, resulta obligado continuar por el camino abierto por la Teoría generale del reato de Bricola y, por la Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho de Mir Puig¹¹.

II. CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD DEL “IUS PUNIENDI”

1. Las vías de acceso a la Justicia Constitucional¹²

Desde el plano del individuo concreto puede afirmarse que la Constitución establece el marco de la libertad personal y aparece como garantía, o conjunto de garantías, frente al poder punitivo del Estado. Desde un punto de vista general o abstracto la Constitución establece, por su parte el marco del *jus puniendi*. Ámbito concreto de libertad personal y marco abstracto del “ius puniendi” son susceptibles de violación por los poderes públicos en ejercicio y aplicación de ese derecho de castigar: por el legislador, por el ejecutivo (Gobierno y Administración) y por los Jueces y Tribunales.

Fuera de nuestra consideración dejamos los ataques de los particulares a la libertad personal y a la Constitución, pues la defensa frente a esos ataques se concreta precisamente en la acción tutelar por parte del Estado a través de la ley penal. En esta dinámica, el conflicto ciudadano-ciudadano reclama la intervención del Derecho penal, y lo que en este trabajo nos interesa es el conflicto entre ciudadano y portadores del poder punitivo, que es el que reclama la intervención de la Constitución como garantía. Se ha de tener en cuenta que el control de constitucionalidad no se ejerce para hacer frente a los ataques contra la Constitución procedentes de actos realizados desde fuera del poder, sino desde dentro del poder mismo, m tampoco respecto de actos ilícitos, sino de actos que procedimental y materialmente no contradicen *en principio* la legislación ordinaria¹³.

11 Vid. referencias en nota 2.

12 Sobre la justicia constitucional vid. el número monográfico sobre garantías constitucionales de la *Revista de Estudios Políticos*, n. 7 (N.E.), con contribuciones, entre otros, de Faller/De Vega/Galeotti/Rossi-Mori/Trujillo/Aragón Reyes, *La jurisdicción constitucional en la constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 797 y ss.; Almagro Nosete, *Justicia Constitucional, Comentarios a la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional*, Autor Editor 3, Madrid, 1980; González Pérez, *Derecho Procesal Constitucional*, Civitas, 1980; Pérez Tremps, en J. de Esteban y L. López Guerra, *El régimen constitucional español*, vol. I, Labor Universitaria, 1980, pp. 249-285; Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, 1980, pp. 1690 y ss.; García De Enterría, “La Constitución como norma jurídica”, *Anuario de Derecho Civil* (1979), p. 311.

13 Aragón Reyes, “El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978” en *Revista de Estudios Políticos* 7 (1979), p. 172. El conflicto entre ciudadanos solamente alcanza la consideración del Tribunal Constitucional de modo indirecto, cuando de dicho conflicto ha conocido la Administración o un órgano judicial y en la decisión de estos se aprecia una hipotética vulneración de un derecho o garantía fundamental. V., por ej., RA-25, S. 23-XI-81, sobre nulidad “radical” de un despido por discriminación sindical.

La Constitución tiene una pretensión de validez o eficacia real y para ello ha establecido los instrumentos necesarios de autotutela frente a los ataques a la misma, tanto cuando se realizan éstos de modo abstracto (leyes que violan la Constitución), como cuando se llevan a cabo de modo concreto (actuación anticonstitucional de los poderes públicos sobre los ciudadanos).

Los instrumentos de autoafirmación o autotutela de la Constitución son el recurso de inconstitucionalidad, la cuestión de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley y el recurso de amparo.

El, control de constitucionalidad de las normas con rango de ley se efectúa mediante el *recurso de inconstitucionalidad* (art. 161.a) y mediante la *cuestión de inconstitucionalidad*, cuyo planteamiento está atribuido a los Jueces y Tribunales (art. 163). Por su parte, el control de constitucionalidad, de las disposiciones de rango inferior a la ley y actos de los poderes públicos se lleva a cabo, cuando supongan violación de derechos y libertades, a través del *recurso de amparo* (art. 161J.b).

El control de constitucionalidad a través de los recursos mencionados es competencia exclusiva del Tribunal Constitucional (art. 161.1), intérprete supremo de la norma fundamental y órgano independiente, sometido solamente a la Constitución y a su ley reguladora (art. 1.1 L.O.T.C.)¹⁴.

El Tribunal Constitucional y los tres recursos mencionados encarnan la Justicia constitucional en materia penal. En lo que sigue pretendemos llevar a cabo una aproximación a la puesta en práctica de la justicia constitucional en orden a la defensa de los principios y garantía penales de la Constitución frente a los ataques que puedan provenir del propio Legislador, del Gobierno y de la Administración y de los Jueces y Tribunales.

Se trata de analizar cuáles sean las cuestiones penales susceptibles de ser llevadas a conocimiento del Tribunal Constitucional y las vías de acceso al mismo, así como la relación de éstas entre sí. A tales efectos se tomarán en consideración solamente aquellos aspectos y problemas de Justicia constitucional que se estiman relevantes en materia penal.

En primer lugar se ha de operar una distinción relativa al objeto de impugnación. El control de constitucionalidad puede aparecer, por una parte, como control de normas con fuerza de ley, y por otra, como control de actos y disposiciones de los poderes públicos que afecten a los derechos fundamentales.

14 La exclusividad del control por el T. C. se ciñe a la que vehiculizan los recursos procesales referidos, pues también los jueces y Tribunales son órganos de control de constitucionalidad: de las leyes anteriores a la Constitución, de todas las disposiciones de rango inferior a la Ley y de todo acto u omisión de los poderes públicos, v. García De Enterría, "La Constitución como norma jurídica", cit., p. 311.

2. El control de constitucionalidad de las normas con rango de ley

El recurso de inconstitucionalidad es el que sirve a la impugnación de las “leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley” (art. 161.1.a) Constitución y 27.2 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional). Bajo estos conceptos se entienden, conforme al artículo de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional las leyes orgánicas, las leyes ordinarias, leyes de bases, tratados internacionales, los Decretos legislativos, los Decretos-leyes, y las disposiciones normativas con fuerza de ley de las comunidades autónomas.

Objeto de control pueden ser una de estas normas con fuerza de ley en su conjunto, o bien concretos preceptos de las mismas. A su vez, el control puede ser formal o material¹⁵.

i. Control formal

Por control formal se entiende la fiscalización del cumplimiento por el legislador de las reglas de competencia y procedimiento determinados por la Constitución para la elaboración y aprobación de las leyes¹⁶.

El artículo 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional establece que “el Tribunal Constitucional podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un Decreto-ley, Decreto-legislativo, Ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad autónoma, en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a la Ley orgánica, o impliquen modificación o derogación de una Ley aprobada con tal carácter, cualquiera que sea su contenido”.

Este precepto garantiza el principio de reserva de ley orgánica que para la regulación de determinadas materias establece el artículo 81.1 de la Constitución, control que la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional atribuye en exclusiva al Tribunal Constitucional. Conforme al precepto citado, es materia de Ley orgánica —entre otras— el “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”. La reserva de ley orgánica tiene especial trascendencia en materia penal, y comprende la específica materia de la definición de delitos y el establecimiento de penas, pues en toda limitación de un derecho cabe apreciar un “desarrollo” jurídico del mismo¹⁷, y no existe en nuestro ordenamiento un límite más severo a la libertad

15 Vid. González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 243 y s.

16 Vid. Lucas Murillo, “La constitucionalidad de las leyes y la soberanía parlamentaria”, en *Revista de Estudios Políticos* 7 (1979), pp. 214 y ss.; Pérez Tremps, loc. cit., p. 250.

17 En este sentido se pronuncian Cobo del Rosal, y Vives Antón, *Derecho Penal. Parte general*, I, Universidad de Valencia, 1980, p. 76); y Mir Puig, *Adiciones al Tratado de Derecho Penal*, de H. H. Jescheck, I, Bosch, 1981, pp. 159 y 191. En el mismo sentido se manifiesta Linde Paniagua, aunque se refiere tan sólo a las infracciones que se castiguen con pena privativa de libertad (derecho “fundamen-

personal —el más fundamental de los derechos— que la privación de la libertad y la prohibición de realizar determinadas conductas al configurarlas como delito, Como Ley orgánica se han aprobado, por ejemplo, la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979, de 26 de septiembre; la Ley Orgánica 4/80, de 21 de mayo, de reforma del Código Penal en materia de libertad de expresión, reunión y asociación; la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, de Enjuiciamiento oral de delitos dolosos, menos graves y flagrantes; la Ley Orgánica 9/1980, de 6 de noviembre, de Reforma del Código de Justicia Militar; la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución (Ley Antiterrorista) y la Ley Orgánica 2/1981, de 4 de mayo, de reforma del Código penal y C.J.M. en materia de rebelión y terrorismo. Como Ley Orgánica se tramita en la actualidad el Proyecto de Código Penal.

Como leyes ordinarias se han aprobado la Ley 40/79, de Régimen jurídico de control de cambios; la Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre modificación de la prisión provisional.

La no tramitación como orgánicas de las dos últimas leyes mencionadas puede hacerlas incurrir en inconstitucionalidad, particularmente la última, porque desarrolla en un sentido restrictivo respecto del hasta el momento Derecho vigente una plasmación del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17, y perteneciente, por tanto, al “bloque de constitucionalidad”.

tal” declararlo en la Sección 1.ª del cap. 2.º del Tít. I, únicos a los que se refiere el art. 81.I). mientras que las infracciones que se castigan con privación del derecho de propiedad (que al estar regulado en el art. 33 no puede considerarse “derecho fundamental o libertad pública”) es decir. con sanción pecuniaria, serían materia de reserva de ley ordinaria del art. 53.1 (“Las Leyes Orgánicas parciales en la doctrina del T. C”, en *Revista de Administración Pública*, 1981, p 339 y ss., o 343. Ahora bien, la tesis de Linde es válida en lo que se refiere a las infracciones administrativas, pues las multas penales presentan frente a las administrativas una naturaleza singular, consistente en que impago se traduce en “responsabilidad personal subsidiaria” (art. 91 Cp.) con lo que la privación de libertad reaparece; por otra parte, la relación entre privación de libertad y multa es aún más directa en el sistema de días-multa previsto en el Proyecto de CP. Afectan igualmente a derechos y libertades consagrados en la sección 1ª del capítulo 2º del título I, otras penas del catálogo legal vigente, si las relativas al honor al artículo 18, las relativas a la participación en los asuntos públicos y a acceder a las funciones y cargos públicos, al art. 23. Puede estimarse, en consecuencia que el núcleo fundamental de los instrumentos punitivos afecta, limitan, privan de derechos fundamentales y libertades públicas y son por ello, materia de reserva de Ley Orgánica. Las restantes penas afectan a derechos constitucionales declarados en los artículos de la sección segunda del capítulo y título mencionados, con lo que constituyen, cuando menos materia reservada a la ley ordinaria.

No se oculta el carácter polémico del concepto de Ley Orgánica y la determinación de las materias que exigen tal tratamiento. Puede verse una panorámica de las diversas posiciones mantenidas hasta el momento en el comentario bibliográfico de Bastida., “La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas”, en *Revista Española de Derecho Constitucional* n.º 2 (Mayo-agosto 1981), pp. 285 y ss.

El artículo 17.4 de la Constitución declara, “in fine” que por ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional. Si bien puede entenderse que el precepto remite a la ley ordinaria para la determinación del plazo, tal consideración no puede extenderse a la regulación de los presupuestos de la prisión provisional, que es precisamente lo que de modo primordial aborda la Ley 16/1980, pues los presupuestos de la privación de libertad pertenecen al núcleo esencial del derecho a la libertad personal. Es de interés resaltar que así como la referencia del precepto tiene un sentido final favorecedor del derecho en cuestión, pues pretende evitar la permanencia en condición de prisión preventiva de los procesados por tiempo indeterminado, la reforma operada por la Ley en los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene un carácter restrictivo, hasta el punto de convertir a la prisión provisional en la regla y a la libertad provisional con o sin fianza en la excepción, con infracción del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España el 13 de abril de 1977 (*B.O.E.* de 30 de abril), que es un texto normativo internacional conforme al cual se ha de interpretar el artículo 17 por imperativo del párrafo segundo del artículo 1 de la Constitución¹⁸.

La Ley de Control de Cambios plantea un problema distinto, no resuelto aún por el Parlamento ni por el Tribunal Constitucional, consistente en que sólo una parte de la Ley —el Capítulo en el que se tipifican los delitos y se establecen las penas— tiene carácter de materia orgánica, y, en estos supuestos, el legislador se resiste a tramitar como orgánica a la ley por las limitaciones que en su virtud se impone para modificar por ley ordinaria posterior el contenido normativo de aquélla.

Recientemente, y coincidiendo con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 (RI-2, 189/80, sobre el Estatuto de Centros escolares, motivo cuarto), el gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de ley sobre modificación de la legislación de contrabando (“BOCG”, serie A, nº 175-1, de 19 de febrero de 1981), en cuya disposición final 4 se establece que, dos preceptos contenidos en el Título 1 de esta ley (delitos de contrabando), tienen carácter de ley orgánica). La Exposición de Motivos justifica la cláusula en que “las normas que han de dictarse afectan esencialmente al derecho a la libertad, declarado por el artículo 17 de la Constitución, siendo leyes orgánicas, conforme al artículo 81, todas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”. De este modo se soluciona favorablemente el problema de estas leyes sólo “parcialmente orgánicas”¹⁹.

En cualquier caso, si el criterio que se sustenta de atribuir a las leyes penales la condición de materia de reserva de ley orgánica no mereciera en el futuro apro-

18 Vid. Muñoz Conde/Moreno Catena, *La prisión provisional en Derecho español en La reforma penal y penitenciaria*, Univ. de Santiago de Compostela, 1980, pp. 329 y ss. (347)

19 Vid. Linde Paniagua, *Las Leyes orgánicas parciales...*, ob. cit.

bación por el Tribunal Constitucional —lo que no parece probable—, habría de estimarse inevitablemente que las normas penales, incriminadoras y punitivas, es materia de reserva absoluta de ley en base a lo dispuesto en el artículo 53.1²⁰, con exclusión terminante del Decreto— ley, en virtud de lo preceptuado en el artículo 86.1 C.E., ya que tal clase de disposición legislativa “no podrá *afectar* a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título 1”²¹.

En este sentido, incurren en manifiesta violación de la reserva de ley tanto de la de ley orgánica como de la de ley ordinaria, arts. 81.1, 53.1 y 86.1 — el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la *seguridad ciudadana*, y el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre (prórroga de la *Ley Antiterrorista* de 1978).

El primero de los citados infringe los preceptos citados porque, como reconoce su propia Exposición de motivos, así como el Letrado del Ministerio de Justicia, Morenilla Rodríguez²², tipifica nuevos delitos, al ampliar el tipo de la apología y al elevar a delito autónomo determinadas formas de cooperación delictiva y al

20 En este sentido se manifiesta Cerezo Mir, *Curso de Derecho Penal español*, I, 1. 2ª Ed., Tecnos, 1981, p. 181, para quien tienen carácter de orgánicas tan solo las leyes penales que impongan penas privativas de libertad y las que “por razón del bien jurídico protegido” afecten a los derechos fundamentales y a las libertades públicas. Para el autor citado la reserva de ley (ordinaria) para las leyes penales se fundamenta en el artículo 53.1 y en el 25.1 verificando en este último una lectura del término “legislación” en el sentido de ley formal.

Cobo y Vives manifiestan su rechazo a situar la materia penal en el ámbito de la ley ordinaria del art. 53.1 entre otras razones en el hecho de que este artículo parece consagrar una reserva relativa de ley, es decir, que no impediría como la de Ley Orgánica, la remisión normativa (Derecho Penal, I, cit., p. 74). Al argumento habría que añadir el que la reserva de ley ordinaria no impide tampoco el recurso a la delegación legislativa (leyes de bases y de refundición de textos legales) (art. 82 C.E.). Respecto de la primera objeción —en el supuesto de que en el futuro hubiera que enfrentarse con el— podría alegarse que la remisión normativa encuentra límites sustanciales y que ni siquiera por expresa habilitación legal, el reglamento “puede” todo lo que a la ley le es posible. Como exponen García De Enterría y Fernández T. R., en la remisión normativa de la ley ha de reservarse el núcleo esencial de la regulación —núcleo esencial que en materia penal coincide con los elementos constitutivos, modificativos y extintivos de la pena criminal (v. Bricola, *Legalita e crisi*, cit., p. 243)—. Y el ámbito propio del reglamento es el de los complementos organizativos y procedimentales, pudiendo acceder al ámbito de la ordenación material únicamente en aquellos aspectos en que pueda requerirse una habilitación técnica o de circunstancias concretas y variables que convenga separar de la regulación abstracta propia de la ley (v. *Curso de Derecho Administrativo I*, Madrid, p. 242).

El Tribunal Constitucional no ha abordado todavía frontalmente el problema del principio de legalidad en materia penal, y los pronunciamientos son contradictorios. v. gr., se afirma que el principio de legalidad penal se traduce en la reserva absoluta de ley (RA-11. S. 7581. II. 7) y a la vez se admite la Ley Penal en blanco en sentido estricto (RA-6. S. 30-III-81 II 4); v. textos en reseñas al art. 25.1 C.E. en el apartado siguiente de este trabajo. Ver nota al final de este trabajo.

21 Cfr. Salas, *Los Decretos-Leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid 1980, pp. 56 y 58.

22 Cfr. Morenilla Rodríguez, “Tendencias del delito y estrategia para su prevención en España” *Cuadernos de Política Criminal*, nº 13 (1981), p. 71.

incrementar en ambos casos la punición hasta el momento prevista. Por otra parte, se modifican restrictivamente las garantías procesales, a pesar de que éstas constituyen el contenido del derecho fundamental “a un proceso público... *con todas las garantías*”, que es consagrado en el artículo 24.2 de la Constitución. El Decreto-Ley vulnera también el principio de irretroactividad de las normas sancionadoras no favorables, en la medida en que la disposición transitoria aplica el nuevo régimen procesal en lo que se refiere a la restricción de la libertad personal a través de la ampliación de los presupuestos de la prisión provisional y a la configuración de una posición jurídica más débil para el acusado, a hechos cometidos con anterioridad a la entrada en vigor del Decreto-Ley. La extensión de la aplicación del principio de irretroactividad de las normas sancionadoras menos favorables a las normas procesales penales se fundamenta en general en el artículo 24.2²³ y en el de seguridad jurídica del artículo 9.3²⁴.

Igual juicio merece el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, por el que, además de modificarse el Real Decreto-ley 1/1977, de 4 de enero, relativo a la creación de la Audiencia Nacional, se “prorrogaba” la vigencia de la Ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados (Ley antiterrorista de 1978). La prórroga de vigencia de una Ley temporal a través de un Decreto-ley, sin habilitación alguna para ello ofrecida en la ley originaria, equivale a la creación *ex novo* de una ley por medio de un mero Decreto-ley.

ii. *Control material o interno*

El control material versa sobre la concordancia o contradicción material, de contenido, entre la Constitución y la norma con rango de ley²⁵. Se pueden distinguir dos parámetros para el contraste de la inconstitucionalidad de las leyes. El primero es la propia norma fundamental, y el segundo las leyes orgánicas, constituyendo ambos órdenes normativos el denominado “bloque de constitucionalidad”²⁶.

Sobre estas bases, el contenido de la Constitución prima sobre el de las demás leyes, incluidas las orgánicas (art. 27 Ley Orgánica Tribunal Constitucional), y

23 Una plasmación concreta de la irretroactividad de las normas procesales penales desfavorables viene contenida en el propio art. 24.2, al garantizar a los acusados el derecho al juez “predeterminado” por la ley a favor de aplicar el principio de irretroactividad de estas normas procesales penales se manifiestan los autores italianos, vid. Bricola, *Legalià e crisi*, cit., pp. 243 y ss.

24 La exclusión de las normas procesales del ámbito del principio de irretroactividad, con el pretexto de que no son normas “sancionadoras”, en los términos del art. 9.3 supondría un grave “fraude de etiquetas”, fraude al que en materia penal ya se opuso cautelosamente la Constitución en el art. 25.3, al salir al paso de la imposición de sanciones “no criminales” privativas de libertad

25 Cfr. Pérez Tremps, ob. cit., p. 250. Vid. Lucas Murillo, P., ob. cit., pp. 218 y ss.

26 Vid. Pérez Tremps, ob. CIT., P. 267.

ambas conjuntamente, el “bloque de constitucionalidad”, sobre todas las demás leyes y disposiciones con rango de ley (arts. 27 y 28.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

iii. Control abstracto y concreto. Recurso y cuestión de inconstitucionalidad

El control de la constitucionalidad formal y material se puede realizar como control *abstracto* y como control *concreto*. Con esta terminología se distinguen los dos modos en que se puede plantear el control de constitucionalidad²⁷. Control normativo abstracto es el que se lleva a cabo a través del *recurso de inconstitucionalidad* (vía de acción), para cuya interposición están legitimados el Presidente del Gobierno, el Defensor del Pueblo, 50 diputados, 50 senadores y los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas (arts. 162.1. A Const. Y 32 L.O.T.C.).

Control normativo concreto es el que se efectúa a través de la *cuestión de inconstitucionalidad* (vía incidental) planteada por los Jueces y Tribunales (art. 163 Const.). El artículo 35.1 L.O.T.C. dispone que “cuando un Juez ordinario, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de ley aplicable al caso, y de cuya validez dependa el fallo, pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional”.

La *cuestión* sólo puede plantearse al T.C. una vez concluido el procedimiento y dentro del plazo para dictar sentencia. La decisión al respecto corresponde en exclusiva al órgano judicial, con independencia de que la duda se haya suscitado de oficio o a instancia de parte, y se adopta mediante auto, tras oír a las partes y al Ministerio Fiscal. El órgano judicial debe concretar la ley o norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona, así como el precepto que se considera infringido, y especificar y justificar en qué medida la decisión del proceso depende de la validez de la norma en cuestión (art. 35.2 L.O.T.C.).

El artículo 163 declara que los efectos del planteamiento de la cuestión “en ningún caso serán suspensivos”, pero la L.O.T.C. ha ignorado este extremo, y a tenor de la misma se deduce lo contrario, pues en su artículo 38 se establece que las sentencias recaídas en cuestiones de inconstitucionalidad se comunicarán inmediatamente al órgano judicial competente *para la decisión* del proceso. González Pérez estima que la declaración de efectos no suspensivos del artículo 163 se refiere a la ley cuya constitucionalidad se cuestiona y no al proceso en que la cuestión surge²⁸.

27 Vid Faller, “Defensa constitucional en la R.F.A.”, en la *R.E.P.* 7 (1979), p. 53

28 Vid. ob. cit., p. 265

Con esta interpretación se reconcilia la L.O.T.C. con el precepto constitucional, y éste cobra la coherencia que se le había negado²⁹.

Es de prever que en la práctica la vía preponderante de impugnación de normas legales será la de la cuestión de inconstitucionalidad, pues, como pone de manifiesto Faller, es en la aplicación de la ley por los Juzgados y Tribunales donde surgen principalmente las dudas sobre la constitucionalidad de las leyes³⁰.

Hasta el momento el Tribunal Constitucional se ha pronunciado tan sólo sobre la constitucionalidad de un precepto del Código penal, el artículo 222, en la sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra el Real Decreto-ley 17/1977, de 4 de marzo, regulador del derecho de huelga. La sentencia confirmó la constitucionalidad del precepto, si bien precisó la naturaleza del bien jurídico protegido, la seguridad del estado, y la exigencia de un “dolo específico” dirigido a lesionar tal bien jurídico, como elementos de una interpretación conforme a la Constitución del mencionado precepto (RI-3, S. 8-IV-81, II, 26). La sentencia que resolvió el recurso de inconstitucionalidad contra la L.O. 11/1980, de 1 de diciembre (*Antiterrorista*), no llegó a conocer del fondo del recurso, pues desestimó éste por falta de legitimación del recurrente (RI-4, S. 14-VII-81)

Importa destacar al dar término a este apartado que, a diferencia de lo que caracteriza al recurso de amparo, en el cual, como se verá más adelante, el cuerpo normativo cuya violación se comprueba es el de los preceptos referidos a los derechos fundamentales contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2, en el control de constitucionalidad de las leyes el parámetro de referencia se extiende a todo el texto constitucional³¹.

La consecuencia de esta distinción es que sólo en el recurso y en la cuestión de inconstitucionalidad podrán discutirse *todos* los preceptos penales dotados de una problemática de relevancia constitucional, y en el recurso de amparo solamente los preceptos cuyo contenido afecte a los derechos fundamentales taxativamente enumerados por el artículo 53.2 de la Constitución.

Conviene precisar en este momento que la vía de impugnación de preceptos penales de rango legal es en principio la de los dos tipos de recurso de que nos hemos ocupado, pero, sin embargo, también puede llegarse a discutir la constitucionalidad de preceptos legales en el recurso de amparo, a pesar de ser éste un

29 Vid. Rubio Llorente, y Aragón Reyes, “Enunciados aparentemente vacíos en la regulación constitucional”, en *R.P.E.* 7 (1979), pp. 166 y ss.; Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, cit. p. 1714.

30 Ob. cit., p. 53.

31 Y a la Constitución y a las leyes orgánicas respecto de todas las demás normas.

instrumento configurado inicialmente para cuestionar actos y disposiciones de rango inferior— a la ley³².

3. Control de constitucionalidad de las disposiciones generales y actos de los poderes públicos. El recurso de amparo frente a la justicia penal

i. El recurso de amparo

El artículo 53 de la Constitución declara que “los derechos y libertades reconocidos en el capítulo segundo del presente Título 1 vinculan a todos los poderes públicos” (ap. 1) y “cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y en la sección primera del capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional” (ap. 2)³³. Con estos preceptos entiende García De Enterría³⁴ que la Constitución ha querido añadir un *plus* para la regulación constitucional para los derechos fundamentales, *plus* que consiste en que tal regulación tiene el carácter de derecho directamente aplicable, sin necesidad del intermedio de una ley.

A través del recurso de amparo ante los Tribunales ordinarios y ante el Tribunal Constitucional, la Constitución ha querido establecer un instrumento para el control inmediato y directo de las disposiciones generales y actos de los poderes públicos *que afecten a los derechos y libertades fundamentales*, un sistema de tutela extraordinaria de los mismos a través parámetro material son los preceptos contenidos en los artículos 14 a 29 y 30.2 de la norma fundamental.

El recurso de amparo constitucional sirve a la protección de todos los ciudadanos frente a las violaciones de los derechos y libertades fundamentales originadas por disposiciones, actos jurídicos o simple vía de hecho de los poderes públicos del Estado, de las Comunidades Autónomas y demás entes públicos de carácter territorial corporativo o institucional, así como de sus funcionarios o agentes (art. 41.2 L.O.T.C.). En orden al interés que nos guía en este trabajo, distinguimos en materia de amparo dos grandes grupos de problemas. Por una parte, un ámbito amplio, en el que lo que se plantea es la protección o amparo de los derechos y libertades frente a

32 Vid. más adelante.

33 *Sobre el recurso de amparo* v. García Ruiz; *El recurso de amparo en el Derecho español*, Madrid 1980; Gairen Guillen, “El procedimiento “preferente y sumario” y el recurso de amparo en el art. 53.2 de la Constitución” en *Revista de la Administración Pública* 89 (1979), pp. 207 y ss.; González Pérez, *Derecho procesal constitucional*, cit., pp. 277 y ss.; Almagro Nosete, *Justicia constitucional*, cit., 189 y ss.; I v. Münch, “El recurso de amparo constitucional como instrumento jurídico y político en la R.F.A”, en *R.E.P.7* (1979), pp. 269 y ss.; Fix Zamudio, *El Derecho de amparo en México y España*, en la Revista, pp. 227 y ss.

34 Cfr.E. García de Enterría, *La Constitución como norma jurídica*, cit., p. 316.

disposiciones y actos de relevancia o contenido penal provenientes de toda clase de poderes públicos. Por otra parte, una problemática más específica, contenida dentro de la anterior, consistente en la del amparo de los derechos y libertades en la Justicia penal, frente a las violaciones de los mismos originadas por órganos judiciales de lo penal. A este objeto del amparo nos referiremos exclusivamente en lo que sigue, relegando para otro momento la problemática derivada de las violaciones de las garantías penales contenidas en los preceptos de los derechos y libertades fundamentales producidas por disposiciones o actos del Gobierno y de la Administración, inclusive de la Administración de Justicia en sentido estricto de administración y no de jurisdicción³⁵.

ii. Tutela judicial de los derechos y libertades

No obstante la advertencia realizada anteriormente, conviene indicar que frente a las disposiciones generales y actos del Gobierno y de la Administración se cuenta con una tutela de los derechos y libertades, previa a la que otorga el Tribunal Constitucional, a través de la jurisdicción ordinaria³⁶. La tutela se realiza en dos niveles: *a)* en el de las competencias comunes de la jurisdicción ordinaria, y *b)* a través del juicio de amparo o amparo judicial.

a) Frente a las disposiciones generales los Jueces y Tribunales tienen la facultad de no aplicar los Reglamentos que estimen inconstitucionales, así como de declarar su nulidad en lo contencioso-administrativo. Vienen obligados, además, a efectuar una interpretación conforme a la Constitución de todas las disposiciones legales.

Frente a los actos jurídicos tienen la facultad de declarar su nulidad por infracción del ordenamiento, y frente a éstos y a las vías de hecho, la obligación de perseguirlos criminalmente cuando revistan los caracteres de una figura de delito, así como la de adoptar las medidas cautelares necesarias para preservar o restablecer, en su caso, el derecho fundamental violado³⁷.

b) EL juicio de amparo o amparo judicial ordinario es el establecido por el artículo 53.2 como “procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad” que, en virtud de la Disposición Transitoria segunda de la L.O.T.C., se regula provisionalmente por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, sobre protección jurisdiccional

35 Así. p. ej., no se toman aquí en consideración el control de la garantía del *ne bis in idem* frente a los actos sancionadores de la Administración o la restricción a los presos de la libertad de información por la Autoridad penitenciaria. De interés respecto del amparo frente al poder sancionador de la Administración en materia de orden público es la acción tutelar del Tribunal de Garantías de la Segunda República, v. García Ruiz, *ob. cit.* (not. 27). pp. 143 y ss.

36 Acerca de la doble y privilegiada tutela jurisdiccional de los derechos y libertades v. Almagro Nosete, *ob. cit.*, pp. 197 y ss. y Fairen Guillen, “El consentimiento” en *Rev. Admón. Pública* 89 (1979), pp. 207 y ss.

37 Cfr. García de Enterría, *ob. cit.*, p. 311.

de los derechos fundamentales de la persona, a través del cual, y respecto de los actos provenientes de la Administración, “se agota la vía judicial procedente”, que constituye el requisito previo del recurso de amparo constitucional frente a este tipo de actos (art. 43.1 L.O.T.C.)³⁸.

En el mencionado ámbito amplio del recurso de amparo constitucional se incluye el control y amparo de los derechos y libertades frente a los siguientes objetos:

a) Disposiciones generales sin rango de ley, tanto del Estado como de las C.C. AA, verbigracia, preceptos del Reglamento, aprobado por Decreto, que desarrolle la L.O. General Penitenciaria.

b) Actos jurídicos de órganos del Estado, CC. AA y de cualesquiera otros entes públicos o de sus funcionarios o agentes. Actos jurídicos que pueden afectar a las garantías penales son, por ejemplo, las sanciones administrativas, en tanto puedan suponer una infracción del *ne bis idem* una orden de detención gubernativa, o de secuestro gubernativo de publicaciones (art. 20.5 Const.). La forma de agravio por omisión es la que reviste la puesta de obstáculos y negativa a inscribir en el Registro de partidos políticos a un partido que lo solicita en forma³⁹.

c) Simples vías de hecho de los sujetos mencionados en el apartado anterior. Con la contraposición del concepto de “vía de hecho” al de acto jurídico se pretende salir al paso de las violaciones de derechos derivados de la actuación material en la que falta el acto jurídico previo que la legitime, por ejemplo, el mero hecho de disolución de una reunión por la fuerza pública⁴⁰. Estos actos, cuando sean de carácter arbitrario pueden constituir infracciones delictivas y ser causas de responsabilidad civil por daños y perjuicios, pero como pone de manifiesto Almagro Nosete, el objeto del amparo no es en estos supuestos el castigo del delito o la determinación de responsabilidad civil, sino el de la preservación o restablecimiento del derecho⁴¹.

Ahora bien, el acceso al Tribunal Constitucional a través del recurso de amparo exige el agotamiento de la vía judicial ordinaria procedente (art. 43.1 L.O.T.C.), y, en virtud de lo cual, de lo que el Tribunal Constitucional llega a conocer no es solamente una disposición general, acto o vía de hecho de la Administración, sino de un auto o sentencia de la jurisdicción ordinaria contencioso-administrativa, sin que el recurrente estime que con ella ha quedado reintegrado en su derecho fundamental.

38 No se requiere el agotamiento de la vía judicial previa frente a los actos de los órganos legislativos del Estado y de las CC. AA. ni frente a las violaciones de la objeción de conciencia (art. 42 y 45 L.O.T.C.).

39 En este sentido el T.C. ha otorgado el amparo a la solicitud de inscripción del P.C.M.L. en Sentencia de la Sala segunda de 2 de febrero de 1981 (RA-S).

40 De igual modo, la obstaculización durante la detención del acceso a la asistencia del letrado. Acerca de la transcendencia de la distinción conceptual entre acto jurídico y vía de hecho vid. González Pérez, *ob. cit.*, p. 288.

41 *Ob. cit.*, p. 198

Conforme se ha indicado anteriormente, nuestro interés se centra en el control y garantía de los derechos fundamentales de relevancia penal en el marco de la Justicia de este género. Por ello circunscribimos el análisis al amparo de los derechos y libertades en la aplicación del Derecho penal por los órganos judiciales penales. El objeto del análisis es pues, el amparo frente a las resoluciones judiciales dictadas en un proceso penal.

iii. Amparo constitucional frente a resoluciones judiciales en materia Penal.

El artículo 44.1 de la L.O.T.C. dispone que “las violaciones de los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional que tuvieran su origen inmediato y directo en un acto u omisión de un órgano judicial podrán dar lugar a este recurso siempre que se cumplan los requisitos siguientes: *a)* Que se hayan agotado todos los recursos utilizables dentro de la vía judicial. *b)* Que la violación del derecho o libertad sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquéllas se produjeron acerca de los que en ningún caso entrará a conocer el Tribunal Constitucional. *c)* Que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado tan pronto como una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”.

Para la interposición del recurso están legitimados quienes hayan sido partes en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal conforme los establece el artículo 46.1 b⁴².

a) Objeto del recurso de amparo

Objeto del recurso de amparo son, en los supuestos que nos ocupan, los *actos* u omisiones de un órgano judicial que den origen inmediato y directo a una violación de derechos y libertades. La elección de los términos acto y omisión se fundamenta en la voluntad del legislador de referirse a todas las resoluciones que adoptan los Jueces y Tribunales y en cualquiera de las formas que éstas revisten. En este sentido, entiendo con Almagro que son *actos*, en el sentido del artículo 44 L. O.T.C., las providencias, autos, sentencias, mandamientos, requerimientos judiciales o actos

42 Almagro ha puesto de manifiesto el olvido del legislador de que el agravio judicial puede alcanzar, incluso de forma exclusiva, a quienes no siendo partes en el proceso son terceros intervinientes o ajenos al mismo, y propone una interpretación correctora, vid. ob. cit., p. 222. González Pérez señala que el agravio puede consistir precisamente en la negación del derecho de acceso a la justicia, vid. ob. cit., p. 305.

de auxilio⁴³. Por omisión habrá de entenderse la no actuación por parte del órgano judicial cuando viene éste jurídicamente obligado a la misma.

Importa destacar la afirmación de que las *sentencias* son objeto susceptible del recurso de amparo. La transcendencia penal es de primer orden, pues la sentencia penal es una vía singularmente “adecuada” para producir agravio de derechos y libertades. La exclusión de las sentencias del control del recurso de amparo supondría una grave mengua de garantías para los derechos fundamentales del ciudadano.⁴⁴

Sin embargo, la afirmación realizada no es compartida de modo unánime por la doctrina. Existe al respecto una cierta confusión, derivada de la pretensión de algunos de los constituyentes de introducir a la “Jurisprudencia” como objeto del recurso de inconstitucionalidad, junto a las disposiciones normativas con fuerza de ley.

Al asumir una enmienda del Grupo Parlamentario Socialista, presentada *in voce* por el Diputado Peces-Barba⁴⁵, la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso introdujo un apartado segundo en el texto del artículo 157 del Dictamen con el siguiente tenor: “Asimismo, por ley se regularán los supuestos de revisión de la jurisprudencia del Tribunal Supremo por causa de inconstitucionalidad”. La fundamentación de la enmienda socialista radicaba en la tesis que atribuye a la Jurisprudencia el carácter de fuente del Derecho. Sobre estas bases, estimaban conveniente someter a la Jurisprudencia al mismo control de constitucionalidad que a la Ley y a las demás fuentes del Derecho.

El Senado, en el texto de la Comisión y en el del Pleno, en concordancia con la tesis del Congreso y en base a una enmienda del G.P. de U.C.D., dio a esta nueva formulación, modificando el artículo 155 (actual 161) en el sentido siguiente: “El Tribunal Constitucional... es competente para conocer: a) del recurso de inconstitucionalidad contra leyes, disposiciones normativas con fuerza de ley y Jurisprudencia, en cuanto sea complementaría del ordenamiento jurídico⁴⁶.

43 Cfr. Almagro, ob. cit., p. 223

44 En Alemania Federal del total de 27.516 recursos de amparo (Verfassungsbeschwerde) interpuestos entre 1960 y 1977, 4.121 lo han sido contra leyes, 623 contra actos de la autoridad y 22.772 contra resoluciones judiciales. De estas últimas, 9.372 lo han sido contra resoluciones de órganos judiciales penales, v. I. V. Münch, ob. cit., pp. 286 y ss.

45 Diario de Sesiones del Congreso de 19-IV-78, n. 92, pp. 3455 y ss. (Para facilitar el manejo de los materiales relativos a la elaboración parlamentaria de la Constitución se cita la obra *Constitución española, trabajos parlamentarios*, en cuatro tomos, editada por las Cortes Generales, Madrid 1980, que cuentan con una paginación unitaria. Se cita con la abreviatura C.E.) C.E. pp. 1721 y ss. Se mantuvo en el texto del Pleno del Congreso de 24 de julio de 1978, en el art. 157. En el mismo sentido del diputado citado v. la intervención del Senador Sainz de Varanda (C.E., p. 4128).

46 V. Diario de Sesiones del Senado, n.º 55, de 14-IX-78, pp. 2709 y ss. (C.E. páginas 4115 y ss.) V. art. 160 del Texto de la Comisión (C.E., p. 4226), la discusión en el Pleno en Diario de Sesiones del Senado, n. 67, de 5-IX-78, pp. 3323 y ss. (C.E., pp. 4773 y ss.), el art. 160 del texto aprobado por el Pleno, Boletín Oficial de las Cortes, n. 161, de 13-X-78 (C.E., p. 4860)

La Comisión mixta Congreso-Senado modificó el texto aprobado por el último y otorgó al inciso en cuestión la redacción hoy vigente⁴⁷: “...la declaración de inconstitucionalidad de una norma jurídica con rango de ley, interpretada por la jurisprudencia, afectará a ésta, si bien la sentencia o sentencias recaídas no perderán el valor de cosa juzgada”.

La fórmula definitiva resulta una declaración innecesaria⁴⁸, que nada tiene que ver con el texto aprobado por el Congreso. El segundo inciso del vigente artículo 161.1.a se limita a reafirmar que los poderes públicos, y también los Tribunales, incluido el Tribunal Supremo, están sometidos al imperio de la Constitución y obligados a acatar las decisiones del Tribunal Constitucional⁴⁹.

La modificación del texto del Congreso no ha evitado la confusión y algunos autores han llegado a entender que la exclusión de la “Jurisprudencia” del recurso de inconstitucionalidad llevaba consigo la exclusión de las sentencias, en particular de las del Tribunal Supremo, de todo control de constitucionalidad. En este sentido se ha mantenido que todas las resoluciones judiciales, excepto las que revistan la forma de sentencias, pueden ser objeto del recurso de amparo⁵⁰.

El fundamento de la pretendida tesis radica en una valoración desafortunada del sentido de la independencia del Poder Judicial y, paralelamente, de un error de concepción acerca de la naturaleza del Tribunal Constitucional. En este sentido, estimaba, por ejemplo, Aragón Reyes, que el Poder Judicial no es un poder limitador de otros poderes, sino únicamente controlador de la aplicación e interpretación del Derecho⁵¹. La sumisión de las sentencias del Tribunal Supremo al control de constitucionalidad vendría a suponer la introducción de una nueva “última instancia”, de la que conocería un “órgano político”, produciéndose con ello una ruptura de la independencia del Poder Judicial⁵².

Frente a la tesis expuesta debe afirmarse que la inclusión de las sentencias entre los objetos del recurso de amparo se fundamenta en sólidas razones de principio y de carácter práctico. Razones de principio, en tanto que el Poder Judicial está

47 V. Boletín Oficial de las Cortes, nº 170. de 28-X-78 (C.E., p 4900).

48 Vid. Garrido Falla, ob. cit., p. 1695

49 Cfr. Almagro Nosete, ob. cit., p. 186

50 Cfr. Aragón Reyes, “El control de constitucionalidad en la Constitución española de 1978” en *Revista de estudios políticos*, nº 7 (1979), p. 190.

51 Ob. cit., p. 189.

52 En este sentido se manifestaron los parlamentarios Fraga Iribarne (C.E: 1722), Villar Arregui (p. 4117 y ss.) Sánchez Agesta (p. 4120), Ollero Gómez (p. 4122), Gutiérrez Rubio (pp. 4123 y ss.) y Pedrol Rius (pp. 4125 y ss.). La cuestión parecía ligada a la polémica acerca del problema teórico de si la Jurisprudencia es o no fuente del Derecho y del alcance que en tal sentido tiene el art. 1.6 del C.C. vid, Villar Arregui, C.E., 4117 y ss. y Sánchez Agesta, C.E. pp. 4118 y s. y 4120.

sometido a la Constitución⁵³ y el Tribunal Constitucional es un órgano “independiente de los demás órganos constitucionales” e “intérprete supremo de la Constitución” (art. 1.1 L.O.T.C.). Al Tribunal Constitucional le está confiada la tarea de velar por el respeto a la Constitución por parte del poder legislativo, del ejecutivo y, lógicamente, también del judicial, sin que tal fiscalización sea considerada por nadie como injerencia en la “independencia” del Parlamento o del Gobierno, y, del mismo modo, debe considerarse el problema respecto del poder judicial. Las razones prácticas derivan de la propia técnica del recurso de amparo, pues aunque éste sea en principio un recurso frente a actos de la Administración y sus agentes, la exigencia de agotamiento de la vía judicial comporta una resolución previa del Tribunal ordinario que deniegue el fundamento de la pretensión del amparo de los derechos del particular, resolución que revestirá por lo común la forma de sentencia. De este modo, aunque se aceptara la interpretación del término “acto” del artículo 44 L.O.T.C. en el sentido de exclusión de las sentencias, el Tribunal Constitucional se habría de enfrentar necesariamente con sentencias dictadas por los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa.

Por la inclusión de las sentencias entre los objetos del recurso de amparo del artículo 44 se han manifestado expresamente Almagro, González Perez, Pérez Trepms⁵⁴, y, por último, el propio Tribunal Constitucional, quien ya en su segunda sentencia en materia de amparo (RA-2, S. 30-I-81) ha entrado a conocer del fondo del recurso contra la sentencia de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de 24 de abril de 1980, y así lo ha continuado verificando desde entonces.

b) Vías de producción del agravio por actos judiciales.

El agravio de los derechos y libertades fundamentales puede derivar de diversas formas de proceder del órgano judicial, cuyo esquema teórico proporciona Almagro⁵⁵: *a)* aplicación de una ley inconstitucional; *b)* aplicación inconstitucional de una ley conforme a la Constitución; *c)* aplicación de una norma ilegal; *d)* aplicación inconstitucional de una norma conforme a la ley; *e)* acto arbitrario, sin sujeción a la ley.

En orden a su mayor relevancia en lo penal, nos centramos en los dos grupos de problemas siguientes:

⁵³ También el poder judicial es “poder público”, vid. 1. “. Münch. ob. cit., pp., 276 y siguientes.

⁵⁴ Vid. en las obras citadas de cada uno de ellos, respectivamente, las pp. 223, 308 y 270. Evitan pronunciar sobre el tema Garrido Falla, ob. cit., p. 1967.

⁵⁵ Ob. cit., p. 223

a) El Tribunal aplica una ley o un precepto de la misma que se estima inconstitucional.

Este supuesto constituye en principio el objeto del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad, pues lo que se combate no es la forma de aplicación de la ley, sino la ley misma que se aplica.

Algunos autores rechazan la admisibilidad del recurso de amparo cuando el agravio o lesión de los derechos deriva de la propia ley, por estimar que lo impide la distinción de la Constitución y la L.O.T.C. hacen de los objetos del recurso de amparo (actos y disposiciones sin rango de ley) y del recurso y de la cuestión de inconstitucionalidad (normas con rango de ley)⁵⁶. Sin embargo, el argumento pierde solidez al examinar el artículo 55 L.O.T.C., en el cual, tras regular los pronunciamientos que debe hacer el Tribunal Constitucional que otorga el amparo, establece en su apartado 2 que en el supuesto de que se estime el recurso de amparo *porque la ley aplicada lesiona derechos fundamentales* o libertades públicas, la Sala elevará la cuestión al Pleno, que podrá declarar la inconstitucionalidad de dicha ley en nueva sentencia, con los efectos ordinarios de las sentencias en materia de inconstitucionalidad.

Lo que debe deducirse de este artículo es que no puede hablarse de un recurso de *amparo contra leyes*, pero sí, sin embargo, de un control de la constitucionalidad de las leyes *a través del* recurso de amparo⁵⁷. Del literal del precitado artículo 55.2 se sigue que se puede otorgar el amparo cuando la lesión del derecho fundamental deriva de la ley misma que el órgano judicial aplica. La diferencia con la cuestión de inconstitucionalidad radica en que en ésta lo que se impugna es la norma legal directamente, y en el recurso de amparo es el acto de aplicación de la ley, quedando el control de la norma en un segundo plano y llevándose a cabo solamente por la exclusiva iniciativa de la Sala del T. C. para elevarlo o no al Pleno (“auto cuestión de inconstitucionalidad”, en términos de García de Enterría). Cuando el recurrente alegue que la lesión de sus derechos fundamentales deriva de un precepto legal y la Sala lo estime así, no ha de negar ésta el amparo o suspender el proceso del mismo a la espera de la decisión del Pleno⁵⁸, sino que la Sala debe otorgar desde ya el amparo, pues el mencionado párrafo 2 del artículo 55 prevé la elevación de la cuestión al Pleno solamente cuando se haya *estimado* el recurso de amparo⁵⁹. Esta tesis no representa una superposición del recurso de amparo y de la cuestión de inconsti-

56 Vid. Pérez Tremps, ob. cit., 75, si bien admite matices.

57 Cfr., en este sentido, García de Enterría, *La posición jurídica del Tribunal Constitucional...*, cit., pp. 58 y ss.

58 De otra opinión parece ser González Pérez, v. ob., cit., p. 307

59 Cfr. Almagro Nosete, ob. cit., p. 263

tucionalidad, pues los efectos de las sentencias resolutorias de uno y otro tipo de recurso son bien distintos: sólo la sentencia declaratoria de inconstitucionalidad dictada por el Pleno tiene efectos *erga omnes* (art. 55.2, en relación con el 38 y ss.).

Conforme a lo expuesto, se podrá recurrir en amparo en los casos de sentencia condenatoria firme —y cumpliéndose los requisitos enunciados en el artículo 44 L.O.T.C.— cuando la sentencia aplique directamente un precepto penal que se estime contrario a la Constitución.

Como ejemplo para la discusión puede servir una sentencia de condena por delito de lesiones en las cuales ha mediado consentimiento del sujeto pasivo, que el Tribunal ha considerado irrelevante en base a lo preceptuado en el artículo 428 del C.p. Podrá alegarse la inconstitucionalidad de este precepto del C.p. y la lesión que de su aplicación, y de la subsiguiente condena penal, se deriva para sus derechos fundamentales a la libertad personal e intimidad.

Sobre las mismas bases podría plantearse recurso de amparo de los derechos a la salud, a la libertad personal y a la intimidad, contra una sentencia que condene por delito de aborto a la mujer que se procuró el mismo por razones terapéuticas, alegando la inconstitucionalidad de los preceptos de los artículos 411.2 y 413, en tanto que su tenor literal no excluye la tipicidad de los abortos provocados por indicación terapéutica⁶⁰.

b) El Tribunal aplica un precepto conforme a la Constitución, pero en forma que en el caso concreto se viola una garantía constitucional.

Así, por ejemplo, el Tribunal condena al director de una revista pornográfica por el delito de escándalo público, con la agravante de realización del delito por medio de la prensa. El condenado puede no alegar inconstitucionalidad del tipo indeterminado del escándalo público, sino tan sólo infracción del principio de *ne bis in idem*, ya que el empleo de la prensa integra la infracción penal misma⁶¹.

De igual modo sería susceptible de ser recurrida en amparo la sentencia condenatoria por estafa de quien realiza un fraude con una máquina automática. El precepto del tipo de estafa es conforme a la Constitución; sin embargo, su aplicación en los supuestos de las “estafas” a las máquinas automáticas supone una infracción de

60 En este sentido se manifestó la Corte constitucional italiana en la Sentencia de 18-11-1975. Vid. mi trabajo; “Prohibición penal del aborto y Constitución” en *R.F.D., M.*, n° monográfico 3. 1980. p. 205. El tema de la incriminación penal del aborto puede plantearse tanto como problema de inconstitucionalidad de los preceptos legales como de interpretación no conforme a la constitución de un precepto legal. por vía de amparo.

61 Una Sentencia con este contenido es casada, por este motivo, por el T.S. (S. T.S. 2-II-80 ar. 428). Si el Tribunal Supremo hubiere mantenido la tesis del Tribunal de instancia, la vía del recurso de amparo habría quedado expedita.

la prohibición de la aplicación analógica de los tipos penales y, en consecuencia, del principio de legalidad (art. 25.1 Const.) configurado por la Constitución como derecho subjetivo público.

c) El Tribunal aplica un precepto que en sí mismo es conforme a la Constitución, pero es interpretado en forma anticonstitucional.

Se contemplan en este apartado los supuestos de interpretación inconstitucional de un precepto conforme a la Constitución. El grupo de casos incursos en esta problemática susceptibles de ser planteados en la práctica se centra particularmente en aquellos tipos penales en los que la tutela del bien jurídico a que sirven entra en conflicto con la tutela de otros bienes jurídicos de naturaleza distinta. Los Tribunales se enfrentan a la tarea de establecer en el caso concreto los límites de la tutela penal de un determinado bien jurídico respecto del ámbito de eficacia propio de un derecho fundamental.

Como ejemplo de tales conflictos entre bienes jurídicos, y entre bienes jurídicos y derechos fundamentales, pueden mencionarse los siguientes: delito de desobediencia al requerimiento judicial para prestar testimonio sobre las fuentes de una determinada información publicada en la prensa y el derecho fundamental del periodista al secreto profesional; delito de injurias y libertad de expresión o, en su caso, delito de injurias y libertad de información en defensa de intereses legítimos; delito de revelación de secretos y libertad de prensa, etc.

PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES DEL DERECHO PENAL

I. FUNDAMENTO Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL

1. La insuficiente formulación del artículo 25.1

El artículo 25.1 de la Constitución declara que “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”.

La doctrina y el propio Tribunal Constitucional¹ estiman que en el precepto transcrito se proclama el principio de legalidad en materia penal² y sancionadora en general. Ahora bien, si se contrasta la declaración del artículo 25.1 con el contenido que la doctrina penal española y extranjera atribuye al principio de legalidad

1 Cfr. STC de 30 de enero de 1981, 4 (RA-2), y de 30 de marzo de 1981 3 y 4 (RA-6) Salas, *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid 1980, p. 58; Serrano Alberca, en Garrido Falla (y otros), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, p. 318; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal, Parte general. I*, 2ª ed., Madrid, 1981, p. 179.

2 Como se indica en el propio título me refiero únicamente a la manifestación en el orden penal del principio de legalidad, de cuya idea originaria se derivan consecuencias específicas para otras ramas del Ordenamiento: principio de legalidad de la Administración, en la materia tributaria, etc. A estos otros aspectos y no al orden penal es a lo que se refiere el art. 9.3, cfr. García de Enterría /Fernández, T.M., *Curso de Derecho administrativo, I*, Madrid, 1981, p. 369; Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, cit., pp. 115 y ss.; Díez Picazo, *La Constitución española y las fuentes del Derecho, I*, Madrid, 1979, p. 656.

penal, tradicionalmente formulado desde Feuerbach con el brocardo latino *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, se pone de manifiesto que la configuración doctrinal es de mayor amplitud que la del artículo de la Constitución. Así, como contenido del principio de legalidad penal se entienden las siguientes concreciones específicas del mismo, o subprincipios; la reserva absoluta de ley para la definición de las conductas constitutivas de delito y de las correspondientes penas; la proscripción de la costumbre como fuente de Derecho penal; la prohibición de la analogía in mala parte y de la interpretación extensiva; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo; la determinación, certeza o la taxatividad de las normas penales; la prohibición del bis in ídem; la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal³.

A la vista de lo expuesto se ha de reconocer que el precepto del artículo 25.1 supone una pobre formulación del principio de legalidad, por no hacer referencia a las diversas plasmaciones del mismo sino tan sólo, en principio, a la irretroactividad, que se encuentra ya consagrada en el artículo 9.3 (“La Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”), resultando necesario acudir a este precepto para interpretar el del artículo 25.1 Incluso, en este único punto, el empleo del término “legislación” da lugar a dudas interpretativas⁴ en orden a determinar la naturaleza y rango de la disposición normativa que puede legitimar la tipificación de una infracción penal o administrativa⁵.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que nuestro viejo Código Penal sí consagra expresamente buena parte de los principios mencionados como contenidos en el

3 Como bibliografía fundamental española y extranjera puede verse la siguiente: Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal, II*, Buenos Aires 1964. 3ª ed., pp. 333 y ss.; Rodríguez Mourullo, “Principio de Legalidad (Derecho penal)”, voz en *NEJ, XIV*, Barcelona, 1971, pp. 882 y ss.; Casabo Ruiz, en Córdoba (y otros), *Comentarios al código penal, II*, Barcelona, 1972, páginas 23 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 141 y ss.; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal, Parte general, I*, Valencia, 1980, pp. 63 y ss., 125 y ss.; Cerezo Mir; *Curso*, cit. Pp. 178 y ss.; Muñoz Conde, “Adiciones a Jescheck” en trad. de Mir Puig/Muñoz Conde, *Tratado de Derecho penal, Parte general, I*, Barcelona, 1981, pp. 173 y ss.; Sax, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, en Bettermann, Nipperdey, Scheunfr, *Die Grundrechte, III, 2*, Berlín, 1959, pp. 992 y ss. y pp., 999 y ss.; Grunwald, “Bedeutung und Begründung des Satzes “nulla poena sine lege””, en *ZStW* 76, 1964, pp. 1 y ss.; Schreiber, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes “Nullum crimen, nulla poena sine lege”*, Frankfurt del Meno 1976; Schunemann, *Nulla poena sine lege?*, Berlín, 1978; Schönke, Schöder, Eser, *StGB, Kommentar* 20 ed., Munich, 1980, Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966; Vassalli, *Nullum crimen sine lege*, voz en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XI, Turín, 1968, pp. 493 y ss.; Marini, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, voz en *Enciclopedia del Diritto* T. XXVIII, pp. 958 y ss.; Bricola, *Legalità e crisi: L'articolo 25, 2 e 3 della Costituzione rivisitato a la fine degli anni 70*, en *La Questione Criminale*, 1980, pp. 179 y ss.

4 Sobre el iter de la formación del precepto, véase Serrano Alberca, Ob. cit., páginas 316 y 319.

5 Véase Cerezo, *Curso*, cit p. 179 y referencias en nota 3.

principio de legalidad, en concreto, la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), en el artículo 1.º, la garantía penal (*nulla poena sine lege*), en el artículo 23, la garantía jurisdiccional, en el artículo 80 y la garantía de ejecución, en el artículo 81. No resultaría acorde con el sentido político y jurídico de la decisión constituyente el que tales principios fueran “disponibles” para el legislador ordinario⁶. Es necesario, en consecuencia, proceder a una interpretación del artículo 25.1 de la Constitución, en base a la consideración de otros preceptos de la misma⁷, a los principios que la inspiran y a los tratados internacionales ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución española), para, sobre todo ello, ofrecer una formulación completa del principio de legalidad penal, que, en la medida de lo jurídicamente posible, comprenda todas las garantías mencionadas anteriormente que se estiman constitutivas o integrantes del mismo.

Para esta formulación a que se aspira desempeña un singular papel, junto al examen formal de otros preceptos constitucionales, el análisis del fundamento, de la *ratio essendi*⁸ del principio de legalidad.

2. Pluralidad de fundamentos de principio de legalidad

En este sentido es pacífica la opinión de que el principio de legalidad penal tiene una doble fundamentación, por una parte, de carácter político, expresión de la idea de libertad y del Estado de Derecho, de la que deriva la exigencia de ley formal y la de seguridad jurídica y, por otra, una fundamentación específicamente penal, expresión de la esencia o función social de la norma y la sanción penal. Ambos fundamentos han de considerarse conjuntamente y sólo así, como se verá, resulta

6 Con relación al § 103, 111 de la Constitución alemana respecto del problema del *ne bis in idem* que se encontraba claramente recogido en la legislación preconstitucional —problema similar al nuestro— entiende la doctrina alemana que en caso de oscuridad en la formulación constitucional de un derecho o principio que ya con anterioridad se encontraba configurado y en términos más amplios por la legislación debe éste estimarse integrado en la norma fundamental, véanse Maunz Dúrig, *Grundgesetz Kommentar*. not. marg. 123 al § 103, III. Esta línea de argumentación es seguida por nuestro Tribunal Constitucional, precisamente también sobre el *ne bis in idem*, no contenido explícitamente en el artículo 25.1, véase S. 30 de enero de 1981, 4. En el tema que nos ocupa la traslación de este argumento permitiría proponer: el artículo 25.1 no puede comportar “menos” de lo que ya ofrecían los artículos del Código Penal relativos al principio de legalidad.

7 Ya el propio Tribunal Constitucional ha indicado que se ha de recurrir, entre otros, a los artículos que consagran la reserva absoluta de ley (sentencia de 7 de mayo de 1981, 11, 7). En el mismo sentido Bringewat, *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlín, 1974, p. 100, respecto del artículo 103, II de la Constitución alemana.

8 El ámbito de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales se ha de fijar “teniendo en cuenta que la Constitución incorpora una serie de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental”, sentencia de 8 de junio de 1981, 2, RA 13 podrá definirse su concreto contenido como consecuencia de un proceso lógico deductivo, que sólo encontrará límites allí donde la Constitución los imponga expresamente.

viable conectar a una idea común y general cada uno de los que inicialmente se han enumerado como contenidos del principio de legalidad.

i Fundamento político democrático-representativo

Es opinión común que el principio responde desde su formulación originaria por los ilustrados al principio político de la división de poderes⁹, principio garantizador del consenso sobre el contrato social: solamente el legislador, representación directa de la sociedad, y no el Juez particular, puede decidir sobre la limitación de la libertad individual; sólo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas (definir delitos) e imponer privaciones de derechos (imponer penas). Ambos principios, división de poderes y supremacía del legislador, son piezas fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional¹⁰.

Aparece así el principio de legalidad penal originariamente como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de ley). Este fundamento político es lo que determina que el principio no se satisfaga de modo puramente formal, en el sentido de la identificación entre Estado de Derecho y Estado “de leyes”. La idea subyacente de la “voluntad general” sólo se traduce institucionalmente en la asamblea legislativa democráticamente representativa (elegida) de esa voluntad general¹¹.

En definitiva, el principio de legalidad penal es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal, para satisfacer la seguridad del conocimiento del ámbito de libertad que “concede” el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general¹². Por esta razón es acertado denominar este fundamento político como fundamento democrático representativo¹³.

9 Cfr Merle/Vitu, *Traité de Droit Criminel*, I, 3.^a ed., París, 1978, p. 223; Rodríguez Mourullo, *Principio de legalidad*, cit. p. 883; Jiménez de Asúa, *Tratado*, II, cit., p. 381 y, amplias referencias a Locke, Montesquieu y Beccaria, entre otros, véase Schreiber, *Gesetz und Richter*, cit. pp. 33 y ss.

10 “la soberanía... reside en el pueblo español” (art. 1) y sólo “las Cortes Generales representan al pueblo español” (art. 66.1). Véase al respecto, Garronena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980, pp. 139 y ss.

11 Cfr. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de las Casas, Madrid, 1968, páginas 29-30.

12 En este sentido, expone Bricola, que “el principio de reserva absoluta de ley (en materia penal) es expresión de la exigencia de que la intervención represiva sea siempre el producto de la dialéctica democrática en el interior del Parlamento” (*Legalità e crisi*, cit. p. 128).

13 Cfr. Grünwald, *Bedeutung und Begründung*, cit., p. 14; Mangakis, “Über die Wirksamkeit des Saizes “nulla poena sine lege””, en *ZStW* 81 (1969), pp. 997 y ss., 1003; Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlín, 1977, p. 210; Jescheck, *Tratado*, I, cit., página 180.

No solamente es exigible —políticamente— la atribución exclusiva a la ley de la facultad de definir delitos y penas, lo es también materialmente el que esa definición legal sea previa a la imposición de una pena, la ley penal no puede definir delitos con efectos retroactivos. El fundamento político constitucional y su principal consecuencia de la reserva de ley sigue siendo hoy indiscutiblemente un pilar fundamental del Estado de Derecho¹⁴.

A su vez, la exclusión del sistema de fuentes en Derecho penal del derecho consuetudinario y la prohibición de fundamentar en éste la punibilidad de una conducta es corolario de la reserva. Igualmente lo es la prohibición de la aplicación analógica de las leyes, y de la interpretación extensiva de las mismas, prohibición que, como la anterior, se dirige frente a los Tribunales, en tanto que representan la imposición de una pena a una conducta no prevista expresamente como delito por la ley¹⁵.

Aún más, como expresión del principio de división de poderes, el de legalidad incorpora a su contenido las garantías denominadas “jurisdiccional” y “de la ejecución”: frente al Legislativo y, sobre todo, frente al Ejecutivo (Administración), sólo a los Juzgados y Tribunales de Justicia (Poder Judicial) corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y ese enjuiciamiento (competencia judicial y procedimiento) y esa ejecución se han de verificar conforme a lo preceptuado por la ley.

A la consagración constitucional de estas dos garantías sirven específicamente otros preceptos diferentes del artículo 25.1, singularmente el apartado 2 del mismo artículo (garantías formales y materiales de la ejecución penal), así como en los artículos 24.2 y 117.3 (garantía jurisdiccional), de los cuales no me voy a ocupar en este lugar.

ii Fundamento político criminal

Ahora bien, la argumentación político constitucional no agota la fundamentación del principio de legalidad penal¹⁶. Junto a ésta —o mejor, sobre ésta— desde el interior de la ciencia penal se ha construido una fundamentación político-cri-

14 El Tribunal Constitucional alemán ha llegado a declarar, además, que el principio de legalidad es expresión del de igualdad de todos ante la ley, cfr. BVerfGE, 20. 162 (222).

15 De tal modo que la prohibición de la analogía aparece como una plasmación específica en lo penal de la división de poderes (cfr. Grünwald, op. cit. P. 14). Beling señala expresamente que la proscripción del Derecho consuetudinario como fuente penal y de la analogía, obedece a la exigencia de ley, antes que a la de una concreta delimitación de la conducta punible, pues, también el Derecho consuetudinario y la analogía podrían configurar concretos tipos penales, véase *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906 (reimpresión 1964), p. 22.

16 La fundamentación del principio de legalidad exclusivamente en la división de poderes determina su reducción al nivel de un principio meramente formal o competencial que, por sus consecuencias insatisfactorias, obliga a recurrir a otros principios de naturaleza diferente, como, por ejemplo, el de culpabilidad. Una orientación formalista de esta clase es la de Lemmel, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen in Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz “nullum crimen sine lege”*, Berlín, 1970, véase particularmente, pp. 156-165 y 170 y ss.

minial¹⁷ del principio. Feuerbach, autor de su formulación latina, lo asentó en una consideración material de la función de la norma penal, que denominó teoría de la coacción psicológica: sólo una amenaza penal establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión, sólo la previa conminación legal de la pena para una conducta es capaz de actuar en prevención general de la comisión de delitos¹⁸. La consecuencia fundamental de esta argumentación es la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (principio de irretroactividad), y la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación).

Avatares diversos ha sufrido la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach a lo largo de la historia¹⁹. Sin embargo, la esencia de su concepción ha reaparecido en los últimos años, como consecuencia de la crítica del Derecho penal de la retribución y de la mano de las teorías behavioristas y de la psicología profunda, así como de lo que puede denominarse nuevo proceso de “secularización” del derecho penal. No se trata, por tanto, de reclamar como fundamento del moderno Derecho penal la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach —en cuyo tiempo el conocimiento psicológico se reducía a poco más que la pura intuición— sino de asumir esa idea y sus consecuencias fundamentales dentro de lo que hoy se denomina Función de motivación de la norma penal²⁰.

Lo imprescindible de este fundamento político-criminal del principio de legalidad se pone de manifiesto al constatar cómo no resulta posible derivar la prohibición de retroactividad de la ley penal del denominado fundamento democrático representativo. Este se satisface conque la restricción punitiva de la libertad se verifique por una decisión del legislador; la garantía de la representación popular no se vulnera con una ley retroactiva, por ello no existe una prohibición genérica de retroactividad de las leyes. Carecería de sentido atribuir a la garantía de representación popular la exigencia de lo que precisamente es una limitación a la

17 Con esta terminología se expresan Merle y Vitu, *Traité*, cit. p. 223. Marini habla de fundamento político “criminológico”, véase *Nullum crimen...* cit p. 952.

18 Véase Feuerbach, *Lehrbuch des genieinen in Deutschiand gültigen peinlichen Rechts*, edición anotada por Mittermaier, reimpresión de Scientia Verlag de la 14 ed. de 1847 (Giessen), especialmente, pp. 36 y ss. Una exposición del conjunto de su obra en estos aspectos puede verse en Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsge*, Gotinga 1965, pp. 235 a 246.

19 Véase en Schrieber, *Gesetz und Richter*, cit., pp. 118 y ss.

20 Elaborada entre nosotros fundamentalmente por Gimbernat, Muñoz, Conde, Mir Puig y Luzón. Sobre el estado de la cuestión véase Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 2.^a ed. 1982, y Octavio de Toledo/Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 198 1, pp. 97 y ss.

libertad de decisión de dicha representación, como es el vetarla que adopte leyes penales con efectos retroactivos²¹.

A su vez, la exigencia de certeza o taxatividad, en la determinación de los presupuestos de la punibilidad, es decir de la definición de la conducta típica y de sus consecuencias jurídicas, no encuentra asentamiento suficiente en el fundamento democrático representativo, pues el legislador puede encontrar “razonable” en determinados casos el establecer cláusulas generales, elementos constitutivos de la conducta típica indeterminados y determinables por otras instancias. Este proceder podrá calificarse en el caso concreto como “no razonable” pero no como vulnerador del principio “democrático representativo”²².

iii Consideración de otros criterios propuestos como fundamento

a) El principio de culpabilidad

Se ha pretendido fundamentar el *nullum crimen* en el principio de culpabilidad. Así, por ejemplo, Sax²³: el reproche penal de la culpabilidad se asienta en la decisión consciente o inconsciente por la realización de una conducta antijurídica tipificada; para verificar el reproche es ineludible presupuesto que la conducta haya sido previamente tipificada. Sin embargo, esta tesis debe rechazarse, pues el objeto del juicio de reproche no es la ley penal sino la prohibición de la conducta en cuestión²⁴ o, como expone Jescheck²⁵ el contenido material de la ilicitud del hecho puede darse también aunque el hecho no está conminado en una pena. Por ello, como señala Welzel, el principio de legalidad no exigiría la prohibición de la retroactividad de las agravaciones penales ni tampoco la fijación previa de la punibilidad en una ley penal²⁶.

21 Cfr. Jescheck, *Tratado*, I, p. 184. Grünwald, *Bedeutung und Begründung*, pp. 16-17) fracasa al pretender derivar la irretroactividad del fundamento democrático representativo, lo que le obliga a dar un salto en el vacío (véase ob. cit. 17).

22 Sobre los efectos perturbadores de la sustitución de este principio por el de certeza en materia de reserva de ley véase Siniscalco, “Ratio di “certeza” e ratio di “garanzia” nella riserva di legge dell’art. 25, 2 della Costituzione”, en *Giurisprudenza Costituzionale* 1969, páginas 993 y ss.

23 *Grundsätze* ... cit., p. 999.

24 Grünwald señala que dicha tesis no podría fundamentar ni la prohibición de la analogía ni la de la retroactividad, véase ob. cit., p. 11.

25 *Tratado*, I, cit., p. 184.

26 Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán*, 11 ed., trad. de Bustos y Yáñez, Santiago de Chile, 1970, p. 42.

b) La exigencia de certeza

Seguridad jurídica en la búsqueda de un fundamento a la irretroactividad de las leyes penales se ha propuesto por algunos la idea de la “seguridad jurídica”²⁷. Esta idea, que está consagrada como principio constitucional en el artículo 9.3, no sirve para fundamentar ni la reserva de ley, ni la irretroactividad, al menos, agotadoramente. Lo primero, porque, como advierte Bricola²⁸, el reglamento también ofrece esa seguridad o certeza; es más, la identificación entre el fundamento de la reserva absoluta de ley con la exigencia de seguridad jurídica conduce a una devaluación del carácter absoluto de la reserva. Por otra parte, no fundamenta —suficientemente— la prohibición de retroactividad porque si fuera necesario corolario de la misma habría de prohibir todo efecto retroactivo de las leyes penales —y no sólo de éstas—, y se acepta generalmente la aplicación retroactiva de las normas penales favorables, tanto doctrinalmente como en la propia Constitución, que, en el artículo 9.3, se limita a proclamar la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Sólo el fundamento político criminal —el de la función de motivación de la norma penal— está en condiciones de explicar y exigir la irretroactividad de las normas sancionadoras (penales) no favorables y la retroactividad de las favorables y, esto último, no sólo como facultad que se atribuye al legislador, sitio como exigencia vinculante.

La consideración del principio de legalidad como exigencia de seguridad jurídica —con la consecuencia de prohibición de toda retroactividad— toma como referencia básica la posición del individuo frente al poder del Estado. Pero desde el plano del Estado, en su proyección normativa sobre los individuos, la determinación legal de la conducta prohibida y de la pena responde a la necesidad de hacerles presentes su voluntad de ordenar o prohibir una conducta concreta. Por su parte, el fundamento material, político-criminal, a que me refiero, permite una adecuada justificación de la exigencia de certeza o taxatividad de la norma penal. La concreta y exhaustiva determinación legal de la conducta prohibida o exigida y de la pena correspondiente es presupuesto de una eficaz motivación de las conductas de los ciudadanos en el sentido querido por el legislador. Para alcanzar dicho fin de prevención general, la determinación de la conducta punible debe verificarse con anterioridad a la amenaza de la pena y, por supuesto, de su imposición y la especificación de lo prohibido debe verificarse del modo más concreto posible, pues de otro modo, el Estado correría el riesgo de que los destinatarios de la norma no reconozcan el ámbito de lo que se quiere ordenar o prohibir, con lo que se pondría en cuestión el éxito de la función de protección de los bienes jurídicos que se pretende.

27 Así el propio Jeschek, en *loc. ult. cit.*, Cerezo Mir, *Curso*, cit., pp. 190 y 196.

28 *Legalità e crisi*, cit., p. 184.

Ahora bien, de todo lo expuesto no se deduce la ajenidad de la exigencia de seguridad jurídica respecto del principio de legalidad. Forma parte del contenido del mismo, junto con los anteriormente enunciados y se asienta precisamente en su fundamento político democrático, como exigencia de certeza de conocimientos del propio ámbito de libertad frente al arbitrio-arbitrariedad de los poderes públicos. Ahora bien, el que la determinación de la conducta prohibida haya de efectuarse precisamente por vía de la ley es consecuencia del principio de división de poderes a que responde el Estado de Derecho.

De la división de poderes y de los presupuestos de la prevención general se derivan también exigencias respecto del poder judicial: prohibición de la aplicación analógica de las leyes penales, por comportar la imposición de una pena a una conducta no prohibida por la ley; prohibición de fundamentar penas en un “derecho consuetudinario”, es decir, en una instancia definidora ajena al legislador, único legitimado para proceder a ello; prohibición de aplicar en contra del sujeto una ley penal a conductas verificadas con anterioridad a la misma.

Por último, todos los principios anteriores, tanto en su proyección sobre el legislador como sobre el Juez, y por iguales fundamentos, se plasman, además de sobre los tipos penales, sobre las consecuencias jurídicas de los mismos, sobre la pena y las medidas de seguridad.

Ahora bien, quizá pudiere alguno aducir que una argumentación político criminal —por sólida que resulte— no tiene significado alguno para fundamentar un juicio de inconstitucional y, de tal modo, por ejemplo, no podría declararse la inconstitucionalidad de una ley penal retroactiva a no ser que la propia Constitución recoja expresamente la prohibición al legislador de tal forma de proceder. En mi opinión, aunque la Constitución no consagrara expresamente el principio de irretroactividad, podría fundamentarse el juicio de inconstitucionalidad en que la aplicación retroactiva de una ley penal resultaría irracional y arbitraria, y la Constitución prohíbe la arbitrariedad a los poderes públicos (art. 9.3). La inexistencia del 25.1 sólo tendría como consecuencia el que no sería susceptible de reclamarse por vía del recurso de amparo contra una aplicación retroactiva de una ley. Las argumentaciones materiales sí tienen relevancia constitucional.

iv Fundamento tutelar del ciudadano

El principio de legalidad tiene otro aspecto en su fundamentación política que determina su sentido total y el de cada uno de los subprincipios hasta ahora mencionados. El principio de legalidad aparece y se desarrolla como una garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales, frente a la privación o restricción de sus derechos por el Estado. Es decir, se trata de una garantía frente a la imposición estatal de condiciones desfavorables y no frente a condiciones favorables.

La admisión de la retroactividad de las normas penales, o sancionadoras en general, más favorables no suponen una suspensión, olvido o, aún menos, vulneración del principio de legalidad. El principio de legalidad no es garantía de una hipotética absoluta objetividad del ejercicio del ius puniendi. La institución está bien lejos de ser una manifestación de la concepción hegeliana del Estado. Bien al contrario, el principio de legalidad como garantía contra las normas desfavorables o restrictivas de derechos es expresión directa de una de las ideas más fundamentales del Estado democrático: el de expansión máxima de los derechos y libertades del individuo. Idea ésta que en la moderna ciencia penal española se traduce como “principio de intervención mínima” y que se plasma en numerosos planos de la acción del ius puniendi: en la exigencia de reducir el recurso a la pena a la tutela de los bienes jurídicos más importantes y frente a los más graves ataques; en la de imponer únicamente la pena y el grado de ésta en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines de protección que se persiguen, etc.

El principio de libertad máxima-intervención mínima²⁹, proyecta sus efectos en todas las plasmaciones del principio de legalidad determinando la adecuación al mismo —y no su “justificada” vulneración— de la analogía *in bonam partem*, la retroactividad de las normas favorables, de las interpretaciones pro reo, en la atribución de amplias facultades al Juez para atenuar la pena, bien a través de reglas de aplicación de éstas, bien a través del recurso a introducir en el tipo elementos normativos que operan sólo en sentido despenalizador³⁰. Y del hecho de que se trate de adecuación al principio de legalidad y no de justificación de su vulneración se derivan importantes consecuencias, tales como que la aplicación retroactiva de la norma favorable no es una decisión graciosa o facultativa del legislador y en su caso de los tribunales, sino objeto del derecho público subjetivo que es, por decisión del poder constituyente, el principio de legalidad penal.

Consideración particular merece la prohibición de la doble sanción. El *ne bis in idem* tiene diversas manifestaciones y la de mayor relieve es la prohibición de castigar el mismo hecho a un tiempo con una pena criminal y con una sanción administrativa³¹.

29 Sobre el principio de intervención mínima, acogido entre los inspiradores del Proyecto de LO de Código Penal de 1980, Véase Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 59 y ss.

30 El que esta idea pueda llevar a desigualdades en la aplicación de la ley no puede colegirse en sede del principio de legalidad, sino en el del principio de igualdad, cuya plasmación está regida, a su vez, por el de no arbitrariedad, en el sentido de que no es aceptable la aplicación igualitaria de una ley que resulte por ello arbitraria e irracional.

31 Otras son, por ejemplo, la imposición de más de una pena a un mismo delito y, dentro de ello, determinadas penas accesorias, la incoación de un nuevo proceso por un mismo hecho cuando el anterior concluyó con una absolución, etc.

El Tribunal Constitucional, recurriendo a la voluntad de los constituyentes, en su sentencia de 30 de enero de 1981 ha declarado que “va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en el artículo 25 de la Constitución”³². García de Enterría, comentando esta sentencia, estima que la prohibición de la doble sanción se expresa directamente en el literal del artículo 25.1, al deducirse de él que una determinada actuación activa u omisiva podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o varias de esas figuras a la vez³³.

Sin embargo, asentar el *ne bis in ídem* en los fundamentos materiales del principio de legalidad no resulta sencillo. La doble sanción no afecta en absoluto al principio democrático, siempre y cuando sea establecida en ambos casos por la ley. Lo que del principio de división de poderes se deriva no es tanto una crítica al *bis in ídem*, sino a la propia existencia de un poder sancionador autónomo de la Administración³⁴. Tampoco contradice necesariamente el principio de certeza, pues ambos ilícitos pueden estar clara y, terminantemente formulados por la ley; la seguridad jurídica tampoco se ve afectada si el procedimiento sancionador administrativo respeta todas las garantías que se le exigen. Por último, si la doble sanción no resulta arbitraria y desproporcionada tampoco afectaría al principio de motivación. Y es precisamente desde esta consideración desde donde aflora un fundamento para la prohibición del *bis in ídem*, pues en nuestra historia jurídica, sobre todo en la etapa del anterior régimen político, el modo y sentido de la doble visión eran claramente arbitrarlos y desproporcionados, y es frente a esa experiencia contra lo que se levanta la prohibición. En definitiva, entiendo que el *ne bis in ídem* encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3. Su inclusión en el contenido del 25.1 —ya sea por el recurso a la voluntad del constituyente, ya al literal del precepto— me parece sumamente afortunada, porque, dada la técnica de protección de los derechos fundamentales que establece la Constitución, solamente de este modo,

32 Ap. 4 (RA-2).

33 García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 245.

34 Sobre el tema, vid. Prieto Sanchís, “La Jurisprudencia Constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, en *REDC* 4, 1982, pp. 99 y ss. El citado autor termina por entender, sin embargo, que la pervivencia de tal poder sancionador no supone amenaza grave a los principios del Estado de Derecho si se respetan las garantías típicas del Derecho penal sustantivo y procesal ordinario. Sobre las técnicas de superación del *bis in ídem*, véase Ob. cit. pp. 115-118. Véanse ampliamente, también, Casabó Ruiz, *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela 1980, p. 271 y ss.; Cobo del Rosal/Boix Reig, *Comentarios a la legislación penal, I*, Madrid, 1982, pp. 213 y ss.

y por vía de recurso de amparo, se puede instrumentar la protección efectiva de lo que de otra manera sería tan sólo un principio general.

3. Contenido y proyecciones del principio de legalidad

De lo hasta ahora expuesto se puede concluir afirmando que el principio de legalidad en materia penal, y como expresión de su plural fundamento en la división de poderes y en la democracia representativa, en la seguridad jurídica, en el fin de prevención del Derecho penal, y en su condición de garantía de los derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado, se plasma en concretas exigencias o prohibiciones, dirigidas bien al legislador, bien a los Tribunales, bien a ambos conjuntamente³⁵:

1. Solamente la ley es la instancia normativa legitimada para establecer la punibilidad de conductas y las penas correspondientes (Reserva de ley). De esta reserva se deriva la exclusión en materia penal de otras fuentes de Derecho, distintas de la ley formal: disposiciones administrativas y normas consuetudinarias.
2. La ley debe delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena con la que se le conmina (Principio de tipicidad o de taxatividad de la ley penal).
3. Prohibición de la analogía (aplicación analógica de la ley penal) y de su interpretación extensiva (en contra del reo).
4. Prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos desfavorables al reo y de aplicación judicial de la ley penal con tal efecto retroactivo (irretroactividad).
5. Exclusión de la sanción penal y administrativa para un mismo hecho (ne bis in ídem).

Establecidas las conclusiones expuestas, correspondería ahora analizar cada una de ellas, precisar su contenido y alcance, establecer su fundamento expreso o Implícito en el texto constitucional y determinar la medida en que todas o alguna de ellas se pueden entender contenidas en el artículo 25. 1. Los límites de esta contribución exigen reducir el objeto de estudio, y me limito al primero de los problemas planteados, el de la reserva de ley.

35 Por las razones funcionales y sistemáticas mencionadas supra separamos de esta consideración las garantías denominadas jurisdiccional y de la ejecución.

II. LA RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL

1. Reserva de ley y artículo 25.1

La reserva de ley para el establecimiento de delitos y de penas, para el conjunto de la materia penal, es una evidente exigencia política del Estado de Derecho. No obstante, presenta dificultades la selección del concreto precepto constitucional al que se ha de imputar el principio. Y la dificultad surge, en primer lugar, precisamente, del tenor literal del precepto que generalmente se estima que consagra el principio de legalidad penal, pues el artículo 25.1 hace referencia a la “legislación” vigente para establecer la fuente normativa para establecer delitos, faltas e infracciones administrativas, en donde el término legislación puede interpretarse en su sentido amplio de ordenamiento jurídico y comprende, por ende, no solamente la ley formal³⁶.

Si de la interpretación del artículo 25.1 se dedujera su ajenidad a la reserva de ley no por ello perdería virtualidad una tal reserva, pues como luego se verá, otros artículos de la Norma Fundamental, sea el 53.1 o el 81.1, consagran la mencionada reserva para toda intervención estatal en materia de derechos fundamentales. Ahora bien, dicha reserva, asentada en los artículos citados, sin conexión con el artículo 25.1, no sería contenido de un derecho público subjetivo, quedaría al margen del derecho fundamental al cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 25.1, y, con ello, el ciudadano no podría obtener tutela a través del recurso de amparo constitucional frente a decisiones, generales o particulares, adoptadas en su perjuicio con vulneración de la reserva de ley. El problema de una adecuada interpretación del contenido del artículo 25.1 es, pues, de suma importancia práctica, tanto para el ciudadano, como para el desarrollo y concreción del alcance de dicho principio por el Tribunal Constitucional.

2. Tratados internacionales

A la solución del problema no contribuye el recurso a los Tratados internacionales ratificados por España, por no precisar tampoco el rango de la norma incrimi-

36 Cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, cit., p. 33, n. 35; Muñoz Conde, *Adiciones, I*, cit., p. 191; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal, Parte general, I* cit., pp. 72-73; Rodríguez Devesa, *Parte general*, 1981, p. 167, ante la dificultad apuntada se limita a indicar que “en este punto debe interpretarse la Constitución a la vista de los antecedentes históricos”, sin que a la solución del problema pueda contribuir el artículo 53. 1, “pues no olvidemos que el artículo 25 se refiere también a las infracciones administrativas” (eodem loc. nota 29). Esta tesis, además de desconectar el artículo 25.1 del 53.1, olvida la existencia del artículo 81 y, por su planteamiento y consecuencias, resulta una tesis inaceptable, como han manifestado Cobo y Vives, loc. cit., 74. En realidad las opiniones de Rodríguez Devesa en este y otros puntos —como en el de los bandos militares, la pena de muerte, etc.— descansan en un no reconocimiento por parte del autor del valor normativo de la Constitución, para quien parece que no pasa de ser un conjunto sumamente imperfecto de declaraciones programáticas.

nadora. Así, la Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948, artículo 11.2, se satisface con que los actos u omisiones constituyan delito “según el derecho nacional o internacional”, y en iguales términos la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, artículo 7, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en cuyo artículo 15 se reconocen como fuente, además, a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional³⁷.

3. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha ocupado del artículo 25.1 en lo que se refiere al problema exegético del término “legislación”; en tres sentencias de 1981 (RA-2): sentencia de 30 de enero de 1981, II, 4; (RA-6) sentencia de 30 de marzo de 1981, II, 3, y (RA-11) sentencia de 7 de mayo de 1981, II, 7.

En la primera, RA-2, pronunciándose sobre el ne bis in ídem, se verifica una imputación genérica del principio de legalidad al artículo 25.1: “los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas, principalmente en el artículo 25 de la Constitución”, texto en el que merece subrayarse el término “principalmente”, por el que se indica que tales principios no sólo quedan recogidos en el mencionado artículo, lo que resulta de interés para nuestra tesis de la necesidad de integración del artículo 25.1 con otros preceptos constitucionales.

En la segunda (RA-6) sentencia de 30 de marzo de 1981, II, 3, se consigna que “por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (título IV, capítulo segundo de la Constitución). Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, 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. En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por Ley (sic) que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)”.

37 Debe tenerse en cuenta que el limitado alcance de tales formulaciones se corresponde con la función perseguida de alcanzar estándares mínimos comunes a países de diferentes sistemas y desarrollos jurídicos. Sobre la Convención Europea, véase Von Weber, “Die Strafrechtliche Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention”, en ZStW 65 (1953), pp. 334 y ss.; Linde, E.; Ortega Álvarez/ Sánchez Morón *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979.

Del texto —en el que la referencia al título IV debe leerse III, pues sólo éste incluye un capítulo segundo dedicado precisamente a la elaboración de “las leyes”— se deriva una identificación del concepto “legislación” con el de ley formal. Lo cual se precisa, en la tercera sentencia (RA-11) de 7 de mayo de 1981, II, 7, en la que se declara que “El principio de legalidad (que) se traduce en la reserva absoluta de ley”.

Ahora bien, el resultado de la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional hasta aquí leídas se debilita si se repara que en la segunda de las citadas (RA-6) de 30 de marzo de 1981, ahora en el apartado 4 de los fundamentos, se declara lo siguiente: “El principio de legalidad penal contenido en el artículo 25.1 exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse asimismo por norma de igual rango. Ni siquiera sucede en el presente caso que el artículo del Código penal aplicable sea de aquellos que completan su tipo con remisión a disposiciones reglamentarias como sucede, por ejemplo, con el 345 y el 505, párrafo 2, que se remiten a “disposiciones sanitarias”, o a la “infracción de los reglamentos” para la integración del tipo, supuestos en los que las “disposiciones” o los “reglamentos” complementarios podrían ser alterados por otros posteriores de su misma naturaleza”. De donde puede deducirse que norma penal ha de ser “norma legal” y que ésta puede ser, en determinados casos, de rango distinto a la ley formal. No obstante, el Tribunal Constitucional se está refiriendo en este párrafo al problema de las normas penales en blanco, que merece una consideración más detallada.

En consecuencia, las *tragende Gründe* de las sentencias del Tribunal Constitucional hasta ahora pronunciadas no son del todo concluyentes, aunque su dirección apunta a atribuir a la norma penal el carácter de reserva absoluta de ley. En consecuencia, la reflexión doctrinal sigue siendo necesaria.

4. Las posiciones doctrinales sobre el concepto de “legislación” y la necesidad de rechazar un significado unívoco del término. La interpretación del término conforme a la naturaleza de la materia de regulación

El término “legislación” es interpretado por Cerezo en el sentido de ley formal, ya que, de otro modo, “el precepto resultaría entonces completamente superfluo una vez que el artículo 9.3 se garantiza la seguridad jurídica”³⁸. Sin embargo, el argumento no resulta convincente, pues, aun en el caso de que el artículo 25.1 solamente consagrara la irretroactividad, no podría ser considerado superfluo, ya que el artículo 9.3 establece principios generales y no derechos subjetivos públicos, como es el caso

38 Mir Puig, *Curso*, cit., p 179, n. 3.

del artículo 25.1 y los demás del capítulo II del título I, con lo que ello comporta en orden a la instrumentación de la específica tutela constitucional de los mismos.

Quienes como Cobo, Vives y Muñoz Conde³⁹ concluyen en que el término “legislación” no es susceptible de interpretarse como mera ley formal, no estiman por ello que la reserva carezca de fundamentación constitucional. Por el contrario, la encuentran consagrada en otros artículos del texto constitucional, ya sea en el artículo 53.1 ya sea en el artículo 81.1. Así, Cobo y Vives se pronuncian por la tesis de radicar la materia penal en la reserva de ley orgánica del artículo 81, por estimar que la definición de delitos y el establecimiento de penas supone “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, en la medida en que delito y pena constituyen una limitación de alguno o varios derechos fundamentales, y entre ellos la libertad personal y el derecho al honor⁴⁰. El propio Cerezo se manifiesta a favor de la reserva de ley orgánica del artículo 81, pero sólo respecto de aquellas leyes penales que por el bien Jurídico protegido o por la índole de las sanciones que establezcan (por ejemplo, penas privativas de libertad) afecten a los derechos fundamentales y a las libertades públicas⁴¹.

Las consecuencias de la tesis que desvincula el artículo 25.1 del problema de la reserva consisten en la negación de que la reserva de ley en materia penal no es contenido de un derecho fundamental y, por lo tanto, frente a las infracciones de dicha reserva no cabe el recurso de amparo, sino tan sólo el recurso y la cuestión de inconstitucional. De aquí se deriva la trascendencia político-jurídica de resolver la cuestión en sede del artículo 25.1.

A mi entender la solución del problema pasa por rechazar el planteamiento que hasta ahora se ha venido realizando y que caracteriza a las dos alternativas en que se encuentra dividida la doctrina penal y que consiste, en ambas, en pretender para el término “legislación” un significado unívoco: equiparación a ordenamiento jurídico versus equiparación a ley formal. Estimo que la interpretación del término aludido admite una solución diferenciada, según cuál sea el tipo de norma a que haya que referirlo en cada caso: norma incriminadora penal o norma sancionadora administrativa. Pero la razón de tal diferenciación no se encuentra en el propio

39 Véase referencias en nota 35.

40 Dado el reproche que la pena conceptualmente comporta, véase Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal*, cit., pp. 76-77. Igual posición mantienen Muñoz Conde, *Adiciones*, I, cit., p. 159, y Casabo Ruiz, “La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal” en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 288 y ss. Ramón Fernández, incidentalmente, manifiesta que la materia de los delitos y de las penas sería propia de la ley orgánica (Ramón Fernández, T., *Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, página 64, en nota).

41 Curso, cit. p. 181, con lo que cuando menos el núcleo fundamental de la legislación penal sería reserva de ley orgánica, Y se conecta con la tesis que más adelante se defiende

artículo 25.1, sino en otros preceptos cuyo mandato asume —tiene que asumir— el párrafo 1 del artículo 25.

La norma penal o administrativa será o no reserva de ley, ordinaria u orgánica⁴², según cuál sea su concreto contenido. Es el contenido específico de la norma el que ha de calificarse y no otra cosa. Y aquí es donde entran en juego los artículos 53.1 y 81.1, que son los que específicamente consagran las dos modalidades de reserva de ley. Las normas penales o administrativas serán materia de reserva de ley orgánica si su contenido es relativo “al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (ley orgánica, artículo 81.1) o representa “regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero” (ley ordinaria, artículo 53.1)⁴³.

Linde Paniagua ha sido el primero en apuntar este criterio diferenciador para interpretar el término “legislación” en el artículo 25.1, con ocasión de su trabajo sobre las leyes orgánicas parciales⁴⁴. Estima el autor citado que cuando la norma en cuestión afecte al derecho fundamental de la libertad personal, por comportar una privación de libertad, lo cual ocurre con las normas penales, la norma merece el rango de ley orgánica. Correlativamente, cuando la norma afecte a un derecho de los no incluidos como fundamentales en los artículos 14 a 29, el rango de la misma sería el de ley ordinaria. Esto, de seguir la inacabada argumentación de Linde, es lo que ocurre por lo común con la norma que prevé sanciones administrativas, entre las cuales destaca la sanción pecuniaria, la multa, cuyo contenido representa una privación de un derecho, el de la propiedad, que no es de los incluidos en los artículos 14 a 29 y no se califica como derecho fundamental. Esta interpretación del artículo 25 de la Constitución —manifiesta Linde— se funda en la distinción entre delito e infracción administrativa, “que supondría la separación de dos esferas materiales, una que, dada su gravedad, merecería ser regulada por ley orgánica, y la

42 No se oculta al penalista la complejidad del problema que plantea el concepto de ley orgánica, objeto ya de producción científica tan copiosa como poco pacífica. Una panorámica de la discusión puede verse en Bastida, “La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas”, en *REDC I*, 2 (1981) pp. 285 y ss.

43 Una argumentación similar emplea Gómez Ferrer para interpretar las múltiples remisiones concretas que la Constitución hace en diversos lugares a la “ley”, sin especificar su naturaleza orgánica u ordinaria. Se inclina el autor citado por entender que se trata de ley ordinaria salvo cuando se refiera a materias que están reservadas a la ley orgánica, de tal modo que “la utilización del término ley en cuanto al desarrollo de derechos y libertades de la sección primera hay que entenderlo referido a la ley orgánica”. Véase “La protestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución”, en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, cit., I, p. 119. Lo cual puede aplicarse, entre otros, además de al propio 53.1, al 17.1. De igual modo se procede en Alemania para interpretar el término “gesetz” en los artículos 103 y 104, véase Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, cit., pp. 248 y ss.

44 Casabó Ruiz, “Las leyes orgánicas parciales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *RAP* 1981, pp. 339 y ss. y p. 343, ob. cit., nota 39, argumenta de modo similar.

otra por ley ordinaria, pues lo que resulta indudable es que de la conexión entre los artículos 25.1 y 53.1, no puede alcanzarse otra conclusión que la de que la imposición de sanciones penales o administrativas exigen el rango de ley en la norma que las imponga previamente, que será orgánica u ordinaria, según afecte a derechos fundamentales o no”⁴⁵.

La interpretación expuesta merece ser acogida y desarrollada. Resulta evidente que la incriminación de una conducta con una pena privativa de libertad afecta a un derecho fundamental, el de la libertad personal, consagrado en el artículo 17, CE. Ahora bien, respecto de las normas que prevén sanciones pecuniarias se ha de diferenciar, pues, en principio, que afectan tan sólo al derecho de propiedad, recogido en el artículo 33, que no es derecho fundamental de los de la Sección primera del capítulo II del título primero. Sin embargo, la tesis de Linde no resulta generalizable, pues un grupo de sanciones pecuniarias, las multas penales, presentan la singularidad de que su impago se traduce en “responsabilidad personal subsidiaria” (artículo 91 del Código Penal), con lo que la privación de libertad reaparece⁴⁶.

Afectan igualmente a derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 14 a 29 otras penas del catálogo legal vigente. Así, las de extrañamiento, confinamiento y destierro, también al artículo 17. La interdicción civil y la reprensión pública al derecho al honor (artículo 18); las inhabilitaciones y suspensiones para cargos públicos, derecho de sufragio, activo y pasivo, a los derechos fundamentales a la participación en los asuntos públicos directamente o por representación y al acceso a las funciones y cargos públicos (artículo 23).

A derechos no fundamentales afectan tan sólo la inhabilitación y suspensión de profesión u oficio (artículo 35) y la privación del permiso para conducir vehículos de motor (que sólo derivadamente puede considerarse que afecta a la libertad personal) y la, mal denominada en el Código, pena de caución. Respecto de estas penas debe decirse, sin embargo, que se imponen junto a otras de las anteriormente enumeradas, salvo, excepcionalmente, la de privación del permiso de conducir⁴⁷ y que, en todo caso, sean en sí de una u otra naturaleza, al imponerse en un proceso penal y como una condena penal, afectan siempre al derecho al honor, como consecuencia del reproche que, como señalar Cobo y Vives, citando a Hart, la pena

45 Loc. cit., pp. 343-344. La argumentación no comporta una automática ecuación norma penal-ley orgánica, norma administrativa-ley ordinaria, pues de seguido reconoce que, con independencia de la denominación, si la norma administrativa impone una sanción que afecta a un derecho fundamental su rango ha de ser el de ley orgánica. Con lo cual se ofrece un criterio que por su carácter sustancial permite superar el esquema formalista en la distinción entre delito e infracción administrativa.

46 Relación entre multa y privación de libertad que se estrecha aún más con el sistema de “días-multa” previsto en el proyecto 1980.

47 véase Casabó Ruiz, *La capacidad sancionadora de la Administración*, cit.

criminal comporta conceptualmente⁴⁸, reproche que no es sólo correlato conceptual, sino sociológica mente constatable y que se condensa en lo que se denomina científicamente hoy efecto estigmatizador de la pena criminal⁴⁹.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que para los casos en los que el delito está sancionado con pena privativa de libertad es de aplicación también el artículo 17.1: “Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”. Abarca este concepto la tutela de la general libertad ambulatoria, que se ve afectada tanto por las privaciones de libertad para los enajenados previstas en las leyes civiles, como por las cautelares detenciones policiales y judiciales, la prisión decretada por la autoridad judicial en el curso de procedimientos penales y, por último, las privaciones de libertad consistentes en una pena de prisión⁵⁰. Esto debe aplicarse también a las privaciones de libertad que comportan las medidas de seguridad⁵¹.

Este artículo representa, a modo de norma especial y concurrente, una exigencia de reserva de ley para la previsión legal de penas privativas de libertad. Además, en la medida en que extiende las condiciones de autorización de la privación de libertad a los “casos” previstos en la ley, cubre con la reserva de ley también a las descripciones típicas normativas de los supuestos de hecho (figuras de delito) y a todos aquellos elementos que juegan como presupuestos y condiciones de la imposición de las penas. Y aún más, la referencia limitativa a las “formas” en que se verifica la privación de libertad lleva consigo la extensión de la reserva de ley a las normas procesales que lo regulan; por tanto las relativas a la forma, en que se ha de verificar la detención, la prisión y la ejecución de la privación de libertad (Derecho penitenciario). Por último, el hecho de que el artículo 17.1 configure un derecho fundamental y esté ubicado en la Sección primera del capítulo II del título primero determina que la reserva de ley que establece es la de ley orgánica del artículo 81.

No obstante lo expuesto, resulta necesario salir al paso del problema planteado por algunos autores⁵² acerca de si la acción de prohibición de conductas configuran-

48 *Derecho penal*, I, cit., p 86.

49 Kaiser y otros, *Kleines kriminologischer Wörterbuch*, Friburgo, 1974, voz “Stigmatlsierting”, pp. 318 y ss.

50 La privación de libertad que comporta una pena de este carácter es una limitación de la libertad reconocida en el artículo 17. Cfr. Maunz y Dürig. *Grundgesetz. Kommentar*, cit., artículo 104, nota marginal 5, a), respecto del mismo problema en la Constitución alemana.

51 Son las medidas de seguridad uno de los ámbitos de la materia penal sobre el que se discute la proyección de todas las consecuencias del principio de legalidad, especialmente de la irretroactividad. Véase Terradillos Basoco, *Peligrosidad social y estado de derecho*, Madrid, 1981. especialmente pp. 185 y ss.

52 ° Se trata de Gálvez Montes, “El ámbito material y formal de las leyes orgánicas”, y Martín Oviedo, “Tipología, jerarquía y producción de normas en la Constitución Española”, recogidos en el

dolas como delitos e imponer penas para las mismas puede subsumirse en el término de “desarrollo” de derechos y libertades que emplea el artículo 81.1

5. Norma penal y desarrollo-regulación-afectación de derechos fundamentales

El problema surge por el empleo de términos diferentes en los artículos 53.1, 81.1 y 86.1 para calificar los efectos de la norma jurídica sobre el derecho fundamental. En el artículo 53.1 se lee “regularse el ejercicio de tales derechos”; en el 81.1 se refiere a leyes “relativas al desarrollo” de los derechos fundamentales; en el 86.1, al definir el ámbito vedado a los Decretos-leyes, se dice que éstos no podrían “afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero”.

Por algunos autores se atribuye a cada uno de estos términos —regulación, desarrollo y afectación— un diferente alcance, de tal modo que a la ley orgánica correspondería tan sólo el desarrollo legislativo del estatuto general de cada una de las libertades; por ejemplo, una regulación general del derecho de reunión o del de huelga, etc., entendiendo que “desarrollo” supone asegurar las condiciones generales de expresión y funcionamiento de un derecho fundamental. Distinto resultaría el alcance de “regulación” del derecho, atribuido a la ley ordinaria, que se entendería como “cualquier regulación que ataña de cualquier manera al ejercicio de los derechos fundamentales”⁵³. De aceptarse esta tesis, ninguna ley penal, ni siquiera el Código Penal en su conjunto, sería materia de ley orgánica, pues un texto normativo de tal clase nunca contendría un estatuto general de uno o varios derechos o libertades, y así se han manifestado algunos autores antes citados⁵⁴. Pero no sólo la materia penal, pues otras, para las que nadie pone en cuestión el que hayan de ser desarrolladas por ley orgánica, tampoco son por sí solas “estatuto general” de una libertad pública, como, por ejemplo, la asistencia letrada al detenido del artículo 17.3, el procedimiento de habeas corpus, y el plazo máximo de duración de la prisión provisional, previstos ambos en el artículo 17.4. Tampoco sería regulación del “estatuto general” del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1) el desarrollo de la sola tutela civil de los mismos⁵⁵.

vol. II, de *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, en páginas 925 y ss. (930) y 1279 y ss. (1295 y s.)

53 En este sentido, García de Enterría, *Curso*, I, cit. pp. 223 y ss.

54 Véase nota 52

55 La proposición de ley de desarrollo del artículo 17.3 se tramita como ley orgánica, y como tal se ha aprobado la de protección civil de los derechos del artículo 18.1. Para la interpretación de la clase de ley que corresponde a las remisiones que la Constitución hace sin acompañar la calificación de la misma, véase nota anterior número 43

Frente a esta opinión se han pronunciado Cobo y Vives advirtiendo acertadamente que se incurre en juego de palabras sin sentido alguno, de siniestros resultados, que redundaría en grave fraude a la ley constitucional⁵⁶. Los autores citados estiman que en toda limitación de un derecho cabe ver un desarrollo jurídico del mismo, pues el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en esencia, precisamente, en su limitación, a causa de la necesaria coordinación con los otros derechos y con los derechos de los demás ciudadanos⁵⁷, y no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí.

En mi opinión debe evitarse el denunciado juego de palabras. Lo que diferencia el 81.1 del 52.1 no es su criterio cuantitativo, de grado de intervención sobre el derecho fundamental, sino cualitativo, de clase de derecho fundamental sobre el que se interviene el tipo de derecho fundamental que se ve normativamente “afectado”, ya de los contenidos en la Sección primera, ya de los restantes. El término más apropiado a emplear para llevar a cabo la distinción entre materia de ley ordinaria u orgánica es el de “afectar”, precisamente el que se utiliza en el artículo 86.1. De esta forma se logra coherencia *ratione materiae* en la definición de las materias objeto de las dos clases de reserva de ley y de la de aquellas para las que se excluye el Decreto legislativo y el Decreto-ley⁵⁸.

En conclusión, y en una primera aproximación, debe estimarse que se afectan los derechos fundamentales y libertades públicas cuando se prohíben conductas tipificándolas como delitos y se establecen penas criminales, y, en consecuencia, tal actividad normativa es materia de ley orgánica.

Por la tesis que se ha defendido se han inclinado las Cortes Generales, pues como leyes orgánicas se han aprobado la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979; la Ley Orgánica 4/ 80, de reforma del Código Penal en materia de libertad de expresión, reunión y asociación; la Ley Orgánica 10/1980, de Enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes; la Ley Orgánica 9/1980, de Reforma del Código de Justicia Militar; la Ley Orgánica 11/1980, sobre los supuestos previstos

56 *Derecho penal*, I, cit., p. 76 y n. 81; también Muñoz Conde en *Adiciones*, I, pp. 159 y 191.

57 Resultaría difícil negar que un tipo penal desarrolla, a través de una radical limitación, el derecho de asociación cuando se tipifican (se prohíben) como delito de asociación [lícitas las asociaciones que “por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública”, como ocurría en el artículo 172 del Código Penal hasta la Ley Orgánica 4/1980. El criterio del Gobierno plasmado en el proyecto de esta ley era mantener la limitación enunciada, y solamente el hecho de que tras la aprobación de la Constitución se calificara el proyecto como ley orgánica hizo posible la supresión del referido inciso en la votación del pleno del Congreso, merced a la búsqueda de la mayoría cualificada. El significado político de la ley orgánica frente a la ley ordinaria en la materia que nos ocupa resulta evidente.

58 Pudiéndose operar del siguiente modo: si la intervención normativa comporta afectación de derechos del título I, exclusión en todo caso del Decreto-ley; si de los de la sección 2.^a ley orgánica y exclusión de la delegación y si del resto del título, ley ordinaria y posible delegación

en el artículo 55.2 de la Constitución (“Antiterrorista”); la Ley Orgánica 2/1981, de Reforma del Código Penal y Código de Justicia Militar en materia de rebelión y terrorismo, y la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, en materia de contrabando y la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Por su parte, como las leyes orgánicas iniciaron su trámite los Proyectos de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y el de Reforma Parcial de 1982, así como la Proposición de Ley de reforma del Código Penal en materia de incendios forestales.

No ha sido este el criterio del Gobierno de la anterior legislatura en su presentación, ni el de las Cortes en su aprobación, en la Ley 40/1979, de Régimen Jurídico de Control de Cambios, y en la Ley 16/1980, sobre modificación de la prisión provisional sí, en cambio, en la que la ha sustituido (Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril). Menos aún lo fue en el supuesto del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, y el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, de prórroga de la Ley Antiterrorista de 1978. A las consecuencias de todo ello, vulneración de la reserva de ley orgánica mediante leyes ordinarias y Decretos-leyes, nos referiremos luego.

6. La materia penal como reserva de ley orgánica, e integración del término “legislación” del artículo 25.1

Conclusión de todo lo expuesto es que la definición de delitos y establecimiento de penas, la materia penal, es objeto de reserva de ley orgánica del artículo 81. Pero aún más, este resultado exegético se integra necesariamente en el artículo 25.1 y éste aparece como una regulación especial de la general reserva de Ley del Derecho Público⁵⁹, de tal modo que el artículo 25.1 debe leerse así:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según ley orgánica vigente en aquel momento, o infracción administrativa, según ley vigente en aquel momento, ley que habrá de ser orgánica si la infracción o la sanción administrativa limita derechos fundamentales.”

7. Reserva de ley orgánica como reserva absoluta y remisión a fuentes normativas secundarias

Afirmada la calificación de la materia penal como materia de reserva de ley orgánica resta especificar su concreto alcance. Particularmente conflictivo aparece el problema de la relación entre reserva de ley y remisión de la ley a un complemento perteneciente a una norma de rango inferior (presente o futuro), en especial las provenientes del poder normativo del, Ejecutivo (normas penales en blanco). Pero tam-

59 Así Krey, para el artículo 103, II, de la Constitución alemana, véase ob. cit., p. 38

bién afecta a la reserva de ley la inclusión en el tipo penal de elementos normativos, necesitados de una decisión del Juez, ya por su carácter valorativo, ya por remitir a reglas de experiencia; así como el establecimiento de un complemento del tipo⁶⁰ consistente en una (futura) disposición singular de una instancia administrativa.

El problema de la reserva de ley y su contenido y alcance presenta en España particulares dificultades, habida cuenta de que, como se ha expuesto, por García de Enterría, en Derecho español la doctrina de las materias reservadas a la ley ha sido una de las de elaboración más atrasada y más necesitada aún de una resuelta clarificación⁶¹, debido, entre otros factores, a la influencia en el sistema de fuentes del sistema de caudillismo imperante desde 1936.

La extensión de la reserva se suele resolver en base a la distinción entre dos clases de esta, absoluta y relativa, en la que la segunda admite la remisión a reglamentos de ejecución o desarrollo de la ley. La distinción entre una y otra clase de reserva, elaborada por la doctrina italiana no está asentada todavía entre nosotros⁶², pero su utilidad como criterio técnico para resolver el problema político del alcance de la reserva es evidente.

La opinión común estima que la reserva de ley ordinaria del 53.1 es una reserva relativa, es decir, admite que la ley reguladora llame al reglamento para desarrollar su contenido normativo o para organizar la ejecución de la ley⁶³.

60 Y no de un elemento ajeno al tipo del injusto, como por ejemplo, una condición objetiva de procebilidad

61 Cfr. Curso, I, cit. P. 219

62 Para la doctrina italiana véase Mortati, *Istituzioni di Diritto Pubblico*, I, Padua, 1975, pp. 343 y ss. con copiosas referencias. Entre nosotros las distinciones suelen limitarse a la de las categorías de la reserva material y la formal, pero el problema que nos ocupa se plantea precisamente dentro de la reserva material (es decir, dentro de aquellas reservas establecidas por la Constitución y no meramente en virtud de la jerarquía normativa y de la congelación de rango). La distinción entre la reserva absoluta y la relativa se ha empleado entre nosotros tan sólo en materia tributaria (véase Calvo Ortega, *Consideraciones sobre la delegación legislativa en materia de impuestos directos*, en Revista de Derecho Financiero 80 (1969) pp. 235 y ss. (260 y ss.); Pérez Royo, *Fundamento y ámbito de la reserva de ley*, Hacienda Pública Española, 1972, pp. 232 y ss., el mismo, *Relaciones entre normas primarias y secundarias en Derecho tributario*, en La Constitución española y las fuentes del Derecho III, (il. pp. 1663 y ss.; González García, *El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978*, en La Constitución española... cit., I, pp. 969 y ss. (973 y ss.)). Inclusive se ha rechazado el concepto mismo de la reserva relativa, por estimar que no se trata de verdadera reserva de ley, ya que vendría a equipararse al principio de legalidad formal para la actuación administrativa, véase García de Enterría, *Legislación delegada...*, cit., p. 171 y nota.

63 Sobre los límites a la remisión en la reserva material de ley véase García de Enterría, *Legislación delegada...* . cit., pp. 151 y ss. y Curso, I, pp. 242 y ss. (puede extenderse tan sólo a los complementos organizativos y procedimentales y a los de determinación técnica o de circunstancias variables concretas). Gómez Ferrez (Ob. cit., p. 129) distingue según que el objeto de la reserva se trate o no de derechos fundamentales, exigiendo en este caso que la remisión sea restrictiva, expresa. Para Ángulo Rodríguez la remisión puede operarse únicamente sobre los elementos no esenciales *Delegaciones*

Por el contrario, debe entenderse que en materia de reserva de ley orgánica la reserva ha de ser absoluta, ya que, si en este ámbito la Constitución rechaza la delegación recepticia y los Decretos-leyes, más aún ha de considerarse proscrita la remisión a reglamentos, una vez que los controles para el ejercicio de la potestad reglamentaria son menos estrictos que en los anteriores supuestos⁶⁴. En consecuencia, la reserva de ley orgánica en materia penal ha de ser una reserva absoluta⁶⁵. Y esta conclusión se corresponde con el fundamento político de la reserva de ley en el campo penal, que como se ha indicado radica en la exigencia de una garantía política frente a la incidencia de la sanción penal sobre el bien fundamental de la libertad personal. La atribución de tal significado garantista conduce a circunscribir el tipo de actos normativos idóneos a satisfacer la reserva misma y, por otro, —y esto es lo que nos ocupa— a extender al máximo los aspectos del *¿lícito penal* que han de ser determinados por la ley⁶⁶: exclusión de la determinación de dichos elementos a través de la remisión por la ley a otras fuentes normativas secundarias.

Ahora bien, los problemas no se solucionan con la decisión acerca del calificativo “absoluto” para la reserva, como se pone de manifiesto en Italia, en donde, admitido mayoritariamente, se polemiza sobre los “límites de lo absoluto”. Así, llevados por la conciencia de la necesidad o lo imprescindible o la conveniencia de recurrir a los reglamentos, algunos autores concluyen que lo absoluto de la reserva no se extiende a toda la materia penal, sino a la denominada “materia originariamente penal”⁶⁷ o a las normas “integradoras”⁶⁸, a los “elementos caracterizantes” del delito⁶⁹, etc. Se modifican los límites de la reserva también a través de singulares construcciones técnicas de determinados delitos; así, por ejemplo, la de la “desobediencia como tal”

legislativas tras la Constitución de 1978, en *La Constitución española y las fuentes*, I, cit. p. 206. Con todo, quizá sea conveniente elaborar, junto a la teoría general de la reserva, teorías especiales según la rama del ordenamiento de que se trate, pues el fundamento de la misma no tiene por qué plantear en todas iguales límites; no en vano las materias reservadas por excelencia han sido siempre la tributarla y, sobre todo, la penal. En este sentido apunta F. Pérez Royo, en *Relaciones entre normas primarias y secundarias*, cit., pp. 1661 y siguiente.

64 En este sentido Gómez Ferrer, Ob. cit. p. 133 y Bassols Coma, eodem loc., p. 339

65 Así se pronuncia el Tribunal Constitucional al referirse al principio de legalidad en materia penal: “*El principio de legalidad (que) se traduce en la reserva absoluta de ley*”(sentencia de 7 de mayo de 1981, 7, RA-11), En la doctrina cfr. Cobo-Vives, *Derecho penal*, I, cit., p. 75; Pérez Royo, en *La Constitución española III*, cit. pp. 1661 y siguiente

66 Cfr. Bricola, *Teoría del reato*, cit., p. 39.

67 Véase Sppasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966, p. 17.

68 Rano, *Repressione de la condotta antisindacale*, Roma, 1974, pp. 110 y ss., 137-140 y 171.

69 Véase Amato, *Sufficienza e completezza della legge penale*, en *Giur. cost.* 1964, páginas 499 y ss.

para los delitos que consisten en infracción de determinados reglamentos⁷⁰. De igual modo inciden las tesis que configuran a la reserva de “tendencialmente absoluta”⁷¹.

No resulta difícil captar que el resultado de toda la polémica es la volatilización del propio concepto de reserva absoluta, y la correlativa puesta en peligro del principio garantista. A su vez, no se puede desconocer que las, limitaciones a la reserva absoluta, si bien frecuentemente son producto de técnicas legislativas inadecuadas y evitables o, inclusive, de tendencias deslegalizadoras encubiertas, en ocasiones parecen sumamente razonables⁷². No resulta por ello evitable en todo caso la exclusión de referencias en la ley penal a instancias normativas inferiores. Es necesario adoptar un criterio seguro que permita dar solución a los problemas “razonables”, un criterio que permita controlar la solución de cada caso concreto, de tal modo que se evite la ruptura del principio de reserva absoluta, ya sea por la presencia de criterios varios y heterogéneos, ya por una pesimista resignación, derivable tanto de la ausencia de criterio como de la pluralidad de los mismos.

A la vista del panorama italiano, Bricola ha propuesto un criterio de solución inspirado en el fundamento político de fondo de la reserva absoluta. La prohibición constitucional de que el legislador delegue en instancias ajenas e inferiores la función incriminadora radica para el autor citado en que la reserva, garantía política de la libertad personal, no es tan sólo garantía de la mayoría (parlamentaria y ciudadana) frente al Estado, sino también garantía del respeto a las minorías. La elaboración parlamentaria de todos los elementos de la ley penal es el único procedimiento que permite institucionalmente la participación de las minorías en el control y elaboración de la ley. En consecuencia, deben excluirse las fuentes normativas que no permitan una participación de esta clase⁷³. El argumento es aún más valioso en España, pues, por una parte, la creación por los constituyentes de la categoría

70 Lo que constituiría el delito para esta tesis no es la violación del reglamento sino la infracción del deber genérico de observar las normas reglamentarias, véase Expósito, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, en *La Costituzione italiana*, Padua, pp. 93 y siguiente

71 V. Romano, *Cit.*, pp. 171 y siguiente.

72 Así, Romano, al estudiar el problema de la compatibilidad del artículo 650 del Código Penal italiano con el principio de reserva absoluta, con motivo del delito de incumplimiento de una resolución Judicial que prohíbe una actuación patronal que se declara antisindical, pone de manifiesto que se corre un menor peligro al conceder un limitado espacio al poder normativo secundario cuando se trata de especificaciones técnicas o de datos relativos a precisas y comprensibles exigencias de puesta al día de normas de tal carácter, comparado con el que se correría con el empleo de fórmulas vagas e indeterminadas, que termina abocando en definitiva en la adopción de decisiones concretas en el lento, difícil y, a veces, tortuoso camino de la jurisprudencia *Represione della condolla antisindacale*, *cit.*, pp. 171 y siguiente.

73 Véase en *Teoría del reato*, *cit.*, pp. 39 y 43 y en *Legalità e crisi*, *cit.*, pp. 184 y ss. Destaca Bricola que en la tendencia a degradar el fundamento material de la reserva en lo meramente “organizativo” o competencial se encuentran las orientaciones que atenúan el carácter riguroso de la reserva y abre el camino a los decretos legislativos y a los Decretos-ley, véase *ob. ult. Cit.*, p. 198.

de las leyes orgánicas es precisamente la mayor expresión de la preocupación de que en las materias fundamentales se puedan imponer restricciones por “mayorías minoritarias”, de la exigencia, en definitiva, de la más amplia mayoría⁷⁴. Por otra parte, la Constitución ha excluido en materia de derechos fundamentales y libertades públicas no solamente la ley ordinaria (principio de mayoría simple), sino también aquellas otras fuentes normativas que, aun permitiendo decisiones de mayoría, no dan ocasión a la participación de las minorías en la elaboración de la norma, como es el caso de las delegaciones legislativas y los Decretos-leyes, las primeras porque no permiten a las minorías más que participar en la fijación del objeto y alcance de la delegación y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (artículo 82 de la Constitución) y los segundos por qué no permiten, más participación de las minorías que la de decidir in totum acerca (le su convalidación, lo que de hecho supone una nula participación⁷⁵.

Sobre la base de la fundamentación político-jurídica que ha sido expuesta propone Bricola un criterio para decidir sobre la compatibilidad del reenvío con la reserva absoluta: el reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, y la puesta al día, de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor, enunciación técnica que, además, debe ser expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa⁷⁶.

El anterior criterio debe complementarse con otros dos. Por una parte la remisión a una fuente secundaria para la enunciación de los criterios técnicos resulta

74 Rodríguez Ramos estima que “desde una perspectiva de las fuentes materiales del Derecho penal tiene sentido exigir rango de orgánica a la ley penal por la mayor aceptación exigible para cualquier proyecto criminalizador” en *ADP*, 1981, p. 337 y en *Comentarios a la legislación penal I*, Madrid 1992, p. 304 y siguiente.

75 Todas las leyes orgánicas en materia de legislación penal o de excepción han experimentado en el proceso de elaboración parlamentaria, y precisamente por él, importantes; modificaciones respecto del correspondiente proyecto gubernamental a Instancia de las minorías, parlamentarias, verbigracia, la Ley “Antiterrorista” (LO 11/1980), la de estados de alarma, excepción y sitio (LO 4/1981), así como la Ley de “Defensa de la Constitución” (LO 2/1981). Por el contrario, el Real Decreto-ley 3/1979, de seguridad ciudadana, merecedor de gravísimos reparos de constitucionalidad, fue, sin más, convalidado, y por su parte, el Real Decreto-ley 19/1979, relativo a la Audiencia Nacional, que además de alcanzar la convalidación se decidió que fuera tramitado como proyecto de ley, permanece, sin embargo, en el catálogo de ternas pendientes en el Congreso. Al menos, en lo que se refiere a derechos y libertades fundamentales, no creo que ni razones teóricas ni exigencias prácticas avalen el radical rechazo que el principio de protección de las minorías (en lo que respecta al quórum reforzado) merece a T. R. Fernández. Véase *Las leyes orgánicas*., cit., pp. 31 y s., especialmente nota 14.

76 Bricola, obras cit., en nota 72, pp. 42, 43 y 194, respectivamente. El mismo criterio debe aplicarse para los reenvíos a instancias normativas de igual o inferior rango que el reglamento.

admisible cuando es resultado de la necesidad⁷⁷ y no de la mera conveniencia, en el sentido de que se hayan adoptado las posibilidades de técnica legislativa en la materia concreta para describir la conducta penalmente prohibida. Es decir, las “adecuaciones” de la reserva de ley no pueden fundamentarse en criterios externos al fundamento de la propia reserva⁷⁸.

Por otra parte, la remisión, así como la fuente remitida y su contenido, debe satisfacer las exigencias de certeza. Ahora bien, la certeza no satisface por sí misma la existencia de reserva y no puede operar como sustitutiva de los dos anteriores criterios, sino tan sólo, como límite externo a los modos en que la reserva se materializa, como límite externo a la remisión técnica inevitable⁷⁹.

Todo lo expuesto estimo que lleva a alterar la dinámica tradicional entre ley y reglamento en materia penal, no sólo porque se restringen radicalmente los supuestos de legítima remisión al reglamento, sino porque obliga a trasladar parte de la que actualmente es materia reglamentaria a la ley orgánica, y también a la ley ordinaria, en la medida en que es propio de la ley ordinaria, antes que del reglamento, la regulación de lo que no constituye el núcleo esencial y el complemento indispensable. Pues, debe tenerse en cuenta que, precisamente, ley orgánica y ley ordinaria se diferencian en la actualidad respecto de la elaboración parlamentaria no sólo en la exigencia para las primeras de una votación final de conjunto del proyecto, sino además, en el proceso de elaboración parlamentaria, fundamentalmente en que no resultan susceptibles las orgánicas de ser objeto de competencia legislativa plena de las Comisiones (Art. 131 en relación con el 148 del Reglamento vigente del Congreso de los Diputados). Y por otra parte, frente al reglamento, la elaboración de las leyes ordinarias permiten la participación de las minorías, criterio concluyente de realización material del principio de la reserva de ley. En definitiva, en materia de reserva de ley orgánica, la ley ordinaria tiende a ocupar el ámbito que el reglamento posee hasta hoy en la relación ley ordinaria-reglamento.

77 Cuando lo imponga la “naturaleza de las cosas”, en expresión aplicada aquí por Rodríguez Mourullo, en *Principio de legalidad*, p. 890.

78 Se excluyen en consecuencia, razones de “urgencia” que inducen al Decreto-ley; o las de ofrecer una mejor y más eficaz tutela de otros derechos e intereses distintos a los que la reserva ampara en el caso concreto. Ejemplo de fundamento en razones distintas es la argumentación de Atard Alonso, en su justificación del Real Decreto-ley 31/1979, de Seguridad Ciudadana: “por encima de la tacha ligera de inconstitucionalidad” prima la responsabilidad de hacer bueno el artículo 15 (derecho a la vida, frente al terrorismo), véase en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 2, 6 de febrero de 1979, p. 45, en igual sentido Lavilla Alsina, eodem. loc., pp. 54 y 56.

79 La sustitución de la reserva de ley por el principio de certeza es lo que determina el contenido del argumento de Lavilla Alsina en relación al problema de la “predeterminación” legal del juez competente, del artículo 24.2, véase *Diario de Sesiones* cit., p. 57. Expresamente en contra de esta sustitución, Solétura, eodem, loc., p. 59.

Sin perjuicio de la necesaria concreta aplicación de estos criterios de plasmación de la reserva absoluta de ley a cada uno de los grupos de problemas de la norma penal en que se cuestiona la reserva, tarea que excede los límites de esta publicación, se pueden ofrecer algunas consideraciones.

Así, sobre el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, recaen severos reparos del orden de lo expuesto, así como sobre la misma disposición final segunda de la propia Ley, que contiene la habilitación reglamentaria. Los reparos son de dos órdenes. En primer lugar hubiera resultado más acorde con el principio de reserva de ley orgánica el regular la materia del reglamento de la ejecución de la pena privativa de libertad mediante ley ordinaria⁸⁰. Pero con independencia de esta tesis —que todavía hoy no ha alcanzado suficiente grado de elaboración y que, inclusive, en el momento de aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, creo que era un problema aún no planteado— lo que resulta inaceptable para el principio de reserva de ley es que el Reglamento regula aspectos que constituyen núcleo esencial y, por tanto, indelegable, de la restricción del derecho a la libertad personal, pues no puede aceptarse de modo alguno que constituya materia puramente organizativa la regulación, por ejemplo, de la libertad condicional (artículos 58 y siguientes) particularmente en lo que se refiere a la determinación de los presupuestos de su concesión (contenidos en los artículos 59, 60, 256 y 257) y de la duración de la suspensión y causas de su revocación (artículo 66)⁸¹. Asimismo debe calificarse la regulación general de las comunicaciones escritas, particularmente en lo que se refiere a los límites a las mismas [artículo 91, 4, b)] y a las comunicaciones con abogados [artículo 10 1, 1, b)], así como la concreta tipificación de las infracciones disciplinarias (artículo 108), las cláusulas sobre la asignación de las sanciones a cada clase de infracciones (art. 113) y la regulación del procedimiento sancionador y de la prescripción de las faltas (artículo 125).

III. RESERVA DE LEY ORGÁNICA Y FUENTES LEGALES EN MATERIA PENAL

La vigencia del principio de legalidad excluye toda otra fuente de Derecho penal distinta de la ley. Ni la costumbre ni la jurisprudencia son fuentes de Derecho

80 Los posibles reparos de “funcionalidad” en la regulación del detalle “organizativo” pueden ser evitados con el sistema de atribución de competencia legislativa plena a las comisiones.

81 Con independencia de que la regulación que el Decreto comporte resulte más favorable que la vigente para los derechos del penado. Pues el problema radica en que lo favorable de hoy puede ser convertido mañana en perjudicial por vía de mero reglamento. Puramente organizativos pueden estimarse los artículos 61 a 65, y por ello, materia de ley ordinaria o de reglamento.

penal⁸². Cuestión diferente es la de la operatividad de costumbre y jurisprudencia en esta materia; sin embargo, el análisis de su papel real en la actualidad y la definición de sus límites, problema indudablemente conectado con el de reserva de ley, exige una consideración más detenida que la posible en este momento. Por el contrario, las sentencias del Tribunal Constitucional, en la medida en que tengan valor de ley, y particularmente en su condición de “legislador negativo”, han de ser consideradas fuentes de Derecho penal. La precisión de su condición de fuente requiere distinguir y analizar las distintas clases de sentencias mediante las que los Tribunales constitucionales resuelven los conflictos que a su decisión se someten. Su análisis desbordaría los márgenes de este trabajo y, además, la praxis de nuestro Tribunal Constitucional es todavía muy corta⁸³.

De la calificación de la materia penal como reserva de ley orgánica se deriva la exclusión como fuentes de Derecho penal de toda otra fuente legislativa que no sea la orgánica y, con mayores razones, de las fuentes del derecho no legislativas. Examinamos en lo que sigue las fuentes legales que en nuestra opinión, vulneran el mandato de la ley orgánica en materia penal:

a) Las leyes ordinarias (en virtud de lo preceptuado en el artículo 81.1, norma especial respecto de la del artículo 53. 1)

Como leyes ordinarias se han aprobado la Ley 40/1979, de Régimen jurídico del control de cambios, la Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre modificación de la prisión provisional. Su no tramitación como orgánicas puede hacerlas incurrir en inconstitucionalidad, particularmente la última, porque desarrolla en un sentido restrictivo, respecto del hasta el momento Derecho vigente, una plasmación del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17, y perteneciente, por tanto, al “bloque de constitucionalidad”. Su contenido ha sido modificado y sustituido, precisamente, por ley orgánica (LO 7/1983).

El artículo 17.4 de la Constitución declara “in fine” que por ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional. Si bien podría entenderse que el precepto remite a la ley ordinaria para la determinación del plazo, tal consideración no puede extenderse a la regulación de los presupuestos de la prisión provisional, que es precisamente lo que de modo primordial aborda la Ley 16/1980, pues, los presupuestos de la privación de libertad pertenecen al núcleo esencial del derecho a la libertad personal⁸⁴. Es de interés resaltar que así como la referencia del precepto tiene un sentido final favorecedor del derecho en cuestión, pues pretende evitar la

82 Véase Cobo y Vives, *Derecho penal*, I, cit., p. 140; Cerezo Mir, *Curso*. cit., pp. 188, Muñoz Conde; *Adiciones*, I, p. 153.

83 Véase, cuando menos reticentes, Cobo y Vives, ob. Cit., pp. 141 y ss. Sobre la sentencia constitucional. Véase Garrorena, en *Revista de Derecho Político II* (1981) pp. 7 y ss.

84 Sobre las remisiones no calificadas de la Constitución a la ley, véase supra nota 42.

permanencia en condición de prisión preventiva de los procesados por tiempo indeterminado, la reforma operada por la Ley en los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene un carácter restrictivo, hasta el punto de convertir a la prisión provisional en la regla y a la libertad provisional, con o sin fianza, en la excepción, con infracción del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España el 13 de abril de 1977 (“BOE” de 30 de abril), que es un texto normativo internacional conforme al cual se ha de interpretar el artículo 17 por imperativo del párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución⁸⁵.

La Ley de Control de Cambios plantea un problema distinto, que no había sido resuelto aún por el Parlamento ni por el Tribunal Constitucional, consistente en que sólo una parte de la Ley —el capítulo en el que se tipifican los delitos y se establecen las penas— tiene carácter de materia orgánica, y, en estos supuestos, el legislador se resiste a tramitar como orgánica a la ley por las limitaciones que en su virtud se impone para modificar por ley ordinaria posterior el contenido normativo de aquélla. Coincidiendo con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 (RI-2, sobre el Estatuto de Centros Escolares, motivo cuarto) el Gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley sobre modificación de la legislación de contrabando (“Boletín Oficial de las Cortes Generales”, serie A, número 175-I, de 19 de febrero de 1981) en cuya disposición final cuarta se establecía que “los preceptos contenidos en el título I de esta ley (delitos de contrabando) tiene carácter de Ley Orgánica”. La exposición de motivos justificaba la cláusula en que “las normas que han de dictarse afectan esencialmente al derecho a la libertad, declarado en el artículo 17 de la Constitución, siendo leyes orgánicas, conforme al artículo 81, todas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”⁸⁶.

Cobo y Vives han propuesto la tesis de que el legislador no está vinculado a la reserva de ley orgánica cuando pretende exclusivamente derogar total o parcialmente preceptos incriminadores de la legislación nacida con anterioridad a la Constitución, ya que tal legislación carece de rango de ley orgánica y no tendría sentido conferírsele exactamente, exigiendo una ley orgánica para su derogación⁸⁷. Esta opinión se corresponde con el fundamento político garantista de la reserva y encuentra en ella sus límites. La reserva de ley orgánica en materia penal se jus-

85 Véanse Muñoz Conde/Moreno Catena, “La prisión provisional en Derecho español”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, páginas 339 y ss. (347). Más recientemente, Moreno Catena, *En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980*, en RDPr. Iberoamericano, 1981, pp. 637 y ss.

86 La decisión última fue la inversa: la ley fue aprobada como orgánica (LO 7 1982, de 13 de julio), y en su disposición final 2.^a autoriza la modificación por ley ordinaria de título referido a las infracciones administrativas.

87 *Derecho penal, I.*, cit., p. 135.

tifica en la exigencia de mayor garantía frente a las restricciones de los derechos fundamentales y libertades que comportan la incriminación de conductas e imposición de penas, y la derogación de incriminaciones y penas no puede redundar en restricción de los derechos fundamentales sino, precisamente, en su ampliación. Por ello sólo resulta compatible con la reserva cuando la ley ordinaria se limita pura y simplemente a la derogación.

b) Los Decretos legislativos, por expresa prohibición del artículo 82.1, al excluir de la delegación las materias reservadas a la ley orgánica

c) Los Decretos-leyes

Con más concluyente término que los de “desarrollo” y “regulación” empleados en los artículos 81.1 y 53.1, el artículo 86.1 dispone que los decretos-leyes no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, es decir, no sólo a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera, objeto de reserva de ley, orgánica, sino tampoco a los demás derechos contemplados en la sección segunda, objeto de reserva de ley ordinaria.

Desde este plano vulneran la reserva de ley orgánica (81.1) e inclusive el de ley ordinaria (53.1), así como el límite impuesto por el artículo 86.1, el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana y el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre (prórroga de la Ley Antiterrorista de 1978).

El debate en las Cortes puso de manifiesto los riesgos de “manipulación” que ofrecen los términos de “desarrollo”, “regulación” y “afectación” de derechos fundamentales. El último de ellos, que parece el de significado más explícito, fue desplazado en su contenido semántico no ya al propio de los anteriores, sino al concepto de “violación” de derechos. Con el argumento de que no es lo mismo “afectar” que “tratar” de derechos fundamentales se defendió por el Ministro de Justicia que lo que el primero de los Decretos-leyes citados comporta (creación de delitos, incremento de penas privativas de libertad, modificación restrictiva de los derechos procesales) no es una afectación de derechos [ver “Diario de Sesiones” del Congreso de los Diputados (2) de 6 de febrero de 1979, pp. 54 y siguientes].

El primero de los dos Decretos-leyes infringe los preceptos citados por las razones siguientes:

— Tipifica nuevos delitos⁸⁸, al ampliar el tipo de la apología a conductas no cubiertas por él hasta el momento⁸⁹ y al elevar a delitos autónomo determinadas

88 Así lo expusieron Peces Barba y Solé-Tura en el debate de la Comisión Permanente del Congreso, sobre la convalidación del Decreto-ley, véase *Diario de Sesiones...* cit. número 2, 6 de febrero de 1979, pp. 43, 47 y 48. En igual sentido Gimbernat, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 23; Salas, *Los Decretos-leyes y en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 56 y 58-I Cobo y Vives, *Derecho penal, I*, cit 135, Cerezo Mir, Curso, cit. p. 159.

89 Así también, Morenilla Rodríguez, “Tendencias del delito y estrategia para su prevención”, en *CPCrim*, 13 (1981), p. 71. Se desprende incluso de la propia intervención del ministro de Justicia en el

formas de cooperación delictiva e incrementar en ambos casos la punición prevista anteriormente. Como se ha expuesto anteriormente, crear figuras delictivas e imponer penas privativas de libertad supone, cuando menos, afectación de los derechos fundamentales, desde la limitación a la genérica libertad de obrar, hasta la de la libertad personal⁹⁰.

— Modifica restrictivamente las garantías procesales (tipo de procedimiento, régimen de la prisión provisional incondicional, limitación al respecto de la autoridad del juez)⁹¹, que constituyen el contenido del derecho fundamental “a un proceso público con todas las garantías”⁹², regulando, pues, una materia y afectando un derecho que sólo puede ser objeto de ley orgánica (art. 24). Igualmente se establece por Decreto-ley el juez competente (Audiencia Nacional), que sólo puede ser “determinado por la ley”⁹³.

debate, cuando manifiesta que de no introducirse los nuevos tipos se produciría un “vacío legal”, una “despenalización”, véase *Diario de Sesiones*, p. 55. Por su parte, elevar a delito autónomo una conducta de mera cooperación delictiva, viola cuando menos, la reserva de ley del artículo 17.1, pues supone incrementar la pena privativa de libertad hasta el momento vigente.

90 La argumentación del Gobierno y de su Grupo Parlamentario fue —en terminología italiana— “manipulativa” de los conceptos de reserva de ley y de afectación. Llegóse a manifestar por el ministro de Justicia que “no es lo mismo afectar a derechos y deberes que tratar de derechos y deberes” (véase *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 2, de 6 de febrero de 1979, pp. 54 y 55). Igualmente manifestó que incriminar conductas de apología no supone afectar a la libertad de expresión, por quedar fuera de dicha libertad el realizar apología de los delitos; pero se incurrió así en una evidente *petitio principii*. Por otra parte, se pretendió por el ministro identificar en concepto estricto de “vulneración” de derechos con el de “afectación” de los mismos, cuando es claro que el concepto de afectación es mucho más amplio que el de vulneración eodem loc. cit.).

91 Con lo que se afecta además la especial reserva de ley del artículo 117.3 para las normas de competencia y procedimiento judicial.

92 La prohibición de entrada del Decreto-ley en el derecho fundamental se vulnera cuando se dispone la aplicación de un procedimiento penal a una serie de delitos para los que no se aplicaba hasta el momento, aunque el procedimiento existiera con anterioridad en el derecho vigente. El hecho de que el procedimiento cuya aplicación se dispone comporte una restricción de las posiciones jurídicas del inculcado añade a la vulneración del sentido competencia; de la reserva del artículo 24.2, la vulneración material del derecho mismo. Por esta razón no queda excluido el reparo de inconstitucionalidad de la tesis defendida por el ministro de Justicia, para quien el artículo 3 del Decreto-ley no es una norma procesal, sino una definición de competencias para determinados delitos, y, a su vez, el derecho del artículo 24.2 es sólo un “derecho a la predeterminación de la competencia”, y no un “derecho a la competencia misma” (véase *Diario de Sesiones*, cit., p. 57). Incluso desde tal posición se vulnera la reserva de ley.

93 El principio de predeterminación por la ley del juez competente no es sólo expresión de la prohibición de retroactividad y de la exigencia de seguridad jurídica como opinaba el ministro de Justicia (*Diario de Sesiones*, cit. p. 57), pues éstas se satisfacen también con fuentes secundarias. Se fundamenta más bien en el mandato de reserva de ley para la determinación del juez competente. De no ser así carecería de sentido la referencia a la ley.

— Por último, aunque referido al principio de retroactividad y no al de reserva de ley, la disposición transitoria del Decreto-ley impone normas procesales restrictivas de derechos del inculcado (normas sancionadoras o favorables o restrictivas de derechos en el concepto del artículo 9.3) con efectos retroactivos, con vulneración de la prohibición de retroactividad de tales normas que se deriva tanto del artículo 9.3 como del 24.2⁹⁴.

Por su parte, el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, además de modificar el Real Decreto-ley 1/ 1977, de 4 de enero, relativo a la creación y competencias de la Audiencia Nacional (art. 1.º), “prorrogaba” la vigencia de la ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados (ley “antiterrorista” de 1978) (art. 2.9).

El primero de los artículos vulnera la reserva de ley orgánica que establece el artículo 24.2 (determinación por la ley del juez ordinario), así como la de ley orgánica del artículo 122 y la de ley ordinaria del artículo 117.3 (creación de la Audiencia Nacional y determinación por las leyes de las normas de competencia judicial). En lo que se refiere al 24.2 resulta evidente que se afectan derechos fundamentales, con lo que se vulnera la prohibición de recurso al Decreto-ley⁹⁵. Por otra parte, resulta indiscutible la negación, de la concurrencia a este respecto del presupuesto de hecho habilitante del Decreto-ley consiste en la “extraordinaria y urgente” necesidad⁹⁶;

La prórroga durante un año de la vigencia de la Ley 56/1978, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, que era una ley temporal cuya vigencia expiraba el 4 de diciembre de 1979 (disposición final primera) supone la creación ex novo de una ley por medio de un mero Decreto-ley, por lo que representa una vulneración de la reserva formal de ley (principio de congelación de rango). De mayor trascendencia es, sin duda, la infracción de la reserva material de ley orgánica, que aquí lo es por partida doble, ya que la Constitución establece una reserva general en el artículo 81.1 y otra especial, en el artículo 55.2, y debe hacerse notar que la suspensión de los derechos enunciados en este último artículo no admite la discusión de los términos desarrollo-regulación de

94 La irretroactividad de las normas procesales penales restrictivas de derechos se contiene en el artículo 24.2 de un modo algo más que implícito, como se revela en la exigencia de “pre-determinación” del juez competente. En igual sentido respecto a la Constitución italiana, Cfr., Bricola, *Legalità e crisi*, cit., pp. 243 y s. Mantener la tesis contraria constituiría un grave “fraude de etiquetas” poco respetuoso de la Constitución. La prohibición de retroactividad de las normas procesales penales no favorables se respeta, por el contrario, en el Real Decreto-ley 19/1979, que a continuación se analiza (véase su art. 3).

95 También supondría infracción del artículo 86 si se estima que la modificación de la competencia afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado (Poder Judicial).

96 Ni siquiera se pretende justificar por el Gobierno en la exposición de motivos. Resultaría bien difícil argumentar tal necesidad de atribuir a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de falsificación de moneda, delitos monetarios, desacatos y otros a los que el Decreto-ley se refiere.

ejercicio-afectación. En lo relativo al presupuesto de hecho habilitante el Gobierno se refiere a la urgencia de evitar la ruptura “de la continuidad de la acción dirigida a garantizar la seguridad ciudadana y la eficacia en la lucha contra la actuación de organizaciones o elementos terroristas”. Sin embargo, como hicieron notar en el debate de convalidación los Grupos Parlamentarios, no parece que pueda integrar el concepto de la extraordinaria y urgente necesidad lo que no es sino una falta de previsión o diligencia del Gobierno en su iniciativa legislativa⁹⁷.

Desde el punto de vista de la política constitucional los dos Decretos-leves comentados representan un gravísimo peligro de vaciamiento de la reserva de ley prescrita por la norma fundamental. Tanto más cuanto se ha llegado a argumentar en base al “precedente”⁹⁸. La invasión del Decreto-ley en materia de derechos fundamentales y libertades públicas conculca la voluntad de los constituyentes de evitar la imposición por “minoría” de restricciones a tales derechos. La perversión del sistema de fuentes y el daño al *Verfassungsgefühl* sólo puede ser evitado por el Tribunal Constitucional.

d) Tratados internacionales

Los tratados, conforme se deduce del artículo 96.1 no son fuentes directas en, derecho interno. Para ello se requiere su incorporación mediante un acto de recepción⁹⁹ que, a su vez, puede tener diverso origen normativo, según la materia sobre la que versen. El artículo 93 exige ley orgánica para autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Para que el Estado pueda prestar consentimiento para obligarse por medio de Tratados o Convenios de determinadas clases, entre ellos, los que afecten a derechos y deberes fundamentales establecidos en el título primero, exige el artículo 94 la previa autorización de las Cortes Generales. El problema que se discute es el de la forma jurídica que ha de revestir la autorización.

97 El debate de convalidación se recoge en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 57, de 20 de diciembre de 1979, pp. 3847 y ss. El decreto-ley fue convalidado por 147 votos contra 146 y una abstención. Salvo el del Gobierno y el de su grupo parlamentario, todos los portavoces de los demás grupos denunciaron su inconstitucionalidad por vulneración de la reserva de ley, con la única singularidad de Fraga Iribarne, quien, a pesar de manifestarse en ese sentido, defendió la convalidación y posterior tramitación como proyecto de ley orgánica, como “salida” política a la situación, véase *Diario de Sesiones*. cit. pp. 3914 y ss.

98 El Ministro de Justicia en la defensa del Decreto-ley últimamente comentado, véase *Diario de Sesiones* cit., p. 3922.

99 Véase Garrido Falla, “Las fuentes del derecho en la Constitución española”, en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, I, cit. p. 41 Rodríguez Zapata, *Derecho internacional y sistema de fuentes del derecho*, *La Constitución española*, en eodem loc., III, 1737 y ss., Santaolalla López, *Los tratados como fuente del derecho en la Constitución* en eodem loc., pp. 1913 y ss.

Santaolalla López mantiene en argumentada tesis que la forma ha de ser la de ley¹⁰⁰. Ahora bien restaría definir si se trata en todo caso de ley ordinaria —y su correlativo presupuesto de la mayoría simple— o de ley orgánica u ordinaria según la materia objeto del Tratado. De aceptarse la tesis de Santaolalla, para lo que concurren buenas razones, no creo que fuere objetable propugnar como lo hacen Cobo y Vives¹⁰¹ que en los casos en los que la materia del tratado sea materia reservada a la ley-orgánica —que es el caso de las normas penales— la forma jurídica exigible a la autorización sea también la de ley orgánica¹⁰². Reconocen los autores últimamente citados que resulta difícil imaginar la celebración de tratados que establezcan normas incriminadoras directamente aplicables por las diversidades nacionales de configuración de delitos y penas, pero que bien puede ocurrir que un precepto penal se integre por referencia a normas de un tratado o que un tratado derogue directamente leyes punitivas¹⁰³. Cerezo Mir estima que, dada la vigencia del principio de legalidad en materia penal, para la creación de delitos y establecimientos de penas o agravaciones de las mismas es preciso que a la publicación del tratado siga la promulgación de una ley penal específica¹⁰⁴.

e) Bandos militares emitidos durante el estado de sitio

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución los bandos militares constituían fuente de Derecho penal. El artículo 181 del Código de Justicia Militar de 1945 establece que “son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades militares competentes”. La atribución de tal competencia se verificaba por la Ley de Orden Público de 1959 en su artículo 39, para cuando se hubiera declarado el estado de guerra. Los bandos constituían una fuente de normas penales, pudiendo los bandos crear delitos nuevos o modificar las penas de los ya existentes, así como modificar las competencias de la jurisdicción militar por razón de delito¹⁰⁵. Ahora bien, ya antes de la transición política se entendía por algunos autores que el

100 *La ley y la autorización de las Cortes a los tratados internacionales* en *Revista de Derecho Político* 11 (1981), pp., 29 y ss.

101 *Derecho penal*, I, cit., p. 144 Y notas 10 y 72.

102 El artículo 158 del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados parece requerir la mayoría absoluta para la aprobación de los tratados tan sólo en los casos en los que las discrepancias entre el Congreso y el Senado no logren solucionarse a través de una propuesta de la Comisión Mixta constituida al efecto.

103 *Derecho penal* I, cit., p. 145.

104 *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 187, en igual sentido Muñoz Conde, *Adiciones*, I, cit, p. 169.

105 Véase Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte General*, 4.^a ed., Madrid, 1974, pp. 142 y s. Considera al bando como una suerte de ley delegada.

artículo 39 no autorizaba a crear nuevas figuras delictivas ni a modificar las penas señaladas con anterioridad en la ley a cada delito¹⁰⁶.

La entrada en vigor de la Constitución ha supuesto un corte radical con la situación anterior. El bando no se encuentra en el catálogo de fuentes legales y tampoco puede considerarse una “ley delegada”, tanto porque la delegación sólo puede atribuirse al Gobierno y no a una autoridad civil o militar distinta, como porque en materia penal, por ser reserva de ley orgánica, está vedada la delegación legislativa¹⁰⁷.

Tras la aprobación de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio) el carácter de los bandos de las autoridades militares queda definitiva y satisfactoriamente acotado: “La autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio” (Art. 34). Por su parte el artículo 35 de la precitada Ley establece que “en la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar”. De este modo, los bandos no sólo no podrán crear nuevos delitos ni modificar las penas previstas legalmente sino que ni siquiera podrán atribuir competencias a la Jurisdicción Militar sobre delitos que no

106 Véase Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal*, Madrid (1.ª edición), 1976, pp. 147 y siguiente.

107 Ni una ni otra razón son de recibo para Rodríguez Devesa, quien, resueltamente, mantiene en su integridad las tesis preconstitucionales (e inconstitucionales) anteriormente expuestas en la última edición de su *Derecho penal español, Parte General*, 8.ª ed., Madrid, 1981, p. 172. Aduce en su favor que el artículo 181 del CJM antes citado, ha sido conservado por la reforma parcial operada por la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre. El argumento carece de todo valor, pues, la Ley Orgánica citada no afecta ni al artículo 181, ni a otros muchos ya que arranca de un proyecto de ley que pretendía adecuar de un modo urgente algunos aspectos de la Justicia militar a los Pactos de la Moncloa de 1977, y, obviamente, no “convalida” las partes no modificadas. Tan clara era la conciencia del legislador de que con la reforma no quedaba el CJM adecuado a la Constitución que, en las disposiciones finales primera y segunda ordenó la formación de una “Comisión para el estudio y reforma de la justicia militar cuya misión es la de elaborar un proyecto articulado del Código o Códigos referentes a la justicia militar antes de un año, en el que se reflejen debidamente los principios del orden constitucional nacional.” (Subrayado del autor). Por otra parte, el autor citado desconoce que la Constitución tiene efectos derogatorios radicales de las normas anteriores incompatibles con la misma, y no resulta compatible con la Constitución dictar, tras su entrada en vigor, bandos militares incriminadores o punitivos en base a una atribución legislativa preconstitucional y contraria a su sistema de fuentes, como es el artículo 181 del CJM y el 39 de la LOP. Tales artículos deberían haber sido considerados derogados en la parte afectada, o bien interpretados de modo conforme a la Constitución, reduciendo su alcance al de ser, a lo sumo, normas autorizantes de atribución de competencia por razón del delito a la autoridad militar. En este sentido, Cerezo Mir, en la 2.ª edición de su *Curso*, Madrid, 1981, anterior a la Ley orgánica 4/1981; también Barbero Santos, quien niega a los bandos la posibilidad de establecer la pena de muerte, incluso en tiempos de guerra, lo que reserva a una ley orgánica. Véase* *La pena de muerte en la Constitución*, en *Sistema* 42, 1981, p. 54.

le están ya atribuidos por la legislación ordinaria o por la propia declaración del estado de sitio adoptada por el Congreso de los Diputados¹⁰⁸. Como conclusión puede decirse que, en materia penal, los bandos han sido reducidos a la condición de “hojas informativas”.

f) Leyes de las Comunidades Autónomas

Las leyes de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas no pueden regular la materia penal, por ser la legislación de este carácter, así como la penitenciaria, competencia exclusiva del Estado (art. 149.6), además de por operar sobre esta materia la reserva de ley orgánica del artículo 81.1. No obstante queda planteado el problema de la posible función de complemento de la legislación autonómica respecto de los tipos penales, tanto en lo que se refiere a los elementos normativos jurídicos del tipo penal como a las “remisiones” que el propio legislador estatal pueda hacer en la configuración del tipo a la legislación autonómica. Los límites de la indirecta relevancia penal de estas normas legales se han de establecer en concreto, en aplicación de los criterios que se han propuesto como complemento y adecuación del significado “absoluto” de la reserva de ley.

g) Problema de la validez formal de las disposiciones legales anteriores a la Constitución

El Tribunal Constitucional ha declarado en sentencia de 7 de mayo de 1981, apartado 7 (RA-11) que “el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada”. Efectivamente, la Constitución, al establecer una nueva disciplina para los modos de producción

108 Véanse en este sentido Cruz Villalón, “El nuevo derecho de excepción (Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio)”, en *REDC I*, 2, 1981, pp. 93 y ss., pp. 120 y s. A esta misma conclusión llegaba Higuera Guimera, al tener en cuenta los que entonces eran artículos 49 y 50 del Proyecto de ley de Seguridad Ciudadana, del que trae causa la actual Ley orgánica 4/1981, véase La previsión constitucional de la pena de muerte, Barcelona, 1980, p. 47. De vicio de inconstitucionalidad adolece el número 5 del artículo 286 del CJM, modificado por la Ley orgánica 9/1980 en otros apartados pero no en éste, que permanece en la redacción anterior a la Constitución: “También se considerarán reos del delito de rebelión militar los que así se declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares”. Declarar rebeldes a personas y hechos distintos de los tipificados específicamente en el artículo 286 es ampliar las conductas punibles, tarea que compete tan sólo a la Ley orgánica. El precepto, en lo que afecta a los bandos debe interpretarse de modo conforme a la Constitución: el bando únicamente puede “señalar” preventivamente —y no calificar— hipotéticos rebeldes; la condición de tales, a efectos del artículo 286, sólo puede establecerse por sentencia judicial que estime realizados los elementos típicos del citado artículo en sus estrictos términos. Las leyes especiales que en él se mencionan deben entenderse ad futurum como leyes orgánicas, especiales tan sólo por razón de la materia. Sobre los efectos no “convalidantes” de la Ley orgánica 9/1980, véase nota anterior.

del Derecho opera sólo ex nunc y no deroga las normas producidas válidamente según el modo de producción anterior¹⁰⁹, siempre y cuando su contenido normativo no se oponga a la Constitución, en cuyo caso operan los efectos de la derogación¹¹⁰.

La última de las “leyes” penales preconstitucionales, el Real Decreto 45/1978, de 21 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), que sustituye la pena de muerte —por la de treinta años cuando prevista como pena única y por la de privación de libertad hasta treinta años cuando apareciere conjunta con la de privación de libertad— en el Código de Justicia Militar, en las Leyes Penal y Procesal de la Navegación Aérea y Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, plantea dos problemas diferentes. El primero es el de su validez formal —adecuación al sistema de fuentes de la Constitución, habida cuenta de que su disposición final ordenaba su entrada en vigor “el mismo día que la Constitución”. El hecho de que su publicación —y si la publicación basta para considerar a la norma como nacida al mundo del Derecho— fuera anterior a la de la Constitución (23 de diciembre de 1978 y 29 de diciembre de 1978, respectivamente) podría permitir afirmar su validez formal. Problema distinto es el que presenta su artículo segundo, en la parte en la que establece la pervivencia de la pena de muerte en tiempos de guerra en las citadas leyes de Navegación Aérea y de la Marina Mercante. Tal previsión incurre en inconstitucionalidad material, en cuanto vulnera lo dispuesto en el artículo 15 de la norma fundamental, en la medida en que declara abolida la pena de muerte en todas las leyes con la sola excepción de lo que dispongan las leyes penales militares para tiempos de guerra y es el caso de que las dos mencionadas leyes no son leyes penales militares¹¹¹. Si se acepta la validez formal del Real Decreto-ley que se comenta —por su carácter “anterior” a la Constitución— la oposición entre lo dispuesto en el mismo y en el artículo 15 de la Constitución, determina, en virtud de la disposición derogatoria número 3, que la cláusula de pervivencia de la pena de muerte en las dos mencionadas leyes ha de considerarse derogada.

109 Cfr. Rubio Llorente, *La Constitución como fuente del Derecho* en La Constitución española y las fuentes del Derecho I, cit., p. 57, García de Enterría, *Curso*, I, cit., p. 109. Repárese en la condición de que han de haber sido producidas válidamente conforme al sistema de fuentes anterior a la Constitución. Sobre el control judicial de la validez de la legislación delegada, empleada a menudo en la producción de normas penales en el régimen anterior, véase García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, passim. Señala Rodríguez Devesa, *Parte General*, 1981, cit., p. 171, que el ejercicio de estas facultades judiciales de control no se ha extendido a la esfera penal, pero parece haberse iniciado una dinámica nueva a partir de la sentencia de 2 de julio de 1980, Sala 2.^a, véase también en sentido, la de 3 de abril de 1981.

110 Disposición derogatoria, ap. 3, de la Constitución. Cfr. Cobo y Vives, *Derecho penal*, I, cit., p. 134. El control material de la legislación es problema diferente del que plantea la reserva de ley (control formal).

111 En este sentido Higuera Guimerá, Ob. cit., pp. 33 y s. y sobre el concepto de leyes penales militares, pp. 36 y ss.

Regresando a la cuestión inicial, la no inconstitucionalidad por razón de la fuente de las normas penales anteriores a la Constitución se ha de manifestar, sin embargo, que produce una cierta desazón la consideración tan estrictamente formal de la reserva de ley. No puede olvidarse que más allá de su fundamento organizativo-competencial, la reserva de ley en materia penal posee una fundamentación política de singular trascendencia: la de garantizar que la selección de los bienes jurídicos a tutelar penalmente y la definición de los delitos y de las penas se corresponda con la Voluntad general, y resulta obvio que el vigente sistema punitivo no ofrece tal correspondencia. Prueba de ello es la existencia de preceptos largo tiempo inaplicados, la extremada gravedad de las penas previstas para determinados grupos de delitos, la pervivencia de incriminaciones cuya razón de ser o cuyo ámbito sancionador son discutidos en amplios sectores sociales, así como, por el contrario, las lagunas de punibilidad para conductas de grave dañosidad social.

A mi entender, al menos en materia penal, la Constitución comporta un principio de vinculación política a la reforma de nueva planta de la legislación penal. Y estimo que se trata sólo de vinculación política porque la Constitución no incorpora instrumentos jurídicos para, recurrir contra omisiones del legislador. Los efectos negativos de la pervivencia tras un radical cambio constitucional de un Derecho penal originado por las viejas y no democráticas fuentes de derecho se han puesto de manifiesto en otros países, como es el caso de Italia¹¹². La experiencia, estimo, debe servir de lección entre nosotros.

IV. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Ya desde la Ilustración y la Revolución Francesa se ha reclamado que «la ley no debe establecer otras penas que las estricta y manifiestamente necesarias» (art. 8 de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789). Con anterioridad, Beccaria concluía su *De los delitos y las penas* con una afortunada síntesis: «Para que la pena no sea violencia de uno o de muchos contra un particular ciudadano, debe ser la pena pública, pronta, necesaria, la menor de las posibles en las circunstancias actuales, proporcionada a los delitos y dictada por las leyes».

Estas ideas tempranas del pensamiento moderno se han elaborado técnicamente, de modo especial tras la II Guerra Mundial, a partir de la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –artículos 10.2 y 18 del Convenio Europeo de Derechos Humanos– y el Tribunal Supremo de EE.UU.

¹¹² La pervisión del sistema de fuentes es señalada como el más grave de dichos efectos. Véase Neppi Modona y Violante, *Poteri dello stato e sistema penale*, Turín. 1978, pp. 32 y ss.; Bricola, *Legalità e crisi*, cit., pp. 197 y ss. Se abre así a la “constitucionalización” de facto o de iure de lo que en Francia, por obra de la constitución de 1958, se ha llegado a denominar “la humillación de la ley”. Vid. Merle y Vitu, *Traité de Droit Criminel*, cit., p. 234

Y, ya sobre la idea de “prohibición del exceso” ya sobre la de “razonabilidad” del actuar de los poderes públicos se imputan a un principio general del Ordenamiento jurídico, que podemos denominar “de proporcionalidad”, y que en lo que a la Constitución española se refiere puede estimarse consagrado como principio general del Ordenamiento jurídico en el artículo 9.3 con la “interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”; interdicción que vale tanto como la de prohibición del exceso o como un mandato de actuar “razonable” o “proporcionado”. Este principio tiene una triple dimensión que se formula en subprincipios: la intervención restrictiva de los Poderes públicos sobre los derechos de los ciudadanos debe ser necesaria, adecuada y proporcionada.

En relación con el ejercicio del poder punitivo del Estado estos principios cobran un significado capital. Así, en primer lugar, el principio de *necesidad* reclama que la incriminación de una conducta sea medio imprescindible de *protección de bienes jurídicos* y que comporta la *intervención mínima* posible sobre los derechos de la persona para alcanzar tal fin, lo que conocemos, respectivamente, como principio de protección de bienes jurídicos y principio de intervención mínima.

En segundo lugar, el principio de *adecuación* requiere que la incriminación de la conducta y la consecuencia jurídica de la misma, pena o medida de seguridad, sea apta para alcanzar el fin que lo fundamentan.

En tercer y último lugar el principio de *proporcionalidad en sentido estricto* requiere un juicio de ponderación entre la carga de privación o restricción de derechos que comporta la pena y el fin perseguido con la incriminación y con las penas previstas.

El principio de proporcionalidad en sentido amplio y los tres subprincipios enunciados son en sentido técnico un principio general del Ordenamiento Jurídico que debe inspirar la elaboración de las leyes y su interpretación y aplicación por los Tribunales. El Tribunal Constitucional proclama y aplica el principio de modo sistemático (STC 62/1982, 15 oct. F.J. 5, caso del “escándalo público”), pero no ha llegado a estimar que forme parte del “contenido esencial” del derecho fundamental de legalidad penal del art. 25.1 CE (así STC 65/1986, aunque aisladamente, imputándolo al art. 25.1, STC 105/1988, F.J. 2, así como la 89/1993, en la que incluye en el art. 25.1 la exigencia de “interdicción de la arbitrariedad”), por lo que el acceso por vía de recurso de amparo es sólo indirecta, salvo que la disposición desproporcionada sea directamente imputable a la aplicación de la Ley realizada por el Juez (STC 19/1988, F.J. 8).

Como afirma el TC, en su sentencia 55/1996, posteriormente reiterada por la STC 161/1997, el principio de proporcionalidad no constituye un canon de constitucionalidad autónomo que pueda alegarse de manera aislada: “si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida

ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados: Sólo cuando la desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad”. El ámbito desde el cual normalmente se evaluará la ponderación requerida por el principio de proporcionalidad es el de los derechos fundamentales. En este sentido, la STC 136/1999, por el “caso HB”, vincula la proporcionalidad con el principio de legalidad recogido en el art. 25.1 CE en los siguientes términos: “en esta materia –penal–, en la que la previsión y aplicación de las normas supone la prohibición de cierto tipo de conductas a través de la amenaza de la privación de ciertos bienes –y, singularmente, en lo que es la pena más tradicional y paradigmática, a través de la amenaza de privación de la libertad personal–, la desproporción afectará al tratamiento del derecho cuyo ejercicio queda privado o restringido con la sanción. El contexto sancionador nos va a conducir con naturalidad del ámbito de la libertad personal (art. 17 CE) –cuando como es ahora el caso, la pena sea privativa de libertad– al ámbito del principio de legalidad en materia sancionadora (art. 25.1 CE), sin que, en conexión también con él, quepa descartar que quede también lesionado el derecho cuyo ejercicio quedaba implicado en la conducta prohibida”.

1. Principio de necesidad: Principio de protección de bienes jurídicos

Más que cualquier otra cosa, lo que justifica el consenso social que legitima al Estado y a su poder punitivo es, como se adelantaba en la Lección 1, que su intervención se produzca por la necesidad de protección de intereses fundamentales de distinto carácter orientados hacia el individuo y que posibiliten a éste la participación en un determinado sistema social. Estos intereses, como ya veíamos, se denominan bienes jurídicos. A lo largo de la historia los Estados han protegido jurídica y penalmente intereses que no encajaban en este concepto de bien jurídico y que, tanto individual como socialmente, eran radicalmente opuestos a componentes esenciales de un sistema social personalista; por ejemplo, criminalizando el ejercicio de derechos y libertades públicas, así como también protegiendo penalmente puras concepciones morales, como mediante la punición del adulterio, de los anticonceptivos, o del aborto en todas sus formas. Por ello, desde los tiempos de la Ilustración se ha postulado que no se consideren delitos sino las conductas socialmente dañosas: *nullum crimen sine iniuria*. La garantía de la dañosidad social de un comportamiento pretende construirse sobre la presencia de un bien jurídico afectado. La institución del bien jurídico, así entendida, sólo es válida en el Derecho penal propio del Estado de Derecho, al ser éste el que articula un sistema social de los rasgos apuntados.

Desde los debates europeos sobre la reforma penal de los años sesenta, particularmente con la disputa sobre la despenalización de los delitos de homosexualidad entre adultos se formula el postulado de que el Derecho penal sólo debe proteger

bienes jurídicos y, por lo tanto, sólo criminalizar conductas socialmente dañosas que atenten contra dichos bienes jurídicos. El Tribunal Constitucional lo ha formulado del siguiente modo: es necesario que “la restricción de la libertad individual que toda norma penal comporta se realice con la finalidad de dotar de la necesaria protección a valores, bienes o intereses, que sean constitucionalmente legítimos en un Estado Social y democrático de Derecho” (STC 105/1988, F.J. 2).

A partir de este postulado, y como se recordará, se ha desarrollado un arsenal teórico que permite depurar el catálogo de bienes jurídicos protegidos por las Leyes penales tanto desde un plano sociológico como desde uno valorativo. Así, desde el primero, se reclama que las conductas incriminadas afecten negativamente a las funciones y estructuras sociales. Desde el punto de vista valorativo se estima que para que un interés pueda ser objeto de protección penal debe tener un fundamento en el orden constitucional de valores. De este modo, valores constitucionales y criterios sociales sirven para depurar el catálogo de bienes jurídicos vigente y para proponer nuevas incorporaciones. Así, por ejemplo, desde 1978 se ha llevado a cabo en España la despenalización de conductas cuya presencia en el Código obedecía a principios puramente morales –incompatibles con un Estado de Derecho que cuenta entre sus valores superiores con la libertad personal y el pluralismo (art. 1.1 CE)–, como el adulterio y el amancebamiento, la propaganda de anticonceptivos y el escándalo público. También de este modo se han incorporado al Código los delitos contra el orden socioeconómico, en tanto que son conductas que objetivamente atentan contra el orden social y los valores constitucionales.

La determinación del catálogo de bienes jurídicos que constitucionalmente admiten por su relevancia una protección penal debe completarse por una jerarquización entre los mismos, dotándolos respectivamente de una protección penal –de una penas– proporcionada en su gravedad a la relevancia valorativa de dichos bienes. Así, por ejemplo, las reformas de los años ochenta han reducido la protección de propiedad, que en la Legislación anterior llegaba a igualar a la de la vida y la salud

Pero el principio de protección de bienes jurídicos no opera solo en el momento legislativo, de creación del delito, sino también en el de aplicación de la Ley penal, exigiendo que tanto la figura típica como la conducta concreta comporten la *lesión* o la *puesta en peligro* del bien jurídico tutelado, lo que convierte a la idea del bien jurídico en un elemento central de la interpretación del tipo penal y, por tanto, del alcance de su aplicación

Además, la exigencia de lesión o puesta en peligro de los bienes jurídicos exige que lo que se incrimine sean “hechos”, y no meros pensamientos, actitudes o modos de vida, comportando así la exigencia de un *Derecho penal del hecho*, al que se opone la idea autoritaria de un *Derecho penal de autor*, cuya formulación más acuñada fue obra del nacionalsocialismo.

2. Principio de intervención mínima

A la exigencia de que el Derecho penal intervenga solamente para la protección de bienes jurídicos fundamentales se une como consecuencia del principio de proporcionalidad es, el que esa intervención punitiva que restringe las esferas de la libertad y que mediante la pena priva o condiciona el ejercicio de derechos fundamentales sea el último de los recursos de los que el Estado tiene a su disposición para tutelar los bienes jurídicos (el Derecho penal como *última ratio*) y, a su vez, sea lo menos gravoso posible para los derechos individuales mientras resulte adecuado para alcanzar los fines de protección que se persiguen. Ambas exigencias constituyen el contenido de lo que en los últimos años se conoce como *principio de intervención mínima*.

Se plasma el principio, en primer lugar, en la exigencia de que el Derecho penal intervenga sólo cuando para la protección de los bienes jurídicos merecedores de ella se han puesto en práctica y resultan insuficientes medidas organizativas propias de otras ramas del Ordenamiento jurídico no represivas, como pueden ser las laborales, administrativas, mercantiles, etc. Así, la protección de la seguridad y la higiene de las personas en su puesto de trabajo, que es un bien jurídico merecedor de protección, requiere una labor normativa previa a la intervención penal, que proporcione pautas y mandatos que generen seguridad, un servicio de inspección eficaz, etc. Como colofón de todas esas medidas, reservada para los comportamientos que más desprecien el bien jurídico queda la configuración de infracciones administrativas y en su caso penales. Sería desproporcionado e inadecuado para promover una protección eficaz comenzar con el Derecho penal. Lo mismo resulta aplicable a la seguridad del tráfico, o a los comportamientos lesivos para el orden económico, etc.

Ultima ratio quiere decir también graduación de la intervención sancionadora administrativa y penal. En no pocos ámbitos, como los recién mencionados, cabe una intervención represiva a través de infracciones y sanciones administrativas, y siempre que sea posible alcanzar la tutela del bien jurídico mediante el recurso a la potestad sancionadora de la Administración debe preferirse ésta a la penal, por resultar menos gravosa, al menos para las conductas menos dañosas o peligrosas. En estos supuestos en los que sobre una conducta se proyectan las esferas de la infracción administrativa y la penal debe cuidarse técnicamente que no se produzca un *bis in ídem*, diferenciando los espacios de una y otra mediante elementos cualitativos o cuantitativos.

Este modo de graduar la intervención penal tras la civil y la administrativa fundamenta constitucionalmente el ya analizado carácter *subsidiario* del Derecho penal respecto de los demás instrumentos jurídicos, cuya eficacia pretende “subsidiariamente” asegurar. A la vez, configurado el Derecho penal con esos criterios,

su intervención en la protección de los bienes jurídicos aparece como *fragmentaria*, es decir, no los tutela frente a todos los ataques, sino ante los más graves o más peligrosos, por lo que el Derecho penal define sólo una parte de la antijurídico o, dicho de otro modo, del conjunto de la antijurídico el Derecho penal acota sólo un fragmento.

El nivel de gravedad o peligrosidad de los ataques al bien jurídico se determina por elementos objetivos y subjetivos concurrentes en la conducta prohibida y sus resultados. Así hay que distinguir entre la gravedad de los distintos resultados para el bien jurídico, que comprende desde su puesta en peligro hasta su lesión efectiva. También se ha de distinguir entre la diferente gravedad que pueden representar las conductas en sí, diferenciándose especialmente entre los comportamientos que directamente persiguen la lesión del bien jurídico, llamadas conductas dolosas, o los que lesionan el bien jurídico por falta de cuidado, que se denominan imprudentes.

A través de estas distinciones puede el Legislador seleccionar fragmentariamente la intervención penal, limitando ésta a las conductas dolosas, frente a las imprudentes, o a las de lesión efectiva frente a las de creación de peligro, quedando lo no imprescindible en la esfera de la infracción civil o administrativa.

3. Principio de proporcionalidad de las penas

Mientras que el principio de proporcionalidad en sentido amplio –plasmado en los principios de protección de los bienes jurídicos y de intervención mínima– despliega sus efectos fundamentalmente en la selección de la zona penal, es decir, de la clase de conductas que han de configurarse como delito, el principio de proporcionalidad en sentido estricto opera fundamentalmente en la puesta en relación de esas conductas con las consecuencias jurídicas de las mismas, las penas y las medidas de seguridad. Por ello puede hablarse en este ámbito de un principio de proporcionalidad de las penas, que a su vez se proyecta, primero, en la fijación legislativa de éstas, o conminación legal abstracta, y dentro de ella y de cada delito, en su determinación concreta por el Juez al aplicar la Ley, dos momentos que plantean problemas distintos.

a) En la *previsión legislativa* de la pena correspondiente al delito el principio de proporcionalidad requiere una relación de adecuación entre gravedad de la pena y relevancia del bien jurídico que protege la figura delictiva y a su vez entre la misma y las distintas formas de ataque al bien jurídico que la conducta delictiva puede presentar. Como todo juicio de proporcionalidad, se resuelve éste en valoraciones y comparaciones, es decir, en una “ponderación”. A modo de orientación puede decirse que las penas más graves deben reservarse para los delitos que atacan los bienes jurídicos más fundamentales, por lo que la medida máxima de las penas bien

podría establecerse a partir de los delitos contra la vida y la salud, situándose estos bienes en la cúspide del ordenamiento jerárquico de bienes jurídicos, como parece propio de un Estado social y democrático de Derecho.

A su vez las penas para cada delito o grupo de delitos que sirven a la tutela del bien jurídico deben graduarse acomodadas a la gravedad del modo de afectación del bien jurídico y a las propiedades subjetivas de la conducta que atenta contra él. Esta graduación unas veces se hace en la Parte General de modo abstracto, por ejemplo, distinguiendo entre consumación de la lesión del bien jurídico y tentativa y otras en la Parte Especial, por ejemplo, atendiendo a las propiedades materiales de la conducta con la distinción típica y punitiva entre homicidio (art. 138) y asesinato (art. 139), o entre estas figuras dolosas o intencionales y el homicidio imprudente (arts. 138 y 142).

La exigencia de proporcionalidad no es solamente de orden jurídico, sino también requisito material de la prevención, pues sólo penas proporcionadas a la gravedad de los delitos y a su valoración social están en condiciones de motivar a los ciudadanos al respeto a la norma. Por esta razón material fracasan sistemáticamente los recursos al “terror penal”, es decir, los intentos de evitar determinadas conductas incriminándolas como delitos —como el castigo general de la interrupción voluntaria del embarazo— o a través de la imposición de penas excesivamente graves a conductas que culturalmente se consideran delictivas, como ocurría en el derecho histórico cuando se aplicaba la pena capital hasta a los hurtos menores o cuando, como hasta no hace mucho, se castigaban las conductas de inhabilitación con penas de cárcel o de inhabilitación totalmente desproporcionadas. En ambos supuestos, la prevención fracasa por falta de proporcionalidad del castigo que lleva a que, o bien los Jueces no aplican la Ley, o bien si la aplican efectivamente, los destinatarios de la norma consideren esa imposición de la pena como una lotería al revés.

El Código penal derogado, que era un texto que había incorporado de modo asistemático tantas reformas parciales a lo largo de su larga historia estaba necesitado de sustitución, entre otras razones, por requerir en su conjunto una reordenación proporcionada de delitos y penas. Dos ejemplos de desproporción censurable entre bien jurídico y pena legal eran los delitos de malversación de caudales públicos y el delito de injurias al Jefe del Estado y a otras autoridades. Los primeros, previstos en el art. 394 y siguientes, regulaban las penas en atención a las cuantías de lo malversado, de modo paralelo a como históricamente se regulaban las penas en los delitos contra el patrimonio, y que fueron reformadas radicalmente en 1983. El resultado era que la apropiación indebida de caudales particulares por valor de 100.000 pts. (arts. 535 y 528) se castigase en el peor de los casos con una pena de prisión de 6 meses a 6 años mientras que la cometida por funcionario sobre caudales públicos se castigaba con la de prisión de 6 años a 12, más la inhabilitación absoluta, y que

podía llegar a la reclusión de 12 a 20 años si superaba los dos millones y medio de pesetas, lo que constituía una gravísima desproporción no justificada por la condición de funcionario público del sujeto. El asunto fue abordado por el Tribunal Constitucional, sin decidirse a resolverlo por tratarse de un recurso de amparo y estimar que el art. 25.1 CE no comporta un derecho fundamental a la proporcionalidad abstracta de la pena con la gravedad del delito, aunque sí parece admitido respecto de una hipotética desproporción en la aplicación judicial de la pena legal, (STC 65/1986, 22 mayo) El nuevo Código ha recuperado la proporcionalidad en estos delitos (arts. 432 y ss.).

Otro caso de desproporción de la pena con respecto al bien jurídico es el de las injurias al Jefe del Estado del art. 147 CP derogado, así como de las injurias y desacatos a determinadas autoridades, castigadas las primeras si se realizan con publicidad y fuera de su presencia con la pena de prisión mayor de 6 a 12 años. También fue abordado el asunto por el Tribunal Constitucional, quien, ante su propio argumento anterior que le impedía controlar la proporcionalidad abstracta de la pena con el delito, terminó por anular la condena por otras razones (STC 20/1990, F.J. 5), hecho y circunstancia que pone de manifiesto que las penas desproporcionadas, además de ser contrarias a un principio general de Ordenamiento, suelen terminar en algún despropósito.

También puede servir a la discusión la desproporción de penas que el viejo Código presentaba en los delitos de violación en relación con las del homicidio (arts. 429 y 407 ACP), hoy sensiblemente recogida en los artículos 138 y 178 y ss. CP.

Más recientemente, el TC ha tenido una nueva oportunidad para pronunciarse sobre la proporcionalidad de las penas asignadas a un tipo penal, concretamente, al delito de colaboración con banda armada recogido en el art. 174 bis a) ACP. Así ha sido en la STC 136/1999, de 20 de julio. En esta ocasión, el TC considera que el precepto señalado vulnera el principio de proporcionalidad en tanto que no incorpora ninguna previsión que permita adecuar la sanción penal a la entidad de los actos de colaboración con banda armada.

El texto del artículo 174 bis a), declarado inconstitucional por esta sentencia, señalaba que “1. Será castigado con las penas de prisión mayor y multa de 500.000 a 2.500.000 de pesetas el que obtenga, recabe o facilite cualquier acto de colaboración que favorezca la realización de las actividades o la consecución de los fines de una banda armada o de elementos terroristas o rebeldes”, y atribuyendo esta penalidad, tras enumerar una serie de actos de colaboración en su segundo párrafo, a “*cualquier otra forma de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas o elementos*”. Por el contrario, el artículo 576 del CP del 95 posibilita la ponderación de la entidad de la colaboración al haber sustituido aquélla por la siguiente expresión “y, en general, *cualquier otra forma*

equivalente de cooperación, ayuda o mediación, económica o de otro género, con las actividades de las citadas bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas”.

En lo que se refiere a las medidas de seguridad, el Código ha incluido dos cláusulas sobre proporcionalidad de las medidas de seguridad. La primera y general en el artículo 6.2: “las medidas de seguridad no pueden ser ni más gravosas ni de mayor duración que la pena abstractamente aplicable al hecho cometido, ni exceder el límite de lo necesario para prevenir la peligrosidad del autor”. La segunda, en el artículo 101.1, especifica para las medidas privativas de libertad: “el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto”. En definitiva, el Código hace depender la proporcionalidad de las medidas de la gravedad del hecho delictivo y de la peligrosidad criminal del autor, como reclamaba la doctrina, representada sobre todo por Barbero Santos y por el propio TC en su sentencia 24/1993 (F.J. 3 y 5).

b) El segundo momento responde a la proporcionalidad de las penas en su *aplicación judicial*. A la arbitrariedad judicial del Antiguo régimen en la elección de las penas y de su intensidad o duración respondieron los primeros Códigos con la previsión de penas fijas, que no admitían arbitrio judicial alguno, en la ingenua pretensión de los Jueces fueran meramente la boca por la que hablase la Ley. Pero superado ese primer momento –en el que también se llegó a prohibir la publicación de los Códigos con apostillas o comentarios doctrinales– las penas se han fijado estableciendo en ocasiones diversas alternativas, por ejemplo, prisión o multa y, en todo caso, señalando un marco mínimo y máximo de duración de las penas privativas de libertad y de derechos, y de las cuantías en las penas de multa, por ejemplo, en el delito de homicidio la pena es la de prisión de 10 a 15 años. Dentro de ese marco los Jueces pueden aplicar la pena que estimen conveniente dentro de unas reglas que el propio Código establece según concurran o no circunstancias que determinan una mayor o menor proporción de lesividad para el bien jurídico o de culpabilidad del sujeto. A su vez también se preocupa el Código de establecer otras reglas para supuestos en los que el sujeto no es autor sino cómplice (art. 63) o en los que el delito no se ha llegado a consumir, quedando en tentativa (art. 62). Se trata en suma de una compleja técnica, que ha llegado a llamarse “aritmética” penal, que está inspirada en el principio de proporcionalidad. Pero al Juez, tras seguir todas esas reglas, siempre le queda un margen de arbitrio que tiene que aplicar proporcionadamente a las circunstancias objetivas y subjetivas del delito cometido. Así, en el delito de homicidio sin concurrencia de las circunstancias agravantes o atenuantes previstas en la ley le resta por decidir la pena concreta entre 10 y 15 años, para lo que el Código le proporciona como única orientación la de tener en

cuenta las circunstancias del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho, debiendo razonarlo en la sentencia (art. 66.1^a).

La novedad que el Estado social y democrático de Derecho debería representar para ese complejo sistema de aritmética penal es la de definirse e interpretarse en el sentido de que la proporcionalidad que se pretende garantizar es una proporcionalidad de sentido garantista, es decir, que ha de servir para determinar los grados máximos de penalidad y no para definir grados mínimos irreductibles. Dicho de otro modo, el juicio de proporcionalidad con la gravedad del delito y la personalidad del autor debe servir para impedir penas superiores a dicha proporción, pero debe permitirse siempre al Juez la posibilidad de reducir la pena por debajo de su mínimo genérico e incluso sustituir las penas de prisión por otras más leves, o prescindir de la pena como tal, a través de instituciones como la condena condicional o la suspensión del fallo. Además, estas operaciones deben realizarse, en vez de con criterios de proporcionalidad, con criterios de adecuación a los fines de prevención general y de resocialización, fines que debe perseguir la pena en su aplicación al caso concreto por parte del Juez. El Código de 1995, tanto por la configuración de las propias penas como por las posibilidades de sustituir las de prisión por multas y arrestos de fin de semana, supuso un importante progreso sobre el sistema anterior (vid. arts. 80 y 88), progreso seriamente “relativizado” con la contrarreforma operada por la L.O. 15/2003, que suprime las penas de arresto de fin de semana —con lo que las posibilidades de sustitución operarán a través de multa o trabajos en beneficio de la comunidad—.

V. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Todos los conceptos penales son de formación histórica y el de culpabilidad también, pero quizá este principio requiera más que ningún otro una referencia a la historia para su mejor comprensión en el momento actual. En efecto, la idea de que el castigo penal requiere la culpabilidad del sujeto tiene su origen en la lucha contra el Derecho penal del Antiguo Régimen, en el que se hacía responder por el delito de uno a sus parientes, así como por hechos casuales o fortuitos en los que el sujeto carecía de toda responsabilidad o, en los que tenía una responsabilidad tan solo indirecta o causal. La forma de responsabilidad sin culpabilidad u objetiva más refinada y que ha perdurado hasta tiempo reciente —y en España de modo especial hasta la reforma de 1983— es la que se conoce como *versari in re illicita*, originada en el Derecho canónico para corregir versiones más brutales de la responsabilidad. Según este principio se hace responder al sujeto por los resultados ulteriores conectados causalmente a un hecho ilícito o delictivo, y se le hacía responder con igual pena que si este ulterior y casual resultado hubiese sido

buscado de propósito. Un ejemplo característico era el del aborto con resultado de muerte en el que el médico que practicaba un aborto criminal respondía también de la muerte de la embarazada aunque dicha muerte fuere fortuita y nada tuviere que ver con la práctica abortiva, y respondía de esa muerte con la misma pena que si hubiese cometido homicidio doloso. Así seguía redactado en el art. 411 hasta la llegada del Código de 1995 (ahora art. 144), aun cuando como consecuencia de la reforma de 1983 en este tipo de casos de responsabilidad por el resultado se requería al menos imprudencia respecto de éste.

En consecuencia, la idea del principio de culpabilidad viene a responder a esas dos censuras a la Legislación histórica, y se plasma en el principio de *personalidad de las penas* y en el principio de *exigencia de dolo o culpa*. El primero de ellos limita la responsabilidad penal a los autores del hecho delictivo y a los que participan en él como inductores, coautores, cómplices y encubridores, y su vigencia no presenta problemas desde hace largo tiempo.

En segundo lugar, y casi primero y principal, habida cuenta la asimilación legislativa del principio de personalidad, lo que el principio de culpabilidad reclama es el rechazo de la responsabilidad objetiva y la exigencia de que el delito se cometa o dolosamente o, al menos, por imprudencia, es decir, o de propósito o por una inexcusable falta de cuidado, lo que excluye la responsabilidad por resultados vinculados causalmente a la conducta del sujeto pero que ni eran previsibles ni evitables. En esta dimensión del principio de culpabilidad está hoy día todo el mundo de acuerdo y así está consagrado en el artículo 5 CP: “no hay pena sin dolo o imprudencia”, cláusula que se introduce ya en la reforma de 1983.

A su vez durante largos años se entendió que la culpabilidad entendida como manifestación del libre albedrío del hombre para elegir entre el bien y el mal era el fundamento de la responsabilidad penal. Y esto es lo que se discute por un sector de la doctrina que estima ilegítimo fundamentar la imposición de algo tan grave como las penas en el libre albedrío, pues es un principio indemostrable en abstracto y en concreto en el actuar humano, reflexión filosófica que si bien debe respetarse en un Ordenamiento presidido por el principio del pluralismo, no se acompaña de fundamentación en las Ciencias sociales, como la Psicología. Este sector propone un fundamento distinto de la responsabilidad penal fundamentado psico-socialmente y con carácter material que denominan de *necesidad de pena* por razones de protección (Gimbernat). Otros autores mantienen la terminología tradicional de culpabilidad pero la dotan del mismo contenido material (Muñoz Conde, Mir Puig) y lo formulan como *atribuibilidad*, con lo que se exige que al autor del hecho pueda atribuírsele éste por ser motivable psicológicamente por las normas, es decir, porque reúna las condiciones psíquicas de madurez social como para poder captar el sentido de las prohibiciones penales. Esto no sucede en el caso de los inimputables, que

son los menores de edad o los que adolecen de enfermedad mental, defecto de la inteligencia o percepción o trastorno mental transitorio (arts. 20.1 a 3 CP). Esta es la tesis que aquí se considera correcta.

Pero subsiste un problema planteado por quienes sin aferrarse al criterio ideológico del libre albedrío como fundamento de la responsabilidad penal pero se preocupan de que su abandono conduzca a una carencia de parámetros para la medición legal y judicial de la pena (Roxin). Esta preocupación carece de fundamento, porque esos parámetros se encuentran en el principio de proporcionalidad que es en definitiva el que opera cuando la doctrina argumenta con la idea tradicional de culpabilidad para determinar la adecuación de la pena abstracta y concreta al delito y a su autor.

Las plasmaciones fundamentales del principio de culpabilidad, es decir, la responsabilidad personal, la exigencia de dolo o culpa y la atribuibilidad o imputabilidad del autor, son, como se ha indicado, principios acuñados en la propia Legislación penal. Con ser esto importante lo es más que tengan rango constitucional, para así vincular no sólo al Juez sino al propio Legislador penal.

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado incidentalmente en algunas ocasiones, así: “La Constitución española consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal” (STC 150/1991, F.J. 4; igual en 246/1991, F.J. 2), pero no lo ha desarrollado suficientemente ni su fundamentación ni sus plasmaciones. Aun así en la primera de las citadas se refiere expresamente al principio de Derecho penal del hecho, contrapuesto al Derecho penal de autor, aspecto que en esta Lección se ha vinculado al principio de protección de bienes jurídicos, y en la segunda se dice literalmente que en las manifestaciones del *ius puniendi* del Estado “resulta inadmisibile en nuestro ordenamiento un régimen de responsabilidad objetiva o sin culpa”. En esta misma sentencia manifiesta como correcto el principio de responsabilidad penal por hechos propios o principio de la personalidad de la pena o sanción, para añadir que a ello no se opone la responsabilidad administrativa directa de las personas jurídicas, con una argumentación que llevaría a no excluirla tampoco en lo penal.

El principio de culpabilidad es manifestación de varios principios generales del Ordenamiento como el de la dignidad humana del art. 10, y de la propia idea de Estado de Derecho pero, con independencia de que no encuentra en el texto constitucional una formulación expresa, sí puede considerarse implícito en él, pues expresamente ha declarado su plasmación procesal: la presunción de inocencia del art. 24.2. Con ello basta para atribuir al principio de culpabilidad y sus plasmaciones rango constitucional como para vincular al Legislador en la configuración de los tipos penales y en la determinación de las penas (vid. STC 105/1988 sobre la presunción de culpabilidad en la tenencia de útiles para el robo del art. 509 ACP).

VI. PRINCIPIO DE RESOCIALIZACIÓN

La Constitución contiene dos preceptos que fundamentan la formulación de un principio general del Ordenamiento jurídico-penal que puede denominarse de resocialización. El primero de los preceptos es de orden general y está contenido en el artículo 9.2 de la Constitución, en el que además de establecer como fin de la actuación de los Poderes públicos el hacer real y efectiva la libertad y la igualdad, contiene el mandato de facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. Este mandato tiene su plasmación más fuerte en las zonas sociales sometidas a marginación, una de las cuales es en buena parte la población penal, marginada institucional y socialmente y no sólo durante y con posterioridad a la aplicación de la pena de prisión, sino también en un momento anterior, en el de la selección institucional de los sujetos que serán objeto de la represión. Bastaría este mandato del art. 9.2 para construir un principio de actuación de los Poderes públicos orientado a reducir o eliminar en lo posible la marginación, lo que vale tanto como decir la socialización o resocialización de los destinatarios de la represión penal.

Pero la Constitución ha ido más lejos y en el artículo 25.2, tras la consagración del principio de legalidad penal dispone que “las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad están orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados”, a lo que añade que “el condenado a pena privativa de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad”. En este precepto se consagra definitivamente el principio de resocialización como principio que ha de orientar el sistema de ejecución de penas y medidas privativas de libertad.

La formulación del principio de resocialización en el art. 25.2 dio lugar en los primeros años tras la Constitución a algunas confusiones. La primera consistió en reducir los fines de las penas en general a la resocialización, excluyendo la prevención general. En segundo lugar se redujo la eficacia del principio a la ejecución de las penas y medidas de seguridad privativas de libertad, identificando el tratamiento como el contenido de la ejecución penitenciaria, producido por el empleo de los términos reeducación y reinserción, que aparecen más conectados a un sentido transitivo, de contenido de la ejecución –sobre todo como tratamiento– que a su sentido como resultado final. Ambas interpretaciones han sido negadas por el Tribunal Constitucional, particularmente desde la STC 19/1988, F.J. 9, y así en la sentencia

150/1991, F.J. 4, manifiesta que “tampoco la Constitución española erige a la prevención especial como única finalidad de la pena; antes al contrario, el artículo 25.2 no se opone a que otros objetivos, entre ellos, la prevención general, constituyan asimismo una finalidad legítima de la pena” (más recientemente, SSTC 91/2000, 109/2000 o 120/2000, entre otras).

La cuestión puede plantearse ya en términos correctos, y así, en primer lugar, la ejecución penal consiste materialmente en la imposición al delincuente del mal que en todo caso representa la pena. En segundo lugar, el mero sometimiento al mal es ya un contenido de la ejecución, contenido coherente con el fin motivador de la imposición concreta de la pena. Para determinados tipos de delincuentes esa mera imposición de la privación de bienes jurídicos podrá resultar suficiente acción motivadora de una futura conducta sin delito.

Ahora bien, lo que el Estado social y democrático de Derecho aporta a los contenidos de la ejecución es algo más, aunque presupone y parte de lo anterior. El Estado no puede reducir su misión a la de mero gendarme, custodio del delincuente y desinteresado de su destino. Lo que comporta el nuevo orden fundamental es la obligación por parte del Estado de intervenir en las desigualdades y conflictos sociales, ofreciendo posibilidades de participación plena en la vida social a los que carecen de ellas, carencia que puede ser un factor determinante de la conducta desviada de determinadas clases de delincuentes. Esta obligación del Estado se traduce, por una parte, en la construcción de un sistema de ejecución de la pena que ofrezca al condenado medios y oportunidades para su reinserción, y por otra, en la exigencia de contar con sistemas jurídicos que puedan facilitar la resocialización sin lesionar los objetivos de prevención general, como es el sistema vigente de progresión de grados muy fluido que permite llegar cuando conviene a la semilibertad y a la excarcelación –y ello a pesar de las trabas interpuestas para el acceso al tercer grado y a la libertad condicional en determinados supuestos por la L.O. 7/2003–; también constituye una exigencia la depuración del sistema de ejecución de todos los factores que son un obstáculo para la resocialización o que, incluso, incrementan la asocialidad del sujeto: por ejemplo la masificación de las prisiones. Y debe hacerse hincapié en este último aspecto, pues la realidad del sistema penitenciario está todavía, o cada vez más, alejada del diseño que de él hace la Ley General Penitenciaria.

Entre esa diversidad de medios y oportunidades de reinserción se encuentra todo lo que se liga a la idea de tratamiento. Ahora bien, se trata tan sólo de tratamiento como oferta al sujeto, no como imposición. La razón de ello estriba tanto en que la voluntariedad del tratamiento es un presupuesto básico de su viabilidad, como sobre todo, en que los medios de protección social están sometidos a valores: fundamentalmente aquí el libre desarrollo de la personalidad. Reiterando lo ya expuesto en la Lección 2, como ha mantenido Barbero Santos, el Estado secularizado y pluralista

no puede imponer coactivamente al sujeto ni siquiera los valores dominantes, que, además, si los juzgamos por sus resultados, aparecen sumamente discutibles. El principio de resocialización se resuelve, pues, en la idea de ejecución de la pena a través del ofrecimiento de medios para que el sujeto pueda participar en el futuro en la vida social sin recaer en el delito, con independencia de que éste asuma o no los valores inherentes a esa vida en sociedad.

El principio de resocialización así entendido también permitiría considerar constitucionalmente ilegítimas penas que conceptualmente excluyen la resocialización como, por ejemplo, la cadena perpetua, así como aquellas penas temporales que por su duración extremada tengan efectos similares. Así, es discutible la adecuación de las excepciones que hace el Código a la duración máxima de 20 años establecida en el artículo 36, por ejemplo, en el art. 70.2.1, que admite hasta 30 años. Y, más aún, la posibilidad de aumentar hasta los cuarenta años en los supuestos recogidos en el artículo 76.1 c) y d), introducidos por la L.O. 7/2003, de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas.

Por último, el principio de resocialización exige la adopción de medidas más allá de la ejecución, una de carácter político-social, como por ejemplo la protección frente al desempleo. Otras son simples decisiones legislativas, por ejemplo, dar término definitivo al sistema de antecedentes penales y a sus efectos estigmatizantes y discriminadores, incluso más allá del importante paso dado al respecto en la reforma de 1983. En todo caso, la afirmación de Von Liszt de que la mejor política criminal es una buena política social sigue siendo plenamente actual en orden tanto a la prevención de la criminalidad como a la resocialización de los delincuentes.

ANEXO

1) Principio de proporcionalidad. STC 136/1999, de 20 de julio. Caso “HB”.

Recurso de amparo interpuesto por los miembros de la Mesa Nacional de Herri Batasuna, contra la STS de 29 de noviembre de 1997, que los condena como autores de un delito de colaboración con banda armada a la pena de 7 años de prisión mayor y multa, con las accesorias de suspensión de cargo público y del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, por posibilitar la divulgación de un vídeo “Alternativa democrática” de la organización terrorista ETA durante la campaña electoral. El TC declara la inconstitucionalidad del art. 174 bis a) del ACP por vulneración del principio de legalidad penal, en la medida en que tal precepto no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de los actos de colaboración con la banda armada.

“El juicio de proporcionalidad respecto al tratamiento legislativo de los derechos fundamentales y, en concreto, en materia penal, respecto a la cantidad y calidad de la pena en relación con el tipo de comportamiento incriminado, debe partir en esta sede de la “potestad exclusiva del legislador para configurar los bienes penalmente protegidos, los comportamientos penalmente reprobables, el tipo y la cuantía de las sanciones penales, y la proporción entre las conductas que pretende evitar y las penas con las que intenta conseguirlo. En el ejercicio de dicha potestad el legislador goza, dentro de los límites establecidos en la Constitución, de un amplio margen de libertad que deriva de su posición constitucional y, en última instancia, de su específica legitimidad democrática (...). De ahí que, en concreto, la relación de proporción que deba guardar un comportamiento penalmente típico con la sanción que se le asigna será el fruto de un complejo juicio de oportunidad que no supone una mera ejecución o aplicación de la Constitución y para el que ha de atender no sólo al fin esencial y directo de protección al que responde la norma, sino también a otros fines legítimos que pueda perseguir con la pena y a las diversas formas en que la misma opera y que podrían catalogarse como sus funciones o fines inmediatos a las diversas formas en que la conminación abstracta de la pena y su aplicación influyen en el comportamiento de los destinatarios de la norma —intimidación, eliminación de la venganza privada, consolidación de las convicciones éticas generales, refuerzo del sentimiento de fidelidad al Ordenamiento, resocialización, etc.— y que se clasifican doctrinalmente bajo las denominaciones de prevención general y de prevención especial (...). El juicio que procede en esta sede de amparo, en protección de los derechos fundamentales, debe ser por ello muy cauteloso. Se limita a verificar que la norma penal no produzca un patente derroche inútil de coacción que convierte la norma en arbitraria y que socava los principios elementales de justicia inherentes a la dignidad de la persona y al Estado de Derecho o una actividad pública arbitraria y no respetuosa con la dignidad de la persona y, con ello, de los derechos y libertades fundamentales de la misma.

(...) La norma que se ha aplicado a los recurrentes no guarda, por su severidad en sí y por el efecto que la misma comporta para el ejercicio de las libertades de expresión y de información, una razonable relación con el desvalor que entrañan las conductas sancionadas.

Ese desequilibrio resulta manifiesto si se tienen en cuenta las cuatro circunstancias siguientes:

- a) En cuanto a las conductas sancionadas no cabe duda de que son potencialmente peligrosas en la medida en que son constitutivas de colaboración con banda armada, pero resultaron en la realidad muy alejadas de los peligros que la norma aplicada quiere finalmente evitar (...).

- b) Por el contrario, en el otro plazo de la balanza, en el de los costes fácticos que la medida comporta para los valores constitucionales, debe destacarse, en primer lugar, la muy significativa entidad de la pena: una privación de libertad de una duración mínima de seis años y un día y máxima de doce y una multa de cuantía comprendida entre 500.000 y 2.500.000 pesetas. Esta misma pena de prisión mayor se asignaba en el CP de 1973, por ejemplo, a los integrantes de bandas armadas (art. 174.3), a los ejecutores de una sedición (art. 219.3), al aborto doloso no consentido por la embarazada (art. 411, párrafo 1), a las mutilaciones de miembro no principal (art. 419), a las agresiones sexuales graves (art. 430), al robo con torturas (art. 501.4) o al incendio de masas forestales con peligro para la vida de las personas (art. 553 bis a) (...).
- c) En la relativización de la gravedad de los comportamientos sancionados y en los costes sociales de la norma penal incide el hecho de que la misma se aplica a la expresión de ideas e informaciones por parte de los dirigentes de una asociación política legal en el seno de una campaña electoral y dirigida a la petición del voto de los ciudadanos. Hemos reiterado que la difusión de estas ideas e informaciones y este modo de participación en la actividad política no constituye un ejercicio lícito de las libertades de expresión, de información y de participación política y, por ello, no están tuteladas por esos derechos constitucionales y por ello pueden ser objeto de sanción penal; sin embargo, también hemos señalado que es indudable que las conductas incriminadas son actividades de expresión de ideas e informaciones y constituyen una forma de participación política y en consecuencia, una sanción penal desproporcionada puede producir efectos de desaliento respecto del ejercicio lícito de esos derechos (...).
- d) Finalmente, debe tenerse en cuenta que ese efecto disuasorio se refuerza en supuestos como el presente en el que la relativa indeterminación del precepto, aunque no plantee problemas desde el punto de vista de la taxatividad, puede crear alguna incertidumbre acerca de si la expresión de unas ideas, la comunicación de una información o la participación en una determinada actividad pública es lícita o, por el contrario, resulta muy severamente penada. Esta incertidumbre puede inhibir de modo natural el ejercicio de tales libertades, necesarias para el funcionamiento democrático de la sociedad y radicalmente imprescindibles cuando tal ejercicio se refiere a los partidos políticos y al momento en el que se dirigen a recabar la voluntad de los ciudadanos (...).

En conclusión, cabe reiterar que se ha producido una vulneración del principio de legalidad penal en cuanto comprensivo de la proscripción constitucional de penas desproporcionadas, como directa consecuencia de la aplicación del art. 174 bis a) CP 1973. El precepto resulta, en efecto, inconstitucional únicamente en la medida

en que no incorpora previsión alguna que hubiera permitido atemperar la sanción penal a la entidad de actos de colaboración con banda armada que, si bien pueden en ocasiones ser de escasa trascendencia en atención al bien jurídico protegido, no por ello deben quedar impunes. Expresado en otros términos, no es la apertura de la conducta típica de colaboración con banda armada la que resulta constitucionalmente objetable, sino la ausencia en el precepto de la correspondiente previsión que hubiera permitido al juzgador, en casos como el presente, imponer una pena inferior a la de prisión mayor en su grado mínimo”.

2) Principio de reinserción. STC 120/2000, de 10 de mayo. Cuestión de inconstitucionalidad del artículo 586 bis ACP.

El TC se pronuncia sobre una cuestión de inconstitucionalidad promovida por el Juzgado de Instrucción de Gavá (Barcelona), sobre el art. 586 bis del CP del 73, por posible vulneración del artículo 25.2 CE, al considerar, entre otros motivos, que las penas de tan corta duración como las contempladas por el señalado precepto difícilmente pueden conseguir satisfacer los fines de resocialización y reinserción social contenidos en el art. 25.2. El TC deniega la inconstitucionalidad del precepto con la siguiente argumentación:

“a) En primer término se afirma que las penas privativas de libertad de tan corta duración como la asignada (entre 1 y 30 días de arresto menor) no pueden tener el efecto requerido por el art. 25.2 CE de la resocialización y reinserción social. Esta argumentación se basa tanto en una comprensión del alcance y contenido del art. 25.2 CE que no encaja con la que este Tribunal ha venido perfilando a través de su jurisprudencia, como en un entendimiento, al menos incompleto, del modo en que las penas cumplen y pueden cumplir los objetivos que legítimamente se les atribuyen.

En efecto, ha de tenerse presente de un lado, como este Tribunal ha afirmado en otras ocasiones, que el art. 25.2 CE contiene un mandato dirigido al legislador y a la Administración Penitenciaria para orientar la ejecución de las penas privativas de libertad (...). De otro lado, que la presunta vulneración del art. 25.2 CE parece partir de que el único fin legítimo de las penas privativas de libertad es la resocialización y reinserción social. Sin embargo, como este Tribunal ha declarado en la ya citada STC 150/1991, F. 4, «el art. 25.2 CE no resuelve sobre la cuestión referida al mayor o menor ajustamiento de los posibles fines de la pena al sistema de valores de la Constitución ni, desde luego, de entre los posibles –prevención especial, retribución, reinserción, etc.– ha optado por una concreta función de la pena». De lo que se desprende, en primer lugar, que no puede afirmarse que las penas de arresto menor con las que se conmina la conducta en abstracto infrinjan el art. 25.2 por su inidoneidad para cumplir uno de entre los varios fines constitucionalmente

legítimos, ya que la constitucionalidad de dicha pena quedaría avalada por su aptitud para alcanzar otro u otros de dichos fines. En segundo lugar, que su confrontación con el mandato contenido en el art. 25.2 CE en ningún caso puede derivar de su genérica falta de virtualidad para alcanzar la resocialización del condenado. A lo que cabe agregar, por último, que no cabe negar toda posibilidad de que la efectiva imposición de una pena privativa de libertad de tan corta duración pueda cumplir la finalidad de resocialización y reinserción social, dado que la intimidación específica e individual que se opera con el sometimiento efectivo del sujeto al proceso penal y con la declaración de culpabilidad y correlativa imposición de la pena, puede ser, por sí misma, idónea para alcanzar un efecto resocializador.

b) En segundo término se alega que la inidoneidad de esta pena para alcanzar el fin resocializador deriva de la forma domiciliaria y en ausencia de control y supervisión judicial, en la que, en la práctica, se cumple. Pero tampoco este argumento puede compartirse. Si bien es cierto que el contenido del art. 25.2 CE se vincula de forma directa con el sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, no lo es menos que el mandato que establece opera como parámetro de ponderación del completo sistema de ejecución de las penas y de las instituciones que lo integran. De manera que no se trata tanto de la valoración aislada de una concreta pena privativa de libertad, como de su ponderación en el marco de un sistema del que son piezas claves instituciones como la condena o remisión condicional, las formas sustitutivas de la prisión, o, por último, los distintos regímenes de cumplimiento de la pena de prisión. Es en este marco en el que se inserta la posibilidad de cumplir el arresto menor en el propio domicilio. Forma de ejecución que, al contrario de lo argumentado en la cuestión de inconstitucionalidad, se integra sin fisuras en un modelo de ejecución orientado a la resocialización en la medida en que tiene como objetivo prioritario evitar el desarraigo social, familiar y cultural que toda ejecución de la pena en establecimiento penitenciario conlleva”.

PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL

I. FUNDAMENTO Y CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN MATERIA PENAL

1. La insuficiente formulación del artículo 25.1

El artículo 25.1 de la Constitución declara que “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”.

La doctrina y el propio Tribunal Constitucional¹ estiman que en el precepto transcrito se proclama el principio de legalidad en materia penal² y sancionadora en general. Ahora bien, si se contrasta la declaración del artículo 25.1 con el contenido que la doctrina penal española y extranjera atribuye al principio de legalidad penal,

1 Cfr. STC de 30 de enero de 1981, 4 (RA-2), y de 30 de marzo de 1981 3 y 4 (RA-6) Salas, *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Madrid 1980, p. 58; Serrano Alberca, en Garrido Falla (y otros), *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, p. 318; Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal, Parte general*, I, 2ª ed., Madrid, 1981, p. 179.

2 Como se indica en el propio título me refiero únicamente a la manifestación en el orden penal del principio de legalidad, de cuya idea originaria se derivan consecuencias específicas para otras ramas del Ordenamiento: principio de legalidad de la Administración, en la materia tributaria, etc. A estos otros aspectos y no al orden penal es a lo que se refiere el art. 9.3, cfr. García de Enterría /Fernández, T.M., *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1981, p. 369; Garrido Falla, *Comentarios a la Constitución*, cit., pp. 115 y ss.; Díez Picazo, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, I, Madrid, 1979, p. 656.

tradicionalmente formulado desde Feuerbach con el brocardo latino *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege penale*, se pone de manifiesto que la configuración doctrinal es de mayor amplitud que la del artículo de la Constitución. Así, como contenido del principio de legalidad penal se entienden las siguientes concreciones específicas del mismo, o subprincipios; la reserva absoluta de ley para la definición de las conductas constitutivas de delito y de las correspondientes penas; la proscripción de la costumbre como fuente de Derecho penal; la prohibición de la analogía in mala parten y de la interpretación extensiva; la irretroactividad de las normas penales desfavorables para el reo; la determinación, certeza o la taxatividad de las normas penales; la prohibición del bis in ídem; la garantía jurisdiccional y la garantía de la ejecución penal³.

A la vista de lo expuesto se ha de reconocer que el precepto del artículo 25.1 supone una pobre formulación del principio de legalidad, por no hacer referencia a las diversas plasmaciones del mismo sino tan sólo, en principio, a la irretroactividad, que se encuentra ya consagrada en el artículo 9.3 (“La Constitución garantiza la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales”), resultando necesario acudir a este precepto para interpretar el del artículo 25.1 Incluso, en este único punto, el empleo del término “legislación” da lugar a dudas interpretativas⁴ en orden a determinar la naturaleza y rango de la disposición normativa que puede legitimar la tipificación de una infracción penal o administrativa⁵.

Por otra parte debe tenerse en cuenta que nuestro viejo Código Penal sí consagra expresamente buena parte de los principios mencionados como contenidos en el prin-

3 Como bibliografía fundamental española y extranjera puede verse la siguiente: Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho penal, II*, Buenos Aires 1964. 3ª ed., pp. 333 y ss.; Rodríguez Mourullo, “Principio de Legalidad (Derecho penal)”, voz en *NEJ, XIV*, Barcelona, 1971, pp. 882 y ss.; Casabo Ruiz, en Córdoba (y otros), *Comentarios al código penal, II*, Barcelona, 1972, páginas 23 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho penal*, Barcelona, 1976, pp. 141 y ss.; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal, Parte general, I*, Valencia, 1980, pp. 63 y ss., 125 y ss.; Cerezo Mir; *Curso*, cit. Pp. 178 y ss.; Muñoz Conde, “Adiciones a Jescheck” en trad. de Mir Puig/Muñoz Conde, *Tratado de Derecho penal, Parte general, I*, Barcelona, 1981, pp. 173 y ss.; Sax, “Grundsätze der Strafrechtspflege”, en Bettermann, Nipperdey, Scheunfr, *Die Grundrechte, III, 2*, Berlín, 1959, pp. 992 y ss. y pp., 999 y ss.; Grunwald, “Bedeutung und Begründung des Satzes “nulla poena sine lege””, en *ZStW* 76, 1964, pp. 1 y ss.; Schreiber, *Gesetz und Richter. Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes “Nullum crimen, nulla poena sine lege”*, Francfort del Meno 1976; Schunemann, *Nulla poena sine lege?*, Berlín, 1978; Schönke, Schöder, Eser, *StGB, Kommentar* 20 ed., Munich, 1980, Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966; Vassalli, *Nullum crimen sine lege*, voz en *Novissimo Digesto Italiano*, T. XI, Turín, 1968, pp. 493 y ss.; Marini, *Nullum crimen nulla poena sine lege*, voz en *Enciclopedia del Diritto* T. XXVIII, pp. 958 y ss.; Bricola, *Legalità e crisi: L'articolo 25, 2 e 3 della Costituzione rivisitato a la fine degli anni 70*, en *La Questione Criminale*, 1980, pp. 179 y ss.

4 Sobre el iter de la formación del precepto, véase Serrano Alberca, Ob. cit., páginas 316 y 319.

5 Véase Cerezo, *Curso*, cit p. 179 y referencias en nota 3.

cipio de legalidad, en concreto, la garantía criminal (*nullum crimen sine lege*), en el artículo 1.º, la garantía penal (*nulla poena sine lege*), en el artículo 23, la garantía jurisdiccional, en el artículo 80 y la garantía de ejecución, en el artículo 81. No resultaría acorde con el sentido político y jurídico de la decisión constituyente el que tales principios fueran “disponibles” para el legislador ordinario⁶. Es necesario, en consecuencia, proceder a una interpretación del artículo 25.1 de la Constitución, en base a la consideración de otros preceptos de la misma⁷, a los principios que la inspiran y a los tratados internacionales ratificados por España (artículo 10.2 de la Constitución española), para, sobre todo ello, ofrecer una formulación completa del principio de legalidad penal, que, en la medida de lo jurídicamente posible, comprenda todas las garantías mencionadas anteriormente que se estiman constitutivas o integrantes del mismo.

Para esta formulación a que se aspira desempeña un singular papel, junto al examen formal de otros preceptos constitucionales, el análisis del fundamento, de la *ratio essendi*⁸ del principio de legalidad, pues, fijado éste, podrá definirse su concreto contenido como consecuencia de un proceso lógico deductivo, que sólo encontrará límites allí donde la Constitución los imponga expresamente.

2. Pluralidad de fundamentos de principio de legalidad

En este sentido es pacífica la opinión de que el principio de legalidad penal tiene una doble fundamentación, por una parte, de carácter político, expresión de la idea de libertad y del Estado de Derecho, de la que deriva la exigencia de ley formal y la de seguridad jurídica y, por otra, una fundamentación específicamente penal, expresión de la esencia o función social de la norma y la sanción penal. Ambos

6 Con relación al § 103, 111 de la Constitución alemana respecto del problema del *ne bis in idem* que se encontraba claramente recogido en la legislación preconstitucional —problema similar al nuestro— entiende la doctrina alemana que en caso de oscuridad en la formulación constitucional de un derecho o principio que ya con anterioridad se encontraba configurado y en términos más amplios por la legislación debe éste estimarse integrado en la norma fundamental, véanse Maunz Dúrig, *Grundgesetz Kommentar*. not. marg. 123 al § 103, III. Esta línea de argumentación es seguida por nuestro Tribunal Constitucional, precisamente también sobre el *ne bis in idem*, no contenido explícitamente en el artículo 25.1, véase S. 30 de enero de 1981, 4. En el tema que nos ocupa la traslación de este argumento permitiría proponer: el artículo 25.1 no puede comportar “menos” de lo que ya ofrecían los artículos del Código Penal relativos al principio de legalidad.

7 Ya el propio Tribunal Constitucional ha indicado que se ha de recurrir, entre otros, a los artículos que consagran la reserva absoluta de ley (sentencia de 7 de mayo de 1981, 11, 7). En el mismo sentido Bringewat, *Funktionales Denken im Strafrecht*, Berlín, 1974, p. 100, respecto del artículo 103, II de la Constitución alemana.

8 El ámbito de los preceptos constitucionales que consagran derechos fundamentales se ha de fijar “teniendo en cuenta que la Constitución incorpora una serie de valores cuya observancia requiere una interpretación finalista de la norma fundamental”, sentencia de 8 de junio de 1981, 2, RA 13 podrá definirse su concreto contenido como consecuencia de un proceso lógico deductivo, que sólo encontrará límites allí donde la Constitución los imponga expresamente.

fundamentos han de considerarse conjuntamente y sólo así, como se verá, resulta viable conectar a una idea común y general cada uno de los que inicialmente se han enumerado como contenidos del principio de legalidad.

i Fundamento político democrático-representativo

Es opinión común que el principio responde desde su formulación originaria por los ilustrados al principio político de la división de poderes⁹, principio garantizador del consenso sobre el contrato social: solamente el legislador, representación directa de la sociedad, y no el Juez particular, puede decidir sobre la limitación de la libertad individual; sólo al legislador corresponde la potestad de prohibir conductas (definir delitos) e imponer privaciones de derechos (imponer penas). Ambos principios, división de poderes y supremacía del legislador, son piezas fundamentales de nuestro ordenamiento constitucional¹⁰.

Aparece así el principio de legalidad penal originariamente como plasmación de la idea de Estado de Derecho, que se concreta en la exigencia de reserva de la materia penal para el poder legislativo (reserva de ley). Este fundamento político es lo que determina que el principio no se satisfaga de modo puramente formal, en el sentido de la identificación entre Estado de Derecho y Estado “de leyes”. La idea subyacente de la “voluntad general” sólo se traduce institucionalmente en la asamblea legislativa democráticamente representativa (elegida) de esa voluntad general¹¹.

En definitiva, el principio de legalidad penal es en sus orígenes no tanto una exigencia para la fijación positiva de lo prohibido frente a la arbitrariedad estatal, para satisfacer la seguridad del conocimiento del ámbito de libertad que “concede” el Estado (seguridad que también puede proporcionar un poder legislativo no democrático), como una exigencia de legitimación de esa decisión del Estado sobre los ámbitos de libertad, a través de su atribución exclusiva a la voluntad general¹². Por esta razón es acertado denominar este fundamento político como fundamento democrático representativo¹³.

9 Cfr Merle/Vitu, *Traité de Droit Criminel*, I, 3.^a ed., París, 1978, p. 223; Rodríguez Mourullo, *Principio de legalidad*, cit. p. 883; Jiménez de Asúa, *Tratado*, II, cit., p. 381 y, amplias referencias a Locke, Montesquieu y Beccaria, entre otros, véase Schreiber, *Gesetz und Richier*, cit. pp. 33 y ss.

10 “la soberanía... reside en el pueblo español” (art. 1) y sólo “las Cortes Generales representan al pueblo español” (art. 66.1). Véase al respecto, Garronena Morales, *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Murcia, 1980, pp. 139 y ss.

11 Cfr. Beccaria, *De los delitos y de las penas*, trad. de las Casas, Madrid, 1968, páginas 29-30.

12 En este sentido, expone Bricola, que “el principio de reserva absoluta de ley (en materia penal) es expresión de la exigencia de que la intervención represiva sea siempre el producto de la dialéctica democrática en el interior del Parlamento” (*Legalità e crisi*, cit., p. 128).

13 Cfr. Grünwald, *Bedeutung und Begründung*, cit., p. 14; Mangakis, “Über die Wirksamkeit des Saizes “nulla poena sine lege””, en *ZStW* 81 (1969), pp. 997 y ss., 1003; Krey, *Studien zum Gesetzesvorbehalt im Strafrecht*, Berlín, 1977, p. 210; Jescheck, *Tratado*, I, cit., página 180.

No solamente es exigible —políticamente— la atribución exclusiva a la ley de la facultad de definir delitos y penas, lo es también materialmente el que esa definición legal sea previa a la imposición de una pena, la ley penal no puede definir delitos con efectos retroactivos. El fundamento político constitucional Y su principal consecuencia de la reserva de ley sigue siendo hoy indiscutiblemente un pilar fundamental del Estado de Derecho¹⁴.

A su vez, la exclusión del sistema de fuentes en Derecho penal del derecho consuetudinario y la prohibición de fundamentar en éste la punibilidad de una conducta es corolario de la reserva. Igualmente lo es la prohibición de la aplicación analógica de las leyes, y de la interpretación extensiva de las mismas, prohibición que, como la anterior, se dirige frente a los Tribunales, en tanto que representan la imposición de una pena a una conducta no prevista expresamente como delito por la ley¹⁵.

Aún más, como expresión del principio de división de poderes, el de legalidad incorpora a su contenido las garantías denominadas “jurisdiccional” y “de la ejecución”: frente al Legislativo y, sobre todo, frente al Ejecutivo (Administración), sólo a los Juzgados y Tribunales de Justicia (Poder Judicial) corresponde juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, y ese enjuiciamiento (competencia judicial y procedimiento) y esa ejecución se han de verificar conforme a lo preceptuado por la ley.

A la consagración constitucional de estas dos garantías sirven específicamente otros preceptos diferentes del artículo 25.1, singularmente el apartado 2 del mismo artículo (garantías formales y materiales de la ejecución penal), así como en los artículos 24.2 y 117.3 (garantía jurisdiccional), de los cuales no me voy a ocupar en este lugar.

ii Fundamento político criminal

Ahora bien, la argumentación político constitucional no agota la fundamentación del principio de legalidad penal¹⁶. Junto a ésta —o mejor, sobre ésta— desde el

14 El Tribunal Constitucional alemán ha llegado a declarar, además, que el principio de legalidad es expresión del de igualdad de todos ante la ley, cfr. BVerfGE, 20. 162 (222).

15 De tal modo que la prohibición de la analogía aparece como una plasmación específica en lo penal de la división de poderes (cfr. Grünwald, op. cit. P. 14). Beling señala expresamente que la proscripción del Derecho consuetudinario como fuente penal y de la analogía, obedece a la exigencia de ley, antes que a la de una concreta delimitación de la conducta punible, pues, también el Derecho consuetudinario y la analogía podrían configurar concretos tipos penales, véase *Die Lehre vom Verbrechen*, Tubinga, 1906 (reimpresión 1964), p. 22.

16 La fundamentación del principio de legalidad exclusivamente en la división de poderes determina su reducción al nivel de un principio meramente formal o competencial que, por sus consecuencias insatisfactorias, obliga a recurrir a otros principios de naturaleza diferente, como, por ejemplo, el de culpabilidad. Una orientación formalista de esta clase es la de Lemmel, *Unbestimmte Strafbarkeitsvoraussetzungen in Besonderen Teil des Strafrechts und der Grundsatz “nullum crimen sine lege”*, Berlín, 1970, véase particularmente, pp. 156-165 y 170 y ss.

interior de la ciencia penal se ha construido una fundamentación político-criminal¹⁷ del principio. Feuerbach, autor de su formulación latina, lo asentó en una consideración material de la función de la norma penal, que denominó teoría de la coacción psicológica: sólo una amenaza penal establecida por la ley con anterioridad al hecho es susceptible de paralizar los impulsos tendentes a su comisión, sólo la previa conminación legal de la pena para una conducta es capaz de actuar en prevención general de la comisión de delitos¹⁸. La consecuencia fundamental de esta argumentación es la prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos (principio de irretroactividad), y la exigencia de que las prohibiciones penales se establezcan con la máxima precisión (principio de determinación).

Avatares diversos ha sufrido la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach a lo largo de la historia¹⁹. Sin embargo, la esencia de su concepción ha reaparecido en los últimos años, como consecuencia de la crítica del Derecho penal de la retribución y de la mano de las teorías behavioristas y de la psicología profunda, así como de lo que puede denominarse nuevo proceso de “secularización” del derecho penal. No se trata, por tanto, de reclamar como fundamento del moderno Derecho penal la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach —en cuyo tiempo el conocimiento psicológico se reducía a poco más que la pura intuición— sino de asumir esa idea y sus consecuencias fundamentales dentro de lo que hoy se denomina Función de motivación de la norma penal²⁰.

Lo imprescindible de este fundamento político-criminal del principio de legalidad se pone de manifiesto al constatar cómo no resulta posible derivar la prohibición de retroactividad de la ley penal del denominado fundamento democrático representativo. Este se satisface conque la restricción punitiva de la libertad se verifique por una decisión del legislador; la garantía de la representación popular no se vulnera con una ley retroactiva, por ello no existe una prohibición genérica de retroactividad de las leyes. Carecería de sentido atribuir a la garantía de representación popular la exigencia de lo que precisamente es una limitación a la libertad de

17 Con esta terminología se expresan Merle y Vitu, *Traité*, cit. p. 223. Marini habla de fundamento político “criminológico”, véase *Nullum crimen...* cit p. 952.

18 Véase Feuerbach, *Lehrbuch des genieinen in Deutschiand gültigen peinlichen Rechts*, edición anotada por Mittermaier, reimpresión de Scientia Verlag de la 14 ed. de 1847 (Giessen), especialmente, pp. 36 y ss. Una exposición del conjunto de su obra en estos aspectos puede verse en Eberhard Schmidt, *Einführung in die Geschichte der deutschen Strafrechtsfege*, Gotinga 1965, pp. 235 a 246.

19 Véase en Schreiber, *Gesetz und Richter*, cit., pp. 118 y ss.

20 Elaborada entre nosotros fundamentalmente por Gimbernat, Muñoz, Conde, Mir Puig y Luzón. Sobre el estado de la cuestión véase Mir Puig, *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 2.^a ed. 1982, y Octavio de Toledo/Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Madrid, 198 1, pp. 97 y ss.

decisión de dicha representación, como es el vetarla que adopte leyes penales con efectos retroactivos²¹.

A su vez, la exigencia de certeza o taxatividad, en la determinación de los presupuestos de la punibilidad, es decir de la definición de la conducta típica y de sus consecuencias jurídicas, no encuentra asentamiento suficiente en el fundamento democrático representativo, pues el legislador puede encontrar “razonable” en determinados casos el establecer cláusulas generales, elementos constitutivos de la conducta típica indeterminados y determinables por otras instancias. Este proceder podrá calificarse en el caso concreto como “no razonable” pero no como vulnerador del principio “democrático representativo”²².

iii Consideración de otros criterios propuestos como fundamento

a) El principio de culpabilidad

Se ha pretendido fundamentar el *nullum crimen* en el principio de culpabilidad. Así, por ejemplo, Sax²³: el reproche penal de la culpabilidad se asienta en la decisión consciente o inconsciente por la realización de una conducta antijurídica tipificada; para verificar el reproche es ineludible presupuesto que la conducta haya sido previamente tipificada. Sin embargo, esta tesis debe rechazarse, pues el objeto del juicio de reproche no es la ley penal sino la prohibición de la conducta en cuestión²⁴ o, como expone Jescheck²⁵ el contenido material de la ilicitud del hecho puede darse también aunque el hecho no está conminado en una pena. Por ello, como señala Welzel, el principio de legalidad no exigiría la prohibición de la retroactividad de las agravaciones penales ni tampoco la fijación previa de la punibilidad en una ley penal²⁶.

b) La exigencia de certeza

Seguridad jurídica En la búsqueda de un fundamento a la irretroactividad de las leyes penales se ha propuesto por algunos la idea de la “seguridad jurídica”²⁷. Esta

21 Cfr. Jescheck, *Tratado*, I, p. 184. Grünwald, *Bedeutung und Begründung*, pp. 16-17) fracasa al pretender derivar la irretroactividad del fundamento democrático representativo, lo que le obliga a dar un salto en el vacío (véase ob. cit. 17).

22 Sobre los efectos perturbadores de la sustitución de este principio por el de certeza en materia de reserva de ley véase Siniscalco, “Ratio di “certeza” e ratio di “garanzia” nella riserva di legge dell’art. 25, 2 della Costituzione”, en *Giurisprudenza Costituzionale* 1969, páginas 993 y ss.

23 *Grundsätze ... cit.*, p. 999.

24 Grünwald señala que dicha tesis no podría fundamentar ni la prohibición de la analogía ni la de la retroactividad, véase ob. cit., p. 11.

25 *Tratado*, I, cit., p. 184.

26 Cfr. Welzel, *Derecho penal alemán*, 11 ed., trad. de Bustos y Yáñez, Santiago de Chile, 1970, p. 42.

27 Así el propio Jescheck, en *loc. ult. cit.*, Cerezo Mir, *Curso*, cit., pp. 190 y 196.

idea, que está consagrada como principio constitucional en el artículo 9.3, no sirve para fundamentar ni la reserva de ley, ni la irretroactividad, al menos, agotadoramente. Lo primero, porque, como advierte Bricola²⁸, el reglamento también ofrece esa seguridad o certeza; es más, la identificación entre el fundamento de la reserva absoluta de ley con la exigencia de seguridad jurídica conduce a una devaluación del carácter absoluto de la reserva. Por otra parte, no fundamenta —suficientemente— la prohibición de retroactividad porque si fuera necesario corolario de la misma habría de prohibir todo efecto retroactivo de las leyes penales —y no sólo de éstas—, y se acepta generalmente la aplicación retroactiva de las normas penales favorables, tanto doctrinalmente como en la propia Constitución, que, en el artículo 9.3, se limita a proclamar la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Sólo el fundamento político criminal —el de la función de motivación de la norma penal— está en condiciones de explicar y exigir la irretroactividad de las normas sancionadoras (penales) no favorables y la retroactividad de las favorables y, esto último, no sólo como facultad que se atribuye al legislador, sitio como exigencia vinculante.

La consideración del principio de legalidad como exigencia de seguridad jurídica —con la consecuencia de prohibición de toda retroactividad— toma como referencia básica la posición del individuo frente al poder del Estado. Pero desde el plano del Estado, en su proyección normativa sobre los individuos, la determinación legal de la conducta prohibida y de la pena responde a la necesidad de hacerles presentes su voluntad de ordenar o prohibir una conducta concreta. Por su parte, el fundamento material, político-criminal, a que me refiero, permite una adecuada justificación de la exigencia de certeza o taxatividad de la norma penal. La concreta y exhaustiva determinación legal de la conducta prohibida o exigida y de la pena correspondiente es presupuesto de una eficaz motivación de las conductas de los ciudadanos en el sentido querido por el legislador. Para alcanzar dicho fin de prevención general, la determinación de la conducta punible debe verificarse con anterioridad a la amenaza de la pena y, por supuesto, de su imposición y la especificación de lo prohibido debe verificarse del modo más concreto posible, pues de otro modo, el Estado correría el riesgo de que los destinatarios de la norma no reconozcan el ámbito de lo que se quiere ordenar o prohibir, con lo que se pondría en cuestión el éxito de la función (le protección de los bienes jurídicos que se pretende).

Ahora bien, de todo lo expuesto no se deduce la ajenidad de la exigencia de seguridad jurídica respecto del principio de legalidad. Forma parte del contenido del mismo, junto con los anteriormente enunciados y se asienta precisamente en su fundamento político democrático, como exigencia de certeza de conocimientos del

28 *Legalità e crisi*, cit., p. 184.

propio ámbito de libertad frente al arbitrio-arbitrariedad de los poderes públicos. Ahora bien, el que la determinación de la conducta prohibida haya de efectuarse precisamente por vía de la ley es consecuencia del principio de división de poderes a que responde el Estado de Derecho.

De la división de poderes y de los presupuestos de la prevención general se derivan también exigencias respecto del poder judicial: prohibición de la aplicación analógica de las leyes penales, por comportar la imposición de una pena a una conducta no prohibida por la ley; prohibición de fundamentar penas en un “derecho consuetudinario”, es decir, en una instancia definidora ajena al legislador, único legitimado para proceder a ello; prohibición de aplicar en contra del sujeto una ley penal a conductas verificadas con anterioridad a la misma.

Por último, todos los principios anteriores, tanto en su proyección sobre el legislador como sobre el Juez, y por iguales fundamentos, se plasman, además de sobre los tipos penales, sobre las consecuencias jurídicas de los mismos, sobre la pena y las medidas de seguridad.

Ahora bien, quizá pudiere alguno aducir que una argumentación político criminal —por sólida que resulte— no tiene significado alguno para fundamentar un juicio de inconstitucional y, de tal modo, por ejemplo, no podría declararse la inconstitucionalidad de una ley penal retroactiva a no ser que la propia Constitución recoja expresamente la prohibición al legislador de tal forma de proceder. En mi opinión, aunque la Constitución no consagrara expresamente el principio de irretroactividad, podría fundamentarse el juicio de inconstitucionalidad en que la aplicación retroactiva de una ley penal resultaría irracional y arbitraria, y la Constitución prohíbe la arbitrariedad a los poderes públicos (art. 9.3). La inexistencia del 25.1 sólo tendría como consecuencia el que no sería susceptible de reclamarse por vía del recurso de amparo contra una aplicación retroactiva de una ley. Las argumentaciones materiales sí tienen relevancia constitucional.

iv Fundamento tutelar del ciudadano

El principio de legalidad tiene otro aspecto en su fundamentación política que determina su sentido total y el de cada uno de los subprincipios hasta ahora mencionados. El principio de legalidad aparece y se desarrolla como una garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales, frente a la privación o restricción de sus derechos por el Estado. Es decir, se trata de una garantía frente a la imposición estatal de condiciones desfavorables y no frente a condiciones favorables.

La admisión de la retroactividad de las normas penales, o sancionadoras en general, más favorables no suponen una suspensión, olvido o, aún menos, vulneración del principio de legalidad. El principio de legalidad no es garantía de una hipotética

absoluta objetividad del ejercicio del ius puniendi. La institución está bien lejos de ser una manifestación de la concepción hegeliana del Estado. Bien al contrario, el principio de legalidad como garantía contra las normas desfavorables o restrictivas de derechos es expresión directa de una de las ideas más fundamentales del Estado democrático: el de expansión máxima de los derechos y libertades del individuo. Idea ésta que en la moderna ciencia penal española se traduce como “principio de intervención mínima” y que se plasma en numerosos planos de la acción del ius puniendi: en la exigencia de reducir el recurso a la pena a la tutela de los bienes jurídicos más importantes y frente a los más graves ataques; en la de imponer únicamente la pena y el grado de ésta en la medida necesaria para el cumplimiento de los fines de protección que se persiguen, etc.

El principio de libertad máxima-intervención mínima²⁹, proyecta sus efectos en todas las plasmaciones del principio de legalidad determinando la adecuación al mismo —y no su “justificada” vulneración— de la analogía in bonam partem, la retroactividad de las normas favorables, de las interpretaciones pro reo, en la atribución de amplias facultades al Juez para atenuar la pena, bien a través de reglas de aplicación de éstas, bien a través del recurso a introducir en el tipo elementos normativos que operan sólo en sentido despenalizador³⁰. Y del hecho de que se trate de adecuación al principio de legalidad y no de justificación de su vulneración se derivan importantes consecuencias, tales como que la aplicación retroactiva de la norma favorable no es una decisión graciosa o facultativa del legislador y en su caso de los tribunales, sino objeto del derecho público subjetivo que es, por decisión del poder constituyente, el principio de legalidad penal.

Consideración particular merece la prohibición de la doble sanción. El ne bis in ídem tiene diversas manifestaciones y la de mayor relieve es la prohibición de castigar el mismo hecho a un tiempo con una pena criminal y con una sanción administrativa³¹.

El Tribunal Constitucional, recurriendo a la voluntad de los constituyentes, en su sentencia de 30 de enero de 1981 ha declarado que “va íntimamente unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas principalmente en

29 Sobre el principio de intervención mínima, acogido entre los inspiradores del Proyecto de LO de Código Penal de 1980, Véase Muñoz Conde, *Introducción al Derecho penal*, Barcelona, 1975, pp. 59 y ss.

30 El que esta idea pueda llevar a desigualdades en la aplicación de la ley no puede colegirse en sede del principio de legalidad, sino en el del principio de igualdad, cuya plasmación está regida, a su vez, por el de no arbitrariedad, en el sentido de que no es aceptable la aplicación igualitaria de una ley que resulte por ello arbitraria e irracional.

31 Otras son, por ejemplo, la imposición de más de una pena a un mismo delito y, dentro de ello, determinadas penas accesorias, la incoación de un nuevo proceso por un mismo hecho cuando el anterior concluyó con una absolución, etc.

el artículo 25 de la Constitución”³². García de Enterría, comentando esta sentencia, estima que la prohibición de la doble sanción se expresa directamente en el literal del artículo 25.1, al deducirse de él que una determinada actuación activa u omisiva podrá ser tipificada como delito, como falta o como infracción administrativa, pero no como todas o varias de esas figuras a la vez³³.

Sin embargo, asentar el *ne bis in ídem* en los fundamentos materiales del principio de legalidad no resulta sencillo. La doble sanción no afecta en absoluto al principio democrático, siempre y cuando sea establecida en ambos casos por la ley. Lo que del principio de división de poderes se deriva no es tanto una crítica al *bis in ídem*, sino a la propia existencia de un poder sancionador autónomo de la Administración³⁴. Tampoco contradice necesariamente el principio de certeza, pues ambos ilícitos pueden estar clara y, terminantemente formulados por la ley; la seguridad jurídica tampoco se ve afectada si el procedimiento sancionador administrativo respeta todas las garantías que se le exigen. Por último, si la doble sanción no resulta arbitraria y desproporcionada tampoco afectaría al principio de motivación. Y es precisamente desde esta consideración desde donde aflora un fundamento para la prohibición del *bis in ídem*, pues en nuestra historia jurídica, sobre todo en la etapa del anterior régimen político, el modo y sentido de la doble ión eran claramente arbitrarlos y desproporcionados, y es frente a esa experiencia contra lo que se levanta la prohibición. En definitiva, entiendo que el *ne bis in ídem* encuentra su más directo fundamento en la exigencia de racionalidad e interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos establecida en el artículo 9.3. Su inclusión en el contenido del 25.1 —ya sea por el recurso a la voluntad del constituyente, ya al literal del precepto— me parece sumamente afortunada, porque, dada la técnica de protección de los derechos fundamentales que establece la Constitución, solamente de este modo, y por vía de recurso de amparo, se puede instrumentar la protección efectiva de lo que de otra manera sería tan sólo un principio general.

32 Ap. 4 (RA-2).

33 García de Enterría, E., *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, p. 245.

34 Sobre el tema, vid. Prieto Sanchís, “La Jurisprudencia Constitucional y el problema de las sanciones administrativas en el Estado de Derecho”, en *REDC* 4, 1982, pp. 99 y ss. El citado autor termina por entender, sin embargo, que la pervivencia de tal poder sancionador no supone amenaza grave a los principios del Estado de Derecho si se respetan las garantías típicas del Derecho penal sustantivo y procesal ordinario. Sobre las técnicas de superación del *bis in ídem*, véase Ob. cit. pp. 115-118. Véanse ampliamente, también, Casabó Ruiz, *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela 1980, p. 271 y ss.; Cobo del Rosal/Boix Reig, *Comentarios a la legislación penal*, I, Madrid, 1982, pp. 213 y ss.

3. Contenido y proyecciones del principio de legalidad

De lo hasta ahora expuesto se puede concluir afirmando que el principio de legalidad en materia penal, y como expresión de su plural fundamento en la división de poderes y en la democracia representativa, en la seguridad jurídica, en el fin de prevención del Derecho penal, y en su condición de garantía de los derechos fundamentales del ciudadano frente al Estado, se plasma en concretas exigencias o prohibiciones, dirigidas bien al legislador, bien a los Tribunales, bien a ambos conjuntamente³⁵:

1. Solamente la ley es la instancia normativa legitimada para establecer la punibilidad de conductas y las penas correspondientes (Reserva de ley). De esta reserva se deriva la exclusión en materia penal de otras fuentes de Derecho, distintas de la ley formal: disposiciones administrativas y normas consuetudinarias.
2. La ley debe delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena con la que se le conmina (Principio de tipicidad o de taxatividad de la ley penal).
3. Prohibición de la analogía (aplicación analógica de la ley penal) y de su interpretación extensiva (en contra del reo).
4. Prohibición de dotar a la ley penal de efectos retroactivos desfavorables al reo y de aplicación judicial de la ley penal con tal efecto retroactivo (irretroactividad).
5. Exclusión de la sanción penal y administrativa para un mismo hecho (ne bis in ídem).

Establecidas las conclusiones expuestas, correspondería ahora analizar cada una de ellas, precisar su contenido y alcance, establecer su fundamento expreso o Implícito en el texto constitucional y determinar la medida en que todas o alguna de ellas se pueden entender contenidas en el artículo 25. 1. Los límites de esta contribución exigen reducir el objeto de estudio, y me limito al primero de los problemas planteados, el de la reserva de ley.

II LA RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL

1. Reserva de ley y artículo 25.1

La reserva de ley para el establecimiento de delitos y de penas, para el conjunto de la materia penal, es una evidente exigencia política del Estado de Derecho. No obstante, presenta dificultades la selección del concreto precepto constitucional al

³⁵ Por las razones funcionales y sistemáticas mencionadas supra separamos de esta consideración las garantías denominadas jurisdiccional y de la ejecución.

que se ha de imputar el principio. Y la dificultad surge, en primer lugar, precisamente, del tenor literal del precepto que generalmente se estima que consagra el principio de legalidad penal, pues el artículo 25.1 hace referencia a la “legislación” vigente para establecer la fuente normativa para establecer delitos, faltas e infracciones administrativas, en donde el término legislación puede interpretarse en su sentido amplio de ordenamiento jurídico y comprende, por ende, no solamente la ley formal³⁶.

Si de la interpretación del artículo 25.1 se dedujera su ajenidad a la reserva de ley no por ello perdería virtualidad una tal reserva, pues como luego se verá, otros artículos de la Norma Fundamental, sea el 53.1 o el 81.1, consagran la mencionada reserva para toda intervención estatal en materia de derechos fundamentales. Ahora bien, dicha reserva, asentada en los artículos citados, sin conexión con el artículo 25.1, no sería contenido de un derecho público subjetivo, quedaría al margen del derecho fundamental al cumplimiento de lo preceptuado en el artículo 25.1, y, con ello, el ciudadano no podría obtener tutela a través del recurso de amparo constitucional frente a decisiones, generales o particulares, adoptadas en su perjuicio con vulneración de la reserva de ley. El problema de una adecuada interpretación del contenido del artículo 25.1 es, pues, de suma importancia práctica, tanto para el ciudadano, como para el desarrollo y concreción del alcance de dicho principio por el Tribunal Constitucional.

2. Tratados internacionales

A la solución del problema no contribuye el recurso a los Tratados internacionales ratificados por España, por no precisar tampoco el rango de la norma incriminadora. Así, la Declaración Universal de los Derechos del hombre de 1948, artículo 11.2, se satisface con que los actos u omisiones constituyan delito “según el derecho nacional o internacional”, y en iguales términos la Convención Europea de Derechos Humanos de 1950, artículo 7, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y

36 Cfr. Mir Puig, *Función de la pena*, cit., p. 33, n. 35; Muñoz Conde, *Adiciones, I*, cit., p. 191; Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal, Parte general, I* cit., pp. 72-73; Rodríguez Devesa, *Parte general*, 1981, p. 167, ante la dificultad apuntada se limita a indicar que “en este punto debe interpretarse la Constitución a la vista de los antecedentes históricos”, sin que a la solución del problema pueda contribuir el artículo 53. 1, “pues no olvidemos que el artículo 25 se refiere también a las infracciones administrativas” (eodem loc. nota 29). Esta tesis, además de desconectar el artículo 25.1 del 53.1, olvida la existencia del artículo 81 y, por su planteamiento y consecuencias, resulta una tesis inaceptable, como han manifestado Cobo y Vives, loc. cit., 74. En realidad las opiniones de Rodríguez Devesa en este y otros puntos —como en el de los bandos militares, la pena de muerte, etc.— descansan en un no reconocimiento por parte del autor del valor normativo de la Constitución, para quien parece que no pasa de ser un conjunto sumamente imperfecto de declaraciones programáticas.

Políticos, en cuyo artículo 15 se reconocen como fuente, además, a los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional³⁷.

3. La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional se ha ocupado del artículo 25.1 en lo que se refiere al problema exegético del término “legislación”; en tres sentencias de 1981 (RA-2): sentencia de 30 de enero de 1981, II, 4; (RA-6) sentencia de 30 de marzo de 1981, II, 3, y (RA-11) sentencia de 7 de mayo de 1981, II, 7.

En la primera, RA-2, pronunciándose sobre el *ne bis in idem*, se verifica una imputación genérica del principio de legalidad al artículo 25.1: “los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidas, principalmente en el artículo 25 de la Constitución”, texto en el que merece subrayarse el término “principalmente”, por el que se indica que tales principios no sólo quedan recogidos en el mencionado artículo, lo que resulta de interés para nuestra tesis de la necesidad de integración del artículo 25.1 con otros preceptos constitucionales.

En la segunda (RA-6) sentencia de 30 de marzo de 1981, II, 3, se consigna que “por su parte el artículo 25.1 de la Constitución constitucionaliza el principio de legalidad penal de manera tal que prohíbe que la punibilidad de una acción u omisión esté basada en normas distintas o de rango inferior a las legislativas (título IV, capítulo segundo de la Constitución). Se infiere también de tal precepto que la acción u omisión han de estar tipificadas como delito o falta en la legislación penal (principio de tipicidad) y, asimismo, 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. En virtud de este artículo 25.1 y al margen de otras implicaciones que no sería pertinente analizar ahora, cualquier ciudadano tiene el derecho fundamental, susceptible de ser protegido por el recurso de amparo constitucional, a no ser condenado por una acción u omisión tipificada y penada por Ley (sic) que no esté vigente en el momento de producirse aquélla (*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*)”.

Del texto —en el que la referencia al título IV debe leerse III, pues sólo éste incluye un capítulo segundo dedicado precisamente a la elaboración de “las leyes”— se deriva una identificación del concepto “legislación” con el de ley formal. Lo cual se precisa, en la tercera sentencia (RA-11) de 7 de mayo de 1981, II, 7, en la que se declara que “El principio de legalidad (que) se traduce en la reserva absoluta de ley”.

37 Debe tenerse en cuenta que el limitado alcance de tales formulaciones se corresponde con la función perseguida de alcanzar estándares mínimos comunes a países de diferentes sistemas y desarrollos jurídicos. Sobre la Convención Europea, véase Von Weber, “Die Strafrechtliche Bedeutung der europäischen Menschenrechtskonvention”, en *ZStW* 65 (1953), pp. 334 y ss.; Linde, E.; Ortega Álvarez/ Sánchez Morón *El sistema europeo de protección de los derechos humanos*, Madrid, 1979.

Ahora bien, el resultado de la lectura de las sentencias del Tribunal Constitucional hasta aquí leídas se debilita si se repara que en la segunda de las citadas (RA-6) de 30 de marzo de 1981, ahora en el apartado 4 de los fundamentos, se declara lo siguiente: “El principio de legalidad penal contenido en el artículo 25.1 exige que la tipificación del delito y la fijación de la pena se hagan por norma legal y, por consiguiente, que la eventual extinción o modificación del tipo o la alteración de la pena hayan de realizarse asimismo por norma de igual rango. Ni siquiera sucede en el presente caso que el artículo del Código penal aplicable sea de aquellos que completan su tipo con remisión a disposiciones reglamentarias como sucede, por ejemplo, con el 345 y el 505, párrafo 2, que se remiten a “disposiciones sanitarias”, o a la “infracción de los reglamentos” para la integración del tipo, supuestos en los que las “disposiciones” o los “reglamentos” complementarios podrían ser alterados por otros posteriores de su misma naturaleza”. De donde puede deducirse que norma penal ha de ser “norma legal” y que ésta puede ser, en determinados casos, de rango distinto a la ley formal. No obstante, el Tribunal Constitucional se está refiriendo en este párrafo al problema de las normas penales en blanco, que merece una consideración más detallada.

En consecuencia, las *tragende Gründe* de las sentencias del Tribunal Constitucional hasta ahora pronunciadas no son del todo concluyentes, aunque su dirección apunta a atribuir a la norma penal el carácter de reserva absoluta de ley. En consecuencia, la reflexión doctrinal sigue siendo necesaria.

4. Las posiciones doctrinales sobre el concepto de “legislación” y la necesidad de rechazar un significado unívoco del término. La interpretación del término conforme a la naturaleza de la materia de regulación

El término “legislación” es interpretado por Cerezo en el sentido de ley formal, ya que, de otro modo, “el precepto resultaría entonces completamente superfluo una vez que el artículo 9.3 se garantiza la seguridad jurídica”³⁸. Sin embargo, el argumento no resulta convincente, pues, aun en el caso de que el artículo 25.1 solamente consagrara la irretroactividad, no podría ser considerado superfluo, ya que el artículo 9.3 establece principios generales y no derechos subjetivos públicos, como es el caso del artículo 25.1 y los demás del capítulo II del título I, con lo que ello comporta en orden a la instrumentación de la específica tutela constitucional de los mismos.

Quienes como Cobo, Vives y Muñoz Conde³⁹ concluyen en que el término “legislación” no es susceptible de interpretarse como mera ley formal, no estiman por ello que la reserva carezca de fundamentación constitucional. Por el contrario,

38 Mir Puig, *Curso*, cit., p 179, n. 3.

39 Véase referencias en nota 35.

la encuentran consagrada en otros artículos del texto constitucional, ya sea en el artículo 53.1 ya sea en el artículo 81.1. Así, Cobo y Vives se pronuncian por la tesis de radicar la materia penal en la reserva de ley orgánica del artículo 81, por estimar que la definición de delitos y el establecimiento de penas supone “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas”, en la medida en que delito y pena constituyen una limitación de alguno o varios derechos fundamentales, y entre ellos la libertad personal y el derecho al honor⁴⁰. El propio Cerezo se manifiesta a favor de la reserva de ley orgánica del artículo 81, pero sólo respecto de aquellas leyes penales que por el bien Jurídico protegido o por la índole de las sanciones que establezcan (por ejemplo, penas privativas de libertad) afecten a los derechos fundamentales y a las libertades públicas⁴¹.

Las consecuencias de la tesis que desvincula el artículo 25.1 del problema de la reserva consisten en la negación de que la reserva de ley en materia penal no es contenido de un derecho fundamental y, por lo tanto, frente a las infracciones de dicha reserva no cabe el recurso de amparo, sino tan sólo el recurso y la cuestión de inconstitucional. De aquí se deriva la trascendencia político-jurídica de resolver la cuestión en sede del artículo 25.1.

A mi entender la solución del problema pasa por rechazar el planteamiento que hasta ahora se ha venido realizando y que caracteriza a las dos alternativas en que se encuentra dividida la doctrina penal y que consiste, en ambas, en pretender para el término “legislación” un significado unívoco: equiparación a ordenamiento jurídico versus equiparación a ley formal. Estimo que la interpretación del término aludido admite una solución diferenciada, según cuál sea el tipo de norma a que haya que referirlo en cada caso: norma incriminadora penal o norma sancionadora administrativa. Pero la razón de tal diferenciación no se encuentra en el propio artículo 25.1, sino en otros preceptos cuyo mandato asume —tiene que asumir— el párrafo 1 del artículo 25.

La norma penal o administrativa será o no reserva de ley, ordinaria u orgánica⁴², según cuál sea su concreto contenido. Es el contenido específico de la norma el que

40 Dado el reproche que la pena conceptualmente comporta, véase Cobo del Rosal/Vives Antón, *Derecho penal*, cit., pp. 76-77. Igual posición mantienen Muñoz Conde, *Adiciones*, I, cit., p. 159, y Casabo Ruiz, “La capacidad sancionadora de la Administración en el Proyecto de Código Penal” en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, pp. 288 y ss. Ramón Fernández, incidentalmente, manifiesta que la materia de los delitos y de las penas sería propia de la ley orgánica (Ramón Fernández, *T., Las Leyes Orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Madrid, 1981, página 64, en nota).

41 Curso, cit. p. 181, con lo que cuando menos el núcleo fundamental de la legislación penal sería reserva de ley orgánica, Y se conecta con la tesis que más adelante se defiende

42 No se oculta al penalista la complejidad del problema que plantea el concepto de ley orgánica, objeto ya de producción científica tan copiosa como poco pacífica. Una panorámica de la discusión puede verse en Bastida, “La naturaleza jurídica de las leyes orgánicas”, en *REDC* I, 2 (1981) pp. 285 y ss.

ha de calificarse y no otra cosa. Y aquí es donde entran en juego los artículos 53.1 y 81.1, que son los que específicamente consagran las dos modalidades de reserva de ley. Las normas penales o administrativas serán materia de reserva de ley orgánica si su contenido es relativo “al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas” (ley orgánica, artículo 81.1) o representa “regulación del ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en el capítulo II del título primero” (ley ordinaria, artículo 53.1)⁴³.

Linde Paniagua ha sido el primero en apuntar este criterio diferenciador para interpretar el término “legislación” en el artículo 25.1, con ocasión de su trabajo sobre las leyes orgánicas parciales⁴⁴. Estima el autor citado que cuando la norma en cuestión afecte al derecho fundamental de la libertad personal, por comportar una privación de libertad, lo cual ocurre con las normas penales, la norma merece el rango de ley orgánica. Correlativamente, cuando la norma afecte a un derecho de los no incluidos como fundamentales en los artículos 14 a 29, el rango de la misma sería el de ley ordinaria. Esto, de seguir la inacabada argumentación de Linde, es lo que ocurre por lo común con la norma que prevé sanciones administrativas, entre las cuales destaca la sanción pecuniaria, la multa, cuyo contenido representa una privación de un derecho, el de la propiedad, que no es de los incluidos en los artículos 14 a 29 y no se califica como derecho fundamental. Esta interpretación del artículo 25 de la Constitución —manifiesta Linde— se funda en la distinción entre delito e infracción administrativa, “que supondría la separación de dos esferas materiales, una que, dada su gravedad, merecería ser regulada por ley orgánica, y la otra por ley ordinaria, pues lo que resulta indudable es que de la conexión entre los artículos 25.1 y 53.1, no puede alcanzarse otra conclusión que la de que la imposición de sanciones penales o administrativas exigen el rango de ley en la norma que las imponga previamente, que será orgánica u ordinaria, según afecte a derechos fundamentales o no”⁴⁵.

43 Una argumentación similar emplea Gómez Ferrer para interpretar las múltiples remisiones concretas que la Constitución hace en diversos lugares a la “ley”, sin especificar su naturaleza orgánica u ordinaria. Se inclina el autor citado por entender que se trata de ley ordinaria salvo cuando se refiera a materias que están reservadas a la ley orgánica, de tal modo que “la utilización del término ley en cuanto al desarrollo de derechos y libertades de la sección primera hay que entenderlo referido a la ley orgánica”. Véase “La protestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución”, en *La Constitución española y las Fuentes del Derecho*, cit., I, p. 119. Lo cual puede aplicarse, entre otros, además de al propio 53.1, al 17.1. De igual modo se procede en Alemania para interpretar el término “gesetz” en los artículos 103 y 104, véase Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen*, cit., pp. 248 y ss.

44 Casabó Ruiz, “Las leyes orgánicas parciales en la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *RAP* 1981, pp. 339 y ss. y p. 343, ob. cit., nota 39, argumenta de modo similar.

45 Loc. cit., pp. 343-344. La argumentación no comporta una automática ecuación norma penal-ley orgánica, norma administrativa-ley ordinaria, pues de seguido reconoce que, con independencia de la denominación, si la norma administrativa impone una sanción que afecta a un derecho fundamental

La interpretación expuesta merece ser acogida y desarrollada. Resulta evidente que la incriminación de una conducta con una pena privativa de libertad afecta a un derecho fundamental, el de la libertad personal, consagrado en el artículo 17, CE. Ahora bien, respecto de las normas que prevén sanciones pecuniarias se ha de diferenciar, pues, en principio, que afectan tan sólo al derecho de propiedad, recogido en el artículo 33, que no es derecho fundamental de los de la Sección primera del capítulo II del título primero. Sin embargo, la tesis de Linde no resulta generalizable, pues un grupo de sanciones pecuniarias, las multas penales, presentan la singularidad de que su impago se traduce en “responsabilidad personal subsidiaria” (artículo 91 del Código Penal), con lo que la privación de libertad reaparece⁴⁶.

Afectan igualmente a derechos fundamentales y libertades públicas de los artículos 14 a 29 otras penas del catálogo legal vigente. Así, las de extrañamiento, confinamiento y destierro, también al artículo 17. La interdicción civil y la reprensión pública al derecho al honor (artículo 18); las inhabilitaciones y suspensiones para cargos públicos, derecho de sufragio, activo y pasivo, a los derechos fundamentales a la participación en los asuntos públicos directamente o por representación y al acceso a las funciones y cargos públicos (artículo 23).

A derechos no fundamentales afectan tan sólo la inhabilitación y suspensión de profesión u oficio (artículo 35) y la privación del permiso para conducir vehículos de motor (que sólo derivadamente puede considerarse que afecta a la libertad personal) y la, mal denominada en el Código, pena de caución. Respecto de estas penas debe decirse, sin embargo, que se imponen junto a otras de las anteriormente enumeradas, salvo, excepcionalmente, la de privación del permiso de conducir⁴⁷ y que, en todo caso, sean en sí de una u otra naturaleza, al imponerse en un proceso penal y como una condena penal, afectan siempre al derecho al honor, como consecuencia del reproche que, como señalar Cobo y Vives, citando a Hart, la pena criminal comporta conceptualmente⁴⁸, reproche que no es sólo correlato conceptual, sino sociológica mente constatable y que se condensa en lo que se denomina científicamente hoy efecto estigmatizador de la pena criminal⁴⁹.

Debe tenerse en cuenta, por otra parte, que para los casos en los que el delito está sancionado con pena privativa de libertad es de aplicación también el artículo 17.1: “Nadie puede ser privado de su libertad sino con la observancia de lo estable-

su rango ha de ser el de ley orgánica. Con lo cual se ofrece un criterio que por su carácter sustancial permite superar el esquema formalista en la distinción entre delito e infracción administrativa.

46 Relación entre multa y privación de libertad que se estrecha aún más con el sistema de “días-multa” previsto en el proyecto 1980.

47 véase Casabó Ruiz, *La capacidad sancionadora de la Administración*, cit.

48 *Derecho penal*, I, cit., p 86.

49 Kaiser y otros, *Kleines kriminologischer Wörterbuch*, Friburgo, 1974, voz “Stigmatlsierting”, pp. 318 y ss.

cido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley”. Abarca este concepto la tutela de la general libertad ambulatoria, que se ve afectada tanto por las privaciones de libertad para los enajenados previstas en las leyes civiles, como por las cautelares detenciones policiales y judiciales, la prisión decretada por la autoridad judicial en el curso de procedimientos penales y, por último, las privaciones de libertad consistentes en una pena de prisión⁵⁰. Esto debe aplicarse también a las privaciones de libertad que comportan las medidas de seguridad⁵¹.

Este artículo representa, a modo de norma especial y concurrente, una exigencia de reserva de ley para la previsión legal de penas privativas de libertad. Además, en la medida en que extiende las condiciones de autorización de la privación de libertad a los “casos” previstos en la ley, cubre con la reserva de ley también a las descripciones típicas normativas de los supuestos de hecho (figuras de delito) y a todos aquellos elementos que juegan como presupuestos y condiciones de la imposición de las penas. Y aún más, la referencia limitativa a las “formas” en que se verifica la privación de libertad lleva consigo la extensión de la reserva de ley a las normas procesales que lo regulan; por tanto las relativas a la forma, en que se ha de verificar la detención, la prisión y la ejecución de la privación de libertad (Derecho penitenciario). Por último, el hecho de que el artículo 17.1 configure un derecho fundamental y esté ubicado en la Sección primera del capítulo II del título primero determina que la reserva de ley que establece es la de ley orgánica del artículo 81.

No obstante lo expuesto, resulta necesario salir al paso del problema planteado por algunos autores⁵² acerca de si la acción de prohibición de conductas configurándolas como delitos e imponer penas para las mismas puede subsumirse en el término de “desarrollo” de derechos y libertades que emplea el artículo 81.1.

5. Norma penal y desarrollo-regulación-afectación de derechos fundamentales

El problema surge por el empleo de términos diferentes en los artículos 53.1, 81.1 y 86.1 para calificar los efectos de la norma jurídica sobre el derecho fundamental. En el artículo 53.1 se lee “regularse el ejercicio de tales derechos”; en

50 La privación de libertad que comporta una pena de este carácter es una limitación de la libertad reconocida en el artículo 17. Cfr. Maunz y Dürig. *Grundgesetz, Kommentar*, cit., artículo 104, nota marginal 5, a), respecto del mismo problema en la Constitución alemana.

51 Son las medidas de seguridad uno de los ámbitos de la materia penal sobre el que se discute la proyección de todas las consecuencias del principio de legalidad, especialmente de la irretroactividad. Véase Terradillos Basoco, *Peligrosidad social y estado de derecho*, Madrid, 1981. especialmente pp. 185 y ss.

52 ° Se trata de Gálvez Montes, “El ámbito material y formal de las leyes orgánicas”, y Martín Oviedo, “Tipología, jerarquía y producción de normas en la Constitución Española”, recogidos en el vol. II, de *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, Madrid, 1979, en páginas 925 y ss. (930) y 1279 y ss. (1295 y s.)

el 81.1 se refiere a leyes “relativas al desarrollo” de los derechos fundamentales; en el 86.1, al definir el ámbito vedado a los Decretos-leyes, se dice que éstos no podrían “afectar a los derechos y libertades de los ciudadanos regulados en el título primero”.

Por algunos autores se atribuye a cada uno de estos términos —regulación, desarrollo y afectación— un diferente alcance, de tal modo que a la ley orgánica correspondería tan sólo el desarrollo legislativo del estatuto general de cada una de las libertades; por ejemplo, una regulación general del derecho de reunión o del de huelga, etc., entendiendo que “desarrollo” supone asegurar las condiciones generales de expresión y funcionamiento de un derecho fundamental. Distinto resultaría el alcance de “regulación” del derecho, atribuido a la ley ordinaria, que se entendería como “cualquier regulación que atañe de cualquier manera al ejercicio de los derechos fundamentales”⁵³. De aceptarse esta tesis, ninguna ley penal, ni siquiera el Código Penal en su conjunto, sería materia de ley orgánica, pues un texto normativo de tal clase nunca contendría un estatuto general de uno o varios derechos o libertades, y así se han manifestado algunos autores antes citados⁵⁴. Pero no sólo la materia penal, pues otras, para las que nadie pone en cuestión el que hayan de ser desarrolladas por ley orgánica, tampoco son por sí solas “estatuto general” de una libertad pública, como, por ejemplo, la asistencia letrada al detenido del artículo 17.3, el procedimiento de habeas corpus, y el plazo máximo de duración de la prisión provisional, previstos ambos en el artículo 17.4. Tampoco sería regulación del “estatuto general” del derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen (artículo 18.1) el desarrollo de la sola tutela civil de los mismos⁵⁵.

Frente a esta opinión se han pronunciado Cobo y Vives advirtiendo acertadamente que se incurre en juego de palabras sin sentido alguno, de siniestros resultados, que redundaría en grave fraude a la ley constitucional⁵⁶. Los autores citados estiman que en toda limitación de un derecho cabe ver un desarrollo jurídico del mismo, pues el desarrollo legislativo de un derecho proclamado en abstracto en la Constitución consiste en esencia, precisamente, en su limitación, a causa de la necesaria coordinación con los otros derechos y con los derechos de los demás ciudadanos⁵⁷, y

53 En este sentido, García de Enterría, *Curso*, I, cit. pp. 223 y ss.

54 Véase nota 52

55 La proposición de ley de desarrollo del artículo 17.3 se tramita como ley orgánica, y como tal se ha aprobado la de protección civil de los derechos del artículo 18.1. Para la interpretación de la clase de ley que corresponde a las remisiones que la Constitución hace sin acompañar la calificación de la misma, véase nota anterior número 43

56 *Derecho penal*, I, cit., p. 76 y n. 81; también Muñoz Conde en *Adiciones*, I, pp. 159 y 191.

57 Resultaría difícil negar que un tipo penal desarrolla, a través de una radical limitación, el derecho de asociación cuando se tipifican (se prohíben) como delito de asociación ¡lícitas las asociaciones que “por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública”, como ocurría en el artículo

no existe en un ordenamiento jurídico un límite más severo a la libertad que la privación de la libertad en sí.

En mi opinión debe evitarse el denunciado juego de palabras. Lo que diferencia el 81.1 del 52.1 no es su criterio cuantitativo, de grado de intervención sobre el derecho fundamental, sino cualitativo, de clase de derecho fundamental sobre el que se interviene el tipo de derecho fundamental que se ve normativamente “afectado”, ya de los contenidos en la Sección primera, ya de los restantes. El término más apropiado a emplear para llevar a cabo la distinción entre materia de ley ordinaria u orgánica es el de “afectar”, precisamente el que se utiliza en el artículo 86.1. De esta forma se logra coherencia *ratione materiae* en la definición de las materias objeto de las dos clases de reserva de ley y de la de aquellas para las que se excluye el Decreto legislativo y el Decreto-ley⁵⁸.

En conclusión, y en una primera aproximación, debe estimarse que se afectan los derechos fundamentales y libertades públicas cuando se prohíben conductas tipificándolas como delitos y se establecen penas criminales, y, en consecuencia, tal actividad normativa es materia de ley orgánica.

Por la tesis que se ha defendido se han inclinado las Cortes Generales, pues como leyes orgánicas se han aprobado la Ley Orgánica General Penitenciaria 1/1979; la Ley Orgánica 4/ 80, de reforma del Código Penal en materia de libertad de expresión, reunión y asociación; la Ley Orgánica 10/1980, de Enjuiciamiento oral de delitos dolosos menos graves y flagrantes; la Ley Orgánica 9/1980, de Reforma del Código de Justicia Militar; la Ley Orgánica 11/1980, sobre los supuestos previstos en el artículo 55.2 de la Constitución (“Antiterrorista”); la Ley Orgánica 2/1981, de Reforma del Código Penal y Código de Justicia Militar en materia de rebelión y terrorismo, y la Ley Orgánica 7/1982, de 13 de julio, en materia de contrabando y la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal. Por su parte, como las leyes orgánicas iniciaron su trámite los Proyectos de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y el de Reforma Parcial de 1982, así como la Proposición de Ley de reforma del Código Penal en materia de incendios forestales.

No ha sido este el criterio del Gobierno de la anterior legislatura en su presentación, ni el de las Cortes en su aprobación, en la Ley 40/1979, de Régimen Jurídico de Control de Cambios, y en la Ley 16/1980, sobre modificación de la prisión

172 del Código Penal hasta la Ley Orgánica 4/1980. El criterio del Gobierno plasmado en el proyecto de esta ley era mantener la limitación enunciada, y solamente el hecho de que tras la aprobación de la Constitución se calificara el proyecto como ley orgánica hizo posible la supresión del referido inciso en la votación del pleno del Congreso, merced a la búsqueda de la mayoría cualificada. El significado político de la ley orgánica frente a la ley ordinaria en la materia que nos ocupa resulta evidente.

58 Pudiéndose operar del siguiente modo: si la intervención normativa comporta afectación de derechos del título I, exclusión en todo caso del Decreto-ley; si de los de la sección 2.ª ley orgánica y exclusión de la delegación y si del resto del título, ley ordinaria y posible delegación

provisional sí, en cambio, en la que la ha sustituido (Ley Orgánica 7/1983, de 23 de abril). Menos aún lo fue en el supuesto del Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana, y el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, de prórroga de la Ley Antiterrorista de 1978. A las consecuencias de todo ello, vulneración de la reserva de ley orgánica mediante leyes ordinarias y Decretos-leyes, nos referiremos luego.

6. La materia penal como reserva de ley orgánica, e integración del término “legislación” del artículo 25.1

Conclusión de todo lo expuesto es que la definición de delitos y establecimiento de penas, la materia penal, es objeto de reserva de ley orgánica del artículo 81. Pero aún más, este resultado exegético se integra necesariamente en el artículo 25.1 y éste aparece como una regulación especial de la general reserva de Ley del Derecho Público⁵⁹, de tal modo que el artículo 25.1 debe leerse así:

“Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según ley orgánica vigente en aquel momento, o infracción administrativa, según ley vigente en aquel momento, ley que habrá de ser orgánica si la infracción o la sanción administrativa limita derechos fundamentales.”

7. Reserva de ley orgánica como reserva absoluta y remisión a fuentes normativas secundarias

Afirmada la calificación de la materia penal como materia de reserva de ley orgánica resta especificar su concreto alcance. Particularmente conflictivo aparece el problema de la relación entre reserva de ley y remisión de la ley a un complemento perteneciente a una norma de rango inferior (presente o futuro), en especial las provenientes del poder normativo del Ejecutivo (normas penales en blanco). Pero también afecta a la reserva de ley la inclusión en el tipo penal de elementos normativos, necesitados de una decisión del Juez, ya por su carácter valorativo, ya por remitir a reglas de experiencia; así como el establecimiento de un complemento del tipo⁶⁰ consistente en una (futura) disposición singular de una instancia administrativa.

El problema de la reserva de ley y su contenido y alcance presenta en España particulares dificultades, habida cuenta de que, como se ha expuesto, por García de Enterría, en Derecho español la doctrina de las materias reservadas a la ley ha sido una de las de elaboración más atrasada y más necesitada aún de una resuelta

⁵⁹ Así Krey, para el artículo 103, II, de la Constitución alemana, véase ob. cit., p. 38

⁶⁰ Y no de un elemento ajeno al tipo del injusto, como por ejemplo, una condición objetiva de procedibilidad.

clarificación⁶¹, debido, entre otros factores, a la influencia en el sistema de fuentes del sistema de caudillismo imperante desde 1936.

La extensión de la reserva se suele resolver en base a la distinción entre dos clases de esta, absoluta y relativa, en la que la segunda admite la remisión a reglamentos de ejecución o desarrollo de la ley. La distinción entre una y otra clase de reserva, elaborada por la doctrina italiana no está asentada todavía entre nosotros⁶², pero su utilidad como criterio técnico para resolver el problema político del alcance de la reserva es evidente.

La opinión común estima que la reserva de ley ordinaria del 53.1 es una reserva relativa, es decir, admite que la ley reguladora llame al reglamento para desarrollar su contenido normativo o para organizar la ejecución de la ley⁶³.

Por el contrario, debe entenderse que en materia de reserva de ley orgánica la reserva ha de ser absoluta, ya que, si en este ámbito la Constitución rechaza la delegación recepticia y los Decretos-leyes, más aún ha de considerarse proscrita la remisión a reglamentos, una vez que los controles para el ejercicio de la potestad reglamentaria

61 Cfr. Curso, I, cit. P. 219

62 Para la doctrina italiana véase Mortati, *Instituzioni di Diritto Pubblico*, I, Padua, 1975, pp. 343 y ss. con copiosas referencias. Entre nosotros las distinciones suelen limitarse a la de las categorías de la reserva material y la formal, pero el problema que nos ocupa se plantea precisamente dentro de la reserva material (es decir, dentro de aquellas reservas establecidas por la Constitución y no meramente en virtud de la jerarquía normativa y de la congelación de rango). La distinción entre la reserva absoluta y la relativa se ha empleado entre nosotros tan sólo en materia tributaria (véase Calvo Ortega, *Consideraciones sobre la delegación legislativa en materia de impuestos directos*, en Revista de Derecho Financiero 80 (1969) pp. 235 y ss. (260 y ss.); Pérez Royo, *Fundamento y ámbito de la reserva de ley*, Hacienda Pública Española, 1972, pp. 232 y ss., el mismo, *Relaciones entre normas primarias y secundarias en Derecho tributario*, en La Constitución española y las fuentes del Derecho III, (il. pp. 1663 y ss.; González García, *El principio de legalidad tributaria en la Constitución española de 1978*, en La Constitución española... cit., I, pp. 969 y ss. (973 y ss.)). Inclusive se ha rechazado el concepto mismo de la reserva relativa, por estimar que no se trata de verdadera reserva de ley, ya que vendría a equipararse al principio de legalidad formal para la actuación administrativa, véase García de Enterría, *Legislación delegada...*, cit., p. 171 y nota.

63 Sobre los límites a la remisión en la reserva material de ley véase García de Enterría, *Legislación delegada...* . cit., pp. 151 y ss. y Curso, I, pp. 242 y ss. (puede extenderse tan sólo a los complementos organizativos y procedimentales y a los de determinación técnica o de circunstancias variables concretas). Gómez Ferrez (Ob. cit., p. 129) distingue según que el objeto de la reserva se trate o no de derechos fundamentales, exigiendo en este caso que la remisión sea restrictiva, expresa. Para Ángulo Rodríguez la remisión puede operarse únicamente sobre los elementos no esenciales *Delegaciones legislativas tras la Constitución de 1978*, en La Constitución española y las fuentes, I, cit. p. 206. Con todo, quizá sea conveniente elaborar, junto a la teoría general de la reserva, teorías especiales según la rama del ordenamiento de que se trate, pues el fundamento de la misma no tiene por qué plantear en todas iguales límites; no en vano las materias reservadas por excelencia han sido siempre la tributaria y, sobre todo, la penal, En este sentido apunta F. Pérez Royo, en *Relaciones entre normas primarias y secundarias*, cit., pp. 1661 y siguiente.

son menos estrictos que en los anteriores supuestos⁶⁴. En consecuencia, la reserva de ley orgánica en materia penal ha de ser una reserva absoluta⁶⁵. Y esta conclusión se corresponde con el fundamento político de la reserva de ley en el campo penal, que como se ha indicado radica en la exigencia de una garantía política frente a la incidencia de la sanción penal sobre el bien fundamental de la libertad personal. La atribución de tal significado garantista conduce a circunscribir el tipo de actos normativos idóneos a satisfacer la reserva misma y, por otro, —y esto es lo que nos ocupa— a extender al máximo los aspectos del ilícito penal que han de ser determinados por la ley⁶⁶: exclusión de la determinación de dichos elementos a través de la remisión por la ley a otras fuentes normativas secundarias.

Ahora bien, los problemas no se solucionan con la decisión acerca del calificativo “absoluto” para la reserva, como se pone de manifiesto en Italia, en donde, admitido mayoritariamente, se polemiza sobre los “límites de lo absoluto”. Así, llevados por la conciencia de la necesidad o lo imprescindible o la conveniencia de recurrir a los reglamentos, algunos autores concluyen que lo absoluto de la reserva no se extiende a toda la materia penal, sino a la denominada “materia originariamente penal”⁶⁷ o a las normas “integradoras”⁶⁸, a los “elementos caracterizantes” del delito⁶⁹, etc. Se modifican los límites de la reserva también a través de singulares construcciones técnicas de determinados delitos; así, por ejemplo, la de la “desobediencia como tal” para los delitos que consisten en infracción de determinados reglamentos⁷⁰. De igual modo inciden las tesis que configuran a la reserva de “tendencialmente absoluta”⁷¹.

No resulta difícil captar que el resultado de toda la polémica es la volatilización del propio concepto de reserva absoluta, y la correlativa puesta en peligro del principio garantista. A su vez, no se puede desconocer que las, limitaciones a la reserva absoluta, si bien frecuentemente son producto de técnicas legislativas inadecuadas y evitables o, inclusive, de tendencias deslegalizadoras encubiertas, en ocasiones

64 En este sentido Gómez Ferrer, Ob. cit., p. 133 y Bassols Coma, eodem loc., p. 339

65 Así se pronuncia el Tribunal Constitucional al referirse al principio de legalidad en materia penal: “El principio de legalidad (que) se traduce en la reserva absoluta de ley”(sentencia de 7 de mayo de 1981, 7, RA-11), En la doctrina cfr. Cobo-Vives, *Derecho penal*, I, cit., p. 75; Pérez Royo, en *La Constitución española III*, cit., pp. 1661 y siguiente

66 Cfr. Bricola, *Teoría del reato*, cit., p. 39.

67 Véase Spasari, *Diritto penale e Costituzione*, Milán, 1966, p. 17.

68 Rano, *Repressione de la condotta antisindacale*, Roma, 1974, pp. 110 y ss., 137-140 y 171.

69 Véase Amato, *Sufficienza e completezza della legge penale*, en *Giur. cost.* 1964, páginas 499 y ss.

70 Lo que constituiría el delito para esta tesis no es la violación del reglamento sino la infracción del deber genérico de observar las normas reglamentarlas, véase Expósito, *Irretroattività e legalità delle pene nella nuova Costituzione*, en *La Costituzione italiana*, Padua, pp. 93 y siguiente

71 V. Romano, *Cit.*, pp. 171 y siguiente.

parecen sumamente razonables⁷². No resulta por ello evitable en todo caso la exclusión de referencias en la ley penal a instancias normativas inferiores. Es necesario adoptar un criterio seguro que permita dar solución a los problemas “razonables”, un criterio que permita controlar la solución de cada caso concreto, de tal modo que se evite la ruptura del principio de reserva absoluta, ya sea por la presencia de criterios varios y heterogéneos, ya por una pesimista resignación, derivable tanto de la ausencia de criterio como de la pluralidad de los mismos.

A la vista del panorama italiano, Bricola ha propuesto un criterio de solución inspirado en el fundamento político de fondo de la reserva absoluta. La prohibición constitucional de que el legislador delegue en instancias ajenas e inferiores la función incriminadora radica para el autor citado en que la reserva, garantía política de la libertad personal, no es tan sólo garantía de la mayoría (parlamentaria y ciudadana) frente al Estado, sino también garantía del respeto a las minorías. La elaboración parlamentaria de todos los elementos de la ley penal es el único procedimiento que permite institucionalmente la participación de las minorías en el control y elaboración de la ley. En consecuencia, deben excluirse las fuentes normativas que no permitan una participación de esta clase⁷³. El argumento es aún más valioso en España, pues, por una parte, la creación por los constituyentes de la categoría de las leyes orgánicas es precisamente la mayor expresión de la preocupación de que en las materias fundamentales se puedan imponer restricciones por “mayorías minoritarias”, de la exigencia, en definitiva, de la más amplia mayoría⁷⁴. Por otra parte, la Constitución ha excluido en materia de derechos fundamentales y libertades públicas no solamente la ley ordinaria (principio de mayoría simple), sino también aquellas otras fuentes normativas que, aun permitiendo decisiones de mayoría, no dan ocasión a la participación de las minorías en la elaboración de la norma, como

72 Así, Romano, al estudiar el problema de la compatibilidad del artículo 650 del Código Penal italiano con el principio de reserva absoluta, con motivo del delito de incumplimiento de una resolución Judicial que prohíbe una actuación patronal que se declara antisindical, pone de manifiesto que se corre un menor peligro al conceder un limitado espacio al poder normativo secundario cuando se trata de especificaciones técnicas o de datos relativos a precisas y comprensibles exigencias de puesta al día de normas de tal carácter, comparado con el que se correría con el empleo de fórmulas vagas e indeterminadas, que termina abocando en definitiva en la adopción de decisiones concretas en el lento, difícil y, a veces, tortuoso camino de la jurisprudencia *Represione della condolla antisindacale*, cit, pp. 171 y siguiente.

73 Véase en *Teoría del reato*, cit., pp. 39 y 43 y en *Legalità e crisi*, cit., pp. 184 y ss. Destaca Bricola que en la tendencia a degradar el fundamento material de la reserva en lo meramente “organizativo” o competencial se encuentran las orientaciones que atenúan el carácter riguroso de la reserva y abre el camino a los decretos legislativos y a los Decretos-ley, véase ob. ult. Cit., p. 198.

74 Rodríguez Ramos estima que “desde una perspectiva de las fuentes materiales del Derecho penal tiene sentido exigir rango de orgánica a la ley penal por la mayor aceptación exigible para cualquier proyecto criminalizador” en *ADP*, 1981, p. 337 y en *Comentarios a la legislación penal I*, Madrid 1992, p. 304 y siguiente.

es el caso de las delegaciones legislativas y los Decretos-leyes, las primeras porque no permiten a las minorías más que participar en la fijación del objeto y alcance de la delegación y los principios y criterios que han de seguirse en su ejercicio (artículo 82 de la Constitución) y los segundos por qué no permiten, más participación de las minorías que la de decidir in totum acerca (le su convalidación, lo que de hecho supone una nula participación⁷⁵.

Sobre la base de la fundamentación político-jurídica que ha sido expuesta propone Bricola un criterio para decidir sobre la compatibilidad del reenvío con la reserva absoluta: el reenvío a los reglamentos debe circunscribirse a aquellos casos en los que la norma penal indica ya por sí misma la esfera y contenido de desvalor que la norma pretende imponer y al reglamento se le relega tan sólo la enunciación técnica detallada, y la puesta al día, de los hechos u objetos que presentan tal significado de desvalor, enunciación técnica que, además, debe ser expresión de un criterio técnico localizable ya en la norma penal de fuente legislativa⁷⁶.

El anterior criterio debe complementarse con otros dos. Por una parte la remisión a una fuente secundaria para la enunciación de los criterios técnicos resulta admisible cuando es resultado de la necesidad⁷⁷ y no de la mera conveniencia, en el sentido de que se hayan adoptado las posibilidades de técnica legislativa en la materia concreta para describir la conducta penalmente prohibida. Es decir, las “adecuaciones” de la reserva de ley no pueden fundamentarse en criterios externos al fundamento de la propia reserva⁷⁸.

75 Todas las leyes orgánicas en materia de legislación penal o de excepción han experimentado en el proceso de elaboración parlamentaria, y precisamente por él, importantes; modificaciones respecto del correspondiente proyecto gubernamental a Instancia de las minorías, parlamentarias, verbigracia, la Ley “Antiterrorista” (LO 11/1980), la de estados de alarma, excepción y sitio (LO 4/1981), así como la Ley de “Defensa de la Constitución” (LO 2/1981). Por el contrario, el Real Decreto-ley 3/1979, de seguridad ciudadana, merecedor de gravísimos reparos de constitucionalidad, fue, sin más, convalidado, y por su parte, el Real Decreto-ley 19/1979, relativo a la Audiencia Nacional, que además de alcanzar la convalidación se decidió que fuera tramitado como proyecto de ley, permanece, sin embargo, en el catálogo de ternas pendientes en el Congreso. Al menos, en lo que se refiere a derechos y libertades fundamentales, no creo que ni razones teóricas ni exigencias prácticas avalen el radical rechazo que el principio de protección de las minorías (en lo que respecta al quórum reforzado) merece a T. R, Fernández. Véase *Las leyes orgánicas*, cit., pp. 31 y s., especialmente nota 14.

76 Bricola, obras cit., en nota 72, pp. 42, 43 y 194, respectivamente. El mismo criterio debe aplicarse para los reenvíos a instancias normativas de igual o inferior rango que el reglamento.

77 Cuando lo imponga la “naturaleza de las cosas”, en expresión aplicada aquí por Rodríguez Mourullo, en *Principio de legalidad*, p. 890.

78 Se excluyen en consecuencia, razones de “urgencia” que inducen al Decreto-ley; o las de ofrecer una mejor y más eficaz tutela de otros derechos e intereses distintos a los que la reserva ampara en el caso concreto. Ejemplo de fundamento en razones distintas es la argumentación de Atard Alonso, en su justificación del Real Decreto-ley 31/1979, de Seguridad Ciudadana: “por encima de la tacha ligera de inconstitucionalidad” prima la responsabilidad de hacer bueno el artículo 15 (derecho a la vida, fren-

Por otra parte, la remisión, así como la fuente remitida y su contenido, debe satisfacer las exigencias de certeza. Ahora bien, la certeza no satisface por sí misma la existencia de reserva y no puede operar como sustitutiva de los dos anteriores criterios, sino tan sólo, como límite externo a los modos en que la reserva se materializa, como límite externo a la remisión técnica inevitable⁷⁹.

Todo lo expuesto estimo que lleva a alterar la dinámica tradicional entre ley y reglamento en materia penal, no sólo porque se restringen radicalmente los supuestos de legítima remisión al reglamento, sino porque obliga a trasladar parte de la que actualmente es materia reglamentaria a la ley orgánica, y también a la ley ordinaria, en la medida en que es propio de la ley ordinaria, antes que del reglamento, la regulación de lo que no constituye el núcleo esencial y el complemento indispensable. Pues, debe tenerse en cuenta que, precisamente, ley orgánica y ley ordinaria se diferencia en la actualidad respecto de la elaboración parlamentaria no sólo en la exigencia para las primeras de una votación final de conjunto del proyecto, sino además, en el proceso de elaboración parlamentaria, fundamentalmente en que no resultan susceptibles las orgánicas de ser objeto de competencia legislativa plena de las Comisiones (Art. 131 en relación con el 148 del Reglamento vigente del Congreso de los Diputados). Y por otra parte, frente al reglamento, la elaboración de las leyes ordinarias permiten la participación de las minorías, criterio concluyente de realización material del principio de la reserva de ley. En definitiva, en materia de reserva de ley orgánica, la ley ordinaria tiende a ocupar el ámbito que el reglamento posee hasta hoy en la relación ley ordinaria-reglamento.

Sin perjuicio de la necesaria concreta aplicación de estos criterios de plasmación de la reserva absoluta de ley a cada uno de los grupos de problemas de la norma penal en que se cuestiona la reserva, tarea que excede los límites de esta publicación, se pueden ofrecer algunas consideraciones.

Así, sobre el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica General Penitenciaria, aprobado por Real Decreto 1201/1981, de 8 de mayo, recaen severos reparos del orden de lo expuesto, así como sobre la misma disposición final segunda de la propia Ley, que contiene la habilitación reglamentaria. Los reparos son de dos órdenes. En primer lugar hubiera resultado más acorde con el principio de reserva de ley orgánica el regular la materia del reglamento de la ejecución de la pena privativa de

te al terrorismo), véase en Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 2, 6 de febrero de 1979, p. 45, en igual sentido Lavilla Alsina, eodem. loc., pp. 54 y 56.

⁷⁹ La sustitución de la reserva de ley por el principio de certeza es lo que determina el contenido del argumento de Lavilla Alsina en relación al problema de la “predeterminación” legal del juez competente, del artículo 24.2, véase *Diario de Sesiones* cit., p. 57. Expresamente en contra de esta sustitución, Solétura, eodem, loc., p. 59.

libertad mediante ley ordinaria⁸⁰. Pero con independencia de esta tesis —que todavía hoy no ha alcanzado suficiente grado de elaboración y que, inclusive, en el momento de aprobación de la Ley Orgánica General Penitenciaria, creo que era un problema aún no planteado— lo que resulta inaceptable para el principio de reserva de ley es que el Reglamento regula aspectos que constituyen núcleo esencial y, por tanto, indelegable, de la restricción del derecho a la libertad personal, pues no puede aceptarse de modo alguno que constituya materia puramente organizativa la regulación, por ejemplo, de la libertad condicional (artículos 58 y siguientes) particularmente en lo que se refiere a la determinación de los presupuestos de su concesión (contenidos en los artículos 59, 60, 256 y 257) y de la duración de la suspensión y causas de su revocación (artículo 66)⁸¹. Asimismo debe calificarse la regulación general de las comunicaciones escritas, particularmente en lo que se refiere a los límites a las mismas [artículo 91, 4, b)] y a las comunicaciones con abogados [artículo 10 1, 1, b)], así como la concreta tipificación de las infracciones disciplinarias (artículo 108), las cláusulas sobre la asignación de las sanciones a cada clase de infracciones (art. 113) y la regulación del procedimiento sancionador y de la prescripción de las faltas (artículo 125).

III. RESERVA DE LEY ORGÁNICA Y FUENTES LEGALES EN MATERIA PENAL

La vigencia del principio de legalidad excluye toda otra fuente de Derecho penal distinta de la ley. Ni la costumbre ni la jurisprudencia son fuentes de Derecho penal⁸². Cuestión diferente es la de la operatividad de costumbre y jurisprudencia en esta materia; sin embargo, el análisis de su papel real en la actualidad y la definición de sus límites, problema indudablemente conectado con el de reserva de ley, exige una consideración más detenida que la posible en este momento. Por el contrario, las sentencias del Tribunal Constitucional, en la medida en que tengan valor de ley, y particularmente en su condición de “legislador negativo”, han de ser consideradas fuentes de Derecho penal. La precisión de su condición de fuente requiere distinguir y analizar las distintas clases de sentencias mediante las que los Tribunales constitucionales resuelven los conflictos que a su decisión se someten.

80 Los posibles reparos de “funcionalidad” en la regulación del detalle “organizativo” pueden ser evitados con el sistema de atribución de competencia legislativa plena a las comisiones.

81 Con independencia de que la regulación que el Decreto comporte resulte más favorable que la vigente para los derechos del penado. Pues el problema radica en que lo favorable de hoy puede ser convertido mañana en perjudicial por vía de mero reglamento. Puramente organizativos pueden estimarse los artículos 61 a 65, y por ello, materia de ley ordinaria o de reglamento.

82 Véase Cobo y Vives, *Derecho penal*, I, cit., p. 140; Cerezo Mir, *Curso*, cit., pp. 188, Muñoz Conde; *Adiciones*, I, p. 153.

Su análisis desbordaría los márgenes de este trabajo y, además, la praxis de nuestro Tribunal Constitucional es todavía muy corta⁸³.

De la calificación de la materia penal como reserva de ley orgánica se deriva la exclusión como fuentes de Derecho penal de toda otra fuente legislativa que no sea la orgánica y, con mayores razones, de las fuentes del derecho no legislativas. Examinamos en lo que sigue las fuentes legales que en nuestra opinión, vulneran el mandato de la ley orgánica en materia penal:

a) Las leyes ordinarias (en virtud de lo preceptuado en el artículo 81.1, norma especial respecto de la del artículo 53. 1)

Como leyes ordinarias se han aprobado la Ley 40/1979, de Régimen jurídico del control de cambios, la Ley 16/1980, de 22 de abril, sobre modificación de la prisión provisional. Su no tramitación como orgánicas puede hacerlas incurrir en inconstitucionalidad, particularmente la última, porque desarrolla en un sentido restrictivo, respecto del hasta el momento Derecho vigente, una plasmación del derecho a la libertad personal consagrado en el artículo 17, y perteneciente, por tanto, al “bloque de constitucionalidad”. Su contenido ha sido modificado y sustituido, precisamente, por ley orgánica (LO 7/1983).

El artículo 17.4 de la Constitución declara “in fine” que por ley se determinará el plazo máximo de la prisión provisional. Si bien podría entenderse que el precepto remite a la ley ordinaria para la determinación del plazo, tal consideración no puede extenderse a la regulación de los presupuestos de la prisión provisional, que es precisamente lo que de modo primordial aborda la Ley 16/1980, pues, los presupuestos de la privación de libertad pertenecen al núcleo esencial del derecho a la libertad personal⁸⁴. Es de interés resaltar que así como la referencia del precepto tiene un sentido final favorecedor del derecho en cuestión, pues pretende evitar la permanencia en condición de prisión preventiva de los procesados por tiempo indeterminado, la reforma operada por la Ley en los artículos 503, 504 y 505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal tiene un carácter restrictivo, hasta el punto de convertir a la prisión provisional en la regla y a la libertad provisional, con o sin fianza, en la excepción, con infracción del artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ratificado por España el 13 de abril de 1977 (“BOE” de 30 de abril), que es un texto normativo internacional conforme al cual se ha de interpretar el artículo 17 por imperativo del párrafo segundo del artículo 10 de la Constitución⁸⁵.

83 Véase, cuando menos reticentes, Cobo y Vives, ob. Cit., pp. 141 y ss. Sobre la sentencia constitucional. Véase Garrorena, en *Revista de Derecho Político II* (1981) pp. 7 y ss.

84 Sobre las remisiones no calificadas de la Constitución a la ley, véase supra nota 42.

85 Véanse Muñoz Conde/Moreno Catena, “La prisión provisional en Derecho español”, en *La reforma penal y penitenciaria*, Universidad de Santiago de Compostela, 1980, páginas 339 y ss. (347). Más recientemente, Moreno Catena, *En torno a la prisión provisional. Análisis de la Ley de 22 de abril de 1980*, en RDPr. Iberoamericano, 1981, pp. 637 y ss.

La Ley de Control de Cambios plantea un problema distinto, que no había sido resuelto aún por el Parlamento ni por el Tribunal Constitucional, consistente en que sólo una parte de la Ley —el capítulo en el que se tipifican los delitos y se establecen las penas— tiene carácter de materia orgánica, y, en estos supuestos, el legislador se resiste a tramitar como orgánica a la ley por las limitaciones que en su virtud se impone para modificar por ley ordinaria posterior el contenido normativo de aquélla. Coincidiendo con la doctrina contenida en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 1981 (RI-2, sobre el Estatuto de Centros Escolares, motivo cuarto) el Gobierno remitió a las Cortes un Proyecto de Ley sobre modificación de la legislación de contrabando (“Boletín Oficial de las Cortes Generales”, serie A, número 175-I, de 19 de febrero de 1981) en cuya disposición final cuarta se establecía que “los preceptos contenidos en el título I de esta ley (delitos de contrabando) tiene carácter de Ley Orgánica”. La exposición de motivos justificaba la cláusula en que “las normas que han de dictarse afectan esencialmente al derecho a la libertad, declarado en el artículo 17 de la Constitución, siendo leyes orgánicas, conforme al artículo 81, todas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y las libertades públicas”⁸⁶.

Cobo y Vives han propuesto la tesis de que el legislador no está vinculado a la reserva de ley orgánica cuando pretende exclusivamente derogar total o parcialmente preceptos incriminadores de la legislación nacida con anterioridad a la Constitución, ya que tal legislación carece de rango de ley orgánica y no tendría sentido conferírsele exactamente, exigiendo una ley orgánica para su derogación⁸⁷. Esta opinión se corresponde con el fundamento político garantista de la reserva y encuentra en ella sus límites. La reserva de ley orgánica en materia penal se justifica en la exigencia de mayor garantía frente a las restricciones de los derechos fundamentales y libertades que comportan la incriminación de conductas e imposición de penas, y la derogación de incriminaciones y penas no puede redundar en restricción de los derechos fundamentales sino, precisamente, en su ampliación. Por ello sólo resulta compatible con la reserva cuando la ley ordinaria se limita pura y simplemente a la derogación.

b) Los Decretos legislativos, por expresa prohibición del artículo 82.1, al excluir de la delegación las materias reservadas a la ley orgánica

⁸⁶ La decisión última fue la inversa: la ley fue aprobada como orgánica (LO 7 1982, de 13 de julio), y en su disposición final 2.^a autoriza la modificación por ley ordinaria de título referido a las infracciones administrativas.

⁸⁷ *Derecho penal*, I., cit., p. 135.

c) Los Decretos-leyes

Con más concluyente término que los de “desarrollo” y “regulación” empleados en los artículos 81.1 y 53.1, el artículo 86.1 dispone que los decretos-leyes no podrán afectar a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el título I, es decir, no sólo a los derechos fundamentales y libertades públicas de la sección primera, objeto de reserva de ley, orgánica, sino tampoco a los demás derechos contemplados en la sección segunda, objeto de reserva de ley ordinaria.

Desde este plano vulneran la reserva de ley orgánica (81.1) e inclusive el de ley ordinaria (53.1), así como el límite impuesto por el artículo 86.1, el Real Decreto-ley 3/1979, de 26 de enero, sobre protección de la seguridad ciudadana y el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre (prórroga de la Ley Antiterrorista de 1978).

El debate en las Cortes puso de manifiesto los riesgos de “manipulación” que ofrecen los términos de “desarrollo”, “regulación” y “afectación” de derechos fundamentales. El último de ellos, que parece el de significado más explícito, fue desplazado en su contenido semántico no ya al propio de los anteriores, sino al concepto de “violación” de derechos. Con el argumento de que no es lo mismo “afectar” que “tratar” de derechos fundamentales se defendió por el Ministro de Justicia que lo que el primero de los Decretos-leyes citados comporta (creación de delitos, incremento de penas privativas de libertad, modificación restrictiva de los derechos procesales) no es una afectación de derechos [ver “Diario de Sesiones” del Congreso de los Diputados (2) de 6 de febrero de 1979, pp. 54 y siguientes].

El primero de los dos Decretos-leyes infringe los preceptos citados por las razones siguientes:

— Tipifica nuevos delitos⁸⁸, al ampliar el tipo de la apología a conductas no cubiertas por él hasta el momento⁸⁹ y al elevar a delitos autónomo determinadas formas de cooperación delictiva e incrementar en ambos casos la punición prevista anteriormente. Como se ha expuesto anteriormente, crear figuras delictivas e imponer penas privativas de libertad supone, cuando menos, afectación de los derechos

⁸⁸ Así lo expusieron Peces Barba y Solé-Tura en el debate de la Comisión Permanente del Congreso, sobre la convalidación del Decreto-ley, véase *Diario de Sesiones...* cit. número 2, 6 de febrero de 1979, pp. 43, 47 y 48. En igual sentido Gimbernat, *Introducción a la Parte general del Derecho penal español*, Madrid, 1979, p. 23; Salas, *Los Decretos-leyes y en la Constitución española de 1978*, Madrid, 1980, pp. 56 y 58-I Cobo y Vives, *Derecho penal, I*, cit 135, Cerezo Mir, Curso, cit. p. 159.

⁸⁹ Así también, Morenilla Rodríguez, “Tendencias del delito y estrategia para su prevención”, en *CPCrim*, 13 (1981), p. 71. Se desprende incluso de la propia intervención del ministro de Justicia en el debate, cuando manifiesta que de no introducirse los nuevos tipos se produciría un “vacío legal”, una “despenalización”, véase *Diario de Sesiones*, p. 55. Por su parte, elevar a delito autónomo una conducta de mera cooperación delictiva, viola cuando menos, la reserva de ley del artículo 17.1, pues supone incrementar la pena privativa de libertad hasta el momento vigente.

fundamentales, desde la limitación a la genérica libertad de obrar, hasta la de la libertad personal⁹⁰.

— Modifica restrictivamente las garantías procesales (tipo de procedimiento, régimen de la prisión provisional incondicional, limitación al respecto de la autoridad del juez)⁹¹, que constituyen el contenido del derecho fundamental “a un proceso público con todas las garantías”⁹², regulando, pues, una materia y afectando un derecho que sólo puede ser objeto de ley orgánica (art. 24). Igualmente se establece por Decreto-ley el juez competente (Audiencia Nacional), que sólo puede ser “determinado por la ley”⁹³.

— Por último, aunque referido al principio de retroactividad y no al de reserva de ley, la disposición transitoria del Decreto-ley impone normas procesales restrictivas de derechos del inculcado (normas sancionadoras o favorables o restrictivas de derechos en el concepto del artículo 9.3) con efectos retroactivos, con vulneración de la prohibición de retroactividad de tales normas que se deriva tanto del artículo 9.3 como del 24.2⁹⁴.

90 La argumentación del Gobierno y de su Grupo Parlamentario fue —en terminología italiana— “manipulativa” de los conceptos de reserva de ley y de afectación. Llegóse a manifestar por el ministro de Justicia que “no es lo mismo afectar a derechos y deberes que tratar de derechos y deberes” (véase Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, número 2, de 6 de febrero de 1979, pp. 54 y 55). Igualmente manifestó que inculpar conductas de apología no supone afectar a la libertad de expresión, por quedar fuera de dicha libertad el realizar apología de los delitos; pero se incurría así en una evidente *petitio principii*. Por otra parte, se pretendió por el ministro identificar en concepto estricto de “vulneración” de derechos con el de “afectación” de los mismos, cuando es claro que el concepto de afectación es mucho más amplio que el de vulneración eodem loc. cit.).

91 Con lo que se afecta además la especial reserva de ley del artículo 117.3 para las normas de competencia y procedimiento judicial.

92 La prohibición de entrada del Decreto-ley en el derecho fundamental se vulnera cuando se dispone la aplicación de un procedimiento penal a una serie de delitos para los que no se aplicaba hasta el momento, aunque el procedimiento existiera con anterioridad en el derecho vigente. El hecho de que el procedimiento cuya aplicación se dispone comporte una restricción de las posiciones jurídicas del inculcado añade a la vulneración del sentido competencia; de la reserva del artículo 24.2, la vulneración material del derecho mismo. Por esta razón no queda excluido el reparo de inconstitucionalidad de la tesis defendida por el ministro de Justicia, para quien el artículo 3 del Decreto-ley no es una norma procesal, sino una definición de competencias para determinados delitos, y, a su vez, el derecho del artículo 24.2 es sólo un “derecho a la predeterminación de la competencia”, y no un “derecho a la competencia misma” (véase Diario de Sesiones, cit., p. 57). Incluso desde tal posición se vulnera la reserva de ley.

93 El principio de predeterminación por la ley del juez competente no es sólo expresión de la prohibición de retroactividad y de la exigencia de seguridad jurídica como opinaba el ministro de Justicia (*Diario de Sesiones*, cit. p. 57), pues éstas se satisfacen también con fuentes secundarias. Se fundamenta más bien en el mandato de reserva de ley para la determinación del juez competente. De no ser así carecería de sentido la referencia a la ley.

94 La irretroactividad de las normas procesales penales restrictivas de derechos se contiene en el artículo 24.2 de un modo algo más que implícito, como se revela en la exigencia de “pre-determina-

Por su parte, el Real Decreto-ley 19/1979, de 23 de noviembre, además de modificar el Real Decreto-ley 1/ 1977, de 4 de enero, relativo a la creación y competencias de la Audiencia Nacional (art. 1.º), “prorrogaba” la vigencia de la ley 56/1978, de 4 de diciembre, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados (ley “antiterrorista” de 1978) (art. 2.9).

El primero de los artículos vulnera la reserva de ley orgánica que establece el artículo 24.2 (determinación por la ley del juez ordinario), así como la de ley orgánica del artículo 122 y la de ley ordinaria del artículo 117.3 (creación de la Audiencia Nacional y determinación por las leyes de las normas de competencia judicial). En lo que se refiere al 24.2 resulta evidente que se afectan derechos fundamentales, con lo que se vulnera la prohibición de recurso al Decreto-ley⁹⁵. Por otra parte, resulta indiscutible la negación, de la concurrencia a este respecto del presupuesto de hecho habilitante del Decreto-ley consiste en la “extraordinaria y urgente” necesidad⁹⁶.

La prórroga durante un año de la vigencia de la Ley 56/1978, de medidas especiales en relación con los delitos de terrorismo cometidos por grupos armados, que era una ley temporal cuya vigencia expiraba el 4 de diciembre de 1979 (disposición final primera) supone la creación ex novo de una ley por medio de un mero Decreto-ley, por lo que representa una vulneración de la reserva formal de ley (principio de congelación de rango). De mayor trascendencia es, sin duda, la infracción de la reserva material de ley orgánica, que aquí lo es por partida doble, ya que la Constitución establece una reserva general en el artículo 81.1 y otra especial, en el artículo 55.2, y debe hacerse notar que la suspensión de los derechos enunciados en este último artículo no admite la discusión de los términos desarrollo-regulación de ejercicio-afectación. En lo relativo al presupuesto de hecho habilitante el Gobierno se refiere a la urgencia de evitar la ruptura “de la continuidad de la acción dirigida a garantizar la seguridad ciudadana y la eficacia en la lucha contra la actuación de organizaciones o elementos terroristas”. Sin embargo, como hicieron notar en el debate de convalidación los Grupos Parlamentarios, no parece que pueda integrar

ción” del juez competente. En igual sentido respecto a la Constitución italiana, Cfr., Bricola, *Legalità e crisi*, cit., pp. 243 y s. Mantener la tesis contraria constituiría un grave “fraude de etiquetas” poco respetuoso de la Constitución. La prohibición de retroactividad de las normas procesales penales no favorables se respeta, por el contrario, en el Real Decreto-ley 19/1979, que a continuación se analiza (véase su art. 3).

95 También supondría infracción del artículo 86 si se estima que la modificación de la competencia afecta al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado (Poder Judicial).

96 Ni siquiera se pretende justificar por el Gobierno en la exposición de motivos. Resultaría bien difícil argumentar tal necesidad de atribuir a la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de falsificación de moneda, delitos monetarios, desacatos y otros a los que el Decreto-ley se refiere.

el concepto de la extraordinaria y urgente necesidad lo que no es sino una falta de previsión o diligencia del Gobierno en su iniciativa legislativa⁹⁷.

Desde el punto de vista de la política constitucional los dos Decretos-leves comentados representan un gravísimo peligro de vaciamiento de la reserva de ley prescrita por la norma fundamental. Tanto más cuanto se ha llegado a argumentar en base al “precedente”⁹⁸. La invasión del Decreto-ley en materia de derechos fundamentales y libertades públicas conculca la voluntad de los constituyentes de evitar la imposición por “minoría” de restricciones a tales derechos. La perversión del sistema de fuentes y el daño al *Verfassungsgefühl* sólo puede ser evitado por el Tribunal Constitucional.

d) Tratados internacionales

Los tratados, conforme se deduce del artículo 96.1 no son fuentes directas en, derecho interno. Para ello se requiere su incorporación mediante un acto de recepción⁹⁹ que, a su vez, puede tener diverso origen normativo, según la materia sobre la que versen. El artículo 93 exige ley orgánica para autorizar la celebración de Tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Para que el Estado pueda prestar consentimiento para obligarse por medio de Tratados o Convenios de determinadas clases, entre ellos, los que afecten a derechos y deberes fundamentales establecidos en el título primero, exige el artículo 94 la previa autorización de las Cortes Generales. El problema que se discute es el de la forma jurídica que ha de revestir la autorización.

Santaolalla López mantiene en argumentada tesis que la forma ha de ser la de ley¹⁰⁰. Ahora bien restaría definir si se trata en todo caso de ley ordinaria —y su correlativo presupuesto de la mayoría simple— o de ley orgánica u ordinaria según

97 El debate de convalidación se recoge en el *Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados*, número 57, de 20 de diciembre de 1979, pp. 3847 y ss. El decreto-ley fue convalidado por 147 votos contra 146 y una abstención. Salvo el del Gobierno y el de su grupo parlamentario, todos los portavoces de los demás grupos denunciaron su inconstitucionalidad por vulneración de la reserva de ley, con la única singularidad de Fraga Iribarne, quien, a pesar de manifestarse en ese sentido, defendió la convalidación y posterior tramitación como proyecto de ley orgánica, como “salida” política a la situación, véase *Diario de Sesiones*. cit. pp. 3914 y ss.

98 El Ministro de Justicia en la defensa del Decreto-ley últimamente comentado, véase *Diario de Sesiones* cit., p. 3922.

99 Véase Garrido Falla, “Las fuentes del derecho en la Constitución española”, en *La Constitución española y las fuentes del derecho*, I, cit. p. 41 Rodríguez Zapata, *Derecho internacional y sistema de fuentes del derecho*, *La Constitución española*, en eodem loc., III, 1737 y ss., Santaolalla López, *Los tratados como fuente del derecho en la Constitución* en eodem loc., pp. 1913 y ss.

100 *La ley y la autorización de las Cortes a los tratados internacionales* en *Revista de Derecho Político* 11 (1981), pp., 29 y ss.

la materia objeto del Tratado. De aceptarse la tesis de Santaolalla, para lo que concurren buenas razones, no creo que fuere objetable propugnar como lo hacen Cobo y Vives¹⁰¹ que en los casos en los que la materia del tratado sea materia reservada a la ley-orgánica —que es el caso de las normas penales— la forma jurídica exigible a la autorización sea también la de ley orgánica¹⁰². Reconocen los autores últimamente citados que resulta difícil imaginar la celebración de tratados que establezcan normas incriminadoras directamente aplicables por las diversidades nacionales de configuración de delitos y penas, pero que bien puede ocurrir que un precepto penal se integre por referencia a normas de un tratado o que un tratado derogue directamente leyes punitivas¹⁰³. Cerezo Mir estima que, dada la vigencia del principio de legalidad en materia penal, para la creación de delitos y establecimientos de penas o agravaciones de las mismas es preciso que a la publicación del tratado siga la promulgación de una ley penal específica¹⁰⁴.

e) Bandos militares emitidos durante el estado de sitio

Con anterioridad a la vigencia de la Constitución los bandos militares constituían fuente de Derecho penal. El artículo 181 del Código de Justicia Militar de 1945 establece que “son delitos o faltas militares las acciones y omisiones penadas en este Código. Lo son igualmente los comprendidos en los bandos que dicten las autoridades militares competentes”. La atribución de tal competencia se verificaba por la Ley de Orden Público de 1959 en su artículo 39, para cuando se hubiera declarado el estado de guerra. Los bandos constituían una fuente de normas penales, pudiendo los bandos crear delitos nuevos o modificar las penas de los ya existentes, así como modificar las competencias de la jurisdicción militar por razón de delito¹⁰⁵. Ahora bien, ya antes de la transición política se entendía por algunos autores que el artículo 39 no autorizaba a crear nuevas figuras delictivas ni a modificar las penas señaladas con anterioridad en la ley a cada delito¹⁰⁶.

La entrada en vigor de la Constitución ha supuesto un corte radical con la situación anterior. El bando no se encuentra en el catálogo de fuentes legales y

101 *Derecho penal*, I, cit., p. 144 Y notas 10 y 72.

102 El artículo 158 del nuevo Reglamento del Congreso de los Diputados parece requerir la mayoría absoluta para la aprobación de los tratados tan sólo en los casos en los que las discrepancias entre el Congreso y el Senado no logren solucionarse a través de una propuesta de la Comisión Mixta constituida al efecto.

103 *Derecho penal* I, cit., p. 145.

104 *Curso de Derecho penal español*, cit., p. 187, en igual sentido Muñoz Conde, *Adiciones*, I, cit, p. 169.

105 Véase Rodríguez Devesa, *Derecho penal español. Parte General*, 4.^a ed., Madrid, 1974, pp. 142 y s. Considera al bando como una suerte de ley delegada.

106 Véase Cerezo Mir, *Curso de Derecho penal*, Madrid (1.^a edición), 1976, pp. 147 y siguiente.

tampoco puede considerarse una “ley delegada”, tanto porque la delegación sólo puede atribuirse al Gobierno y no a una autoridad civil o militar distinta, como porque en materia penal, por ser reserva de ley orgánica, está vedada la delegación legislativa¹⁰⁷.

Tras la aprobación de la Ley Orgánica de los estados de alarma, excepción y sitio (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio) el carácter de los bandos de las autoridades militares queda definitiva y satisfactoriamente acotado: “La autoridad militar procederá a publicar y difundir los oportunos bandos, que contendrán las medidas y prevenciones necesarias, de acuerdo con la Constitución, la presente ley y las condiciones de la declaración del estado de sitio” (Art. 34). Por su parte el artículo 35 de la precitada Ley establece que “en la declaración del estado de sitio el Congreso de los Diputados podrá determinar los delitos que durante su vigencia quedan sometidos a la Jurisdicción Militar”. De este modo, los bandos no sólo no podrán crear nuevos delitos ni modificar las penas previstas legalmente sino que ni siquiera podrán atribuir competencias a la Jurisdicción Militar sobre delitos que no le están ya atribuidos por la legislación ordinaria o por la propia declaración del estado de sitio adoptada por el Congreso de los Diputados¹⁰⁸. Como conclusión

107 Ni una ni otra razón son de recibo para Rodríguez Devesa, quien, resueltamente, mantiene en su integridad las tesis preconstitucionales (e inconstitucionales) anteriormente expuestas en la última edición de su *Derecho penal español, Parte General*, 8.^a ed., Madrid, 1981, p. 172. Aduce en su favor que el artículo 181 del CJM antes citado, ha sido conservado por la reforma parcial operada por la Ley Orgánica 11/1980, de 1 de diciembre. El argumento carece de todo valor, pues, la Ley Orgánica citada no afecta ni al artículo 181, ni a otros muchos ya que arranca de un proyecto de ley que pretendía adecuar de un modo urgente algunos aspectos de la Justicia militar a los Pactos de la Moncloa de 1977, y, obviamente, no “convalida” las partes no modificadas. Tan clara era la conciencia del legislador de que con la reforma no quedaba el CJM adecuado a la Constitución que, en las disposiciones finales primera y segunda ordenó la formación de una “Comisión para el estudio y reforma de la justicia militar cuya misión es la de elaborar un proyecto articulado del Código o Códigos referentes a la justicia militar antes de un año, en el que se reflejen debidamente los principios del orden constitucional nacional.” (Subrayado del autor). Por otra parte, el autor citado desconoce que la Constitución tiene efectos derogatorios radicales de las normas anteriores incompatibles con la misma, y no resulta compatible con la Constitución dictar, tras su entrada en vigor, bandos militares incriminadores o punitivos en base a una atribución legislativa preconstitucional y contraria a su sistema de fuentes, como es el artículo 181 del CJM y el 39 de la LOP. Tales artículos deberían haber sido considerados derogados en la parte afectada, o bien interpretados de modo conforme a la Constitución, reduciendo su alcance al de ser, a lo sumo, normas autorizantes de atribución de competencia por razón del delito a la autoridad militar. En este sentido, Cerezo Mir, en la 2.^a edición de su Curso, Madrid, 1981, anterior a la Ley orgánica 4/1981; también Barbero Santos, quien niega a los bandos la posibilidad de establecer la pena de muerte, incluso en tiempos de guerra, lo que reserva a una ley orgánica. Véase* *La pena de muerte en la Constitución*, en Sistema 42, 1981, p. 54.

108 Véanse en este sentido Cruz Villalón, “El nuevo derecho de excepción (Ley orgánica 4/1981, de 1 de junio)”, en *REDC I*, 2, 1981, pp. 93 y ss., pp. 120 y s. A esta misma conclusión llegaba Higuera Guimera, al tener en cuenta los que entonces eran artículos 49 y 50 del Proyecto de ley de Seguridad Ciudadana, del que trae causa la actual Ley orgánica 4/1981, véase La previsión constitucional de

puede decirse que, en materia penal, los bandos han sido reducidos a la condición de “hojas informativas”.

f) Leyes de las Comunidades Autónomas

Las leyes de las asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas no pueden regular la materia penal, por ser la legislación de este carácter, así como la penitenciaria, competencia exclusiva del Estado (art. 149.6), además de por operar sobre esta materia la reserva de ley orgánica del artículo 81.1. No obstante queda planteado el problema de la posible función de complemento de la legislación autonómica respecto de los tipos penales, tanto en lo que se refiere a los elementos normativos jurídicos del tipo penal como a las “remisiones” que el propio legislador estatal pueda hacer en la configuración del tipo a la legislación autonómica. Los límites de la indirecta relevancia penal de estas normas legales se han de establecer en concreto, en aplicación de los criterios que se han propuesto como complemento y adecuación del significado “absoluto” de la reserva de ley.

g) Problema de la validez formal de las disposiciones legales anteriores a la Constitución

El Tribunal Constitucional ha declarado en sentencia de 7 de mayo de 1981, apartado 7 (RA-11) que “el principio de legalidad que se traduce en la reserva absoluta de ley no incide en disposiciones o actos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad al momento en que la Constitución fue promulgada”. Efectivamente, la Constitución, al establecer una nueva disciplina para los modos de producción del Derecho opera sólo ex nunc y no deroga las normas producidas válidamente

la pena de muerte, Barcelona, 1980, p. 47. De vicio de inconstitucionalidad adolece el número 5 del artículo 286 del CJM, modificado por la Ley orgánica 9/1980 en otros apartados pero no en éste, que permanece en la redacción anterior a la Constitución: “También se considerarán reos del delito de rebelión militar los que así se declaren en leyes especiales o en los bandos de las autoridades militares”. Declarar rebeldes a personas y hechos distintos de los tipificados específicamente en el artículo 286 es ampliar las conductas punibles, tarea que compete tan sólo a la Ley orgánica. El precepto, en lo que afecta a los bandos debe interpretarse de modo conforme a la Constitución: el bando únicamente puede “señalar” preventivamente —y no calificar— hipotéticos rebeldes; la condición de tales, a efectos del artículo 286, sólo puede establecerse por sentencia judicial que estime realizados los elementos típicos del citado artículo en sus estrictos términos. Las leyes especiales que en él se mencionan deben entenderse ad futurum como leyes orgánicas, especiales tan sólo por razón de la materia. Sobre los efectos no “convalidantes” de la Ley orgánica 9/1980, véase nota anterior.

según el modo de producción anterior¹⁰⁹, siempre y cuando su contenido normativo no se oponga a la Constitución, en cuyo caso operan los efectos de la derogación¹¹⁰.

La última de las “leyes” penales preconstitucionales, el Real Decreto 45/1978, de 21 de diciembre (BOE de 23 de diciembre), que sustituye la pena de muerte —por la de treinta años cuando prevista como pena única y por la de privación de libertad hasta treinta años cuando apareciere conjunta con la de privación de libertad— en el Código de Justicia Militar, en las Leyes Penal y Procesal de la Navegación Aérea y Penal y Disciplinaria de la Marina Mercante, plantea dos problemas diferentes. El primero es el de su validez formal —adecuación al sistema de fuentes de la Constitución, habida cuenta de que su disposición final ordenaba su entrada en vigor “el mismo día que la Constitución”. El hecho de que su publicación —y si la publicación basta para considerar a la norma como nacida al mundo del Derecho— fuera anterior a la de la Constitución (23 de diciembre de 1978 y 29 de diciembre de 1978, respectivamente) podría permitir afirmar su validez formal. Problema distinto es el que presenta su artículo segundo, en la parte en la que establece la pervivencia de la pena de muerte en tiempos de guerra en las citadas leyes de Navegación Aérea y de la Marina Mercante. Tal previsión incurre en inconstitucionalidad material, en cuanto vulnera lo dispuesto en el artículo 15 de la norma fundamental, en la medida en que declara abolida la pena de muerte en todas las leyes con la sola excepción de lo que dispongan las leyes penales militares para tiempos de guerra y es el caso de que las dos mencionadas leyes no son leyes penales militares¹¹¹. Si se acepta la validez formal del Real Decreto-ley que se comenta —por su carácter “anterior” a la Constitución— la oposición entre lo dispuesto en el mismo y en el artículo 15 de la Constitución, determina, en virtud de la disposición derogatoria número 3, que la cláusula de pervivencia de la pena de muerte en las dos mencionadas leyes ha de considerarse derogada.

109 Cfr. Rubio Llorente, *La Constitución como fuente del Derecho* en *La Constitución española y las fuentes del Derecho I*, cit., p. 57, García de Enterría, *Curso*, I, cit., p. 109. Repárese en la condición de que han de haber sido producidas válidamente conforme al sistema de fuentes anterior a la Constitución. Sobre el control judicial de la validez de la legislación delegada, empleada a menudo en la producción de normas penales en el régimen anterior, véase García de Enterría, *Legislación delegada, potestad reglamentaria y control judicial*, Madrid, 1970, passim. Señala Rodríguez Devesa, *Parte General*, 1981, cit., p. 171, que el ejercicio de estas facultades judiciales de control no se ha extendido a la esfera penal, pero parece haberse iniciado una dinámica nueva a partir de la sentencia de 2 de julio de 1980, Sala 2.^a, véase también en sentido, la de 3 de abril de 1981.

110 Disposición derogatoria, ap. 3, de la Constitución. Cfr. Cobo y Vives, *Derecho penal*, I, cit., p. 134. El control material de la legislación es problema diferente del que plantea la reserva de ley (control formal).

111 En este sentido Higuera Guimerá, *Ob. cit.*, pp. 33 y s. y sobre el concepto de leyes penales militares, pp. 36 y ss.

Regresando a la cuestión inicial, la no inconstitucionalidad por razón de la fuente de las normas penales anteriores a la Constitución se ha de manifestar, sin embargo, que produce una cierta desazón la consideración tan estrictamente formal de la reserva de ley. No puede olvidarse que más allá de su fundamento organizativo-competencial, la reserva de ley en materia penal posee una fundamentación política de singular trascendencia: la de garantizar que la selección de los bienes jurídicos a tutelar penalmente y la definición de los delitos y de las penas se corresponda con la Voluntad general, y resulta obvio que el vigente sistema punitivo no ofrece tal correspondencia. Prueba de ello es la existencia de preceptos largo tiempo inaplicados, la extremada gravedad de las penas previstas para determinados grupos de delitos, la pervivencia de incriminaciones cuya razón de ser o cuyo ámbito sancionador son discutidos en amplios sectores sociales, así como, por el contrario, las lagunas de punibilidad para conductas de grave dañosidad social.

A mi entender, al menos en materia penal, la Constitución comporta un principio de vinculación política a la reforma de nueva planta de la legislación penal. Y estimo que se trata sólo de vinculación política porque la Constitución no incorpora instrumentos jurídicos para, recurrir contra omisiones del legislador. Los efectos negativos de la pervivencia tras un radical cambio constitucional de un Derecho penal originado por las viejas y no democráticas fuentes de derecho se han puesto de manifiesto en otros países, como es el caso de Italia¹¹². La experiencia, estimo, debe servir de lección entre nosotros.

112 La pervisión del sistema de fuentes es señalada como el más grave de dichos efectos. Véase Neppi Modona y Violante, *Poteri dello stato e sistema penale*, Turín. 1978, pp. 32 y ss.; Bricola, *Legalità e crisi*, cit., pp. 197 y ss. Se abre así a la “constitucionalización” de facto o de iure de lo que en Francia, por obra de la constitución de 1958, se ha llegado a denominar “la humillación de la ley”. Vid. Merle y Vitu, *Traité de Droit Criminel*, cit., p. 234

LA DISTINCIÓN ENTRE CUESTIÓN DE MERA LEGALIDAD ORDINARIA Y CUESTIÓN CONSTITUCIONAL¹

En la resolución de los recursos de amparo el Tribunal Constitucional Español recurre de modo sistemático a la distinción entre cuestiones de legalidad ordinaria y cuestiones de relevancia constitucional —o cuestiones de constitucionalidad y cuestiones de mera legalidad— para discriminar de entre los casos que llegan a su conocimiento los que merecen su intervención.

Existe para el Tribunal una zona de la vida del Derecho que es propia, exclusiva y excluyente de la jurisdicción ordinaria. En lo penal esta zona sería sustancialmente la de la determinación de los hechos, su subsunción en la norma y la correspondiente calificación jurídico penal.

1. Resulta a primera vista evidente que la determinación de los hechos es competencia exclusiva de la jurisdicción ordinaria (v. en general STC 21/1982,2; 46/1982,1; 23/1985,2; 38/1985,2; 70/1986). Así lo dispone expresamente el artículo 44.1.b) de la LOTC y, de acuerdo con ello, el TC declara repetidamente que la constitucionalidad no es una tercera instancia, o una segunda, si no se admite como tal a la casación (STC 105/1983 (caso “Vinader”), 1, y 51/1985”).

Ahora bien, como el propio TC aclara: “la prohibición de “conocer” de los hechos concierne a la acepción técnico-procesal de este vocablo que alude a la

1 Publicado por primera vez en *Revista Derechos Fundamentales y Justicia Penal*, 1992, pp. 567-575, Juricentro, Costa Rica.

atribución de competencia. No se trata de prohibición de conocimiento en sentido de ilustración o análisis reflexivo de los antecedentes que puede resultar positivo e incluso necesario para fundar la resolución (STC 46/1982,1). Puede enmendarse lo dicho afirmándose de modo rotundo la necesidad de dicho conocimiento. La moderna hermenéutica ha puesto en evidencia que la aplicación de las normas es concretización, es decir, aplicación de casos o grupos de casos, formando parte los casos y sus hechos de la propia norma, como elementos co-constitutivos de ésta². La corrección de esta tesis se evidencia, por ejemplo, en la débil productividad de los repertorios de jurisprudencia que prescinden de la relación de hechos probados.

El Tribunal se satisface en este punto con que los hechos hayan sido fijados por el órgano judicial de acuerdo con las reglas del derecho de la prueba, de su práctica mínima y de su valoración (STC 30-1-81,2; 2/1982,2; 46/1982,1; 23/1985,2; 38/1985,2; etc.).

El de la apreciación de los hechos sería, pues, un campo propio de las cuestiones de legalidad —o mejor— de jurisdicción ordinaria.

2. También con rotundidad el TC manifiesta que “de conformidad con constante doctrina constitucional la labor de selección, interpretación y aplicación de las disposiciones a los supuestos singulares corresponde exclusivamente a los órganos integrados en el Poder Judicial (46/1982,1; 89/1983,2 (concurso ideal); 127/1984,4; 51/1985,1; 180/1985,3)].

A esta regla general el TC formula excepciones, y en su formulación se produce una grave indeterminación que requiere una cuidada elaboración dogmática. Así, por ejemplo, en ocasiones formula la excepción haciendo referencia a cuando los razonamientos fundamentadores de la decisión judicial constituyen en sí mismos “violación de un derecho constitucionalmente amparable” [STC 71/1984,4), o a cuando “aplican normas contrarias a la Constitución... (o) las interpretan de modo incompatible con ésta” [54/1986,)³.

La variada casuística permite distinguir diversos grupos de casos y problemas:

2 Vid. Hesse, “La interpretación neoconstitucional”, en *Escritos de Derecho Constitucional*, Madrid 1983, p. 43 y ss.; Hesse; *Escritos de Derecho Constitucional*, traducción de P. Cruz Villalón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1992.

3 Podrían añadirse aquí parte de los supuestos en los que el Tribunal aprecia falta de motivación suficiente, argumentación a través del, cual el T.C. logra de modo indirecto anularla resolución judicial sin renunciar a su principio de no intervención en el ámbito de la subsunción. Estos son los casos, p. ej., en los que el T.C. anula por haber omitido el juzgador la ponderación de bienes en los casos de conflicto de derecho fundamentales (STC 104/1986).

2.1. Otro grupo de problemas se identifica en los casos de *aplicación defectuosa o errónea* de la ley.

La sentencia 89/1983 (concurso ideal) declara que “es cierto, claro está, que una aplicación defectuosa de la ley penal puede implicar también, eventualmente, la vulneración de un derecho constitucionalmente garantizado, protegido mediante el recurso de amparo, pero ni la Constitución garantiza, ni el recurso de amparo protege el hipotético derecho, que aún (en el caso) se conecta con el principio de legalidad penal, a obtener de los Tribunales de justicia decisiones que coincidan con el criterio que los mismos justificables tienen sobre la cuestión”⁴.

En otro supuesto (STC 254/1988) el Tribunal Constitucional manifiesta que “no corresponde a este Tribunal examinar la subsunción de los hechos bajo un determinado supuesto legal, a no ser que, como ocurre en el presente caso, en el ejercicio de dicha función pueda el órgano judicial competente haber producido la vulneración de algún derecho reconocido en la Norma Fundamental. En efecto, en el caso el órgano judicial había condenado como delito de coacciones laborales a miembros de un piquete informativo de huelguistas no violento, por lo que al subsumir la conducta en el tipo de artículo 496.2 del C.p. se vulneraba el derecho fundamental a la huelga del artículo 28 CE.

En el mismo sentido, al STC 127/1984, al comprobar la aplicación de las normas de la prisión provisional, declara que “si bien es cierto que la interpretación de las normas de la prisión provisional declara que “si bien es cierto que la interpretación de las leyes corresponde a los Tribunales ordinarios... también lo es que ese margen de interpretación tiene un límite fijado precisamente para que a través de ella no se llegue a una consecuencia contraria a una norma constitucional”. También al abordar el problema de la exclusión de los militares del beneficio de la condena condicional a uno que había dejado de serlo, manifiesta que “si la decisión judicial no incide sobre un derecho fundamental sustantivo ni aparece, de otro modo, carente de la debida fundamentación en Derecho (art. 24.1 CE) o discriminatoria, este Tribunal no podrá considerarla, preliminarmente, como acto lesivo...”(STC 180/85).

4 Con este argumento rechaza entrar a conocer la alegación del condenado en aplicación de las reglas del concurso ideal interpretadas de modo incorrecto —en su opinión— y en su perjuicio. Igual argumentación empleó en la solución del “caso vinader” (STC 105/1983). Vid sobre esta cuestión García de Enterría, “Principio de legalidad, Estado material del Derecho y facultades interpretativas y constructoras de la jurisprudencia en la Constitución”, en *Reflexiones sobre la Ley y los Principios Generales del Derecho*, Civitas, 1984. Pág. 85; Esteban Gómez, “¿El Tribunal Constitucional, Tercera instancia?”, en *La Ley 1984* (30 de marzo).

2.2. De los anteriores hay que diferenciar otro grupo de casos; el de los supuestos en los que existen dos o más *interpretaciones alternativas* de un mismo precepto penal.

El TC ha abordado este problema en un supuesto en el que se discutía cuál sea la pena inmediatamente inferior en grado a la de arresto mayor y multa prevista para las lesiones del arto 420.4, a efectos de lo dispuesto en el artículo 565.4 como límite a la pena del delito imprudente, es decir, si la que procede en la pena de arresto mayor o la de multa. Pues bien, con tal ocasión el TC (STC 17/1988) declara que en los supuestos en los que existen dos o más interpretaciones posibles de un precepto penal el control de constitucionalidad debe limitarse a, 1º) verificar la existencia de previsión legal de la norma y la sanción aplicada, es decir, verificar el respeto al principio legalidad y, 2º) comprobar que en la resolución sancionadora —en la elección de la interpretación y en su motivación— no hay “manifiesta irracionalidad”.

3. En todo lo expuesto hasta ahora no se puede captar todavía una línea neta línea de distinción por parte del Tribunal Constitucional para diferenciar cuáles sean las cuestiones de mera legalidad ordinaria y cuáles las de relevancia constitucional, susceptibles o merecedoras de una intervención correctora en recursos de amparo. Procede, pues, examinar la casuística jurisprudencial en la que se ha abordado la pretendida distinción.

Así, el Tribunal Constitucional ha considerado *cuestiones de mera legalidad* las siguientes: la interpretación de las reglas del concurso ideal del artículo 71 del C.p. (STC 89/1985); la determinación de la pena inferior en grado a la de las lesiones menos graves del artículo 420,2 C.p. cuando se cometen imprudentemente (STC 17/1988,3); la definición del carácter de las personas en orden a la aplicación del tipo de desacato (STC 48/1987); la calificación o no como autoría o complicidad con base en la declaración de hechos probados (ATC 22-1-1986); la procedencia o no de declarar la prescripción del delito (STC 152/1987 y 255/1988); la no procedencia de la “exceptio veritatis” en las injurias al Gobierno del artículo 161 c.p. (STC 52/1985).

Veamos ahora los casos que el Tribunal Constitucional considera de relevancia constitucional que son los menos:

—Caso del “Alcalde ofendido”:

El órgano judicial condenó por injurias al autor de un artículo periodístico de crítica a la actuación municipal del Alcalde de Soria. El TC otorga el amparo porque el órgano judicial no tomó en consideración el conflicto entre libertad de expresión y de honor y no llevó a cabo la oportuna ponderación de bienes en el caso concreto. La sentencia no hizo la menor alusión al derecho fundamental invocado por el denunciado (STC 104/1986,6 Y 7).

—Caso del objetor escéptico ante la Justicia:

Un objetor de conciencia al servicio militar fue condenado a siete y en un artículo periodístico manifiesta su crítica porque a él los jueces le meses de prisión hayan impuesto tal pena mientras que “se castigó con un mes de arresto a un Capitán de ilustre apellido que llamó cerdo al Rey”, a lo que siguió un duro reproche a “una parle los jueces” respecto de los cuales —dijo— “nada puede obligarles a hacer Justicia”. El objetor fue condenado por ello como autor de injurias graves a la Administración de Justicia, frente a la que recurrió en amparo. El TC identifica el caso como conflicto entre libertad de expresión y el derecho al honor, reprocha al órgano judicial no haber procedido a una ponderación de bienes correcta y, por estimar que en el caso debe prevalecer la libertad de expresión, anula la sentencia y otorga el amparo STC 108/1988,3).

—Caso del “Diario Egin”:

Su director fue condenado por la publicación de dos comunicados de ETA como autor de dos delitos de apología del terrorismo, penados en el artículo 1^o del Real Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero. El TC estima que se trata de un conflicto entre libertad de expresión y la tutela penal de la seguridad del Estado a través del delito de apología y que en el caso concreto el órgano judicial ha interpretado la ley penal como un límite absoluto del derecho a informar del art. 20, Id., limitando a éste en modo incompatible con su contenido constitucional, por lo que otorga el amparo (STC 159/1986).

—Caso del “piquete de huelga”

Unos trabajadores en huelga fueron condenados por delito de coacciones laborales, art. 496,2 c.p., acusados de encabezar a un grupo de huelguistas, alguno de los cuales —no identificados— profirieron amenazas contra el empresario. El TC estima la existencia en el caso de un conflicto entre la libertad y la seguridad, que protege el delito de coacciones, y el derecho de huelga que el órgano judicial ha resuelto indebidamente contra el derecho fundamental, pues la argumentación de la sentencia permite la condena como coacción de toda huelga, al satisfacerse con la constatación de una “intimididad moral” sin exigir una especial cualificación de medios o formas empleadas para la misma (STC 254/1988).

4. En lo expuesto se recogen todos los casos de relevantes recursos de amparo⁵ en los que el Tribunal ha abordado problemas de aplicación de Derecho penal sustantivo, con exclusión de los problemas de garantía del principio de legalidad. Con ello estamos en condiciones para intentar esclarecer el criterio o criterios a partir

5 Se excluyen los casos resueltos por sentencias en recursos y cuestiones de inconstitucionalidad porque en estos no son su objeto resoluciones judiciales y por tanto, no hay lugar a la distinción entre cuestiones de mera legalidad ordinaria y de relevancia constitucional.

de los cuales el TC discrimina entre cuestiones de mera legalidad ordinaria y los de relevancia constitucional.

El único criterio que sin dificultad puede deducirse de las características comunes del grupo de casos reseñados es el de que se trata en ellos de la aplicación de tipos penales de los que hemos denominado “de conflicto interno”, tipos que incriminan conductas que en principio aparecen como manifestaciones de derechos fundamentales pero que en su concreta realización colisionan —al menos en la decisión judicial— con prohibiciones penales: libertad de expresión frente a injurias apología, derecho de huelga frente a coacciones. Sólo en estos supuestos de tipos de conflictos internos el TC considera que el problema de la calificación jurídica de los hechos no es un asunto exclusivo de la jurisdicción ordinaria. Cualquier otro asunto tiene pocas perspectivas de ser abordado en vía de amparo por el Tribunal Constitucional.

Si esto es así —y no lo es inevitablemente, pues es necesario atender una más prolongada práctica del TC— puede afirmarse que el TC ha llevado a cabo una drástica restricción del control constitucional de la aplicación del Derecho penal sustantivo en vía de amparo, concediendo éste en exclusiva a todos aquellos derechos fundamentales que no son —precisamente— la libertad personal y el honor de los acusados, lo que resulta paradójico.

En efecto, la aplicación de un precepto penal que fundamenta una condena o una agravación comporta siempre la lesión de un derecho fundamental del afectado: la libertad personal y el honor, este último en el supuesto de cualquier pena y el primero, también en todo caso en su dimensión general en cuanto que representa una restricción de la libertad de actuar y, en su dimensión de libertad ambulatoria en los casos en los que la condena sea a pena privativa de libertad. Estas lesiones de derechos fundamentales son lesiones justificadas *ex lege* en principio, es decir siempre que la condena se adecúe a Derecho, tanto al derecho sustantivo —calificación jurídica del hecho— como al procesal-reglas del juicio justo—. La lesión de los Derechos fundamentales resulta injustificada si la calificación jurídica del hecho es contraria a derecho y, sin embargo, no hay amparo constitucional de esos derechos fundamentales directamente afectados por la pena.

La razón que inspira este criterio es sin duda la de evitar que toda infracción de ley en materia de derecho penal sustantivo de lugar a recurso de amparo, constituyéndose así una segunda casación en sentido estricto. El propósito es laudable pero, no obstante, debe modularse de tal forma que no impida el acceso al control constitucional de los casos más graves. De hecho el propio TC ha formulado excepciones —como se ha indicado *supra* aunque no las logre categorizar: “cuando los razonamientos fundamentadores de la decisión judicial constituyen en sí mismos violación de un derecho constitucionalmente amparable”. “cuando aplican normas contrarias a la Constitución o las interpretan de modo incompatible con ésta”, etc.

5. Como concreción de tales excepciones en sentencias de recursos de amparo no referidos a casos de aplicación de “tipos de conflicto interno” puede mencionarse los siguientes:

—Caso del aborto en el extranjero”

La STC 75/1984, en recurso de amparo, anuló la condena por aborto a quien lo había realizado en el extranjero, vulnerando los límites de la territorialidad de la ley penal y constituyendo una aplicación analógica de la misma, lo que declaró contrario al principio de legalidad del art. 25.1 CE (prohibición de la analogía). En este caso ampara frente a aplicación errónea de la ley penal, no lo considera cuestión de legalidad ordinaria porque se vulnera el derecho fundamental del art. 25.1.

—“Caso de la ley de control de cambios”

En la STC 140/1986, en recurso de amparo, se anuló la condena a pena privativa de libertad por delito monetario con fundamento en que la previsión de tal pena al no estar establecida por ley orgánica conculca el derecho fundamental a la libertad personal del art. 17.1 CE. Debe advertirse que en esta sentencia el T.C. ampara por lesión del art. 17.1 CE y no por lesión del principio de legalidad del art. 25.1, que también es un derecho fundamental, lo que tendría la virtud de la coherencia con la sentencia del caso anterior⁶.

Los dos casos mencionados muestran tanto la necesidad de superar el restringido concepto de cuestión de legalidad ordinaria como la falla de criterio seguro para abordarlo. Así, por ejemplo, puede mencionarse que el T.C. no llegó a considerar contrario al principio de legalidad y, en consecuencia, a otorgar a quien recurrió contra una sentencia que le aplicaba la entonces mera construcción jurisprudencial del delito continuado, agravando la pena, lo que era manifiesto que carecía de base legal, como así se reconoció por el propio legislador que la convirtió en derecho positivo (art. 69 bis c.p.) en la reforma de 1983 (STC 89/1983).

Tampoco el T.C. resolvió la cuestión de conflicto entre el tipo de aborto y el estado de necesidad que se planteó en la SCT 70/1985 (caso de la sentencia de la Audiencia de Bilbao) y que el T.C. llegó a considerar un mero problema de interpretación y aplicación de la normativa penal (V. sentencias citadas, F.J. S, in fine) desconociendo que la cuestión era propiamente un conflicto entre bienes y derechos constitucionales que requiere una ponderación que no hacía la ley ni el Tribunal Supremo, aunque sí la Audiencia de Bilbao en la sentencia de instancia, lo que vale tanto como decir que el tipo del artículo 411 es un tipo de conflicto interno y por

⁶ Debe recordarse que el mismo asunto fue aprobado por el T.C. con anterioridad en STC 251/1984, rechazando la cuestión de inconstitucionalidad y en la 32/1984 denegando el amparo.

tanto especialmente apto para ser considerado cuestión de relevancia constitucional en recurso de amparo. Con este planteamiento no se hubiera llegado a producir la sentencia del T.C. italiano por el que se reconoció la inconstitucionalidad de la no previsión de la indicación terapéutica en la legislación de la época (STC de Italia, de 18 de febrero de 1975)⁷.

En el mismo orden de cosas cabe preguntarse también por la suerte que hubiere corrido en un recurso de amparo el problema de la presunción de habitualidad de la receptación del artículo 509 del C.P. que la STC 105/1988, en cuestión de inconstitucionalidad, abordó y resolvió adoptando una interpretación conforme a la Constitución tan alejados del literal que comporta una auténtica mutación del precepto. El asunto, visto en recurso de amparo era claro candidato a ser considerado una cuestión de mera legalidad ordinaria.

El problema queda, pues, abierto al futuro de la jurisprudencia del T.C. y, con ello, queda abierto también el futuro del control constitucional de la justicia penal.

7 Vid. al respecto de todo ello, Arroyo Zapatero, “Prohibición del aborto y Constitución” en Mir Puig, *La despenalización del aborto*, Universidad Autónoma de Barcelona. Págs. 55-82.

EL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SUS PLASMACIONES. REFLEXIONES Y PROPUESTAS PARA CONSTRUCCIÓN DE UNA NORMATIVA¹

I. INTRODUCCIÓN

Los europeos de hoy presenciamos y protagonizamos a un tiempo las dos más grandes transformaciones estatales de la historia del occidente: la destrucción de un súper Estado como fue la Unión Soviética y la construcción de otro nuevo, la Unión Europea. Dos fenómenos de signo radicalmente contrario pero que tienen un aspecto común: los dos comportan un radical levantamiento de fronteras para los delincuentes y, a la vez, un cierre de las mismas para los órganos de represión penal.

En lo que a la Unión Europea se refiere resulta incomprensible para un observador externo hasta qué punto resulta contradictorio el fenómeno de unificación económica, política e incluso jurídica, con las dificultades y obstáculos para la unificación del orden penal, un orden que aparece refractario a la europeización, carácter cuya persistencia amenaza con introducir en la vida europea elementos de privilegio y arbitrariedad propios de la Europa medieval que, además de lesionar los valores de nuestra civilización, amenazan el orden económico que pertenece a la esencia de la Unión Europea: un mercado único regido por los principios de libre y leal competencia de los agentes económicos, un orden económico-jurídico incompatible con el principio de libre elección del Príncipe.

Cuanto más avanzan los procesos de unificación —y la instauración del Euro es capital— el estancamiento del orden penal y sancionador representa más un retro-

1 Publicado por primera vez en *Revista Penal*, nº 3, 1999, pp. 5-10.

ceso que un retraso. Los penalistas estamos llamados por ello a hacer un esfuerzo que no puede ser sólo teórico, sino también político criminal, lo que implica que debemos construir una estrategia y elegir una táctica.

El problema que aparece como principal para la unificación no es tanto el político, sino el de la defensa política de las diversas tradiciones o culturas jurídico-penales de los distintos países² y, en particular, de las dos grandes culturas en las que los países de la Unión Europea se agrupan: los países de tradición románica y germánica y los países del *Common Law*. Y en verdad la diversidad es radical, pues se trata de dos mundos con quizá las misma idea de Justicia, pero con una gran diferencia sobre los instrumentos y condiciones de la realización de la misma, especialmente de la Justicia penal.

El aparato conceptual y argumental, en definitiva, el llamado aparato dogmático del Derecho y la Justicia penal de la mayor parte de los países de la Unión resulta un idioma incomprensible para los países del *Common Law*³. Pero el problema de la diversidad de los idiomas y su carácter de problema no directamente superable no nos puede asombrar a los penalistas. Debemos ser conscientes de ello para establecer una estrategia que si su objetivo final puede ser la unificación de las lenguas jurídico-penales, en su dimensión táctica el objetivo final puede ser la unificación de las gramáticas. ¿Cual puede ser la fuente generadora de la gramática penal común europea? Vista la limitación productiva del Tratado de la Unión Europea creo que esa fuente generadora de la gramática común debe encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia y en los principios jurídicos básicos que este Tribunal ha ido elaborando como primer órgano natural común de todos los países de la Unión, así como, naturalmente, en la Convención Europea de Derechos Humanos y en la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo.

Pues bien, limitándome al tema objeto de mi contribución —el principio de culpabilidad y sus plasmaciones— me permito adelantar que el principio fundamental que estimo puede facilitar una gramática común a los diversos países es el principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad, conocido también en un momento anterior como principio de la prohibición del exceso ha experimentado en los últimos 30 años un considerable progreso de construcción dogmática y de expansión de sus campos de aplicación, particularmente a partir de la entrada en escena político jurídica y dogmática de la proscripción de la arbitrariedad (no razonabilidad) y de

2 Para un planteamiento de los problemas desde el euroescepticismo penal vid. Weigend, "Strafrecht durch internationale Vereinbarungen — Verlust an nationalen Strafrechtskultur?", *ZStW* 105 (1993), 774 y ss.

3 Por todos, George P. Fletcher, *The Grammar of Criminal Law: American, Comparative, and International*: Volumen I, Oxford University Press. 2007.

la expansión, en ocasiones entrópica, del principio de igualdad, en particular en su formulación y toma de fuerza a finales de los años 60⁴.

Con independencia de que ni siquiera hoy se puede entender que el principio ha alcanzado su plena madurez dogmática, su incidencia, desigual en relación a los diversos sectores del ordenamiento jurídico y desigual en sus formas de aparición, creo que debe entenderse como el producto más innovador de la jurisprudencia constitucional contemporánea.

Además, estimo que si hubiera que destacar un ámbito en el que la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Justicia ha sido más innovadora, y frente a su condición ordinaria de fuente débil de principios fundamentales (según algunos de debilitación de los principios básicos del Estado de Derecho Democrático más avanzados), creo que no habría que vacilar en proponer precisamente el principio de proporcionalidad. Y es a este principio al que quiero sacar provecho para abordar el asunto penal que se me encomienda: El principio de culpabilidad y sus consecuencias para una formulación europea.

En el ámbito de nuestros países de común cultura jurídica se reconoce en general la vigencia del llamado principio de culpabilidad. En su esencia original el principio proclama —frente al Derecho del Antiguo Régimen— la responsabilidad penal personal, frente a la colectiva, y la proscripción de la responsabilidad objetiva, mediante la exigencia de dolo o imprudencia en el comportamiento del autor. También se ha venido entendiendo el principio de culpabilidad como exigencia de una pena justa, proporcionada a la culpabilidad personal del autor del delito, frente a penas excesivas, desproporcionadas respecto de la gravedad del hecho y/o del reproche moral que el autor del mismo merece. Con el tiempo el principio general se ha venido enriqueciendo en sus plasmaciones político-criminales y en su sentido dogmático en el esquema argumental de la teoría del delito⁵.

El catálogo de plasmaciones del principio de culpabilidad es muy amplio. Son numerosas las plasmaciones del principio de culpabilidad en sentido amplio. Pero quiero referirme aquí a las que estimo más relevantes a los efectos de una regula-

4 Sobre el principio de proporcionalidad vid. Hirschberg, *Der Grundsatz der Verhältnissmäßigkeit*, Göttingen 1981; VV.AA., *Der Grundsatz der Verhältnissmäßigkeit in europäischen Rechtsordnungen*, Heidelberg 1985. Sobre el principio en el TEJ y en el TEDH vid. Kutscher, *Zum Grundsatz der Verhältnissmäßigkeit im Recht der europäischen Gemeinschaften*, en VV. AA., cit.; Pollak., *Verhältnissmäßigkeitsprinzip und Grundrechtsschutz in der Judicatur des Europäischen Gerichtshofs und des Österreichischen Verfassungsgerichtshofs*, Baden Baden 1991; Eissen (e. a.), “Le principe de proportionnalité dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme”, en *La Convention Européenne des droits de l’homme. Commentaires article par article*, Paris 1995.

5 Para una exposición general de la situación del principio de culpabilidad en el Derecho penal europeo sigue siendo válido Jescheck, *Myazawa Festschrift*, p. 368 y ss., con la corrección de las novedades del posterior nuevo Código penal español de 1995.

ción común europea del Derecho penal económico: 1/ la exclusión de la responsabilidad objetiva y la correlativa exigencia de dolo o imprudencia; 2/ la exigencia de admisión de consecuencias exonerantes o atenuantes de la pena en los diversos supuestos de error y 3/ las consecuencias procesales de la exclusión de la responsabilidad objetiva.

II. LA EXIGENCIA DE QUE EL HECHO DELICTIVO HAYA SIDO COMETIDO DOLOSAMENTE O, AL MENOS POR IMPRUDENCIA

Aún cuando hay zonas de ambos conceptos que resultan discutidas —dolo eventual y culpa consciente, incluso los propios conceptos como tales⁶—, en lo que hay pleno acuerdo es en la exclusión de la responsabilidad objetiva, es decir en el rechazo a la imposición de una pena por un hecho a quien no resulta tal hecho imputable por no haber sido dicho hecho querido por el sujeto o no ser resultado de un comportamiento peligroso y contrario al deber de cuidado⁷.

La exclusión de la responsabilidad objetiva comporta no sólo la de las más burdas y arbitrarias imputaciones de hechos puramente casuales o resultados de fuerza mayor, sino también la de las llamadas manifestaciones ocultas⁸ de responsabilidad objetiva:

- Los delitos cualificados por el resultado.
- Los delitos preterintencionales.
- Los sistemas en los que la proclamación de la exigencia de dolo o imprudencia no viene acompañada de la exigencia de una prueba en juicio, a cargo de la acusación, de la efectiva concurrencia del dolo o la imprudencia, lo que acontece también los supuestos de presunciones de dolo o de imprudencia.

Podrá advertirse que ni los delitos cualificados por el resultado en Alemania ni los preterintencionales en Italia se reputan contrarios al principio de culpabilidad. La razón es doble: los delitos cualificados por el resultado derivados del sistema del *versari in re ilícita* han sido corregidos por la exigencia de relación de imprudencia respecto del resultado y, además, gracias al sistema de determinación legal de la

6 Resulta de interés, no obstante, señalar como dentro de la imputación subjetiva existe una divergencia significativa en relación con la dogmática del dolo vid. Lorenzo Copello, *Dolo y conocimiento*, Tirant lo Blanch, 1999.

7 Todavía mantienen sistemas de responsabilidad objetiva numerosos países en diferentes áreas como Inglaterra, Dinamarca, Francia y Grecia. Vid. Hildebrandt, *Der Irrtum im Bussgeldrecht der Europäischen Gemeinschaften*, 1990, p. 91 y ss. Tiedemann, “Principes généraux applicables aux sanctions communautaires”, en *The system of administrative and penal sanctions in the member states of European communities*, vol. 2, European Commission, 1994, p. 26 y ss.

8 Sobre la categoría de las “manifestaciones ocultas” de la responsabilidad objetiva vid. Mantovani, “Responsabilità oggettiva e responsabilità soggettiva”, en *II Jornadas italo-franco-luso españolas de Derecho penal, Ávila-Alcalá de Henares*, Ávila 1981, p. 125 y ss.

pena, la pena en estos delitos no resulta desproporcionada. En España con el sistema de penas tradicional la cláusula de la imprudencia no corregía la desproporción de la pena en tales delitos y por ello el nuevo código ha suprimido todos los supuestos⁹.

Creo que en Italia ocurre algo parecido con los delitos preterintencionales¹⁰: la pena resultante no parece desproporcionada a la gravedad de la conducta del combinado delito base/resultado ulterior no querido, es decir no resulta desproporcionada con lo que resultaría de un tratamiento de concurso ideal entre el delito base doloso y delito imprudente de resultado.

Con lo dicho quiero llamar la atención respecto de que el juicio sobre la adecuación o no de estas dos variantes de la imputación subjetiva se resuelven por un juicio de proporcionalidad entre el desvalor de las conductas y las penas que efectivamente corresponden.

III. LA ADMISIÓN DE CONSECUENCIAS EXONERANTES O ATENUANTES DE LA PENA EN LOS SUPUESTOS DE ERROR

Más allá de la moderna concepción dogmática de los errores de tipo y de prohibición, lo que resulta evidente es que la moderna proclamación del principio de culpabilidad supone la exclusión de responsabilidad del que comete el delito sin quererlo ni saberlo, y sin poderlo saber. Tradicionalmente se diferenció entre error de hecho y error de derecho (*error iuris*) y hoy se distinguen entre error de tipo y error de prohibición. Es bien conocido que se trata de conceptos diferentes, pues cada pareja se aplica a estructuras conceptuales diferentes. Pero lo que importa es la novedad jurídico cultural actual: mientras que históricamente se admitió la relevancia del error de hecho —para eximir la pena o, en su caso, reducirla a la propia del delito imprudente— y se negó relevancia al *error iuris* (*error iuris nocet*), la convicción jurídica del presente proclama que el error invencible de hecho y de derecho excluye la responsabilidad —penal—, y lo único que se discute son las consecuencias que deber tener el error vencible o culpable de derecho, es decir de prohibición—. Y es más, lo único que se discute en realidad son las consecuencias que deben atribuirse en la determinación de la pena a los supuestos de error de prohibición: atenuación obligatoria o facultativa y grado de atenuación¹¹.

En realidad lo que se discute entre los partidarios de la teoría del dolo o de la culpabilidad es la cuestión de la pena y, en fondo, lo que se maneja son dos argumentos extrasistemáticos: el juicio de proporcionalidad y el de las necesidades

9 Vid. por todos Diez Ripollés, “Los delitos calificados por el resultado y el art. 3º del Proyecto de CP español de 1980”, en *ADPCP*, 1982, p. 627 y ss.

10 Sobre los delitos preterintencionales vid. Mantovani, *Diritto penale*, CEDAM, 1992, p. 357 ss.

11 Sobre el tratamiento del error en los diferentes países vid. Obra de Hildebrandt cit., sobre el TJCE vid. Nieto Martín, *Fraudes comunitarios*, Praxis, 1996, pp. 193 y ss.

preventivas. En cuanto al primero, desde la consideración de que la conducta realizada en error vencible de prohibición es menos grave que la conducta con plena conciencia de la antijuricidad, los partidarios de la teoría del dolo pretenden excluir la pena del dolo y reducirla a la de la imprudencia, y los partidarios de la teoría de la culpabilidad, ante el posible debilitamiento preventivo general de la norma a que lleva el tratamiento anterior, proponen la atenuación sólo facultativa u obligatoria de la pena del dolo.

Que esto es así, es decir, que lo que se está discutiendo es sobre todo de proporcionalidad¹² y de prevención general se manifiesta plásticamente en el hecho de que los partidarios de la teoría de la culpabilidad cuando salen del derecho penal nuclear y se enfrentan al derecho penal accesorio o a los errores sobre elementos legales, extrapenales de las normas penales en blanco, y advierten el exceso desproporcionado de la pena a que lleva su teoría, propugnan la aplicación a estos errores sobre normas extrapenales de la teoría de dolo, es decir, sólo se responde con la pena menor del delito imprudente y eso si éste existe¹³.

A su vez y como consecuencia del proceso inflacionario de errores de tipo derivado del desarrollo dogmático de la teoría de los elementos normativo-jurídicos del delito —particularmente epidémico en Derecho penal económico— y que convierte en errores de tipo, sin un correlativo tipo imprudente, y, por tanto, en conductas impunes, lo que en realidad son o antes eran errores de prohibición, los partidarios de la teoría de la culpabilidad que conocen bien el Derecho penal económico, conscientes del déficit preventivo general que en éste ámbito provoca la impunidad de las conductas de error sobre los elementos normativos, proponen a veces con éxito —como en el caso de las estafas de subvenciones— la creación de tipos imprudentes, a modo de tipos de recogida, a fin de que la verdad dogmática no se convierta en el principal factor criminógeno.

El hilo conductor hacia una salida nos lo pueden proporcionar las reflexiones siguientes: Quienes pertenecemos al círculo de la teoría del delito no podemos reprochar razonablemente a las legislaciones que se mantienen en el *error iuris nocet* no es que vivan en el error —dogmático—, pues es reproche para ellos irrelevante, ya que carecen de toda conciencia de la antijuricidad al respecto y, además, de modo “inevitable” (*unverschuldt*), pues no tienen modo de alcanzar súbitamente dicho conocimiento. Lo que podremos reprocharles nosotros es que

12 El argumento de la proporcionalidad se ha aplicado en Derecho penal prácticamente solo al problema de la proporcionalidad de las penas, ya desde Beccaria. Un debate interesante, aunque frustrado, sobre la relación entre los principios de culpabilidad y de proporcionalidad en Derecho penal fue el de Ellscheid/Hassemer y Arthur Kaufmann, vid. síntesis en Roxin, *Strafrecht*, A. T., 3, 52, p. 43.

13 Vid. por todos, Tiedemann, *Lecciones de derecho penal económico*, Barcelona 993, p. 158 y ss. y Martínez Bujan, *Derecho penal económico, Parte General*, Tirant lo Blanch, 1998, p. 181 y ss.

imponen penas desproporcionadas a la respectiva gravedad de las conductas pues, lo más grave, en unos casos, en los de error inevitable de prohibición, penan a quien desconocía por completo y de modo inevitable la antijuricidad de su conducta con la misma pena con la que castigan a quien es plenamente consciente de ello. Y lo que resulta —no tan grave—, en otros casos —los de error evitable de prohibición—, castigan a quien podía haberse informado de lo antijurídico de su actuar y no lo hizo por falta de diligencia, con la misma pena con la que castigan a quien se informó y, a pesar de saber que su conducta era antijurídica, cometió el delito.

En definitiva, lo que podemos reprochar a los colegas y legisladores que viven en la oscuridad con alguna posibilidad de que nos escuchen y nos entiendan es su actuar desproporcionado y, en definitiva su arbitrariedad y su desprecio al principio de igualdad. Y de estos argumentos sí que entienden, entre otras razones porque tienen oportunidad de leer y comprender en su propia lengua las sentencias del Tribunal Europeo de Justicia, en cuya elaboración inclusive participan y, además, lo hacen creativamente.

Si esto es así, la tarea para una regulación del error en un *corpus iuris* jurídicamente multicultural es el decidir que niveles de gravedad revisten las conductas que incurren en los tipos de error y definir para ellos unas consecuencias jurídicas al margen de la “correcta” solución dogmática.

Así creo que se puede formular lo siguiente:

1. La conducta más grave es la conducta dolosa, por eso la tradición atribuye al delito doloso una pena más grave que al delito correspondiente al delito imprudente. Es a partir de la pena del dolo desde donde hay que comparar las penas que corresponde a las variantes subjetivas de los diversos tipos de error y al delito imprudente.

2.1. La conducta menos grave es la conducta en la que no hay rastro de dolo ni de imprudencia (ni fundamento de reproche moral o jurídico alguno): la conducta impune por atípica. Por ello deben ser impunes como delito doloso las conductas realizadas por un error inevitable de tipo, pues no hay rastro ni de dolo ni de imprudencia ni posibilidad de reproche moral o jurídico alguno.

2.2. Por lo mismo debe ser impune la conducta que realiza el tipo penal en error inevitable de prohibición. Pues si no pudo evitarlo es tan irreproachable su conducta personal como la de quien realiza una conducta que no constituye delito alguno.

Castigar en ambos supuestos sería un exceso arbitrario sobre el sentido jurídico de las normas penales (tanto en el sentido de normas de justicia, como en el sentido normas de motivación de las conductas humanas). Sería tan arbitrario y desproporcionado como, en otro ámbito del debate dogmático, castigar a quien mató a la mosca de Welzel/Hirsch.

3.1. Si el error que determina al sujeto es un error evitable de tipo, su conducta no puede castigarse con la pena del dolo, pues en el caso de error no hay conceptualmente dolo, y no sería proporcionado castigar la misma conducta cuando hay dolo y cuando no lo hay. Sólo podemos castigar esa conducta en error de tipo sí por si misma constituye un delito imprudente, en el que la pena reprocha la infracción de un deber objetivo de cuidado, lo que comporta siempre una pena menor a la del correlativo tipo doloso.

3.2. Si el error que determina al sujeto es un error evitable sobre la prohibición, es evidente que sería desproporcionado dejarlo impune, como si se tratase de un error inevitable y, a la vez, resultaría desproporcionado castigarle con la misma pena (en toda su extensión) que si el sujeto hubiere realizado la conducta con plena conciencia de su antijuricidad. Es pues evidente que razones de proporcionalidad exigen castigar a quien actúa con error culpable de prohibición con pena menor a la de quien actúa a sabiendas de ello. Si a este último le corresponde un determinado marco penal con un máximo y un mínimo, la pena del supuesto de error de prohibición debe ser inferior al mínimo. (Es decir, el sistema español de la pena obligatoriamente atenuada). Cuando lo que la Ley dispone es que en el error de prohibición si cabe la pena mínima del delito doloso (hasta la pena mínima, o exclusión sólo de la pena más grave o de su marco superior no se está siendo consecuente con el principio de proporcionalidad, sino que han entrado en juego consideraciones pragmáticas de prevención general o relativas a dificultad objetiva para probar por parte de la acusación que el error no existió, y se teme correr el riesgo de tener que asumir como errores evitables o conductas en las que no hubo error relevante alguno, que es algo que repugna también al principio de igualdad y resulta, en consecuencia, desproporcionado.

En definitiva lo único que nos quedaría por discutir si es (más) justo o (más) proporcionado tratar el caso de error de prohibición vencible con la pena mínima del delito doloso o con una pena inferior a la mínima o, por espíritu nacional y por espíritu y proporcional, me inclinó personalmente por esta solución última solución.

3.3. Nos quedaría por último un problema que es a la vez teórico y práctico: el del error vencible sobre los elementos jurídico-normativos del tipo, se encuentren directamente en el tipo penal o en la *Blankette*.

Para los penalistas del círculo de la teoría del delito es evidente la dimensión teórica del problema y las consecuencias dogmáticas y político-criminales: el error sobre los elementos normativos es un error de tipo que excluye el dolo y sólo hay castigo penal si hay tipo imprudente, tal circunstancia no suele ser frecuente, con lo que impera la impunidad, razón por la que una de dos, o se decide la creación de nuevos tipos imprudentes o hay que hacer el esfuerzo “teórico” de poner la aplicación al error sobre los elementos normativo-jurídicos del tipo de la teoría de la culpabilidad.

Nuestro problema principal en este ámbito es el de *traducir* nuestras reflexiones teóricas y prácticas a los colegas y legisladores ajenos a nuestro *círculo*. Lo que yo propongo es que no intentemos traducir nuestro lenguaje, sino que intentemos ponernos de acuerdo todos juntos sobre la regla gramatical: la regla de cómo tratar penalmente los errores vencibles sobre elementos jurídico-normativos del tipo penal en los delitos económicos. A este respecto mi criterio es el siguiente: tratarlos con una pena inferior a la mínima del delito doloso: es decir con una pena inferior a la que podría corresponder sí el sujeto a pesar de haberse informado el sujeto sobre la norma jurídica, realiza la conducta a sabiendas de que la norma existe y en conocimiento de su contenido. Esta propuesta representa la reaparición de una *culpa iuris*, pero su fundamento se asienta sólo en razones de proporcionalidad del grado de desvalor de la conducta en este caso y en el del error vencible de prohibición.

El inconveniente de esta fórmula es que desborda el criterio político criminal de la punibilidad limitada de la imprudencia. Pero es que creo que este criterio político criminal representa en Derecho penal económico o bien un sistema de impunidad generalizada o bien la necesidad de hacer proliferar tipos imprudentes de recogida (*Aufgantatbestände*), que no resultan coherente con la política criminal de restricción de los tipos imprudentes de impera con acierto en el Derecho penal patrimonial general.

Para terminar, la propuesta se formula en la convicción de que en el ámbito del Derecho penal económico al destinatario de las normas no es un ciudadano abstracto o lego, sino un operador o agente económico, que en un Estado social y democrático de Derecho no puede considerarse liberado de un especial deber de conocimiento y observación de las normas que regulan y tutelan el orden económico. Se trata, por ello, de ciudadanos que voluntariamente se sitúan en una posición y ante un deber de garantía que fundamenta un especial deber de esforzarse en la información y conocimiento de las normas que regulan el espacio de acción social en el que voluntariamente ha decidido participar¹⁴.

Propuesta de regulación de los supuestos de error

1. El error invencible (inevitable) sobre los elementos esenciales de las infracciones o sobre la prohibición, las normas legales o la interpretación excluye la pena.

2.1. El error vencible (evitable) sobre los elementos esenciales de la infracción excluye la pena, salvo que la conducta este prevista como delito imprudente (como delito de imprudencia grave).

14 Vid. Arroyo Zapatero, *Delitos contra la Hacienda pública en materia de subvenciones*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1987, p. 99 y ss. Para el difícil asunto de los criterios de vencibilidad del error de prohibición vid. Nieto Martín, *El conocimiento del Derecho (Un estudio sobre la vencibilidad del error de prohibición)*, Atelier, 1999.

2.2. El error vencible (evitable) sobre la prohibición, las normas legales o sobre la interpretación de la Ley determinará la imposición de una pena atenuada (excluyendo en todo caso la imposición de su grado mínimo / la imposición de la pena mínima prevista para el delito o, en su caso, una pena atenuada).

IV. EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA.

En los países en los que se mantienen fórmulas de imputaciones que se corresponden con la responsabilidad objetiva la cuestión no es producto tanto de un juicio de valor, sino de un juicio pragmático y de una preocupación por la eficacia preventiva general de las normas.

Los supuestos de responsabilidad objetiva se dan por ejemplo en el Derecho anglosajón, en el derecho formal de las contravenciones, así como en todos aquellos casos en los que las leyes contienen presunciones *iuris et de iure* de culpabilidad. Fórmulas atenuadas de responsabilidad objetiva son las cláusulas que imponen la inversión de la carga de la prueba en general o, tan sólo, en las presunciones *iuris tantum*.

Para afrontar estos sistemas o supuestos y someterlos al efectivo cumplimiento del principio de culpabilidad parece necesario instrumentar una estrategia más compleja que la mera proclamación en la norma europea (*Corpus iuris*) de la exigencia radical de dolo o imprudencia.

Que no basta la proclamación general para conseguir la eficacia resulta manifiesto en el caso de Francia, en el que la proclamación general de la exigencia de dolo o imprudencia en los delitos se ve acompañada por la excepción del principio en las contravenciones.

La lucha en la plano europeo contra la responsabilidad objetiva no puede resultar diferente a como se ha sucedido ésta en los ordenamientos nacionales, en los que, por lo común, a la proclamación general del principio y su vigencia para los casos de delitos más graves ha tenido que seguir una acción contra las manifestaciones secundarias u ocultas de la responsabilidad objetiva.

Se debe seguir, en consecuencia, una táctica tópica, por grupos de problemas, que deben abordarse con instrumentos argumentales distintos del principio general de culpabilidad.

Un signo o muestra de los que propongo es desarrollar como táctica lo que ha sido el modo de abordar el problema de la responsabilidad objetiva por los tribunales europeos — asuntos Hansen, por parte del TJCE¹⁵ y Salabiaku, TEDH¹⁶. En

¹⁵ Vid. En relación a esta jurisprudencia Nieto Martín, *Fraudes comunitarios*, Ob. Cit., p. 296-297; 187 y ss.).

¹⁶ STEDH, *Salabiaku*, de 7-X-1988.

ambos casos la respuesta no ha consistido en esgrimir el principio de culpabilidad, sino precisamente el principio de proporcionalidad, declarando incompatible con el Derecho Comunitario o al CEDH los supuestos de responsabilidad objetiva que conducen a sanciones desproporcionadas. Este argumento excluye los casos más graves de responsabilidad objetiva, con el valor añadido de que lo hace penetrando con eficacia en todos los ordenamientos de la Unión, al provenir de Luxemburgo.

Otra aproximación táctica a la lucha contra las formas de responsabilidad objetiva que puede resultar exitosa es la vía de los derechos procesales del acusado¹⁷. La contribución al progreso del Derecho penal desde el progreso del Derecho procesal penal a partir del *due proces* de sistema anglosajón es bien conocida, y su manejo podría ser eficaz para afrontar los supuestos de presunciones y de inversión de la carga de la prueba o del *dolus ex re*.

17 En relación al principio de presunción de inocencia y la prueba de los elementos subjetivos, Díez Ripollés, *Los elementos del delito. Bases metodológicas*, Tirant lo Blanch, 1990, p.48 y ss.

PARTE II.
CUESTIONES DE PARTE ESPECIAL

PROHIBICIÓN DEL ABORTO Y CONSTITUCIÓN¹

La crítica al sistema de prohibición absoluta del aborto se ha realizado primordialmente en el ámbito y desde los presupuestos de la moderna política criminal². Sin embargo, como ha puesto de manifiesto la discusión que se ha producido en cada país que ha abordado la despenalización, la superación del sistema de represión no puede resolverse tan sólo en base a las argumentaciones acerca de la ineficacia de la sanción penal, al fracaso del Derecho penal como medio para proteger la vida en formación o al fin del Derecho penal. Con la argumentación político-criminal solamente se puede llegar a la conclusión de que hay que despenalizar, y el problema es precisamente “cómo” hacerlo y, en particular, la alternativa entre los sistemas de plazo o de indicaciones.

En los procesos seguidos ante los Tribunales constitucionales, y en las sentencias de los mismos³, lo que ha decidido el sistema despenalizador ha sido la toma de

1 Este trabajo constituye la comunicación presentada por el autor a las II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal, patrocinadas por la *Société Internationale de Défense Sociale*, celebradas en Ávila y Alcalá de Henares del 5 al 8 de junio de 1980.

2 Modelo de esta crítica es el Proyecto alternativo alemán: *Alternativ-Entwurf eines Strafgesetzbuches, Besonderer Teil, Straftaten gegen die Person, I*, Tübinga, 1970, pp. 25 y ss., y entre nosotros la monografía de Landrove, *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976. Desde un plano iusfilosófico, Mori ha puesto de manifiesto también la insuficiencia de los planteamientos de política jurídica y el carácter inevitable del problema ontológico del feto en una legislación que quiera ser coherente con el principio de la santidad de la vida y con el que exige la exclusión de la discriminación entre los seres humanos (véase “Il diritto a la vita e il paradosso della posizione antiabortista: un analisi filosofica”, en *Riv. Inter. Filos. Dir.*, 1979, pp. 172 y ss.).

3 Sentencias del Tribunal Supremo de Estados Unidos, *Roe versus Wade* y *Doe versus Bolton*, ambas de 22 de enero de 1973; Tribunal constitucional austríaco, de 11 de octubre de 1974 (G. 8/74);

posición frente a un tema que no es de política criminal, sino de carácter constitucional: el de si el concebido y no nacido es titular del derecho fundamental a la vida o, alternatively, si es, por otras razones, un bien merecedor por sí mismo de protección jurídica o si es algo que merece solamente la protección que derive de la que disfruta la mujer.

De la solución que en cada Tribunal constitucional se ha dado a este problema se ha derivado —de modo más o menos consecuente— el carácter de la despenalización adoptada: plazos, indicaciones amplias o indicaciones restringidas. Y así, de la solución que se acuerde por la mayoría de nuestro Parlamento —y en su caso por el Tribunal constitucional— depende el que se pueda mantener la tesis del Proyecto gubernamental de Código penal —prohibición total, salvo supuestos de estado de necesidad justificante— o que se abra paso un sistema de indicaciones o de plazos⁴.

I. LA REGULACIÓN LEGAL DE LA INTERRUPCIÓN VOLUNTARIA DEL EMBARAZO COMO PROBLEMA CONSTITUCIONAL ABIERTO

Si el tema del aborto hubiera sido resuelto expresamente por la Constitución en algún sentido concreto, la polémica constitucional estaría en este punto cerrada (sin perjuicio de que pudiera plantearse un problema de “inconstitucionalidad de un precepto constitucional” en el sentido de Bachof). Esto es precisamente lo que pretenden los partidarios de atribuir al nasciturus el derecho a la vida, sobre la base de que el término empleado por el artículo 15 es el de “todos” y no el de “personas”.

Sin embargo, la tesis no es admisible, pues para que la fórmula de “todos” hubiese resuelto algo, habría sido necesario incluir un predicado al que referir ese “todos”, y fue justamente lo que no hicieron los constituyentes⁵.

Consejo constitucional francés, de 15 de enero de 1975 (“J. O.” 16-1-75, pág. 671); Tribunal constitucional alemán, de 25 de febrero de 1975 (BVerfG. 39/1), y Corte constitucional italiana, de 18 de febrero de 1975 (núm. 27/1975). Las citas a las sentencias se realizan en el texto indicando el apartado en que cada sentencia se estructura. Para facilitar su manejo se cita la página que corresponde a la edición italiana de las mismas, en versión original y traducción italiana, en el libro *L'aborto nelle sentenze delle Corti Costituzionali USA, Austria e Repubblica Federale Tedesca*, Milán, 1976. Los textos originales pueden encontrarse en las colecciones oficiales respectivas y en la revista *Europäische Grundrechte-Zeitschrift (EuGRZ)*.

4 El carácter “necesario” de la relación entre sistema despenalizador y la correspondiente solución al tema constitucional es una necesidad “lógico-jurídica” y no necesariamente “lógico-política”. El problema, y no sólo entre nosotros, no es tanto la carencia de, una teoría de la legislación (Noll, *Gesetzgebungslehre*, Reinbek, 1973, pp. 9 y ss.), sino que el legislador acepte regirse por otra lógica distinta de la meramente “política”.

5 Véase, sobre el mismo problema que plantea la expresión “Jeder” del artículo 2.II, de la Constitución alemana: Kulenkampff, “Zu einigen Grenzfragen der Begründung von Rechtsnormen”, en Lüderssen/Sack, *Vom Nutzen und Nachteil der Sozialwiss. für das Strafrecht.*, II, Frankfurt, 1980, pág. 388.

Por otra parte, el proceso de elaboración del precepto pone de manifiesto que, así como se quiso y se logró resolver el problema de la pena de muerte⁶ faltó una voluntad similar —de consenso— respecto al aborto. La fórmula de “todos”, que es la del texto del Anteproyecto, es una alternativa neutral respecto de la expresa prohibición total representada por la enmienda número 776 del Anteproyecto, de Alés Pérez (“... Se declara anticonstitucional cualquier disposición... que atente contra la vida... del nasciturus”), y de la enmienda número 467, de Morodo (“El derecho de la persona a la vida”, que se plasmaría en el dictamen de la ponencia como “La persona tiene derecho a la vida”), que fue considerada por sus detractores como fórmula que negaba la atribución del derecho a la vida a quien no era persona, al nasciturus.

El tema del aborto tampoco se puede considerar resuelto indirectamente a través de la cláusula del artículo 10.2, que vincula la interpretación de las normas relativas a los derechos fundamentales a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados acuerdos internacionales sobre las mismas materias, pues tampoco abordan expresamente el problema⁷.

En cualquier caso, y habida cuenta de que siempre es posible encontrar lecturas distintas del proceso de elaboración del artículo 15 en relación a este punto, parece conveniente recurrir a un principio fundamental que ha de regir la interpretación del proceso de elaboración de los preceptos constitucionales en general y que ha sido expuesto, entre otros, por Kriele: una cuestión que ha sido discutida por los constituyentes debe considerarse abierta, relegada a la posterior decisión del Parlamento y, en su caso, del Tribunal Constitucional, cuando no se adoptó resolución expresa o no se alcanzó consenso sobre ella⁸. En virtud de este principio, se debe entender que el proceso de elaboración del artículo 15, en relación al aborto, no puede servir como argumento concluyente para la interpretación del precepto, pues ni se adoptó resolución expresa ni se obtuvo sobre ello consenso alguno⁹.

6 Véase Barbero Santos, “La pena de muerte en la Constitución”, en *Sistema: revista de ciencias sociales*, nº 42, 1981, pp. 31-56.

7 Si bien se puede estimar, por el contrario, como así lo ha hecho el Tribunal constitucional austríaco (Sentencia del 11-X-1974, apartado 11.3), en *L'aborto*, cit., pág. 149, que la Convención de Derechos Humanos ha excluido al no nacido expresamente, por *omisión concluyente*, de la esfera del derecho a la vida. Si la Convención hubiera querido proceder de otra manera habría incluido, junto a la pena de muerte, la legítima defensa y otras causas de no infracción del precepto, a la interrupción del embarazo indicada terapéuticamente. Al no hacerlo así hay que concluir que la Convención no extiende la declaración del derecho a la vida a los no nacidos. Véase también, en este sentido, L. Ortega en García de Enterría y otros, *El sistema de protección de los Derechos Humanos*, Madrid, 1979, pp. 66 y ss.

8 En nota a la sentencia del T. C. de 25-II-1975, en «Juristen Zeitung», 1975, pp. 222 y ss. En igual sentido Esser, en la misma revista y año, pp. 555 y ss.

9 Quizá deba hacerse notar que este principio sirve sólo para estimar el valor del proceso de creación de un precepto a efectos de su interpretación, y no para valorar la legitimidad del mismo.

En conclusión: ni el empleo del término “todos”, por la carencia de predicado que define a quiénes se refiere, ni el proceso de elaboración del precepto pueden servir a argumentar que la cuestión del aborto haya sido cerrada por la Constitución en uno u otro sentido. El mantenimiento de la prohibición total vigente o la legalización de algún sistema de interrupción voluntaria del embarazo es algo que el legislador ordinario puede y debe resolver ahora, si bien la decisión del legislador debe adecuarse, por supuesto, a los principios y orientaciones que derivan del ordenamiento constitucional.

II. LA TESIS DEL «DERECHO A LA VIDA»

El argumento de los partidarios del sistema vigente de prohibición absoluta del aborto puede sintetizarse en una suerte de argumento-modelo, que se puede derivar de las tesis defendidas ante los tribunales constitucionales¹⁰ así como de las manifestaciones doctrinales¹¹.

- a) El artículo 15 de la Constitución establece que «todos tienen derecho a vida y a la integridad física y moral».
- b) El término “todos” se refiere a todos los seres humanos vivos.
- c) Por ser humano vivo hay que entender el ser humano desde la concepción hasta el momento de la muerte, es decir, también los concebidos y no nacidos

Esta interpretación se pretende justificar en lo siguiente:

- a') En la interpretación a las normas relativas a los derechos fundamentales es exigida aquella que proporciona a la norma la mayor eficacia protectora¹², y la protección de la existencia humana frente a intervenciones abusivas del Estado sería incompleta si no comprendiera también el período previo al nacimiento.

10 Para las tesis que defienden la anticonstitucionalidad de la despenalización véanse las diversas fundamentaciones del recurso de anticonstitucionalidad ante el T. C. alemán, en Arndt-Erhard-Funcke, *Der 218 StGB vor dem Bundesverfassungsgericht Dokumentation* (cit. Arndt, *Dokumentation*), Heidelberg, 1979: *Begründung*, de Lerche, pp. 16 y ss.; de Rudolphi, pp. 67 y ss.; de Odersky, pp. 111 y ss. Igualmente la fundamentación del recurso ante el Tribunal constitucional austríaco, en los “resultados” de la propia sentencia (s. II, 2a y 3a).

11 Véase también Maunz-Dürig, *Grundgesetz Kommentar*, art. 1, I, núm. marg. 24, y art. 2, II, núm. marg. 21 y ss. Entre nosotros, recientemente, Martínez Morán, “El derecho a la vida en la Constitución española de 1978”, en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, número monográfico 2, 1979, pp. 133 y ss.; Casini-Cieri, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padua, 1978, pp. 260 y ss. Una reconstrucción de las argumentaciones típicas puede verse en Mori, *Il diritto a la vita*, cit.

12 Cfr. T. C. alemán, C, 1, 1, c. En *L'aborto*, cit., pág. 206.

- b') El momento más temprano al que puede reconducirse la definición de la vida humana es, conforme a los datos de la biología, el de la concepción; con más precisión, el momento en que se unen los cromosomas masculino y femenino (formación del cigoto). A partir de ese momento se dan todos los presupuestos necesarios para que tenga lugar el proceso del desarrollo continuado, que va a encontrar su término en el nacimiento. Con la fructificación quedan sentadas las bases del programa genético y “espiritual” de la personalidad individual¹³. Desde los conocimientos biológicos no está justificado establecer cesuras —en el sentido de cambios cualitativos— en ese proceso continuado de desarrollo.
- c') En la norma que proclama el derecho fundamental a la vida se ha de incluir también, en consecuencia, la vida previa al nacimiento, tomando como punto de partida el que lo es biológicamente: el de la concepción. Y en la medida en que no viene justificado biológicamente, no es legítimo establecer distinciones en el proceso de gestación y levantar la prohibición del aborto —es decir, renunciar a la defensa de la vida— en período alguno del embarazo.
- d') El no nacido es, desde la concepción, titular del derecho a la vida, el cual, como derecho fundamental, es de orden absoluto y, por su carácter primordial, no admite ataques ni por parte del Estado ni de los particulares, incluida entre ellos la propia mujer embarazada.

La protección que el derecho a la vida exige por parte del Estado, frente a él mismo y frente a los particulares, solamente puede ceder en los supuestos de conflicto con otra vida (legítima defensa y estado de necesidad justificante)¹⁴.

El Estado está obligado a defender frente a todos la vida del no nacido, pues los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo II del Título 1 de la Constitución vinculan a todos los poderes públicos (art. 53.1), y los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución (art. 9.1)¹⁵. El deber de protección del Estado se plasma en las exigencias siguientes: 1.^a) prohibición de que él mismo intervenga menoscabando o lesionando la vida de los no nacidos; 2.^a) prohibición de dictar leyes que permitan la muerte voluntaria de no nacidos (aborto), y 3.^a) exigencia de que

13 Cfr. Herzog, “Der Verfassungsauftrag zum Schutze des ungeborenen Lebens”, en *Juristischer Rundschau*, 1969, pág. 442; Hinrichsen, *Protokol der 73 Sitzung der Sonderausschusses für die Strafrechtsreform*, 6 W. p., pp. 2142 y 2146; Hofmann, *Schwangerschaftsunterbrechung*, Francfort, 1974, pág. 16.

14 En este sentido, la “Memoria explicativa del texto Proyecto de ley orgánica del Código penal”, en *Cuadernos de Documentación*, Instituto Nacional de Prospectiva, Madrid, 1980, pág. 45; cfr. también Maunz-Dürig, *Grundgesetz*, cit., artículo 2, II, núm. marg. 15.

15 Sobre el sentido de estos preceptos, véase García de Enterría, “La Constitución como norma jurídica”, en *A.D.C.*, 1979, pág. 315.

castigue y persiga criminalmente toda conducta de este carácter, del mismo modo que lo hace con los homicidios.

- e') En consecuencia, una ley que autorice a interrumpir voluntariamente el embarazo y, en su virtud, a matar a un ser humano es anticonstitucional por violar el mandato de prohibición del artículo 13.

III. EXAMEN CRÍTICO DE LA TESIS DEL «DERECHO A LA VIDA»

1. El núcleo esencial de la tesis antiabortista se concreta en la idea siguiente: nacidos y no nacidos son valores iguales —“vida humana”—, y, por consiguiente, el Derecho los ha de tratar —proteger— en forma igual. La muerte voluntaria de un no nacido ha de ser considerada como delito, de igual forma que la muerte de un hombre (nacido) por otro (homicidio). El carácter delictivo de la conducta de matar a un no nacido sólo puede decaer —solamente está permitida o justificada— cuando, al igual que el homicidio, concurre una causa de justificación general (legítima defensa y estado de necesidad justificante).

García Valdés ha sabido captar el espíritu del Proyecto de Código cuando manifiesta que “el nuevo Código penal parte en esta materia de la identidad e indisolubilidad del bien jurídico vida, no considerando a ninguna como de rango inferior...”¹⁶

La trascendencia de la posición acerca del valor de la vida del no nacido deriva de que, de entre todos los derechos fundamentales, el de la vida es el único que tiene pretensión de absoluto¹⁷, en el sentido de que, así como todos los demás son mensurables —se puede ser más o menos libre, la intimidad puede haber sido dañada en mayor o menor grado, el menoscabo de la salud puede ser mayor o menor, etc.—, el de la vida no es graduable: no se vive más o menos, sino que se está vivo o se está muerto. Todos los demás derechos fundamentales son regulables, en el sentido del artículo 53.1 (“Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos...”), y en esa regulación el legislador está legitimado incluso para establecer restricciones de unos derechos en favor de otros, a los efectos de solucionar conflictos entre ellos, hasta el límite del respeto

16 En “Notas sobre el Proyecto de Código penal”, en *Cuadernos de Documentación*, cit., pág. 16.

17 Es opinión dominante que los derechos dominantes no tienen carácter absoluto, por encima del tiempo y de la realidad, y que la propia institución de la “reserva de ley” es expresión de este carácter “no absoluto”, cfr. Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts*, Heidelberg, 1977, pp. 131 y ss., pero esta consideración no es válida para el derecho a la vida, por las razones que a continuación se exponen, y por lo mismo no son de recibo las argumentaciones “a favor del aborto”, que estiman que se puede mantener una tesis despenalizadora, admitiendo la titularidad del derecho fundamental del *nacituros*, en base a la opinión de que “tampoco el derecho a la vida es un derecho absoluto”. Véase en este sentido, Geddert, “Abtreibungsverbot und Grundgesetz”, en Lüderssen-Sack, *von Nutzen und Nachteil der Sozialwiss*, II, cit., pp., 345 y ss. Acerca de la no graduabilidad del derecho a la vida, cfr. Barbero Santos, ob.cit.

de su “contenido esencial” (por ejemplo, la regulación del derecho de manifestación en la vía pública). Por el contrario, en relación al derecho a la vida, el legislador no tiene el más mínimo margen de maniobra, pues los límites máximos del mismo coinciden con su “contenido esencial”. Así, por ejemplo, el legislador no podría establecer restricciones al derecho a la vida de los recién nacidos —autorización de matar— en favor del derecho al libre desarrollo de la personalidad de los padres o al de los enfermos en beneficio de la libertad de los familiares, etc. La única “limitación” del derecho a la vida por parte del Estado, además de la expresamente prevista en el artículo 15, se produce en los supuestos de conflicto entre dos vidas (autorización de privar a otro de la vida en caso de legítima defensa y de estado de necesidad justificante)¹⁸.

Pues bien: si se equiparase la vida del nasciturus a la del nacido, la conclusión que se habría de seguir es que ambos han de recibir necesariamente el mismo tratamiento protector por parte del Derecho y del Estado, y, en consecuencia, ha de quedar excluida cualquier restricción posible en la protección del nasciturus, de lo cual se deriva que ha de recibir igual protección penal incondicionada que la de los nacidos, y desde el primer momento en que se pueda presumir¹⁹ que se ha originado la nueva vida. Cualquier destrucción dolosa (y, habría que añadir, culposa) de la vida del feto ha de ser definida como delictiva, salvo en el supuesto de que tal destrucción sea el único medio para evitar la muerte de la madre. No bastaría para tal justificación el que el mal que se trate de evitar sea un peligro “no inmediato” para la vida y, mucho menos, un daño para la salud²⁰.

Despenalizar el aborto, sea en un período determinado, sea en supuestos concretos, supone desproteger la vida humana, y tal desprotección es arbitraria. El legislador violaría el principio de igualdad ante la ley —“ningún ser humano puede ser tratado por la ley peor que otro” (art. 14 Const.), pues trataría mejor (protección penal) al nacido que al nasciturus, siendo ambos valores iguales²¹. La solución de los plazos infringe el principio de igualdad porque deja fuera de la protección legal un determinado estadio del proceso de desarrollo unitario que da comienzo con la

18 Sin perjuicio de la polémica acerca de si estos presupuestos constituyen “autorizaciones” de matar o “abstenciones” de intervención por parte del Derecho (“Rechtsfreienraum”). Véase Artur Kaufmann, “Rechtsfreier Raum und eigenverantwortliche Entscheidung”, en *Fest. für Maurach*, Karlsruhe, 1972, pp. 327 y ss., y Hirsch, *Strafrecht und Rechtsfreienraum*, en *Fest. für Buckelmann*, Munich, 1979, pp. 89 y ss.

19 Y no en virtud de una aplicación analógica del principio “in dubio pro-reo” como cree Martínez Morán, *El derecho a la vida en la Constitución*, cit., pág. 163, sino por el de interpretación extensiva de los derechos fundamentales.

20 Cfr. *Memoria explicativa*, cit., pág. 45; Sax, “Der Verbrechenssystematischen Standort der Indikationen zum Schwangerschaftsabbruch nach § 218a StGB”, en „J7“ 1977, pág. 328.

21 Argumento empleado en el recurso ante el T. C. austríaco, véase sentencia 11-X-74, II, 5 a y b, en *L'aborto "elle sentenze..."*, cit., pp. 154 y ss.

concepción. La de las indicaciones lo infringe porque, ante dos bienes desiguales (la vida humana frente a la salud o libertad de la mujer), la ley se decide a favor del menos valioso.

La solución definitiva al problema que nos ocupa depende en último término de la posibilidad de mantener la tesis de que, para el ordenamiento constitucional y jurídico en general, la vida del concebido y no nacido y la del nacido son bienes de igual valor

Ahora bien: la tesis de la igualdad de valor entre ambos bienes es de todo punto insostenible, pues en la historia de las ideas filosóficas y religiosas, y tanto en el Derecho histórico como en el vigente, la constante que predomina es la valoración diferenciada de la vida humana en formación y de la vida de los nacidos.

Los más diversos estudios históricos sobre la prohibición del aborto ponen de manifiesto lo que se afirma. Entre nosotros, Quintano Ripollés ofrece en su Tratado una aguda síntesis de la evolución histórica de la prohibición, a la cual podemos remitirnos para fundamentar las conclusiones que siguen²².

El aborto no siempre se ha castigado como delito contra la vida del nasciturus. El castigo penal ha conocido la distinción entre diversos períodos en el desarrollo del embarazo, tanto a los efectos de no castigar como a los de diferenciar la penalidad, distinción que se ha realizado conforme a los diversos criterios que han servido para atribuir al feto la cualidad de humano, tanto pertenecientes a las ciencias naturales como a las concepciones religiosas acerca de la animación de los cuerpos. Por otra parte, el fin de la protección de la vida en formación no ha sido el único criterio determinante del tratamiento penal del aborto. Por el contrario, históricamente han desempeñado un papel decisivo los intereses de política demográfica del Estado, así como la tutela de la salud de la mujer. La equiparación valorativa solamente se mantiene de forma continuada en la doctrina oficial del pensamiento cristiano, y exclusivamente a partir de un determinado momento de su evolución en el que se supera la problemática de origen aristotélico acerca de la “animación” de la vida fetal, momento que se fija en el papado de Pío IX. En este sentido, se puede estimar con Quintano que la incriminación plena del aborto, sobre todo en sus formas consensuales, es obra de la ideología del cristianismo²³.

Pero es con el mismo Derecho vigente con lo que se encuentra en más directa contradicción la tesis de la igualdad de valor de la vida previa y la posterior al

22 Véase Gimbernat, *Tratado de la parte especial del Derecho penal* tomo I, vol. 1, 2.^a ed., Madrid, 1972, pp. 533 y ss. Para una información más amplia, véase Ehinger, *Geschichte der Motive der Abtreibungsbestrafung I*, Teil, Munich, 1908; Nardi, *Procurato aborto nel mondo Greco-romano*, Milán, 1971; Dähn, *Zur Geschichte der Abtreibungsverbot*, en Baumann, *Das Abtreibungsverbot*, cit., pp. 329 y ss.; Eser, “Zwischen Heiligkeit und Qualität des lebens“, en *Tradition und Fortschritt im Rechts*, edit. por Genhuber, Tubinga, 1977, pp. 377 y ss.

23 Cfr. ob. cit., pp. 544.

nacimiento, pues el propio Código penal trata a la vida humana dependiente, a la de los no nacidos, como un bien distinto, de menor valor que la de la persona humana plena, la del nacido. La muerte del no nacido es configurada como delito de aborto y la de los nacidos como homicidio, y la diferencia entre ambos delitos se produce ya en el plano del injusto, en el diferente bien jurídico tutelado en ambos delitos.

A tal conclusión se llega comparando la figura del homicidio con la del aborto consentido²⁴ y analizando las causas de la diferente penalidad asignada por el legislador a ambos delitos²⁵. En efecto, la muerte de la persona viva, de un ser humano nacido, está castigada en el artículo 407 con la pena de reclusión menor, mientras que la muerte del no nacido se castiga con prisión menor, tanto cuando el aborto es producido por la propia embarazada (art. 413) como cuando lo es por un tercero que actúa con su consentimiento (art. 411.2). Ahora bien: nada que afecte al plano de la culpabilidad justifica esta diferencia de punición.

La particular relación existente entre la vida en formación y la madre, que podría tener relevancia a los efectos de configurar una menor culpabilidad de la mujer que autoaborta o consiente, y con ello merecer una pena legal menor, no es una razón que explique la distinta penalidad, pues esa particular situación subjetiva de la mujer no tendría en absoluto por qué privilegiar al tercero que lleva a cabo el aborto.

Donde con mayor evidencia se pone de manifiesto que la diferencia esencial entre aborto y homicidio radica exclusivamente para el legislador en la distinta naturaleza del bien jurídico tutelado en uno y otro delito es en la comparación entre el infanticidio y el aborto honoris causa.

Se trata aquí de dos tipos que tienen la misma estructura subjetiva (acción dolosa de matar en defensa del honor), y lo único que los diferencia es el objeto de la acción (embrión o feto y niño) y, en consecuencia, el bien jurídico: en uno la vida humana en formación y en otro la vida humana plena posterior al nacimiento, es decir, la vida humana dependiente y la vida humana independiente.

Otras diferencias de tratamiento se observan en el plano legal. Así, por ejemplo, frente a la punición del homicidio y las lesiones imprudentes, el aborto imprudente

24 Se prefiere excluir de comparación el aborto no consentido porque en este delito se tutela, además de la vida del feto, la libertad e integridad corporal de la mujer y por ello la pena ya no tiene que ver estrictamente con la lesión del bien jurídico "vida". No obstante, debe tenerse en cuenta también, pues ni siquiera cuando el aborto va acompañado de lesión de otros bienes jurídicos distintos de la vida del feto la reacción penal (prisión mayor) alcanza a la que merece la muerte de una persona.

25 La diferencia de rango de ambos bienes es deducida de la distinta penalidad entre el homicidio y el aborto en general también por Rodríguez Devesa, *Parte general*, 1976, pp. 496, y Huerta Tocildo, "Criterios para la reforma del delito de aborto", en *CPCrim.* 8, 1979, pág. 74, nota 7. Véase, igualmente, Maurach-Schroeder, *Besonderer Teil, I*, Heidelberg, 1977, pág. 63. La comparación puede realizarse también entre las figuras del aborto y la del asesinato, pues el aborto se realiza por lo común de forma premeditada, mostrándose así una diferencia aún más radical en el tratamiento de ambos objetos de protección.

es impune, tanto cuando es causado por la propia embarazada (caso de la “amazona”) como cuando es provocado por otro sin violencia (abortos producidos por exposición a radiaciones).

La valoración diferenciada de la vida en formación y la de la del nacido no se encuentra solamente en la ley, sino también en los tribunales, en los órganos de persecución penal y en la doctrina penal.

Por lo que respecta a los tribunales y a la policía, son suficientemente ilustrativas las cifras relativas a los sumarios abiertos anualmente por delito de aborto, a las sentencias condenatorias pronunciadas y al número de personas que cumplen penas privativas de libertad por este delito²⁶.

Por lo que respecta a la doctrina —que no es unánime—, basta citar aquí a Rodríguez Devesa, quien manifiesta expresamente que el conflicto entre la vida de la madre y la vida del feto no puede incluirse entre los conflictos entre bienes iguales²⁷.

El Derecho comparado, en el ámbito cultural al que pertenecemos, asevera esta distinción valorativa que se plasma en las leyes despenalizadoras en vigor (Francia, Alemania, Italia, Holanda, Austria, etc.) y, lo que importa destacar, en las sentencias de los Tribunales constitucionales. En este sentido, por supuesto, aquellos que han aprobado el sistema de plazos (Francia, Austria y Estados Unidos), pero, igualmente, aquellos que han adoptado decisiones más restrictivas. Así, el Tribunal constitucional italiano, en la sentencia (anterior a la ley de despenalización) por la que declaró anticonstitucional el artículo. 546, en la medida en que no preveía la indicación terapéutica, considera que “no existe equivalencia entre el derecho a la vida e incluso entre el derecho a la salud, propio de quien, como la madre; ya es persona, y el de la salvaguardia del embrión, que todavía debe llegar a ser persona”²⁸.

26 Frente a unas cifras estimativas que oscilan entre los 100.000 y los 500.000 abortos anuales en nuestro país, los Tribunales constataron en 1977 la comisión de sesenta y siete delitos de aborto, por los cuales fueron condenadas setenta personas: ingresarán en prisión a lo largo del año como penados dieciseis personas y se encontraban en prisión por este delito el 31 de diciembre del mismo año catorce personas como penados y siete como procesados. Cfr. *Estadísticas judiciales de España 1977*, Madrid, 1979, págs. 68, 77, 231, 225 y 228. El 31 de diciembre de 1978 se encontraban en prisión veinticuatro personas: diez hombres y catorce mujeres, de los cuales cinco en prisión preventiva y diecinueve condenados. Cfr. *Informe general 1979*, Dirección General de Instituciones Penitenciarias, Madrid, 1979.

27 Cfr. *Parte general*, Madrid, 1979, pág. 551. En igual sentido, por ejemplo, Jiménez de Asúa, *Tratado*, IV, 3.ª ed., pp. 391 y sig.; Muñoz Conde, *Derecho penal. Parte especial*, Sevilla, 1976, pp. 62 y ss. La doctrina española actual es mayoritariamente partidaria de abordar la despenalización (véase Landrove, “Voluntaria interrupción del embarazo y Derecho penal”, en *CPCrim*, 10, 1980, pp. 84), estriban las discrepancias tan sólo en la elección del sistema a adoptar. Es ilustrativo de este estado de ánimo el hecho de que el Anteproyecto de Código penal, elaborado por la Comisión General de Codificación, preveía una sistema de indicaciones.

28 Véase en *L'aborto*, cit., pág. 329

La sentencia del Tribunal Constitucional alemán merece una consideración detenida, pues, a pesar de no contener una declaración expresa en el sentido expuesto, es ésa misma la valoración que la inspira, como prueban los resultados a los que llega al admitir el sistema de indicaciones. El Tribunal considera conductas justificadas las interrupciones del embarazo efectuadas cuando concurren circunstancias que impiden al legislador considerar exigible a la mujer la continuación del mismo.

El Tribunal dice partir del principio de que la vida pre y posnatal son bienes iguales. Ahora bien: sobre esta base, la muerte del feto sólo puede ser considerada justificada cuando entra en conflicto irresoluble con la vida de la madre²⁹. Si la muerte del feto se ha provocado para salvar un bien de valor inferior a la vida (por ejemplo, la salud o, para mayor contraste, la estabilidad económica de la familia y demás intereses que cubre la llamada indicación social), en ningún caso puede considerarse que la conducta resulte justificada, si no, como máximo, exculpada. Sin embargo, el Tribunal ha admitido como causas de justificación indicaciones que en principio sólo podrían tener eficacia exculpante o atenuante (la médica, en la que se refiere sólo a la defensa de la salud, la eugenésica, la criminológica y la social).

Este proceder solamente se explica de una manera: el Tribunal constitucional “no cree” en su propio punto de partida. Declara que la vida del embrión es de igual valor que la vida de la persona, pero actúa como quien acepta que son valores distintos, que la vida del embrión es un bien de menor rango que puede ser comparado con otros bienes como los que se plasman en las diversas indicaciones³⁰.

29 Y esto sólo en las posiciones de quienes, consecuente o inconsecuentemente, consideran el conflicto entre bienes iguales como causa de justificación. Sobre todo esto me remito a Gimbernat, “El estado de necesidad: Un problema de antijuricidad”, en *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 107 y ss.

30 La fórmula adoptada por el legislador alemán ha sumido a la doctrina en la perplejidad. La Ley de 1976 ha configurado el sistema de indicaciones “tratando las causas de exculpación como causas de justificación” (cfr. Wessels, *A T*, 8ª ed., pp. 23 y ss.). Esto sólo ha podido ser explicado por la doctrina como una “ficción” (*Arzt, Delikte gegen die Person*, Bielefeld, 1977, pp. 122 y ss.), o bien, como “expresión global de todos los intereses en juego” (Schönke-Schröder-Eser, *StGB Komm.*, 20ª ed., § 218a, núm. marg. 6; igualmente, Rudolphi, “S. K.”, § 218a, *ntám. marg.* 1). Solamente alguno de los autores que se han pronunciado sobre el tema, consecuente con el punto de partida del T. C., critica con— acritud la fórmula empleada (cfr. Gössel, en *JR*, 1976, pp. 1 y ss., en relación con el texto del Proyecto).

En la búsqueda de una explicación que haga compatible la solución legislativa con los principios básicos que rigen las causas e justificación y exculpación, es decir, la distinción dogmático-jurídica entre lo justo y lo injusto, estima Saar (“*Derverbrechenssystematische Standort der Indikationen*”, en *JZ*, 1977, pp. 326 y ss.) que o bien se reconoce que la vida del feto es de menor valor que la vida de la embarazada (cfr. notas 19 y 89 del trabajo citado), o bien es preciso admitir la introducción entre los elementos negativos del tipo del principio de “no merecimiento de castigo” (“negative Strafwürdigkeitsvoraussetzung”) (pp. 332). La fórmula de Sax es muy sugerente, y contribuye a explicar por qué el conflicto entre bienes iguales «justifica» y no solamente “exculpa”. En este sentido,

3. El Tribunal constitucional alemán ha pretendido fundamentar la protección de la vida en formación en la idea del derecho fundamental a la vida como “decisión objetiva de valor”. Después de argumentar sobre la base de atribuir al nasciturus el derecho a la vida y la dignidad humana, reconoce las dificultades de tal planteamiento (¿puede ser el nasciturus “titular” de derechos fundamentales?) y, sorprendentemente, manifiesta que la cuestión no necesita ser decidida, porque, en cualquier caso, hay otra fundamentación: “según la jurisprudencia mantenida por el Tribunal constitucional —se lee en la sentencia—, las normas de los derechos fundamentales no solamente contienen derechos de defensa contra el Estado, sino que también encarnan un orden objetivo de valores que rige para todas las ramas del Derecho como decisión constitucional fundamental y da orientaciones e impulsos a la legislación, a la Administración y a la jurisprudencia”. Por ello, concluye el Tribunal, “la cuestión de si el Estado está obligado por la Constitución a proteger la vida en formación y, en su caso, en qué medida ha de llevar a cabo esa protección, es algo que puede ser derivado del contenido objetivo-jurídico de las normas de los derechos fundamentales»³¹.

Con esta categoría lo que pretendió la mayoría del Tribunal fue el justificar que el Estado, además de estar obligado a abstenerse de actuar contra la vida en formación, lo está también a intervenir activamente frente a las particulares que ataquen la vida en formación, justificación que era imposible construir desde la concepción del Derecho como. Defensa frente al Estado y difícil de legitimar con la discutida tesis de la eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales (*Drittwirkung*).

Sin embargo, esta argumentación de la sentencia ha sido rechazada por los jueces que adoptaron el voto particular³² y por buena parte de la doctrina, con diversos

ofrece una configuración dogmática específica para lo que entre nosotros se ha descrito como “renuncia del legislador a motivar con una pena la no ejecución de un determinado comportamiento” (véase Gimbernat, *Estado de necesidad*, cit., en loc. Cit, pág. 119). Ahora bien: la idea expuesta no resuelve materialmente nada en el problema del aborto, pues las causas del “no merecimiento de pena” radican en realidad en el hecho de que no se valoran igual la vida de la embarazada y la del feto. Otra propuesta que “reconcilia” el sistema de indicaciones con el concepto imperante de lo injusto es la de Arthur Kaufmann y otros (véase últimamente en “Strafrechtspraxis und sittliche Normen”, en *JuS*, 1978, pp. 361 y ss.). Sin embargo, se trata de una idea muy poco pacífica. Véase al respecto, críticamente, Hirsch, *Strafrecht und Rechtsfreier Raum*, en *Festschr für Bocklman*, Munich, 1979, pp. 89 y ss. Solamente quienes valoran en forma distinta las dos vidas en cuestión no encuentran problemas para aceptar el carácter de causas de justificación de las indicaciones. Cfr. Maurach-Schroeder, *Bosonderer Teil*, 1, cit., pp. 63 y 71.

31 Sentencia, C.I, 3, En *L'aborto...*, cit. pp. 208 y ss.

32 Voto particular, A, I, 1 y 2, en *L'aborto...*, cit., pp. 229 y ss. Los jueces disidentes reprochan a la mayoría, por una parte, el haber alterado función del T. C., pues, en vez de comprobar si el legislador ha estado legitimado para castigar, examinan si ha estado *obligado a castigar, y por otra*, el que recurren

argumentos cuya exposición no es necesaria aquí³³, ya que afectan no tanto al proceso de argumentación como a la propia categoría de “orden objetivo de valores” como instrumento válido para llevar a cabo un proceso de argumentación cualquiera. La categoría mencionada sirve al Tribunal alemán a modo de comodín para cuando carece de posibilidad de recurrir a otra categoría dogmáticamente elaborada con la que fundamentar lo que pretende.

Con independencia de la polémica dogmático-constitucional alemana, debe rechazarse la fundamentación de la protección del nasciturus con el recurso al “orden objetivo de valores”, porque, en la medida en que representa un momento activo del derecho fundamental, exige lógicamente un derecho fundamental previamente atribuible al objeto de protección, al nasciturus, y como anteriormente se ha mostrado, el nasciturus no es sujeto de imputación del derecho fundamental a la vida y, en consecuencia, ni tiene derecho por sí mismo a que el Estado se abstenga de atentar contra él ni mucho menos a que el Estado intervenga activamente para proteger “su derecho subjetivo a la vida” frente a terceros.

4. Sobre la base de lo expuesto, se comprende mejor la falta de perspectivas de la polémica acerca de la personalidad jurídica del nasciturus, de su capacidad para ser titular de derechos fundamentales³⁴. La única consecuencia que se deriva de la atribución al feto del derecho fundamental a la vida es precisamente la prohibición absoluta del aborto³⁵, pues, por una parte, por falta de soporte material, carece de sentido plantear el disfrute de otros derechos fundamentales, y, por otra,

a una categoría que no está elaborada dogmáticamente y, por ello, no susceptible de control racional, lo cual lleva al Tribunal a suplantar las funciones del legislador.

33 Véase Hesse, *Gründzüge des Verfassungsrechts*, 10.^a ed., Heidelberg, 1977, página 127; Staff, *Verfassungsrecht*, Baden-Baden, 1976, pp. 33 y ss.; Kühl, *Wertordnung oder Freiheitsordnung*, en GA, 1977, pág. 35b; Goerlich *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden, 1973. La validez de la categoría mencionada solamente se acepta pacíficamente en relación a la función de los derechos fundamentales como derechos sociales o derechos de participación, respecto de lo cual no se diferencia de otras más acuñadas como la de “Drittwirkung”, véase, X. von Münch *Grundbegriffe des Staatsrechts*, I, Stuttgart, 1979, pág. 84. La polémica está ligada a la concepción de la Constitución como un orden de valores cerrado o, alternativamente, como orden abierto. Véase al respecto Müllex, *Die Einheit der Verfassung, Elemente einer Verfassungstheorie*, II, Berlín, 1979, y Seifen, “Haus oder Forum, Wertsystem oder offene Verfassung”, en Habermas, *Stichworte zur Geistigen Situation der Zeit*, I, Frankfurt, 1980, pp. 321 y ss.

34 El estado de la polémica en Alemania hasta 1958 puede verse en Maunz-Dürig *Grundgesetz*, cit., art. 2, II, núm. urarg. 21. Con posterioridad, negando la atribución de derechos fundamentales, Hamann-Lenz *Grundgesetz*, Berlín, 1970, página 144; Stein, *Lehrbuch des Staatsrechts*, Tübinga 1971, pág. 203; I. Von Münch, *Grundbegriffe des Staatsrechts*, I, Stuttgart, 1979, pág. 60, atribuye al nasciturus solamente la capacidad para los derechos fundamentales a la vida y a la integridad corporal. Por su parte, el Tribunal constitucional prefirió dejar sin resolver el problema (C, I, 3), si bien, como ya se ha indicado, confiere igual eficacia fundamentadora a la idea de “valor objetivo”.

35 Como puede verse en la argumentación de I. v. Münch, ob, cit., pág. 60, quien se ve obligado a excluir los demás derechos fundamentales.

a los efectos de los derechos patrimoniales, la vigencia de los códigos civiles decide el problema de forma adecuada a lo que en tales cuerpos Legislativos se trata de regular, y que no es otra cosa que el momento a partir del cual se debe atribuir la cualidad de heredero³⁶.

Un examen de las tomas de posición de los autores acerca de la atribución o negación de la capacidad de ser titular de derechos fundamentales pone de manifiesto que la decisión al respecto depende exclusivamente de la tesis que cada cual mantenga sobre la igualdad o desigualdad de valor de una u otra vida. Es, pues, una decisión de valor que reo timé, por tanto, más fundamento que el que esta última haya logrado demostrar.

5. En este orden de cosas se ha de poner de manifiesto que el hecho de que los ordenamientos jurídicos no valoren la vida humana en formación como a la vida de los nacidos no es algo arbitrario. Por el contrario, responde a una realidad que las ciencias sociales permiten constatar. El “devenir personal” es un proceso social, material, que se realiza como proceso de comunicación entre el nuevo ser y la madre, entre ambos y los demás, proceso que comienza en la última fase del embarazo, cuando el nuevo ser se hace presente a la mujer a través de la modificación de su propio cuerpo, de la percepción de los primeros movimientos de aquél y que culmina con el nacimiento, con la recepción del mismo por la sociedad³⁷. No es necesario ampliar aquí esta exposición, los trabajos de Rupke ofrecen suficiente información al respecto.

36 Como bien demuestra Larenz, en *Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, 3.ª ed., Munich, 1975, pág. 69. La atribución de la personalidad jurídica que establecen los códigos civiles, ya sea a partir del nacimiento (BGB), de la “viabilité” (Code civil), o de las veinticuatro horas de separación del cuerpo de la madre, se rige por criterios pragmáticos, en particular por los de seguridad y “economía” jurídica, criterio este último al que se debe nuestro sistema de las veinticuatro horas, muy razonable si se toma en cuenta que la elevada mortalidad en el nacimiento se ha evitado solamente con los progresos de la medicina en los últimos cincuenta años (cfr. Díez Picazo-Gullón, *Sistema de Derecha civil*, I, Madrid, 1979, página 267). El límite de las veinticuatro horas ha contribuido a facilitar la confusión doctrinal y parlamentaria, dando pie alguno a creer que la no atribución del derecho a la vida al *nasciturus* podría permitir la muerte del recién nacido (así, el diputado Mendizábal y Uriarte [AP] en la discusión del Proyecto de Constitución en el pleno del Congreso del día 6 de julio de 1978, véase en Constitución española: trabajos parlamentarios, Madrid, 1979, pp. 2024 y ss.). Tal opinión desconoce tanto que el tipo de homicidio protege la vida humana desde el comienzo del nacimiento como que cada rama del Derecho se rige en sus conceptos por sus fines específicos de protección. La polémica entre el “todos” y el artículo 30 del Código civil carece de toda relevancia.

37 Véase una amplia exposición de la teoría de la socialización aplicada a este problema en los diversos trabajos de Rüpké, “*Persönlichkeitsrecht.. und Schwangerschaftsabbruch*“, en *ZRP*, 1974, pp. 73 y ss.; *Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz*, Francfort, 1975, pp. 116 y ss.; y *Der Verfassungsrechtliche Schutz der Privatheit*, Baden-Baden, 1979, pp. 35-68 y 95-114.

Por otra parte, y frente a lo que algunos esgrimen³⁸, la teoría de la socialización no pretende “justificar” el aborto o cualquier otro fenómeno social, lo único que hace es “explicar”, explicar científicamente por qué en la historia y en la actualidad la vida anterior al nacimiento se ha valorado de distinta forma que la de los nacidos, y por qué se ha valorado más la vida en formación en el último periodo del embarazo que en los primeros meses del mismo.

6. De todo lo expuesto puede deducirse la conclusión de que la vida de los no nacidos no es valorada de igual modo que la de los nacidos, que la vida embrionaria es un valor distinto de la vida de las personas, y menor que ésta, y que, por tanto, el portador de este valor no puede considerarse incluido entre los destinatarios del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución, el cual sólo puede referirse a un único valor —el de la vida de los nacidos— y a un único tipo de destinatarios: los nacidos, las “personas”. Y no puede ser de otra forma, pues lo que sí sería arbitrario es que la Constitución —o la interpretación de la misma— atribuyera la misma protección, la tutela absoluta e irrenunciable, a dos valores distintos, a dos bienes de diferente valor.

En relación con el planteamiento adoptado y la conclusión a que se ha llegado conviene salir al paso de una posible objeción. Puede argüirse, en efecto, que la valoración diferenciada que la tradición y el Derecho penal vigente hacen de la vida del nasciturus y la del nacido no vincula a la Constitución, sino que, por el contrario, en virtud del principio de primacía de norma fundamental, la ley ordinaria ha de ceder ante aquélla. Ahora bien: como se ha expuesto anteriormente, la Constitución no contiene una declaración expresa que obligue a plantear un conflicto entre su tenor literal y la tradición y legislación penal vigente.

Pretender que con el mero empleo de la expresión “todos” se ha rotó con la tradición y con el derecho vigente no es algo que se pueda mantener con seriedad. En su caso, los que tal tesis mantengan habrán de ser consecuentes y exigir también la supresión del delito de aborto y su absorción por el tipo del homicidio³⁹.

IV. LA VIDA HUMANA EN FORMACIÓN COMO BIEN JURÍDICO

De la conclusión a que se ha llegado en el anterior apartado no se puede deducir que la vida humana en formación carezca de todo valor jurídico, que el Estado no tenga respecto a ella deber alguno de protección y que, por tanto, la vida del feto pueda ser destruida por cualquier motivo por el propio Estado, por la embarazada o por un tercero. Por el contrario, como se fundamenta en lo que sigue, la vida

³⁸ Véase Spaeman, en lo que pretende ser una réplica a Rüpke, en *ZRP*, 1974, pág. 114.

³⁹ Los cínicos defensores consecuentes de la “innovación constitucional” resultarían ser precisamente los sectores situados al margen de la Constitución, los mismos que prefieren legalizar el concubinato antes que el divorcio.

humana en formación es un bien que constitucionalmente merece protección, es un bien jurídico constitucional.

1. La vida humana en formación merece, por una parte, la protección que deriva de la que se reconoce a la madre en tanto que portadora de una vida (art. 39.2 de la Constitución). Igualmente, recibe indirectamente la protección que deriva de los derechos fundamentales de la mujer: a la integridad corporal (art. 15), a la salud (art. 43) y a la libertad personal (arts. 17)⁴⁰.

Sobre esta base, la vida e integridad corporal del nasciturus adquiere garantías absolutas frente a ataques del Estado y de terceros, pero no así frente a la mujer, de la cual le derivan tales garantías. De este modo se fundamenta la inconstitucionalidad de toda intervención abortiva contra la voluntad de la mujer, como, por ejemplo, disposiciones estatales de política demográfica que obliguen a abortar a las mujeres que ya tienen un número determinado de hijos, o la experimentación con embriones o fetos vivos sin el consentimiento de la embarazada. La tipificación del delito de aborto inconsciente encuentra de este modo suficiente fundamento⁴¹.

Ahora bien, si la protección de la vida en formación careciera de otra fundamentación complementaria, la vida del nasciturus sería un bien de libre disposición por parte de la embarazada, y la tipificación del aborto consentido en cualquier período del embarazo no sería justificable más que por razones de protección de la salud de la mujer. En este sentido sería posible fundamentar solamente la punición de los abortos provocados por quienes no sean médicos y, si provocado por uno de éstos, los realizados en el último período del embarazo, durante el cual el riesgo para la salud es considerablemente elevado⁴².

2.- Sin embargo, además de las razones expuestas, la tutela de la vida en formación tiene una fundamentación autónoma e independiente de la derivada de los derechos e intereses de la mujer, que se asienta en el principio de dignidad de la persona.

El principio, a pesar de que su dimensión de eficacia jurídica es discutida⁴³, es algo más que una abstracta decisión de valor constitucional, y puede alcanzar un amplio acuerdo la idea de que constituye una exigencia de que el Estado respete y

40 Cfr. Gedder, *Abtreibungsverbot und Grundgesetz*, en loc. cit., pág. 337; Artz, *Straf recht. B. T., I*, Bielefeld, 1977, pág. 108, nota 2. Entre los partidarios de esta fundamentación como única posible, Abendroth, "Das Abtreibungsurteil des Bundesverfassungsgerichts", en *Kritischer J* 1975, pág. 122.

41 Estimo asimismo que la prohibición de la pena de muerte a la mujer gestante (art. 65 del Pacto de las Naciones Unidas de 1966) se fundamenta en esta garantía absoluta de la vida del nasciturus frente al Estado.

42 Ahora bien, la validez de este argumento sería cuestionable desde las tesis liberales acerca de la eficacia del consentimiento en las lesiones

43 Véase Giese, *Das Würde-Konzept. Eine normfunktionale Explikation des Begriffes Würde in Art. 1 Abs. 1 GG*, Berlin, 1975.

proteja, además de los derechos fundamentales en su conjunto, determinadas concepciones que son, sentidas como fundamentales por 'la comunidad. En este sentido se comprueba que la vida humana en formación es sentida en la comunidad como un valor positivo y a cuya destrucción se opone resistencia⁴⁴.

Esta valoración social positiva no es arbitraria ni se apoya solamente en concepciones religiosas o éticas. Por el contrario, se fundamenta materialmente en que la vida en formación, embrionaria y fetal, constituye el presupuesto de la vida plena, de la vida de las personas; la vida en formación es esperanza de la vida plena, y la comunidad reconoce en ella a un futuro miembro, en el cual se reconoce a sí misma. Esta valoración positiva no es homogénea en relación a todo el proceso de formación, el valor es más elevado cuando el futuro miembro de la comunidad se comienza a hacer presente para la misma, además de para la mujer. Lo cual ocurre en el período más avanzado del embarazo, cuando la imagen externa de la mujer hace visible la proximidad de un nuevo miembro de la comunidad, hecho que se superpone aproximadamente con el período en el que el feto alcanza la viabilidad, la capacidad física de vivir independientemente de la mujer y, junto a ello, adquiere la definitiva configuración corporal. No se trata solamente de una valoración social externa a la mujer y' a la esperanza de vida plena de que es portadora, sino también valoración de la propia mujer, a la cual en este período tardío del embarazo se le hace presente la nueva vida con los primeros movimientos del feto (Quickening)⁴⁵.

La valoración social positiva de la vida en formación, su valor simbólico, justifica la protección jurídica a lo largo de todo el período de gestación⁴⁶. Igualmente, el legislador ha de hacerse expresión también del mayor valor que merece esa vida en formación en su Podo más avanzado.

Conviene precisar⁴⁷ que toda esta referencia a valores mente fundamentados no es, por supuesto, una justificación de que el aborto no se haya de castigar, sino de

44 Las encuestas de opinión realizadas en materia de interrupción del embarazo ponen de manifiesto lo asentado de esta valoración social]. (véase, por ejemplo, Siebel y otros, *Soziologie der Abtreibung*; Stuttgart, 1971, pp. 170 y ss.). La inmensa mayoría exige la protección del feto, pero también acepta el aborto cuando lo encuentra «justificado». En una encuesta realizada en 1978 en España por Alef, sólo un 42 por 100 se manifestaba a favor de una prohibición total del aborto (véase *La Calle*, núm. 22, de 22 de agosto de 1978).

45 Esta explicación es también obra de la teoría de la socialización, a cuyas fuentes, ya citadas en nota, me remito.

46 Huerta Tocildo mantiene una tesis que se asemeja a la aquí defendida, pues estima que el bien jurídico protegido en el delito de aborto es la esperanza de vida, entendiéndolo en cuanto a valor cultural emanado de las normas sociales vigentes en un determinado contexto espacial y cultural (*Aborto con resultado de muerte o lesiones graves*, Madrid, 1977, pág. 31).

47 Pues ocurre que los enemigos de las soluciones despenalizadoras (véase, por ejemplo, la réplica de Spaeman a Rüpke, en *ZRP*, 1974, pp. 114 y ss.) suelen considerar que estas argumentaciones sociológicas pretenden justificar la despenalización, y gustan de equiparar tal sistema de argumenta-

algo bien distinto: de por qué se ha de proteger por el Derecho⁴⁸. Lo cual no decide —en el sentido de decisión “previa” al legislador— nada en orden al cómo, cuándo y frente a quién da la protección. La decisión corresponde plenamente al Legislador ordinario, en el marco de una ponderación de los diversos intereses en conflicto en los supuestos en que se producen embarazos no deseados, que son los únicos en que se plantea el problema que aquí se discute. Se ha de precisar también que no se trata de que el *nasciturus* sea portador en sí mismo, o titular de “dignidad humana”, sino de que la idea de dignidad humana socialmente existente induce al legislador a proteger la vida en formación⁴⁹.

El problema del aborto constituye un campo de prueba de la teoría del bien jurídico⁵⁰. La configuración de la vida humana en formación como bien jurídico se sitúa en el terreno más difícil de la elaboración teórica, en el de la tensión entre “racionalidad” y vinculación del legislador al contexto cultural⁵¹; entre racionalidad y tabúes propios de cada sociedad en un momento concreto de su experiencia valorativa, de su grado de “ilustración”. Se puede criticar “racionalmente” el tabú de la muerte y, en consecuencia, la configuración como bienes jurídicos del respeto al “descanso de los muertos” o de su “honor”, o de plasmaciones de aquél como en el ámbito de la eutanasia, pero el legislador no puede prescindir de los mismos más que en la medida en que la sociedad concreta de que se trate pueda también prescindir⁵².

La definición de los bienes jurídicos, en tanto que condiciones fundamentales de la vida en común, no se puede realizar con independencia de las concepciones predominantes acerca de cuáles sean las necesidades legítimas y los intereses del

ción con las “justificaciones”, biólogos del exterminio de los judíos y de los “seres desprovistos de valor vital”. Bien al contrario, la argumentación sociológica lo que sirve es a proporcionar *alguna base racional* a la prohibición del aborto.

48 Acerca de la posibilidad de fundamentar la protección del *nasciturus* en base a una concepción socialmente orientada de la dignidad humana, véase Rüpke, *Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz*, cit., pág. 82.

49 El T. C. alemán declara que la protección del *nasciturus* se fundamenta en la dignidad humana (S.C.I, 3 en *L'aborto...*, cit., pág. 208), pero se trata de una mera afirmación y no de un argumento (donde existe la vida humana se ha de atribuir dignidad humana), que, además, presupone que la vida embrionaria es vida humana en el sentido del correspondiente artículo de la Constitución alemana. Véase críticamente, Geddert, *Abtreibungsverbot*, cit., pág. 338.

50 Como puntos de referencia de la situación actual de la discusión me remito a los trabajos monográficos de Amelung, Hassemer, Rudolphi y Bustos, y en otras generales, el manual de Stratenwerth y la *Introducción* de Mir Puig.

51 Véase una amplia investigación al respecto en Hassemer, *Theorie und Soziologie des Vebrechens*, Francfort, 1973, particularmente pp. 124 y ss.

52 Y una sociedad no rompe con este tipo de valores de forma radical, sino a través de la larga marcha de la racionalización, de la discusión de sus plasmaciones concretas. Lentamente, la sociedad internaliza la no necesidad del tabú y las nuevas concepciones se abren paso al consenso social. Un ejemplo de esta evolución en el presente es precisamente la discusión acerca del aborto y de la eutanasia.

individuo o de la colectividad que se corresponden con un orden social correcto, ni tampoco se pueden formular con independencia de la situación histórica en la que se encuentra una sociedad⁵³. En este sentido, el “consenso” es un criterio que ha de integrar una teoría de los bienes jurídicos, particularmente en el campo de los bienes jurídicos de discutida racionalidad, en el cual es más necesario que nunca que el legislador rechace la imposición a la colectividad de las que sean concepciones morales o éticas de individuos o grupos, incluso los numéricamente mayoritarios, limitándose a asumir la protección de aquellas normas sociales elementales realmente constitutivas e imprescindibles para una comunidad determinada. Estas normas son aquellas sobre las cuales existe un consenso prácticamente ilimitado, sobre las cuales todos podemos estar de acuerdo⁵⁴.

En el tema del aborto lo único que alcanza ese amplio consenso es el carácter de bien jurídico de la vida humana en formación, su definición como bien que merece, en principio, toda protección y, en forma particularmente enérgica, en la fase más avanzada del desarrollo. Fundamentar el carácter de bien jurídico de la vida en formación en la idea de dignidad humana puede ser una fundamentación metafísica, no racional, cuando la idea de dignidad humana se construye metafísicamente, como, por ejemplo, desde el iusnaturalismo. No es así cuando la idea de dignidad humana se configura socialmente, cuando lo que de ella se deriva, por ejemplo, la protección de la vida en formación se asienta en una función social de carácter material aprehensible por las ciencias sociales.

3. Se afirma, en consecuencia, el valor de la vida humana en formación como bien jurídico en base tanto a su derivación constitucional —principio de dignidad humana— como a su valor real en la práctica social como bien cuya protección es considerada como necesaria e imprescindible por la comunidad⁵⁵.

Se trata de un bien jurídico de la comunidad y no de un bien jurídico individual de titularidad atribuida al propio nasciturus o a la mujer. Ni el nasciturus por sí mismo puede ser titular de intereses o de derechos a la tutela jurídica, ni la mujer puede disponer por sí misma en cualquier momento de un bien cuya protección se establece en función de un “acuerdo” o “necesidad” comunitaria.

53 Cfr. Stratenwerth, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 2ª ed., 1976, pp. 16-17.

54 Sobre la función del consenso, véase Zippelius, *Zur Funktion des Konsensens in Gerechtigkeitsfragen*, en “Festschr für Bruns”, Colonia 1978, pp. 1 y ss.

55 Entiendo que la legitimación de un bien jurídico exige esta doble fundamentación: por una parte, interés o valor derivado del ordenamiento constitucional, y por otra “necesidad social”. Estimo insatisfactorias las fundamentaciones unilaterales tanto en la Constitución (Sax) como en la necesidad (estructural-funcional) de la sociedad (Amelung). En este sentido, por ejemplo, Bricola, *Teoria generale del reato*, en “Novissimo Digesto”, XIX, Turín, 1974 y Rudolphi, *Die verschiedenen Aspekte des Rechtsgutbegriffes*, en Festschr für Honig, 1970, pp. 151 y ss.

La decisión acerca del ámbito y carácter de la protección que se ha de proporcionar al bien jurídico en cuestión corresponde a la propia comunidad y, en definitiva, al legislador en tanto que expresión de la comunidad jurídica políticamente organizada.

La protección de un bien jurídico tiene siempre una dinámica expansiva, una tendencia a alcanzar la protección, necesaria y eficaz, más amplia posible, situándose los límites de dicha protección allí donde la misma entra en conflicto con otros bienes jurídicos. Donde los bienes jurídicos colisionan entre sí ha de intervenir el legislador con una decisión que, más que solucionar, supere el conflicto. En este sentido, la vida humana en formación aspira —ha sido así históricamente— a la más amplia protección, a la penal, si bien, dentro de ésta, sus límites no han sido siempre iguales. La historia de la prohibición penal del aborto pone de manifiesto, como ya se ha expuesto, que sólo excepcionalmente ha sido una protección absoluta. Los cambios en el sistema de protección obedecen a que el legislador ha tomado en consideración los diversos intereses que entran en juego en este ámbito y ha dado preferencia a uno u otro de ellos: el interés del *pater familiae* en Roma, el interés demográfico, el de la protección de la salud de las mujeres, etc.

El legislador español ha de tomar su decisión sobre la base de determinar cuáles sean los intereses que entran en conflicto en el problema del aborto y de ponderar tales intereses. En la actualidad se ha de reconocer que la esencia del conflicto radica en el significado de la prohibición absoluta del aborto como ruptura de la intimidad y como negación radical del libre desarrollo de la personalidad de la mujer, en los supuestos en los que la mujer sufre un embarazo no deseado. El legislador ha de decidir en qué medida y en qué casos cede la prevalencia a uno o a otro de los bienes jurídicos en conflicto.

V. EL PROBLEMA DEL ABORTO COMO CONFLICTO ENTRE BIENES JURÍDICOS

1. Significado de la prohibición del aborto para los derechos de la mujer

La prohibición del aborto solamente se pone en cuestión entre nosotros cuando la mujer no desea la continuación del embarazo, ya sea porque el mismo pone en peligro su vida o su salud, ya por razones de otro carácter. El único problema para el legislador es resolver esta contradicción entre la prohibición y la decisión de la mujer⁵⁶.

⁵⁶ Cualquier otro tipo de problematización de la prohibición está fuera de nuestra realidad cultural; verbigracia: la derivada de exigencias demográficas o de “filosofías” como la de la aniquilación de los seres desprovistos de valor vital o de las razas inferiores.

La oposición de la mujer a la continuación del embarazo es el problema relevante porque la prohibición de abortar afecta a bienes jurídicos fundamentales de la mujer garantizados constitucionalmente. En efecto, la prohibición del aborto se resuelve en una compulsión a la maternidad. El Estado niega la libertad de la mujer para configurar sus condiciones de vida, se introduce en su esfera de intimidad —sus deseos, sus relaciones, sus expectativas— y la conmina a aceptar las condiciones de vida que acompañan a la maternidad. El Estado condiciona así, contra la voluntad de la mujer, el desarrollo de su personalidad. No se trata de una restricción de libertad en abstracto, de una contradicción de un genérico derecho a la libre autodeterminación de la mujer, sino de una restricción material, de carácter psíquico y social, de la libertad y de la intimidad.

El eslogan “mi vientre me pertenece” o la fórmula de “derecho al propio cuerpo” hacen parca justicia al significado real de la prohibición del aborto, pues, sobre lo que la mujer embarazada decide en el momento en que considera la posibilidad de abortar es sobre si quiere o no tener un hijo. Lo que es afectado por la prohibición del aborto es la intimidad y el desarrollo de la personalidad de la mujer y no su mera conformación corporal. El recurso al denominado derecho al propio cuerpo para defender la despenalización rebaja el valor del contenido de la libertad de la mujer al que posee, por ejemplo, la discusión acerca de si el Estado puede disponer vacunaciones o extracciones sanguíneas obligatorias. La concepción mencionada no solamente ignora la realidad antropológica, sino que además debilita la categoría de la argumentación con la que la mujer se dirige al legislador.

La compulsión a la maternidad es compulsión para establecer una larga comunicación con otro (con el hijo, pero también con el padre, en el caso de las mujeres no casadas) que lleva consigo una profunda modificación de las relaciones vitales.

Es preciso tener en cuenta, además, las condiciones sociales propias de nuestro país sobre las que se proyecta la prohibición del aborto, pues determinan que sea aún mayor la gravedad del menoscabo de los bienes jurídicos mencionados. Entre nosotros, la compulsión a la maternidad que deriva de la prohibición indiscriminada del aborto se encuentra en plena contradicción con una realidad político-social que es portadora del germen del problema que nos ocupa: Hasta la Ley del 7 de octubre de 1978 no se ha descriminalizado la venta de anticonceptivos. En la actualidad es todavía inexistente una política de los poderes públicos de información y formación en materia de sexualidad y anticoncepción. Ni en la letra ni en la práctica de la ley ordinaria se reconoce a la maternidad el carácter de función social merecedora de protección, cargándose exclusivamente sobre la madre los costos económicos de atención y de educación del hijo. Por otra parte, la posición jurídica y práctica de la mujer madre en el orden laboral es de singular indiscriminada y debilidad, siendo el despidido “por maternidad” una práctica sumamente frecuente.

La protección de la vida humana en formación puede suponer también, como consecuencia de complicaciones médicas, la lesión o la puesta en peligro de los bienes jurídicos de la vida o de la salud de la embarazada⁵⁷.

Por su parte, cuando la mujer infringe la prohibición y es descubierta por los órganos de persecución del Estado, sufre la imposición de una pena y en consecuencia el menoscabo de los bienes jurídicos propios de la misma: libertad, intimidad, dignidad y patrimonio.

La protección del bien jurídico vida en formación entra, por tanto, en colisión con otros bienes jurídicos de los que la mujer es titular y que constituyen principios fundamentales de la Constitución, como el derecho a la vida y a la salud (arts. 15 y 43.1), el libre desarrollo de la personalidad (art. 10.1) y propios derechos fundamentales como son el derecho a la libertad personal (art. 17.1, en relación con el principio anterior) y el derecho a la intimidad (art. 18.1).

2. La ponderación de bienes

La solución legislativa a los conflictos entre bienes jurídicos no puede ser arbitraria. En los supuestos de colisión de bienes jurídicos el legislador se ha de regir por un principio de racionalidad elemental que se ha denominado de ponderación de bienes⁵⁸.

El principio mencionado exige que el legislador proceda a realizar una jerarquización de los bienes jurídicos que en el caso concreto colisionan. En segundo lugar, el legislador debe encontrar la fórmula que permita alcanzar a cada uno de los bienes en cuestión la máxima posibilidad de realización. Es decir, el principio no se resuelve en un sacrificio in totum del bien de menor rango jerárquico valorativo. La conexión e interdependencia de los diversos elementos de la Constitución (principio de “unidad de la Constitución”) fundamenta la necesidad de tomar en consideración no solamente la norma particular aislada, sino todo el conjunto de normas afectadas o relacionadas con el problema de que se trate. El principio de ponderación de bienes ha de regirse —como expone Hesse⁵⁹— por el objetivo de optimizar la realización de los mismos.

En el problema que nos ocupa, la jerarquización de bienes debe resolverse a favor de la vida, la salud, la libertad y la intimidad, pues se trata de bienes jurídicos que constituyen el contenido objetivo de Derechos fundamentales, mientras que la vida humana en formación es un bien jurídico derivado de un principio fundamen-

57 Véase al respecto Mueller, *Gerichtliche Medizin*, II, Berlín 1975, pp. 1131 y ss.

58 Véase, por todos, Schneider, *Die Güterabwägung des Bundesverfassungsgericht bei Grundrechtskonflikte*, Baden-Baden, 1979.

59 Cfr. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., pág. 28.

tal —o, si se quiere, de un derecho fundamental— el de la dignidad humana, no constituyendo aquella misma directamente el objeto de protección.

Ahora bien: como se ha indicado anteriormente, la constatación del carácter prevalente de los derechos de la mujer no permite sacrificar el bien jurídico de la vida en formación. El legislador puede adoptar fórmulas de coexistencia siempre y cuando respete el contenido esencial de los derechos fundamentales de referencia, tal y como prescribe el artículo 53.1 de la Constitución al establecer la reserva de ley.

Respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales quiere decir, al menos, que en algún momento del conflicto —en algún momento del embarazo— la ley debe posibilitar la realización de los mismos, autorizando su ejercicio. Es necesario, en definitiva, un sistema legal en el que la protección general de la vida en formación no excluya la realización de todos y cada uno de los derechos fundamentales afectados, de los derechos a la vida, a la salud, a la libertad personal y a la intimidad. Sólo sobre estas bases será conforme a la Constitución el sistema de despenalización que el legislador ordinario adopte.

Una vez que el legislador ha efectuado la ponderación de bienes y adoptado en su virtud una solución al conflicto, determinando cuándo prevalecen unos bienes sobre otros, queda fijado el ámbito de lo injusto, y para la calificación de una conducta como antijurídica o como conforme a Derecho bastará con contrastarla con la norma establecida.

3. Los sistemas de despenalización y el juicio de constitucionalidad

De los sistemas de despenalización del aborto que se conocen, el único que respeta el contenido esencial de los derechos mencionados es el que autoriza a la mujer a decidir libremente la interrupción del embarazo en los primeros meses del mismo y mantiene la prohibición en el posterior período.

El Proyecto de Código penal representa el sistema más alejado posible de las exigencias constitucionales, pues se limita a castigar todo aborto voluntario. La Exposición de Motivos no hace referencia alguna al respecto, pero es conocido que la voluntad de sus autores consiste en aplicar las reglas sobre causas de justificación y de inculpabilidad previstas en la Parte general⁶⁰. En su virtud, sólo resultarían justificadas las interrupciones del embarazo cuando se realicen para salvar la vida de la mujer, ya que, según los autores de la Memoria, “el bien jurídico de la vida no puede ser considerado de rango inferior a otros bienes jurídicos como lo son la salud y la libertad”.

Si los autores de la Memoria fuesen partidarios de la concepción del estado de necesidad como causa justificante en los supuestos de conflicto entre bienes iguales

60 Cfr. « Memoria explicativa », cit., pp. 44-45.

—lo que es de dudar—⁶¹, podría concluirse que para el Proyecto sólo concurre una causa de justificación en el aborto: cuando se lleva a cabo para salvar la vida de la embarazada que se encuentra en inmediato peligro y siempre que el mismo sea el único medio disponible para salvar la vida. Ha de estimarse, pues, que, conforme a la tesis de la Memoria, el Proyecto de Código no acoge siquiera la indicación terapéutica, habida cuenta de que no se reconoce eficacia justificante a la defensa de la salud física o mental.

Ahora bien, tampoco la acogida aislada de la indicación terapéutica se acomodaría al orden constitucional de valores y a la correspondiente ponderación de bienes, pues una tal regulación no respeta el contenido esencial de los derechos a la intimidad y al libre desarrollo de la personalidad, al no concederles ninguna virtualidad en los supuestos de embarazo no deseado.

Tampoco supera el juicio de anticonstitucionalidad el sistema amplio de indicaciones establecido por el legislador alemán en 1976 como alternativa al sistema del plazo que el Tribunal constitucional había rechazado el año anterior. En el Derecho alemán, el problema no radica tanto en el catálogo de indicaciones (médica, eugénica, criminológica y social) como en el hecho de que quien decide en última instancia acerca de la interrupción del embarazo no es la mujer, sino un tercero, el médico, que está llamado por la ley a dictaminar si, en el caso concreto de la mujer que solicita el aborto, concurren las condiciones legales. Sobre lo que el médico dictamina no es algo objetivo, por ejemplo, si, para evitar la pérdida de la vida o un daño de salud, aparece científicamente como necesario el interrumpir el embarazo. Por el contrario, el médico es situado por la ley en el plano subjetivo, en el plano de la conciencia individual de la mujer, pues lo que ha de decidir es lo siguiente:

Si el peligro para la vida o la salud puede ser evitado por otro medio distinto del aborto que él considere exigible a la mujer (§ 218a, I).

Si, en el, supuesto de descubrimiento de posibles anomalías fetales, considera exigible a la mujer que continúe el embarazo y cargue con un hijo que adolecerá de graves deficiencias en su salud (§ 218a II, 1 y 2).

Si estima que, en el estado de necesidad de carácter social que en su caso sufra la mujer, es exigible a la misma el que continúe el embarazo (S 218a, II, 3).

El contenido del juicio de “exigibilidad” —que es consustancial al sistema de indicaciones⁶²— es de carácter moral, y se resuelve en una decisión acerca de si la mujer “merece” o no continuar obligada a proseguir su embarazo. El médico es situado por la ley a modo de tutor moral del ciudadano inmaduro de cuya res-

61 Pues la doctrina y la jurisprudencia dominante no consideran el conflicto entre bienes iguales como causa de justificación, sino como meramente exculpan. Véase Gimbernat, *Estudios de Derecho penal*, Madrid, 1976, pp. 107 y ss.

62 Cfr. Baumann, en *Das Abtreibungsverbot*, cit., pág. 315.

ponsabilidad se desconfía. El sistema de indicaciones con decisión del médico no es compatible con la idea de hombre propia de la Constitución. Por otra parte, la constatación de las condiciones sociales y económicas de la interesada, necesaria tanto para la indicación social como para la terapéutica en sentido amplio, conduce inevitablemente a una ruptura total de la intimidad, pues la investigación al respecto ha de realizarse a través de personas distintas de la del propio médico, con lo cual, además, se incrementa la importancia de los criterios subjetivos de terceros para la autorización médica.

El sistema de reservar la autorización a personas distintas de la mujer ya sea el médico, una comisión de especialistas o el juez, se pretende fundamentar en la idea de evitar interrupciones del embarazo injustificadas o arbitrarias —aborto por razones “cosméticas”—. En estos supuestos, se estima, se sacrificaría la vida en formación a un bien sin valor alguno. Para los partidarios de esta tesis se trata, pues, de cerrar el paso a la “frivolidad”.

Se puede, en principio, estar de acuerdo con la idea de que al legislador le ha de preocupar el evitar la destrucción arbitraria de los bienes jurídicos. No puede negarse el hecho de que alguna de las solicitantes de la interrupción del embarazo actúe inconsciente o frívolamente, es algo que siempre ocurre en alguna medida en este y en otros ámbitos de la vida social, inclusive en la legislativa. Ahora bien, el pretender que esa frivolidad sea propia de algo más que un insignificante porcentaje del total de casos solamente puede tener origen en un desconocimiento considerable de las condiciones reales en las que surge en las mujeres que sufren un embarazo no deseado la decisión de interrumpirlo. Los estudios empíricos ponen de manifiesto que, por lo común, estas mujeres se encuentran en una situación de grave conflicto psicológico y personal.

Así, Rolinsky, entre otros, en su estudio psicológico sobre la mujer ante el embarazo no deseado, llega a la conclusión de que apenas se encuentra una historia clínica que no contenga referencias a trágicas vivencias personales, como la desesperación, el miedo, el dolor, la desilusión y el desmoronamiento personal⁶³. En cualquier caso ha de tenerse en cuenta que buena parte de los supuestos de ligereza en la decisión por el aborto son evitados a través de la información y asesoramiento a la mujer solicitante. Por otra parte, no dejaría de ser una grave inconsecuencia el obligar a tener un hijo precisamente a las inconscientes o frívolas.

63 Cfr. Rolinsky, “Zur Situation der unerwünschten Schwangerschaft, Versuch einer psychologischen Analyse“, en Baumann, *Das Abtreibungsverbot*, cit., pág. 253. Otros estudios permiten llegar a la misma conclusión: Mueller y otros, *Gerichtliche Medizin*, II, Berlín, pp. 1164 y ss.; Dotzhauer, en *Handwörterbuch der Kriminologie*, I Berlín, 1966, pp. 15 y ss.; Pross, *Abtreibung, Motive und Bedenken*, Stuttgart, 1971, *passim*; Glaus, *Über Schwangerschaftsunterbrechungen und deren Verhütung*, Berna, 1962.

El que la interrupción del embarazo es algo trascendente es sabido por la generalidad de las mujeres que se enfrentan al problema. Algunos legisladores han querido ponerlo de manifiesto en las leyes de despenalización, haciendo referencia a que la autorización de interrumpir el embarazo está ligada a una situación de grave conflicto para la mujer. No pretende otra cosa la ley francesa cuando incluye en su texto la expresión “état de détresse”⁶⁴ cuando esta ley y la italiana declaran que la interrupción voluntaria del embarazo no debe constituir un medio de control de natalidad (arts. 13 y 1, respectivamente). Ahora bien, el plasmar dicha preocupación en el desplazamiento de la decisión a personas distintas de la mujer es algo incompatible con los derechos de la misma y con la idea de hombre a que responde la Constitución: el hombre como ser libre y responsable y no como sujeto sospechoso de abusar de las libertades “concedidas”.

Sistema de indicaciones distinto al criticado es el adoptado por el legislador italiano⁶⁵. En la Ley de 1978 el sistema de autorización de la interrupción del embarazo está basado en criterios de indicaciones, pero en el término de los primeros noventa días es la propia mujer interesada la que valora su situación y constata la existencia de los presupuestos de la autorización: “La mujer que se encuentre en circunstancias por las cuales la prosecución del embarazo, el parto o la maternidad comporten un serio peligro para la salud física o psíquica, en relación a su estado de salud, a sus circunstancias económicas, sociales o familiares o a las circunstancias en las cuales se ha producido la concepción, o a previsiones de anomalías o malformaciones del concebido” (art. 4). El centro asistencial o el médico de confianza a quien se dirige la mujer le han de proporcionar información y ayuda, y, constatado el embarazo, emitir una certificación al respecto con la cual puede la mujer directamente procurarse la intervención solicitada, radicando en ella exclusivamente la facultad de decisión. En virtud de lo expuesto, el sistema italiano merece ser considerado como un sistema de plazo y no como un sistema de indicaciones.

La ley italiana respeta plenamente en los tres primeros meses del embarazo la libertad y la intimidad de la mujer. La peculiar combinación de indicaciones y libre decisión de la mujer se explica tanto por las peculiaridades legislativas derivadas de la correlación de fuerzas políticas en el Parlamento como también por la voluntad del legislador de poner de manifiesto el rechazo a la posible “arbitrariedad” en la decisión de abortar. El sacrificio del bien jurídico vida en formación debe estar justificado por razones “serias”, como las indicadas en el artículo pero su existencia ha de ser valorada por la propia mujer interesada. Se trata, pues, de

64 Véase al respecto Roujou de Bouvee, *L'interruption de la grossesse*, Toulouse, 1975, pág. 17.

65 Sobre la Ley italiana, véase Casini-Cieri, *La nova disciplina dell'aborto*, Padua, 1978.

una solución más compleja al problema que la ley francesa pretendió abordar con la expresión *détresse*⁶⁶.

Solamente el sistema denominado “del plazo” respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales de la mujer embarazada. Dentro de los tres primeros meses la mujer resuelve libremente, y en su intimidad, el conflicto en que se encuentra. Con posterioridad a este momento, el ordenamiento autoriza el sacrificio de la vida en formación solamente cuando los derechos fundamentales en conflicto son los de la vida y la salud somática y psíquica⁶⁷. En otro caso, el ordenamiento valora como bien jurídico superior la vida en formación. La ponderación de bienes y el principio de optimización de los mismos permiten, a través de esta diferenciación temporal, el que ninguno de los bienes en conflicto sea sacrificado *in totum* en favor del otro, y de este modo, el legislador acomoda su decisión a las exigencias constitucionales.

El plazo de los tres meses no es arbitrario. Se fundamenta hoy en razones biológicas, sociológicas, sanitarias y de política criminal⁶⁸. Su restricción no es aconsejable desde ninguno de estos puntos de vista; pero, por el contrario, es admisible una discusión del mismo en orden a su ampliación, por ejemplo, como consecuencia del descubrimiento de sistemas o medios de interrupción del embarazo (por ejemplo, la prostaglandina), cuya aplicación en el segundo trimestre no supone la elevación del riesgo médico que acompaña a los medios abortivos hasta ahora disponibles en este período del embarazo⁶⁹.

66 En la doctrina italiana se ha puesto en duda el que la Ley se acomode a la sentencia del Tribunal constitucional de 18-II-1975, la cual no hace referencia más que a la vida y la salud en sentido amplio como intereses prevalente respecto de la vida en formación. Ahora bien, es preciso tener en cuenta que en el recurso presentado al Tribunal sólo éstos eran los que se encontraban en conflicto, pues se trataba de un aborto terapéutico. El Tribunal carecía de motivos procesales para pronunciarse en términos más amplios. Véase al respecto las comunicaciones presentadas por Nuvolone y Grosso en las *II Jornadas italo-franco-luso-españolas de Derecho penal* celebradas en Ávila y Alcalá de Henares en junio de 1980.

67 La indicación eugenésica constituye más bien un supuesto específico de la indicación médica en su aspecto de salud psíquica.

68 Alrededor de los tres meses de embarazo culmina el periodo embrionario de la vida humana en formación y se da comienzo a la fase fetal. Con independencia de las tesis biológicas acerca del desarrollo ininterrumpido y sin cambios (biológicamente) cuantitativos, ambas fases merecen una consideración antropológica diferenciada. Por otra parte, a partir de los tres primeros meses la intervención abortiva lleva consigo un grado elevado de riesgo para la mujer. Por último, se considera que el plazo de tres meses permite suficientemente a la mujer detectar su estado y adoptar una decisión para resolver el conflicto en el que se puede encontrar. Véase, sobre todo esto, Ehmke, *Die Fristenregelung und das Grundgesetz*, Bon-Bad Dodesberg, 1975, pág.37 y referencias bibliográficas allí citadas.

69 Estimo que el margen de decisión del legislador se agota alrededor del sexto mes, momento en el que el feto alcanza al “viabilidad”, la capacidad de vida independiente, la posibilidad actual de ser miembro de la comunidad. En este sentido se pronunció el Tribunal Supremo de Estados Unidos, Cfr.

VI. CONCLUSIONES

La Constitución no resuelve expresamente el problema de la prohibición penal del aborto, pero la decisión del legislador debe adecuarse a los principios derivados de la misma.

La vida humana en formación no representa un valor igual a la vida de los nacidos —de las personas— ni en la historia del pensamiento y del Derecho ni en la legislación vigente. El artículo 15 de la Constitución no puede atribuir el mismo derecho y en igual intensidad a sujetos desiguales. La atribución del derecho a la vida en los términos en que se pronuncia respecto de las personas, de los seres humanos nacidos, solamente se puede extender al nasciturus a partir del momento en que adquiere la viabilidad, la capacidad de la vida independiente de la mujer.

La vida humana en formación constituye un bien jurídico que se fundamenta constitucionalmente como derivación de la dignidad humana. En la medida en que su protección entra en conflicto con otros bienes jurídicos que se fundamentan directamente en derechos fundamentales —la vida, la salud, el libre desarrollo de la personalidad y la intimidad—, el legislador ha de proceder a una ponderación de bienes y establecer un sistema de solución del conflicto que respete el contenido esencial de los derechos fundamentales. El único sistema de despenalización que respeta el contenido esencial de todos y cada uno de esos derechos es el denominado sistema de plazos.

La argumentación constitucional permite, sin agotar la problemática de la despenalización, establecer los límites, máximos y mínimos, de la decisión del legislador. Su concreción debe realizarse conforme a los criterios de política social y de política criminal.

No obstante, la argumentación político-criminal que postula la despenalización, por haber comprobado que la prohibición penal absoluta del aborto causa más daños que bienes proporciona, es suficiente por sí sola para incidir en el proceso legislativo, pues también el de la «racionalidad» es un principio fundamental del ordenamiento constitucional: al legislador de un Estado social y democrático de Derecho le está vetado imponer a los ciudadanos sufrimientos innecesarios, tanto más cuanto los mismos sean de todo punto ineficaces, como ha sucedido en el curso de la historia y sucede en nuestros días con la prohibición penal absoluta de la interrupción voluntaria del embarazo.

Roe versus Wade, X, en *L'aborto...*, cit., pp. 33-34; véase, también, Rüpke, *Schwangerschaftsabbruch und Grundgesetz*, cit., pág. 176.

ABORTO Y RAZÓN DE ESTADO

I. LA IDEA DE RAZÓN DE ESTADO

En la tradición del pensamiento iusnaturalista y en el liberal la idea de razón de Estado aparece en radical contradicción con la idea de derecho y de Estado de derecho. La razón de Estado ha quedado ligada incluso en el saber común con el comportamiento maquiavélico, con la violación del Derecho, de los pactos, con las maquinaciones y actos inconfesables por parte de los gobernantes¹. Con la idea de razón de estado se hace referencia a aquellos supuestos en los que la “necesidad política sitúa a la finalidad del poder por encima del Derecho y la moral”², cuando como en expresión de Maquiavelo, el príncipe se ve forzado a actuar en contra de la libertad, la compasión, la humanidad, y la religión³, en definitiva, razón de Estado como expresión de la idea que *neceditas legem non habet*.

Pero también es cierta una cuestión bien distinta. La idea de la razón de Estado significa históricamente también el descubrimiento de un logos propio de la política y su configuración por excelencia: el Estado⁴. Representa la secularización de la apolítica, la liberalización del pensamiento sobre asuntos de Estado y del Gobierno respecto de la teología, la moral y del propio Derecho es decir, la liberalización de la razón política de otras razones ajenas a la desnuda “necesidad política”⁵.

1 Cfr. UMPF, *Die Staatsräson im demokratischen Rechtsstaat*, en *Der Staat*, 1980, pág. 273.

2 Vid. Meinecke, *La idea de la razón de Estado en la edad moderna*, Madrid, 1983, pág.6.

3 Vid. Meinecke, ob. Cit. pág.42.

4 Cfr. García Pelayo, *Del mito de la razón en la historia del pensamiento político*, Madrid, 1968, pág. 246.

5 Cfr. Meinecke, cit. p. 7.

Algunos autores han estimado que razón de Estado no es un concepto universal e intemporal como propusieron Meinecke, sino un concepto histórico concreto, específico de la época de aparición del Estado moderno y de su literatura política⁶. No faltan en nuestra época, tras la Segunda Guerra Mundial, tentativas de actualizar el concepto, elaborándolo a la altura de los problemas y necesidades del Estado en este tiempo, y en particular, del Estado de derecho, del estado constitucional. De entre ellas destaca la de Carl Joachim Friederich con su “Constitutional Reason of State”, en la que se propuso ofrecer una contribución al problema de cómo llevar a cabo la defensa del Estado democrático de derecho, del “Verfassungsstaat”, frente a sus enemigos, sin renunciar en la práctica a sus postulados básicos⁷. Se trata, en consecuencia, de recuperar un concepto para transformarlo cualitativamente, de razón de estado como Razón del estado democrático, como ordenación y limitación de los medios a que se puede recurrir en defensa del Estado democrático para no incurrir en su negación, en la tiranía.

Desde este plano se ha llevado a cabo la elaboración y discusión de la regulación jurídica de los estado excepcionales y del llamado Derecho penal político (protección penal de la “seguridad del Estado”) y, últimamente, de la legislación antiterrorista.

Como expone García Pelayo, el resultado más importante del encuentro de la razón del Estado con el Derecho público fue el reconocimiento de la “situación excepcional “como algo no ajeno, sino perteneciente a la realidad política y, por consiguiente de la necesidad de ser regulada en la medida de lo posible, por un derecho no huido frente a la realidad de las cosas, sino capaz de enfrentarse con ella⁸.

El artículo 55, 1 y 2 de la Constitución Española así como expresión máxima de esa doble preocupación por el reconocimiento formal del *estatus necessitatis* y por la exigencia existencial para el Estado democrático de someter esa necesidad a detallada regulación y control jurídico. Cosa distinta es que esa concreta regulación, particularmente en el espacio de la necesidad antiterrorista”, se haya plasmado en una normativa conforme con la razón de Estado democrático⁹.

Se me ocurre que es ese intento de elaborar una teoría de la razón de Estado específica de Estado democrático de Derecho que se ha plasmado hasta ahora tan sólo en el espacio de la legislación de excepción, podría extenderse a otros espacios de conflicto propios del Estado democrático, por ejemplo a los conflictos entre derechos fundamentales.

6 Vid. Weinacht, en *Staaträson*, Schunr, comp, 1975, pág. 65.

7 Vid. en Rumpf, cit, pág. 285.

8 Vid. ob. cit. p.307.

9 Vid. críticamente, Pérez Mariño, (comp.) *Justicia y Delito*, Univ. Menéndez Pelayo, Madrid, 1981.

De tal forma que el *topos* razón de Estado podría servir a la elaboración de los criterios o razones específicas del Estado democráticos para la jerarquización y solución entre derechos o intereses fundamentales.

A la vista de lo expuesto pueden distinguirse dos aspectos o dos dinámicas de la razón de Estado. Por una parte una “razón material de Estado”, una *ratio política necessitatis*, y por otra, una razón de Estado específica de aquél que consagra idealmente nuestra Constitución, *la razón de Estado social y democrático de Derecho*. Desde ambas perspectivas puede abordarse una reflexión sobre el problema del aborto. La primera de carácter histórico y crítico, descubriendo —lo que sin duda no es novedad— cuáles hayan sido las necesidades, las razones que han determinado al Estado a mantener o imponer una política de prohibición, pues es el de la prohibición el problema del que deriva la actual discusión pública.

La segunda, de carácter teórico y constructivo, desde y para dentro del sistema: qué criterios deben imperar en la legislación del Estado democrático a la hora de afrontar el conflicto que el aborto representa.

II. LAS RAZONES DEL ESTADO EN LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DE LA REGULACIÓN DEL ABORTO

En nuestro mundo cultural pueden distinguirse tres periodos distintos en cuanto a la reacción del estado frente al aborto.

1. El primero transcurre entre la Edad Media y la formación del Estado Moderno hasta finales del Antiguo régimen.

Se trata de un proceso que parte de unas culturas no represoras del aborto (Roma y los germanos) en las que, al paso de la formación de los Estados, incide decisivamente la Iglesia Católica¹⁰ particularmente con su Derecho específico, el Canónico, que inspira en las diferentes legislaciones el siguiente tratamiento del aborto:

El aborto se considera homicidio, pero sólo si se comete sobre un feto “vivo”. Por tal se entiende un feto en avanzado estado de gestación, momento que se determinaba más que con la estricta aplicación de los criterios cronológicos de la teoría animación, con consideraciones prácticas sobre la formación corporal, los movimientos en el vientre materno, la vitalidad, etc.¹¹.

La diferencia de trato era radical, el aborto de feto “vivo” se castigaba como homicidio de la pena de muerte y el aborto del embarazo temprano con el destierro.

10 Cfr. Sinson-Geerds, *Straftaten gegen die Person*, Munich, 1969, pág. 85.

11 Cfr. A. Eser. “Zwischen Heiligkeit und Qualität des Lebens”, en *Tradition und Forschrift Tubinga* 1977, p. 400. El periodo de 30 semanas finado en el Código general prusiano de 1794 podría ser expresión de la práctica judicial.

La regulación de este carácter más general tardía dentro del periodo es la constitución Criminalis Carolina de 1532¹².

2. El segundo periodo se inicia con las primeras codificaciones modernas y se extiende hasta el periodo de entre las dos guerras mundiales.

En los Códigos penales es una constante la prohibición total del aborto, pero como figura delictiva específica, netamente separada del homicidio, en el tipo y en la pena, lo que expresa una valoración diferenciada por parte de los legisladores decimonónicos de la vida en formación y de la vida de los nacidos.¹³

En la fundamentación de la prohibición aparecen dos tipos de razones que podrían denominarse ratio confesiones y ratio natalista o demográfica, con la ratio confesiones se hace referencia a la argumentación religiosa. Ahora bien sin perjuicio de conceder a esta un valor de cultura autónoma, no creo que resultara desacertado tomar en consideración el que la protección de la vida que propone la ratio confesiones se confunde y obscurece en una ratio diferente, ligada a la configuración pecaminosa de la sexualidad. Y ambas cosas a la teoría de la familia, destinada, en la práctica a servir como institución básica de control social y religioso y de reproducción del cuerpo social de los “fieles” y en definitiva, resolviéndose también en intereses demográficos.

La función demográfica de la prohibición del aborto es sin duda evidente, sobre todo en su servicio al incremento de la natalidad aunque también se tiene presente la contención de la mortalidad de la mujer como consecuencia de las prácticas abortivas con la técnica de la época.

En cualquier caso lo que reviste interés es determinar cuál es la ratio más fuerte y decisiva en la prohibición del aborto que se lleva a cabo en este periodo. Y en mi opinión cual sea esta se revela en los cambios de tratamiento legislativo que se suceden durante el periodo, en las circunstancias históricas, sociales y políticas, en que se producen, en la argumentación expresa de los cambios legislativos y en el contenido de estos.

Un examen de la evolución comparada de los Códigos penales permite seleccionar los cambios significativos en la regulación de los delitos de aborto, y si por significativos en la regulación de los delitos del aborto y si por significativos se entiende que los que compartan una variación profunda de las penas, del ámbito

12 Quintano pone de manifiesto que la equiparación que la Carolina hace del aborto a la esterilización revela la preocupación demográfica al igual que las ordenanzas francesas de la época, idea muy propia del nuevo régimen de nacionalismo absolutista naciente, cfr. P. 549. Para la legislación española vid. García Marín, *El aborto criminal en la legislación y la doctrina*, Madrid, 1980.

13 La misma tendencia se presenta en el derecho del “common law”, v. Louisell y Noonan, en Noonan, comp., *The morality of Abortion*, Cambridge, Mass. 1972, pág. 226.

y la clase de las conductas que se incriminan, de la ubicación sistemática, puede estimarse que tales cambios son tan poco numerosos como sumamente ilustrativos. Como tales estimo los siguientes:

La Ley francesa de 1923.

El Código penal italiano de 1930.

La Ley alemana de protección de la Raza de 1933 y posteriores Disposiciones de 18 de julio de 1935 y de 9 de marzo de 1943.

La Ley española de protección de la natalidad, de 24 de enero de 1941.

Interés particular merece la ley francesa, pues aparece desprovista de las connotaciones políticas de las demás, y pone por ello de relieve que la ratio demográfica no es algo exclusivo de los fascismos.

Francia, tras el periodo de impunidad total de la época revolucionaria entre 1791 y 1810, contaba desde el Código Napoleónico del año 1810¹⁴, con una enérgica represión penal del aborto¹⁵ para el que preveía la pena de reclusión, pena de gravedad sin parangón en el derecho comparado y por su categoría de “crime”, su conocimiento estaba sometido a los tribunales de jurado.

Este sistema experimentó un progresivo fracaso pues al no cohonestar la valoración social, el jurado terminó por demostrar sistemáticamente una amplia indulgencia, que a su vez indujo a los fiscales a renunciar a instar las persecuciones penales¹⁶.

A su vez, Francia era el país europeo que sufría desde el pasado siglo la caída más sensible de la tasa de población, en términos absolutos y relativos agravada aún más con la Primera Guerra Mundial. Este fenómeno se achacaba ya antes de la guerra esencialmente a las prácticas anticonceptivas y del aborto¹⁷.

Pues bien, la ley de reformase propone directamente afrontar el problema demográfico a través de la modificación de las ineficaces previsiones sobre el aborto y sobre el delito de propaganda y difusión de medios anticonceptivos que había sido creado tres años antes por la ley de 31 de julio de 1920.

La reforma en materia de aborto consistió paradójicamente en reducir la pena prevista. Pero no se trataba de ninguna manifestación de piedad: se producía así la correccionalización de la infracción y en consecuencia se eludía la intervención del jurado, al pasar a la Cour d'Assis.

La ratio demográfica fue la preocupación exclusiva que llevó a esta reforma y así lo reconocen los autores citados en los expresivos titulares de sus obras: “Los delitos contra la natalidad” la de Tallet, y “El aborto criminal y despoblación” la de

14 Vid. Tallet, *Les délits contre la Natalité*, Avignon 1938, pág.62

15 Vid. Raïter, *Avortement criminel et dépopulation*, Paris, 1925.

16 Vid. Tallet, cit. pp. 68 y ss.

17 Vid. Raïter, cit. pág. 29.

Raiter, y no me resisto a reproducir los párrafos finales del prólogo y del epílogo, respectivamente de cada una de ellas:

Así Taller: Si queremos que Francia viva, que su esplendor en el mundo continúe como en el pasado, si no queremos guardar contra las acciones de fuerza y las insolencias de nuestros vecinos es necesario que nos comprometamos en una lucha sin cuartel contra el aborto y la propaganda anticonceptiva, destruidores del número y la fuerza.

Y por su parte Raiter concluye: “El porvenir es de los pueblos fuertes y prolficos”.

La *Razón de Estado* en la regulación del aborto ha sido en Francia pues, y hasta 1970, la razón demográfica.

Por lo que respecta a Italia y Alemania los cambios legislativos se fundamentan en igual Razón de Estado. Si bien el interés demográfico se enmarca materialmente y expresamente en un concreto proyecto político: el del fascismo y el del Nacionalsocialismo.

El Código Italiano de 1930 desplazó el aborto de los delitos contra las personas a un mero Título: “Delitos contra la integridad y sanidad de la estirpe”. Su sentido lo expresó el propio Rocco en la exposición de motivos: “El aborto criminal atenta a la maternidad como fuente perenne de la vida y de la especie, constituyendo en realidad una ofensa a la vida misma de la raza, y así, a la de la nación y el Estado”¹⁸. Su contenido inspiró la ley española de 1941, a ella nos referiremos enseguida.

En Alemania la ley de protección de la Raza, de 14 de julio de 1933 y la ordenanza de 1930 admitieron la licitud del aborto por razones terapéuticas y eugenesias. Pero la novedad era solo la última, pues la terapéutica había sido reconocida por la jurisprudencia desde 1927. Y ha de advertirse que la indicación eugenésica se orientaba directamente a la depuración de la raza, a la evitación de seres desprovistos de valor vital, y no como ocurre hoy en las previsiones sobre anomalías fetales que se fundamentan en el interés de la mujer, como un supuesto especial de defensa de su salud psíquica. A ello hay que añadir la introducción en 1933 en el código penal del delito de difusión de medios anticonceptivos¹⁹.

Pero la disposición más representativa de la actitud del Nacionalsocialismo sobre el aborto es la ordenanza de 9 de marzo de 1943 por la que a la vez que establecía la pena capital para el aborto en tanto que “acto que pueda afectar a la fuerza vital del pueblo alemán”, llegó a declarar la impunidad del aborto realizado sobre mujeres de raza aria.

En España los sucesivos Códigos penales desde el de 1872 hasta el de 1932 no experimentan modificaciones relevantes para lo que nos ocupa. Interesa señalar tan

18 Recogido por Quintano, ob. Cit. pág.536.

19 Vid. Harmsen, en *Sexualidad y Crimen*, Madrid 1969, pp. 188 y ss.

sólo una tendencia atenuadora de la penalidad²⁰. Sin embargo el cambio si llega, tras la guerra civil, con la ley de protección de la natalidad de 24 de enero de 1941.

La razón demográfica se revela en ella tanto en su denominación oficial y exposición de motivos, como en su contenido. Por lo que a este se refiere exaspera la represión penal del aborto tanto en la intensidad de las penas como en la ampliación de las conductas que se incriminan, cuya expresión máxima es la punición como aborto consumado “las prácticas abortivas realizadas en mujer no encinta creyéndola embarazada o empleando medios inadecuados para producir el aborto”. Pero la ley no se limitaba a la represión del aborto, sino que introducía en el catálogo de delitos uno nuevo en nuestra historia penal: el de divulgación pública, realizada en cualquier forma, de medios o procedimientos para evitar la procreación o cualquier género de propaganda anticonceptivista²¹.

Al estructurarse la represión de la Ley sobre estos dos ejes del aborto y la anticoncepción queda desnaturalizado cualquier tentativa de hacer pasar la política criminal del aborto en la España posterior a la guerra civil como una política criminal de protección de la vida.

El contenido penal de esta Ley pasó al Código en 1944. Y por si fuera poco explicito que se trata de una política criminal de la sexualidad reproductiva, la inspira nuestro sistema penal, todavía en fecha muy posterior, 1963, se introdujo como conducta criminal la esterilización voluntaria, a la que se castigó con la misma pena que el homicidio: reclusión menor²². Monstruosidad jurídica que sólo ha desaparecido con la ley de reforma del Código de junio de 1983.

Si puede formularse una conclusión del examen de los cambios significativos en la regulación penal del aborto en los países europeos creo que no podría ser otra distinta que la razón material de Estado que ha determinado la política criminal del aborto ha sido la razón demográfica o naturalista, y quedando atrás otras razones posibles, como la de la defensa de la vida humana, relegada en la mujer en los casos de una función secundaria.

3. Para describir el tercer y último periodo de la evolución histórica de la regulación penal del aborto es necesario prescindir de una cronología estricta y distinguir los momentos y los espacios culturales y políticos.

20 Vid. Quintano. ob. cit. pp. 551 y ss.

21 Vid Jiménez Asenjo, *El anticoncepcionismo ante la moral y la ley penal*, Madrid, 1962, de interés por su expresividad ideológica. Vid. Quintano, cit. pp. 685 y ss.

22 En relación con la declaración de irrelevancia del consentimiento en las lesiones (art. 428, como ha puesto de manifiesto Muñoz Conde, “Política Demográfica, planificación familiar y aborto”, en *Interrupción voluntaria del embarazo. Responsabilidad penal objetiva*, Ávila 1981, p. 112.

El primer momento es el de la revolución soviética que consigue por vez primera en la historia el derecho de la mujer al aborto con el Decreto de 18 de noviembre de 1920 y en el primer Código penal soviético, de 1922. A partir de aquí en la Unión Soviética experimenta una dinámica independiente de la de los demás países europeos que, a su vez, arrastraría a los demás países socialistas europeos tras la segunda Guerra Mundial, dinámica en la que tres factores intervienen por igual en los cambios legislativos: el derecho de la mujer, el aborto clandestino y el interés demográfico²³.

Por otra parte, y en la que respecta a los países europeos occidentales, el cambio de tendencia histórica da comienzo a finales de los años 30, con reconocimiento legal expreso de las llamadas indicación terapéutica y eugenesia y, en ocasiones de la llamada indagación criminológica por ejemplo, Dinamarca 1937, Suecia 1938, Islandia 1938.

Sin embargo el momento de cambio profundo y generalizada hacia la liberación del aborto voluntario tiene lugar en los los 60 y 70, en los que la generalidad de los países europeos establece sistemas de punición, bien de plazos bien de indicaciones, cuyo techo mínimo es el de la indicación social. Los ejemplos más caracterizados son en el primero de los sistemas, el de plazo, son Dinamarca 1973, Francia 1976, Austria 1976, Italia 1978 (a pesar de su forma extrema de indicaciones), y en el sistema de indicaciones el de Alemania Federal 1976. Con todo, el más permisivo es el que finalmente lo es menos, el de Gran Bretaña de 1967.

El sistema de prohibición absoluta del aborto voluntario es actualmente minoritario en Europa: Irlanda, Portugal, Grecia y España.

El Proyecto que actualmente se tramita en el parlamento, de indicaciones, pero excluyendo la indicación social, nos sitúa en la tendencia europea de los años 30, no en la de las dos últimas décadas citadas.

Con la despenalización amplia de los años 60 y 70 se establece legislativamente por los Estados unos ratios bien diferentes a los dos anteriores: ratio demográfico y ratio confesionalis.

En cambio responde a una argumentación en la que coinciden tres elementos o razones.

— Pragmática, que responde a la idea de que la ley no debe pretender lo que no puede conseguir, aquí, evitar el aborto clandestino en un modo relevante.

— Una razón “social”: La prohibición del aborto y su correlativa práctica clandestina comporta un grave problema de salud pública, de mortalidad de la mujer, de generación de discriminación social (problema del aborto legal en el extranjero).

23 Vid. sobre todo Bilinsky y otros, *Abtreibung und Schwangerschaftunterbruchung in den osteuropäischen Länder*, Herrenhalb, 1962.

— Una razón ética “débil”, la prohibición del aborto supone una compulsión estatal a la maternidad y se reconoce que cuando menos numerosos casos, la situación en que se encuentra la mujer embarazada hace inexigible que continúe el embarazo. Esto explica el sistema de indicaciones.

— Por último una razón ética “fuerte”, alternativa a la anterior: La decisión a la maternidad forma parte del contenido intangible de los derechos de la mujer al libre desarrollo de la personalidad y a la intimidad, al menos en los primeros meses del embarazo.

III. LA RAZÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO Y LA REGULACIÓN DEL ABORTO²⁴

La posición da los qua rechazan toda despenalización se fundamenta en la atribución al concebido y no nacido de un derecho fundamental, el derecho subjetivo a la vida, no sólo como derecho frente al Estado, sino también frente a la propia mujer embarazada, atribución que se pretende derivar del artículo 15 de la Constitución: “Todos tienen derecho a la vida...”

Frente a esta afirmación se ha de poner de manifiesto que el tema del aborto no ha quedado resuelto en el texto constitucional. En primer lugar, porque su tenor literal es insuficiente para establecer su contenido, ya que la expresión todos, carece de predicado acompañante que permita determinar a quienes se refiere. En segundo lugar, porque conforme a un principio elemental de interpretación constitucional ha de entenderse que una cuestión que ha sido discutida por los constituyentes debe considerarse abierta, es decir, relegada a posterior decisión del legislador ordinario, cuando no se adoptó resolución expresa o no se alcanzó consenso sobre ella. Esto es precisamente lo que ocurrió con el art. 15. La razón de consagrar en la Constitución el derecho a la vida se encuentra en la voluntad de erradicar la pena capital. La propuesta de ampliar el sentido de la declaración constitucional a la vida prenatal surgió marginalmente y a diferencia de la pena de muerte, no se llegó a acuerdo alguno, como se pone de manifiesto en la polémica acerca del empleo que los términos todos o personas. El tema del aborto no está resuelto, pues, con el art. 15, sino que puede y debe ser resuelto por el legislador ordinario.

La consideración del tema de la interrupción voluntaria del embarazo como no resuelto por los constituyentes no releva al legislador de fundamentar su decisión conforme a argumentaciones de orden constitucional. El intérprete ha de interro-

24 Sobre lo expuesto en este Capítulo, v. ampliamente desarrollado en Arroyo Zapatero, “Prohibición del aborto y Constitución”, en *Rev. Fac. de Derecho U. Complutense de Madrid*, Monográfico nº 3, 1980, p 195-222.

garse acerca de si la proclamación por el arto 15 de un derecho absoluto sobre la vida de los nacidos puede amparar de igual modo a la vida de los concebidos y no nacidos.

La respuesta ha de ser negativa, pues, la atribución al feto del derecho fundamental a la vida presupone una valoración como sujetos iguales de la vida de los nacidos y la de los concebidos y no nacidos, equiparación que no encuentra constatación la historia, en la actualidad, en el plano de las ideas filosóficas o en el de las normas jurídicas. En nuestro mundo cultural sólo la doctrina oficial de la Iglesia Católica, desde hace poco más de un siglo, mantiene la igualdad valorativa: y en el plano legislativo únicamente de modo excepcional por razones de interés demográfico se ha proporcionado un tratamiento igual.

La evidencia más rotunda de la naturaleza desigual de ambos tipos de vida se encuentra sin duda en la propia legislación penal, en la cual la vida en formación es tutelada de forma distinta y con menor pena que la vida de los nacidos. Las razones de esta diferenciación entre el homicidio y el aborto no pueden encontrarse más que en el plano de la antijuridicidad, es decir, en la distinta naturaleza del bien jurídico tutelado en una y otra figura delictiva. La comparación entre el infanticidio y el aborto honoris causa de idéntica estructura subjetiva, pero con pena netamente diferenciada, constituye la más palpable demostración de lo que se afirma.

Si esto es así, si en el derecho vigente se revela que las normas jurídicas y las normas de cultura a las que aquellos responden no valoran de igual modo la vida de los nacidos que la de los nonatos y que la vida embrionaria es un valor distinto de la vida de las personas, y menor que esta, se ha de concluir que el portador de este valor, el feto, no puede ser incluido entre los destinatarios del derecho a la vida del artículo 15 de la Constitución. El precepto citado no puede referirse más que a un único valor —la vida de los nacidos— y a único tipo de sujetos destinatarios: los nacidos o, si se prefiere, las personas. El que la interpretación de la Constitución —ya que no la letra de la misma— atribuyera la misma protección, es decir, la tutela absoluta e irrenunciable, a dos bienes de diferente valor, constituiría manifiesta arbitrariedad, incompatible con la exigencia de racionalidad que se deriva de la Constitución y sobre la cual el legislador ha de fundamentar sus decisiones.

Corolario de la argumentación expuesta ha de ser que, en materia de protección de la vida en formación y por lo que respecta al mandato del artículo 15, el legislador no está obligado a configurarla de igual modo que la de los nacidos, no está obligado a constituir la como protección absoluta e irrenunciable, tanto frente al Estado como frente a los particulares y a la propia mujer embarazada. El legislador es libre para decidir —conforme a criterios racionales— la naturaleza y los límites de la vida en formación, es libre para penalizar o para despenalizar el aborto voluntario.

El tratamiento del aborto debe configurarse en base a un fundamento y a una dinámica distinta de la del art. 15. La cuestión no es ya la de si es legítimo despenalizar el aborto voluntario, sino la de encontrar un fundamento a la prohibición del aborto general y establecer los límites a la misma. La fundamentación y los límites de la prohibición han de procurarse también en el ordenamiento constitucional, pues el Estado democrático no admite otros bienes jurídicos ni otros límites coactivos a la voluntad individual que aquellos que hayan justificación, además de en la necesidad social, en el ordenamiento constitucional.

El rechazo de la tesis que atribuye a los no nacidos el derecho fundamental a la vida no significa que la vida en formación carezca de valor alguno para el Derecho y que pueda ser dañada o destruida de forma arbitraria por el Estado, por los particulares o por la propia embarazada, estimo por el contrario, que constituye un bien que por exigencia constitucional es merecedor de protección jurídica, pero sin embargo, por razones distintas a las derivadas del artículo 15. El merecimiento de protección dimana, por una parte, de la idea de dignidad humana que consagra el artículo 10 de la Constitución como principio fundamental del ordenamiento. Con independencia de una exposición más detenida en otro lugar se ha de indicar que se trata de una concepción social de la dignidad humana, fundamentada sociológicamente, y, en lo que se refiere a este tema, que se justifica en la constatación de una valoración altamente positiva de la vida en formación por parte de la comunidad. Sobre esta base, la vida en formación ha de considerarse como un bien jurídico de la comunidad y no de carácter individual y de titularidad atribuida al propio *naciturus*.

Por otra parte, la vida prenatal merece frente al Estado y a los particulares la protección que por vía indirecta se deriva de la que la Constitución garantiza a la mujer, como persona en general (derechos a la vida, a la salud y a la libertad personal) como madre, como portadora de la vida en formación (art. 39.2 Const.).

La vida humana en formación es por las razones expuestas un bien merecedor de protección jurídica conforme a la Norma Fundamental, pero a la vez, no es más que un bien jurídico, afirmación con la que se desea poner de relieve que en la argumentación propuesta nada queda resuelto sobre los límites de esta tutela constitucional exigida, en especial, nada que obligue a una protección absoluta y, en consecuencia, a una prohibición de toda clase de despenalización o autorización.

El legislador ha de decidir los límites que impone a la protección de la vida de los no nacidos. A tales efectos no se ha de separar del procedimiento común que ha de seguirse para determinar los límites de la protección de cualquier otro bien jurídico y que se sintetiza en el principio de la ponderación de bienes. En este sentido expuesto, se ha de recordar que el tema del aborto solamente se plantea como problema legislativo entre nosotros en relación a los supuestos —y solamente respecto a ellos— en los que la protección de *naciturus* entra en conflicto con otros bienes

jurídicos fundamentales de orden constitucional de la mujer embarazada: con la vida, la salud o la voluntad libre de la mujer contraria a proseguir el embarazo y a aceptar la maternidad en una ocasión determinada.

La solución legislativa a los conflictos entre bienes jurídicos no puede ser arbitraria. En los supuestos de colisión de bienes el legislador se ha de regir por ese principio de racionalidad elemental que se ha denominado de la ponderación de bienes. El principio implica una doble operación: En primer lugar, proceder a una jerarquización de los bienes jurídicos que colisionan y, en segundo lugar, elaborar una fórmula que permita alcanzar la máxima posibilidad de realización de cada uno de los bienes jurídicos en cuestión. El principio no se resuelve, por lo tanto, en un sacrificio in totum del bien de inferior rango jerárquico valorativo, sino que, por el contrario se ha de orientar por el objetivo de optimizar la realización de ambos.

En el problema que nos ocupa, la jerarquización de bienes debe resolverse a favor de la vida, salud, la libertad y la intimidad, pues se trata de bienes jurídicos que constituyen el contenido objetivo de los derechos fundamentales, mientras que la vida humana en formación es un bien jurídico derivado de un principio fundamental, el de la dignidad humana, no siendo ella misma directamente el objeto de protección.

Ahora bien, como se ha indicado anteriormente, la constatación de carácter prevalente de los derechos de la mujer, no permite sacrificar el bien jurídico de la vida en formación, el legislador puede adoptar fórmulas de coexistencia siempre y cuando respete el contenido esencial de los derechos fundamentales de referencia, tal y como prescribe el artículo 53.1 de la Constitución al establecer la reserva de ley.

Respecto del contenido esencial de los derechos fundamentales quiere decir, al menos, que en algún momento del conflicto —en algún momento del embarazo no deseado— la ley debe posibilitar la realización de aquellos, autorizando su ejercicio. Es necesario, en definitiva, un sistema legal en el que la protección general de la vida en formación no excluya la realización de todos y cada uno de los derechos fundamentales afectados, de los derechos a la vida, a la salud, a la libertad personal y a la intimidad. Sólo sobre estas bases será conforme a la Constitución el sistema de despenalización que el legislador ordinario adopte.

Una vez que el legislador ha efectuado la ponderación de bienes y adoptado en su virtud una solución al conflicto, directamente cuando prevalecen unos bienes sobre otros, queda fijado el ámbito de lo injusto, y para la clarificación de una conducta como antijurídica o como conforme a derecho bastará con contratarla con la norma establecida.

De los sistemas de despenalización del aborto que se conocen, el único que respeta el contenido esencial de los derechos mencionados es el que autoriza a la mujer a decidir libremente la interrupción del embarazo en los primeros meses del mismo y mantiene la prohibición en el posterior periodo.

LA INDICACIÓN EUGENÉSICA¹

I. EVOLUCIÓN HISTÓRICA Y DETERMINACIÓN CONCEPTUAL

El supuesto recogido en la circunstancia tercera del artículo 417 bis suele conocerse como indicación “eugenésica”. Sin embargo, conviene advertir que tal denominación puede resultar hoy inadecuada y dar lugar a cierta incomprensión, que conviene afrontar desde un primer momento, pues afecta a la determinación de los bienes o interés en conflicto y a su adecuada ponderación².

La equívocidad semántica proviene de que en la evolución histórica el concepto ha pasado de tener un significado objetivo-biológico a uno objetivo-subjetivo) en el que el núcleo de la autorización del aborto en estos casos se ha desplazado desde la evitación de seres humanos física o psíquicamente tarados hacia la voluntad ético-política por parte del Estado de no imponer a la mujer y a la pareja la maternidad de un hijo que adolece de taras. En definitiva, se ha desplazado el fundamento de la indicación del fin “eugenésico” al fin de respeto de la posición de los padres ante el nacimiento de un hijo tarado.

1 Publicado por primera vez en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, nº Extra-11, 1986 (ejemplar dedicado a: Estudios de Derecho penal en homenaje a Luis Jiménez de Asúa) pp. 47-60

2 No es frecuente que la doctrina se ocupe específicamente de la indicación eugenésica. Suele limitarse a realizar sucintas referencias a la misma cuando se ocupa del sistema de indicaciones. Pueden verse: Landrove, *Política criminal del aborto*, Barcelona, 1976, pp. 73-80; García Vitoria, *El tipo básico de aborto*, Pamplona, 1981, pp. 32-35; Horstkotte y otros, *Protokoll der Sitzungen des Sonderausschusses für die Strafrechtsreform* Deutscher Bundestag, 7 Whl., p., 1973; pp. 1332 y ss. y 1469-1971; Hofmann y otros, *Schwangerschaftsunterbrechung*, Francfort, 1974, pp. 62-76 y 170-171; Kaiser, *Eugenik und Kriminalwissenschaft heute*, en NJW, 1969, pp. 538 y ss.

La expresión de esta variación semántica se pone de manifiesto en las definiciones y argumentaciones legales y doctrinales de anteriores decenios, contrastadas con las actuales. Así, por ejemplo, Jiménez de Asúa manifestaba que «la interrupción de un embarazo con miras eugénicas persigue la recta finalidad de impedir el nacimiento de infelices seres tarados, con una enorme carga degenerativa»³. En el mismo sentido se justificaba la razón eugenésica en el Decreto de la Generalitat de Cataluña de 25 de diciembre de 1936, por el que se legalizaba el aborto por razones terapéuticas, eugénicas y éticas, cuya exposición de motivos denominaba «reforma eugénica» a la innovación legislativa y aludía literalmente como uno de los fines de la misma al de “ser un instrumento al servicio de los intereses de la raza”⁴.

El interés propiamente eugénico de evitación de fenómenos de degeneración biológica de la raza fue elevado al más alto rango en la Alemania nacional socialista por una ley de julio de 1933 denominada Ley para la Prevención de Descendencia Hereditaria Tarada (*Gesetzes zur Verhütung erbkranken Nachwuchses*). El fundamento de la indicación era, por una parte, colectivo, de «higiene racial». Por otra, comportaba una valoración negativa de la vida en formación como ser desprovisto de valor vital. El fundamento de su eliminación radicaba precisamente en la falta de valor vital y no en el conflicto con el interés de la embarazada en una vida sin la carga emocional de un hijo subnormal.

Tras 1945, la mencionada justificación biológico-racial del aborto ha sido rechazada en Alemania como expresión del pensamiento nacionalsocialista y contraria al principio de la dignidad humana, y sobre ello es unánime el acuerdo⁵. Es más, la indicación en todas sus dimensiones fue considerada tabú durante años, pues la definición biológico-racial de la vida humana constituyó también la base de la “solución eutanasia”, que llevó a la legalización de la masiva destrucción de la vida de personas de “razas inferiores” y de personas —ya nacidas— de la propia raza aria desprovistas de normalidad biológica⁶.

Por la mencionada razón ha sido en Alemania donde más cuidado se ha puesto en la elaboración conceptual del fundamento de la indicación eugenésica, destacando inclusive en la letra de la ley que éste no se encuentra en el hecho de la enfermedad o malformación del futuro niño, sino en la salud física y psíquica de la mujer, que se vería realmente afectada de obligarla a asumir la maternidad y crianza de un niño

3 *Libertad de amar y derecho a morir*, Madrid, 1928, pp. 96 y 97.

4 Véase texto de la disposición y comentario de Martí Ibáñez en *La reforma eugénica del aborto*, Ediciones de la Consejería de Sanidad y Asistencia Social, Barcelona 1937.

5 Véase Horstkotte, *loc. cit.* pág. 1334.

6 Véanse Eser, en Hofmann, *ob. cit.*, pág. 170, y Hirsch, en Barbero Santos y otros, *La reforma penal*, Madrid, 1982, pp. 39-40.

en las condiciones citadas, estimándose que no resulta lícito al Estado imponer a esa mujer, contra su voluntad, la continuación del embarazo.

Es este pensamiento el dominante respecto de la tradicionalmente denominada indicación eugenésica, hasta el punto de que se ha podido afirmar que cuando el Derecho toma en consideración en relación al aborto las taras genéticas, no puede verse en ello nada relacionado con el pensamiento del darwinismo, social y de las teorías de la evolución que imperaron en los primeros decenios de nuestro siglo también en el ámbito jurídico⁷.

II. REGULACIÓN JURÍDICA DE LA INDICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Para el examen de la presencia y los presupuestos de la indicación eugenésica en el Derecho comparado es preciso tener en cuenta los tres sistemas básicos de despenalización:

- a) Sistema de plazos: Francia y Austria;
- b) Sistema de indicaciones: Reino Unido y República Federal Alemana;
- c) Sistema de plazo con referencia expresa a indicaciones que no limitan la libertad de decisión de la mujer: Italia

En el sistema de plazo, al atribuir a la mujer dentro de éste la libertad para decidir la interrupción del embarazo, el supuesto de hecho de la indicación eugenésica debe considerarse implícitamente incluido en el mismo. Tan sólo merece una regulación explícita en el caso de que para tal supuesto se reconozca una ampliación del plazo de autorización, como ocurría en la Ley alemana de 1974 o como es el caso de la regulación vigente en Italia (sistema c) y en Francia.

En los sistemas de indicaciones, la eugenésica suele ser contemplada autónomamente (Reino Unido, República Federal Alemana), si bien, como ocurre en este último país, puede aparecer vinculada a la terapéutica.

*Reino Unido*⁸

Ley de Aborto (*Abortion Act*) 1967 (entrada en vigor el 27 de abril de 1968). Capítulo 87:

“Artículo 1(1). (No es punible el aborto) cuando el embarazo ha sido interrumpido por un médico y dos médicos son de buena fe de la opinión de que...

7 Kaiser, *ob. cit.*, pág. 544

8 Véase Bericht: *Erfahrungen mit dem Recht des Schwangerschaftsabbruchs in Grossbrinanien*, en Protokoll, cit., en nota 1, pp. 1538 y ss.

b) Existe el peligro fundado de que si el niño llegara a nacer sufriría de tales anomalías físicas o psíquicas que quedaría seriamente impedido.”

*República Federal de Alemania*⁹

Código Penal, párrafo 218.a) (Ley de 18-V-1976):

“1. La interrupción del embarazo llevada a cabo por un médico no es punible si

1) la embarazada consiente, y

2) si, en consideración de las presentes y futuras condiciones de vida de la embarazada, la interrupción del embarazo resulta indicada conforme a los conocimientos médicos para evitar un peligro para la vida o peligro de un grave menoscabo de la salud corporal o mental de la embarazada y el peligro no resulte evitable de otra manera que le fuere exigible.

2. Las condiciones del apartado 2) del párrafo 1 se consideran igualmente cumplidas cuando, conforme a los conocimientos médicos, 1) ‘existen serias razones para estimar que el niño habría de sufrir una lesión no evitable en su estado de salud, a consecuencia de una tara genética o de influencias lesivas previas al nacimiento y cuya trascendencia es tal que impide el exigir a la mujer que continúe el embarazo;

3. En los casos del apartado 1) del párrafo 2 no deben haber transcurrido más de 22 semanas...”

*Italia*¹⁰

Ley 194, de 22 de mayo de 1978 (Normas para la tutela social de la maternidad y sobre la interrupción voluntaria del embarazo):

Artículo 4. “Para interrumpir voluntariamente el embarazo dentro de los noventa días, la mujer que manifieste síntomas de que el embarazo, el parto o la maternidad acarrearían un serio peligro para su salud física o psíquica a causa de... o en previsión de anomalías o malformaciones del concebido...”

Artículo 6. “La interrupción voluntaria del embarazo después de los primeros noventa días podrá ser practicada:

a) Cuando la gravedad o el parto impliquen un grave peligro para la vida de la mujer;

b) Cuando hayan sido constatados procesos patológicos tales como los relativos a anomalías relevantes o malformaciones del *nasciturus* que determinen un grave

9 Véase Gropp, *Der Strafbare Schwangerschaftsabbruch*, Tubinga, 1981, páginas 211-215, con ulteriores referencias

10 Véanse Casini/Cieri, *La nuova disciplina dell'aborto*, Padua, 1978, pp. 122131; Galli y otros, *L'interruzione volontaria della gravidanza*, Milán, 1978, páginas 165-173; Nuvolone y Grosso, en *Interrupción voluntaria del embarazo/Responsabilidad penal objetiva*, 11 Jornadas Italo-Franco-Luso-Españolas de Derecho Penal, Ávila, 1981, pp. 23 y ss., y 41 Y ss., respectivamente.

peligro para la salud física o psíquica de la mujer.” (En este caso, certificado por un médico distinto del que va a intervenir, pero del mismo ente hospitalario, la interrupción del embarazo solo puede verificarse hasta el momento en que no es posible la vida autónoma del feto —artículo 7, párrafo primero y último—, que se sitúa entre las semanas veinticuatro y veintiocho).”

*Francia*¹¹

Código de la Salud Pública (L. 17/1975 Y 1204/79) (Interrupción voluntaria del embarazo practicada por motivos terapéuticos):

“Artículo L. 162.12. La interrupción voluntaria de un embarazo puede, en todo momento, ser practicada si dos médicos certifican, tras examen y discusión, que la prosecución del embarazo pone en peligro grave la salud de la mujer o que existe una fuerte probabilidad de que el niño al nacer sufra una afección de una particular gravedad, reconocida como incurable en el momento del diagnóstico.

Uno de los médicos debe ejercer su actividad en un establecimiento de hospitalización público o en un establecimiento de hospitalización privado que satisfaga las condiciones del artículo L. 176, Y otro, estar inscrito en una lista de expertos del Tribunal de Casación o de un Tribunal de Apelación.”

Austria

Código Penal de 14 de enero de 1974. Parágrafo 97 (Impunidad de, la interrupción del embarazo):

“1. No son punibles los hechos previstos en el parágrafo 86... si la interrupción del embarazo es necesaria para evitar un serio peligro no evitable de otro modo, de graves perjuicios para la salud física o psíquica de la embarazada o existe un serio peligro de que el niño nazca con graves taras físicas o psíquicas o la embarazada es menor en el momento del embarazo y, en todos estos casos, la interrupción es realizada por un médico...”

III. ELEMENTOS Y PRESUPUESTOS DE LA INDICACIÓN

Del análisis de las legislaciones de los países de referencia se deducen diversos elementos comunes en la regulación de la indicación, que pueden agruparse en dos apartados: A) elementos referidos al ser en formación y a la caracterización del futuro niño, y B) elementos referidos a la mujer embarazada y a su estado de salud futura de llegar a dar a luz.

11 Roujou de Boubée, *L'interruption volontaire de la grossesse*, París, 1975, pp. 26-29; Feuillard, en *Interrupción voluntaria del embarazo/Responsabilidad objetiva*, cit. en nota 9, pp. 65 y ss.

A) Los presupuestos referidos al ser en formación

Estos presupuestos vienen constituidos por el diagnóstico médico de una afección de carácter genético (hereditario) o embriopático (adquirido durante el embarazo a través de la madre) determinante de graves taras físicas o psíquicas no ‘evitables en el niño si llegara a nacer.

1. Afección grave. Las normas reguladoras emplean las expresiones siguientes para determinar la afección y su gravedad: “afección de particular gravedad” (Francia); “graves taras físicas o psíquicas” (Austria, par. 97,1); “procesos patológicos relativos a relevantes anomalías o malformaciones” (Italia, arto 6.b): “el niño habría de sufrir una lesión no evitable en su estado de salud a consecuencia de una tara genética o de influencias lesivas previas al nacimiento” [República Federal de Alemania, par. 218.a) 2,1), y “anomalías físicas o psíquicas tales que determinarían que resultase un niño seriamente impedido (Reino Unido, artículo 1(1). b)).

En síntesis, puede afirmarse que elemento común es una afección grave, adquirida hereditariamente o por vía de la madre, en la que la gravedad viene definida por las consecuencias de la misma, determinante de impedimento, minusvalía o tara psíquica o física. Elemento de la gravedad es también la no evitabilidad de la tara, tanto mediante una curación espontánea como mediante un tratamiento terapéutico. Esta nota se reconoce expresamente en la ley francesa y en la alemana con las expresiones “reconocida como incurable en el momento del diagnóstico” y “lesión no evitable”, respectivamente.

En el artículo 417 bis el elemento “afección grave” se describe con los términos “graves taras físicas o psíquicas”. No se precisa, pues, un catálogo concreto de las afecciones que constituyen el presupuesto material habilitante de la interrupción del embarazo. Tampoco se prevé tal catálogo en las demás legislaciones. Se debe sin duda a la decisión de situar el problema en el ámbito estricto de los conocimientos médico-biológico, que, como todo conocimiento científico, es abierto y permite tanto el que en un determinado momento se pueda descubrir un procedimiento para la terapia efectiva de una afección considerada hasta tal momento como incurable, como el que se descubran procedimientos para diagnosticar afecciones de esta clase que no eran diagnosticables, o no eran en la primera fase del embarazo. Las leyes se satisfacen en este punto con una certificación médica que acredite el diagnóstico de la grave afección, exigiendo en ocasiones el que la certificación se verifique por más de un médico (República Federal Alemana, par. 219; Reino Unido, art 1; Francia, sólo con posterioridad a los tres primeros meses, artículo 162-12; en Italia se exige después de los tres meses que el médico comunique expresamente su certificación a la autoridad), como medida cautelar para evitar el recurso de mala fe a esta indicación. Sólo sería necesaria la precisión de un catálogo concreto de

afecciones si el fin de la indicación fuere el de servir a la depuración biológica de la raza, como así hacía coherentemente con tal propósito el parágrafo 10 de la Ley alemana para la Prevención de la Descendencia Hereditaria Tarada de 1933¹². No es éste el fin de la indicación hoy ni en el Derecho comparado ni en el artículo 427 bis del Código Penal.

Pueden mencionarse algunas de las afecciones que se consideran constitutivas del presupuesto de la indicación¹³: Por una parte, se distinguen las taras genéticas, previas al embarazo, como las enfermedades genéticas, gametopatías, anomalías en la carga cromosómica, etc.¹⁴. Por otra, se distinguen aquellas que son producto de influencias dañosas sobre el embrión o el feto, denominadas enfermedades congénitas, que pueden provenir de tres fuentes: enfermedades infecciosas de la embarazada que se transmiten en sus efectos al fruto de la concepción (por ejemplo, rubéola, citomegalia, toxoplasmosis y otras embriopatías infecciosas); alteraciones metabólicas de la mujer derivadas de procesos patológicos o de alteraciones artificialmente provocadas (embriopatías producidas por fármacos: antiblásticos, sulfamidas y antibióticos, talidomida, tripanol, antitiriodes, etc., hormonas, alcohol, drogas¹⁵ y tóxicos)¹⁶, y por último, alteraciones en el embrión producidas directamente en él por agentes externos, como las radiaciones iónicas, etc.

La gravedad viene determinada, como se ha señalado, no por la naturaleza intrínseca de la afección, sino por sus consecuencias en el estado físico y psicológico del niño y sobre todo por la gravosidad de tal estado del niño que podría nacer para la mujer y, en su caso la familia. Y es este último el criterio concluyente en una indicación en la que el aborto se autoriza no en beneficio de la raza ni en el del propio afectado, sino de la embarazada y la familia, en atención a la carga material, somática y psíquica que puede representar para ella un hijo con graves impedimentos. Así, anomalías que en relación al futuro individuo pudieran considerarse graves, como, p. ej., una esterilidad, y no actúan como carga a sufrir por la mujer no son, en consecuencia, relevantes para la indicación.

No se exige en el artículo 417 bis que la enfermedad sea “incurable”. Tal requisito, presente en la ley alemana, no es necesario que se prevea explícitamente, pues, como se entiende en otros países, queda implícito en el concepto de “grave tara” y en el de “probabilidad” o, entre nosotros, en la “presunción” de la misma. Si al

12 Véase Hofmann, *oh. cit.* pág. 63.

13 Véase Gropp, *ob. cit.*) pp. 212-213

14 Véanse Domarus-Farreras, *Medicina interna*) 11, Barcelona, 1970, pp. 12431282; Robbins, *Tratado de patología*) México, 1968, pp. 153-172.

15 Sobre la incidencia de drogas y tóxicos en las malformaciones fetales, véase Sopeña, *Tríptico médico-social*, Madrid, 1981, pp. 39-49

16 Véase Botella Llusíá, *Tratado de ginecología*, II, Barcelona, 1970, páginas 305-361.

tiempo del diagnóstico se estima que la tara es evitable o curable no puede valorarse como “probable” la existencia futura de taras, no hay riesgo *real*. Y estas mismas no pueden ser consideradas “graves”.

2. Grado de seguridad del pronóstico de las anomalías o malformaciones.

Las leyes no exigen una “absoluta seguridad” del pronóstico. “Fuerte probabilidad” (Francia), “«peligro fundado” (Reino Unido), “serias razones para estimar ... “ (R. F. A), “serio peligro” (Austria) son los términos que se emplean. Lo que las leyes exigen es una seguridad en el diagnóstico de la afección, que es lo que básicamente certifica el médico.’ Y no exigen una seguridad absoluta en el pronóstico de las anomalías o malformaciones postparto. En este segundo aspecto pueden distinguirse dos grupos de anomalías a partir de la verificación de amniocentesis. Por una parte, aquellas en las que un diagnóstico seguro del caso concreto permite afirmar un pronóstico igualmente seguro de consecuencias negativas para el futuro ser. Por otra parte, un segundo grupo (constituido por la inmensa mayoría de los supuestos) en el que el diagnóstico seguro sobre el caso concreto permite obtener por deducción teórica o por conocimientos empírico-estadísticos un juicio de mayor o menor probabilidad de efectiva anomalía futura, pero del que no se deduce un juicio seguro sobre lo que habría de ocurrir en el desarrollo del caso concreto.

Desde el punto de vista jurídico-valorativo, no es la distinción mencionada tan relevante como a efectos puramente médicos. Desde este último punto de vista, el problema que plantea el segundo grupo es que comporta la posibilidad mayor o menor de que al interrumpir el embarazo se sacrifique un niño efectivamente sano. Pero, como he señalado, tal riesgo no es relevante para la valoración jurídica, pues no estriba ésta en los términos niño sano-niño tarado, sino en el juicio de exigibilidad a la mujer de que asuma un hijo con seguridad o probablemente tarado. El problema es, pues, tan sólo estimar el grado de probabilidad de taras que se pueden exigir o no que la mujer’ asuma. La cuestión fue ampliamente discutida en el curso de la reforma alemana y lo sigue siendo tras su vigencia¹⁷. La falta de coincidencia y las discrepancias son notables, lo que pone de relieve que no es razonable establecer en forma alguna grados concretos de probabilidad para distinguir entre aborto punible y no punible. Los cuatro años de experiencias en la ley vigente, analizada por la Comisión oficial de expertos en informe publicado en 1980, han llevado a la Comisión a poner de manifiesto que lo relevante en estos casos no es el concreto porcentaje de riesgo, sino la aceptación o rechazo por la familia del concreto grado de riesgo constatado en cada caso, y señala como criterio procedimental a

17 Véase los porcentajes de riesgo estimados por médicos y juristas en Gropp, *ob. cit.*) pág. 214. Sobre el riesgo medido de cada tipo de afección, véase Hofmann, *ob. cit.*, pp. 65-69.

los médicos —de quienes depende la certificación habilitante— el que tomen en consideración al respecto la actitud de la mujer y la familia ante dicho riesgo, una vez informada debidamente por el médico¹⁸.

El artículo 417 bis aborda la cuestión con la referencia a “que *se presuma* que el feto habrá de nacer con graves taras físicas o psíquicas”. La redacción definitiva ha experimentado aquí una variación respecto del proyecto, toda vez que éste se satisfacía con la expresión “que *sea probable*...”, que es la que se emplea en el Derecho comparado. En su literalidad, el texto definitivo viene a exigir un grado de probabilidad de la presencia futura de la tara tan alto que permita suponer la misma como segura, o, en términos más habituales en la técnica penal, que la tara se diagnostique con un grado de probabilidad rayano en la seguridad, pues sólo este grado de probabilidad permite “presumir” la efectividad de la tara.

La interpretación expuesta comporta una restricción más fuerte de la despenalización que la que establecía el proyecto, lo que aleja a la indicación de su regulación en el Derecho comparado y de las consideraciones anteriormente expuestas como justificadoras de aquélla. La sustitución de los términos del proyecto no encuentra fundamento en la sentencia del Tribunal Constitucional, que, en su fundamento lo, último párrafo, admitió la adecuación del término «probable» del proyecto¹⁹. El cambio se opera exclusivamente por obra de la enmienda número 4 del Grupo Parlamentario Socialista y sin que su motivación lo justifique. Ahora bien, no siendo la voluntad del legislador de la modificación del texto una voluntad restrictiva del presupuesto material de la indicación, y no operando *contra el reo* una interpretación amplia del literal de la ley, cabe mantener una interpretación de los términos “que se presuma” en el sentido de “que sea probable”, recuperando así la indicación la racionalidad que le es propia.

3. El plazo temporal para interrumpir el embarazo en la indicación eugenésica.

Las legislaciones sobre aborto examinadas difieren entre sí considerablemente a los efectos de fijar el plazo de tiempo del embarazo durante el cual se autoriza la interrupción de éste en base a la indicación eugenésica:

— En el Reino Unido y en Francia el aborto puede verificarse en todo momento del embarazo sin límite temporal alguno. En Francia esta ausencia de limitación se

18 Véase Informe de la Comisión para la valoración de las experiencias con el parágrafo 218 del Código penal reformado: *Bericht*, en *Deutscher Bundestag Drucksache*, 8/3630, de 31-1.1980, pág. 79.

19 Dice el Tribunal Constitucional: “El término “probable” expresa la idea de razonable presunción de verdad y responde... a la presumible prudencia de los dictámenes médicos en los que los términos absolutos de seguridad o certeza suelen quedar excluidos, sin que en este caso la sustitución de un concepto jurídico indeterminado por otro pudiera contribuir, a juicio de este Tribunal, a una mayor precisión en el supuesto de hecho.»

refiere sólo a la indicación eugenésica y a la terapéutica, configurada ésta aquí como indicación médica estricta.

— En Italia, tras los noventa primeros días del embarazo, sólo se autorizan el aborto terapéutico y el eugenésico con un límite temporal no determinado por un elemento cuantitativo, sino cualitativo: el momento a partir del cual «subsiste la posibilidad de vida autónoma del feto» (art. 7, párrafo tercero). Más allá de este momento sólo es autorizado el aborto en defensa de la *vida* de la mujer y no sólo de la salud. Los autores indican como momento límite el que médicamente se establece para la viabilidad del feto alrededor de la semana veinticuatro del embarazo²⁰.

— En Alemania se establece un plazo específico para esta indicación de veintidós semanas. Este plazo, superior al de las doce semanas previsto para las indicaciones ética y de situación de necesidad, se justifica en que determinados procedimientos de diagnóstico, como, p. ej., la amniocentesis, sólo son posibles en el estado actual de la medicina tras los tres primeros meses, y requiere, además, un cierto período de observación.

La ampliación del plazo se entiende que sirve a evitar decisiones apresuradas a favor del aborto y por ello sirve para ofrecer mayor oportunidad al desarrollo de la vida en formación²¹.

El artículo 417 bis establece también un plazo de veintidós semanas. El problema se reduce a la determinación de su cómputo, que puede realizarse conforme al criterio biológico o al médico, existiendo entre ambos una diferencia de dos semanas, al operar el cómputo médico *postmenstruationem* y el biológico a partir de la fecundación. El criterio en lo penal debe ser el biológico, pues sólo a partir de la fecundación se da lugar a la existencia real del bien jurídico, al nuevo ser. Por ello el plazo de veintidós semanas debe entenderse conforme al cómputo médico (postmenstruación) como de veinticuatro semanas²².

B) Condiciones relativas a quienes realizan el diagnóstico y la intervención

Las legislaciones comparadas suelen establecer alguna precisión respecto de los facultativos llamados a efectuar el diagnóstico y la intervención. Las cautelas varían, exigiendo en unos casos que el diagnóstico sea realizado por uno o más médicos —en algún supuesto, además, médico especialista— distintos del que realiza la intervención (véase textos *supra*).

El artículo 417 bis del Código Penal, tras la sentencia del Tribunal Constitucional, requiere la acumulación de todas las distintas variantes que se presentan en la legislación comparada: que el dictamen sea expresado con anterioridad al aborto

20 Véase Casini/Cieri, *ob. cit.*, pág. 136

21 Véase SchOncke/Schroder/Eser, *5tGB Kommentar*, Munich, 1980, pág. 1406.

22 Véase al respecto Jahnke, *Leipziger Kommentar*, par. 218, núm. margo 38.

y emitido por dos especialistas de centro o establecimiento sanitario acreditado al efecto de este tipo de diagnósticos distintos del médico por quien o bajo cuya dirección se practique el aborto. Además, y como en las, demás indicaciones, la intervención se ha de realizar en un centro o establecimiento acreditado. Esta minuciosa regulación, que se desarrolla en la Orden Ministerial de 31 de julio de 1985 (BOE) 2 de agosto), es correlato de la sentencia del Tribunal Constitucional, que encontró en la carencia, de alguna de estas precisiones en el texto del proyecto la *ratio* de inconstitucionalidad del mismo.

IV. FUNDAMENTO DE LA INDICACIÓN EUGENÉSICA

El fundamento formal de la inclusión de la indicación eugenésica en las legislaciones comparadas y en la nuestra es la idea de la no exigibilidad. Tal idea llega a consagrarse de modo expreso en algunas normas despenalizadoras, como la alemana, pero está implícita en todas ellas.

Así en la española se hacía referencia a tal fundamento en la exposición de *motivos* del Proyecto de Ley de reforma urgente y parcial del Código Penal de 1983, del que luego se desgajaría lo relativo al aborto. Allí se justificaba la despenalización en los casos de la indicación eugenésica y de la criminológica con el argumento de que “no es exigible (a la mujer) otra conducta”. Por su parte, el Tribunal Constitucional asume el argumento de la no exigibilidad como fundamento de la constitucionalidad de la despenalización de ambas indicaciones, reservando a la indicación terapéutica el fundamento relativo al conflicto de bienes²³.

Ahora bien: se ha adjetivado de formal al argumento de la no exigibilidad porque, en realidad, lo que no explica es el por qué no resulta exigible el que la mujer continúe su embarazo en tales casos. En mi opinión, las renunciadas a la prohibición penal del aborto en estos casos tienen un fundamento más concreto que la abstracta referencia a la no exigibilidad.

En efecto, si se repasan las normas despenalizadoras de otros países se puede colegir que la indicación eugenésica no tiene un fundamento diferente de la indicación médica misma. Así, la mencionada configuración de la indicación eugenésica como supuesto especial de la indicación médica ha sido obra en Alemania de la propuesta legislativa de la Coalición Demócrata Cristiana, que mereció un reconocimiento general de las fuerzas políticas parlamentarias y de la doctrina científica²⁴. La indicada concepción se plasma expresamente en la legislación vigente” alemana y en la generalidad de los países europeos de referencia. Así, en Alemania, tras

²³ Véase *Fundamentos* 9, último párrafo y 11, apartado e).

²⁴ Cfr. Eser, en Hofmann, *ob. cit.* pág. 171, y el texto de la Proposición de ley del CDU-CSU, en pág. 284.

definir la indicación terapéutica, se indica que los presupuestos de la misma se consideran igualmente dados en los casos de la indicación eugenésica y ética, que a continuación se definen en los números 1 y 2 del apartado 2) del artículo 218.a). En Francia se regula la indicación médica y la eugenésica en un mismo párrafo intitulado “Interrupción voluntaria del embarazo practicada por motivos terapéuticos” (art. 162.12). En Italia, en el artículo 6.b) se exige expresamente que las anomalías o malformaciones “determinen un grave peligro para la salud física o psíquica de la mujer”. En Austria, la conexión de la indicación eugenésica con la defensa de la salud física o psíquica de la mujer deriva tanto de la ubicación conjunta de ambas en el número 2 del artículo 97 como de la adición a las mismas del supuesto de minoría de edad de la embarazada, cuya justificación se reconduce también a la salud y al normal desarrollo psíquico de la mujer.

Tan sólo en el Reino Unido no aparece conectada la indicación eugenésica con la médica, lo que obedece sin duda a la peculiar construcción legislativa de las normas jurídicas del sistema del *common law*, y a que el pragmatismo anglosajón no suele hacerse eco de las preocupaciones antropológicas que inquietan a los, continentales. Lo que las legislaciones continentales ponen de manifiesto es que la razón de la renuncia a exigir la continuación del embarazo radica en la fenomenología que para la mujer y la familia puede comportar la singular carga de un hijo con graves anomalías o malformaciones, fenomenología que coincide con la afectación a la salud y, en primer término, de la salud psíquica de la mujer. Tanto la seguridad como cualquier grado serio de probabilidad de malformaciones puede ser realmente vivido como una incerteza torturante para la mujer y la familia. Resulta sumamente improbable que en los casos concretos de la indicación eugenésica la mujer no sufra tipo alguno de sobrecarga psíquica. En esencia, la indicación eugenésica en los términos en los que se contempla en las legislaciones actuales constituye un caso especial de indicación médica²⁵.

La diferencia entre la indicación eugenésica y la médica no estriba, pues, en su fundamento, que es el mismo para ambas, sino en una consideración de otro orden. Consiste ésta en que así como la afirmación de la indicación médica’ requiere una concreta comprobación en cada caso de que concurren los elementos relativos a los procesos patológicos y al peligro para la salud de la mujer, y sólo comprobados éstos en el supuesto de que se trate es posible verificar el juicio acerca de la exigibilidad de que la mujer continúe o no el embarazo, en la indicación eugenésica los legisladores operan con una suerte de presunción: la de que si concurre el presupuesto del proceso patológico determinante de un futuro niño anómalo o malformado, *por lo general* la salud de la mujer va a verse gravemente afectada.

25 Así, Horstkotte, *loc. cit.* en nota 1, pág. 1472.

Ahora bien: interesa señalar que no es una presunción irrefragable o impuesta sobre la mujer. Al contrario, es una presunción a la que la mujer una vez constatado el riesgo de anomalías o malformaciones puede acogerse o no, voluntariamente, operando la presunción no en contra de la madre y la familia, sino a favor de la misma y frente al juicio de la sociedad acerca de si ésta le puede o no exigir que continúe el embarazo. Con el reconocimiento legal de la indicación eugenésica, lo que el legislador hace es establecer que, constatados médicamente los presupuestos relativos al feto, no se requiere comprobar en concreto el peligro para la salud psíquica de la mujer, por presumir que la gravedad de la afección infantil comporta generalmente dicho peligro.

En definitiva, puede estimarse que la despenalización del aborto en el supuesto de la indicación eugenésica no se fundamenta ni en razones de higiene racial ni de beneficio para el nuevo ser, en el sentido de ahorrarle una existencia gravosa, poco digna de ser vivida, sino en el hecho de que el legislador toma en cuenta la dura carga emocional y de condicionamiento vital que comportaría la maternidad respecto de un hijo que adolece de tan graves afecciones físicas o psíquicas, toma en cuenta, en suma, la salud psíquica de la mujer y, por tal razón, no le exige la continuación del embarazo.

La cuestión del fundamento de la despenalización de la indicación que nos ha ocupado no es académica, sino que afecta a la argumentación de todos los supuestos y sistemas de despenalización, ya que sitúa el problema en el plano que, a mi entender, es más seguro: el del conflicto entre bienes jurídicos y sus técnicas de solución legislativa. La caracterización del conflicto como una colisión entre el bien jurídico vida en formación y el derecho de la mujer a la salud permite situar coherentemente dentro del ordenamiento a las consecuencias jurídicas de que el legislador ha dotado a la indicación: impunidad también para el médico que realiza la intervención abortiva, consecuencia coherente tan sólo con un juicio de justificación de la lesión del bien jurídico y no de exigibilidad, puramente exculpante, que liberaría de pena únicamente a la persona que se encuentra en tal *situación*: la mujer²⁶.

A su vez, configurando el conflicto como se ha propuesto, como hipótesis de justificación, se excluye la subsistencia de la antijuricidad de la lesión del bien jurídico vida en formación y queda abierto el paso a otras consecuencias jurídicas propias de los actos lícitos, no antijurídicos, como es el caso de la cobertura de la intervención por los diversos sistemas de aseguramiento frente a la enfermedad, públicos y privados, que quedarían excluidos si la interrupción del embarazo fuese meramente una conducta exculpada en vez de una conducta justificada. Por último,

26 En relación a este argumento sistemático, véase Cerezo, en Barbero y otros, *La reforma penal*, Madrid, 1982, pág. 28.

situar la cuestión del fundamento de la indicación en el plano del conflicto de bienes jurídicos permite continuar la discusión del problema general de la despenalización del aborto sobre una base también general y coherente para la argumentación jurídica, como he pretendido desarrollar en mi *Prohibición del aborto y Constitución*²⁷.

27 En *RFDUC*, núm. monográfico 3, 1980, pp. 195 y ss., y también en Mir Puig, *La despenalización del aborto*, Barcelona, 1983, pp. 55 y ss.

LOS MENORES DE EDAD Y LOS INCAPACES ANTE EL ABORTO Y LA ESTERILIZACIÓN¹

El problema que se plantea es, por una parte, el de si los menores de edad pueden por sí mismos solicitar y consentir las prestaciones que ofrecen los Centros de planificación familiar y otras instancias sanitarias, o si se requiere, por el contrario, la autorización o consentimiento de los titulares de la patria potestad o en su caso del representante legal, y, por otra, si, con relación a la esterilización, puede ésta practicarse sobre incapaces cuando resulte medicamente indicada.

La razón del interrogante estriba en que los menores no emancipados requieren en general para realizar actos de relevancia jurídica el consentimiento de quien ostente la patria potestad, pues es éste quien por disposición de la Ley tiene la representación legal (art. 162, primer inciso, Código Civil). A su vez el art. 1.263 del mismo Código establece que los menores no emancipados no pueden prestar consentimiento en los contratos, para lo que carecen de capacidad jurídica. siendo éstos, de celebrarse, nulos. Sin embargo, ambos principios generales encuentran su excepción en los propios textos citados. Así, el art. 162 del C. civil hace excepción de la necesidad de representación legal, es decir, de autorización o consentimiento paterno, los actos (de los menores) relativos a los derechos de la personalidad u otros que el II hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo. “A su vez, el art. 1.264 del C. Civil declara que la incapacidad de los menores para prestar consentimiento en los contratos establecida en el

1 Constituye el texto ampliado de la Ponencia presentada en el III Congreso Estatal de Planificación Familiar, Valladolid 14-16 de mayo de 1987.

artículo anterior está sujeto a las modificaciones que la ley determina”, y, en todo caso, si el menor prestare su consentimiento en un contrato los padres ‘solamente podrán ejercitar acción de nulidad del mismo (art. 1.302 C.C.) conforme al principio de que la impugnación lo sea “en favor o beneficio” del menor (art. 154.11 c.c.).

Las prestaciones de los centros de planificación relevantes para lo que nos ocupa pueden sintetizarse en tres grupos: a) información en materia de sexualidad y anticoncepción y suministro de medios anticonceptivos; b) práctica de la interrupción voluntaria del embarazo; y esterilización. Desde el punto de vista del menor estas tres prestaciones constituyen actos de disposición sobre el propio cuerpo orientados a la tutela de la salud, bien para la prevención de embarazos no deseados, bien para la interrupción de un embarazo indicado conforme a los criterios establecidos por la ley, y que constituyen actos personalísimos, contenido específico de los derechos de la personalidad, para cuya actuación el arto 162 del C.C. autoriza a los menores a obrar por sí mismos, salvo concreta prohibición legal y de acuerdo con sus condiciones de madurez. Desde el punto de vista de la relación entre el menor y los que realizan la prestación médica ésta se configura como una relación obligacional de prestación de servicios, en este caso de atención médica.

Si a las prestaciones mencionadas se aplican los 12 principios civiles que se han referido debe concluirse que los menores pueden solicitarlas y consentir en ellas por sí mismos, es decir, sin necesidad de consentimiento o autorización de padres o tutores, salvo que la ley lo prohibiere expresamente². Y en este punto la única prohibición legal existente es la relativa a las esterilizaciones. En lo que sigue se analizan las particularidades de cada tipo de prestación:

1.- En relación a las prestaciones relativas a la *información en materia de sexualidad y anticoncepción* y al *suministro de medios anticonceptivos* es de aplicación sin restricción alguna el principio de plena capacidad jurídica de los menores para solicitar y consentirlo, si tuvieran suficiente juicio y madurez para ello. La valoración del grado de juicio y madurez corresponde al médico en virtud de su derecho y deber de ejercicio profesional y en su modulación debe atenderse al sentido y finalidad de la prestación que en este caso es precisamente el de evitar embarazos no deseados en la adolescencia, por lo que la prestación resulta indicada en cuanto el menor se encuentra en la edad fisiológica que da ocasión al riesgo de embarazo.

2 El propio Tribunal Constitucional en su Sentencia de II de abril de 1985 reconoce expresamente la eficacia del consentimiento de la menor en el aborto al manifestar en su FJ 14 que “en cuanto a las formas de prestar consentimiento la menor o incapacitada, podrá aplicarse la regulación establecida por el derecho positivo...”, regulación que, por no venir expresamente contenida en las normas legales ha de obtenerse precisamente por vía hermenéutica, a partir de los principios generales del ordenamiento.

2.- En relación a la práctica de la *interrupción del embarazo* la solución es la misma que en el caso de anterior si bien con modulaciones que derivan de la regulación legal de la materia y del hecho de que alguna de las indicaciones son de carácter esencialmente curativo y no meramente preventivo.

Así, en primer lugar, la interrupción del embarazo solamente resulta autorizada hoy en los supuestos contemplados en el art. 417 bis de Código penal, conocidos como indicaciones terapéutica, ética y eugenésica y se requiere en todo caso el consentimiento de la mujer. Fuera de tales indicaciones o, incluso dentro de ellas, sin el consentimiento de la mujer la práctica del aborto da lugar a responsabilidad penal (art. 411 C.p.). La mujer menor de edad, en la medida en que la decisión de continuar o no el embarazo en los casos de conflicto que integran las indicaciones legales es un acto personalísimo, puede solicitar y consentir eficazmente, sin necesidad de autorización de padres o tutores, en la práctica del aborto si a juicio del facultativo tiene madurez suficiente para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo.

El consentimiento de la “menor capaz” (suficientemente madura) es determinante frente a la voluntad de los padres. El médico sólo deberá poner en conocimiento de los padres la solicitud de aborto de la menor si así resultare indicado para su mejor atención médica y a ello no se opusiere la menor, pues de otro modo el médico incurriría en ruptura del obligado vínculo de confianza y secreto profesional.

Si el aborto resulta indicado para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la menor y ésta no consiente en el mismo nos encontramos ante lo que se denomina una decisión errónea de la menor. En tal caso de conflicto debe admitirse la prevalencia de la voluntad de los padres si estos autorizan el aborto, por tratarse de una intervención curativa, imprescindible para la salvaguardia de los bienes fundamentales de la menor. En tal caso el médico debe requerir la autorización de los padres o tutores y, en el supuesto de no poder acceder a ellos o si niegan el consentimiento, el médico puede resolver por sí mismo conforme a la *lex artis*, amparado por las circunstancias de estado de necesidad justificante y de cumplimiento de un deber (art. 8, 70 Y 11 0 C.p.). La abstención en tales casos por parte del médico, en tanto que se encuentra en posición y deber de garante de la vida y la salud de su paciente, puede dar lugar, cuando menos, al delito de omisión de socorro (art. 489 bis C.p.). La prevalencia en estos supuestos de la voluntad de los padres o, en su caso, del médico, se corresponde además con el principio de proscripción a los menores de autonomía para consentir en lesiones o modificaciones definitivas o irreversibles de su integridad corporal, al que se hace referencia al analizar los problemas de la esterilización.

Si el juicio médico sobre la menor concluye con una valoración negativa sobre la suficiente madurez de la misma (“menor incapaz”), su hipotético consentimiento

será inválido e ineficaz y será indispensable la autorización de los titulares de la patria potestad o del tutor. Deben admitirse sin embargo dos excepciones a la necesidad de tal consentimiento: En primer lugar, en caso de abuso de derecho por parte de padres o tutores, constituyendo tal los supuestos en los que aquéllos denieguen la autorización y el aborto sea necesario para evitar un grave peligro para la vida o salud de la menor, lo que se ampara en igual fundamento al referido supra y con iguales consecuencias.

En segundo lugar la eficacia del consentimiento de padres o tutores se excluye cuando la menor incapaz manifiesta su voluntad “natural” de continuar el embarazo y no se encuentra en el supuesto de la indicación terapéutica en sentido estricto; en este caso corresponde a la menor una suerte de veto frente a la voluntad de los padres favorable a la interrupción del embarazo.

A los resultados expuestos se llega como derivación de los principios generales de la legislación civil que inspiran la generalidad de los ordenamientos jurídicos de nuestro ámbito cultural, mientras las leyes no dispongan cosa distinta en esta materia concreta. Esta es el caso de la República Federal Alemana³. En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América en sentencias del 2-7-1979 (*Bellotti v. Baird*) y de 15-6-1983 (*Planned Parenthood Association v. Aschcroft*) y t 5-6-1983 (*City of Akron v. Akron Center for Reproductive Choice*)⁴. De igual modo la justicia británica en sentencia de la Cámara de los Lores de 17-10-1985 en el caso *Gillick*⁵. Otros países siguen una normativa diferente, precisamente porque leyes específicas así lo han dispuesto. Este es el caso de Francia e Italia. En el primero de los países la Ley de interrupción voluntaria del embarazo de 1975 dispuso expresamente que, salvo casos de urgencia médica, cuando la demandante del aborto fuere menor y soltera se requiere el consentimiento de una de las personas que ejercen la patria potestad o del representante legal, para añadir en su reforma de 1979 que tal consentimiento debe ser acompañado por el de la menor embarazada, que debe haber sido prestado fuera de la presencia de los padres o del representante legal (art. L. 162-7), a cuyos efectos debe tenerse en cuenta que la mencionada ley establece un sistema de plazos, el más amplio sistema despenalizador de los existentes, con plena libertad de decisión de la mujer⁶. Italia, por su parte, se ha dotado de una regulación específica en el art 12 de la Ley de tutela de la maternidad y de la interrupción voluntaria del embarazo de 1978, en el que se establece que —salvo caso de peligro grave para la vida o la salud de la menor, en el que el médico puede resolver por sí mismo— si los padres o tutores niegan su consentimiento o el médico, en atención a las circuns-

3 Vid. Hirsch y Weißbayer, *Rechtliche Probleme des Schwangerschaftsabbruchs*, Erlangen, 1977.

4 Vid. en *Europäische Grundrechte Zeitschrift*, 1983, pp. 561 ss.

5 Vid. *British Journal of Family Planning*, 1987, pp. 134 ss, y 148 y s.

6 Vid. Roujou de Bouvée, *L'interruption volontaire de la grossesse*, Toulouse, 1975.

tancias de la menor, estima que existen motivos que desaconsejan la consulta a los padres o ésta no resulta posible, remitirá la solicitud de la menor al juez, para que éste, tras oírla y considerar su voluntad y razones que aduce, resuelva acerca de si autoriza a la mujer a decidir sobre la interrupción del embarazo⁷. Estas particularidades, que suponen derogación de los efectos de los principios generales del derecho común, encuentran explicación tanto en el diferente grado de despenalización como en lo particularmente conflictiva que es la materia objeto de regulación, y en la que se expresan tensiones y compromisos propios de la función de mediación social que también corresponde al Derecho.

3.- Bien distinta es la solución respecto de la práctica de la *esterilización*. El principio de libre disposición acerca de los actos personalísimos, como se indicó, encuentra sus límites en la disposición legal en contrario y esto es lo que acontece en materia de esterilización voluntaria. La reforma del Código penal de 1983, con la nueva redacción del art. 428 vino a autorizar la esterilización voluntaria —castigada hasta entonces con la pena del homicidio— junto con la cesión de órganos en vida y la cirugía transexual. El citado artículo autoriza la esterilización y demás prácticas mencionadas realizadas por facultativo si el interesado prestare su consentimiento libre y expresamente pero, a su vez, excluye de la autorización, manteniendo el castigo penal..., a las mencionadas prácticas cuando quien consintiere “fuere menor o incapaz, en cuyo caso no será válido el consentimiento prestado por éstos ni por sus representantes legales”.

El interrogante que cabe plantear es el de si el art. 428 del Código penal comporta una prohibición absoluta de practicar esterilizaciones sobre menores e incapaces aún con su propio consentimiento y con el de sus representantes legales) o cabe una práctica lícita si, con los presupuestos anteriores, el juez así lo autoriza, supliendo o convalidando los consentimientos de las personas mencionadas. La cuestión ha sido abordada por la Circular de la *Fiscalía General del Estado* de 30 de abril de 1985. motivada por la Consulta 3/1985 relativa a la solicitud de esterilización de una mujer oligofrénica⁸, en la que se llega a resultados negativos tanto respecto de los menores como de los incapaces. si bien con algunos matices respecto de estos últimos. Ambos grupos de personas merecen un tratamiento diferenciado. Respecto de la prohibición absoluta de la esterilización sobre menores debe a firmarse su pleno sentido. La esterilización constituye hoy, en términos generales, un acto definitivo, irreversible, un acto sobre el propio cuerpo que causa disminución funcional y de la integridad física de carácter permanente, y al Derecho repugna la autorización de tales actos a los menores, carentes de madurez plena y suficiente y reserva tal posibilidad al momento

7 Vid. D'Alessio, *Aborto delle minan tra irrilevanza e sol/ecUadoni agli operaton del settore*, en *Giustitia Costituzionale*, 1981, pp. 949 ss.

8 Vid. *Memoria de la F.G.E.*, 1986, pp. 437 y ss.

de la mayoría de edad, en que con plena madurez y conciencia de la trascendencia del acto puede decidir sobre una condición que le ha de vincular toda su existencia.

Sobre esta base carece de sentido la propuesta interpretativa que abre paso a la esterilización a través de la intervención judicial. Esta última *sólo* representa respecto de los actos de los menores un control superior y excepcional respecto de sus propias decisiones y la de sus representantes legales *en beneficio del menor*, y) conforme a lo anteriormente expuesto, no hay beneficio alguno para el menor en un acto que limita de modo definitivo su futura libertad de decisión en la plena madurez.

Diferente debe ser la solución respecto de los incapaces, sean mayores de edad o no. La razón de *tal* diferencia estriba precisamente en que mientras la condición del menor es temporal, la de los incapaces es al menos de cierta permanencia y en muchos casos, como en el de las oligofrenias, irreversibles. La esterilización solicitada por el incapaz o sus representantes legales y autorizada por el juez sí puede ser un acto en beneficio *del* incapaz, pues le permite el disfrute de un derecho del que históricamente han estado privados, particularmente las mujeres, como es el del ejercicio de la sexualidad. La prevención de embarazos no deseados, que en el caso de determinados grupos de incapaces pueden ser, además, objetivamente no deseables, puede resultar un beneficio para el menor, —un acto definitivo que sirve a superar las limitaciones a su sexualidad derivadas de un *status* personal de discapacitación que es precisamente definitivo.

En consecuencia, ningún principio jurídico cierra el paso a una interpretación que permita entender que la regla del artº 428 del C.p. puede complementarse con la posibilidad de una intervención judicial autorizante de la esterilización, a través de un expediente, iniciado a instancia del representante legal del incapaz, mayor o menor de edad, y en el que intervenga el Ministerio Fiscal.

La solución que ofrece la Fiscalía General del Estado es diferente a la aquí propuesta y se estima que no debe propugnarse por razones que se encuentran en la propia argumentación en que se sustenta. En efecto, la Fiscalía mantiene que debe distinguirse entre incapaces así declarados por resolución judicial y los incapaces de hecho. Respecto de los primeros, estima que en orden a decidir si les está vetado o no consentir en una esterilización hay que estar a lo dispuesto en la sentencia que declare la incapacitación, pues ésta no necesariamente ha de ser de carácter absoluto, sino que ha de determinar su extensión y límites, declaración que, además, es modificable en su graduación en atención a la variación de las circunstancias generadoras de la incapacidad⁹. Pues bien, la tesis de la Fiscalía significa *materialmente* que es la resolución judicial la que autoriza o deniega la práctica de la esterilización solicitada por el incapaz o sus representantes legales, y no parece que tenga sentido

9 Cfr. *Memoria*, cit., pp. 449 y ss.

limitar la intervención del juez a las declaraciones generales de capacidad o incapacidad, rechazando las intervenciones particulares, concretas, sobre la práctica de la esterilización, o reclamar como contenido propio de toda declaración de incapacidad —que es ala que conduce la tesis de la F.G.E. la referencia a si la enfermedad o la deficiencia psíquica de la persona de que se trate hace o no incurrir a ésta en la prohibición del art. 428 del C.p. Por otra parte, si se argumentare en sentido formal que lo que significa la tesis de la Fiscalía es que la esterilización se permite tan sólo si la incapacidad no es total y resulta viable, en cambio, si la enfermedad o deficiencia psíquica es mediana o leve, lo que se vendrá a proponer en realidad es que sólo quede prohibida la esterilización de los que sufren una dolencia más grave, de tal modo que sería lícita la esterilización de una mujer con mera debilidad mental y prohibida y punible la de una oligofrénica profunda.

Este resultado es absurdo, pues donde puede cobrar sentido la maternidad es en el caso de la deficiencia leve, ya por leve, ya por corregible, y donde carece de sentido, si así lo estiman los representantes legales de la mujer y el juez, es precisamente en el de la deficiencia grave e irreversible. Otra cosa supone inevitablemente el encierro y privación de la sexualidad de las incapaces más graves, único medio eficaz para prevenir lo que cualquier criterio razonable pretende evitar: el embarazo y maternidad de oligofrénicas.

El formalismo alejado de la realidad de la tesis de la Fiscalía General del Estado se acrecienta cuando, llevada por su propia técnica, propone para los incapaces de hecho que, llegado a conocimiento de la autoridad judicial una propuesta —por parte de padres, representante legal, guardador o médico— de esterilización de persona que adolezca de las características que fundamentan la incapacitación, se dará cuenta al Ministerio Fiscal para que éste la promueva en el oportuno expediente hasta que se resuelva en la correspondiente sentencia, a partir de la cual se operará como en el caso anterior de incapacitados por sentencia declarativa.

A la vista de lo expuesto puede decirse que tanto la Fiscalía General del Estado como el literal del art. 428 C.p. siguen constreñidos por el síndrome de la preocupación por la cirugía transexual, que es lo que, junto al trasplante de órganos, constituye el campo adecuado para la solución que ambas instancias proponen, habida cuenta de que lo que se pretende evitar al incapaz son modificaciones definitivas e irreversibles en su integridad corporal que, en principio no tienen carácter curativo ni preventivo respecto de la tutela de la salud. La esterilización comporta, si resulta indicada) una mejora de la salud de la incapaz, pues la evita embarazos no deseados y la permite disfrutar de su sexualidad, que es la carencia histórica de la mujer incapaz social o institucionalmente controlada¹⁰.

10 Todo lo dicho vale, naturalmente, también para el incapaz del sexo masculino, aunque sea para las mujeres incapaces para quienes se plantea el problema social con mayor agudeza

En consecuencia la solución que aquí se propone es la siguiente: cuando el facultativo llegare a la conclusión de que resulta indicada una esterilización para la mujer incapaz o incapacitada confiada a su atención y respecto de la cual sus representantes legales lo demandan, se procederá a solicitar del Juez de primera instancia autorización para proceder a la intervención. La solicitud será informada por el Ministerio Fiscal y el juez resolverá lo que proceda en interés de la incapaz) con independencia de la previa declaración de incapacidad o del proceso de incapacitación a que con tal ocasión pudiera darse lugar.

Como SINTESIS de los resultados a que se ha llegado puede formularse lo siguiente:

- 1º.- Los menores de edad están legitimados para solicitar y recibir información, asistencia y medios anticonceptivos sin necesidad de previa autorización de los padres por parte de facultativos y centros autorizados.
- 2º.- Las mujeres menores de edad que a juicio de facultativo que las atienda fueran suficientemente maduras para conocer la trascendencia de su acto (“menores capaces”) pueden solicitar y consentir por sí mismas la interrupción del embarazo en los supuestos de indicaciones previstas en la ley (art. 417 bis C.p.).
Sólo cuando la interrupción de un embarazo fuere indicada para evitar un grave peligro para la vida o la salud de la menor embarazada, no evitable de otro modo, prevalecerá la voluntad de los padres o representantes legales o en su caso del propio médico en favor de la interrupción del embarazo.
- 3º.- No resulta lícita la práctica de la esterilización de menores de edad. Ni ellos mismos) ni sus representantes legares ni el órgano judicial pueden autorizarlo, salvo en el caso de menores de edad respecto de los que por adolecer de grave e irreversible incapacidad resultare médicamente indicado y mediar autorización judicial en los términos del párrafo siguiente.
- 4º.- Cabe la esterilización de incapaces) mayores o menores de edad, cuando resultare médicamente indicada, lo solicitaren sus representantes legales y así fuere autorizado por el Juez de Primera Instancia tras el oportuno expediente con intervención del Ministerio Fiscal.

Con todo, y en la medida en que la tesis que se propone se sustenta en la pura hermenéutica y la materia soporta diferentes concepciones valorativas, parece recomendable, en aras a la seguridad jurídica, proceder a adoptar una disposición legislativa, que podría quizá limitarse al orden penal, modificando el art. 428 del Código penal insertando un nuevo y último párrafo del siguiente tenor: “No constituye delito la esterilización de persona incapaz que adolezca de grave enfermedad psíquica que de modo irreversible le impida autodeterminarse en lo sexual, cuando hubiere sido indicada en dictamen emitido por dos especialistas, solicitada por su representante legal y haya sido autorizada por el Juez.

APROXIMACIÓN A LA PROBLEMÁTICA JURÍDICA LIGADA A LA ADMINISTRACIÓN DE TRATAMIENTOS POSCOITALES DE TIPO ANTICONCEPTIVO A MENORES DE EDAD

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los problemas ante el que se encuentra nuestro sistema de salud es el de los jóvenes que acuden a él solicitando la administración de alguno de los tipos de tratamientos poscoitales ante la posibilidad de un embarazo no deseado por el fallo de alguno de los métodos anticonceptivos al uso. Así nuestro país sigue siendo uno de los países europeos en el que se da una mayor tasa de embarazos entre adolescentes, sin que pese a ello parezcan haberse articulado respuestas suficientemente efectivas desde el ámbito educativo y sanitario, y sin que tampoco dejen de constatarse notables incertidumbres en lo jurídico ante las diferentes prestaciones asistenciales solicitadas en este campo por el concreto colectivo de los menores de edad.

En tal sentido, y en aproximación al estudio de las distintas cuestiones jurídicas derivadas de la administración a menores de edad de estos medicamentos (alguno de los cuales, como la píldora RU 486, es efectiva incluso en la sexta semana de embarazo), es necesario partir de la neta diferenciación en función de si han transcurrido o no los primeros catorce días desde la fecundación del óvulo.

II. LA ADMINISTRACIÓN AL MENOR DE TRATAMIENTO POSCOITAL DIRIGIDO A LA EXPULSIÓN DEL ÓVULO FECUNDADO Y CUYOS EFECTOS SE DESARROLLEN EN EL LÍMITE DE LOS CATORCE DÍAS

1-En caso de que el efecto de las sustancias administradas se desarrolle dentro del margen de los primeros catorce días desde la posible fecundación del óvulo hay que entender como penalmente atípica la suministración de cualquier tipo de medicación dirigida a evitar su posible desarrollo. Ello no se desprende tan solo de las propias dificultades intrínsecas a la determinación en plazo tan limitado de tiempo de si se ha producido realmente o no una fecundación efectiva del óvulo, sino que, incluso de poder determinarse fiablemente que esto ha sucedido, no cabe entender que se produzca ningún “aborto criminal”, retomando aquí la terminología de la STS de 30 de enero de 1991 (RJA 1991\464. F. 4), pues hay que coincidir con Valle Muñiz en rechazar la idea de la protección mediante el delito de aborto del mero óvulo fecundado (como de hecho recoge en la misma línea la amplia mayoría de la doctrina dominante¹) recordándonos en este sentido dicho autor que de lo que se trata con ello es “de evitar los ataques al embrión posimplantatorio (óvulo fecundado establemente anidado en el útero materno) o al feto (...). En tanto que futura persona — pues a partir de la anidación nos encontramos ante un desarrollo embrionario dirigido ya individual e inequívocamente a la configuración de una persona —, y con todos los matices y ponderación de intereses pertinentes, el derecho debe intentar posibilitar su nacimiento libre de daños que pudieran condicionar toda su futura existencia e, incluso, en el peor de los casos, su propia viabilidad”².

Partiendo pues de esta conceptualización doctrinal del bien jurídico protegido como vida humana dependiente no anterior en ningún caso al momento de la anidación entiendo que cabe ya hoy inferir con rotundidad la atipicidad de las conductas que resulten en la afectación de la “vida”, o mejor “existencia”, del preembrión, y ello atendiendo además no sólo a la comprensión integradora de las distintas normativas que atañen en nuestro ordenamiento jurídico al desarrollo de los distintos estadios evolutivos del óvulo sino atendiendo también a la propia óptica comparada con el derecho alemán y a la literalidad de la jurisprudencia de nuestro Tribunal

1 Cfr. Muñoz Conde, *Derecho Penal. Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 87 y ss., Carbonell Mateu/González Cussac en Vives Antón (Coordinador); *Comentarios al Código Penal de 1995*. Tomo I, Tirant lo Blanch, 1996, pp. 771 y ss. Lorenzo Copello, en Díez Ripollés/Gracia Martín (Coord.), *Comentarios al Código Penal. Parte especial*. Tomo I, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 279 y ss. Lascuraín Sánchez, en Rodríguez Mourullo, (Dir.); *Comentarios al Código Penal*, Civitas, 1997, pp. 421 y ss.

2 Cfr. Valle Muñiz, en Quintero Olivares (Dir.); *Comentarios a la Parte Especial del Derecho Penal*, Aranzadi, 1999, pp. 72 y ss.

Supremo, que pese a no hacer mención efectiva alguna de la anidación o del embrión preimplantatorio, como acaso hubiera sido deseable, si parece circunscribir el tenor de sus distintos pronunciamientos sobre el delito de aborto en exclusiva referencia al feto.

Así, y en lo que se refiere a la comprensión integradora y de conjunto de las previsiones normativas en materias concernientes a los estadios de desarrollo previos al nacimiento, resultan especialmente interesantes sin duda los planteamientos de las leyes 35\1988, de 22 de noviembre, reguladora de las técnicas de reproducción asistida humana, y 42\1988, de 28 de diciembre de 1988, relativa a la donación y utilización de embriones y fetos humanos o de sus células, tejidos u órganos, pues es posible encontrar en ambas una idéntica posición a favor de la anidación como momento de referencia clave tanto en lo biológico como en lo jurídico. En tal sentido el preámbulo del primero de dichos textos normativos partiendo precisamente de la definición de los distintos estadios de preembrión, embrión y feto y haciéndose eco, como en el mismo se expone, de la recomendación 1046 del Consejo de Europa de 1986, del Documento de 5 de marzo de 1986 del Comité *ad hoc* de Expertos sobre el Progreso de las Ciencias Biomédicas y del Informe de la Comisión Especial de Estudio de la Fecundación in vitro y la Inseminación Artificial Humanas del Congreso de los Diputados (aprobado por el Pleno de 10 de abril de 1986), rechaza la posibilidad de mantener al óvulo fecundado in vitro más allá del día 14 al que sigue su fecundación, afirmándose además que “el momento de la implantación es de necesaria valoración biológica, pues anterior a él el desarrollo embriológico se mueve en la incertidumbre, y con él, se inicia la gestación y se puede comprobar la realidad biológica que es el embrión (...). En consecuencia, partiendo de la afirmación de que se está haciendo referencia a lo mismo, al desarrollo embrionario, se acepta que sus distintas fases son embriológicamente diferenciables, con lo que su valoración desde la ética y su protección jurídica también deberían serlo, lo cual permite ajustar argumentalmente la labor del legislador a la verdad biológica de nuestro tiempo. Dicha línea de relativización del valor de la mera fecundación y del preembrión (óvulo fecundado antes de su anidación) encuentra además inmediato reflejo en el articulado de dicha ley, en cuyo artículo 15 se permite la investigación o experimentación en preembriones *viables*, aunque sólo in vitro, siempre que no se desarrollen más allá de catorce días, y en cuyo artículo 14 se llega a autorizar además el denominado “test del hámster”, o fecundación de óvulos de hámster por esperma humano, “hasta la fase de división en dos células del óvulo del hámster fecundado”, con lo que queda pues claramente constatado que el valor que nuestro legislador concede a la mera fecundación no es en términos absolutos y ello de la mano de los conocimientos aportados por el avance de la Genética y la Biología.

De modo más escueto pero en idéntico sentido de reafirmación de la importancia del momento de la anidación como ineludible punto de referencia se manifiesta además el preámbulo de la posterior ley 42\1988 al señalar como se regulan en ésta “la donación y utilización de los embriones y los fetos humanos, considerando aquellos desde el momento en que se implantan establemente en el útero y establecen una relación directa, dependiente y vital con la mujer gestante”.

Igualmente cabe referir a este respecto la conocida Sentencia de nuestro Tribunal Constitucional de 11 de abril de 1985 (RTC 1985\53. F.5) en la que se sostiene que “la vida humana es un devenir, *un proceso que comienza con la gestación*, en el curso del cual una realidad biológica va tomando corpórea y sensitivamente configuración humana que termina con la muerte”.

Resulta posible reforzar además lo aquí sostenido desde la óptica comparada con el ordenamiento jurídico alemán y desde nuestro TS. En cuanto a la primera de dichas cuestiones, hay que recordar que no tan sólo el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania, en sentencia de 25 de febrero de 1975, ha sostenido como “según los conocimientos fisiológicos y biológicos la vida humana existe desde el día 14 que sigue a la fecundación “sino que en línea con ello el parágrafo 218.I del Código Penal Alemán al abordar la interrupción del embarazo señala como “los actos cuyo efecto tengan lugar *antes de la conclusión de la anidación del huevo fecundado en el útero materno* no serán considerados como interrupción del embarazo en el sentido de esta ley”. Finalmente, y en cuanto a la jurisprudencia del TS, hay que destacar que si bien no se refleja en ésta ningún posicionamiento explícito respecto al concepto de la anidación del óvulo fecundado como momento delimitador de la intervención penal sí se define expresamente, en STS de 30-1-1991 (RJA 1991\464. F4) como por aborto “ha de entenderse la destrucción *del feto* en el claustro materno o su expulsión prematuramente provocada”, en idéntico sentido y también en referencia al feto se pronuncian las STS de 27-6-1992 (RJA 1992\ 5544. 2º Recurso. F.1) y STS 20-9-1993 (RJA 1993\6801.F.1), sin que en ningún caso se haga referencia alguna al embrión y mucho menos a estado alguno preembrionario.

2- De las distintas perspectivas doctrinal, legislativa y comparada resulta plenamente sostenible, por lo tanto, la legitimidad de la suministración a cualquier persona, en los términos ya señalados, de los diversos tratamientos poscoitales que aquí nos ocupan. También a los jóvenes menores de edad, pues no se trata con ello de una prestación distinta a la general de información en materia de sexualidad y anticoncepción y al suministro de medios anticonceptivos de la que son habitualmente destinatarios por parte de las Administraciones Públicas y organismos de juventud; de hecho cabe asimilar totalmente el uso de píldoras u

otros medicamentos de carácter poscoital con el habitual uso del DIU (Dispositivo Intrauterino) que tampoco impide la fecundación del óvulo sino que precisamente lo que evita es su anidación en el útero y por lo tanto el posterior desarrollo embrionario, determinando su final expulsión. Ante dichas prestaciones dirigidas a la facilitación de medios anticonceptivos hay que entender que el menor dispone de plena capacidad de obrar para solicitar y consentir, siendo los únicos requisitos exigibles al respecto el de encontrarse en un momento de desarrollo fisiológico desde el que se dé ocasión al riesgo de embarazo, el de que el facultativo aprecie además en éste el suficiente juicio y madurez y, por supuesto, la inexistencia de contraindicación médica alguna. Tal valoración del grado de juicio y madurez corresponde al médico en virtud de su derecho y deber de ejercicio profesional y en su modulación debe atenderse al sentido y finalidad de la prestación que en este caso es precisamente el de evitar embarazos no deseados. Todo esto además de derivar del propio tenor literal del artículo 162 del Código Civil que hace excepción de la necesidad de representación legal, es decir de autorización o consentimiento paterno, en “los actos de los menores relativos a los derechos de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez, pueda realizar por sí mismo” resulta coherente con los postulados de las Leyes 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 14/1986, de 25 de abril General de Sanidad.

Así, y como señala el preámbulo de la primera, es necesario entender hoy que “las transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el estatus social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia. Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos (...) El ordenamiento jurídico y esta Ley en particular, va reflejando progresivamente una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás. El conocimiento científico actual nos permite concluir que no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos.” En este sentido el articulado no puede ser más taxativo: no sólo configura

como principio rector de la actuación de los poderes públicos “la prevención de todas aquellas situaciones que puedan perjudicar su desarrollo personal” (art. 11.2) sino que se recoge expresamente que “los menores tienen derecho a buscar, recibir y utilizar la información adecuada a su desarrollo” (art.5.1) y, más importante aún, por su específica conexión con el ya aludido art. 162 C.C, se recoge expresamente que “las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”(art.2). Esta “nueva filosofía” hacia el menor que, de la mano de su creciente toma de consideración en el plano internacional, pretende insuflar esta Ley en nuestro ordenamiento, nos ha de hacer sin duda coincidir con Díez-Picazo al apuntar la posibilidad de considerar que “el menor tiene siempre capacidad de obrar en función de su madurez para todo lo que no le esté prohibido por la ley, bien de una manera expresa, bien no requiriendo la mayor edad”³, lo que tiene sin duda mejor acomodo también respecto de un pilar básico de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho: el de la libertad como uno de los valores superiores y como principio inspirador.

Por otra parte la también aludida Ley General de Sanidad no sólo establece la obligación de las Administraciones Públicas de desarrollar “programas de orientación en el campo de la planificación familiar y la prestación de los servicios correspondientes” (art.18.7) sino también el derecho de “todos” a “la libre elección entre las opciones que le presente el responsable médico de su caso” (art.10.6) y “a la confidencialidad de toda la información relacionada con su proceso y con su estancia en instituciones sanitarias públicas o privadas que colaboren con el sistema público” (art.10.3).

3- En cuanto a lo concerniente a los posibles efectos secundarios nocivos y de suficiente entidad que pudieran derivarse excepcionalmente hacia la menor por el propio carácter del tratamiento poscoital así como lo referido a aquellos casos en que, pese a la administración de tal medicación dentro de los catorce días, el resultado fuese la expulsión del óvulo ya anidado a causa del escaso margen de tiempo que hubiese mediado para la producción en plazo de los efectos deseados, cabe señalar brevemente como en ambas cuestiones no se trataría ya en realidad de verdaderos y propios problemas ligados a la genérica viabilidad legal de la administración de estos productos a menores de edad sino de una manifestación más de la concreta problemática casuística de la imprudencia profesional ante la ausencia, en algún supuesto no deseable, de la debida diligencia, de los debidos controles y seguimiento exigibles en el ámbito sanitario.

3 Vid. Díez-Picazo, *Sistema de Derecho Civil*. Tomo I, Tecnos, 1998, pág. 232.

III. LA ADMINISTRACIÓN AL MENOR DEL TRATAMIENTO POSCOITAL DIRIGIDO A LA INTERRUPCIÓN DE LA GESTACIÓN UNA VEZ TRANSCURRIDOS LOS PRIMEROS CATORCE DÍAS

1- Por otra parte, y precisamente a sensu contrario de lo anteriormente dicho, hay que entender que la administración de cualquiera de estos tratamientos después de los catorce días constituye un supuesto de aborto con lo que, ante el actual estado de la cuestión y sin entrar aquí a valorar los posicionamientos a favor o en contra de que ello sea así, se deberán respetar escrupulosamente los exclusivos supuestos terapéutico, ético y eugenésico recogidos en la Ley Orgánica 9/1985, de 5 de julio, de despenalización parcial del aborto, so pena de incurrir en un delito de aborto, para cuya consumación según la STS de 3 de abril de 1997 (RJA 1997\2695. F.2), basta con recetar tal medicamento e informar al paciente de las dosis necesarias para producir el aborto, pues “no parece lógico exigir para la autoría del médico que éste introdujera materialmente los comprimidos en la boca de la mujer”.

2- También por lo ya comentado respecto a la perspectiva actual del consentimiento del menor hay que entender que la mujer menor de edad, en la medida en que la decisión de continuar o no el embarazo en los casos de conflicto que integran las indicaciones legales es un acto personalísimo, puede solicitar y consentir eficazmente, sin necesidad de autorización de padres o tutores en la práctica del aborto si a juicio del facultativo tiene madurez suficiente para comprender los riesgos y naturaleza de la interrupción del embarazo. El consentimiento de la menor suficientemente madura es determinante frente a la voluntad de los padres. El médico sólo deberá poner en conocimiento de los padres la solicitud de aborto de la menor si así resultase indicado para su mejor atención médica y a ello no se opusiere el menor, pues de otro modo el médico incurrirá en ruptura del obligado vínculo de confianza y secreto profesional⁴.

Sólo en caso de negativa de la menor con suficiente juicio ante un aborto indicado para evitar un grave peligro para la vida o la salud deberá el médico, pese a todo lo aquí señalado, requerir la autorización de la autoridad judicial, pero aun así, si ante la gravedad del caso no resulta posible aguardar a tal pronunciamiento, el médico puede resolver por sí mismo conforme a la *lex artis*, amparado por las circunstancias de estado de necesidad justificante y de cumplimiento de un deber (art. 20.5 y 7 CP). La abstención en tales casos por parte del médico, en tanto que

4 No en vano hay que recordar, que la ley 14/1986, General de Sanidad, reconoce, como ya se ha señalado, el derecho de todos a la confidencialidad (art. 10.6), y la ley 1/1996 recoge expresamente el derecho a la “intimidad personal”.

se encuentra en posición y deber de garante de la vida y salud de su paciente, puede dar lugar incluso al delito de omisión de socorro (196 CP).

En cambio, si el juicio médico sobre la menor concluye con una valoración negativa sobre la suficiente madurez de la misma, su hipotético consentimiento será invalidado e ineficaz y será indispensable la autorización de los titulares de la patria potestad o del tutor, si bien como excepción a dicha necesidad de autorización, a modo de una suerte de veto residual del menor “inmaduro”, hay que señalar tanto el caso de oposición paterna al aborto pese al grave riesgo que suponga el embarazo (aunque en estos supuestos más que la voluntad del menor a favor de abortar lo trascendente ha de ser en la práctica el criterio del médico que debe velar por su salud, aun en contra de dicha decisión paterna) o el caso contrario de opción paterna por el aborto cuando no se dé el supuesto de peligro de la indicación terapéutica en sentido estricto y la menor inmadura se oponga a esto y quiera continuar con la gestación; ésta última cuestión no ha de quedar en cualquier caso exenta de polémica si se toma en consideración que el artículo 6.1 de la ley 35/1988, ante otro supuesto que implica la asunción voluntaria de la responsabilidad de la maternidad y que ha de tener indudable proyección hacia el futuro de la menor, como lo es el ser receptora de técnicas de reproducción asistida, exige con claridad la mayoría de edad y la plena capacidad de obrar. Sin embargo me inclino a considerar todavía a ambos supuestos como netamente diferenciables: en el artículo 6.1 de la ley 35/1988 se trata de evitar que en línea de principio la menor pueda encontrarse en tan compleja tesitura por una intervención científica deliberada y altamente efectiva, posponiendo en todo caso cualquier posible decisión al respecto a la mayoría de edad, al entenderse tal momento como más deseable y ya que de tal espera debida tampoco se deriva problema alguno; sin embargo en el supuesto de “veto a la decisión de aborto de los padres” por parte del menor cuya inmadurez se estima como insuficiente por parte del facultativo, tan compleja situación ya se ha producido, y aun comprendiendo las diversas objeciones articulables por tal ausencia del pleno desarrollo del juicio deseable, hay que entender como una agresión directa a su dignidad como persona, a su integridad física y moral y a su libre desarrollo, la práctica de una intervención de tal calibre contra su voluntad⁵, incluso si, pese a existir ciertamente un

5 En idéntico sentido a lo aquí señalado, cabe citar entre las opiniones doctrinales más recientes la de Romeo Malanda que recoge expresamente como “si bien es cierto que la inmadurez de la menor legitima a los padres o tutores para tomar las medidas que consideren oportunas, la importancia del acto obliga a que la opinión de la menor haya de ser tenida en cuenta así como los perjuicios psíquicos que podrían derivarse para la gestante de un aborto contra su voluntad (...) en definitiva, si la negativa al aborto proviene de una mujer carente de suficiente capacidad de entendimiento, habrá que distinguir, en mi opinión, dos supuestos: a) si el aborto tiene finalidad terapéutica debe admitirse su realización incluso contra la voluntad de la menor si, de no interrumpirse el embarazo, peligraría gravemente la

relativo grado de peligro que habilitara tal posibilidad, no se extremaran el celo y las cautelas médicas en el intento de continuar la gestación mientras quedasen posibilidades de asegurar suficientemente la salud de la menor si esto es lo que ésta desea pese a la oposición de padres o tutores.

salud — física o psíquica — o la vida de la madre; b) si, por el contrario, el aborto se basa en razones meramente eugenésicas o en la indicación ética entiendo que no puede ser obligada a abortar”. Cfr. Romeo Malanda, “El valor jurídico del consentimiento prestado por los menores de edad en el ámbito sanitario”, *La Ley*, n 5186, 2000 pág. 2.

LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHO PENAL

I. INTRODUCCIÓN

La sentencia del Tribunal Constitucional sobre el caso de José María García¹ cierra una etapa de la vida de la construcción de la libertad de prensa en España. Otro asunto reciente nos facilita un acercamiento al estado de la cuestión: es posible que quien llame al Constitucional “Tribunal prostitucional” no deba por ello ir necesariamente a la cárcel, pero lo que está claro es que a algún lugar debe ir o, dicho de otro modo, alguien tiene que estar legitimado para decidir que se han sobrepasado las fronteras éticas y jurídicas de la libre expresión, sea ese alguien un juez o, al menos, una corporación de base profesional. En definitiva creo que la situación requiere establecer un consenso sobre criterios fundamentales sobre el alcance y límites de la libre expresión, en definitiva, sobre el mínimum ético de la profesión periodística salvo que a nadie le importe el regreso del péndulo, y no precisamente de Foucault.

La determinación del contenido y límites de los derechos fundamentales es un fenómeno histórico, y la historia de los parámetros conceptuales, legislativos o judiciales es de gran utilidad para establecer y valorar el actual estado de cosas.

Desde 1978 pueden distinguirse tres grandes etapas. La primera, hasta 1986, que podríamos denominar de “autoritarismo tardío”, la segunda entre 1986 y 1990, de la construcción democrática del concepto jurídico de la libertad de prensa, y por último, la tercera, en la que podríamos encontrarnos, la etapa de la madurez del concepto. Naturalmente fechas y términos de esta clasificación son inevitablemente

1 STC 105/1990 de 6 de junio, ponente D. Luis Lopez Guerra

arbitrarios y no puede ser de otro modo, pues se trata de diversos protagonistas y, además, de casos que se resuelven no en tiempo real sino en tiempo judicial.

II. LA FASE DEL “AUTORITARISMO TARDÍO”

Se caracteriza porque la proclamada libertad de prensa no logra despegar sobre los otros bienes o derechos pertenecientes al conflicto. La libertad de prensa ha conquistado terreno pero sigue rodeada por poderosos jinetes: el honor, la intimidad, la moral pública.

Es éste un periodo en el que predomina una lectura desconfiada del artículo 20 de la Constitución. Los jueces operan bajo el síndrome de la advocación retórica de la libertad de prensa, es decir, la advocación no tiene consecuencias prácticas frente al honor y la intimidad, derechos a los que se les reconoce un valor de “límite absoluto” de la libertad de prensa, rechazándose el recurso a la “exceptio veritatis” o prueba exonerante de la verdad. Paradigmática de esta posición pueden ser las sentencias civiles en los casos de Pablo Porta contra José María García (1984), la Asociación de la Magistratura contra Pablo Castellano (1984) y del Magistrado García Lavernía contra Cambio 16 (1986): si los hechos de que se informa y se imputan son difamatorios, no pueden ser publicados, sean verdaderos o falsos y con independencia de la condición pública o no del sujeto o del interés público del asunto.

Igualmente es ejemplo de esta posición sobre la prevalencia del honor la sentencia del caso Castell y las injurias al Gobierno TS 31-X-83, si bien aquí intervienen todos los protagonistas en el nudo de la cuestión, que era la inadmisión de la *exceptio veritatis* en las injurias al Gobierno: el Legislador que no había modificado la redacción del Código penal; el Tribunal Supremo que no hizo —pudiendo— una interpretación conforme a la Constitución; y el Tribunal Constitucional que respaldó al Tribunal Supremo en este mismo punto (STC 51/ 1985).

Otra línea de pensamiento práctico de esta época es la de la inmunidad de las resoluciones judiciales frente a la crítica pública. Es ejemplo el caso de la condena a El País por desacato en el editorial “Prensa y Democracia”(TS 25-IV-1980).

Postulado del período es también el de la presunción del ánimo de injuriar en los periodistas: el T. S. declara en su sentencia de 26 de junio de 1985 “la jurisprudencia de esta Sala tiene repetidamente establecido que la intención de injuriar se presume siempre mientras no conste lo contrario”, particularmente, viene a decir, cuando son profesionales de la información quienes imputan hechos deshonrosos.

El más radical exponente de esta presunción no ya sólo de injuriar, sino de delinquir en general, es el proceso y la sentencia del caso Vinader: el punto de partida del

proceso, la acusación del Ministerio público fue la presunción del ánimo de asesinar, aunque la condena quedara a la postre “tan sólo” en homicidio por imprudencia temeraria profesional.

Hasta aquí me he centrado en uno de los protagonistas, los jueces. No puedo omitir la mención de otro, que además de protagonista es un mayor responsable en el asunto. Dicho de otro modo: sea cual sea el estado de salud del Montesquieu, es evidente que a los jueces se les puede reprochar resoluciones y jurisprudencia como la mentada, pero no se les puede reprochar en absoluto el que apliquen la Ley, particularmente cuando la Ley en cuestión es una Ley del tiempo constitucional, obra de un poder legislativo en actual ejercicio de su responsabilidad. La responsabilidad de las leyes nuevas es del Legislador y es esto algo que a veces olvidamos, por ejemplo: las condenas por aborto en situación de necesidad social no se pueden reprochar al juez que las pronuncia, sino al Legislador que no legaliza tal supuesto y, otro caso de gran actualidad, resulta frecuente el vilipendio al prudentísimo Manglano, quien en el caso de la detención con incomunicación no ha hecho otra cosa que cumplir con la voluntad soberana del pueblo manifestada en Ley apenas con unos meses de anterioridad, y me permito calificar al Juez Manglano de prudente pues razones tiene para querellarse por desacato, injurias e instigación a la prevaricación y no lo ha hecho.

Pero, a lo que estamos: un papel determinante en la prolongación de esta fase que he llamado de autoritarismo tardío lo tiene el legislador por su Ley de protección civil del derecho al honor, la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, Ley Orgánica 1/1982 de 5 de mayo.

Es sobradamente conocida la crítica técnica y político-jurídica de esta Ley, a la que se puede reprochar el que por su técnica ha supuesto una amenaza sancionadora frente a la libertad de prensa más grave que la amenaza penal. Sin embargo, los perniciosos efectos de la Ley de protección del honor no son fruto de un error técnico del legislador de la época. No hubo imprudencia en la regulación técnica a la que imputar sus resultados. En términos penales podría decirse que la ley fue construida dolosamente o, al menos, con dolo eventual, es decir a conciencia de que lo que fue su aplicación posterior iba a producirse: la prevalencia del honor sobre la libertad de prensa y la crítica pública.

Es precisamente el Tribunal Constitucional y su jurisprudencia quien va a cerrar esta etapa del autoritarismo tardío con sus sentencias de 1986. Hasta las mismas la obra del Tribunal Constitucional es una obra de iniciación, una obra necesariamente incompleta, con más de positivo en los obiter dicta que en los fallos de las sentencias. En ocasiones con fallos que me parecen censurables, entre los que deben citarse los relativos al caso del libro “a ver”, sobre pedagogía infantil de la sexualidad (STC 62/1982) y el del caso Vinader (STC 105/1983).

III. LA FASE DE LA CONSTRUCCIÓN

Es en 1986 cuando cristaliza con resultados prácticos positivos el trabajo preparatorio realizado en los años anteriores por el Tribunal Constitucional, en sentencias que tienen la virtud de llevar consigo por el buen camino a la jurisprudencia tanto penal como civil de los tribunales de instancia y sobre todo del Tribunal Supremo.

Merecen destacarse dos sentencias: la del caso del alcalde ofendido o de la revista “Soria semanal” (104/1986) y la del caso del Diario Egin y la apología (159/1986).

En ambas sentencias se acuña definitivamente a la libertad de información como un derecho de libertad, como una garantía de una institución política fundamental que es la opinión pública libre, indisolublemente ligada con el pluralismo político, valor fundamental y requisito de funcionamiento del Estado democrático (104/86,5) o en expresión de la del caso Egin (159/86): “El artículo 20 de la norma fundamental además de consagrar el derecho a la libertad de expresión y a comunicar o recibir libremente información veraz, garantiza un interés constitucional: la formación y existencia de una opinión pública libre”.

Esta tesis permite configurar definitivamente a la libertad de información como un derecho fundamental de posición preferente en los conflictos con otros derechos o bienes fundamentales (también 167/ 87, 107/ 88). Con ello se da término definitivo a la idea de la ley penal (el honor, la injuria y el desacato) como límite absoluto del derecho a informar.

Otro de los elementos conceptuales claves elaborados en este periodo es el de la distinción entre emisión de pensamiento, ideas y opiniones, en definitiva, juicios de valor y emisión de información, de hechos, reconociendo a lo primero un mayor ámbito de libertad, liberando a la opinión de la exigencia de la prueba o de la diligencia en la misma (107/1988).

También se da un vuelco en la idea antes citada de la presunción de injuriar en los periodistas. La sentencia del caso Egin (159/1986) declara que la libertad de información, como garantía institucional de carácter objetivo exige para su efectividad excluir en principio la voluntad delictiva de quien se limita a transmitir sin más la información, aunque ésta, por su contenido, pueda revertir significado penal. El valor preferente de la libertad de información alcanza su máximo nivel — dice el Tribunal Constitucional — en la sentencia 165/1987 cuando dicha libertad es ejercitada por los profesionales de la información a través de la prensa.

Estas sentencia de 1986 y las inmediatas van a coincidir en el tiempo con otro protagonista: El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuya sentencia en caso Lingens da un espaldarazo definitivo al progreso del derecho fundamental.

Por último hace aparición también la doctrina con tres importantes monografías. Berdugo Gómez de la Torre, *Honor y libertad de expresión*; P. Salvador, *Qué es difamar* y S. Muñoz Machado, *Libertad de prensa y procesos por difamación*.

También se produce —en buena parte se reproduce de otros Derechos— a partir de estas sentencias una afinada distinción entre lo público y lo privado, como dos status jurídicos distintos de las personas y de los hechos. En el ámbito de las personas y los asuntos públicos la irradiación de la libertad de informar es más amplia y está más protegida. El honor se transforma y debilita. La razón es doble: 1º: Si la libertad de informar es no sólo un derecho individual sino una garantía objetiva de la libre formación de la opinión pública, base del sistema democrático, esa libertad tiene que estar más protegida cuando se proyecta sobre personas o asuntos públicos, que son los que deben interesar a esa opinión pública. 2º: la incorporación de las personas al espacio público, a la gestión de los asuntos públicos y a la representación es un acto por lo general voluntario que implica la aceptación de someterse a la observación más directa de los medios de comunicación. Así el Tribunal Constitucional 107/1988 declara que: los titulares de las funciones públicas o implicados en asuntos de relevancia pública “están obligados por ello a soportar un cierto riesgo de que sus derechos subjetivos de la personalidad resulten afectados por opiniones o informaciones de interés general, pues así lo requieren el pluralismo político, la tolerancia y el exposición de apertura, sin los cuales no existe sociedad democrática”.

Todo ello permite definir como contenido esencial de la libre información:

1- La licitud de toda información verdadera sobre los aspectos públicos de personaje público. T.S 16-III-90.

2- La licitud de toda información obtenida con respeto al compromiso con la verdad por parte del periodista, aunque a la postre resulte incierta tal información a favor de la coparticipación en la prueba T.S. 22-II-1989 (T C. 105/ 90,5).

3- En la forma y el modo de la expresión de la información el ejercicio del derecho cubre cierto exceso, es decir, el que las opiniones puedan merecer las calificaciones de acerbas, inexactas o injustas (STC 107/ 88,3).

¿Qué le resta de protección penal al hombre público frente al ejercicio de la libertad de prensa? Creo que podría formularse así:

1- Protección absoluta frente a la menos ética de las prácticas profesionales: la imputación de hechos falsos, a sabiendas de su falsedad.

2.- Protección absoluta si en la comprobación de la verdad de las imputaciones que resultan falsas el periodista se ha comportado con ausencia de toda diligencia lo que entre nosotras se llama en lo penal, con imprudencia temeraria Si la información es incierta y deriva de una comprobación meramente imprudente o negligente o de error material procedería la indemnización civil y la rectificación.

3.- Protección del contenido esencial del honor en la expresión de informaciones verdaderas, frente a lo que podemos estimar a ataques a la dignidad más elemental de la persona humana: restarían así ilícitos la persecución personal y sistemática con expresiones que representan un trato inhumano o degradante, explosiones vejatorias gratuitas, sin relación o relevancia con el objeto de la información u opinión de interés público.

4.- La protección de las esferas de mayor intimidad ajenas por completo a la conducta pública de las personas públicas y carentes de interés público para el asunto en cuestión (T.S. S.1ª 19-III-90).

Otra dimensión diferenciada de gran transcendencia práctica es la distinción entre las instituciones y colectivos y sus miembros particulares. La no diferenciación lleva históricamente a que la crítica acerba a tales instituciones y colectivos se trasmutaba en injuria a todos sus miembros, valga en recuerdo la famosa injuria a los cuerpos y clases del Estado, a los Ejércitos, etc. Así se han resuelto positivamente los casos del objetor escéptico ante la justicia (108/88), del letrado literato (121/89) y de la crítica del Arma de Caballería (51/89).

IV. LA ETAPA DE LA MADUREZ

A la altura de la mitad de 1990 creo que puede afirmarse que hemos entrado en una tercera y, por el momento, última etapa, de la madurez en la formulación conceptual de la libertad de prensa y en la ponderación de los conflictos.

Son varias las sentencias de los diversos órdenes jurisdiccionales las reveladoras de este momento de madurez. Pero si tuviera que seleccionar una, la más emblemática, en ese caso me atrevería a proclamar como tal la sentencia del T.C. en el caso Roca contra García (STC 105/1990 de 6 de junio).

En esta sentencia se ponen a prueba los criterios generales antes enunciados: amplitud de la crítica a personajes públicos, reducción de la exigencia de veracidad al compromiso con la misma, requiriendo sólo una diligente actividad comprobadora, distinción entre expresión e información, estatus de máxima libertad para los profesionales de la información, etc.

El núcleo de la sentencia radica, por una parte, en la proclamación de que resulta plenamente lícita la crítica y denuncia del asunto de las dietas indebidamente percibidas por el señor Roca, incluso en el caso de que a la postre hubiera resultado un hecho incierto, pues el periodista realiza una diligente averiguación. Por otro, la sentencia proclama la ilicitud del exceso de la formulación de lo que no es información sino juicio de valor. “La cuestión —dice el Tribunal— es determinar si además de información, por penosa que resulte para el interesado, y si además de los juicios de valor necesarios, el Sr. García emitió otros juicios sin relación

con la información ofrecida y que pretendían, independientemente de ella, vejar la imagen y la dignidad del Sr. Roca, en forma innecesaria y gratuita en relación con esa información, en cuyo caso cabe que nos hallemos ante la mera descalificación, o incluso el insulto...”. Poco antes el Tribunal Constitucional decía “La Constitución no reconoce un pretendido derecho al insulto, que sería por lo demás incompatible con la dignidad de la persona que se proclama en el art. 10.1”.

Nada hay de extemporáneo en la sentencia del Tribunal Constitucional. Sí quizá la legislación aplicada: la figura del desacato, así como, la antigua formación de la injuria grave —definida en tiempo anterior al nacimiento de la radio— que limita la pena más grave al medio escrito y desconoce la radio y la T.V., extemporáneo también quizá la previsión para estos casos de desacato de la pena de prisión como obligatorios frente a otras penas posibles como, destierro, multas, inhabilitación profesional o suspensión.

Otra sentencia de interés en este ámbito es la de 14 de febrero de 1990 de la Audiencia Nacional sobre injurias al Rey, en la que se proclama que se podrá o no aceptar —y en consecuencia criticar— el régimen monárquico como forma de gobierno, pero ello no resulta para injuriar al Rey (T.S. 18-V-88), haciéndole objeto de befa y escarnio, imputándole defectos físicos o mentales.

Por último y en el orden civil, puede afirmarse también la evolución positiva de la jurisprudencia del T.S. Así la sentencia 19-III-90 en el caso de “una particular” contra “El periódico de Barcelona”, de interés precisamente para determinar las fronteras de la información sobre hechos íntimos.

Para concluir: Estimo que en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo se ha llegado a un grado de madurez democrática y técnica en la elaboración del concepto y tratamiento de los conflictos de la libertad de información. El consenso sobre estos criterios y argumentos puede ofrecer una larga fase de estabilidad a la libertad de información. Si no se llega a producir este consenso entre todos los protagonistas —periodistas, jueces y legislador— es bien de temer un regreso del péndulo, de lo cual todos seríamos responsables.

Al consenso deberían pertenecer algunas reformas, fundamentalmente, la supresión de la figura privilegiada del desacato, reduciendo la protección penal a la común de las injurias, la extensión de la *exceptio veritatis* en lo penal y lo civil a todos los supuestos de defensa de intereses públicos y colectivos y, por último, la adecuación de las indemnizaciones civiles en las lesiones del honor o la valoración que se hace de las de otros bienes jurídicos como la vida y la salud, dando término a la desmesura de la práctica judicial de estos años.

Para facilitar dicho consenso bien pudiera jugar un gran papel un Consejo de Prensa, integrado no solamente por periodistas, que tuviera por misión defender la libertad de prensa tanto frente a agravios a la misma como frente a los excesos en su ejercicio.

LEGITIMIDAD CONSTITUCIONAL Y CONVENIENCIA POLÍTICO-CRIMINAL DE LA LEY CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO¹

I. INTRODUCCIÓN²

La cuestión de los malos tratos a las mujeres presenta gran complejidad por razones culturales, jurídicas y criminológicas.

En lo antropológico cultural baste decir que aunque hoy en día —salvo los imanes radicales— no hay nadie que se atreva a afirmar que la mujer debe estar sometida al marido, incluso por la fuerza, como proclamó nuestra tradición por boca de Santo Tomás y nuestra modernidad ilustrada por la de Rousseau, remachada por

1 En memoria de Maria del Mar Díaz Pita, universitaria de una pieza. Ciudad Real, marzo de 2007.

2 El origen de este texto se encuentra en mi Dictamen para el Congreso de los Diputados presentado el 8 de septiembre de 2004, durante el debate parlamentario de la que terminaría siendo *Ley Orgánica 1/2004 de protección integral contra la violencia de género*, ver en *Diario de Sesiones del congreso de los Diputados, Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales* de los días 19 de julio 7, 8 y 9 de septiembre, correspondientes a la sesiones 7, 8, 9 y 10 de la citada Comisión. Mi texto se encuentra en páginas. 11 a 29, de la sesión 9. Puede verse, así como los de los restantes comparecientes, en la página *Web* del Congreso ([www.congreso.es/publicaciones/Diario de sesiones de Comisiones](http://www.congreso.es/publicaciones/Diario%20de%20sesiones%20de%20Comisiones)) de la citada comisión de ese día y del los posteriores. De destacar son los de Fernando Valdés Dal-Re, pp.36 y ss; Gregorio Peces Barba, pág. 1 a 11 de la sesión. 5, Enriqueta Chicano, p. 22 a 35, J. M. Asencio Mellado, p. 49 a 60. Mi texto ha sido reelaborado con el debate e informes posteriores a la aprobación de la Ley, así como la última literatura publicada hasta enero de 2007, pero el nudo de la argumentación más relevante y quizá más original de mi planteamiento, como es el relativo a la constitucionalidad de la incriminación agravada de las conductas de los varones sobre mujeres, se mantiene plenamente. De la más reciente literatura que debe darse cuenta en esta nota introductoria especialmente Asúa Batarrita,

el propio Napoleón, de cuyo Código civil se acaba de cumplir el 200 aniversario³. Apenas a finales de los años 60 comienza a afirmarse la idea de la radical igualdad de hombres y mujeres en la pareja. En otro orden de cosas se plantea al filo del 68 la necesaria retirada del Derecho penal en las relaciones homosexuales entre adultos, la primera victoria contra el derecho penal moralizante, bien es verdad que tuvo lugar en Alemania y que en España requirió veinte años más y una sentencia manipulativa de Tribunal Constitucional para acabar por vía procesal con la Ley de “peligrosidad y rehabilitación social”.

En España la vigencia de la tradición llega —por razones bien conocidas— hasta antes de ayer. sólo en 1963 se deroga el privilegio del varón de la cuasi impunidad para dar muerte a su mujer sorprendida en adulterio⁴. Y sólo ayer mismo, en los albores de la democracia, en 1977 se despenalizaba el adulterio y se suprimía la discriminación que el código penal hacía de la mujer al requerir para el adulterio masculino el público amancebamiento. A la mujer le bastaba con un único descuido revelado por el marido, mientras que para incriminar a éste se requería la pública exhibición. Debe recordarse también que la legalización del divorcio llegó solamente en 1981 y la parcial despenalización del aborto comenzó tan sólo en 1985 y, como sabemos, no hemos superado aquí el sistema de indicaciones, que no permite la libre decisión de la mujer en el período ordinario europeo de los tres primeros

Las recientes medidas de prevención de la violencia de género en el ámbito de la pareja en España, en abierto en el portal <http://infojuridicas.unam.mx>, México 2005; Giménez Glück/Valdecabres (coord.) *La Administración de Justicia en la Ley Integral de violencia de género*, ed. del Ministerio de Justicia, Madrid 2005; Fuentes Soriano, “La constitucionalidad de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley* 18 nov. 2005; Laurenzo Copello, “La violencia de género en la Ley integral”, *RECPC* 07-08 (2005); y Boldova/Rueda, (coord.), *La reforma penal en torno a la violencia de doméstica y de género*, Atelier, 2006; Maqueda, “La violencia de género, entre el concepto jurídico y la realidad social”, en *RECPC* 08-02(2006); Alambra/Comas *et al.*, *Guía práctica de la Ley Orgánica de Medidas de protección integral contra la violencia de género*, en www.poderjudicial.es/Observatorio contra la Violencia Domestica y de Genero / El Observatorio / Actividades del Observatorio ... / Información y documentación ; Monográfico de la *Revista Jurídica de Igualdad de Género Themis* 2006, en www.mujeresjuristasthemis.org/novedades. (Consulta 12.8.06.).

3 Como nos lo recuerda Robert Badinter en un hermoso opúsculo conmemorativo del Código civil: *Le plus grand bien*, Fayard, Paris 2004. El régimen de subordinación es obra suya, no en vano presidió personalmente 55 de las 107 sesiones de la Comisión de Codificación v. p. 57.

4 La evolución histórica del tratamiento de la mujer por los Códigos penales está muy bien desarrollada por Cruz Blanca, “Derecho penal y discriminación por razón de sexo. La violencia doméstica en la codificación penal”, en Morillas, *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, 2000, pp.19 y ss.; Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 23 y ss. Para Portugal, pero con valor general, vid. Pizarro Beleza, *Mulheres, Direito, Crime, ou a perplexidade de Cassandra*, Lisboa 1990.

meses de la gestación. El privilegio del infanticidio y el aborto *honoris causa* tienen la misma raíz masculina que todo lo anterior.⁵

Es más, resulta muy significativo que en la legislación histórica se hayan previsto de modo constante dos tipos de faltas⁶ singulares: la del marido que maltrata a su mujer, aun cuando no le causare lesiones, y la de “la mujer desobediente a su marido que le provocare o injuriare” previstas en el art. 483,1 del Código de 1848, que se reproducen en el art. 603, 2 y 3 del Código de 1870 y que se mantiene en el Código de 1932, perdiendo la referencia a la desobediencia y sustituyendo la provocación y la injuria por el maltrato de palabra y obra, y que continúa supérstite hasta la reforma del Código de 1983, que crea la falta —bilateral— de malos tratos. Para lo que sirve la referencia histórica es para poner de relieve la sabiduría de los legisladores de los códigos del siglo XIX frente a algunos contemporáneos: *los maridos maltratan y las mujeres desobedecen y se rebelan*⁷.

El sometimiento de la mujer estaba explícito en la moral oficial y en la legislación vigente hasta nuestro tiempo cercano. No es de extrañar que esa moral oficial histórica esté todavía bien presente y vigente en la cabeza de muchos hombres, e incluso de sus víctimas mujeres, y que esa concepción de dominio natural sobre la mujer que tantos tienen a flor de piel, o escondida en el reservorio más profundo de la memoria emocional, rebrote ante la vida en una España moderna en la que la mujer se abre paso como ser autónomo e igual, a pesar de todas las limitaciones sabidas y por aprender.⁸

5 Vid. Demetrio Crespo, *El uxoricidio en la legislación española*, lamentablemente publicado de momento sólo en turco y alemán como *Der Gattenmord wegen Ehebruch*, en “*International symposium on issue of custom and honour killing*”, edit. Akader, Diyarbakir 2003, p. 214 y ss. De mucho interés al respecto ver una síntesis del debate parlamentario de la discusión del Código de 1822 en Lasso Gaité, *Crónica de la Codificación penal española. Codificación penal*, I, Ministerio de Justicia, Madrid 1970, pp. 127 a 129. Sobre el proceso de reformas penales en cuestiones de libertad personal y, por lo tanto, en lo que a la condición de la mujer se refiere a lo largo de la transición española a la democracia vid. Arroyo Zapatero, “La moderna política criminal en España y el pensamiento de Cesare Beccaria”, en *Cesare Beccaria and Modern Criminal Policy*, Ed. Giuffrè y Centro Nazionale de Prevencione e difesa sociale, Milan, 1988, pp. 188 y ss. Sobre la transición “penal” en Portugal, vid. Beleza, cit., p. 211 y ss., sobre el uxoricidio v. p. 212 y ss.

6 Para el lector no conocedor del Derecho español debe advertirse que en la legislación penal española histórica y actual son faltas las infracciones penales más leves, que se castigaban hasta 1995 con pena privativa de libertad de hasta un mes, y desde el nuevo código solo con multa y restricciones de derechos que no privan de libertad, v. art. 33.4. Se juzgan en un proceso diferente del de los delitos.

7 Sonoras referencias de género en el debate del Código de 1822 pueden verse en Cortés Bechiarrelli, *Delito de malos tratos familiares. Nueva regulación*, Madrid-Barcelona, 2000. p.9.

8 Una amplia visión jurídica y económica del cambio de posición de la mujer vid. Palomar Olmeda, (Coord.), *El tratamiento del género en el ordenamiento español*, Tirant lo Blanch y Comisiones Obreras, 2005.

Pero junto a la moral oficial y a las leyes está siempre la concepción del mundo de los aplicadores del Derecho penal y, al margen de un porcentaje todavía relevante de mentalidades más próximas a Santo Tomás que a Rousseau, no es menos cierto también que hasta la actual crisis la idea general preponderante consistía en que lo mejor y más prudente era la mínima intervención en los conflictos de la vida doméstica, de la esfera de *lo privado*⁹. Con ello, lo que no se veía se acompañaba del no querer ver.

Pero un buen día todo lo que era invisible o no se quería ver se coló lo en la primera página de los periódicos y en las ediciones de los telediaris, sin soltarla, y la ilusión del paraíso de la igualdad de hombres y mujeres de la joven democracia española se quebró al mostrar un infierno radicalmente intolerable. Una idea completa no la dan los datos anuales de mujeres muertas por sus parejas, sino el número de denuncias de hechos de violencia de género que hemos conocido después de establecerse los mecanismos de las órdenes de protección.

Para el año 2004 el Consejo General del Poder Judicial llegaba a registrar 91.865 denuncias por violencia *doméstica* sobre la mujer, así como la adopción por los jueces de 26.020 de las 33.766 órdenes de protección solicitadas por las víctimas y se constataron 72 mujeres muertas por su pareja o expareja, todo lo cual resulta una barbaridad.¹⁰

9 Vid. Ruiz Vadillo, “La violencia física en el hogar”, en *Actualidad Aranzadi*, 22 enero 1998, p. 2. ; v. asimismo Ruiz Rico, *El sexo de sus señorías*, Madrid 1991. Resultan de mucho interés los informes anuales que publica la Federación de Mujeres Progresistas sobre los reparos de género sobre sentencias, parcialmente recogidas en los periódicos, v. en www.mujeresprogresistas.org, el IV alcanza el año 2003, aun cuando sería necesario un examen pormenorizado sobre las propias sentencias.

10 La estadística criminal es miserable en España, como en buena parte de los países, y por ello resulta incomparable. En los últimos cuatro años y en materia de violencia doméstica el Consejo General del Poder Judicial ha realizado un esfuerzo que no tiene comparación, ni con la estadística criminal española ni con ningún país europeo que yo conozca, aunque sigue sin poder distinguir de modo neto la violencia de género de otras violencias domésticas. Pueden verse los informes sobre los respectivos años 2002 a 2005 en www.poderjudicial.es/observatorio contra la violencia doméstica y de género. He utilizado el informe 2004 porque se identifican mejor los parámetros que deseo destacar. De gran interés también las que elabora el Instituto de la Mujer del Ministerio de trabajo y asuntos sociales que puede verse en la web <http://www.mtas.es/mujer/mujeres/cifras/violencia/index.htm> y sobre cuyos datos, de origen en la información del Ministerio del Interior, el Diario El Mundo elabora unos buenos cuadros, todo lo cual puede verse en anexo a este trabajo y en www.elmundo.es/documentos/2004/06/sociedad/malos_tratos/cifras.html. Un buen análisis de estadísticas en Cerezo Domínguez, “La violencia en la pareja: prevalencia y evolución”, en Boldova/Rueda (coord.) *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, 2006, pp. 307 y ss.

II. LAS REFORMAS PENALES 1989, 1995 Y 1999: EL DESCUBRIMIENTO DEL PROBLEMA

La frecuencia y gravedad de la situación comenzó a convertirse en problema de opinión pública a finales de los 80 y con ello comenzaron las tentativas de abordar el problema con políticas públicas y, naturalmente, con la política criminal. De especial relevancia institucional es el Informe del Senado sobre la mujer maltratada, cuyos trabajos preparatorios se inician en 1986 y se concluyen 1989¹¹ con un amplio abanico de recomendaciones a las Administraciones Públicas. Por vez primera en 1998 se adopta el primer plan del Gobierno de Acción sobre la violencia contra las mujeres para 1998-2000, al que seguiría un II Plan integral contra la violencia doméstica¹².

1. Las primeras reformas legales se centraron en el Código penal y abordaron la cuestión como si el asunto fuera de lesiones y de homicidio. La reforma del código de 21 de junio de 1989 introdujo en el art. 425 la incriminación con prisión de seis meses a seis años de quien habitualmente ejerciera violencia física sobre los miembros del grupo familiar. El precepto no contemplaba la violencia psíquica y daba pie a una concepción cuantitativa y formal de la habitualidad, para lo que terminaron requiriéndose tres o más episodios concretos de violencia, frente a la tesis que luego intentó imponer el Tribunal Supremo, en sentencia del 7 de julio de 2000, en el sentido de que lo relevante era el que la víctima “viva en un estado de agresión permanente”. El nuevo Código penal de 1995 mejoró la figura del anterior art. 425, incrementó la severidad de la pena y precisó la compatibilidad concursal del maltrato habitual con las faltas y delitos de lesiones concretos producidos. Pero daba lo mismo, pues como reconociera el propio Consejo General del Poder Judicial los jueces seguían calificando los hechos principalmente como faltas¹³, con el efecto trágico de que entonces las faltas no habilitaban para dictar la prisión provisional ni en los casos de

11 *Informe de la Comisión del Senado de relaciones con el Defensor del Pueblo y de Derechos Humanos encargada del Estudio de la mujer maltratada*, Boletín oficial de las Cortes, Senado, serie I, núm. 313, de 12 de mayo de 1989, p. 12182 a 12211.

12 Vid. Núñez Castaño, *El delito de malos tratos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, 2002, pp. 29 y ss., 65 y s.

13 Un 76% de los casos de violencia en la pareja estudiados se califican como falta, vid. Calvo García, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia*, Universidad de Zaragoza, 2001, p.204, v. en www.poderjudicial.es/observatorio/informes/elaborados. Una puesta al día y conclusiones sobre 2000 a 2002, el mismo, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia 2000-2002, resultados y conclusiones*, en el mismo lugar, lo cito como *Informe II*. (Consultados 24.8.06). La organización “THEMIS” estimaba que el 50% de los casos calificados por los jueces como faltas constituían en verdad delito de malos tratos habituales. En el mismo sentido con reseña críticas de sentencias v. Corcoy Bidasolo, “Delitos contra la integridad personal y contra la libertad: lesiones, amenazas y coacciones”, en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001, pp. 251 y ss., esp. 187 y ss.

mayor peligro de repetición de la agresión, que era la única medida cautelar sobre el acusado de que se podía entonces disponer por el juez, desprotección que daba pie a que el maltratador terminara por acabar con la vida de la mujer delante del juzgado, sumido en culpable impotencia las más de las veces¹⁴.

Pero en el infierno se avivó el fuego y el problema se convirtió en radicalmente insoportable, en especial con el asesinato de Ana Orantes en 1997¹⁵. Son desde entonces muy numerosas las iniciativas de todo orden, entre ellas, muy especialmente, la ley de Castilla-La Mancha cuya presentación en el otoño de 2000 dio lugar a un gran debate institucional y social y que terminó aprobándose el 17 de mayo de 2001.¹⁶

2. La Ley Orgánica de 1999 abordó el problema de modo más decidido que en las anteriores ocasiones: crea las penas y medidas cautelares de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima¹⁷, reconoce a la violencia psíquica junto a la física en el delito de maltrato habitual –cuyo concepto precisa positivamente– y amplía el espacio temporal de las violencias típicas al tiempo posterior a la ruptura de la convivencia¹⁸.

14 Para el régimen penal del Código de 1995 ver, por todos Gracia Martín, en la coedición con Diez Ripollés, *Comentarios al Código penal. Parte especial*, Tirant lo Blanch, 1997, pp. 413 y ss.

15 Vid. Montalban Huertas, *Perspectiva de género: criterio de interpretación internacional y constitucional*, CGPJ, Madrid 2004, p. 47 y s., describe el caso, cuasi retransmitido en directo por televisión, con efectos similares al de *Maria da Penha* en Brasil. Sobre la situación brasileña hasta la nueva ley de 7 de agosto de 2006 v. Alice BianchinI, *nota sobre Brasil en el monográfico de derecho comparado sobre violencia en el ámbito doméstico y familiar en Revista Penal*, nº 10, julio 2002, p.193 a 196, y tras la reforma de 2004 vid. Mendes De Carvalho, “Consideraciones críticas sobre la nueva regulación del delito de violencia doméstica en Brasil”, en Boldova/Rueda, *La reforma penal en torno a la violencia doméstica y de género*, Atelier, 2006, pp.405 y ss.

16 El Área de Derecho Penal y Criminología de la UCLM, dirigido por Rosario De Vicente, presentó un *Informe jurídico y criminológico sobre los malos tratos a la mujer en Castilla-La Mancha*, sobre más de 323 sentencias judiciales dictadas en la Comunidad Autónoma entre 1995 y 1998. Albacete 2000.

17 Que es el primer paso hacia la orden de protección, aunque no hay previsión de penalidad por el incumplimiento –salvo la multa por quebrantamiento de condena del art. 468 C. P.– y seguía bloqueada la prisión provisional para esto último y, en general, para las faltas, vid. Rubiales Bejar, “Penas y medidas cautelaras para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica”, en L. MorillaS, (coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, 2002, pp. 411 y ss. Señala la insuficiencia legislativa para asegurar un cumplimiento efectivo de las medidas cautelares Montserrat Comas, *Novedades legislativas introducidas por la L.O.14/1999, en materia de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares*, en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001. p.221 y s. Sobre las reformas de derecho penal material vid. Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, 2000.

18 En torno al 35 % de los homicidios se producen entre el momento del planteamiento de la ruptura y posterior, así se advierte en el Informe del Instituto de la Mujer de 2005: <http://www.mtas.es/>

En el año 2001 el Consejo General del Poder Judicial presenta un informe de gran interés sobre toda la materia y, tras un examen crítico del marco legal, pone de relieve el desamparo de las víctimas y la impunidad de los agresores derivado de la falta de posibilidad legal de recurrir a la prisión provisional o cualquiera otras medidas cautelares ante las faltas, que siguen siendo las calificaciones jurídicas preponderantes en sede judicial, apunta la posibilidad de ampliar el delito de malos tratos habituales renunciando a la exigencia de la habitualidad, lo que supone absorber buena parte de las faltas de lesiones y malos tratos, e incluso sugiere la supresión de la falta de malos tratos entre parientes, para garantizar su calificación como delito¹⁹.

III.LAS REFORMAS DE 2003: CREACIÓN DE DELITO CONTRA LA INTEGRIDAD MORAL, LA ORDEN DE PROTECCIÓN Y AMPLIACIÓN DE LA PRISIÓN PROVISIONAL

A las alturas de la preparación de la contrarreforma del Código penal de 1995, que se realizó mediante varios instrumentos legales durante 2002 y 2003²⁰, las medidas penales no parecían servir gran cosa para atajar la epidemia. Con la intervención penal a partir de los tipos de homicidio y lesiones los jueces llegaban manifiestamente tarde, y cuando se les presentaba el problema en una fase inicial, de lesiones leves y maltratos, no sólo se llegaba tarde, sino que el proceso y las consecuencias jurídicas de las faltas —lo limitado de la pena y la exclusión de la prisión provisional— además de no proteger, parecían envalentonar a los maltratadores y generaban en las víctimas mayor desaliento y desconfianza en la justicia²¹.

Se debe recordar que la figura jurídico penal de las faltas no permitía adoptar sobre el imputado la prisión provisional, ni otras cautelares mínimamente eficaces,

mujer/mujeres/cifras/tablas/W805b.XLS. En el de Calvo García, *El tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de justicia*, cit. y en el *Informe II*, citado, alcanza el 52%, p. 19.

19 Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática derivada de la violencia doméstica, p. 62-64, se localiza a través del buscador de www.poderjudicial.es (consultado. 24.8.06). También Montserrat Comas, *Novedades legislativas introducidas por la L. O. 14/1999 en materia de protección a las víctimas de malos tratos: las faltas penales, penas accesorias y medidas cautelares*, en *La violencia en el ámbito familiar. Aspectos sociológicos y jurídicos*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid 2001, pp. 203 y ss, especialmente p. 246.

20 Sobre la disparatada política criminal de los dos últimos años de las legislaturas conservadoras vid. Arroyo Zapatero, “As reformas penais españolas entre os anos de 2003 e 2005”, en *Ciencias Penais*, Sao Paulo, vol.2 (2005), pp. 60 y ss.

21 Vid. el amplio *Informe sobre el tratamiento de la violencia doméstica en la Administración de Justicia* de Calvo García, cit., y su *Informe II*, de donde se desprende que para esos años 2000-2002 se trataban como delitos el 24.3% de los casos, con un 16% de absoluciones y como faltas el 75.6%, y en los procedimientos por estas resultaba entre un 71 y un 75% de absoluciones, datos en los que el autor identifica la fuente de la “la impresión generalizada sobre la ausencia de condenas en los casos de violencia doméstica”, cfr. p. 30 y 31.

por lo que, siendo la calificación judicial del hecho más frecuente la de falta, la denunciante no encontraba casi nunca la protección que esa u otra medida cautelar pudieran ofrecer frente al peligro de realización o reiteración de las violencias. De tal manera que lo que generaba mayor impotencia era que, frente la evidencia de los indicios de grave peligro que los hechos denunciados manifestaban se terminaba en lo peor, sin modo ni forma de poder ofrecer a la víctima una tutela eficaz²².

Todo ello madura y tiene un resultado en tres tiempos. En primer lugar la Ley 27 de 2003, relativa a la Orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica, de 31 de julio, la reforma de la prisión provisional por la L. O. 13/2003, de 24 de octubre, y la reforma del Código penal que se adopta por la Ley Orgánica 11 de 2003, de 29 de septiembre²³.

a) La *Orden de protección*. La orden judicial de protección de la víctima frente al agresor, consistente en la prohibición de comunicación o de aproximación o exigencia de alejamiento del agresor respecto de la víctima es, curiosamente, un “descubrimiento” moderno, de matriz norteamericana, desarrollado específicamente para las violencias contra la mujer, que desde su aparición allí hace poco más de 25 años²⁴ ha tenido un éxito de difusión extraordinario, descendiendo en la primera mitad de los 90 por todo el continente hasta cubrir América Latina²⁵, con un salto no leve sobre la República mexicana, atravesando el océano Atlántico y penetrando en la Europa continental y latina en la segunda mitad de dichos años, ya con carácter civil como en Austria, Alemania e Italia²⁶ o penal como en España²⁷. La orden aparece como un instrumento capital, pues con la atribución de la competencia concentrada en el Juez a quien llega la denuncia, tanto para las medidas penales como para la civiles, proporciona el mecanismo de intervención más necesario ante el peligro de

22 Cfr. el *Acuerdo del Pleno del Consejo General del Poder Judicial de 21 de marzo de 2001 sobre la problemática derivada de la violencia doméstica*, cit., p. 41 y s.

23 Sobre el conjunto vid. Lourenzo Copello, “Los nuevos delitos de violencia doméstica: Otra reforma precipitada”, en *Artículo 14*, vol. 4, diciembre de 2003, Instituto Andaluz de la Mujer, p. 4 y ss.

24 Vid. Medina, *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, 2002, p. 482 y también para su introducción en Gran Bretaña e Irlanda.

25 V. referencias en Montalban, *Perspectiva de género...*, cit, p 76 y ss.

26 Amplia referencia al derecho continental europeo en Mayordomo, *La violencia contra la mujer. Un estudio de derecho comparado*, Dilex, 2005. Para Francia e Italia, además de para los países anglosajones; Dearing/Förg (hg) *Konferenzdokumentation Polizeiarbeit gegen Gewalt an Frauen*, Verlag Österreich, Viena 1999. Para Iberoamérica vid. Montalban, *Perspectiva de género*, cit., p. 76 y ss, con distinción entre sistema civil y penal de medidas. En todo caso conviene precisar que la distinción entre uno y otro sistema no es tajante, pues, como ocurre en el sistema austriaco o alemán, el derecho punitivo aparece para la desobediencia de la orden de protección, o como también ocurre en el primero de los citados y en los anglosajones, las medidas resultan ser medidas de seguridad policiales, sin intervención judicial más que *a posteriori*.

27 Vid. Sspedra, *Las reformas del proceso penal de 2002 y 2003*. Cívitas, 2004. Vid. Cano-Maillo, *Los juicios rápidos. Orden de protección*. Consejo General del Poder Judicial. San Sebastián 2005.

los malos tratos o de su reiteración y hace posible interrumpir el “ciclo de la violencia” en que suele estar inmersa la víctima, como veremos más adelante. A la Ley debe seguir la práctica, con organización y con medios, pero también la disciplina conceptual por parte de los órganos judiciales. Baste hacer una referencia en este aspecto a la demanda de ampliación espacial de la Orden de alejamiento que en los primeros meses de vigencia se venían estableciendo en distancias mínimas y espacios incompletos que no evidencian mucho sentido común, o cuando menos, lo que sería también cierto, poco conocimiento de las características del problema que se sometía a conocimiento del juez, lo que era prueba manifiesta de la necesidad de especialización.

Por el momento los datos que podemos deducir de los primeros informes del CGPJ sobre órdenes de protección solicitadas por mujeres y las efectivamente adoptadas por el juez son: 2.003: — / 16.725; 2004: 35.040/ 26.020; 2005: 30.131 / 24.509. En el informe sobre el 2003, con vigencia de la orden de protección propiamente dicha sólo el segundo semestre el Consejo indica 906 incumplimientos de las pertinentes órdenes, lo que representa un 5% de quebrantamientos²⁸.

b) La reforma de la *prisión provisional* en lo que aquí interesa incorpora expresamente al elenco de los fines que la autorizan (art. 503.1. 3º LECrim.) el “evitar que el imputado pueda actuar contra los bienes jurídicos de la víctima, especialmente cuando se trate de algunas de las personas a las que se refiere el art. 173.2 con exclusión en estos casos de la limitación de que el delito por el que se disponga tenga prevista pena privativa de libertad igual o superior a dos años de prisión, bastando que tenga pena privativa de libertad, es decir, prisión de tres meses o, incluso, en el tenor literal cabe la de localización permanente, que es propia de las faltas. Esta modificación levanta el bloqueo anteriormente existente ante situaciones de evidente riesgo de reiteración delictiva o realización del delito con el que se amenaza a la víctima en los supuestos de denuncia por delitos “leves” de violencia doméstica, de pena de “sólo” dos años de prisión. A partir de la reforma “entre la prisión provisional y la nada” están las órdenes de protección, por lo que la necesidad material de la prisión provisional se reduce en proporción.

c) La reforma del Código que en violencia doméstica opera la L. O. 11/2003 consta de los siguientes elementos:

28 Sobre la orden de protección vid. Rubiales Bejar, “Penas y medidas cautelaras para la protección de la víctima en los delitos asociados a la violencia doméstica”, en L. Morillas, (coord.) *Estudios penales sobre violencia doméstica*, Edersa, 2002, pp. 417 y ss.; Bonilla Correa, *La orden de protección de las víctimas de la violencia doméstica y de género*, en Boletín de información del Ministerio de Justicia, núm.2002, de 1 de diciembre de 2005, pp. 482 y ss.; Rodríguez Laín, *Juzgado de Violencia sobre la mujer y juzgado de guardia*, Bosch, 2006, esp. pp. 227 y ss.

1. Por una parte amplía el campo del delito de la violencia doméstica a costa de las faltas, extendiendo el delito sobre las lesiones no constitutivas de delito y los malos tratos de obra, así como las amenazas leves con armas u otros instrumentos peligrosos, que seguirán siendo faltas (arts. 617.1 y 2 y 620.1º) de no mediar las relaciones “domésticas”²⁹. Por otra, lleva las violencias domésticas *habituales*, que se situaban en el art. 153, al *delito contra la integridad moral* del artículo 173, en el nº 2º³⁰. Todo ello se castiga con pena de prisión de 3 meses a 1 año o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 80 días y otras penas accesorias. Las principales se imponen en su mitad superior si concurren las circunstancias enunciadas antes al hacer referencia al 173.2. En todos los casos, la conexión doméstica impone al juez acompañar las penas principales, como accesorias, con las medidas de seguridad de alejamiento (art. 57.2) y faculta para hacerlo por las faltas contra las personas (art.57.3).

Sin embargo, no termina de suprimir la falta de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones de carácter leve producidas en el ámbito doméstico a las que castiga como falta agravada con localización permanente de cuatro a ocho días o trabajos en beneficio de la comunidad de cinco a diez días (art. 620.2º).

Tampoco renuncia el Legislador del 2003 —por razones que luego se esclarescerán— a ampliar aún más el elenco de lo doméstico hasta extremos ridículos y difícilmente comprensibles: además del cónyuge y análogos, los padres, hijos, hermanos, tíos, tíos políticos, del cónyuge o del conviviente, los menores o incapaces que con el convivan, los que por cualquier otra relación estén integrados en la

29 Vid. Muñoz Conde. *Parte Especial*, Tirant lo Blanch, 2004, pp.126 y ss., quien considera este punto lo más relevante de la reforma.

30 Como había demandado un relevante sector doctrinal, cfr. Díaz Pita, *El bien jurídico protegido en los delitos contra integridad moral*, en Estudios penales y criminológicos, Santiago de Compostela 1997; Muñoz Conde, *Parte Especial*, cit., p.185; Tamarit, *Comentarios a la Parte especial de Código penal*, Aranzadi, Pamplona 1999, pp., 105 y ss.; Carbonell/González Cusac, *Comentarios al Código penal de 1995*, Tirant lo Blanch, 1996, p 801; Acale Sánchez, *El delito de malos tratos físicos y psíquicos en el ámbito familiar*, Tirant lo Blanch, 2000, p. 89 y ss.; Gómez Rivero, “Algunos aspectos del delito de malos tratos”, en *Revista Penal*, vol.6, 20º2. p.67, donde, por cierto, por vez primera veo emplear en texto a un penalista el concepto de trastorno de estrés postraumático p.74; Olmedo Cardenete *El delito de violencia habitual en el ámbito doméstico. Análisis teórico y jurisprudencial*, Bosch, 2001, p. 42. Morillas Cueva, en *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, por él mismo coordinado, Edersa, 2002, en p. 672. Fue un gran acierto la creación por el Código de 1995 de este delito autónomo respecto de los malos tratos y torturas por parte de funcionarios públicos. Vid. dos monografías con amplias referencias: Pérez Machío, *El delito contra la integridad moral del art. 173.1 del Código penal. Aproximación a los elementos que lo definen*, Edit. Universidad del País Vasco, 2004; Barquín Sanz, *Delitos contra la integridad moral*, Bosch, 2001.

convivencia familiar y, además, *los guardas o custodios de centros de acogida de personas vulnerables*.³¹

2. Declara al nuevo delito contra la integridad moral punitivamente compatible con las penas de los delitos o faltas que se hubieren podido cometer en el curso del maltrato, es decir, admite expresamente el concurso de delitos frente a la hipótesis de la consunción que se había impuesto.

3. Las penas se agravan desde la básica de 3 meses a tres años a su mitad superior cuando las violencias se hayan realizado en el domicilio común o en el de la víctima, en presencia de menores, portando armas, o, lo que resulta muy relevante, con quebrantamiento de la novedosa pena u orden cautelar de alejamiento.

4. A su vez, el artículo 153 se aprovecha para incorporar en él los malos tratos que hasta el momento se consideraban faltas, en concreto todos los malos tratos violentos los que causan menoscabo psíquico o lesiones no constitutivas de delito, los golpes y maltratos de obra sin causar lesión y las amenazas leves con armas, proyectado estas conductas sobre el elenco de víctimas incorporado en el 173.2.

Posiblemente estas conductas que constituían faltas de lesiones y malos tratos se elevaron a delito para “forzar” a los Jueces poco rigurosos a “hacer Justicia”, dificultándoles la calificación de falta y posibilitando así también el recurso a la prisión provisional. Pero sería mejor que se hubiera hecho así por la plena conciencia de que estas conductas presentan un grado de injusto y culpabilidad mayor que la propia de las faltas, como veremos más adelante, pero el *maremágnum* de situaciones y relaciones del autor y las víctimas impide entenderlo así. Con todo, la reforma en este punto es globalmente positiva, salvo en el mantenimiento de todo el elenco de víctimas a que se ha hecho referencia que dificulta captar debidamente el problema de las violencias de género en la pareja.

IV. BALANCE DE 15 AÑOS DE REFORMAS EN LAS VÍSPERAS DE LA LEY INTEGRAL DE 2004

Desde que se abordara la primera reforma penal para afrontar la violencia doméstica contra la mujer y hasta 2004 se ha consolidado un estatuto jurídico que ha pretendido resolver varios problemas:

El primero ha sido la definitiva ubicación en la opinión pública, en la opinión “legislada” y en la de los operadores jurídicos de que el fenómeno de las violencias domésticas queda excluido del manto de “lo privado”, y queda acuñado definitivamente como cuestión de “orden público”, lo que se plasma en la consideración de

31 Puede hablarse de una auténtica obsesión, que en unos casos puede ser de orden “sistemática” y en otros puramente ideológica, por la ampliación de ese círculo de sujetos., vid. Morillas, ob. ult. cit., p. 673 y ss., con las referencias al Consejo General de Poder Judicial, la Fiscalía General, entre otros, inclusive él mismo.

los delitos y faltas en esta materia como públicos, no condicionada su persecución a la denuncia o querrela de la víctima.

El segundo es la captación con pena criminal relevante de las conductas de “malos tratos”, especialmente en la dimensión que afecta a la salud, particularmente la psíquica, y a la dignidad personal o integridad moral de la víctima: Su adecuada incriminación es un problema común a la generalidad de los países, pues no se describen claramente como delito y no hay intervención penal hasta que no haya al menos delito de lesiones, lo que tiene que ver con un concepto mecanicista de lesión muy decimonónico y todavía no superado, o bien las penas son muy leves, ya se trate de figuras propiamente de delito ya, como ocurre en España, de “faltas”, contravenciones, etc.. Esto se ha resuelto de modo sustancial con la creación del delito de *maltrato* entre las lesiones (art. 153 C. p.), en las que incluye la amenaza con armas, y con el delito de *maltrato habitual* entre los delitos contra la integridad moral (art.173.2 C. p.). Sin embargo, quedaban en la esfera de las faltas las amenazas leves y las coacciones leves, que son hechos frecuentes en las violencias domésticas.

A su vez, las razones de la insuficiencia sancionadora podían derivar de un tratamiento procesal penal que favorece la débil respuesta jurisdiccional, lo que se produce en unos países por la singularidad del procedimiento especial de las faltas, contravenciones, etc., o por la vigencia en el país de que se trate del principio procesal de persecución de “oportunidad”, que en la práctica prefiere ocuparse de otros delitos “más graves”.

Se dotó a la justicia del instrumento de las órdenes de protección (art. 544 bis y ss. LECrim.), un mecanismo novedoso que en la experiencia se ha revelado imprescindible en este tipo de violencias compulsivas de la esfera de la convivencia, y las pertinentes plasmaciones de ésta —alejamiento, prohibición de comunicación etc.— han sido incorporadas al elenco de penas accesorias (art. 57 C.p.).

Se habilitó a los jueces a dictar la prisión provisional en los supuestos de violencia doméstica hasta, por lo menos, por delitos castigados con prisión de más de tres meses, es decir, para todos los delitos de violencia doméstica, quedando solamente fuera de ello la falta del art. 620 de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas leves.

Los déficits de las reformas son pocos pero muy claros, uno político criminal y otros técnicos. El déficit político criminal radicaba en el mantenimiento de las faltas con exclusión de la pena de prisión para las amenazas leves y las concordantes coacciones injurias y vejaciones leves del 620, pues si tal tratamiento puede resultar adecuado para las violencias domésticas en general, resulta evidente que no lo son para las de género, o sea las del varón sobre su pareja, pues son esta categoría de las violencias “domésticas” calificadas de faltas —y no las otras, de padres sobre hijos,

hijos sobre padres o abuelos etc.— las que histórica y sistemáticamente el sistema penal ha utilizado para el “lavado” de las violencias sobre la mujer. También debe considerarse una deficiencia político criminal el que la pena mínima en la forma delictiva más leve de las lesiones, que como se verá es insuficiente para captar el desvalor de las violencias domésticas que son *de género*.

Entre los déficits técnicos se deben señalar el de no haber previsto que un sistema tan capital para esta materia como es el de la orden de protección, tanto cautelar como sancionatoria, no dispusiere de un mecanismo suficientemente disuasorio de su incumplimiento, particularmente en la hipótesis de la punitiva para la que el delito de quebrantamiento de condena, inspirado todavía en antiguos prejuicios decimonónicos como mero delito contra la Administración de Justicia, solo se le había dotado en la reforma de 2003 de una pena de multa con alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad para el quebrantador de las órdenes penales de protección.

Tanto o más importante que lo anterior era la pervivencia de un laberinto jurisdiccional penal y civil que dificultaba gravemente el acceso de la víctima a la Justicia. Ninguna de las propuestas institucionales del Consejo, de la Fiscalía o la de los Planes gubernamentales había pasado de modo efectivo más allá de la de la coordinación “voluntaria” entre jurisdicciones y operadores jurídicos, por vía de los “protocolos” de colaboración³². Nadie se había atrevido a proponer la superación del dogma de la separación de órganos jurisdiccionales penales y civiles,³³ que parecía representar un esfuerzo superior al de la creación en su día de la jurisdicción laboral o más recientemente la de la jurisdicción mercantil. Bien es cierto que tamaña innovación no podía justificarse para las violencias de padres sobre hijos, o de hijos sobre padres o sobre abuelos, o de tíos sobre sobrinos, ni de encargados de residencias de ancianos sobre éstos. Para lo que realmente era necesaria una reforma de este calado era para unas violencias que no se querían reconocer como tales: las *violencias de género*, pues son las que plantean epidemiológicamente el problema de la necesaria e inmediata coordinación de lo civil y lo penal.

Y con esta referencia procesal podemos llegar a desarrollar la exposición sobre la deficiencia más principal y determinante en el combate jurídico de la violencia sobre la mujer como problema distinto y más grave que las restantes violencias domésticas durante más de quince años de reformas y esfuerzos colectivos.

32 Vid, una excelente síntesis de desesperante situación jurídica procesal penal y civil hasta 2005 en Rodríguez Laín, *Juzgado de violencia sobre la mujer y juzgado de guardia*, Bosch, 2005, pp. 23-30.

33 Solamente el Partido socialista, pero estaba en la oposición: Proposición de Ley 122 de 21 de diciembre de 2001.

V. LA CONTRADICCIÓN PRINCIPAL: LA INCOMPRENDIDA ESENCIA DEL PROBLEMA DEL TRATAMIENTO PENAL DE LOS MALOS TRATOS Y DE LAS VIOLENCIAS DE LOS HOMBRES CONTRA LAS MUJERES: EL DÉFICIT DEL CONOCIMIENTO CRIMINOLÓGICO Y LA POCA VOLUNTAD DE RECONOCERLO

Más allá de todo déficit normativo o funcional para abordar el fenómeno de los malos tratos a las mujeres³⁴, lo que encuentro más relevante es la incompreensión de que esa violencia de hombres sobre mujeres en la pareja presenta caracteres materiales, sociales y psicológicos bien distintos de las demás violencias interpersonales, inclusive de aquellas a quienes se tiende a tratar del mismo modo: las violencias sobre menores y ancianos, a todo lo cual se le cubre incluso bajo un mismo título, “violencia doméstica”, como si lo único singular de todo ello fue la relación parental y la comunidad del espacio domiciliario³⁵. Aún más, se tiende a creer que en la pareja la violencia es bipolar, y ello por el mero hecho de que las estadísticas de resultados de muerte y lesiones arrojan un porcentaje —que no llega al 10%— de autores mujeres, sin que hasta ahora se haya procurado completar la pobreza

34 La bibliografía criminológica española sobre la violencia de género en la pareja propiamente dicha no se extiende mucho más allá de Benítez Jiménez, *Violencia contra la mujer en el ámbito familiar. Cambios sociales y legislativos*, Edisofer, 2004; Labrador/Paz Rincón/Pilar de Luis/Fernandez-Velasco, *Mujeres víctimas de la violencia doméstica. Programa de actuación, Pirámide*, Madrid 2004; Medina, *Violencia contra la mujer en la pareja: Investigación comparada y situación en España*, Tirant lo Blanch, 2002, con una excelente información y bibliografía cerrada a 2001; Ganzenmüller/Escudero/Fijola, *La violencia doméstica. Regulación legal y análisis sociológico y multidisciplinar*. Bosch, 1999; Lorente Acosta, *Agresión a la mujer: Maltrato, violación y acoso*, Comares, 1998; muy divulgativo Lorente Acosta, *Mi marido me pega lo normal. Agresión a la mujer realidades y mitos*, Edit. Crítica, Barcelona 2001; El mismo, *El rompecabezas: Anatomía del maltratador*, Ed. Crítica, Barcelona 2004. Enrique Echeburúa *Personalidades violentas*, Pirámide, 1994; Ana I. Cerezo Domínguez, *El homicidio en la pareja: tratamiento criminológico*, Tirant lo Blanch, 2000; y la misma, *La violencia en la pareja: prevalencia y evolución*, en Boldova/Rueda (coord.) *La reforma penal en torno a la violencia de género*, Atelier, 2006, p.307 y ss.; Jiménez Díaz, *Mujer víctima doméstica, trastorno de estrés postraumático y eximente de miedo insuperable*, en L. Morillas,(coord.) *Estudios penales sobre la violencia doméstica*, Edersa, 2002; Peer Stangelad, “Malos tratos y homicidios en la pareja: una visión intercultural”, en *Revista de Derecho penal y Criminología*, 15, 2005, pág. 241 y ss.; Elena Larrauri, “¿Por qué retiran las mujeres maltratadas las denuncias?”, en *Revista de Derecho penal y Criminología* nº 12 (2003), pp. 271 y ss.

35 En el año 2005 del total de 82.750 denuncias por violencia doméstica sólo 2.915 casos son de víctimas menores de 18 años, es decir, el índice de victimización de menores respecto del total es 28.3 veces menor que el de adultos, lo que pone de manifiesto el despropósito de tratar igual el problema de las violencias sobre los adultos y sobre los menores, sin que las cifras sobre menores carezcan de relevancia A su vez de las víctimas mayores se refieren a víctimas mujeres 73.109 denuncias y a hombres 11.904, es decir siete veces más víctimas mujeres que hombres. En lo que a órdenes de protección se refiere las víctimas son 859 menores frente a 29.272 víctimas mujeres mayores y 2. 588 hombres, es decir, 11.3 veces más víctimas mujeres que hombres. V. Cuadros del *Observatorio de la violencia doméstica y de género del CGPJ* citados en nota 9.

informativa de nuestra estadística judicial tradicional, ni suficientemente refinada la ingente tarea del Observatorio de la Violencia del Consejo, con dato tan relevante como el de en qué medida esa violencia femenina —más allá de ese 5% de participación genérica de la mujer en la criminalidad registrada— es puramente reactiva, es decir, de retorsión o de defensa³⁶. Y la intuición sumada a lo poco empírico que hay nos indica que la únicas maltratadoras y homicidas que hay son ese 5 por ciento que comento, pues las demás son mujeres entre el estado de necesidad y la legítima defensa. Y proclamo: la afirmación del peso bipolar igual de las violencias por hombres y mujeres es un provocación chulesca, de machistas descerebrados, que en ocasiones desempeñan altas magistraturas de la Nación desde las que bajo el programa del golpe de estado permanente son capaces de cualquier tropelía y a la que integran a despistados por el camino, no pocos, pues son más de 113 jueces los que en la duda han dejado a las víctimas a la intemperie, y a los que en la vida no les ha llegado una denuncia de varón contra mujer a la puerta del juzgado en la que pueden haber visto morir a las que demandaban el amparo de la Justicia, con lo que se liberan así de adoptar las decisiones al respecto del de lo que platearon, la mayoría en temeraria decisión o en propio fraude ley, pues un genio hay que ser para encontrar inconstitucionalidad manifiesta en una ley donde no la encontró el parlamento que la votó por unanimidad.

Las razones del déficit de comprensión criminológica del fenómeno de la violencia de género estriban en lo tardío de la elaboración criminológica del “síndrome de la mujer maltratada” y en las dificultades añadidas a la propia dificultad de la materia para su comprensión general, toda vez que, además, su elaboración vino de la mano, en buena parte, de la criminología “feminista”, que como cualquier otro tipo del movimiento no podía carecer de manifestaciones o propuestas extremadas en otros aspectos, como aquéllas que identifican fenómenos como la pornografía o la prostitución con la violación misma, con lo que al obstáculo de las mentalidades “tradicionales” se añadía la confusión y el rechazo en las mentalidades más “modernas” de estas propuestas neomoralizantes.³⁷

36 En el estudio de Cerezo Domínguez, *El homicidio en la pareja*. Cit., p. 389, sobre 10 años y 53 homicidios dan 54 % y 14 % de los factores desencadenantes de homicidio por parte de la mujeres a situaciones de victimización por malos tratos y a la defensa propia. Vid. también Elena Larrauri, “Violencia doméstica y legítima defensa, un caso de aplicación masculina del derecho”, en Larrauri/Varona, *Violencia doméstica y legítima defensa*, EUB, Barcelona 1995, p.9 y ss.

37 Que en mi opinión ha tenido acogida, por ejemplo en la reforma de los delitos de violación operada por la L.O. 12/2003 en el art. 179. Sobre todo este asunto, en particular sobre el argumento de la pornografía, y en modo muy centrado v. una presentación de autoras y argumentos en Beleza, *Mulheres, Direito, Crime ou a perplexidade de Cassandra*, cit., p. 353 a 362. Muy recomendable es el valiente artículo de Maria Luisa Maqueda. *Feminismo y prostitución*, en EL País de 1 de abril de 2006.

La esencia y signo diferencial de la violencia de los hombres sobre sus parejas no es otra que la necesidad-deseo de dominio sobre la mujer. La acción violenta del hombre está psicológicamente orientada a someter a la mujer mediante un combinado de agresiones físicas y psíquicas que integran el elenco de las infracciones penales constitutivas de homicidio lesiones, malos tratos, amenazas y coacciones. El sometimiento se persigue a través de la producción del miedo en la mujer, miedo a seguir sufriendo daños físicos y psicológicos en sí misma o sobre sus hijos, todo lo cual constituye ese denominado síndrome de la mujer maltratada³⁸. En las conductas violentas y de malos tratos hay, por supuesto, dolo de lesionar —en su caso, de matar— pero lo más relevante es la voluntad más o menos intelectualmente elaborada —o incluso meramente atávica— del autor de someter a su pareja³⁹.

Las violencias contra la mujer por parte del marido no son tanto un hecho como un proceso y lo más grave en ello no es tanto la lesión misma como la permanente exposición al peligro de repetida lesión física y el permanente dolor del sometimiento al maltrato y a la humillación, que es la esencia del atentado a la integridad moral. Los golpes y el dolor duran más o menos, pero el miedo, en no pocos casos verdadero terror, la humillación, la impotencia, la destrucción de la personalidad, la quiebra de la integridad moral hace que estas violencias y malos tratos sean continuados y permanentes. El proceso y la dinámica de la violencia de género en la pareja están hoy perfectamente identificadas en el “ciclo de la violencia” del “síndrome de la mujer maltratada”: voluntad de dominación y sometimiento, acumulación de la tensión, explosión violenta, reconciliación o manipulación afectiva, escalada y reanudación del ciclo⁴⁰.

Siendo así las cosas, resulta que la denuncia o la intervención penal no se produce casi nunca en el primer tiempo del ciclo, sino tras la fase de explosión violenta de cualquiera de los sucesivos ciclos. La formulación de la denuncia ante la policía o el juez nunca llega a producirse con ocasión de la “primera vez”. Esta circunstancia tiene varias consecuencias muy relevantes:

1º. El hecho que llegue a ser objeto de denuncia por la víctima o de conocimiento por la autoridad tiene siempre un previo proceso de hechos de lesiones y peligros que no sólo es fundamental captar en la investigación y en la prueba, sino también en el propio momento de la denuncia, pues sólo así se puede apreciar el grado de exposición al peligro en que se encuentra la mujer y la propia naturaleza y gravedad del peligro que la amenaza, para tomar así las medidas cautelares pertinentes. Así

38 Vid. Lorente Acosta, *Agresión a la mujer...*, cit. p. 113, Benítez Jiménez, cit. p. 31 y ss., Jiménez Díaz, cit. p. 289 y ss. Labrador y otros, cit 24 y ss.

39 Vid. Lorente Acosta, *El rompecabezas. Anatomía del maltratador*, Ares y Mares, 2004

40 Vid. especialmente Benítez Jiménez, *Violencia contra la mujer*, cit., p. 44 y ss. y Lorente Acosta, *Agresión a la mujer*, cit, p. 96 y ss

lo ha asumido perfectamente la Ley de la orden de protección, cuyo presupuesto es, además de los indicios fundados de comisión de un delito o falta, el de “una situación objetiva de riesgo para la víctima” (art. 544 *ter*, 1 in fine LECrim).

2º Es esa situación de peligro —que quien mejor la capta es, naturalmente, la víctima— la que convierte en graves hechos aparentemente menores, que de producirse por “primera vez” podrían tratarse como leves. Y esto es lo que ocurre precisamente en el espacio de las amenazas y coacciones : lo que violenta más a la víctima no es tanto el grado objetivo de la coacción o amenaza “leve” y descontextualizada, sino la significación que en verdad tiene para la víctima ese hecho leve en el contexto del proceso del síndrome de los malos tratos. Lo que para el observador externo y superficial resulta leve, para la mujer, así como para un observador atento, por las circunstancias del proceso de conflicto, puede tener un grado de credibilidad y de inexorable que la resultará bien grave. Esto es lo que creo que acontece en la vida práctica judicial: la lesión leve o el maltrato aparecen como hecho aislado, con desconocimiento de la dinámica general y concreta de la violencia de género en la pareja y, más allá de operadores jurídicos extravagantes, se termina calificando como falta lo que es grave, y que debería ser, por tanto, delito.

El debate sobre el originario artículo 153 del Código de 1995 y la posterior creación del delito de maltrato habitual contra la integridad moral en el art. 173.2, y la nueva y distinta dimensión que toma la cuestión con la integridad moral como bien jurídico, lógicamente de contornos no muy precisos, han inducido erróneamente a no captar la dimensión de daño efectivo y real que presentan no sólo los delitos y faltas de las lesiones leves y los maltratos de obra, sino también las coacciones y amenazas leves en la salud física y psíquica y la integridad moral que son los bienes jurídicos que tales delitos tutelan. Y hay que proclamar que son delitos y faltas de *lesión* de los respectivos bienes jurídicos y no meras puestas en peligro, ni abstracto ni concreto, aunque además de lesión se incorporen en los tipos y en la vida peligros concretos y lesiones efectivas⁴¹.

Por otra parte, merece observarse que mientras que en la generalidad de las violencias interpersonales la denuncia y la subsiguiente intervención policial o judicial ordinaria basta para interrumpir la acción criminal, no ocurre lo mismo en la violencia de género. La compulsión del varón al maltrato está preordenada a la dominación y tiende a superponerse a las motivaciones ordinarias que suele producir la mera intervención de la autoridad. La consecuencia de ello es la extraordinaria

41 Vid. exhaustivamente sobre esta polémica Gracia Martín, ob., cit., p.418 y ss, quien es, por otra parte, el que ve más acertadamente esta cuestión en aquel momento. Vid sobre el delito del 173 v. las monografías de Barquín Sanz, *Delitos contra la integridad moral*, y Perez Machío, *El delito contra la integridad moral...*, citados en nota 29.

necesidad de disponer de las medidas cautelares de protección, desde la orden de alejamiento a la prisión provisional, lo que, a su vez, nos muestra lo largo que resulta el ciclo de la violencia y del sometimiento al terror de la víctima, poco propicio a ser bien entendido por la ideología mecanicista que todavía pesa en la dogmática de los delitos de violencia⁴².

Por todas estas razones estimo que estuvo bien fundamentado tanto el sistema de la orden de protección, como la conversión de la falta de lesiones y de malos tratos en delito operada por la ley orgánica 11 del 2003 en el artículo 153 y, por las mismas razones y las que añadiré más adelante, estimo que resulta razonable convertir en delitos las faltas de coacciones y amenazas leves cuando se trata de las cometidas en el marco de la violencia de género, es decir, por el hombre sobre la mujer, tal y como ha configurado la Ley Integral de 2004.

VI. LA LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN INTEGRAL CONTRA LA VIOLENCIA DE GÉNERO DE 28 DE DICIEMBRE DE 2004

Lo primero y principal de la misma es que por vez primera nos encontramos con una ley integral que fija y articula todas las políticas sociales y jurídicas para la lucha contra la violencia de género. Una ley de esta clase integral es reclamo fundamental de la política criminal ante problemas complejos. Se complementa así el principio de codificación con acciones y disposiciones horizontales coordinadas y con dotaciones presupuestaria que lo soporten. Por vez primera no nos encontramos con una ley que no confía todo al Derecho Penal. Y en lo que al Derecho penal se refiere la Ley comporta las siguientes novedades:

a) Agrava la pena de los delitos de lesiones, añadiendo a las causas de agravación de las mismas previstas en el art. 148 (empleo de armas, ensañamiento, minoría de edad o incapacidad de la víctima) la circunstancia de que la víctima “fuere o hubiere sido esposa o mujer que estuviere o hubiere estado ligada al autor por una análoga relación de afectividad, aún sin convivencia”.

Incorpora otra causa de agravación consistente en que la víctima sea una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor” (número 5 del art. 148). Nada tiene que ver este supuesto ni con la violencia de género ni con las consecuencias jurídicas, civiles administrativas, laborales etc. Que dispone el general de la Ley pero en mi opinión resultó el punto de encuentro para hacer posible en consenso que terminó llevando a la unanimidad parlamentaria en la votación final, lo que sin ser bueno para la coherencia intelectual y política de todos resulta buenísimo para la causa de la lucha contra la violencia de género.

42 V. Miguel Sanchez Tomás, *La violencia en el código penal*. Bosch, Barcelona 1999.

b) En el delito de malos tratos no habituales previsto en el artículo 153, redactado por la L. O. 11/2003, la Ley eleva el marco mínimo de la pena privativa de libertad de 3 a 6 meses cuando se trate de violencia sobre la mujer o conviviente especialmente vulnerable, manteniendo la de 3 meses para las demás violencias domésticas.

Al incremento del mínimo de la pena de prisión se acompaña de una cláusula de atenuación facultativa: el juez podrá imponer la inferior en grado —que coincide con la común de 3 meses— “en atención a las circunstancias personales del autor y las concurrentes en la realización del hecho” sin olvidar el legislador condicionar tal efecto a que el juez lo razone expresamente en la sentencia, curándose en salud frente a lenidades. Esta cláusula la va a repetir en las restantes agravaciones que introduce. Viene a significar que cuando los hechos no representen en el caso concreto la mayor gravedad que representa la violencia de género frente a las domésticas comunes las podrá castigar el juez con la pena de éstas. No hay pues obligatoria e inevitable desigualdad en el trato de lo único que varía —el marco inferior de la pena privativa de libertad— entre la violencia de género y la doméstica común.

c) Configura como delito de amenazas las amenazas leves constitutivas ordinariamente de falta, cuando estas se profieran contra “la esposa o mujer que...” como en el 148⁴³. La pena se incrementa sobre la falta de multa de 10 a 20 días (conforme a la nueva redacción del art. 620. 2 de la LO 15/2003) a prisión de seis meses a un año, o trabajos al servicio de la comunidad de 31 a 80 días. Esta pena se acompaña de la cláusula de atenuación facultativa a la que se ha hecho antes referencia.

El nuevo delito parte pues de la consideración de que las amenazas leves cuando sean de género son conductas más graves que las demás, conforme al saber empírico y criminológico. Pero para permitir correcciones por el injusto y la culpabilidad prevé la cláusula de reducción de la pena en un grado, es decir, por seguir la argumentación antes expuesta, para cuando excepcionalmente en la práctica el hecho denunciado fuere propiamente “la primera vez” y sin la situación de riesgo propia del desarrollo de síndrome.

d) Configura como delito de coacciones en el art. 172, 2, con pena de seis meses de prisión a un año o trabajos de 31 a 80 días, la coacción leve, normalmente constitutiva de falta, cuando se efectúe sobre la esposa o...etc., que en los demás casos se regirá por lo dispuesto por la falta regulada por la L. O.15/2003 en el art. 620.2 y las realizadas sobre los sujetos de la relación doméstica del art. 173.2 se penan con localización permanente de 4 a 8 días, con alejamiento respecto de la víctima o con trabajos de 5 a 10 días.

43 De menor relevancia para lo que ahora nos ocupa es que como n° 4 del art. 171 sitúa las amenazas leves con armas u otros objetos peligrosos frente a las personas del círculo del 173.2, que desde la LO 11/2003 se había residenciado en el art. 153, pero excluye las proferidas contra el cónyuge que considera implícitas en el apartado anterior.

e) La ley dispone la modificación del delito de quebrantamiento de condena, que en la versión de la LO15/2003 también se modificó con un incremento punitivo. Pero ahora se eleva el mínimo de la pena a prisión de tres a seis meses para el quebrantamiento de las penas así como de las medidas de la orden de protección en los casos relativos al círculo de víctimas de art. 173.2. Este incremento resulta necesario y justificado desde el principio de proporcionalidad pues los quebrantadores de la pena y la medida de protección de alejamiento, etc., no sólo lesionan el bien jurídico de la Administración de Justicia, sino que pone en peligro la seguridad de la víctima a quien se trata de proteger, generando en ella el fundado temor a la continuación del maltrato, del ciclo de la violencia y de nuevos riesgos y peligros. Esa pérdida psicológica y material de la seguridad que proporciona la orden de protección no es un mero peligro abstracto o concreto, sino un daño efectivo para la mujer. Bien es cierto que el asunto se plantea sistemáticamente así en la realidad de la violencia de género y no en las demás violencias domésticas.

f) La Ley aborda la regulación de la suspensión de las penas, que se condiciona en las violencias de género al cumplimiento de la prohibición de acudir a determinados lugares, a la orden de alejamiento y prohibición de comunicación con la víctima y a participar en programas formativos específicos (art. 83,1 in fine). A su vez se dispone que el incumplimiento de las condiciones antes mencionadas durante el periodo de suspensión de la pena privativa de libertad comporta la revocación de automática de ésta si se trata de delitos de violencia de género (art. 84.3 C.P.). En el mismo supuesto de estos delitos sólo se permite sustituir la pena de prisión por la de trabajos en beneficio de la comunidad acompañados de programas de reeducación y tratamiento psicológico⁴⁴, excluyendo la multa (art. 88.1 dos últimos párrafos).

g) Concluye la parte penal sustantiva de la Ley con una cláusula dirigida a que la Administración penitenciaria incorpore programas específicos de violencia de género y programas específicos para los maltratadores, que es una experiencia clínicamente recomendada aunque extraordinariamente compleja⁴⁵.

VII.CONSTITUCIONALIDAD DE LAS NOVEDADES PUNITIVAS DE LA LEY

1.- Tras lo expuesto creo que no se puede razonablemente ni pensar que con la punición penal específica y diferenciada de las violencias de género respecto de las

44 Asunto este que además de su carácter científicamente crítico va a representar el camino de huida del Derecho penal de estos penados, ver algunas referencias críticas, por ejemplo, en www.observatoriodelaviolencia.com, con referencias a los más pioneros.

45 Vid. Fernandez Montalvo, y De La Cuesta, “Articulación de medidas penales y de tratamiento psicológico en los hombres violentos en el hogar”, en *Psicopatología clínica, legal y forense*, I, 2, 2001, p. 19 y ss.

demás violencias domésticas nos encontremos ante un tratamiento desproporcionado o discriminatorio. Bien al contrario, esas lesiones y coacciones y amenazas que en las relaciones interpersonales pueden ser leves, y seguir siendo faltas, si se producen en el marco de conflicto de género en la pareja y en los términos que describe el síndrome de la mujer maltratada, son materialmente más graves y deben convertirse en más graves y, por lo tanto, ser tratadas como delito, procesal y materialmente, es decir, con pena de delito y con posibilidad de prisión provisional por delito. Además, puede razonablemente alegarse que aunque la regla general e valoración de la gravedad sea la mantenida, no se puede excluir el que al juez pueda llegar una amenaza o coacción propiamente leve, aislada por completo de toda situación de conflicto, y por lo tanto carente del desvalor de acción y de resultado que he expuesto como común u ordinario. Para neutralizar lo que en tal caso pudiera ser un exceso se ha incorporado en todos los supuesto en los que se ha incrementado la pena mínima la cláusula de atenuación facultativa de la pena.

Procede ahora que según mi criterio se ha expuesto la naturaleza propia de la violencia de género en la pareja, el abordar la cuestión de la constitucionalidad de la creación de tipos que tienen por sujeto activo al varón y por víctima a la mujer. Aunque el furioso informe de la mayoría del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley situara el debate en el errático espacio de la discriminación positiva, al considerar que toda la ley, y especialmente las cláusulas punitivas y procesales se fundamentaba en una discriminación *de sexo*, creo que tras lo descrito nadie puede pensar que nos encontremos en la reforma penal realizada ante un supuesto de discriminación positiva o negativa alguno, y aún menos *de sexo*⁴⁶. Estamos ante la tipificación de modo autónomo de un comportamiento con las dosis de gravedad y de propiedades materiales de la conducta y sus efectos que sólo se presenta en las violencias del hombre sobre la mujer en la pareja y no de la mujer sobre el hombre. Los daños que sobre la salud y libertad de la mujer se producen en el contexto del síndrome de la mujer maltratada por vía de lesiones, amenazas y coacciones son más graves que cualquiera otras lesiones, amenazas y coacciones interpersonales comunes de mujeres sobre hombres dentro de la pareja, o de hombres sobre mujeres con quienes no tengan ni hayan tenido la relación de pareja.

Podría alegarse que son también “más graves” que las lesiones, amenazas y coacciones comunes las infligidas a menores y mayores dependientes. Pero esto es cierto sólo si tales personas se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad y en ese caso lo que procede es castigar más gravemente a los que lesionan o maltratan a personas vulnerables del círculo doméstico, pero no incluyendo genéricamente a menores o ancianos, primos y tíos, huéspedes temporales y ancianos que se valen

46 Cfr. Patricia Lourenzo, *La violencia de género*, cit. p. 17.

por sí mismos, y que deja fuera a quien siendo mayor, resulta estar desvalido por ser, p. ej., parapléjico, como ocurría en el derecho anterior y sigue en parte ocurriendo en éste. Pero tampoco creo que estos tipos de violencias interpersonales están provistos de las mismas características materiales de gravedad y de relaciones de peligro que las violencias sobre las mujeres⁴⁷, como se manifiesta en la propia práctica de la orden de protección, y en especial de las variantes de alejamiento y prohibiciones de comunicación, pues como se evidencia en la estadística no son relevantes sus aplicaciones a las violencias sobre menores y ancianos⁴⁸. Con todo, el legislador ha sido prudente y ha incluido con el mismo grado de protección de las víctimas de género a las personas desvalidas que convivan en el domicilio: personas *especialmente vulnerables* que convivan con el autor⁴⁹.

Pero ni con la cláusula de vulnerabilidad ni sin ella deja de ser cierto que no nos hallamos ante cláusulas discriminatorias, ni positivas ni negativas, sino con distinciones por razón de la gravedad de los hechos. No obstante, el que buena parte de las más de 100 cuestiones de constitucionalidad planteadas hasta el momento se fundamenten en la duda sobre la discriminación de sexo obligará a argumentar sobre la teoría de la discriminación positiva y sus límites⁵⁰, pero siempre se volverá a lo mismo: el reconocimiento, o empecinamiento en negarlo⁵¹, de la singularidad material y de daño de la violencia de género en la pareja frente a las demás violencias interpersonales.

Todo lo anterior se puede formular en los términos más propios de la dogmática penal en del modo siguiente: El principio constitucional de igualdad requiere que en las incriminaciones penales, en la configuración típica y en la pena, no se traten de modo desigual, privilegiada o agravatoriamente, conductas cuyo valor de acción

47 Cfr. M. J., Benitez, ob. cit., p. 27 y s. con referencias y Lorente Acosta, en todos los lugares.

48 Caso distinto es el de la violencias y pertinentes medidas de protección contra menores violentos respecto de sus padres, que es fenómeno creciente pero que nada tiene que ver ni con el sexo de los menores ni con el de sus Señorías (del Consejo) v. al respecto José Luis de la Cesta Arzamendi, *El maltrato de personas mayores*, IVAC, Donosita 2006.

49 Cfr. Patricia LAurenzo, *La violencia de género en la ley integral*, cit. p. 9, En efecto, nada tiene esto que ver con los presupuestos y consecuencias jurídicas del conjunto de la Ley Integral, pero resultó un buen punto de encuentro para pasar en el Parlamento de la batalla campal a la unanimidad en la votación de la Ley, aunque con amplios “daños colaterales” en las instituciones con mayorías acompañantes del espectro ideológico hirsuto de las Cortes, aunque siempre resultará discutible el lema que inspiró tantos años al Conde-Duque de Olivares: vale más una mala paz que una buena guerra.

50 Así lo han hecho ya sobradamente Giménez Glück/Valdecabres en *La Administración de Justicia en la Ley Integral de violencia de género*, Ministerio de Justicia, Madrid 2005, p. 45 y ss.

51 Y las cuestiones de constitucionalidad parece que se orientan más en el empecinamiento en negar la realidad de esa violencia que en el mero no verla, parece como si sólo vieran sexo. V. críticamente las primeras cuestiones planteadas en M. L. Maqueda, *La violencia de género*, cit., p. 12; también, Fuentes Soriano, “La constitucionalidad de la LO de medidas de protección integral contra la violencia de género”, en *La Ley* 18 nov. 2005.

y de resultado sean iguales. Se dice lo mismo cuando los penalistas nos expresamos con la fórmula de que no se pueden hacer distinguos de incriminaciones o de pena ante conductas lesivas del mismo bien jurídico que ofrecen el mismo grado de injusto y de culpabilidad. A su vez, resulta legítimo constituir tipos agravados sobre los comunes o básicos de lesiones, amenazas y coacciones, para captar en ellos el mayor desvalor de acción en los tres supuestos y el mayor desvalor de resultado en las amenazas y coacciones que representan los casos de violencia masculina generadora del síndrome de la mujer maltratada. En estas conductas el grado de injusto es mayor, pues el daño sobre la libertad, la seguridad y la integridad de la mujer es mayor, y también es mayor el grado de culpabilidad, pues resulta más reprochable la motivación que inspira al autor de la violencia de género.

VIII. CONCLUSIONES

La Ley Orgánica representa el cierre del largo e intenso proceso legislativo para afrontar el problema de los malos tratos a través de una Ley de carácter integral, que abarca todos los aspectos institucionales, asistenciales, económicos, penales y procesales. En su dimensión penal sustantiva mediante la creación de tipos autónomos agravados para los supuestos de violencia de género, de hombres sobre sus parejas, que es una realidad criminológica material, conocida como síndrome de la mujer maltratada, y que presenta mayor desvalor de acción y de resultado que en las demás violencias interpersonales, razón por la cual este tratamiento no resulta ni discriminatorio ni inconstitucional, ni tampoco sus demás correlatos, como son la protección penal singularizada y agravada del cumplimiento del sistema de medidas de protección con el nuevo delito de quebrantamiento de condenas sus dimensiones procesales, que concentra todas las competencias penales y civiles en el mismo órgano judicial, lo que permitirá una más eficaz coordinación interinstitucional de la investigación y de la protección inmediata a la víctima en sus bienes jurídicos propios, así como en lo que se refiere a la aplicación del derecho de familia.

DERECHO PENAL ECONÓMICO Y CONSTITUCIÓN¹

I. INTRODUCCIÓN

Cuando se inquiere al penalista sobre la relación entre Derecho penal y Constitución se le formula una pregunta que hace referencia esencialmente a la legitimidad y a los límites del *ius puniendi*. Al menos, en la doctrina española, es indiscutido que de la Norma fundamental se derivan los principios y reglas esenciales que deben respetarse en los procesos de incriminación, en la imputación del comportamiento o asignación de la responsabilidad penal e, igualmente, en el fin de la pena².

Los principios constitucionales que afectan a los procesos legislativos de incriminación son especialmente importantes en momentos históricos como el que vivimos. Una de las señas de identidad de la PE del CP español de 1995 es, precisamente, la de crear nuevas figuras delictivas encaminadas a la tutela de intereses que, en su mayoría y por lo que se refiere al Derecho penal económico, sólo encontraban protección en ese Derecho penal de “segunda división” que es el Derecho sancionador administrativo. Los criterios que han de guiar al legislador para ascender de categoría un bien jurídico o una modalidad de agresión al mismo derivan de lo que en su día denominé el Programa penal de la Constitución. Principalmente de la relevancia constitucional del interés y del acomodo de la intervención a las exigencias que el principio de proporcionalidad impone al Derecho penal: idoneidad, necesidad (última ratio) y proporcionalidad en sentido estricto (fragmentariedad).

1 Publicado por primera vez en Revista Penal nº 1, 1998 p 1-16.

2 Para un cuadro general de las relaciones entre Derecho penal y Constitución Berdugo/Arroyo y otros, *Lecciones de Derecho penal. Parte General*. 1996, p. 33-58.

Pero las cuestiones con relevancia constitucional, al menos por lo que se refieren al Derecho penal económico, no acaban aquí. La tutela de los bienes jurídicos a que da lugar el desarrollo social y el castigo de nuevas formas de ataques a intereses tradicionales han de realizarse a partir de un conjunto de reglas y principios de imputación elaborados sobre la imagen de un Derecho penal dedicado esencialmente a tutelar la vida, la salud, la libertad y el patrimonio frente a agresiones y modalidades de conducta que eran las únicas existentes en el siglo XIX y en buena parte del actual. Esta situación da lugar a lo que podríamos denominar “problemas de adaptación” del Derecho penal económico. Y que marca una de las tareas más importantes a realizar por la actual Dogmática penal: adaptar las instituciones tradicionales de imputación objetiva y subjetiva sin afectar el marco de garantías que se desprenden de principios constitucionales como el de legalidad, culpabilidad, presunción de inocencia o principio de personalidad de la pena.

La legitimidad del “moderno” Derecho penal económico pende, por tanto, de su acomodo a los principios del Programa penal constitucional. En este contexto es en el que deben discutirse las críticas que voces relevantes y autorizadas recientemente le formulan, advirtiéndolo como el desarrollo de este nuevo Derecho penal puede acabar minando los cimientos garantistas sobre los que fue construido el “viejo”³.

II. RELEVANCIA CONSTITUCIONAL Y COMUNITARIA DE LOS BIENES JURÍDICOS

La primera condición de legitimidad de una infracción penal es que se dirija a la tutela de un bien jurídico. El mal que se causa a través de la imposición de una pena sólo resulta conforme con el principio de proporcionalidad si con ello se trata de tutelar un interés esencial para el ciudadano o la vida en comunidad. En su día mantuve, siguiendo a Rudolphi, que la determinación de cuándo un interés es esencial debe hacerse atendiendo a la importancia del mismo en el modelo de convivencia, de sociedad, que consagra la Constitución. Por lo que no sólo es necesaria la relevancia constitucional del bien, sino además, tal como propone la corriente funcionalista, éste debe ser necesario para el mantenimiento de un determinado sistema social. En este modelo la referencia a la Constitución sirve para evitar el enfoque meramente tecnológico del funcionalismo, en el cual están ausentes los juicios de valor⁴.

En estas coordenadas el denominado orden económico constitucional, que contiene las normas básicas destinadas a proporcionar el marco jurídico fundamental

³ Vid. Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia, 1995, p. 15 y ss.

⁴ Cfr. “Arroyo Zapatero, Fundamento y función del sistema penal: El programa penal de la Constitución”, en *RJCM*, 1987, p. 97 y ss.

para la estructura y funcionamiento de la actividad económica, es la cantera a la que se acude normalmente para buscar la relevancia constitucional de los bienes jurídicos incardinados en el Derecho penal económico⁵. Asimismo y ante el imparable proceso de integración europea debe tenerse en cuenta que el orden económico, que no es determinado exclusivamente por el derecho nacional, sino también por el comunitario. Sobre este aspecto no me es posible, sin embargo, detenerme pormenorizadamente, y únicamente deseo apuntar brevemente la siguiente reflexión: la legitimidad de la protección de un bien jurídico puede provenir tanto de su referencia constitucional interna, como de su referencia en el marco del ordenamiento supranacional⁶.

Expresándolo sintéticamente: del orden constitucional interno y del comunitario se desprende, la obligación de tutelar al individuo en sus posiciones concretas en la vida social, en su faceta de trabajador, consumidor, ahorrador, inversor o en su medio ambiente. E igualmente, la necesidad de que el Estado actúe como un poder financiero, de recaudación y aplicación de recursos, y que intervenga regulando el marco jurídico para la actuación de los poderes económicos. El Derecho penal, por tanto, de acuerdo con las pautas del modelo económico tendría legitimidad para garantizar: a) la capacidad de intervención financiera del Estado, frente a la disminución fraudulenta de sus ingresos fiscales y de seguridad social y a la obtención y disfrute fraudulento de sus subvenciones y prestaciones; b) las reglas de comportamiento de los agentes económicos en el mercado establecidas por disposiciones legales; c) los bienes y derechos específicos de la participación de los individuos como agentes de la vida económica⁷.

La mayoría de los intereses que se desprenden del orden económico constitucional tienen naturaleza supraindividual o colectiva. La protección de este tipo de bienes jurídicos, legítima o no, no es nada nuevo para el Derecho penal. Los Códigos del XIX protegían intereses colectivos: la moral pública, las buenas costumbres, la religión etc. Y, en cierto modo, el propio concepto de bien jurídico, en su primera formulación de Birnbaum, surge en buena medida con el fin de legitimar tipos penales que no podían ser referidos a derechos subjetivos, tal como proponía el planteamiento ilustrado⁸.

5 Vid. Bajo Fernández, “Marco constitucional del Derecho Penal económico”, en *Comentarios a la Legislación penal*, Tomo I, Madrid, 1982, p. 233 y ss.

6 Ampliamente Nieto Martín, “Fraudes comunitarios”, en *Derecho penal económico europeo*. Barcelona. 1996.

7 Cfr. Arroyo Zapatero, “Delitos socioeconómicos”, en *Estudios sobre el Código Penal de 1995 (Parte Especial)*, Estudios de derecho judicial, 1996, p. 362.

8 Cfr. Fiandaca/Musco, *Diritto penale*. PG. 1989. p. 23

En cualquier caso, hoy nadie pone en duda que el Derecho penal no puede renunciar a la protección de bienes jurídicos universales. La complejidad de la organización social requiere de la protección de una serie de instituciones que son decisivas para la autorrealización del individuo⁹. Existe igualmente acuerdo en que la tutela de estos nuevos bienes jurídicos debe realizarse respetando el carácter fragmentario y secundario del Derecho penal. Para lo cual se ha interesado destacar el carácter personalista de tales intereses, que obliga a encontrar una necesidad individual en el origen de todo bien penalmente tutelable¹⁰. De este modo, no creo que puedan tacharse de ilegítimos bienes jurídicos como la salud pública o determinados intereses del consumidor, la salud del trabajador en cuanto que constituyen una abstracción conceptual para hacer referencia a un conjunto de intereses individuales, destacando el carácter colectivo del ataque. Pero tampoco aquellos que representan los pilares centrales del orden económico constitucional¹¹.

Piénsese, en este sentido, en la referencia eminentemente individual que actualmente tienen bienes jurídicos supraindividuales y sin referente individual como la competencia. Su protección no sólo persigue la tutela en abstracto de uno de los pilares básicos del orden económico constitucional y comunitario. La actual noción de competencia social incluye entre sus referentes la protección de consumidores, trabajadores y, en general, de los agentes económicos con posiciones más débiles¹².

A tenor de lo que acaba de decirse, podría pensarse que la intervención penal del legislador en este ámbito no presenta problemas particulares de legitimación. Sin embargo, no es así. La relevancia constitucional —o comunitaria— de un bien no supone un auténtico límite para el legislador. A diferencia de lo que ocurre con bienes como la vida, la libertad o la integridad física, cuyos contornos sólo de forma muy limitada fija el legislador, éste adquiere una competencia decisiva en orden a configurar los intereses supraindividuales económicos. El amplio margen de libertad tiene una clara explicación.

Las constituciones que, en lo económico, pretenden sintetizar los postulados del Estado social y del Estado liberal de Derecho han de resolver la tensión entre las tendencias interventoras del Estado Social y los derechos económicos liberales clásicos, propiedad y libertad de empresa. Ello se plasma en el concepto de economía

9 En este sentido también Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto*, p. 42.

10 De La Mata Barranco, *Protección penal del medio ambiente y Accesoriedad Administrativa*, Barcelona, 1996, p. 41 y ss.

11 Vid. Rodríguez Montañés, en Rodríguez Montañés/Paredes Castañón, *El caso de la colza: responsabilidad penal por productos adulterados o defectuosos*, Valencia, 1995, p. 38-39.

12 Vid. Tiedemann, *Presente y futuro del Derecho penal económico*, en Hacia un Derecho penal económico europeo, Madrid, 1995, p. 34; Nieto Martín, *Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia*, en *Estudios de Derecho penal económico*, Ed. Arroyo/Tiedemann, Cuenca, 1994, p. 113.

mixta de mercado, pero también en lo que se denomina “neutralidad” económica de la Constitución. Expresión con la que se hace referencia a que el legislador ordinario, dentro de límites muy generales, es el competente para determinar el concreto orden económico.

Como puede apreciarse, en el campo del Derecho penal económico la referencia constitucional del bien jurídico limita, bien poco al legislador, pues es él mismo quien acaba por configurarlo. Es lo que Tiedemann¹³ ha denominado doble competencia del legislador, en cuanto que tiene capacidad para establecer penas para la protección de un determinado interés y, además, competencia para definir en su totalidad cual sea la importancia y la configuración de ese concreto interés. Todo ello hace pensar en el peligro de que el Derecho penal sea utilizado por el Estado como medida de apoyo a una concreta política de gobierno, con el fin no de tutelar un auténtico bien jurídico sino de reforzar la vigencia de normas que el previamente ha creado¹⁴[13]. Esta situación se quería describir cuando se resaltaba el carácter “artificial” de los delitos económicos, contrapuesto a la idea de “delito natural”, donde la determinación del valor a proteger no queda de forma tan patente en manos del legislador.

Estas ideas, quizás demasiado abstractas, pueden ser ilustradas si se piensa en la evolución seguida por determinados delitos. El ejemplo más paradigmático de “artificialidad” son probablemente los delitos monetarios. Desde 1932 nuestra legislación castiga severamente a quien decidía sin obtener la oportuna autorización exportar capitales. Los delitos monetarios y la severidad de sus penas son expresión de una concreta concepción económica, que consideraba necesario un estricto régimen de control de cambios, con el fin de que la necesidad generalizada de intercambios comerciales no pusiera en peligro el control de la balanza de pagos, ni determinados sectores vulnerables de la economía¹⁵. En la actualidad, por el contrario, la existencia de un estricto régimen de control de cambios ha dejado de ser un instrumento valorado por el legislador en el diseño de su política económica, como consecuencia de nuestra integración en la Comunidad Europea y del proceso de liberalización de la circulación de capitales que ésta emprende a finales de los años ochenta (Directiva 88/361/CEE). Lo que antes se entendía como beneficioso resulta ser ahora disfuncional el desarrollo económico. De este modo la pervivencia de estas infracciones, al menos en el marco del Derecho penal, carece de sentido en cuanto que ahora la única finalidad de un sistema de control de cambios es la

13 *Lecciones de Derecho penal económico*. Barcelona. 1992.

14 Cfr. Silva, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona. 1992. p. 291.

15 Cfr. Bajo Fernández/Suarez Gonzalez, *Manual de Derecho penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos*. Madrid. 1993, p. 649, 651.

de evitar otros delitos, principalmente, el delito fiscal o el blanqueo de capitales¹⁶. Igualmente, para ilustrar la idea de “artificialidad” y mutabilidad de los intereses protegidos por algunos delitos económicos, podría traerse a colación lo ocurrido con determinadas infracciones de contrabando, donde se ha pasado de tutelar un régimen de monopolio estatal a proteger, principalmente, intereses fiscales o los delitos destinados a proteger un sistema de precios fijados por la Administración, que han dejado de tener sentido en un nuevo orden económico donde es la libre competencia la que se encarga de determinar los precios de los productos.

Ahora bien, esta relajación de la función de límite del bien jurídico de ningún modo niega radicalmente legitimidad a la intervención del derecho penal. Simplemente a lo que obliga es a estar atentos y, sobre todo, a incrementar el papel del resto de los principios constitucionales que limitan el derecho penal, especialmente el de fragmentariedad¹⁷.

III. PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Conjuntamente con la noción de bien jurídico el principio de proporcionalidad formula una serie de preguntas decisivas, para la legitimidad de toda intervención penal. Este principio que puede derivarse ya del concepto de Estado de Derecho requiere que cualquier intervención del legislador o de la Administración sobre los derechos del ciudadano ha de tener como finalidad aumentar el bienestar común. En la actualidad el principio de proporcionalidad se divide en tres subprincipios: idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto¹⁸.

A) Idoneidad

Al principio de idoneidad nos referimos los penalistas desde Mayer con la expresión capacidad de protección penal. La tipificación de una conducta resulta inadecuada cuando de ella no se va a obtener protección alguna del bien jurídico o, más aún, cuando su tipificación va a ocasionar más daño que beneficios. Como es conocido, una de las críticas más frecuentes contra diversas figuras del Derecho penal económico es precisamente su falta de eficacia, que conduce a consecuencias arbitrarias e injustas¹⁹. Debe reconocerse, en este sentido, que figuras de reciente creación como el fraude de subvenciones apenas si tienen relevancia en la praxis judicial. E igualmente, algunos autores dudan de la idoneidad del delito publicita-

16 Sobre la evolución en los últimos tiempos de los delitos monetarios Calderón Cerezo, *Delitos monetarios ¿Punto y final?*, AP n° 17/22-28 de abril 1996.

17 En este sentido Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 292.

18 Vid. Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. Valencia. 1995. p. 204 y ss.

19 En este sentido Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto*, p. 32

rio para tutelar el derecho a una información veraz²⁰. Para describir las funciones que cumplen estas figuras se acude frecuentemente a la noción de Derecho penal simbólico.

Por derecho penal simbólico se entiende aquel que es utilizado exclusivamente con fines de pedagogía social, al objeto de sensibilizar a la población acerca de la importancia de un determinado bien o simplemente con la pretensión de tranquilizar las conciencias de políticos y electores. Los primeros tendrían la sensación haber hecho algo y a los segundos tienen la impresión de que todo está bajo control. Lo problemático, tal como ha indicado Hassemer, no es la función simbólica en sí, en cuanto que ésta es común a todas las leyes, sean eficaces o no, sino elevar lo simbólico a la categoría de función exclusiva²¹. Evidentemente en este caso la incriminación no está legitimada desde el punto de vista del principio de idoneidad, entre otras cosas porque a largo plazo acabará degradando la confianza que los ciudadanos tienen depositada en la función protectora de bienes jurídicos que se asigna al Derecho penal²².

La falta de eficacia del derecho penal económico ha dado lugar básicamente a dos tipos de posiciones: para la primera éste déficit se debe a que las leyes sólo se aplican tibiamente o existe algún defecto en la represión que provoca su falta de aplicación. La segunda considera por el contrario que “los déficits son el resultado de problemas estructurales que no sólo se solucionan con un empleo más enérgico de los instrumentos jurídico-penales, sino que se agudizan.” Y muestran “hasta qué punto el Derecho penal se utiliza en sectores que no son los suyos, haciéndole cumplir unas funciones que les son extrañas”²³.

Saber en qué medida es eficaz una prohibición penal resulta una cuestión que es difícil de constatar desde un punto de vista empírico. Entre otras cosas, porque casi siempre se parte de un hecho dado: que la prohibición penal existe. Pero en cualquier caso, no creo conveniente ser pesimista en relación a la eficacia del Derecho penal económico, con independencia de que pueda existir algún tipo penal inadecuado, hecho que en su caso invalidaría el tipo en cuestión, pero que no legitimaría una crítica al derecho penal económico en su conjunto. Para ello baste pensar en la evolución de la aplicación práctica de algunos tipos penales como el delito fiscal o del propio delito contra el medio ambiente. Figuras cuya aplicación va incrementándose paulatinamente. La ineficacia de algunos tipos penales durante los primeros momentos de vida se debe probablemente a que aún no han calado en

20 Valle Muñiz, en *Comentarios a la PE del Derecho penal*. Pamplona. 1996. p. 633 y ss.

21 Hassemer, *Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos*, en *Pena y Estado*, nº 1, 1991, p. 23 y ss.

22 Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 306-307.

23 Cfr. Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto*, p. 32-33.

la sensibilidad social, hecho que tiene lugar de modo progresivo. La experiencia demuestra, que si bien en un primer tiempo estos delitos cumplen una función simbólica, a los pocos años de vigencia desempeñan eficazmente su función preventiva. Igualmente podría repararse en que recientemente se asiste también a demandas de criminalización, protagonizadas por personas de la misma posición social que la de los propios autores o delincuentes económicos. Singularmente este ha sido el caso del delito de información privilegiada.

B) Necesidad

El principio de necesidad de la medida restrictiva implica que el legislador está obligado a elegir de entre las diversas medidas que tiene a su alcance para lograr un determinado fin la menos gravosa para el ciudadano. Esta manifestación del principio de proporcionalidad es lo que conocemos con el nombre de última ratio o subsidiariedad. Por descontado que también el derecho penal económico debe respetar estas exigencias como condición de legitimidad, que se desprende de la Constitución.

Sin embargo, y a tenor de las críticas que en ocasiones se dirigen contra él es preciso reflexionar más detenidamente sobre dos aspectos: a) la disyuntiva entre incremento de los medios preventivos y represivos, b) lo que podríamos denominar la huida del derecho penal hacía sanciones más gravosos y temidas que las penales²⁴.

Cuando se propone que determinadas incriminaciones penales sean sustituidas por medios preventivos menos gravosos situados en el Derecho administrativo o civil, debe previamente contestarse a una pregunta obvia: ¿para quién han de ser menos gravosos?, ¿para el concreto ciudadano que va a ser sancionado o para el total de la comunidad? Contestar a esta pregunta me parece de vital importancia para solventar la tensión entre el incremento de medios preventivos o de la represión.

El Estado con el fin de prevenir delitos podría arbitrar medidas casi ilimitadas que desde el punto de vista del que va a ser castigado podrían ser consideradas como

24 Estas reflexiones surgen a partir de Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto*, p. 43 y ss. Ambos autores proponen la creación de un Derecho de intervención, que sustituya en gran medida al Derecho penal en la protección de algunos nuevos bienes jurídicos, que imponen la modernización social. “Hay muchos ámbitos —indican—, como el de las infracciones administrativas, el Derecho civil, el Derecho público, pero también el propio mercado y el cuidado de la víctima, en los que muchos de los problemas que se han metido en el moderno Derecho penal, podrían ser resueltos de un modo mucho más satisfactorio. Quizás sería recomendable regular en un “Derecho de intervención” los problemas que las modernas sociedades han llevado al moderno Derecho penal. Este “Derecho de intervención” estaría ubicado entre el Derecho penal y el Derecho sancionador administrativo, entre el Derecho civil y el Derecho público, con un nivel de garantías y formalidades procesales inferior al Derecho penal, pero también con menos intensidad en las sanciones que pudieran ponerse a los individuos”.

menos gravosas. Así, por ejemplo, para prevenir el fraude fiscal podría incrementar la presión fiscal formal sobre todos los ciudadanos, creando múltiples obligaciones contables y abolir absolutamente el secreto bancario; o para que no hubiera lugar a conductas de administración desleal de sociedades podría establecer mecanismos de control externos a la propia sociedad, encargando a la administración que examine la legalidad de los diversos acuerdos que adopta el Consejo de administración. Desde la perspectiva del sujeto que va a ser sancionado, todo ello puede ser considerado como menos gravoso que la pena a imponer.

Sin embargo, considero que la evaluación de si existen medios menos gravosos a la pena ha de considerarse necesariamente desde una perspectiva colectiva. Y desde este punto de vista el incremento hasta límites insospechados de las medidas de prevención o de los controles supone una limitación más importante para la libertad de los ciudadanos que la hipotética amenaza de pena. Por no mencionar los mayores costes económicos que seguramente acarrearía poner en marcha mecanismos preventivos alternativos al derecho penal como los descritos. De este modo, para comprobar si una incriminación es conforme con el principio de última ratio lo que debe ponderarse es si la sola amenaza de pena consigue evitar conductas lesivas para un bien jurídico, con un coste menor para la libertad de los ciudadanos que la creación de medios preventivos alternativos al derecho penal. Si este punto de vista es correcto, no cabe duda de que las medidas preventivas no penales, lo que Hassemer ha denominado el “Derecho de intervención”, tiene también sus límites²⁵, derivados del principio de proporcionalidad penal.

Y todo ello, dejando de lado una cuestión estrechamente emparentada con lo anterior: que la eficacia de este Derecho preventivo debería asegurarse en última instancia con un ulterior aparato sancionador. Tener presente esta circunstancia resulta, en mi opinión, imprescindible a la hora de entender delitos como el previsto en el art. 294 del CP, que tutela a los órganos de vigilancia externos que se han creado en distintos sectores con el fin de tutelar ex ante a ahorradores, inversores o beneficiarios de un seguro²⁶. De este tipo se puede criticar el que no haya sabido escoger las conductas verdaderamente graves, con el fin de delimitar su ámbito de actuación en relación a las múltiples infracciones administrativas que castigan conductas semejantes, pero no que viole frontalmente el principio de última ratio. Pues, precisamente surge como colofón a una serie de controles administrativos que pretenden tutelar los intereses de amplios sectores de la población.

La reflexión sobre la segunda cuestión a la que antes me refería debe partir del siguiente presupuesto, también muy obvio: el principio de última ratio sólo tiene sentido en un ordenamiento jurídico en que la sanción penal sea efectivamente

25 Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto*, p. 46.

26 Faraldo Cabana, *Los delitos societarios*, Valencia, 1996. p. 513 y ss.

la más gravosa de entre todas las sanciones. De este modo la pena, tendría una importante función que cumplir con el objetivo de asegurar la racionalidad del ordenamiento jurídico: fijar el límite máximo de la dureza que pueden alcanzar otras sanciones. Para evaluar la severidad de una sanción debe además repararse en lo siguiente: es cierto que la mera sujeción a un proceso penal tiene un carácter estigmatizante en cuanto que afecta la honor de las personas, pero igualmente es cierto que la pena se impone en el proceso más garantista y con los criterios de imputación objetiva y personal más estrictos que existen en el ordenamiento, de este modo, cuando se imponen sanciones con una severidad análoga a las penales en procesos menos garantistas puede hablarse de que estas adquieren mayor dureza.

Estas consideraciones no están destinadas, por supuesto, a deslegitimar cualquier sanción no penal, pero si a impedir la estafa de etiquetas a través de la invocación del principio de ultima ratio. No creo estar equivocado si afirmo que en los ordenamientos modernos este es un proceso en auge. Las voces de alarma hace tiempo que sonaron en nuestro país en relación a las sanciones administrativas y aunque la jurisprudencia, especialmente la constitucional, ha ido trasladando una por una las garantías del derecho penal al sancionador administrativo, aún no puede decirse que exista un grado semejante de garantismo²⁷. Pero es que incluso, la propia Administración está desarrollando un nuevo derecho sancionador, con la finalidad de eludir estas garantías, a través principalmente de sanciones interdictivas, semejantes a las penales, que se pueden imponer sin las garantías que ya se han asentado en el derecho sancionador clásico²⁸.

Pues bien, la pregunta que este fenómeno sugiere es si no podría hablarse de una obligación por parte del legislador de utilizar el Derecho penal en estos supuestos en que la tutela de bienes jurídicos sólo puede hacerse a través de sanciones “no penales” pero con una dureza similar. O, dicho de otro modo, si los ciudadanos no tienen derecho a que todas las sanciones de gravedad semejante o superior a la pena sean efectivamente denominadas penas, con el fin de que les sean de aplicación las mayores garantías del derecho penal, o si la función de garantía del derecho penal no puede fundamentar la necesidad de pena de un comportamiento.

C) Principio de proporcionalidad en sentido estricto

El último de los componentes del principio de proporcionalidad requiere que los medios empleados guarden relación con el fin perseguido, incluso aunque se trate

27 Piensen por ejemplo que en muchos sectores del derecho sancionador administrativo económico rige el principio procesal de oportunidad, y que resulta técnicamente inobjetable la actuación de la administración que, ante los muchos infractores, decide sancionar, por las razones que sean, a uno sólo de ellos.

28 Vid. Nieto Martín, *Fraudes comunitarios*, p. 87 y ss.

de un medio idóneo o necesario. La proporcionalidad en sentido estricto constituye un momento independiente dentro del principio general de proporcionalidad. Mientras que la idoneidad y necesidad tienden a enjuiciar la sanción desde un punto de vista eminentemente utilitarista —adecuación y economía de los medios— la idea de proporcionalidad en sentido estricto se fundamenta directamente en la idea de justicia, desde la cual se debe ponderar si el beneficio que se pretende alcanzar con la sanción justifica sus costes. Esta manifestación del principio de proporcionalidad es la que se invoca cuando se habla del carácter fragmentario del derecho penal o del merecimiento de pena de un comportamiento.

El carácter fragmentario del derecho penal es una directriz de política criminal derivada de este principio según la cual no han de sancionarse todas las conductas lesivas de los bienes que protege, sino sólo las modalidades de ataque más peligrosas para ellos. Se trata de un principio, que se dirige al legislador, en el momento de formular la descripción típica y, seguidamente, al juez quien invocándolo puede apartarse de una interpretación formal del tipo, considerando atípicas un determinado género de conductas que sólo lesionan de modo insignificante al bien jurídico protegido.

Anteriormente, al analizar las relaciones entre bien jurídico y Derecho penal económico, se puso de manifiesto que el mejor freno para que este sector del ius puniendi no sea utilizado como apéndice de una determinada política económica de un gobierno y para que, en definitiva, la sanción penal fuera enteramente legítima era preciso ser especialmente exigentes con el principio de fragmentariedad. El Derecho penal económico español, puede decirse, que cumple en líneas generales con este objetivo.

El legislador utiliza las siguientes técnicas para seleccionar las conductas más graves, que afectan tanto al desvalor de la acción como al del resultado.

Por lo que se refiere al desvalor de la acción, el legislador incrementa las exigencias del tipo subjetivo exigiendo frecuentemente elementos subjetivos específicos del injusto. Piénsese, por ejemplo, en los delitos societarios, que requieren en su mayoría ánimo de lucro o en los delitos contra la propiedad intelectual, dónde se exige que las conductas sean cometidas con fines industriales o comerciales. En ocasiones incluso la jurisprudencia o la doctrina exigen, sin demasiados apoyos legales, en determinados tipos un elemento subjetivo adicional al dolo. Por ejemplo, un sector doctrinal exige en el delito fiscal como plus al dolo la necesidad de un específico ánimo defraudatorio²⁹ y la jurisprudencia, requería la denominada cláu-

²⁹ Vid. con referencias y criticando esta opinión Morales Prats, en *Comentario a la PE del Derecho penal*, p. 731.

sula de comercialidad, el fin de poner los productos en el mercado, en el delito de alimentos nocivos³⁰.

Igualmente no es frecuente en nuestra legislación penal económica el castigo de la modalidad imprudente, relegada usualmente al derecho sancionador administrativo. De este modo, por ejemplo, no se ha recogido la propuesta doctrinal de incriminar la comisión imprudente del fraude de subvenciones, tal como hace el § 264 del StGB³¹. En el nuevo CP la comisión imprudente se prevé sólo en casos muy puntuales: delitos contra el medio ambiente (art. 331), delitos alimentarios (art 367) e infracción de las normas de prevención de riesgos labores que pongan en peligro grave la vida o la seguridad del trabajador (art. 317). Se trata en todos los casos de tipos penales en blanco, y la incriminación de la imprudencia actúa en gran medida como una cláusula de culpa iuris que resuelve de modo práctico el complejo problema del error sobre la ley penal en blanco.

En otros supuestos el incremento del desvalor de la acción se consigue a través de la configuración de delitos especiales. El ejemplo más patente es el abuso de información privilegiada en el mercado de valores (art.285), que se distingue entre otras cosas de la infracción administrativa prevista en el art. 81.3 de la Ley del Mercado de Valores, en que autores del delito sólo pueden serlo quien haya tenido acceso reservado a la información privilegiada “con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial”. Esto es, únicamente a aquellas personas a las que la LMV impone en el art. 81.1 un deber de salvaguarda sobre la información, al denominado *insider primario*³².

Otra técnica utilizada puntualmente por el legislador español para incrementar el desvalor de la acción consiste, en encomendar al Derecho penal el castigo de comportamientos que resultan especialmente intolerables en atención a los medios. Este es el caso del delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas, que se distingue —aunque no exclusivamente por este motivo— de las infracciones administrativas que contiene la Ley de defensa de la competencia relativas a las prácticas colusorias o abusivas, en que la alteración de los precios sólo resulta punible si para ello se han utilizado medios como la difusión de noticias falsas, la violencia, la amenaza, el engaño o el uso de información privilegiada. Dejando en el seno de las infracciones administrativas conductas que persiguen la alteración de

30 Pérez Álvarez, “La regulación del delito alimentario nocivo en el proyecto de CP de 1992”, *ADPCP* 1993, p. 1066.

31 Vid. Arroyo Zapatero *Delitos contra la Hacienda pública en materia de subvenciones*, Madrid, 1987, p. 84 y ss.

32 Gómez Iniesta, *El abuso de información privilegiada en bolsa*, Madrid, 1997.

precios, o de cualquier otra condición de la competencia, a través de acuerdos o abusos de posición dominante³³.

En lo que se refiere al desvalor del resultado, es conocida la querencia de nuestro legislador al sistema de cuantías como factor determinante de la punibilidad en los delitos contra la Hacienda pública y la seguridad social e igualmente en el uso de información privilegiada en el mercado de valores. Dejando de lado ahora la discusión dogmática de si se tratan de condiciones objetivas de punibilidad o constituyen el resultado del delito, lo cierto es que con ello se pretende cumplir con el principio de fragmentariedad.

Pero, sin duda alguna, el punto neurálgico de las relaciones entre Derecho penal económico y principio de fragmentariedad y ofensividad³⁴ lo constituye la utilización de delitos de peligro.

Lo primero que ha de analizarse antes de criticar la utilización de tipos de peligro es lo que podríamos denominar: la perspectiva del peligro. La idea de peligro hace referencia al objeto que es puesto en este estado, al bien jurídico protegido. De ahí que la doctrina más moderna distingue entre dos tipos de delitos de peligro, aquellos que están orientados a la protección de intereses individuales y aquellos otros que se utilizan en la protección de un bien jurídico supraindividual, un interés difuso o un bien jurídico colectivo no reconducible a un bien individual³⁵.

Pues bien, con respecto a estos últimos bienes jurídicos la denominación de delito de peligro resulta inexacta. Cuando se protege el medio ambiente o la confianza en el correcto funcionamiento de la bolsa es difícilmente imaginable una tipificación expresa de una lesión o puesta en peligro concreto. Y no es que no pueda producirse una situación en la cual se aprecie, por ejemplo, que el medio ambiente está efectivamente lesionado, en el sentido de que es imposible que la vida humana se desarrolle sin peligros para su salud en un determinado espacio geográfico. Lo que ocurrirá normalmente es que este deterioro, la lesión entendida en su sentido naturalístico, no podrá ser imputado a un determinado comportamiento. Lo normal es que la lesión sea producto de una reiteración generalizada de comportamientos que infringen la normativa básica del sistema³⁶. En otras ocasiones los factores causales que han llevado a esta situación serán muy variados, amparados unos por situaciones de riesgo permitido y en otras ocasiones desconocidos.

33 Para más detalles Nieto Martín, *Aspectos de la protección penal y sancionadora de la libre competencia*, p. 132 y ss.

34 Vid. Silva Sánchez, *Aproximación*, p. 291.

35 Cfr. Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro, dolo e imprudencia*, 1994, p.299 y ss.

36 Cfr. Rodríguez Montañés, en Rodríguez Montañés/Paredes Castañón, *El caso de la colza*, p. 39.

Igual puede decirse, por ofrecer otro ejemplo, con la confianza en el correcto funcionamiento del mercado de valores. Es posible imaginar una situación de desconfianza total hacia la bolsa, de modo tal que nadie acuda a ella y pierda su función en el seno de la moderna economía financiera. Ahora bien, lo que será prácticamente imposible es determinar una concreta acción que ha llevado a tal estado. Todo dependerá de la puesta en marcha de un número relativamente amplio de cursos causales, que en su mayoría no podrán ser imputados al autor. Piensen, por ejemplo, en la difusión y el tratamiento que tenga la noticia en los medios de comunicación. Conclusión: la única técnica posible para tutelar estos bienes jurídicos es la acuñación de delitos de peligro abstracto y la legitimidad del castigo dependerá principalmente de la admisibilidad de la tutela del bien jurídico y de otros principios garantistas (ultima ratio, fragmentariedad etc.)³⁷.

Por lo que se refiere a los delitos de peligro que con Rodríguez Montañés³⁸ podríamos denominar como propios, en cuanto que se puede establecer una relación inmediata con un bien jurídico individual (seguridad en el tráfico, salud pública, incendios) y no protegen bienes distintos y autónomos a la salud o la integridad física, la admisión del peligro abstracto depende de los siguientes factores que han de ser ponderados por el legislador: la importancia del bien jurídico individual de referencia —mayor legitimidad, por tanto, en caso de tutela de salud que la del patrimonio—, la efectiva idoneidad de la regla de comportamiento que se ha establecido para su tutela, la frecuencia con que se realice la conducta de peligro y la imposibilidad de tutelar correctamente el bien jurídico a través de otras técnicas de tipificación como el peligro concreto y, especialmente, el peligro hipotético.

Desde esta perspectiva la mayoría de los tipos del Derecho penal económico avocados a la protección de bienes jurídicos supraindividuales no pueden calificarse propiamente de delitos de peligro. Pero, por otro lado, cuando se trata de un bien jurídico supraindividual con referencia a intereses individuales, el legislador español ha desechado normalmente la utilización de delitos de peligro abstracto. Inclínandose, con frecuencia, por fórmulas cercanas a la del peligro hipotético que obliga al juez a comprobar la efectiva idoneidad del comportamiento para causar una lesión relevante al interés individual que se ampara tras el bien jurídico³⁹. Este es el caso, por ejemplo, del delito publicitario, de la mayoría de las modalidades del delito de alimento nocivo o de la infracción de normas de prevención de riesgos laborales.

Recientemente, sin embargo, ha subrayado Muñoz Conde⁴⁰ la falta de eficacia de este conjunto de delitos de peligro a la hora de castigar auténticos casos de peligro,

37 Con ulteriores referencias Rodríguez Montañés, *Delitos de peligro*, p.300-302.

38 *Delitos de peligro*. p. 304 y ss.

39 Torio López, “Los delitos de peligro hipotético”, en *ADPCP*, 1981.

40 Hassemmer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto*, p. 61 y ss, 74-75, 79

pues generalmente se aplican cuando ya ha tenido lugar una lesión efectiva. Ello es debido a que el peligro es una entealequia que se desvanece y resulta posteriormente difícil de probar e igualmente a que en estos caso la intervención sancionadora administrativa resulta mucho más rápida.

El argumento probablemente decisivo para explicar esta situación es con bastante probabilidad la actuación de la Administración. En la mayoría de estos sectores ésta tiene un papel fundamental en orden a la protección del bien jurídico y a la eficacia del tipo penal⁴¹, pues está en su mano la detección de peligros antes que lleguen efectivamente a producirse. En este sentido, no estaría de más que se adoptasen medidas similares a las que el legislador ha adoptado en relación al delito ecológico, castigando la omisión de denunciar las infracciones de Leyes o disposiciones normativas que hayan constatado.

De hecho, no es enteramente coherente una línea de política criminal que castigue exclusivamente esta conducta en relación con el medio ambiente y no en casos tanto o más graves por los bienes jurídicos que pueden afectarse, como sería el supuesto del inspector de trabajo que silencia la infracción de medidas de prevención de riesgos naturales o la inspección de consumo que no comunica las infracciones de una empresa que no cumple con la normativa sobre calidad de los productos.

Asimismo y en lo que se refiere a la aplicación preferente de las sanciones administrativas a supuestos en los que al menos existe un indicio de delito, este hecho demuestra la deficiente regulación del principio de non bis in idem en nuestro ordenamiento, especialmente alarmante en lo que se refiere al Derecho penal económico. Pero, incluso, de lege lata la actuación de la administración sancionadora, supone una flagrante violación por parte de la administración de las normas ya vigentes que regulan este principio, que exigen dar noticia al Ministerio Fiscal y suspender la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

En suma, las presentes reflexiones en torno a las relaciones del Derecho penal económico con el principio de fragmentariedad muestran como la tensión que existe entre este principio y la eficacia es resuelta por el legislador español a favor del principio constitucional.

Esta circunstancia llama incluso la atención de cualificados observadores extranjeros, como el profesor Tiedemann⁴², quien ha señalado precisamente entre los puntos débiles de la situación legal española la relación de la punibilidad con el rebasamiento de ciertos límites cuantitativos en los delitos contra la Hacienda

41 Por lo que se refiere al medio ambiente De Vicente Martínez, *Responsabilidad penal del funcionario por delitos contra el medio ambiente. Una contribución al estudio de la responsabilidad penal omisiva de los funcionarios públicos por delitos contra el medio ambiente*. Madrid, 1993.

42 Vid. su Introducción a los *Estudios de Derechos penal económico* (Ed. Arroyo/Tiedemann), Cuenca, 1994, p. 13. y *Presente y futuro del Derecho penal económico*, p. 41.

pública, la reserva extrema respecto a la creación de delitos de peligro abstracto distintos de los relacionados con la integridad física, el rechazo de la penalización de conductas de imprudencia temeraria o la utilización de especiales elementos subjetivos. Tales críticas deben tomarse en serio, entre otras razones porque la necesidad de contar con un Derecho penal eficaz es una exigencia igualmente de rango constitucional, derivada del art. 9.2 de la CE y de la propia noción de Estado social, que obliga a los poderes públicos a tutelar determinados bienes jurídicos a través de la prevención general, con el fin de promover y remover aquellos obstáculos que impiden la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se vertebra la sociedad⁴³.

En algunos delitos la doctrina apunta además soluciones legislativas para resolver la tensión entre eficacia y fragmentariedad, sin excesivo detrimento de la primera. Un buen ejemplo podría ser la propuesta de construir un tipo societario de administración desleal configurado como un delito de peligro, a diferencia del actual art. 295 del CP, pero que exigiera el ánimo de lucro⁴⁴. En este punto, especialmente, la opción del legislador español movido por un afán pretendidamente garantista ha sido crear un tipo en el que además de exigir un elemento subjetivo, se describe el resultado típico —causar directamente un perjuicio económicamente evaluable— en términos difícilmente comprensibles⁴⁵.

IV. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El Derecho penal económico no presenta particularidades especiales en relación con el principio de legalidad, aunque bien puede decirse que algunos problemas que en otros sectores son aquí menos frecuentes afectan a un mayor número de tipos. Es el caso de la utilización de leyes penales en blanco y los límites de aplicación del principio de retroactividad favorable en este tipo de normas. Igualmente es especialmente urgente contar con una regulación más detallada del principio de non bis in idem. Mucho menos discutido ha sido en nuestro ordenamiento la posibilidad de incriminar determinadas conductas en fraude de ley, objeto de mayor estudio en otros derechos como el alemán.

43 Vid. Berdugo Gómez De La Torre, *El delito de lesiones*, Salamanca, 1982, p. 37; recientemente en sentido similar Carbonell Mateu, *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*, p. 78.

44 Nieto Martín, *El delito de administración fraudulenta*, Barcelona, 1996, p. 119 y ss; 328 y ss.

45 Cfr. Faraldo Cabana, *Delitos societarios*, p. 577 y ss; Nieto Martín, *El delito de administración fraudulenta*, p. 279 y ss; Rodríguez Montañés, *La responsabilidad penal del administrador desleal y los nuevos delitos societarios*, Madrid, 1987.

a) Ley penal en blanco, seguridad jurídica y retroactividad favorable

El TC ha confirmado la constitucionalidad de la utilización de leyes penales en blanco que remiten a normas de rango inferior a la ley. En relación al delito ecológico (art.325 CP) el TC (sentencia 127/1990) condicionó su constitucionalidad a los siguientes requisitos, que conectan con la denominada “teoría de la esencialidad”: (a) “que el reenvío normativo sea expreso y esté justificado en razón del bien jurídico protegido por la norma penal”; (b) “que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza o...se dé la suficiente concreción para que la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada con el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite y resulte de esta forma salvaguardada la función de garantía del tipo con posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada”⁴⁶. Existe unanimidad, doctrinal y jurisprudencial, en lo que se refiere a aplicar a la norma de complemento la totalidad de garantías derivadas del principio de legalidad principio de determinación, prohibición de analogía e irretroactividad.

Lejos de ser una técnica contraria a los fines del principio de legalidad, la ley penal en blanco si se acomoda a los límites marcados por el TC, resulta un modo de legislar que favorece la seguridad jurídica⁴⁷. Y ello por lo siguiente. Como ha indicado el TC éstas son legítimas en cuanto contengan el contenido esencial de la prohibición. Lo cual supone que han describir ya la conducta típica con un grado de taxatividad semejante al que requiere el principio de determinación. Por consiguiente, cuando a esta descripción se añade la remisión a normas sublegislativas, lo que en realidad se está haciendo no es ampliar, sino restringir el ámbito de lo ya prohibido.

Piensen en el siguiente ejemplo. El delito ecológico podría ya ser conforme con el principio de determinación si fuese redactado del siguiente modo: “Será castigado el que provoque o realice directa o indirectamente emisiones, vertidos, radiaciones, extracciones o excavaciones, aterramientos, ruidos, vibraciones, inyecciones o depósitos, en la atmósfera, el suelo, el subsuelo o las aguas terrestres, martí timas o subterráneas, con incidencia incluso, en los espacios transfronterizos, así como la captación de aguas que puedan perjudicar gravemente el equilibrio de los sistemas naturales”. La remisión a reglamentos que efectúa el tipo no ensancha el ámbito de lo prohibido, sino que lo concreta aumentando con ello la seguridad jurídica, pues el ciudadano sabe que en cuanto se ajuste a lo allí previsto, su conducta no podrá ser objeto de sanción.

Silva Sánchez ha abierto recientemente una polémica, que tiene ya cierta solera en Alemania: los límites del principio de retroactividad favorable en el caso de

46 Cfr. Berdugo/Arroyo y otros, *Lecciones de derecho penal*, p. 41-42.

47 Pérez Álvarez, *Protección penal del consumidor*, Barcelona, 1991, p. 239.

sucesión de las normas de complemento de una ley penal en blanco⁴⁸. El CP español recoge el principio de retroactividad de la ley penal más favorable en el art. 2.2, con la excepción de los supuestos de la ley temporal⁴⁹. Tal como indican Cobo y Vives Antón⁵⁰ la no aplicación retroactiva de la ley más favorable debe entenderse contraria al principio de proporcionalidad. De ningún modo puede decirse que aquí la pena resulta un medio idóneo para proteger el bien jurídico, en cuanto que precisamente el legislador ha considerado con su nueva decisión, que o bien considera la conducta lícita o bien considera que otras sanciones del ordenamiento jurídico — distintas a la pena — son suficientes para su tutela (en este caso quedaría violada la segunda manifestación del principio: la necesidad de la medida (ultima ratio)⁵¹. Este fundamento justifica, como acertadamente ha puesto de manifiesto Silva Sánchez, ciertas restricción a dicho principio en el caso de leyes penales en blanco cuando se produzcan cambios en las normas de complemento, que indiquen no un cambio de valoración del legislador acerca de los comportamientos prohibidos, sino simplemente un cambio de condiciones fácticas. Pues en estas condiciones la pena sigue cumpliendo sus fines, sin atentar contra la prohibición del exceso⁵². El camino técnico para hacer posible esta restricción es quizás asimilar este tipo de normas de complemento a leyes temporales, tal como propone parte de la doctrina alemana.

b) Prohibición de analogía y fraude de ley

El castigo de conductas en fraude de ley suele ser considerado necesario en orden a incrementar la eficacia de los tipos penales que tutelan la Hacienda pública, tanto en su vertiente recaudatoria como de ejecución del gasto e igualmente en la perspectiva nacional y comunitaria. De hecho, esta cuestión que no se había discutido demasiado entre nosotros, sino puntualmente en relación al delito fiscal, ha cobrado importancia en los últimos tiempos a raíz de la protección de los intereses financieros de la Unión Europea⁵³. Intentaré a continuación exponer de la forma más clara posible la problemática del fraude de ley en el Derecho penal económico.

48 Vid. Silva Sánchez, *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: El caso de las "leyes en blanco"* en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, p. 697 y ss.

49 Sobre la relevancia constitucional del principio vid. García Rivas, *El poder punitivo en el Estado democrático de Derecho*, Cuenca, 1996, p. 73.

50 *Derecho penal. Parte General*. Valencia. 1989, p. 152.

51 En este caso como acertadamente indica Silva Sánchez, *Legislación penal socio-económica y retroactividad de disposiciones favorables: el caso de las "Leyes en blanco"*, en *Hacia un Derecho penal económico europeo*. Madrid, 1995, p. 669.

52 Vid. Silva Sánchez, *Legislación socio-económica*, p. 708 y ss.

53 En lo que sigue, para más detalles y ulteriores referencias Nieto Martín, *Fraudes comunitarios*, p. 34 y ss; del mismo, *Ordenamiento comunitario y Derecho penal económico español. Relaciones en el presente y en el futuro*. AP, nº34/18-24 de septiembre, 1995, marg. 622 y ss.

Expresado sintéticamente puede decirse que los comportamientos en fraude de ley se caracterizan por su artificialidad: se trata de no violar frontalmente una norma prohibitiva o conseguir la aplicación de una norma permisiva o que concede ciertos derechos (vgr. la concesión de una subvención) eligiendo para ello un camino inadecuado, utilizando una forma jurídica que no es la usual, desde la perspectiva de un operador económico sensato, para conseguir un determinado fin. La acción en fraude de ley se caracteriza porque se alcanza un resultado contrario al ordenamiento jurídico o a un concreto precepto abusando de la forma jurídica o de la propia libertad de acción.

Ello puede verse con el siguiente ejemplo⁵⁴: El banco X vende un crédito, que previamente ha concedido a algún cliente, a una tercera persona, de modo tal que ésta se beneficiará de parte de los intereses del crédito, manteniendo la entidad la gestión y el derecho de cobro de los rendimientos. Con esta operación el comprador del crédito obtiene un tipo de interés más elevado que el del depósito a plazo fijo y además un mejor tratamiento fiscal, pues los rendimientos obtenidos son considerados como incrementos de patrimonio y no como rendimientos de capital, con lo que el banco además no tendría obligación de practicar retención alguna.

Esta operación constituye un fraude de ley en cuanto que (a) el camino usual, el que cualquier operador económico hubiera escogido, es realizar un contrato de cuenta corriente, que es la forma jurídica más adecuada que contiene el ordenamiento para conseguir los objetivos económicos que se pretenden mediante la cesión del crédito. (b) La adopción de un camino jurídico artificial tiene como fin eludir la aplicación de los preceptos tributarios que regulan la imposición y la obligación de retención en los rendimientos de capital.

Un sector del ordenamiento en que no exista la prohibición de analogía no tiene problema alguno ante este tipo de casos. Le basta con aplicar analógicamente las normas que se han pretendido eludir, a situaciones que aunque no cumplen su supuesto de hecho guardan una identidad de razón con él. En el ordenamiento tributario la regulación del fraude de ley (art. 24 LGT) persigue precisamente esta finalidad, permitiendo extender el hecho imponible para gravar hechos, actos o negocios jurídicos realizados con el propósito de eludir el pago del tributo, siempre que se produzca un resultado equivalente al derivado del hecho imponible.

Ahora bien, en el caso que nos ocupa, sin más, ¿puede hablarse de delito fiscal, o mejor, de dos posibles delitos fiscales, el del particular y el de la entidad bancaria que no practica la retención?

54 Cfr. Martínez Bujan Pérez, *Los delitos contra la Hacienda pública y la seguridad social*. Madrid, 1996, p. 69 y ss.

Una primera dificultad para apreciar el delito fiscal es la siguiente: en cuanto que las normas que regulan el nacimiento de obligaciones tributarias son parte integrante del tipo de delito fiscal, la extensión analógica que en ellas se opera está permitida en el derecho fiscal, pero no en el penal. La prohibición de analogía afecta al tipo y en el caso de leyes penales en blanco a las normas de complemento. Recuérdese que el TC en su sentencia 75/1984, referente a la punición del aborto en el extranjero, declaró que violaba la prohibición de analogía la aplicación de la figura del fraude de ley en materia penal. De esta primera dificultad no deben, sin embargo, extraerse consecuencias apresuradas. E igualmente la tajante aseveración del TC puede ser matizada, como veremos, en atención a su propia jurisprudencia sobre las construcciones dogmáticas sin apoyo legal expreso.

Para decidir si estos hechos son constitutivos de delito fiscal es necesario tomar posición sobre cómo se configura su conducta típica. En mi opinión, la conducta del delito fiscal consiste en la infracción de obligaciones formales tributarias, que son necesarias para declarar la deuda tributaria⁵⁵. Es decir, en dejar, dolosamente, en desconocimiento a la administración tributaria de circunstancias que son relevantes para la declaración de la cuota tributaria o la obligación de retener, cuando el sujeto pasivo del impuesto tiene la obligación de suministrar esta información. La pregunta es entonces: ¿de acuerdo con nuestro ordenamiento tributario, tiene el sujeto pasivo de un impuesto la obligación de suministrar a la Hacienda pública los datos que son necesarios para que ésta declare el nacimiento de la obligación tributaria por aplicación de la figura del fraude de ley?

En el ordenamiento alemán, donde desde los años veinte se discute esta cuestión, la Ordenanza tributaria además de regular la figura del fraude de ley obliga expresamente a poner en conocimiento de la administración tributaria todos aquellos datos que sean relevantes para la obligación tributaria, por lo que la tipicidad de las conductas en fraude de ley no ofrece dudas, cuando el sujeto oculta estos hechos a la hacienda pública. Con independencia que pueda después apreciarse un error si el autor estimaba que los datos que no suministró no eran relevantes. E igualmente en lo relativo al fraude de subvenciones, la Ley de subvenciones alemana, texto que complementa al § 264 del StGB, establece en su § 3 muy claramente esta obligación. En conclusión, y a mi juicio, la punibilidad de los comportamientos de fraude de ley a los efectos del delito fiscal y fraude de subvenciones depende, cuestión sobre la que no va a entrarse aquí, de que pueda desprenderse del ordenamiento tributario español una obligación semejante a la alemana.

En cualquier caso, cuando ya no existen dudas acerca de la posibilidad de castigar el fraude de ley es cuando su autor no se limita simplemente a omitir, sino

55 Gracia Martín, *Bien jurídico, resultado y acción típica en el delito de defraudación tributaria del art. 349 del CP español*, 1988, p. 81 y ss.

que realiza algún tipo de comportamiento activo con el fin de impedir que la administración tributaria pueda llegar a conocer la existencia del hecho imponible o de los sujetos obligados. Y esto fue precisamente lo que acaeció además en el caso de las cesiones de crédito, en cuanto que la entidad bancaria no se limitó a realizar una operación en fraude de ley, sino que enviaba a la Hacienda pública nombres de compradores de dichos créditos que no se correspondían con los verdaderos titulares. Se trataba de testaferros proporcionados a los clientes por el propio banco entre personas con rentas de escasa cuantía, ausentes, fallecidos e incluso voluntarios a cambio de una pequeña remuneración⁵⁶. Esta práctica es evidentemente típica para el delito fiscal, y su dañosidad es tal que el legislador en la reforma operada en Junio de 1995 (Ley Orgánica 6/95 de 29 de junio) ha decidido convertirla en una agravante específica del delito fiscal.

Fuera del caso que nos ha ocupado, la posibilidad de castigar comportamientos en fraude de ley depende de si puede hacerse sin vulnerar la prohibición de analogía. Los límites de tal posibilidad pueden verse a través del siguiente ejemplo. La AN y el TS se han enfrentado en el marco de los delitos monetarios con supuestos en que el autor para eludir la obligación de pedir autorización, que nace a partir de los 5.000.000 de pts. Por persona viaje y día, exportaba divisas en diversas ocasiones por cifras inferiores. La respuesta del TS y la AN en este caso ha sido crear, sin base legal alguna, una especie *sui generis* de delito continuado, en virtud del cual considera que “de probarse una actitud en fraude de ley” este tipo de conductas no lleva a la impunidad “ante la posible apreciación de un único delito de fraccionada ejecución”⁵⁷. La compatibilidad de esta figura legal con el principio de prohibición de analogía debe ponerse en relación con el espinoso problema de los límites de la analogía en la PG y la compatibilidad con este principio de las construcciones dogmáticas extralegales. El TC (s. 89/1983, de 2 de noviembre) ha tenido ocasión de pronunciarse sobre este aspecto, en relación a la utilización de la figura del delito continuado antes de la reforma de 1983, señalando que “ni la garantía criminal ni la penal pueden ser entendidas de forma tan mecánica que anulen la libertad del juez” para aplicar construcciones dogmáticas⁵⁸. Por lo que las conductas en fraude de ley pueden ser castigadas en el derecho penal mientras ello no suponga realizar una analogía prohibida, teniendo presente en este sentido los límites menos estrictos de esta prohibición en las construcciones de la Parte general.

56 Cfr. Martínez Bujan Pérez, *Los delitos contra la Hacienda pública*, p. 69.

57 STS de 28-1-93 Ar. 211.

58 Para más detalles y referencias García Rivas, *El principio de determinación del hecho punible en la doctrina del Tribunal Constitucional* Madrid, 1992, p. 69 y ss.

c) El principio de non bis in ídem en el Derecho penal económico

Los problemas que se derivan del principio de non bis in ídem no afectan exclusivamente al Derecho penal y sancionador administrativo económico, pero en este ámbito es especialmente frecuente. Me limitaré a continuación a exponer un conjunto de cuestiones que, en mi opinión, no están aun satisfactoriamente resueltos pese a lo asentado de la jurisprudencia constitucional y la reciente plasmación positiva del principio en la Ley 30/92 y el RD 1398/93 de 4 de agosto.

El primer problema surge por el escaso cuidado con que en ocasiones se actúa tipificando delitos muy semejantes a infracciones administrativas o utilizando criterios indeterminados de diferenciación. Ello propicia que la Administración sancione en primer lugar, restando eficacia a los tipos penales. Como anteriormente indiqué esta práctica de la Administración es tan usual, como contraria al derecho positivo, que en diversos textos y, con carácter general, en el art. 133 de la Ley 30/92 y los art. 5 y ss. del Reg. 1398/93 de 4 de agosto establece la obligación de poner los hechos en conocimiento del MF o la autoridad judicial y paralizar el expediente. En este sentido, estimo que no cabe otra solución que el adoptar medidas legislativas más radicales con el fin de fomentar las obligaciones de comunicación y suspensión. En cualquier caso, y si esta omisión es consciente y se realiza con el fin de que el particular eluda su responsabilidad penal, debe plantearse seriamente la posibilidad de aplicar el art. 408 del CP.

Un segundo problema a resolver es cómo actuar ante los supuestos en que no existe bis in ídem, por ejemplo, porque los bienes jurídicos de la infracción administrativa y la penal son distintos, es decir, cuando existe un concurso ideal. Un ejemplo puede ser el siguiente: se ha defraudado una subvención que no alcanza los diez millones de pesetas y que por tanto no puede ser castigada a través del art. 308 del CP, pero sí mediante una sanción administrativa, cometiendo el autor a la vez un delito de falsedad en documento oficial. Esta cuestión tiene dos frentes:

Primero. Interpretado estrictamente el principio tal como ha sido regulado, la Administración en cuanto no existe identidad de fundamento puede continuar con su procedimiento, por mucho que exista identidad de sujeto. Pues la paralización del procedimiento y, además la obligación de comunicar sólo está prevista de producirse la triple identidad. La existencia de dos procedimientos sobre un mismo sujeto por una conducta delictiva unitaria puede ser disfuncional y en cualquier caso supone una carga adicional para el autor que de hecho se ve sometido a un doble proceso.

Segundo. Si el fraude de subvenciones hubiera sido constitutivo de delito, se apreciaría un concurso ideal entre la falsedad en documento oficial y el delito de fraude de subvenciones. Esto es, al autor no se le impondrían conjuntamente ambas penas, sino generalmente una sanción más benévola consecuencia de la aplicación

del art. 77 del CP. Razones de justicia material y sobre todo derivadas del principio de proporcionalidad, obligan a plantearse si no resulta necesario crear una regulación específica que contemple situaciones de concurso ideal entre delitos e infracciones administrativas, con el fin de impedir que en estos caso se impongan conjuntamente ambas sanciones, como si de un concurso real se tratase. Mientras tanto se produce esta regulación, estimo que la Administración si ya ha sancionado penalmente debe tener en cuenta la sanción penal al graduar la infracción administrativa. No obstante, tanto el modo en que ha de redactarse la previsión legal por la que abogo como la aplicación directa del principio de proporcionalidad, se complica bastante si se piensa que la sanción más grave puede ser la administrativa.

Una solución legal de lege ferenda, que puede resultar práctica pero que rompe con la concepción tradicional del derecho administrativo sancionador en nuestro país, consiste en que el juez penal pueda en estos casos imponer tanto la sanción penal como la administrativa. Asimismo, y puestos a romper con tradiciones jurídicas, también podría plantearse la competencia del juez penal para imponer la sanción administrativa asociada al hecho que ha enjuiciado, cuando ha considerado la inexistencia del delito (ejemplo: se enjuicia un posible delito fiscal, que resulta impune por ausencia de dolo, aunque puede ser sancionado administrativamente a título de imprudencia). Esta regulación sería beneficiosa desde el punto de vista de la economía procesal y además evitaría el enojoso problema de los límites de la sujeción de la administración a los hechos que han sido probados por el juez.

El tercer aspecto del que deseo ocuparme es de la posibilidad de imponer una doble sanción por un mismo hecho, e incluso si ambas infracciones tutelan un idéntico bien jurídico, en los casos en que la sanción administrativa recaiga sobre una persona jurídica. Formalmente, y tal como ha señalado reiteradas veces el TC, esta doble sanción no constituye un bis in idem. Ahora bien, este aspecto necesita probablemente de una fundamentación más detallada que dejo para una próxima ocasión.

V. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

Las plasmaciones fundamentales del principio de culpabilidad, la responsabilidad personal (art., la exigencia de dolo o culpa (art. 5), el conocimiento, al menos potencial, de la antijuricidad (art. 14.3) y la atribuibilidad o imputabilidad del autor (art. 20 1º a 3º) son principios acuñados por la propia legislación penal. Con ser esto importante lo es más que tengan rango constitucional para vincular no sólo al juez sino al legislador penal. En este sentido se ha manifestado el TC: “La CE consagra sin duda el principio de culpabilidad como principio estructural básico del Derecho penal” (STC 150/91 F.J. nº4 y 246/1991, F.Jº 2), aunque aún no lo ha desarrollado suficientemente ni en su fundamentación ni en sus plasmaciones.

Resulta conveniente advertir que en la segunda sentencia citada considera que no se opone al principio de culpabilidad la responsabilidad en el derecho sancionador administrativo de las personas jurídicas, con una argumentación que llevaría a no excluirla tampoco en lo penal⁵⁹.

a) La responsabilidad de las personas jurídicas

Como es conocido, e independientemente de lo que ocurra en el derecho sancionador administrativo, nuestro derecho penal positivo no contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Esta decisión del legislador no está en entera consonancia con las tendencias político criminales más modernas, que empiezan a inspirar los ordenamientos europeos. El CP de 1995 ante las exigencias de la vida real, que indudablemente reclaman adoptar algún tipo de medida contra las empresas, y las tradiciones dogmáticas ha optado por “las medias tintas”, estableciendo en el art. 129 un conjunto de medidas accesorias que potestativamente el juez puede imponer con el fin de evitar la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma.

Si se estudian los ordenamientos⁶⁰ que han decidido superar el principio político criminal de *societas delinquere non potest* puede constatar que las “medidas accesorias” que ha contemplado nuestro legislador, son en realidad las penas que se imponen a las personas jurídicas. La única diferencia es la pena de multa, pero en realidad no era necesario que nuestro CP contemplase esta sanción, pues el derecho sancionador administrativo se encarga ya sobradamente de disponer sanciones pecuniarias para las personas jurídicas. En suma: un primer examen de la cuestión podría ser favorable a la solución española del problema, que sin abandonar el dogma ha conseguido acomodarse a las exigencias de la realidad, a través de un sistema de consecuencias accesorias con idénticos efectos preventivos a las penas.

Pero a la conclusión anterior sólo puede ser fruto del primer y siempre precipitado examen. Pues lo que en realidad ha conseguido el legislador es que las personas jurídicas puedan ser sancionadas prescindiendo totalmente del cuadro de garantías y de principios que requiere la imposición de una sanción penal a personas naturales. Y por lo que se refiere al usual argumento de que con la imposición de la sanción se perjudica a los socios inocentes y trabajadores, lo cierto es que este perjuicio es similar, se llame la respuesta punitiva pena o consecuencia accesoria, pero resulta más grave si además la pseudopena puede imponerse en el marco de un derecho menos garantista.

59 Cfr. Arroyo/Berdugo y otros, *Lecciones de Derecho penal*, p. 55.

60 Un reciente estado de la cuestión puede verse en Tiedemann, *Responsabilidad Penal de personas Jurídicas, otras agrupaciones y empresas en Derecho comparado*, (1995), en prensa.

Repárese, en este sentido, en lo indeterminado del presupuesto de aplicación de la medida accesoria “prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma” y en la simplicidad del proceso para aplicarlas: la audiencia previa de sus representantes legales. Estas nulas garantías hacen que el juez tenga un poder casi discrecional en su imposición.

Por estas razones garantistas, creo conveniente que en la cansada y reiterativa discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas debe operarse un cambio de perspectiva: la responsabilidad es ya un hecho, sea mediante sanciones administrativas sea a través de consecuencias accesorias. El que ésta sea además penal, si no nos empecinamos en cuestiones de carácter ontológico y en dogmas, lo único que pretende conseguir es que ésta se determine en el marco de un proceso penal con semejantes posibilidades de defensa que las que existen para las personas naturales y con unos principios de imputación similares, tras las convenientes adaptaciones, en la línea que el TC señalaba en la sentencia a la que se hacía referencia al comienzo de estas líneas. Esto, ni más ni menos, es precisamente lo que ocurre en los países que han acogido su responsabilidad penal, donde van apareciendo construcciones dogmática que determinan por ejemplo las posibles personas naturales cuya actuación da lugar a la responsabilidad de la persona jurídica, las condiciones para que sea de aplicación el error de prohibición o una causa de justificación, los criterios a aplicar en la medición de las sanciones etc. En suma: las personas jurídicas tienen derecho a ser castigadas penalmente.

b) Dificultades probatorias en el derecho penal económico y presunción de inocencia

Frecuentemente se ha puesto de manifiesto que el Derecho penal económico resulta un sector en el que son complicadas las dificultades probatorias. Esta circunstancia genera el evidente peligro de que criterios de eficacia y de presión social acaben devaluando en su interior el principio de presunción de inocencia.

En los últimos y sonoros procesos de responsabilidad por el producto este problema se ha evidenciado en la prueba de la relación causal⁶¹ e igualmente en la prueba del dolo, al menos en la STS sobre el aceite de colza⁶². Igualmente, sobre todo en la jurisprudencia alemana, se han constatado reglas de determinación de la autoría que merman el principio de personalidad de las penas, en virtud del cual un sujeto sólo ha de responder de lo que efectivamente ha realizado. Al encontrarse con problemas de participación compleja, como los que suelen acaecer en el Derecho

61 Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal*, p. 87 y ss y 140 y ss; Paredes Castañón, en Paredes Castañón/Rodríguez Montañés, *El caso de la colza*, p. 49 y ss.

62 Vid. Hassemer/Muñoz Conde, *La responsabilidad por el producto en el Derecho penal* p. 104 y ss; Rodríguez Montañés, en Paredes Castañón/Rodríguez Montañés, *El caso de la colza*, p. 203 y ss.

penal de la empresa, la jurisprudencia ha optado en lugar de determinar cuál es el autor más próximo al hecho, por trasladar la responsabilidad directamente hacía los niveles más altos de dirección de la empresa. Incluso, situados ya en la responsabilidad inmediata de la alta dirección de la empresa, llama también la atención el que todos los directivos respondan por igual, pese a que el delito no haya sido cometido en su concreto ámbito de responsabilidad, utilizando como argumento el que esta limitación de la responsabilidad cesa en situaciones excepcionales o de crisis⁶³. Como señala HASSEMER esta forma de proceder contrasta con la hasta ahora usual en el CP: determinación de la persona que ha originado la causa inmediata de la lesión y a partir de aquí buscar infracciones de los deberes de organización, elección supervisión y control⁶⁴. Y, además, supone trasladar criterios de imputación de responsabilidad existentes en el Derecho privado al Derecho penal⁶⁵.

Aunque los problemas descritos se han discutido recientemente en relación a los supuestos de responsabilidad penal por el producto, son comunes a muchas infracciones del Derecho penal económico o de la empresa, y muestran que la tarea principal de la Ciencia penal en este campo es esencialmente en el futuro dogmática.

En conclusión, no me parece aceptable resignarse, tal como ha propuesto la denominada “Escuela de Frankfurt”⁶⁶, a contar exclusivamente con un “viejo Derecho penal” incapaz de tutelar bienes jurídicos tradicionales frente a nuevas y peligrosas formas de ataque e igualmente ausente en la protección de otros intereses que resultan imprescindibles en la configuración actual de la sociedad.

63 Cfr. Hassemer/Muñoz Conde, “La responsabilidad por el producto”, p. 173 y ss.

64 Ibidem, p. 177.

65 Ibidem, p. 176, 179. Sobre esta cuestión que también se aprecia en nuestro país en el marco de algunas leyes sancionadoras administrativas económicas vid. Nieto Martín,

66 Vid., por ejemplo, los trabajos de Herzog, *Gesellschaftliche Unsicherheit und strafrechtliche Daseinsvorsorge. Studien zur Vorverlegung des Strafrechtsschutzes in den Gefährdungsbereich*, 1991; „Límites al control penal de los riesgos sociales“, ADPCP, 1993 (trad Larrauri Pijoan/Pérez Álvarez, p. 317-327) y Hassemer, “Rasgos y crisis del Derecho Penal moderno” (trad Larrauri/Mainecke), en ADPCP 1992, p. 235 y ss. Vid. para más referencias y una panorámica muy ilustrativa del debate actual Rodríguez Montañés, en Paredes Castañón/Rodríguez Montañés, *El caso de la colza*, p. 33 y ss.

RESPONSABILIDAD PENAL EN LA HUELGA Y EL CIERRE PATRONAL¹

ARTÍCULO 222 C.P.

Serán considerados como reos de sedición:

1. ° Los funcionarios encargados de la prestación de todo género de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que, suspendiendo su actividad, ocasionen trastornos a los mismos o, de cualquier forma, alteren su regularidad.

2. ° Los patronos y obreros que, con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad o perturbar su normal actividad, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo.

I. LA HUELGA Y EL DELITO DEL ARTÍCULO 222 DEL C.P.

1) De la huelga delito a la huelga derecho constitucional

Hasta la entrada en vigor de la constitución la evolución del tratamiento legal y jurisprudencial de la huelga ha venido determinado por su originaria configuración a comienzos del anterior régimen. El punto XXI, apartado 2, del Fuero del Trabajo, en su redacción de 1938 declaraba que “los actos individuales o colectivos que de algún

1 Bueno Arús. *Notas sobre el Proyecto de Ley de modificación del artículo 222 del Código penal*, en Boletín Informativo del Ministerio de Justicia, 674, 1965, pp. 1 y ss.; García Puente Lamas, *Los delitos de huelgas*, Salamanca, 1964, 2ª ed., 1974; Higuera Guimera, *El delito de coacciones*, Barcelona, 1978; Mir Puig, “El delito de coacciones en el Código penal”, en *DP*, 1977, páginas 269 y ss.; Morillas Cuevas, *El derecho a la huelga y sus límites penales*, en Anuario de estudios sociales y jurídicos de la Escuela Social de Granada, volumen X-XI, 1981-82, pp. 127 y ss.; Torio López, “La estructura típica del delito de coacción, en *DP*, 1977, pp. 19 y ss.

modo turben la normalidad de la producción o atenten contra ella serán considerados como delitos de *lesa patria*". En concordancia de tal presupuesto programático la Ley de Seguridad del Estado de 29 de marzo de 1941, en sus artículos 44, 45 y 46 definía como delito toda huelga de obreros, la coligación de patronos tendente a paralizar el trabajo, así como la suspensión o alteración de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad². Las tipologías delictivas se incluyeron en el artículo 222 del CP como delito de sedición en la Reforma de 1944.³

La Ley de 21 de diciembre de 1965 dio al precepto una nueva formulación que daba término a la total identificación huelga-delito vigente hasta ese momento y que es sustancialmente la actual, pues el RDL 17/1977, de 4 de marzo, se limitó a suprimir, por una parte, en el párrafo 1º de la redacción de 1965, la referencia a los "empleados y particulares", despenalizando así las huelgas en empresas encargadas de servicios públicos que hasta el momento resultaban punibles en sí mismas, y por otra, en el número 2, los términos "o de modo grave la producción nacional", reduciendo el objeto de protección a lo puramente político.

Si el RDL 17/1977, que como pieza central del inicio de la transición política en el ámbito de las relaciones laborales vino a reconocer por ver primera el derecho de huelga⁴, supuso un importante paso en la evolución del ordenamiento jurídico laboral, no puede decirse que quedara a la misma altura en lo que comportó como progreso en el orden punitivo, no llegando a superar el paradigma penal que ha regido la atormentada evolución del tratamiento jurídico de la huelga a lo largo de la historia⁵.

2 La incriminación de la huelga como delito contra el Estado se produce ya en el artículo 6.f, del Bando de declaración del estado de guerra de 28 de julio de 1936, considerando reos de rebelión militar a "los que coarten la libertad de contratación o de trabajo o abandonen este, ya se trate de empleados, patronos y obreros".

3 El Código de 1928 fue el primer texto punitivo que configuró la huelga como delito de sedición (art. 290). No obstante, mantenía en su artículo 737 la incriminación de las huelgas en los delitos de maquinaciones para alterar el precio de las cosas (aquí, de la "cosa" trabajo humano), tal y como había venido ocurriendo en los Códigos penales anteriores, salvo tras la Ley de huelgas de 1909 en los que la huelga se configuraba como un delito contra el orden social, político y económico que sustentaba al Estado liberal (vid. Arroyo Zapatero, *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, pp. 14 y ss.)

4 El DL de 22 de mayo de 1975 no llegó a suponer el reconocimiento de la huelga como derecho. Como señalaba Durán, era una mera y limitada apertura a la tolerancia de determinadas huelgas (*Derecho de huelga...*, cit., pp. 156 y ss.)

5 Sobre las fases de la evolución del tratamiento jurídico de la huelga, correlativas, respectivamente, a su configuración como delito, como libertad y como derecho, vid. Ojeda Avilés, *Derecho sindical*, cit. pp. 286 y ss. Una síntesis de la evolución histórica del tratamiento penal de las huelgas puede verse en Morillas, *El derecho a la huelga y sus límites penales*, cit., pp. 152 a 167. El mismo autor informa sobre el Derecho comparado en las pp. 137 a 152, con ulteriores referencias.

El literal del texto legado por el mencionado Decreto-Ley comporta, por una parte, la incriminación de toda huelga de funcionarios encargados de servicios públicos (suspensión de actividad por funcionarios encargados de la gestión de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad que ocasione trastornos en las mismas o altere su normalidad) y, por otra, la incriminación de las huelgas de trabajadores (“suspensión o alteración del trabajo”) que tengan por finalidad el atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad o perturbar su normal actividad. Por último, declara también punibles a los patronos que, con la misma finalidad anterior, suspendieren o alteraren la regularidad del trabajo, lo que ha de referirse a las conductas de cierre patronal y otras medidas que puedan suponer una alteración de la regularidad del trabajo, tema éste que por no afectar al derecho de huelga lo trataremos separadamente.

Ahora bien, lo expuesto es la significación literal del artículo 222. Su sentido jurídico-material, real, depende de otras circunstancias normativas que definen hoy, en forma bien distinta que a la entrada en vigor del DL de 1977, el hecho de la huelga y, en consecuencia, los elementos normativos del artículo 222 y el plano de la antijuricidad que le resulta específica, particularmente la Constitución, las leyes laborales que le desarrollan, en especial el Estatuto de los Trabajadores, y el nuevo texto del citado RDL de 1977, acorde con la Constitución y con las normas postconstitucionales⁶.

A este respecto debe tenerse en cuenta que la consagración constitucional de la huelga como derecho, y como derecho fundamental de los trabajadores opera con efectos radicales sobre el sentido de la evolución jurídica anterior, regida por la incidencia del “paradigma penal” a que hemos hecho referencia. El criterio de política jurídica que ha de orientar al legislador y a los tribunales es precisamente el antiético; la huelga es penalmente lícita como regla general y sólo excepcionalmente, en los supuestos en lo que se superen los límites legales del ejercicio del derecho, la huelga será un comportamiento antijurídico, comportando sanciones civiles-laborales. A su vez, e incrementándose la excepcionalidad, la huelga solo será delito cuando, además de ser antijurídica, revista los caracteres de un tipo de delito del CP a cuyos efectos puede entrar en juego, bien una figura delictiva cualquiera no conectada conceptualmente por la huelga (v. gr.: sedición, detención ilegal, daños, etc.), bien un tipo penal especialmente dirigido a definir las huelgas constitutivas de delito.

6 Acerca del desarrollo jurídico atormentado que determina la supervivencia a la Constitución de un Código penal proveniente de un régimen no democrático y los problemas de interpretación y seguridad jurídica que tal fenómeno genera, vid. Nuvolone, “Liceità costituzionale del fine y norma penale”, en *Il Diritto penale degli anni settanta*, Padua, 1982, pp. 179 y ss.

El artículo 28.2⁷ no ha sido objeto de desarrollo legislativo. Ninguna ley postconstitucional ha regulado el ejercicio del derecho de huelga ni ha establecido los límites de su licitud, ni tampoco se ha definido el ámbito de lo punible. Todo ello, a la espera de decisiones futuras del legislador, permanece sometido a un régimen jurídico preconstitucional tan solo depurado parcialmente por la sentencia del TC de 8 de abril de 1981, por la que se sustanció el recurso de inconstitucionalidad 192/1980 (RI-3) formulado contra el RDL 17/1977 sobre relaciones de trabajo.

No es esta la sede adecuada para ocuparnos de la definición conceptual y la naturaleza jurídica del derecho de huelga. Resultan, sin embargo, imprescindibles algunas precisiones en orden a establecer la ratio de los límites del tipo del artículo 222, así como para dar solución a los posibles conflictos del ejercicio del derecho de huelga con otros derechos o bienes jurídicos tutelados mediante diferentes figuras delictivas presentes en el ordenamiento.

En este sentido interesa señalar que el artículo 28.2 de la Constitución, al declarar que “se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses” establece no una mera libertad, sino un derecho fundamental, un derecho subjetivo público de aquellos a los que la Constitución ha otorgado la máxima jerarquía (artículos 14-29) al dotarles, frente al régimen de otros⁸, de una garantía plena ante la jurisdicción ordinaria y ante el TC, así como respecto de la fuente normativa competente para su desarrollo (La Ley Orgánica) y del sistema de reforma constitucional (art. 167 y 168), derechos a los que por ello denomina Peces Barba derechos fundamentales “en plenitud”⁹.

El reconocimiento de la huelga como tal derecho fundamental y no como mera libertad comporta su consideración como un bien jurídico constitucional del más elevado orden jerárquico y la exigencia de dotación de un régimen jurídico de protección frente aquellas actividades públicas o privadas que tienen como finalidad reprimir o inhibir el ejercicio de dicho derecho¹⁰, lo cual, y en contraste con lo que todavía nos ocupa hoy, debería suponer, cuando menos, la discusión acerca de la conveniencia político-criminal de introducir una tutela penal del ejercicio del derecho de huelga y de la libertad sindical. La doctrina laboral, resalta la titularidad

7 Es en este artículo exclusivamente, y no también en el artículo 37.2, en donde se consagra el derecho de huelga, tal y como el TC se ha manifestado, resolviendo la polémica doctrinal, el artículo 37.2 “faculta a los trabajadores para adoptar otras medidas de conflicto distintas a la huelga” (cfr. ordinal 22 de la sentencia de 8 de abril de 1981).

8 Por ejemplo, y entre aquellos que pueden entrar en conflicto con el derecho de huelga, el de propiedad (art. 33.1), el derecho al trabajo (art. 35.1), el derecho de los trabajadores y “empresarios” a adoptar aquellas medidas de conflicto colectivo determinante de la línea de solución de los conflictos entre tales derechos, así como entre el derecho de huelga y los tipos penales.

9 *La Constitución española de 1978*, Valencia, 1981, pág. 42.

10 Cfr. Martín Valverde, *El derecho de huelga en la Constitución*, cit. página 237.

individual, aunque de *ejercicio colectivo*, del derecho de huelga, sin duda con el fin de resaltar el contraste con otros ordenamientos que lo atribuyen en exclusiva a los sindicatos¹¹. Este interés de los laboristas no debe empañar la dimensión colectiva, publica, asienta en el propio texto constitucional cuando lo atribuye a “los trabajadores” y que se manifiesta en un doble plan; por una parte, en la indisponibilidad individual del mismo¹² y, por otra, en su significación político-constitucional como instrumento que sirve a fines colectivos más allá de los jurídico-privados o contractuales.

En este sentido y frente a un “modelo normativo laboral o contractual” en el que la huelga queda reducida al campo de la negociación colectiva de condiciones de trabajo, como instrumento de presión destinado meramente a potenciar la posición contractual de los trabajadores, la doctrina laboral posterior a la Constitución resalta mayoritariamente una función “polivalente” —en términos de Martín Valverde— del derecho de huelga, por la que a la función contractual mencionada se le suma una dimensión política general, en la que la huelga, al ser un instrumento de gran eficacia en la promoción colectiva de los grupos sociales situados en la estructura social en una posición dependiente y en la lucha contra los privilegios y desigualdades sociales, sirve a la consecución de la igualdad sustancial de los ciudadanos, es decir, a una de las funciones esenciales o diferenciales del Estado social y democrático de Derecho, tal y como establece el artículo 9,2, de la Constitución¹³.

De este modo la huelga aparece no ya como un cuerpo extraño al orden jurídico, como un mal social admitido por su inevitabilidad, sino por su función promocional reconocida como valor fundamental del ordenamiento constitucional. La huelga

11 Cfr. Martín Valverde, ob. cit., pág. 229; Ojeda Avilés, *Derecho sindical*, cit., pág. 304. La relevancia del “ejercicio colectivo” del derecho ha sido puesta de relieve por el TC en el ordinal 9 de la sentencia de 8 de abril de 1981.

12 Vid. Barreiro González, *La disponibilidad del derecho de huelga y su garantía en la Constitución* en RPS, 121, 1979, pp. 75 y ss.; Durán, *El régimen legal de la huelga*, cit., pág. 53.

13 Cfr. sentencia del TC de 8 de abril de 1981, ordinal 9; en este sentido, también, Martín Valverde, *El derecho de huelga*, cit. pág. 224; Ojeda Avilés, *Derecho sindical*, cit., pág. 313; Sala, en Matia Prim y otros, *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*, cit., pag.74; De La Villa, *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 100; Ramírez Martínez, *Huelga y cierre patronal*, cit., pp. 440 y ss. esta posición doctrinal ampliamente extendida y en ascendencia indudable, por conectar con la política jurídica hegemónica en el periodo legislativo que se abre en noviembre de 1982, conecta además con la doctrina que es dominante en Italia, conexión apoyada en la práctica identidad de los preceptos constitucionales en cuestión, y que encuentra sus orígenes en la obra de Calamadre, singularmente el su *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, en Rivista Giuridica del lavoro, 1952, I, pp. 222, 243 y ss. Vid. también para la doctrina italiana, Smuraglia, *La Costituzione e il sistema del diritto del lavoro*, Milán, 1958, y, últimamente, Ettore Gallo, *Sciopero e repressione penale*, Bolonia, 1981, págs.. 98 y ss., con amplias referencias a la doctrina laboral y penal. La tesis doctrinal ha sido asumida por el Tribunal Constitucional italiano, en su sentencia de 27 de diciembre de 1974, núm. 290; vid. E. Gallo, ob. cit., páginas 131 y ss.

aparece así no como un ataque al sistema institucional, sino como un contrapeso necesario frente a los condicionamientos facticos que dificultan a los poderes públicos la realización de la libertad y la igualdad¹⁴. Las consecuencias de esta nueva dimensión del derecho de huelga plasman directamente, como se verá, tanto en la valoración y delimitación de tipo delictivo de la huelga, como en el tipo de las coacciones laborales de los párrafos segundo y tercero del artículo 496.

Tras el reconocimiento de la huelga como derecho fundamental se ofrecen al legislador penal diversas alternativas “técnicamente posibles”. La primera de ellas sería la de no contemplar en absoluto a la huelga como objeto de discriminación¹⁵. Su punibilidad, o, mejor, la de las conductas relacionadas con la huelga, no tendría lugar más que a través de figuras delictivas destinadas a la tutela de bienes jurídicos de distinto signo, como el ordenamiento constitucional, el orden público, la libertad individual, etc. Otra de las alternativas posibles sería la de incriminar en un tipo especial determinadas clases de huelga, fundamentalmente las de carácter político, cuyo concepto admite muy diversas configuraciones, como se verá más adelante. Un ejemplo de esta tesis podría ser el propio artículo 222. Por último, sería pensable la creación de uno o varios tipos especiales que incriminasen diversas clases de huelgas ilegales, más allá de las de carácter político, v. gr.: las en los servicios públicos, las de solidaridad, etc.¹⁶.

En la elección de una u otra alternativa el legislador no es totalmente libre, pues también el legislativo, como los demás poderes, está sometido a la Constitución, a las declaraciones por ella pronunciadas y a los principios y valores consagrados en ella. Y es sobre todo al juego de estos principios y valores a lo que queda sometido el legislador, pues la norma fundamental solo excepcionalmente contiene preceptos dirigidos expresamente a ordenar la configuración como delito de conductas determinadas.

2) Consecuencias penales de la constitucionalización del derecho de huelga

La primera y más importante consecuencia que deriva para el legislador de la consagración de la huelga como derecho fundamental es la de que no está legitimado para incriminar el ejercicio del derecho de huelga *como tal*. El significado

14 Cfr. Sala, en Matia Prim y otros, cit., *Huelga, cierre patronal...*, cit., pág. 74.

15 Esta es la situación en el Código penal alemán vigente. Parcialmente es la orientación del Proyecto de CP de 1980, en el que no aparece el equivalente al actual 222, aunque, sin embargo, se prevé una figura de delito contra la Administración pública consistente en el promover, dirigir u organizar el abandono colectivo e ilegal del servicio público (art. 448).

16 Es el caso del Código penal italiano (arts. 502 y ss.). Proviene en su literal de 1930 y su no modificación por vía legislativa ha obligado a una lenta y poco precisa depuración por el Tribunal Constitucional. Vid., por todos, Gallo, *Sciopero e repressione penale*, cit., *passim*.

de la expresión es el siguiente: la huelga de los trabajadores frente al empresario representa materialmente el ejercicio de una presión dirigida a determinar en el empresario la decisión de hacer lo que los trabajadores reclaman. La presión se asienta en el perjuicio económico que para el empresario comporta la cesación del trabajo. La huelga es así un medio de fuerza, de intimidación, que ataca la autonomía de la voluntad del empresario para determinar libremente la contraprestación y su libertad y poder de organización laboral. La huelga *como tal* representa, por tanto, una conducta coactiva o en su caso amenazante, y como escribiera Calamandrei¹⁷, es esa función de coacción su razón de ser como derecho fundamental. Pues bien, de lo anterior se deriva que el reconocimiento por la Constitución de este comportamiento coactivo como contenido de un derecho fundamental resulta incompatible con su calificación como conducta delictiva contra la libertad individual, es decir, como coacciones o amenazas.

La razón de la exclusión de la aplicación de los tipos de coacciones o amenazas a la conducta de huelga no se encuentra tanto en que constituya ejercicio de un derecho o un conducta “socialmente adecuada”, sino, fundamentalmente, en que con la huelga no se ataca el bien jurídico protegido en los delitos de coacciones y amenazas, y a que el carácter institucional del derecho del empresario a verse libre de la presión que la huelga comporta —un derecho “negativo” a la huelga— para concertar las condiciones de trabajo¹⁸.

Frente al derecho del trabajador a suspender la prestación del trabajo, el empresario no tiene derecho más que a suspender la correspondiente contraprestación; ni siquiera le alcanza el derecho a la resolución del contrato de trabajo (despido) más que cuando la ley se lo autoriza en los supuestos de exceso del trabajador en el ejercicio del derecho de huelga: en las huelgas ilegales. Esta ausencia de ataque al bien jurídico de la libertad individual del empresario mediante la huelga es lo que determina que el problema del “exceso” —huelgas ilegales— en el ejercicio del

17 *Significato costituzionale del diritto di sciopero*, cit.; Neppi Modona, *Realtà sociale ed esercizio collettivo del diritto di sciopero*, cit., pág. 662 y nota 18.

18 Como acertadamente señalan Jorge De Esteban y López Guerra, la característica diferencial del derecho de huelga respecto de las demás libertades públicas estriba en que el ejercicio de estas tiene como uno de sus límites el respeto de las libertades y derechos ajenos, y la huelga, por el contrario, implica en su ejercicio necesariamente una lesión de bienes jurídicos ajenos, de los empresarios, de los consumidores, etc. (*El régimen constitucional español*, I, Barcelona. 1982, págs. 186 y ss., con referencia a Rivero). Tal consideración constitucional se asienta en la valoración de la posición de dominio del empresario como coactiva de facto, y la Constitución reconoce el derecho de huelga para neutralizar esa posición material de fuerza, para servir de contrapeso y permitir que las personas en estado de dependencia salarial establezcan una relación de fuerza en un sentido más favorable para ellas. En este sentido, expresamente inclusive en el empleo del término coacción, la sentencia del TC de 8 de abril de 1981, ordinal 22. Vid. también Valdés Dal-re, en Matia Prim y otros, *Huelga cierre patronal...*, cit., pág. 153.

derecho de huelga no tenga que resolverse en el marco de las coacciones o amenazas. De otro modo, los supuestos de huelga ilegal —o al menos buena parte de ellos— realizarían antijurídicamente el tipo (positivo de los delitos en cuestión y la no punición de tales conductas solo podría lograrse técnicamente recurriendo a los criterios de irreprochabilidad, adecuación medio-fin, etc., y además expedientes a los que se recurre en la teoría de los delitos de coacciones para verificar si un concreto hecho coactivo —no cubierto por una causa de justificación— pertenece o no a las restricciones de la libertad personal socialmente intolerables y, en consecuencia, si es o no una conducta típica¹⁹. Aplicado a la huelga, este sistema —como muestra la experiencia alemana— ha comportado tan grave inseguridad jurídica como insoportable intervención del Derecho penal en el ejercicio del derecho de huelga.²⁰

Al mismo resultado se llega —atipicidad de la huelga como tal comportamiento lesivo de la libertad de actuación o decisión— a través de una interpretación de la evolución legislativa de la consideración penal de la huelga. Si se partió históricamente de la punición de toda huelga, considerada en si como un atentado contra la libertad de formación del precio de la mercancía “trabajo”, para llegar progresivamente a una situación legal en la que se limita su punibilidad a las huelgas que sirven de instrumento para atentar contra la seguridad del Estado, puede concluirse que la voluntad del legislador es la de castigar tan solo las huelgas insurreccionales o sediciosas y ninguna otra. En realidad, la falacia de la libertad natural de la formación del precio de la mercancía encubre otra libertad: la de determinación del precio conforme a la “libre voluntad” del dador de trabajo, por esos no afecta al razonamiento anterior la ubicación “formal” del tipo al margen de los delitos contra la libertad. Sin embargo, estimo que esta argumentación político-criminal resulta a los efectos menos fructífera, ya que su “traducción los términos de la teoría del delito, y más concretamente en la del tipo y de su exclusión, puede llevarse a cabo tan solo a través del “inseguro”²¹ principio de la adecuación social, de resultados nefastos en su aplicación al problema de la huelga, como se ha indicado anteriormente²².

19 Entre nosotros, vid. Torio López “La estructura típica del delito de coacción”, en *ADP*, 1977, pág. 19 y ss. Para la doctrina alemana, vid. los comentarios al termino “reprochable” del § 240.

20 Su desarrollo monográfico constituye la obra de Niesse, *Streik und Strafrecht*, Tubinga, 1954. Vid una crítica del desarrollo doctrinal sobre la ilegalidad/punibilidad de la huelga en Daubler, *Strafbarkeit der Arbeitskämpfe*?, cit., *passim*.

21 Cfr. Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, I, Barcelona, 1981, pág. 343, con referencia bibliográficas.

22 Se ha recurrido a otros expedientes para alcanzar el resultado de la exclusión de la tipicidad de la huelga. Así, por ejemplo, Higuera, tras configurar a la huelga como un comportamiento omisivo, niega su tipicidad como coacción por no encontrarse el trabajador en posición de garante, ya que del contrato de trabajo no deriva una obligación para el trabajador de impedir el perjuicio que para el empresario comporta el hecho de la huelga (*El delito de Coacciones*, cit., pág. 163). Sin embargo, no resulta difícil configurar a la huelga como hacer activo, como desarrollo activo de energía o fuerza

Pues bien, sobre la base de la no legitimación para incriminar la huelga como tal, solo resultaría viable al legislador y a los jueces castigar las huelgas en base a tipos penales destinados a la tutela de bienes jurídicos diferentes al de la libertad de la voluntad. Es más, se rechaza igualmente la inclusión en los códigos penales de figuras delictivas especiales destinadas a la tutela de esos otros bienes jurídicos, pero en las que el tipo objetivo comporta la descripción de la conducta de huelga, como es el caso de nuestro artículo 222²³. Se estima en este sentido que una tutela eficaz de los bienes jurídicos merecedoras de ellas se alcanza con los tipos “comunes” que le son propios— como sería el caso, respecto de la seguridad del Estado, de los de rebelión y sedición— sin que nada aporte a tal fin la existencia de delitos de huelgas y, aún más, cuando tal etiquetamiento lleva consigo la introducción en los códigos de un principio de sospecha sobre la huelga, un indicio de su delictuosidad, de consecuencias negativas para el derecho fundamental.

El legislador postconstitucional no ha desarrollado empero el artículo 28.2 de la Constitución, ni en el plano laboral ni en el penal. La abstención reformadora nos determina a proyectar el análisis de los efectos del nuevo derecho fundamental sobre un tipo penal heredado, el vigente artículo 222. A tal fin conviene tener presente el cuadro de posibles efectos de la Constitución sobre normas penales anteriores.

En general, puede decirse que un precepto penal anterior a la Constitución que resulte interesado por la misma es susceptible de diversas clases y grados de afectación: a) Conforme a la disposición derogatoria, apartado 3, un precepto penal queda derogado en cuanto se oponga a lo establecido en la Constitución. Esta derogación puede operar parcialmente sobre el precepto, o bien, *in totum*²⁴. b) Allí donde no se produce la derogación, la Constitución puede afectar al precepto penal modificando o bien, imponiendo una interpretación distinta de la hasta el momento realizada sobre parte o todo del precepto penal, una interpretación conforme a la Constitución. La exigencia de una interpretación nueva y conforme a la Constitución se presenta en numerosas ocasiones y, particularmente, en todos aquellos preceptos penales en

(vid. Niese, *Streck und Strafrecht*, cit. páginas 25 y ss.) y, con ello, reaparece la tipicidad de la huelga. Por otra parte, el argumento citado no impediría aplicar el tipo de las amenazas, pues como tal podría definirse la conminación con iniciar o continuar una huelga, hipótesis esta última caracterizable como *vis compulsiva* y, por tanto, basculante entre las amenazas y las coacciones.

23 Cfr. Ramírez; *Huelga y cierre patronal*, cit. pág. 448; Morillas, *El derecho a la huelga y sus límites penales*, cit. pág. 187; Gallo; *Sciopero e repressione penale*, cit., pp. 137 y 143.

24 Ejemplo de lo primero es el de los delitos del Código penal para los que estaba prevista la pena de muerte juntamente con la privativa de libertad, la oposición de tal previsión a lo dispuesto en el artículo 15 determina la inexistencia para el precepto. Derogación *in totum* es la que afecta, por ejemplo, al artículo 483, por comportar una violación de la presunción de inocencia (art. 24.2) la presunción de homicidio o asesinato que subyace en la previsión de la pena de reclusión mayor para el reo de detención ilegal que no diere razón del paradero de la persona detenida. Vid Arroyo Zapatero, “Control constitucional del Derecho y de la Justicia Penal”, en *CPCrim.*, 17. 1982, pp. 385 y ss.

los que subyace una colisión de intereses, derechos o bienes jurídicos de rango constitucional, en los que la tutela del bien jurídico a que responde el tipo colisiona con un derecho fundamental del que es precisamente realización la conducta tipificada.²⁵

3) La sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981 y la interpretación conforme a la Constitución del artículo 222 del CP

Si se aplican los anteriores criterios en el contraste entre lo dispuesto en el artículo 222 del CP y en el 28.2 de la Constitución se llega a los resultados siguientes:

a) El literal del artículo 222,1, comporta una prohibición absoluta de la huelga a los funcionarios encargados de la prestación de los servicios públicos, pues castiga toda suspensión de los mismos que ocasione trastornos o alteren de cualquier forma su regularidad, que son los efectos intrínsecos a toda huelga, mientras que los funcionarios, en su calidad de prestadores de un trabajo por cuenta ajena, no son sujetos excluidos de la titularidad del derecho de huelga que proclama el artículo 28.2 de la Constitución con carácter general para todos los trabajadores.

Sobre el problema del derecho de huelga de los funcionarios²⁶ ha existido una cierta confusión, derivada del hecho de que el RDL 17/1977, que proclamó el derecho de huelga, no las incluía en el ámbito de sus destinatarios y, por su parte, excluyó expresamente de su aplicación al personal civil dependiente de los establecimientos militares. Tanto la omisión de los primeros como la exclusión de los segundos tenían un significado netamente prohibitivo. Tras la aprobación de la Constitución, un sector mayoritario de la doctrina laboral estimaba que los funcionarios no quedaban fuera del círculo de destinatarios del artículo 28.2 definido por el término de “trabajadores”, entendiendo que el mismo se empleaba en un sentido amplio, de personas que prestan su trabajo en régimen de ajenidad a cambio de una remuneración, a lo que se añadía que el artículo 6 de la Carta Social Europea reconoce el derecho de huelga de los funcionarios públicos, por lo que, además de servir de criterio para la interpretación del artículo 28.2, constituye derecho (posterior) interno.²⁷

El TC en la sentencia de 28 de abril de 1981 ha confirmado la anterior tesis, declarando que “el eventual derecho de huelga de los funcionarios públicos no está

25 Por ejemplo, tipo de las injurias y derecho a la libre expresión, delito de desobediencia al Juez o Tribunal y derecho al secreto profesional del periodista, etc.

26 Vid Ortega, L., *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, en prensa, Ed. Tecnos. El autor —a quien agradezco la amable autorización para su consulta— se ocupa monográficamente del derecho de huelga de los funcionarios públicos en el capítulo cuarto.

27 Cfr. Martín Valverde, *El derecho de huelga...*, cit., pág. 230; Ojeda Avilés; *Derecho sindical*, cit., pág. 306; Valdés Dal-Re, en Matia Prinm y otros, *Huelga, cierre patronal...*, cit., pág. 69.

regulado —y, por consiguiente, tampoco prohibido— por el RDL 17/1977”²⁸, por lo que se ha podido entender que, conforme al artículo 28.2, los funcionarios públicos disfrutaban del derecho de huelga sin más restricciones subjetivas que las que afectan a los cuerpos militares o militarizados y sin más restricciones objetivas que las que pueden corresponder en los casos en los que los servicios prestados sean servicios esenciales de la comunidad²⁹.

Por su parte, el segundo inciso del 28.2, en el que se dispone que la ley que regula el ejercicio de este derecho establecerá “las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”, no supone una suspensión del derecho de huelga para los sujetos encargados de tales servicios, sino tan solo restricciones por razón del ámbito en el que se ejerce el derecho de huelga³⁰.

A la vista de todo lo expuesto, el tenor literal del número 1º del artículo 222 se opone a lo dispuesto en el artículo 28.2 de la Constitución y, por tanto debería haber sido considerado un precepto derogado. Como se verá, la decisión del TC ha optado por otra vía, si bien comporta en la práctica los mismos resultados, pues equipara el tratamiento de las huelgas punibles de funcionarios a las de los demás trabajadores, incorporando al tipo —por vía de declaración de una interpretación conforme a la Constitución— de un elemento subjetivo del injusto: el propósito de atentar contra la seguridad interna del Estado. Aún más, la introducción del elemento subjetivo del injusto ha comportado una sustitución del bien jurídico tradicionalmente protegido por otro distinto. Anteriormente el bien jurídico tutelado era únicamente el servicio público como tal³¹, mientras que a partir de la sentencia lo que en sentido estricto la seguridad del Estado, pasando a ser el servicio público meramente el ámbito objetivo desde y en donde se verifica el ataque a la seguridad del Estado.

b) El número 2 del artículo 222 supone tan solo la prohibición penal de las huelgas y cierres patronales cuyo fin sea el de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad o perturbar su normal actividad. En principio, podría estimarse una “oposición” frontal entre este párrafo y el artículo 28.2, de la Constitución. Como ha sido indicado ya, se ha mantenido la tesis de que resulta incompatible

28 Cfr. ordinal 13, *in fine*, de la sentencia de 8 de abril de 1981.

29 Valdés Dal-Re, en Matia Prim y otros; *Huelga, cierre patronal...*, cit., páginas 69 y 70. No obstante, Alonso Olea, “La regulación actual del derecho de huelga”, en REDT, 7, 1981, pp. 285 y s., sigue manteniendo que el derecho de huelga no está reconocido constitucionalmente a los funcionarios y que de *lege data* resulta aplicable el artículo 222.1 del CP.

30 Vid. *infra* sobre la huelga en servicios públicos esenciales. También hay meras restricciones y no carencia del derecho en el supuesto del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares, vid. TC, sentencia de 8 de abril de 1981, ordina 25, y Albiol Montesinos, “Los derechos colectivos del personal civil no funcionario dependiente de establecimientos militares”, en REDT, 10, 1982, pág. 174.

31 Se trataba de “su regularidad”, cfr. Córdoba; Comentarios, III, cit., página 453, Valdés Dal-Re, en Matia Prim y otros, *Huelga, cierre patronal*, cit., pág. 70.

la consagración de la huelga como derecho fundamental y la existencia de un tipo penal que castigue el ejercicio de la huelga “como tal”³², es decir, que contempla como conducta objeto de punición conductas constitutivas de ejercicio de un derecho fundamental, estimando en consecuencia que la huelga como tal no puede merecer otra consideración penal que la de objeto de protección de figuras específicas de delito. Solo resulta aceptable para esta tesis la punición de conductas de huelga en tanto que comporte la lesión de bienes jurídicos tutelados en figuras de delito diferentes (orden constitucional, vida, libertad, propiedad), en donde lo que se castigue sea en consecuencia la rebelión, el homicidio, las coacciones, los daños, etc., es decir, no la huelga en sí misma, sino en cuanto medio, equivalente a otros, por el cual se comete un delito³³.

La conclusión de la tesis expuesta habría sido la consideración del artículo 222 como afectado por la cláusula derogatoria de la Constitución. Sin embargo, el TC, al resolver el recurso de inconstitucionalidad contra el RDL 17/1977, se ha mantenido lo que en este punto resulta un extremo prudente *self restraint*³⁴, y realizando una interpretación del precepto acorde con la Constitución ha declarado que, en tales términos, no es cuestionable la constitucionalidad del mismo. Se cierra así la vía a la argumentación anterior que, de otro modo, hubiese merecido preferencia y obliga al intérprete a partir de la pervivencia del precepto en cuestión y a completar la adecuación hermenéutica del mismo a la Constitución.

El literal de la declaración del TC en el apartado 26 de la Sentencia es el siguiente:

“El tipo delictivo dibujado no puede considerarse como inconstitucional si se tiene en cuenta que lo que se penaliza es un ataque contra la seguridad del Estado, esto es, tiene por finalidad la preservación del funcionamiento del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas.

Los delitos contra el Estado, al que atacan en cuanto entidad soberana y como estructura de la vida jurídico-política de la sociedad, son, incuestionablemente, delitos cuya producción requiere un dolo específico, que es la voluntad de subvertir la seguridad del Estado, o, como también se ha dicho, delitos de tendencia, según ha puesto de manifiesto una constante y reiterada doctrina de los tribunales. En estos términos, la constitucionalidad del tipo delictivo no puede ser cuestionada”.

32 Vid. supra la bibliografía citada en la nota 22.

33 En este sentido, Nuvoione, *Le leggi penale e la Costituzione*, Milán, 1953, pago. 119.

34 Que no creo justificado en este caso, tanto porque la declaración de inconstitucionalidad afectaría a un precepto emanado de fuente normativa que no merece particular respeto desde el orden de fuentes constitucional, como cuanto porque la derogación del mismo no era susceptible de dar ocasión a *horror vacui* alguno.

La sentencia, con efectos que trascienden al propio artículo 222, establece que los delitos contra la seguridad del Estado son delitos cuya producción o realización típica requiere un “dolo específico” —o elementos subjetivo del injusta, en términos de la dogmática moderna—, consistente en la “voluntad de subvertir la seguridad del Estado y, por otra, perfilar las características objetivas y subjetivas que derivan de la exigencia del *animus* atentatorio contra dicho bien.

4) La seguridad del Estado como bien jurídico

La expresión de “delitos contra la seguridad interior del Estado” es la que rubrica al Título II del Libro II del CP, acogiendo en su seno conductas bien distintas, inclusive bienes jurídicos diferentes, desde los delitos contra la persona del Jefe del Estado y los altos organismos de la Nación pasando por los delitos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona, la rebelión y sedición, las blasfemias, los atentados y desacatos, hasta las de tenencia y depósito de armas, municiones y explosivos. Señala por ello Muñoz Conde que la rúbrica es tan vaga e imprecisa como insuficiente e inidónea para servir la base común a todos los delitos que se recogen en dicho título. Con no menor pesimismo advierte Córdoba que no resulta fácil averiguar el significado que pueda corresponder a la “seguridad interior del Estado” en el Título II del Código³⁵.

En realidad, entiende el último de los citados, el hecho de que el Código de 1944 optara por rubricar todo el Título II con la expresión de referencia, con inclusión de materias tan diversas, así como con delitos de dudosa capacidad de poner en propio y verdadero peligro la seguridad del Estado, ha tenido como efecto el *desvanecimiento* del contenido de la seguridad interior del Estado como categoría comprensiva de los tipos descritos en el Título II del Libro II³⁶. En mi opinión, desde la entrada en vigor de la Constitución, el intento de averiguar desde el propio CP el significado de la expresión que nos ocupa carece de sentido, pues su inclusión en el Código en las condiciones en que hoy se encuentra es producto de la incorporación por la reforma de 1944 de los contenidos de la Ley de Seguridad del Estado de 1941, que es directa expresión del totalitarismo —Estado total o absorción de la sociedad civil por el Estado— político e ideológico de la época. Tiene por ello razón Muñoz Conde cuando identifica el concepto de seguridad interior del Estado del Código con la seguridad de los detentadores del poder estatal³⁷, pues el objeto fundamental del articulado era la defensa del régimen político entonces vigente y la prohibición penal de las libertades políticas.

35 Muñoz Conde, *Derecho penal*, 4ª ed., Sevilla, 1982, pág. 530; Córdoba, *Comentarios*, III, cit., pág. 117.

36 Ob. cit., pag. 118.

37 Ob. cit., pag 530.

Si se quiere captar el sentido de la expresión, se debe prescindir de la significación que derive la rúbrica del Título II todavía vigente; ahora, bien tampoco se encuentra un punto de referencia claro en los Códigos penales anteriores al de 1944. En efecto, el Código de 1822 distinguía entre delitos contra la Constitución y el orden político de la monarquía (Título I) y los delitos contra la seguridad interior del Estado y contra la tranquilidad y el orden Público (Título III), pudiendo señalarse dentro de este como delito contra la seguridad interior a la rebelión y a la sedición. Con mejor sistemática, el Código de 1848 dotaba al Título III de la rúbrica de delitos contra la seguridad interior del Estado y el orden público, correspondiendo al primero de dichos elementos los delitos de lesa majestad y los delitos de rebelión y sedición. El Código de 1870 prescinde de lo anterior y divide estos delitos en dos títulos, delitos contra la Constitución y delitos contra el orden público. En el primero, que es el II, se incluyen: los delitos de lesa majestad, contra las Cortes y contra la forma de Gobierno (cap. I), delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos individuales garantizados por la Constitución (cap. II) y en el Título II de los citados, que es el III, los delitos de rebelión, sedición, atentados, desacatos y desórdenes públicos. El Código de 1928 distinguía entre delitos contra los poderes públicos y contra la Constitución (Título II) y delitos contra el orden público (Título III). La expresión «seguridad interior del Estado» apareció tan solo en los dos primeros Códigos, en los que se encontraba ligada a los delitos de rebelión y sedición, pero la creación por el Código de 1870 del delito contra las formas de gobierno desplazado definitivamente a la rebelión y a la sedición al ámbito de los delitos contra el orden público. Este criterio, tras el paréntesis abierto por el Código de 1944, pervive en el Proyecto de Código penal de 1980. La cuestión se ha complicado aún más tras la LO 4/1980, pues al configurar al delito de rebelión como el delito contra la Constitución por excelencia, el delito de rebelión no es susceptible de calificación como delito contra el orden público.

Quizá la conclusión que derive de la evolución histórica es que tampoco esa sirve de guía hermenéutica para definir el concepto de seguridad interior del Estado y que resulta inevitable partir *ex novo* de la Constitución. Y es en este sentido como opera el TC en la sentencia de 8 de abril de 1981, en la cual se prescinde de la terminología del Código y se habla simplemente de “seguridad del Estado”, expresión que la sentencia expresamente define como “la preservación del orden constitucional, el libre desarrollo de los órganos del Estado y el ejercicio pacífico de los derechos y libertad ciudadanos”, y que, en consecuencia, debe entenderse con expresión referida al peligro de lesión de los bienes jurídicos en cuestión. De este modo, por “ataque” o “lesión” de la “seguridad” del Estado se ha de entender la puesta en peligro del orden constitucional y el libre desarrollo de los órganos del Estado.

El TC viene así a romper con una mistificación histórica del concepto de “seguridad del Estado” como bien jurídico autónomo susceptible de resultar “puesto en peligro” y determinante de la punición de la mera *puesta en peligro de la seguridad*. Como ha puesto de manifiesto F. Ch. Schroeder, la seguridad del Estado es solo una descripción sustantivada de la puesta en peligro del Estado mismo³⁸, es decir, del orden constitucional y el libre desarrollo de los órganos del Estado. En este preciso sentido se emplea en lo que sigue la expresión “seguridad del Estado”. De este modo, los delitos contra la seguridad del Estado no pueden dejar de comportar, además de un elemento subjetivo dirigido a tal fin, una conducta lesiva de dicha seguridad, es decir, *objetivamente idónea*³⁹ para poner en peligro el orden constitucional y el libre desarrollo de los órganos de Estado⁴⁰.

5) Los elementos objetivos y subjetivos del tipo del artículo 222

A los efectos de interpretar el artículo 222 a la luz de lo expuesto se han de concretar los elementos subjetivos y objetivos típicos y determinar, en consecuencia, en qué condiciones puede afirmarse que los mantenedores de una huelga se proponen lesionar el orden constitucional o el libre desarrollo de los órganos del Estado y en qué condiciones puede estimarse que la huelga es objetivamente idónea para producir tal lesión, o, en otras palabras, cuando los huelguistas persiguen atentar contra la seguridad del Estado y cuando la huelga *lesiona* dicha seguridad.

Para proceder a la caracterización de los referidos elementos objetivos y subjetivos del delito del 222, creo que podemos encontrar una pauta interpretativa en las figuras delictivas del Código penal junto a las que se encuentra ubicado el 222, es decir, los delitos de rebelión y sedición. Dos razones legitiman el recurso interpretativo a los delitos del artículo 214 y 218. En primer lugar, porque es en estas figuras

38 *Der Schutz von Staat und Versassung im Strafrecht*, Munich, 1970, páginas 308 y 389

39 Cfr. Schroeder, ob. cit., pag. 312

40 La referencia final que el TC hace al *ejercicio pacífico de los derechos y de las libertades ciudadanas* como bien jurídico tutelado en los delitos contra la seguridad del Estado es, sin duda, desafortunada, aunque condicionada quizá por la multiplicidad de figuras delictivas y de naturaleza diversa que vienen incluidas en el Título II del Libro II y que quedan abarcadas en consecuencia por la intitulación de su rúbrica como “delitos contra la seguridad interior del Estado”. Estimo en este sentido que la referencia mencionada afecta tan solo a la configuración del bien jurídico tutelado en el capítulo II (“delitos cometidos con ocasión del ejercicio de los derechos de la persona reconocidos por las leyes”) y no al tutelado en los restantes capítulos. La interpretación ha de ser forzosamente esta, pues, de otro modo, se desbordaría el ámbito del bien jurídico enunciado por el TC, invadiendo todo el Libro II, ya que también se ataca, en principio, al ejercicio pacífico de los derechos y libertades ciudadanas, por ejemplo, en los delitos contra la libertad y la seguridad e, inclusive, en los delitos contra la vida (art. 15 de la Const.) En lo que sigue, y por mantenernos en el ámbito de los delitos que tienen por destinatario al Estado y sus órganos, excluimos la toma en consideración de la referencia del último inciso de la declaración del TC en el análisis del bien jurídico de la huelga-sedición.

delictivas en donde están previstas las conductas colectivas de naturaleza asimilable a la de la huelga que atentan contra el orden constitucional —la Constitución misma— y contra los órganos fundamentales del Estado que encarnan y actúan el orden constitucional: las Cortes Generales y el Gobierno. En segundo lugar, porque la huelga-delito se encuentra legalmente ubicada y “considerada” como sedición. Esta circunstancia, que en el régimen jurídico anterior era una ficción de inspiración totalitaria, debe ser aprovechada en el régimen constitucional precisamente para fines político-jurídicos antagónicos.

La ficción radicaba en que el Código de 1944, al incorporar la Ley de Seguridad del Estado en 1941, trataba como sedición⁴¹ en el artículo 222 supuestos que, como ha puesto de relieve recientemente Córdoba, aparecen dotados de una naturaleza distinta a la que caracteriza a las acciones descritas en los artículos 214 y 218, constituida por un alzamiento dirigido a la consecución de determinados fines, como conducta colectiva que, conforme a las previsiones del artículo 226, hace necesaria la intervención de la autoridad gubernativa por la disolución y retirada de los rebeldes y sediciosos⁴². La ficción no se puede mantener, pues, entre otras razones, vulnera el principio de igualdad (art. 14 de la Constitución) y resulta arbitrario (art. 9.3 de la Constitución). Una vez que el TC no se ha pronunciado sobre este extremo y se ha mantenido la ubicación del precepto, estimo que el único modo de dar término a la ficción es atribuyendo a la conducta objetiva inculpada, la huelga, una caracterización similar a la de la conducta básica de la rebelión y de la sedición: el alzamiento.

Pero interpretar el delito del artículo 222 conforme a la pauta de las figuras del 214 y del 218 no solo permite obtener consecuencias sobre los caracteres externos de la conducta, sino que ayuda también a concretar cuales sean los supuestos típicos de atentado contra la seguridad del Estado mediante la huelga, sirviendo a tales efectos los fines consignados en los diferentes números de los citados artículos, cuya persecución mediante el alzamiento constituye el delito.

Conforme a lo primeramente expuesto, la conducta objetiva del artículo 222 en sus dos números, la “alteración de la regularidad del trabajo o del servicio”, la huelga debe entenderse no como cualquier “alteración”, sino aquella de envergadura tal que sea apta para lesionar la seguridad del Estado, para poner en peligro el orden constitucional y el libre desarrollo de los órganos del Estado⁴³. Debe tratarse, en

41 El tenor literal del artículo 222 del Código de 1944 era, “serán castigados”; el actual, que proviene de la reforma de 1965, reza, “serán castigados como reos de sedición”. Es esta también la expresión empleada por el Código de 1928 en su artículo 290, “Se consideraran asimismo delitos de sedición...”

42 Vid. Córdoba, *Comentarios*, III, cit., pág. 452. Sobre el carácter de ficción había llamado anteriormente la atención Quintano, en *Comentarios al Código penal*, Madrid, 1966, PAG. 559.

43 Cfr. Córdoba, *Comentarios*, III, cit., pág. 543

consecuencia, de una huelga general, o una huelga generalizada en un sector de la producción o de los servicios que, por su carácter estratégico u otras causas, resulte objetivamente idónea para quebrar el orden constitucional y el libre desarrollo de los órganos del Estado. Se requiere un movimiento huelguístico que por sus características permita encontrar sentido a los preceptos comunes a todos los delitos de rebelión y sedición: equivalencia a la sublevación, como una huelga masiva, dirigida o mantenida abiertamente, “a todo trance”, contra la autoridad, haciendo necesaria la intervención de la “fuerza pública o como único medio para cesar en su acción y evitar los efectos pretendidos, efectos que habrían de comportar el “sometimiento” del órgano constitucional a la fuerza. La exigencia de esta clase de conducta activa equipara, además, la conducta objetiva del artículo 222 a que es elemento común de la rebelión⁴⁴ y la sedición: el alzamiento público.

La exigencia típica de que se dé una efectiva paralización del trabajo, una huelga de las características enunciadas excluye del artículo 222 las conductas consistentes en el *aviso o advertencia de recurrir a la huelga*, en las que la verificación de la misma se somete a la condición de realización de la reclamación que se hace a los poderes públicos. La mera “amenaza” de huelga no realiza el delito del artículo 222. Cuestión diferente es si dicha amenaza cumple el tipo de las amenazas condicionales, tema está a resolver más adelante.

Para una mayor concreción de las características que ha de revestir la “fuerza-huelga”, resulta útil acudir ahora al análisis de los fines tipificados en los diferentes apartados del artículo 214 y 218. Si recurrimos a hora al catalogar los supuestos recogidos en los diversos números —seleccionando tan solo aquellos que pueden ser relevantes en relación a un movimiento huelguístico— de los artículos 214 y 218 podremos determinar quiénes han de ser los destinatarios del empleo de la huelga punible, así como la concreta finalidad cuya persecución mediante la huelga la convierte en delito⁴⁵. Así, los fines de la rebelión o la sedición que resultarían susceptibles de perseguirse mediante huelgas son los siguientes:

- a) “*Arrancar* alguna resolución a las cortes Generales” (art.214.4)
- b) “*Impedir o coartar* al Gobierno o sus miembros el libre ejercicio de sus facultades” (art 214.6)
- c) “*Impedir* la promulgación o la ejecución de las leyes” (art. 218.1)
- d) “*Impedir* a cualquier autoridad o funcionario público el libre ejercicio de sus funciones o el cumplimiento de sus providencias administrativas o judiciales.”

44 La presencia de una rebelión “sin alzamiento”, en el artículo 217.1, no afecta a la argumentación expuesta, pues lo que en el citado artículo se castiga es la efectiva obtención del fin reseñado en los números del artículo 214.

45 En la primera de las versiones legislativas de la huelga-sedición se hacía expresa referencia a los fines del artículo de la rebelión. Cfr. artículo 290 del CP de 1928.

De los supuestos enunciados se pueden deducir las características *fundamentales que han de revestir las huelgas punibles*:

- a) Deben ser huelgas dirigidas frente a las Cortes Generales, el Gobierno, los ministros o las autoridades y funcionarios en el ejercicio de sus funciones, círculo de destinatarios que puede sintetizarse en la expresión “poderes públicos”. Aún más, los huelguistas deben dirigirse a los poderes públicos en su calidad de órganos políticos en los que se encarna o realiza la soberanía popular, y no meramente en su condición posible de sujetos privados, por ejemplo, como empleadores en el sector público.
- b) La huelga debe pretender de los poderes públicos un determinado comportamiento activo o pasivo (arrancar una resolución, la no ejecución de una ley o de una providencia, la no adopción de una resolución, etc.), contrario a la voluntad del poder público correspondiente.
- c) La huelga se emplea como instrumento o medio para vencerla voluntad contraria del órgano político, para imponerle la voluntad de los huelguistas a través de la fuerza o la intimidación (“arrancar”, “impedir”, o “coartar”). Lo que la huelga persigue en primer término es, pues, intimidar, forzar o violentar la voluntad del órgano político.

Las dos primeras características sitúan el ámbito de las huelgas punibles en el de las denominadas en términos amplios huelgas políticas. La tercera opera discriminando las huelgas políticas punibles de las no punibles, sean contractualmente legales o ilegales. Si esto es así, resultara fructífera una aproximación al concepto y problema de las huelgas políticas y, tras ello, proceder al examen de las diversas tipologías básicas de huelgas políticas que la realidad sindical ofrece en orden a su calificación jurídico-penal como subsumibles en el artículo 222.

Por *huelgas políticas* se entiende, generalmente, las que tratan de presionar sobre los poderes públicos para obtener de los mismos una determinada conducta activa o pasiva⁴⁶. Dentro de estas cabe distinguir diversas clases. Así, por ejemplo, el Comité de libertad sindical de la OIT distingue entre *huelga política pura*, que es la que va dirigida contra la política del Gobierno, sin que su objeto sea un conflicto de trabajo, y huelga de imposición económico-política o huelga política con trascendencia laboral, que sería la dirigida contra las medidas de una política de Gobierno que afectan a las relaciones de trabajo⁴⁷, y admite la licitud de esta segunda. La doctrina laboral española admite estas y otras distinciones dentro del concepto genérico de huelga política, que operan depurando el ámbito de huelgas políticas ilegales. Es más, en conexión con la dimensión pública e institucional a que anteriormente se hizo referencia, un sector doctrinal relevante estima que la huelga política no resulta

46 Cfr. Ramírez, *Huelga y cierre patronal...*, cit., pág. 455.

47 Vid. OIT, *La libertad sindical*, Ginebra, 1976, pp. 112 y ss.

ajena al contenido esencial del derecho fundamental del artículo 28.2⁴⁸, y afirma su constitucionalidad. Se argumenta en este sentido con el valor institucional de la huelga en el Estado democrático como instrumento promocional de la igualdad sustancial. También en apoyo de lo anterior se sostiene con acierto que en una sociedad industrial en la que el Estado interviene directa o indirectamente en el ámbito de la economía y de lo social resulta vano el intento de aislar en la práctica una esfera de lo político al margen de lo social, de discriminar límites precisos entre lo político-profesional y lo político *tout court*⁴⁹. En definitiva, se afirma la no disfuncionalidad de la huelga política respecto del sistema democrático⁵⁰.

La calificación de la huelga como política tiene consecuencias diferenciadas en el plano laboral-contractual y en el penal. En el primero, la calificación de política lleva consigo, conforme establece el artículo 11 RDL de relaciones laborales, la declaración de ilegalidad y correlativamente las consecuencias jurídicas previstas al efecto en el artículo 33. j, en relación con el artículo 16.1, consistentes en la posibilidad del despido disciplinario. En el plano penal, la calificación de la huelga como política no tiene consecuencias directas. Nos sirve tan solo para situar los casos concretos a los que *puede* ser aplicable el artículo 222, conforme a los criterios anteriormente expuestos. En efecto, el objeto de la pretensión que se reclama a los poderes públicos puede ser de naturaleza muy diversa. Puede referirse a condiciones de trabajo en sentido estricto, a cuestiones sociolaborales, como las prestaciones de la Seguridad Social, a materia educativa o sanitaria. También puede referirse a materias puramente políticas, como, por ejemplo, a la acción gubernamental frente al golpismo o el terrorismo. En otro orden de cosas, la conducta activa o pasiva que se reclama de los poderes públicos puede ser constitutiva de delito o puede pertenecer al ámbito de libertad de decisión política de los poderes públicos.

Salvo en las hipótesis en las que la pretensión es constitutiva de delito —v. gr.: que el Gobierno destituya al Jefe del Estado, que incumpla una sentencia del TC, o una ley aprobada por las Cortes, o que las Cortes aprueben una modificación de la Constitución sin respetar el procedimiento establecido por la misma—, estimo que la naturaleza de las pretensiones es irrelevante para la calificación delictiva de la huelga. Reclamar una determinada decisión de los poderes públicos, pretender influir en la toma de decisión de los órganos políticos es algo consustancial al sistema político de la democracia, como se ha expuesto anteriormente. Lo penalmente

48 Vid. Sala, en Matia Prim y otros, *Huelga, cierre...*, pág. 75; Ojeda Avilés, *Derecho sindical*, cit., pág. 314; De la Villa, *Algunas reflexiones...*, cit. pág. 101.

49 Valdés Dal-Re, *Limites al derecho de huelga*, cit., pág. 30; Gallo; *Sciopero e repressione penale*, cit., pág. 129; Nuvolone, *Le leggi penale e la Costituzione*, cit., pág. 116. Duran llama la atención al respecto de que la negociación colectiva en los últimos años se ha verificado de forma concertada, con participación en ello del Gobierno; vid. *El régimen legal de la huelga...*, cit., pág. 67.

50 Cfr. Ramírez, *Huelga y cierre patronal...*, cit., pág. 455.

relevante es el modo de reclamar la pretensión, cuestión está que ilumina la tercera de las notas que caracterizan las conductas y finalidades contempladas en los artículos 14 y 218: la pretensión se intenta alcanzar mediante la fuerza o intimidación. Lo que se proponen los huelguistas es intimidar, forzar la voluntad del órgano político, y con esto regresamos a los caracteres objetivos de la huelga punible a los que nos hemos referido anteriormente. En este sentido, si la huelga es conceptualmente un instrumento de fuerza, de intimidación, y si es esta fuerza o intimidación lo que constituye el contenido material del derecho fundamental, el mero ejercicio de la huelga no puede constituir la fuerza o intimidación típica del delito, el elemento que convierte a la huelga en punible. Y si lo injusto de la fuerza o la intimidación típica del delito, el elemento que convierte a la huelga en punible. Y si lo injusto de la fuerza o la intimidación no puede consistir en el hecho de la huelga, este debe situarse en un momento objetivo y subjetivo diferente que puede describirse del modo siguiente: la presión —la fuerza o intimidación— que supone la huelga se ejerce incondicionadamente, “a todo trance” o “a ultranza” —en términos de las laboristas—, comportando así una voluntad por parte de los huelguistas que no acepta la autonomía, la libertad última del propio órgano para adoptar una resolución y para llevarla a término. Son únicamente esos casos de huelga de grandes dimensiones y “a todo trance” las huelgas de las que puede decirse, con los términos de los artículos 214 y 218, que pretender “arrancar” una resolución a las Cortes, “impedir o coartar” al Gobierno o a sus miembros el libre ejercicio de sus facultades, “impedir” que se reúnan o deliberen o, por último, “impedir” la promulgación de las leyes⁵¹.

VI. TIPOLOGÍA DE HUELGAS Y RESPONSABILIDAD PENAL

Para concluir, conviene precisar los criterios expuestos en relación con tipos o supuestos de huelga de posible relevancia penal a los efectos del artículo 222.

a) Huelga de demostración de protesta

Por tales se entienden las huelgas de corta duración que no tienen otra finalidad que la de mostrar a los poderes públicos el sentimiento o la opinión que una determinada situación de la competencia directa o indirecta de los mismos merece a los huelguistas. En estas huelgas falta uno de los elementos típicos esenciales, como es el pretender imponer a los poderes públicos determinado comportamiento activo o pasivo. Se trata en estos casos, como señala Niesse⁵², de manifestaciones

51 Sobre el criterio de duración y modo de la huelga para determinar los límites entre la “presión” lícita y la “coacción”, vid. Baylos, *El derecho de huelga en los servicios esenciales*, cit., pág. 48.

52 *Streik un Strafrecht*, cit., pp. 94 y 167.

de voluntad propia, sin pretensión de afectar a las ajenas, no existiendo, por tanto, el elemento de la intimidación.

b) Huelgas reivindicativas

Son aquellas en las que se pretende un determinado comportamiento de los poderes públicos y a ellas es a las que puede aplicarse todo lo dicho hasta ahora. Resulta indiferente, como también se ha indicado, que la resolución que se reclama de los poderes públicos se puede calificar de profesional, socio-profesional, político-social o política pura. Lo relevante desde el plano de los delitos contra la seguridad del Estado no es la naturaleza de lo que se pretende, sino el modo en que los huelguistas se proponen alcanzarlo: mediante una huelga que por sus dimensiones o características, porque están dispuestos a conseguir su objetivo “a todo trance”, resulta intimidante para los poderes públicos, y dicha intimidación, de tener éxito, lesionaría “el orden constitucional y el libre desarrollo de los órganos del Estado”. Si la huelga reivindicativa no presenta estas características de gravedad idónea para intimidar a los poderes públicos, por ejemplo, porque la huelga ha sido convocada por tiempo determinado y breve duración, la huelga no realiza el tipo del artículo 222. Sus consecuencias jurídicas se agotan en las sanciones contractuales y administrativas.

c) Huelgas en servicios públicos esenciales

Constituye este ámbito laboral el lugar más común de limitación del derecho de huelga en los diferentes ordenamientos jurídicos⁵³, y a ello se refiere la Constitución cuando en el artículo 28.2, tras reconocer el derecho precisa que “la ley que regule su ejercicio establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad”⁵⁴.

La inexistencia de una ley de desarrollo del artículo 28, así como la no regulación de cuáles deben ser tales garantías en la legislación anterior a la Constitución, determinan una considerable inseguridad jurídica en este ámbito. El artículo 10.2, del RDL 17/1977 se limitaba a habilitar a la Autoridad Gubernativa⁵⁵ para acordar

53 Para el Derecho comparado y la situación en nuestro ordenamiento, vid. la exhaustiva monografía de Baylos, *El derecho de huelga en los servicios esenciales para la comunidad*, Servicio de reprografía de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, y sobre la doctrina del Tribunal Constitucional, el mismo, *Huelga y servicios esenciales*, en Dieciséis lecciones sobre el derecho del trabajo y justicia constitucional, en prensa.

54 Igualmente en el artículo 37.2

55 Conforme ha establecido el Tribunal Constitucional —Cfr. sentencia de 5 de noviembre de 1981 (CC), ordinal 4, 5 y 6—, las instancias públicas competentes para acordar tales medidas son el Gobierno de la Nación y los órganos de gobierno de las CCAA. Vid. Baylos, *Huelga y servicios esenciales*, cit., ap. 3, 4. Ortega, L., considera desafortunada la tesis del TC por estimar que comporta una

las medidas necesarias para asegurar el funcionamiento de los servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad cuando la huelga se declare en empresas encargadas de la prestación de estas y concurran circunstancias de especial gravedad. El precepto ha sido interpretado por el TC en las sentencias de 8-IV-81 (RI), 17-VII-81 (RII) y 5-XI-81 (CC), sin que a pesar de ello se hay alcanzado la imprescindible delimitación del propio concepto de servicio público esencial, del grado mínimo en el que se ha de prestar el servicio de en caso de huelga y de las consecuencias jurídicas que pueda comportar su no mantenimiento. A la espera de una concreta regulación jurídica de la cuestión se pueden adelantar los siguientes criterios en orden a la aplicación del artículo 222 y otras responsabilidades penales.

El no mantenimiento de los servicios puede verificarse por decisión unilateral de los propios huelguistas, mediando o no una determinación previa de cuales deban ser estos por parte del Gobierno. Si la huelga se produce sin previa fijación gubernativa de los mínimos del servicio a cubrir, la huelga solamente merecerá la aplicación del artículo 222 si se dan en ella los elementos típicos que le caracterizan: empleo de la misma con el fin de intimidar a los poderes públicos y obstaculizar mediante ello una determinada decisión. A los efectos de realizar los elementos típicos la única especialidad de relevancia penal de estas huelgas⁵⁶ es que resultan más “idóneas” que las realizadas en otros ámbitos de la producción o los servicios para obtener el efecto intimidante en los poderes públicos, pues, de entre las diversas clases de huelga, es la que implica la no prestación de tales servicios públicos esenciales la que comporta las más graves alteraciones en la vida cotidiana de los ciudadanos y en la acción del Gobierno. Con todo, y aún en el caso de huelgas de este tipo singularmente graves por su extensión o duración, quedara excluida la aplicación del artículo 222 si la huelga se dirige a los poderes públicos como empleadores directos de los huelguistas, que sería el caso de la huelga de funcionarios por motivos profesionales, ya que el mencionado artículo requiere, además de la idoneidad intimidante de la huelga, el que se dirija a los poderes públicos en cuanto órganos políticos, que es el caso en el que la huelga objetiva y subjetivamente atenta contra la seguridad del Estado.

Cuestión distinta se plantea en los supuestos en los que media un Decreto gubernativo por el que se establecen los servicios mínimos a prestar por los huelguistas. A esta intervención gubernativa se puede llegar desde la hipótesis anterior —el Gobierno interviene, una vez declarada la huelga con incumplimiento— o bien, con

deslegalización que vulnera la expresa reserva de ley del artículo 28.2; vid. *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, cit., cap. IV, E.

⁵⁶ La reforma del artículo 222 por el RDL 17/1977 vino precisamente a despenalizar las huelgas de “funcionarios, empleados y particulares encargados de servicios públicos o de reconocida e inaplazable necesidad”, que hasta entonces se castigaban como tales huelgas *per se*, sin requerir elemento subjetivo del injusto alguno.

anterioridad a la huelga, dictando el Decreto en el tiempo que media entre el aviso de huelga y su realización efectiva. En estos dos supuestos, si se cumple el Decreto regulador, pero no se dan los elementos típicos del artículo 222, por ser una huelga de carácter local o de corta duración, es decir, que no es una huelga “a todo trance” y, en consecuencia, no idóneamente intimidante en el sentido antes expuesto, la relevancia penal solo puede derivar del incumplimiento del Decreto regulador. Sin embargo, los Decretos dictados hasta la fecha establecen expresamente las consecuencias jurídicas de su incumplimiento, y en todos ellos se agotan en la declaración de que “los paros y alteraciones en el trabajo, por mínimos de mantenimiento, serán considerados ilegales a los efectos del artículo 22, del DL 17/1977 de 4 de marzo, pudiendo ser, por tanto, causa determinante del despido”. En el caso de los funcionarios públicos, las sanciones son las que establece el Reglamento de Régimen Disciplinario de los Funcionarios de la Administración del Estado, de 1969. Destaca Baylos con acierto que no se prevé otro tipo de sanciones, como las derivadas de la LOP o la penal del artículo 222⁵⁷. El contraste de estas disposiciones sancionadoras puramente civiles y disciplinarias con la tradición de las cláusulas que salvan las responsabilidades administrativas y penales en esta clase de disposiciones legales y reglamentarias⁵⁸, abona la tesis de que el mero incumplimiento de lo dispuesto en los decretos de servicios mínimos no comporta responsabilidad penal alguna. Por su parte, tampoco el incumplimiento de lo preceptuado en el Decreto regulador puede dar lugar a responsabilidades por el delito de desobediencia (artículo 237 y 570.5), ya que este exige como presupuesto una orden concreta y personalmente dirigida al sujeto⁵⁹.

El artículo 238 queda igualmente excluido, pues no se incluyen en el precisamente las prestaciones de servicios, sino tan solo las operaciones relativas a mercancías. Únicamente sería de aplicación el artículo 249 si, además de tratarse de una huelga en los servicios ferroviarios o de comunicaciones, se producen *daños* materiales en el mismo, pero nos encontraríamos en este caso ante conductas que van más allá de la huelga en sí⁶⁰.

La huelga en servicios públicos esenciales sin mantenimiento de las prestaciones mínimas podía dar lugar con anterioridad a la Constitución a la militarización de los trabajadores en huelga, regulada por la Ley 50/1969, básica de movilización militar,

57 *El derecho de huelga en los servicios esenciales*, cit., pág. 518.

58 Por ejemplo, en el DL 5/1975, sobre regulación de los conflictos colectivos de trabajo, en cuya disposición adicional segunda se declara que “las sanciones que establece este DL se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley de Orden Público y en el Código Penal”. Vid. también el artículo 10 de la LO 4/1981, sobre los estados excepcionales.

59 Cfr. Córdoba, *Comentarios*, III, cit., pág. 521.

60 Lo mismo debe decirse de aquellos casos en los que la huelga en un servicio esencial, p. ej., en un hospital, se realiza en forma que no se atienden las urgencias y un paciente fallece; nos encontramos aquí con un delito de omisión de socorro, o, en su caso, de homicidio, y no ante un “delito de huelga”.

con la consecuencia de que el personal movilizado quedaba sujeto al CLM (art. 18) y resultaba aplicable la figura del delito de sedición militar (art. 95 y ss. del CLM) en el caso de continuación de la huelga. Ya con anterioridad a la Constitución se negaba que la Ley de movilización pudiera resultar de aplicación fuera de los casos de estado de excepción y de guerra.⁶¹ En la actualidad tal clase de intervención en el derecho de huelga ha de considerarse inconstitucional, puesto que comporta una suspensión del derecho de huelga y la Constitución tan solo autoriza la suspensión del derecho fundamental del artículo 28.2, en los supuestos de declaración del estado de excepción o de sitio (art. 55.1 de la Constitución)⁶². Al análisis de estos supuestos dedicamos el siguiente apartado.

d) Huelga y estados de alarma, excepción y sitio

La Ley Orgánica 4/1981, de 1 de junio, reguladora de los estados de alarma, excepción y sitio, que desarrolla los artículos 116 y 55.1, de la Constitución, autoriza la suspensión del derecho de huelga en los estados de excepción (art. 23) y sitio (art. 32.3, en relación con el art. 23), si tal suspensión resulta prevista en la preceptiva autorización del Congreso de los Diputados. Sin embargo, y contra lo previsto en el artículo 55.1 de la Constitución, parece establecer de modo indirecto la posibilidad de suspender el derecho de huelga también en el estado de alarma, a través de la habilitación que hace al Gobierno para proceder a la movilizaciones personal (art. 12.2), en los supuestos *c)* y *d)* del artículo 4 de la Ley: “paralización de los servicios públicos esenciales para la comunidad, cuando no se garantice lo dispuesto en los artículos 28.2 y 37.2⁶³, de la Constitución y concurra alguna de las demás circunstancias o situaciones contenidas en este artículo”⁶⁴ y situaciones de desabastecimiento de productos de primera necesidad”⁶⁵.

61 Cfr. Baylos, *La militarización de los servicios públicos*, en Cuadernos de Derecho del Trabajo, 3, 1977, pág. 122.

62 Cfr. Ramírez, *Huelga y cierre patronal...*, cit., pág. 446, Albiol Montesinos, *Los derechos colectivos del personal civil...*, cit., pág. 177.

63 Se refiere al mantenimiento de los servicios mínimos para la comunidad.

64 Referidas a situaciones catastróficas, crisis sanitarias y a la propia circunstancia del apartado *c)*. Nótese que no basta la paralización del servicio público esencial, sino que se requiere que concurra alguna de las otras circunstancias enumeradas. Esta exigencia, introducida precisamente para evitar la afectación del derecho de huelga, neutraliza la pretensión de sustantividad de la huelga en servicios públicos como presupuesto habilitante del estado de alarma y equivale a la inexistencia jurídica del propio apartado *c)*, pero este era precisamente el propósito del grupo parlamentario a cuya iniciativa se introdujo la modificación. Vid. Santaolalla López, *Crónica parlamentaria sobre la LO 4/1981*, en REDC, 2, 1981, pág. 268.

65 Una vez excluida la huelga en servicios públicos como presupuesto habilitante autónomo del estado de alarma (vid. nota anterior) con la finalidad de no afectar el derecho de huelga en este supuesto

Aun en la hipótesis de una interpretación conforme a la Constitución de los mencionados preceptos que excluyera la posibilidad de decretar una modificación de trabajadores que suspendiera su derecho a huelga durante el estado de alarma⁶⁶, el problema de las consecuencias jurídico-penales de la movilización seguiría subsistiendo en los casos de excepción y de sitio, en los que el Congreso de los Diputados hubiese autorizado la suspensión del derecho de huelga, ya que la autorización parlamentaria de tales estados comporta la atribución automática al Gobierno de la facultad de ordenar la movilización (arts. 28 y 32.3). Pues bien, ni siquiera en estos supuestos se estima constitucionalmente viable una dinámica normativa que a partir de la cláusula del artículo 18 de la Ley de Movilización (“el personal movilizado o militarizado quedara sujeto al Código de Justicia Militar”) hiciera aplicable el artículo 295 y siguientes, a los participantes en una huelga en una empresa movilizada. Varias razones abonan esta tesis. En primer lugar, porque en el estado de excepción —que responde a razones políticas— la extensión de la jurisdicción militar a los supuestos de trabajadores movilizados comporta la extensión de la misma más allá del ámbito estrictamente castrense⁶⁷, al que el artículo 117.5 de la Constitución limita dicha jurisdicción especial entiendo de paz. “Convertir” por razones de orden público (art 13.1, de la LO 4/1981) en delito militar una conducta constitutiva a lo más de un delito del Código penal común y sometido a la jurisdicción ordinaria constituye materialmente un fraude de etiquetas, que, por otra parte, no parece que fuera un propósito del legislador al aprobar la cláusula de movilización, susceptible de enervar otras consecuencias jurídicas efectivamente pretendidas. En segundo lugar, y abonando lo anterior, si ni siquiera durante el estado de sitio es conforme a la ley reguladora el someter a un delito común al conocimiento de la jurisdicción militar más que cuando tal cambio sea expresamente determinado respecto de delitos concretos por la autorización del Congreso de los Diputados (art. 35), con mayor razón habrá de negarse la posibilidad de tal cambio de la naturaleza del delito, de la penalidad y de la jurisdicción⁶⁸, en base al juego automático de una ley preconstitucional, como es la Ley de Movilización, tanto más cuando la conducta básica puede inclusive no ser constitutiva de delito alguno.

y con su sola ocasión, cabe interpretar la hipótesis del desabastecimiento como toda aquella que no sea debida precisamente a una huelga.

66 Vid. notas anteriores. Contra la posibilidad de suspensión indirecta del derecho de huelga en el estado de alarma, también, Berdugo, *Garantías en la Constitución ante la suspensión de los derechos fundamentales*, en *Sistema*, 42, 1981, pág. 70, Albiol Montesinos, *Los derechos colectivos*, cit. pág. 178.

67 Cfr. Berdugo, “Los estados de alarma, excepción y sitio. Comentario a la LO 4/1981”, en *Rev. de Pol. Comparada*, 5, 1981, pág. 112.

68 Sobre la vigencia del principio de legalidad en el estado de sitio, v. Barbero Santos, *La pena de muerte en la Constitución*, *Sistema*, 42, 1981, pág. 54.

Si se admite la tesis expuesta, que rechaza la posibilidad de aplicar a las huelgas en empresas movilizadas los artículos 295 y ss. del CJM, las consecuencias jurídico-penales de la huelga —en cuanto mera paralización del trabajo— en los estados excepciones serían las siguientes:

—En el estado de alarma el incumplimiento de las órdenes gubernativas sobre regulación del trabajo —ya sea mediante una huelga u otra clase de comportamiento— podrá dar lugar a responsabilidad penal por el delito, en su caso, falta de desobediencia. A tal consecuencia parece llevar el artículo 10 de la Ley cuando establece en su apartado 1 que “el *incumplimiento o resistencia*” a las órdenes de la autoridad competente en el estado de alarma será sancionado con arreglo a lo dispuesto en las leyes”. Ha de tratarse, no obstante, de órdenes de la Autoridad, concreta y personalmente dirigidas al huelguista, y no una mera desobediencia abstracta a una norma reglamentaria o a la propia Ley.

—En el estado de excepción, cuando hubiese comportado la suspensión del derecho de huelga (art. 23), la mera cesación del trabajo podrá dar lugar a responsabilidad criminal por desobediencia en las mismas condiciones que en el supuesto anterior. La posibilidad de imponer sanciones administrativas viene expresamente reconocida en el artículo 13 de la Ley cuando precisa que la autorización del Congreso deberá establecer, entre otros extremos, “la cuantía máxima de las sanciones pecuniarias que la Autoridad gubernativa está autorizada a imponer, en su caso, a quienes contravengan las disposiciones que dicte durante el estado de excepción”.

—Igual consecuencia jurídica se produciría en el estado de sitio con la única variante de que la declaración del mismo puede determinar que el delito de desobediencia —in genere o en relación con la suspensión del derecho de huelga— o el del artículo 222 del CP, quede sometido durante su vigencia a la Jurisdicción militar (art. 35).

Debe señalarse, por último, que lo expuesto se refiere tan solo a la relevancia penal que la declaración de los mencionados estados excepcionales puede comportar respecto de una huelga como cesación de trabajo. Si la huelga no es una mera cesación de la actividad laboral, sino que reviste las características objetivas y subjetivas que hemos señalado como propias del artículo 222 del CP —huelga de graves consecuencias para la vida comunitaria, dirigida con fin intimidante contra los poderes públicos, reclamando de estos una determinada conducta—, será esta figura delictiva la aplicable.

VII. RELEVANCIA PENAL DEL CIERRE PATRONAL

El cierre patronal, entendido como la decisión empresarial de clausura temporal del lugar de trabajo con el fin de ejercer presión sobre los trabajadores para mantener

las condiciones de trabajo existentes o crear otras más favorables a la empresa⁶⁹, puede alcanzar relevancia penal a través del delito del artículo 222 y de los delitos de coacciones.

1) El cierre patronal y el artículo 222 del CP

El artículo 222 incrimina la suspensión o las alteraciones la regularidad del trabajo con el fin de atentar contra la seguridad del Estado, perjudicar su autoridad o perturba su normal actividad, tanto cuando la suspensión o alteración es obra de los trabajadores como de los patronos.

Tras la Constitución se hace necesario, también, una adecuación a la misma del artículo 222, si bien, con una diferencia respecto de lo que fundamentaba la tarea hermenéutica en relación a las huelgas, pues no nos encontramos en el cierre con una conducta que integre el ejercicio de un derecho fundamental “pleno”. Sobre este extremo rece total unanimidad entre quienes califican todo cierre patronal como una conducta ilícita y no reconocida por la Constitución, como por parte de quienes afirman que constituye uno de los contenidos del Derecho —no fundamental— de adoptar medias de conflicto colectivo, reconocido en el artículo 37.2^a. La afectación constitucional del artículo 222 en relación al cierre patronal deriva tan solo de las consecuencias que el nuevo orden comporta para la configuración objetiva y subjetiva de los delitos contra la seguridad del Estado, en los términos fijados por la sentencia del Tribunal Constitucional de 8 de abril de 1981.

Ahora bien, así como toda suspensión o alteración de la regularidad del trabajo por parte de los obreros como colectivo es susceptible de integrar al concepto de huelga y, es más, la conducta típica del artículo 222 en su dinámica obrera exige un sujeto activo plural⁷⁰, la suspensión o alteración de la regularidad del trabajo en la vertiente patronal de la incriminación se agota en la categoría del cierre patronal individual. Sería condición bastante⁷¹ el cierre adoptado por un solo empresario, pero caben también otras medidas patronales —sin clausura del lugar del trabajo, sin exclusión del mismo de los trabajadores cuyo resultado —dolosamente perseguido— sea la paralización del trabajo con fines distintos al de incidir en la negociación colectiva. Puede pensarse, por ejemplo, en la decisión de un empresario o grupo de empresarios que paralizan la actividad laboral en la empresa o empresas con el fin de imponer al Gobierno la adopción de determinadas medidas contra los terroristas o en el ámbito económico, etc. En relación al elemento “alteración de la regularidad

69 Vid Alonso García, *La huelga y el cierre empresarial*, cit., pág. 85, Alonso Olea, *La regulación actual del derecho de huelga*, cit., pp. 300 y ss.; Valdés Dal-Re, en Matia Prim y otros, cit., pp. 145 y ss.

70 Cfr. Bueno Arús, *Notas sobre el proyecto de ley...*, cit., pág. 10; Rodríguez Devesa, *Parte Especial*, 1980, pág. 823; Córdoba, *Comentarios*, III, cit., pág. 460.

71 Cfr. Córdoba, *Comentarios*, III, cit., pág. 460 y nota 18.

del trabajo”, por parte patronal es indiferente que este se lleve a cabo con “cierre” o con cualquier otra medida, v. gr., el corte de energía eléctrica, la negativa a abonar el pago de las materias primas que determina al proveedor a no proporcionárselas, etc.

Sin embargo, el hecho de que tales objetivos se persigan más frecuentemente con el cierre patronal y con el subsiguiente conflicto laboral, determinante de una mayor capacidad de presión frente al Gobierno, nos induce a centrar el análisis en la conducta del cierre, pero sin que deban perderse de vista las demás hipótesis enunciadas.

La traslación al cierre de la caracterización objetiva y subjetiva de la huelga punible conforme al artículo 222, que hemos derivado del ordinal 26 de los fundamentos jurídicos de la sentencia, puede formularse en los siguientes términos: el cierre empresarial será conforme al artículo 222 cuando se adopte con la finalidad de atentar contra el orden constitucional, el libre ejercicio de los órganos del Estado” y por sus consecuencias sociales o económicas concretas sea un medio idóneo para “imponer” o “arrancar” a los poderes públicos un determinado comportamiento, una determinada resolución, comporte tanto un hacer o un omitir.

Debe señalarse que en la delimitación de la licitud penal del cierre no está justificado el acudir a argumentaciones similares a las empleadas respecto de la huelga política, pues lo que fundamenta y exige la discusión sobre esta, sobre sus variantes lícitas o ilícitas, es la existencia de un derecho fundamental consagrado en el artículo 28.2, de la Constitución y la consiguiente dinámica expansiva de los derechos de tal clase en orden a la interpretación. De poderse derivar del artículo 37.2, el que el cierre patronal sea contenido del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo los límites absolutos de su licitud se encontrarían en la finalidad de incidir en el conflicto colectivo. No hay, pues, posibilidad de plantear la hipótesis de licitud de alguna clase de cierre patronal *político*. En consecuencia, el riesgo de realizar el delito del artículo 222 es considerablemente más elevado en los *cierres políticos* que en las *huelgas políticas*, pues no hay cierre político lícito alguno. No todo cierre político será *per se* punible, pues se requieren los demás elementos típicos del artículo 222, en particular su “idoneidad” como instrumento intimidante respecto de los poderes públicos, lo que dependerá de la amplitud del cierre, de la naturaleza del servicio afectado de las consecuencias que compite para el gobierno de la comunidad, etc.

Ahora bien, la relevancia penal del cierre patronal no se agota en el artículo 222. El cierre “como tal” puede constituir otros delitos

2) El cierre patronal y los delitos contra la libertad

El cierre patronal encuentra su razón de ser, al igual que la huelga, en su condición de instrumento de presión frente a los trabajadores. Lo que le diferencia

de la huelga es que la Constitución no ha encontrado en esa razón de ser como hecho social *ratio* suficiente para su consagración como derecho fundamental. El que constituya o no un derecho —no fundamental— derivado de la cláusula del artículo 37.2 es cuestión no pacífica, que se complica aún más por la pervivencia en el ordenamiento jurídico de su reconocimiento como derecho en el artículo 12 del DL 17/1977, en las condiciones y límites señalados en el apartado 1 del mismo y en los artículos 13 y 14, preceptos que no han sido declarados inconstitucionales por la sentencia de 8 de abril de 1981, si bien han sido correctamente interpretados por esta⁷².

El que el cierre patronal sea en determinados supuestos un comportamiento lícito, o no lo sea en ningún caso, comporta consecuencias jurídico-penales diferentes. En el último caso —ilicitud genérica del cierre— su efectiva realización merecerá la calificación de delito de coacciones. En el segundo caso —licitud en determinados supuesto— determina la calificación como coacciones de los *excesos* o formas ilegales de cierre. En efecto, el cierre patronal reviste, en principio, los caracteres positivos del delito de coacciones. Impide a los trabajadores con violencia —fuerza en las cosas que imposibilita la realización de la voluntad— el hacer lo que la ley no prohíbe —una huelga— o les compele a efectuar lo que no quieren —abandonar el centro de trabajo—, sea justo o injusto.

En la primera de las modalidades de comisión solo se incrimina el cierre para impedir la huelga legal, sin embargo, la segunda cubre tanto el cierre frente a la huelga legal como a la ilegal. En realidad, todo cierre comporta la presencia de ambas modalidades, pues, por una parte, impide la entrada en el centro a los trabajadores que están fuera del mismo e impide el acceso al trabajo a los anteriores y a los que se encuentran todavía dentro, por otra parte, compele a estos últimos a abandonar el trabajo y el centro, con inclusión de los no huelguistas, impidiéndoles el ejercicio de la libertad o derecho al trabajo⁷³. El hecho de que el cierre sea una medida general que afecta a la totalidad de los trabajadores, huelguistas y no huelguistas, impide que el cierre sea una medida general que afecta a la totalidad de los trabajadores, huelguistas y no huelguistas, determina que en la práctica se den conjuntamente conductas impeditivas y conductas compulsivas. Por último, y si se atiende a la finalidad pretendida con el cierre y con la subsiguiente imposibilidad de ejercitar el derecho de huelga, y la correlativa renuncia de los trabajadores a sus pretensiones, el cierre supone en todo caso un compeler a los trabajadores a realizar lo que no quieren y, en consecuencia, es irrelevante la justicia o injusticia —lega-

⁷² Vid. ordinal 23.

⁷³ Cfr. García Perrote, *La huelga con ocupación del lugar de trabajo*, cit., página 91.

lidad o no— de su huelga⁷⁴. Nos encontramos en uno de los supuestos en los que la conducta del sujeto activo supone tanto un impedir como un compeler y, en consecuencia, para la aplicación del artículo 496,1, es irrelevante la licitud o ilicitud de la conducta a la que se determina al sujeto pasivo, en este caso la legalidad o ilegalidad de la huelga. El problema se reduce al de la *autorización legítima* para decretar el cierre.

El cierre patronal será, en consecuencia, punible como coacciones cuando no esté justificado por el ejercicio de un derecho. Para determinar supuestos en los que el cierre está permitido se ha de recurrir a dos instancias. Los supuestos previstos en el artículo 12 y en las condiciones subjetivas concurrentes de los artículos 13.2 y 14 del DL 17/1977 y la sentencia del TC de 8-IV-1981. Siendo vinculante para el operador del Derecho la doctrina del Tribunal Constitucional que interpreta un texto legal adecuándolo a la Constitución nos limitaremos a indicar los supuestos y condiciones que conforme a la mencionada doctrina hacen lícito —y por tanto impune— el cierre patronal.

Conforme a la doctrina del Tribunal Constitucional, el cierre patronal solamente es lícito como expresión del “poder de policía” y esto ocurre cuando se adopta exclusivamente “para preservar la integridad de las personas, los bienes y las instalaciones y limitado al tiempo necesario para remover tales causas y para asegurar la reanudación de la actividad” a la que está obligado⁷⁵. A los principios de autorización del cierre acompaña el TC dos ejemplos de manifiesta ilicitud. El primero, cuando el cierre se impone para “sancionar económicamente (con la pérdida de los salarios) el haber hecho huelga o el haber participado en ella”, lo que el TC estima inadmisibles jurídicamente, “porque la utilización de un derecho constitucional no puede ser nunca objeto de sanción”. El segundo, “cuando el *lock-out* se utiliza como medida por virtud de la cual el empresario trata de hacer inefectiva la decisión de los huelguistas de poner fin a la huelga, y volver al trabajo. Añade el Tribunal que “de aquí se puede extraer la conclusión de que en todos aquellos casos en que el *lock-out* o cierre patronal vacía de contenido el derecho constitucional de hacer huelga o se alza como barrera que lo impide no puede considerarse como lícito, porque un simple derecho cívico impide un derecho fundamental”.

74 En las hipótesis en las que la huelga es ilegal y, en consecuencia, el impedirla no es delito (impedir lo que la ley prohíbe) siempre restan las consecuencias del compeler a renunciar a las reivindicaciones (que no es mero no hacer, sino resolución que comporta la dinámica activa de incorporación al trabajo), pero en este caso la coacción no se consuma si no se da la mencionada incorporación al trabajo, siendo posible, empero, la responsabilidad por tentativa.

75 Una más concreta interpretación puede verse en Valdés Dal-Re, en Matia Prim y otros, *Huelga, cierre...*, cit., particularmente pp. 172-175.

Mayor precisión que la de enunciar los supuestos y condiciones anteriores carece de sentido en sede penal mientras no se produzca un desarrollo legislativo o un asentamiento de la doctrina laboral y constitucional sobre la cuestión.

LOS PIQUETES DE TRABAJADORES EN HUELGA Y EL DELITO DE COACCIONES TRAS LA REFORMA DE 1976¹

ARTÍCULO 496 C.P.

El que sin estar legítimamente autorizado impidiere a otro con violencia hacer lo que la Ley no prohíbe o le compeliere a efectuar lo que no quiera, sea justo o injusto, será castigado con las penas de arresto mayor y multa de 20.000 a 200.000 pesetas.

Incurrirán en las penas de arresto mayor en su grado máximo y multa de 20.000 a 200.000 pesetas los que actuando con violencia o intimidación, en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, obliguen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial.

Serán castigados con la pena de prisión menor los que, actuando en la forma prevista en el párrafo anterior, fueren ajenos al conflicto o portaren armas o instrumentos peligrosos.

I. Introducción. 1. El conflicto de trabajo como espacio de coacción. 2. El “piquete” como contenido esencial del derecho de huelga. 3. Naturaleza del conflicto entre huelguistas y no huelguistas.-II. Tratamiento jurídico penal de los “piquetes” de trabajadores. 1. El sentido de la introducción de los nuevos párrafos del artículo 496. 2. Los elementos del tipo agravado de coacciones a la huelga.

¹ Publicado por primera vez en Comentarios a la legislación penal, Madrid, 1983, T.II El Derecho penal del Estado democrático. Dirigido por Cobo del Rosal EDESA, Madrid, páginas 441-485.

3. Valoración constitucional. 4. La función político-criminal de la nueva figura delictiva.-III. Las coacciones al cierre patronal.

I. INTRODUCCIÓN

Los párrafos 2 y 3 del artículo 496 fueron introducidos por la Ley de reforma de 19 de julio de 1976, con el fin —según reza en la Exposición de Motivos— de afrontar «la presencia (en los conflictos laborales) y la creciente actividad agresiva de grupos organizados que se autodenominan piquetes de extensión de huelga, mediante una agravación de la personalidad de las coacciones directamente tendente a imponer el hecho de la huelga.

Plantean los nuevos preceptos el problema del tratamiento jurídico penal de lo que en expresión castiza se denominan *piquetes de trabajadores*. Se trata aquí de analizar la naturaleza del fenómeno de los piquetes, el fundamento de su reconocimiento por el Derecho, los límites penales del comportamiento lícito de los mismos, las condiciones que de terminan su incriminación como coacciones o amenazas, la configuración que los mencionados párrafos del 496 hacen de una coacción agravada, la justificación de la agravación y la relevancia al respecto del reconocimiento del derecho de huelga. Interesa también plantear la relevancia penal de las diversas conductas que con motivo u ocasión de una huelga comportan una coacción o amenaza punible, provengan tanto de los piquetes, de los trabajadores aislados, de los empresarios, de los servicios de orden de los mismos, de las fuerzas de orden, etc. Procede en definitiva el análisis de la protección penal de la autodeterminación de los sujetos implicados en el conflicto laboral².

1) El conflicto de trabajo como espacio de coacción

En primer lugar, debe tenerse en cuenta que el conflicto de trabajo es sociológicamente un espacio de *coacción*. Los sujetos que intervienen en el conflicto encuentran sumamente condicionada su posibilidad abstracta de autodeterminación. Por una parte, los trabajadores, en general, sufren una presión patronal, derivada de su relación de dependencia, respecto del poder de organización y disciplinario del patrono, concretado particularmente en el despido, pero también en muchas otras posibles desventajas que les pueden ser impuestas. Ante el conflicto, el trabajador se debate en una tensión entre la llamada a la huelga que hacen los más activos

2 Véase la relación de bibliografía citada en el comentario al artículo 222. La literatura jurídico-penal sobre las coacciones laborales es sumamente escasa Y el tema se aborda por lo común junto a la problemática de la huelga. Una referencia de Derecho comparado puede verse en Alonso García: *La huelga y el cierre empresarial*, cit., págs. 153, 175, 193, 211 Y 231, relativas, respectivamente, a Francia, Italia, Reino Unido. Alemania Federal y USA.

sindicalmente y el poder empresarial, entre el temor a su propia insolidaridad de no seguir la iniciativa de los demás y el temor a la pérdida del salario que la huelga comporta, así como el riesgo de sufrir otras desventajas. El conocimiento de la experiencia huelguista permite constatar el grado de tensión psicológica que acompaña la declaración y actuación de la huelga y la pluralidad de elementos —a veces imperceptibles— que contribuyen a formar la determinación de los trabajadores³. La capacidad y posibilidad de los huelguistas de informar, coordinar, discutir, persuadir, etc., determina la posibilidad —que no el éxito— del ejercicio del derecho de huelga. La autodeterminación de los trabajadores por la huelga o en contra no se realiza en un momento único, como el de la declaración de la huelga, sino a lo largo de todo el momento posterior de actuación. Por otra parte, ya hemos hecho referencia en el comentario del 222 a cómo la huelga encuentra su razón de ser en la coacción psicológica sobre el empresario, asentada en las pérdidas patrimoniales que la cesación del trabajo comporta. Sirva todo lo expuesto para fundamentar la tesis de que nos encontramos en uno de esos espacios de vida social caracterizados por el condicionamiento, natural de la autonomía de la voluntad.

2) El “piquete” como contenido especial del derecho de huelga

El hecho de los piquetes como instrumento de organización de la huelga, como agentes de la información y persuasión de los trabajadores, es una condición que necesariamente acompaña al ejercicio del derecho de huelga⁴ y forma parte del contenido esencial del derecho fundamental⁵. Y esto es así como derivación del carácter colectivo del hecho de la huelga y del ejercicio del derecho. Con independencia de que la titularidad del derecho sea individual, el ejercicio del mismo solo es viable colectivamente, mediante la participación de una pluralidad de sujetos; es más, la huelga y su verificación exitosa, su desarrollo y mantenimiento depende sobre todo de la decisión de los indecisos e incluso de los que son contrarios a ella. La suma de nuevos huelguistas es la condición de mantenimiento de la huelga. De aquí que pertenezca al contenido esencial del mismo el pretender que los demás se sumen a ella.

3 Vid. Neppi Modona: *Realtà sociale ed. esercizio collettivo del diritto di sciopero*, en Riv. U.D.P.P., 1967, págs. 663 y ss.

4 Cfr. Smuraglia: *Diritto penale del lavoro*, Milán, 1980, pág. 250.

5 Cfr. De la Villa: *Algunas reflexiones sobre la regulación legal de la huelga*, cit., pág. 111; Ramírez Martínez: *Huelga y cierre patronal en la Constitución española*, cit., pág. 463; Gallo: *Sciopero e repressione penale*, cit., pág. 285.

Del carácter esencialmente colectivo del derecho de huelga y de que a su ejercicio sea connatural la pretensión de sumar a la misma a otros trabajadores se deriva como consecuencia el que el derecho de huelga haya de comportar la facultad de los huelguistas activos de controlar, en la más absoluta libertad, el comportamiento de los otros trabajadores y de influir sobre la actitud de los compañeros de trabajo, dentro del límite de no afectar expresa o directamente su libertad de autodeterminación⁶. De este fundamento deriva la pertenencia al núcleo del derecho de huelga de la categoría de los piquetes⁷, es decir, de los grupos de trabajadores, que con motivo y ocasión de la declaración de una huelga, informan de los hechos y razones de la misma, de la evolución del conflicto, mantienen el espíritu y autodisciplina de los huelguistas, recaudan fondos y *persuaden* a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga y disuaden a los que han optado por la continuación del trabajo.

De entre las funciones de los piquetes enunciadas ha de resaltarse la de persuasión a los demás trabajadores para que se sumen a la huelga. Sin función de persuasión y sin derecho a llevarla a cabo no es efectivo el derecho de huelga. Con la mera información no se puede compensar la posición de débil capacidad de autodeterminación del trabajador sometido *de fatto* a la presión-coacción de la dependencia laboral. Sólo se sientan las bases para neutralizar esos condicionamientos negativos de la libertad del trabajador individual con el reconocimiento del derecho de los huelguistas a *influir* sobre los demás trabajadores⁸. Las consecuencias en el orden penal se plasman sobre todo en reconocer en la presión de la persuasión, en la actividad de los piquetes de huelga, un margen de adecuación social para la presión ejercida sobre la autodeterminación del trabajador más amplio del que en otras condiciones de la vida resulta socialmente tolerable, operando reductivamente sobre el perímetro de tutela típica de los delitos de coacciones.

Pero es precisamente en las condiciones y modos de ejercer esa influencia y esa persuasión en donde se sitúa el conflicto y donde puede surgir la necesidad de tutela penal.

3) Naturaleza del conflicto entre huelguistas y no huelguistas

No es pacífica la caracterización de la naturaleza del conflicto y de los intereses que colisionan entre huelguistas y no huelguistas en los supuestos de exceso en la labor de persuasión. Superados los tiempos en los que el objeto de tutela legal consistía en el libre curso del precio natural del trabajo⁹, la polémica se centra en la

6 Cfr. Neppi Modona: *Realta sociale...* 00^o cit., pág. 662.

7 Cfr. De La Villa: *Algunas reflexiones ...*, cit., pág. 111, y Ramírez Martínez: *Huelga y cierre patronal...*, Cit., pág. 463.

8 Cfr. Neppi Modona: *Relata sociale...*, cit., pág. 662 y nota 18.

9 Vid. Arroyo Zapatero: *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, Madrid, 1981, págs. 14 y ss.

determinación del bien jurídico lesionado, definido por unos como la “libertad de trabajo” o “derecho al trabajo” y, por otros, como mero “derecho a no hacer huelga”. La trascendencia de la cuestión se plasma a la hora de determinar la gravedad del injusto y, en consecuencia, de la penalidad de la lesión de una libertad individual genérica o de una libertad o derecho cualificado por su especial reconocimiento constitucional. La definición de la naturaleza de los intereses en conflicto tiene también consecuencias en el plano laboral, pues de la solución al mismo y de la atribución a la persuasión de una dinámica expansiva depende una ponderación entre intereses iguales o desiguales, en el que uno sea jurídicamente prevalente¹⁰.

Contrastadas las dos tesis fundamentales en la doctrina laboral con el orden de valores constitucionales, estimo preferible la que niega que el conflicto entre huelguista y no huelguista lo sea entre el derecho de huelga y el derecho al trabajo, y lo sitúa entre el derecho de huelga y el “derecho a no realizar la huelga”, tesis ésta que parece ser la mayoritaria¹¹. En este sentido se entiende, por una parte, que el derecho al trabajo que proclama el artículo 35,1, se refiere esencialmente al derecho de todos los ciudadanos a obtener y conservar un empleo de acuerdo con la capacidad personal¹², y, por otra, que la libertad del *no* huelguista sólo podría encontrar un fundamento constitucional específico a modo de libertad sindical negativa, derivada de segundo grado de la libertad sindical del artículo 28, 1. Aun así, se trataría de bienes jurídicos desiguales, pues la Constitución no valora igual el derecho de huelga y la libertad sindical “negativa”, ya que mientras se protege expresamente la huelga (art. 28, 1), la última sólo puede entenderse reconocida de un modo implícito en el artículo 28, 1. Por otra parte, porque conforme a lo establecido en el artículo 10.2, de la Constitución, si se recurre a los tratados y acuerdos internacionales se constata que estos (convenios 87 y 98 de la OIT), contemplan expresamente la libertad sindical positiva contienen referencia alguna a la de carácter negativo¹³. Todo lleva, pues, a concluir que el conflicto entre huelguistas y no huelguistas es un conflicto entre

10 En el Derecho laboral se plasma, por ejemplo, en la discusión sobre la licitud de la sustitución de huelguistas por otros trabajadores, en la licitud de la permanencia de los trabajadores en los locales de trabajo, etc.; vid. García Perrote: *La huelga con ocupación*. “” cit., págs. 89 y ss.

11 Vid. exposición y fundamento en Durán: *Derecho de huelga*..., cit., pág. 154; Ramírez Martínez: *ob. cit.*, pág. 460; Martín Valverde: *El derecho de huelga en la Constitución*, cit., pág. 251; García Perrote: *La huelga con ocupación*.... cit., págs. 92 y ss.; Matia Prim (y otros): *Huelga, cierre patronal y conflictos colectivos*. cit., pág. 130.

12 Cfr. De la Villa: *Algunas reflexiones*., cit., pág. 130; Gallo: *Sciopero e repressione penale*, cit., pág. 290 y ss.

13 Vid. Ramírez Martínez: *ob. cit.*, pág. 462.

un derecho fundamental, el de huelga (art. 28, 2), y un derecho o libertad genérica, no cualificada o, a lo sumo, de menor cualificación que el derecho de huelga¹⁴.

La conclusión expuesta tiene sustanciales consecuencias en el orden penal. En primer lugar, la concretización de los casos susceptibles de incluirse en el elemento normativo de violencia del tipo de las coacciones debe regirse por el principio de preferencia del derecho de huelga con la consiguiente interpretación restrictiva del concepto de violencia típica. En segundo lugar, al ofrecer al legislador una protección penal especial a los intereses en conflicto, la misma no podrá, sin violar el principio de igualdad, tutelar igual dos intereses desiguales en su valor constitucional y, mucho menos aún, privilegiar el bien jurídico de inferior jerarquía, como en este caso, ofreciendo una tutela más enérgica a la libertad del no huelguista que a la libertad del que ejerce el derecho huelga.

En estos términos, el que la tutela penal de los huelguistas se ofrezca mediante un tipo especial agravado para los atentados al ejercicio del derecho de huelga, o mediante el tipo genérico de las coacciones, y, por tanto, ofreciendo igual marco penal para los ataques a la libertad de los huelguistas y a los no huelguistas es quizá discutible. Lo que no creo que admita polémica es la solución vigente del artículo 496: protección común al huelguista y protección privilegiada para el no huelguista.

II. TRATAMIENTO JURÍDICO PENAL DE LOS “PIQUETES” DE TRABAJADORES

1) El sentido de la introducción de los nuevos párrafos del artículo 496

Dos son las referencias que el Derecho positivo hace —implícitamente— a la categoría de los piquetes. Por una parte, el apartado 6 del Decreto-Ley 17/1977 y, por otra, los párrafos segundo y tercero del artículo 496 del Código penal. En el primero se establece que “los trabajadores en huelga podrán efectuar publicidad de la

14 No parece tampoco que el derecho del trabajador a no sumarse a una huelga tenga conexión con la libertad sindical negativa. Esta queda definida todo lo más como derecho a no participar en un sindicato o en la organización de una acción sindical, y no es esto lo que los piquetes pretenden, sino, meramente, que el trabajador cese en su actividad laboral. Sobre la libertad sindical negativa, vid. Schabek: *Das Problem der negativen Koalitionsfreiheit*, Colonia, 1971. Por otra parte, el derecho a no hacer huelga es de menor cualificación que el derecho de huelga como *hacer* activo, porque esta última es su manifestación esencial y la que justifica su consideración como instrumento de progreso social, de superación de los obstáculos a la igualdad y a la libertad material Y, en definitiva, lo que justifica su reconocimiento como derecho fundamental y esa función esencial de progreso no se realiza en absoluto en el “no hacer huelga”; vid. Gallo: *Sciopero e repressione penale*, cit., pág. 295. Tampoco deben olvidarse las razones del disvalor social que merecen los “rompedores de huelgas”. pues, como señala Smuraglia, con su acción minan la base de la solidaridad del grupo y atentan al mismo principio de autotutela, obteniendo provecho, además de los resultados de la acción arriesgada de los otros si la huelga obtiene éxito (cfr. *ob. cit.*, pág. 248).

misma en forma pacífica y llevar a efecto recogida de fondos sin coacción alguna”. Se reconoce así la figura de los piquetes, fijando su actividad en hacer “publicidad” de la huelga y “recoger fondos” para la misma, limitando la modalidad de realizar lo primero “a la forma pacífica” y lo segundo a la “no coactiva”. Ahora bien, no pudiendo entenderse la expresión “forma pacífica” más que en el sentido de sin violencia, y siendo ésta la nota que fundamenta la calificación de coacción, ha de concluirse que el límite legal del modo de actuar los piquetes es el que establece el delito de coacciones. Se reconocen, por tanto, los piquetes no violentos o no coactivos. Por otra parte, y en relación con las funciones lícitas reconocidas a los piquetes, el hecho de que el Decreto-Ley a emplear el término “publicidad” pretendiera limitarlas a la “información”, no creo que pueda impedir hoy considerar lícita la función anteriormente denominada de persuasión o disuasión de los trabajadores no huelguistas, una vez que se ha reconocido constitucionalmente a la huelga como derecho fundamental y se ha justificado la pertenencia de la mencionada al contenido esencial del derecho. El problema se centra, por tanto, en la determinación de las conductas violentas de los piquetes, que es lo que pretenden afrontar los dos nuevos párrafos del artículo 496.

Hasta la reforma de 1976 las conductas violentas de los piquetes se castigaban como coacciones comunes, en los mismos términos del párrafo 1 del actual artículo 496¹⁵. El sentido de la introducción del tipo agravado se corresponde con el sentido del conjunto de la reforma, y conviene tenerlo en cuenta. La Ley de 19 de julio de 1976, “sobre modificación de determinados artículos del Código penal relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo”, es el último acto legislativo penal inspirado en el propósito de reformar el régimen de la Dictadura desde dentro, manteniendo el mismo sistema político, sin apertura a la democracia. Los nuevos tipos penales sirven precisamente a establecer los límites de la reforma¹⁶. A su vez, y con miras también a garantizar dichos límites, los nuevos párrafos del delito de coacciones servían a instrumentar un más efectivo control sobre el todavía clandestino movimiento sindical. Pues, una vez que resultaba fáctica y políticamente imposible reprimir a la generalidad de los huelguistas, la tipificación de los piquetes permitía actuar selectivamente contra los sindicalistas, que son quienes ordinariamente constituyen los piquetes y por los que las autoridades gubernativas del momento entendían no los “violentos”, sino todo grupo de dirigentes de un conflicto, los organismos de coordinación del mismo, o de información, desplazados a otros centros de trabajo. De este modo, la reforma del artículo

15 Cfr. Muñoz Conde: *Derecho penal*, Sevilla, 4.- ed., 1982, pág. 171.

16 Vid. Barbero Santos: *Política y Derecho penal en España*, Madrid, 1977. páginas 86 y ss.; García Pablos: *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Barcelona, 1977, págs. 83 Y ss.

496 —como expone Durán¹⁷— era un claro intento de predisponer instrumentos de reacción para el caso de que fuese inevitable un reconocimiento del derecho de huelga. Por estas razones se ha de distinguir cuidadosamente entre el fin “formal” de la nueva figura delictiva y su fin y función realmente pretendida por la voluntad del “legislador”. Por otra parte, como se verá más tarde, la función real del precepto difiere de la formal, también en la época postconstitucional.

2) Los elementos del tipo agravado de coacciones a la huelga

Limitándonos ahora a la finalidad formal del nuevo precepto, la represión específica de los piquetes violentos procede analizar las características que le diferencian del tipo básico del párrafo primero, su naturaleza agravatoria de la penalidad y la justificación de tal agravación.

En este sentido, el tipo del párrafo 2 del artículo 496 comporta los siguientes elementos diferenciales respecto del párrafo 1: *a)* el sujeto activo es plural: “los que actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros”; *b)* la conducta descrita incorpora expresamente la intimidación a las coacciones: “actuando con violencia o intimidación”; *e)* el fin del empleo de la violencia e intimidación se circunscribe al obligar a otras personas al “iniciar o continuar una huelga, paro o cierre empresarial”¹⁸; *d)* el sujeto pasivo del delito es tanto una como varias personas; *e)* la pena es la del grado máximo de la privativa de libertad de la coacción común: arresto mayor en su grado máximo y multa de 20.000 a 200.000 ptas. Por su parte, el párrafo tercero del artículo 496 eleva la pena de prisión menor para los autores de la misma conducta anterior que “fueren ajenos al conflicto o portaren armas o instrumentos peligrosos”.

a) La singular formulación del sujeto activo pretende abarcar no sólo las conductas de grupo o piquete, sino también las de una sola persona, siempre y cuando actúe “de acuerdo con otros”. De este modo basta la participación de tres personas, el que actúa y, cuando menos, dos más (“otros”). El acuerdo ha de ser expreso, pues se pretende alcanzar las coacciones organizadas y no las de individuos aislados “incontrolados”¹⁹. *b)* En la modalidad de comisión se equiparán expresamente la “violencia” y la “intimidación”²⁰ con lo que en lo que respecta a este tipo agravado puede prescindirse en buena parte de la enojosa discusión acerca de la naturaleza

17 *Derecho de huelga...*, cit., pág. 154, nota 32.

18 La coacción al cierre patronal se analiza en el apartado III

19 Sobre el origen de la fórmula, vid. Rodríguez Devesa: *Parte Especial*, 1980, página 288, nota 36. En los casos en los que los «otros» no hayan instigado al ejecutor y hayan permanecido inactivos, el autor citado se inclina por la impunidad, de otro modo responderán todos como autores; vid. pág. 289.

20 Cfr. Muñoz Conde: *Derecho penal. Parte Especial*, cit., pág. 171.

de la intimidación como coacción o como amenaza²¹. Ahora bien, si se atiende al momento consumativo del tipo especial, debe deducirse que no se incluyen aquí todas las formas posibles de intimidación, sino tan sólo aquellas que hayan comportado un ataque efectivo a la libertad de actuación de la voluntad del sujeto pasivo, pues el tipo no se satisface con el *intento* de obligar a iniciar o continuar la huelga, sino que exige que se haya obligado efectivamente. De no lograr lo pretendido resultará tentativa del tipo agravado²², en concurso de leyes con amenazas, que se resolverá en uno u otro sentido según que la intimidación constituya en el caso concreto amenaza del artículo 493.1.º, o, por contrario, del artículo 493.2.º, o del 494.

Pero el problema fundamental es aquí, tanto como en el artículo 496.1.º, la determinación cuantitativa de la violencia o intimidación que realiza el tipo, el grado de presión o modo de persuasión que no constituye coacción y la selección de conductas que comportan violencia e intimidación.

La jurisprudencia existente tras la aprobación de la Constitución no permite por su escasez operar con ella a los fines de concretización. De las cinco sentencias condenatorias de que se tiene conocimiento, los hechos comportan además de la coacción, lesiones o daños, por lo que el elemento de la violencia está manifiestamente presente²³. Con todo pueden formularse algunas orientaciones sobre la configuración de violencia y la intimidación típicas. En primer lugar, deben tenerse en cuenta los principios orientadores del tratamiento penal de los piquetes a los que inicialmente se ha hecho referencia: el conflicto laboral es un espacio natural de coacción o de debilidad de la capacidad media de autodeterminación existente en otros ámbitos de la vida social y, en consecuencia, un mayor grado de energía de las conductas de persuasión puede resultar socialmente adecuado. Los no huelguistas deben poder soportar un a presión mayor de la de otros ámbitos de la vida social pues los huelguistas defienden su interés legítimo, que coincide, además: con el interés del presionado. De todo ello se deriva el criterio de juzgar como leves determinadas conductas de fuerza o intimidación, que en otro orden

21 Para la distinción entre la *vis compulsiva* constitutiva de amenazas y la constitutiva de coacciones, vid. Mir Puig: *El delito de coacciones en el Código penal*, en ADP, 1977, pág. 285, y Torio Lopez: *La estructura típica del delito de coacción*, en ADP, 1977, pág. 28.

22 Cfr. Rodríguez Devesa: *Parte Especial*, cit., pág. 289.

23 13 de marzo de 1978, AP Lugar se producen lesiones; TS, 18 de octubre de 1979, detienen el camión y derraman la carga; 26 de octubre de 1979. apedrean el camión y causan daños y lesiones; 24 de noviembre de 1981, injurias, golpean el vehículo en que se desplaza el no huelguista y causan lesiones y daños; 18 de abril de 1981, impiden entrada de vehículo y dañan las mercancías transportadas.

La de 19 de mayo de 1979, AP Oviedo, absuelve a los integrantes de un piquete que se limita a advertir a los no huelguistas que si continúan su marcha van a encontrar a un piquete muy agresivo; la absolución se fundamenta en la no determinación de si la advertencia se dirigía a intimidar directamente.

de la vida resultarían graves, levedad que, cerrada la vía de la calificación de la conducta como falta, debe tomarse en cuenta para la determinación de la pena o bien juzgarlas del todo atípicas, v. gr., actos de desaprobación o invitaciones directas a abandonar el trabajo. Por otra parte, del hecho de que el piquete actúa en el marco del ejercicio de un derecho fundamental se deriva que en los casos de hechos no manifiestamente constitutivos de violencia o intimidación, el exceso en la labor de persuasión debe resolverse a favor del derecho fundamental (*in dubio pro libertate*). Esto se corresponde, además, con el principio de intervención mínima del Derecho penal en los conflictos laborales, generalmente propugnado por la doctrina. En los supuestos de intimidación deben incluirse en el tipo las conductas manifiestamente intimidantes, como, por ejemplo, las amenazas orales directas, la ostentación de armas o instrumentos peligrosos. Las indirectas no deben considerarse bastante para realizar el tipo, como, por ejemplo, el fotografiar a quienes se incorporan al trabajo²⁴. En cuanto a las conductas impeditivas del paso debe preferirse la atipicidad de las barreras humanas inertes o no agresivas, o que se limitan a comportar una mera dificultad de paso y no una imposibilidad absoluta²⁵. En los supuestos de ocupación de locales, debe calificarse de violencia la expulsión directa del local de los que permanecían trabajando y no la mera imposibilidad técnica de la continuación del trabajo como consecuencia de la reunión. Tampoco deberán calificarse como coacciones a la huelga los casos en los que se impide la entrada o salida de mercancías transportadas por trabajadores ajenos a la empresa, o el impedir la entrada de clientes, pues en estos casos la conducta del agente no incide directamente en la voluntad del trabajador.

Debe señalarse, por último, la posibilidad de que la conducta violenta o intimidante resulte justificada por verificarse en defensa legítima del derecho de huelga. El presupuesto de la ilegitimidad de la agresión se daría en los casos en los que el empresario contrata trabajadores ajenos a la empresa para sustituir a los huelguistas (esquirolaje externo), conducta prohibida por el artículo 6, 5.º, del Decreto-Ley 17/1977²⁶. La defensa del derecho de huelga puede justificar igualmente reacciones violentas de los trabajadores frente a conductas coactivas del empresario tendentes a impedir la huelga, v. gr., cuando se causan daños para penetrar en los locales en los que se llevan a cabo pacífica y habitualmente las reuniones de los trabajadores.

c) Al definir el resultado de la aplicación de la violencia y la intimidación en los términos de “iniciar o continuar una huelga o paro”, se acota el ámbito de libertad personal que resulta específicamente tutelado por el precepto. De este modo el

24 Así, la jurisprudencia francesa; vid. Goddard: *Droit pénal du travail*, cit., página 380.

25 Así, la jurisprudencia italiana; vid. Smuraglia: *Diritto penale del lavoro*, cit., pág. 253.

26 No así el denominado esquirolaje interno; vid. Gallo: *Sciopero e repressione penale*, cit., págs. 286 y 299, y Neppi Modona: *Realta sociale...*, cit., pág.

bien jurídico propio del tipo no es la “libertad de trabajo”, como se afirma en la Exposición de Motivos de la Ley. Para que así fuere, deberían quedar cubiertos por el tipo los ataques a todas las manifestaciones de la voluntad referidas al trabajo, y lo que el tipo ofrece es una tutela a la libertad de trabajo en relación a las acciones de huelga o paro. De esta forma, cuando se impide con violencia la entrada en la fábrica a un trabajador sin que concurra un conflicto huelguístico, por ejemplo, porque los autores rechazan a un trabajador por el color de su piel, se lesiona con violencia la libertad de trabajo de éste, pero el tipo que resulta aplicable es el del número primero del artículo 496.

Por otra parte, tampoco se tutela la “libertad de huelga”, sino meramente la libertad de *no hacer* huelga, pues el objeto típico de la compulsión con violencia o intimidación es la voluntad de no iniciar o continuar una huelga o paro. El impedir a un trabajador con violencia o intimidación ejercer el derecho de huelga, iniciándola o continuándola, no es objeto de la protección agravada, sino de la común del artículo 496,¹²⁷

El empleo del término “paro” junto al de “huelga” no tienen trascendencia. La dualidad terminológica proviene, sin duda, de que desde el Decreto de 22 de mayo de 1970 y hasta el 22 de mayo de 1975, el lenguaje legal, pudorosamente, acuñó el término de “paro” para evitar el de “huelga”, de connotación delictiva o ilegal. El concepto vigente de huelga abarca también las interrupciones del trabajo de corta duración con motivo de un conflicto laboral²⁸.

d) El precepto designa al sujeto pasivo con una expresión plural “a otras personas”. No parece que con ello se excluyan del tipo las coacciones a un solo trabajador. Lo relevante de la expresión plural es que, sean una o sean varias las personas afectadas, habrá un único delito de coacciones a la huelga, lo que se corresponde con la tesis dominante que en los supuestos de pluralidad los sujetos coaccionados por una sola manifestación de voluntad aprecian un concurso ideal de delitos, en base al argumento de que se trata de una sola acción que realiza varias veces un mismo tipo legal²⁹. Recientemente se ha manifestado Mir Puig por la calificación como concurso real de delitos³⁰. El mismo autor entiende, en consecuencia, que el párrafo que nos ocupa no vendría a agravar, sino a atenuar el tratamiento de los piquetes de huelga, ya que en su virtud se convierten en delito único las distintas infracciones

27 Cfr. Muñoz Conde: *Derecho penal*, cit., pág. 171; Bajo Fernández: *Derecho penal económico*, Madrid, 1978, pág. 584; Higuera: *El delito de coacciones*, Barcelona, 1978, pág. 272.

28 Carece de sentido hoy distinguir entre huelga y paro en base a la duración de la interrupción del trabajo; vid. Higuera: *El delito de coacciones*, cit., pág. 266, nota 32, excluye del tipo el mero paro momentáneo.

29 Cfr., por todos, Antón Oneca: *Derecho penal*, 1949, págs. 456 y ss.

30 Cfr. *El delito de coacciones...* cit., pág. 304.

cometidas sobre diferentes sujetos. Ahora bien, se comparta o no la tesis del autor citado, es preciso tener en cuenta la especialidad bien jurídico tutelado en el artículo 496, 2.º. Lo que se protege es el derecho de huelga negativo y, conforme a lo expuesto en el comentario al artículo 222, la especialidad del derecho de huelga —y, por tanto, de su vertiente negativa— frente a los demás derechos fundamentales es que más allá de su titularidad individual es un *derecho de ejercicio colectivo*³¹, y es la dimensión colectiva del bien jurídico lo que determina la indiferencia típica respecto del número de afectados por la coacción del piquete en relación con la tesis del concurso real. Respecto a la tesis dominante, el argumento también tiene sus efectos: aunque la pluralidad de sujetos pasivos de las coacciones diera lugar generalmente a un concurso ideal, y, por tanto, la agravación de la pena en el artículo 495, 2.º, apareciera como una regulación específica del artículo 71, en las coacciones impeditivas de la voluntad contraria a hacer huelga el bien jurídico lesionado sería único, con independencia del número de sujetos portadores —colectivamente— del mismo que resulten impedidos de ejercer el derecho negativo de huelga. La tesis que se mantiene fundamenta, por tanto, también la crítica a la agravación que el párrafo 2 comporta respecto de la coacción común del párrafo 1 del artículo 496. De no haberse introducido el nuevo párrafo, la coacción a la huelga debería castigarse por el primero como único delito, sin reparar en el número de afectados, más que en el marco de las reglas generales de determinación de la pena.

e) En el anterior apartado se ha fundamentado la crítica a la agravación de la pena prevista para las coacciones a la huelga. Pero la agravación de la pena no se agota en la previsión del grado máximo del arresto mayor más la multa. Otra de las consecuencias del tipo especial es que bloquea la aplicación del tipo de las coacciones leves del artículo 580.5º, que, conforme manifiesta el Tribunal Supremo, se entiende referido tan sólo a los casos de levedad de la coacción genérica del número primero, “quizá por haber querido el legislador que en ningún supuesto pudieran dichas conductas ser consideradas como faltas, dada la especial gravedad de las mismas”³².

La agravación de la pena para las coacciones cometidas por piquetes no tiene precedente en la legislación histórica. Así, en la Ley de Huelgas de 27 de abril de 1909, que derogó el viejo delito de coligaciones, establecía que quienes formen grupos con el propósito reconocido de imponer violentamente a alguien la huelga y el paro o de obligarle a desistir de ellos, incurrirán en la pena de arresto mayor mientras que las de las coacciones era arresto mayor y multa, aplicándose esta pena en su grado máximo a los jefes o promovedores, siempre que hubieren tomado parte

31 Vid. *supra*, comentario al artículo 222 del Código penal.

32 Cfr. sentencia del TS de 26 de octubre de 1979, CL 1.117

en los actos delictivos³³. Tampoco el artículo 667 del Código penal autoritario de 1928 imponía a los piquetes coactivos pena más grave que la de las coacciones, es más, la “violencia, fuerza o intimidación para forzar el ánimo de los obreros”, obligándoles a realizar actos favorables o contrarios a la huelga. Se castigaba con la pena correspondiente al grado mínimo de las coacciones, salvo que los hechos constituyeren otro delito más grave que el previsto en el artículo 667.

El párrafo tercero del artículo 496 establece dos causas personales³⁴ de mayor gravedad de la pena, que se eleva a prisión menor para los autores de la coacción a la huelga “que fueren ajenos al conflicto” o “portaren armas o instrumentos peligrosos”.

La primera cualificación es actualmente de todo punto injustificada si se tiene en cuenta que por “ajeno al conflicto” se entendía a aquellos que no pertenecen a la empresa o sector económico afectado por el paro, huelga o cierre empresarial³⁵. Se constata aquí que el precepto se dirigía específicamente con los entonces denominados “activistas”, que no son otros hoy que los miembros del sindicato que participa en la huelga. Con todo, podría esta cláusula adecuarse a la Constitución y a su reconocimiento de la libertad sindical y de la función de los sindicatos, entendiendo que quien es integrante del sindicato que participa en la huelga no resulta por ello ajeno al conflicto. Con todo, no se alcanza la razón de la agravación sustancial de la pena por el hecho de la ajenidad y resulta por ello *arbitrario* (art. 9, 3.º, de la Constitución).

La agravación de portar armas e instrumentos peligrosos representa también una arbitraria exasperación de la penalidad si se compara con los efectos comunes de la concurrencia de una circunstancia agravante genérica. La referencia a los “instrumentos peligrosos”, que se adiciona a las armas restablece la interpretación estricta de este último término, frente a una concepción extensiva predominante en la jurisprudencia que incluía a todo objeto o instrumento contundente. La agravación cubre expresamente todos aquellos instrumentos, distintos de las armas, objetivamente peligrosos para la vida e integridad corporal y, como consecuencia de ello, idóneos para intimidar³⁶.

33 Artículo 3. La agravación se reserva a los jefes y promovedores y no a los integrantes del en términos actuales — piquete. El delito de coligaciones del artículo 556 se limitaba a imponer el grado máximo de la pena del delito de huelga —arresto mayor— cuando los huelguistas “empleasen violencias o amenazas, a no ser que por ellas merecieren mayor pena”. Si se entiende a que en estos casos eran dos los bienes jurídicos violados, no puede considerarse que la pena prevista fuera equivalente a la actual del artículo 496. 2.

34 En el sentido del artículo 60.1, aplicándose tan solo a las personas en las que efectivamente concurre. Cfr. Higuera: *ob. cit.*, pág. 290

35 Lo sigue entendiendo así Rodríguez Devesa: *Parte Especial*, 1980, Cit., página 290.

36 Sobre el concepto jurisprudencial de “armas”, vid. Baeza Avallone: *Los delitos de terrorismo en las leyes 56/78 y 82/78*, en *Escritos penales*, Valencia, 1979, págs. 49 y ss.

3) Valoración constitucional

Se ha hecho referencia anteriormente a las consideraciones que fundamentan un juicio de constitucionalidad del párrafo segundo del artículo 496. El tipo constituye una protección privilegiada del derecho negativo de huelga y somete el ejercicio de derecho de huelga que, como tal, es de carácter positivo, a la protección del tipo común de coacciones. El nuevo precepto invierte directamente el orden constitucional de valores y derechos y opera generando desigualdad de trato legal en una doble medida. La desigualdad no radica sólo en que se protejan desigualmente bienes iguales., sino en que se protejan más al de menor valor. Esta desigualdad y, por tanto, arbitrariedad, conculca los principios fundamentales que proscribiendo uno y otro se consagran en los artículos 9,3.º (*in fine*), y 14 de la Constitución. Tal estado legal es sólo compatible con un ordenamiento jurídico que desconozca el derecho de huelga y que, por ello, puede encontrar en las coacciones a la huelga un injusto de mayor gravedad que en las coacciones contra quienes realizar la huelga. El tenor literal del tipo no permite una interpretación que, superando la desigualdad, adecúe la tutela penal a la Constitución, pues extender la tutela privilegiada a las coacciones a los huelguistas supera el literal posible de la interpretación, lo que proscribe el principio de legalidad del artículo 25.1.º, de la Constitución. No resulta evitable por ello un juicio directo de constitucionalidad. En este sentido, el hecho de que el precepto legal sea de origen anterior a la Constitución lleva a resolver el conflicto en base a la disposición derogatoria tercera del texto fundamental: el precepto contenido en el artículo 496.2.º, se opone —materialmente— a lo establecido en la Constitución (art. 14, en relación Con el artículo 28.2.º) y, en consecuencia, debe estimarse derogado por la misma efecto jurídico éste para cuya apreciación están legitimados los jueces ordinarios³⁷.

4) La función político-criminal de la nueva figura delictiva

Al juicio de inconstitucionalidad que en el plano normativo Se ha ofrecido en el anterior epígrafe se suma, reforzándolo, la función político-criminal que en la práctica cumple la figura del artículo 496.2.º, como precepto obstáculo a la realización del derecho de huelga. Esta función anti-huelga no descansa en el tenor normativo mismo del tipo, pues, existiera o no la violencia e intimidación, seguiría constituyendo delito (artículo 496.1º), sino en su sentido simbólico, en su función de llamada (*appel function*) dirigida a las instancias de persecución del delito,

37 Vid García de Enterría, “La Constitución como norma jurídica”, en *ADCivil*, 1979, pág. 317. Sobre el problema de la alternativa entre derogación e inconstitucionalidad vid. Parejo Alfonso: *La Constitución y las leyes preconstitucionales. El problema de la derogación y la llamada inconstitucionalidad sobrevinida*, en *RAP*. 1981, págs. 201 y ss.

que se exaspera al haber sido incluida esta figura entre los delitos de persecución preferente y primordial por obra del Decreto-Ley 3/1979, de 26 de enero, de seguridad ciudadana (art. 3, 5.º)³⁸, cuyos efectos no se agotan en el someter el delito en cuestión al procedimiento de urgencia, sino que se ha convertido en el programa de acción prioritaria de las fuerzas de seguridad (!junto al terrorismo y los robos;). La combinación del delito especial y de la norma procesal extraordinaria viene a criminalizar *de facto*³⁹ a los piquetes de trabajadores en huelga en general, y no sólo a los coactivos, y se convierte en un obstáculo —coacción— desde la práctica policial al ejercicio del derecho fundamental de huelga. El que esto sea así se constata en la frecuencia con la que se producen detenciones de piquetes⁴⁰ y la escasez de sentencias condenatorias por el delito del artículo 496.2.⁴¹ De las descripciones de los hechos que suministra la prensa diaria y que se confirman en fuentes sindicales, la intervención policial se produce de dos formas, bien de modo directo y autónomo procediendo a la identificación e inmediata detención de los integrantes de los grupos situados en la vía pública en las inmediaciones de un centro de trabajo en huelga, bien como consecuencia de una denuncia que presenta el empresario sobre un hipotético riesgo de daños en las instalaciones de la empresa, denuncia que sin más comprobación determina la intervención policial en el interior de la empresa. Con posterioridad, los trabajadores detenidos permanecen horas o días en tal condición basta ser entregados a la autoridad judicial, quien ante la inexistencia de hechos punibles les pone de inmediato en libertad. El daño a la acción organizativa de la huelga y, en consecuencia, al contenido esencial del derecho fundamental resulta, sin embargo, irreparable⁴².

Con independencia de la alternativa hipotética de intentar someter a un efectivo control de legalidad las intervenciones policiales en los conflictos, de trabajo⁴³, la función político-criminal contraria al derecho de huelga que cumple en la práctica el artículo 496.2º, junto con el Decreto-Ley 3/1979, en relación a los mecanismos

38 Sobre su inconstitucionalidad, vid. Arroyo Zapatero: *Control constitucional de la legislación y la justicia penal*, en CPCrim, 17 (1982), pág. 394.

39 Se trata de un aspecto concreto del fenómeno conocido como criminalización secundaria, estudiado entre otros por Feest/Blankenburg: *Die Definitions-macht der Polizei*, Duseldorf, 1972; Rother: *Abweichendes Verhalten und labelling aproach*, Colonia, 1975, págs. 124-133.

40 Entre febrero de 1979 y junio de 1980 reconocía el Ministro del Interior haber puesto a disposición judicial como integrantes de piquetes coactivos a 3.042 personas (1); cfr. *Diario de Sesiones del Senado*, núm. 60, de 11 de junio de 1980, pág. 2899.

41 Lo señala también Rodríguez Devesa: *Parte Especial*, cit., pág. 289. Vid las cinco sentencias reseñadas *supra* en la nota 22, de las que cuatro son condenatorias.

42 Vid. García Perrote: *Huelga con ocupación...*, cit., pág. 99, nota 202.

43 Como propone De la Villa en *Algunas reflexiones...*, cit., pág. 114. Vid. en general sobre la intervención policial en conflictos laborales en relación a estos problemas, Daubler: *Das Arbeitsrecht*, Frankfurt, 1976, pág. 169 y ss.

institucionales de criminalización secundaria, abonan las razones de inconstitucionalidad anteriormente expuestas que afectan al citado delito ya en el plano puramente normativo⁴⁴ y que, como manifiesta Bajo, pone en entredicho la concepción democrático-liberal de nuestro Código penal⁴⁵.

III. LAS COACCIONES AL CIERRE PATRONAL

Las referencias a los patronos tanto en el artículo 496.2º, como en el artículo 222 obedecen a la mistificación de la igualdad de trato ante la ley de obreros y patronos en relación a los fenómenos de la huelga y del cierre. Sólo el primero de los Códigos penales de Francia, tras la Ley de 21 de abril de 1803, hizo gala de sinceridad y ofreció un trato desigual, castigando con multa las obligaciones patronales y con prisión las obreras⁴⁶. La mixtificación deriva de que no se corresponde con la naturaleza de las cosas el que unos patronos impongan a otro con violencia o intimidación y de forma pública el cierre de su empresa. El que a tales resultados se pueda llegar mediante procedimientos más sutiles, e inaprehensibles por el Derecho punitivo, como, por ejemplo, aprovechando las dependencias financieras de la empresa, es cuestión distinta y que, por otra parte, no parece que tenga relación directa con los conflictos de trabajo que es a lo que se dirige el núcleo del precepto del artículo 496.2º. El que se tutele tan sólo al empresario frente a las coacciones para que inicie o continúe un cierre patronal, y no para que mantenga abierta o proceda a la apertura de la empresa pone de manifiesto aún más el sin sentido material y político criminal del precepto.

En la práctica el tipo resulta aplicable a supuestos de conflictos sociales sin carácter laboral, con motivo de huelgas de carácter político, en las que se pretende la paralización de pequeñas empresas o negocios de carácter cuasi familiar, como panaderías, bares, mercados, etc., supuestos en los que únicamente resulta pensable una coacción violenta contra patronos y en la que no medie también coacción a los trabajadores. Ejemplo de ello podrá ser el de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de septiembre de 1981, en la que se castiga a un alcalde que empleó a la policía municipal para obligar a cerrar sus establecimientos a los comerciantes del lugar, con motivo de una protesta política.

44 La derogación de los párrafos 2 y 3 del artículo 496 y del número 5 del artículo 6 del DL 3/1979 ha sido solicitada por el Congreso de Abogados Jóvenes de 1982 y por el Grupo Parlamentario Comunista: Proposición de ley de 23 de abril de 1982 (*BOCG Congreso*, serie B, núm. 181).

45 Cfr. *Derecho penal económico*, cit., pág. 549. Cfr., también, en *Comentarios a la legislación penal*, 1, *Derecho penal y Constitución*, Madrid, 1982, pág. 257.

46 Vid. Arroyo Zapatero: *Protección penal de la seguridad en el trabajo*, cit., pág. 16.

Las conductas coactivas cuya dinámica tiene un inicio en los patronos tienen mayor relevancia práctica y merecerían tenerla también en el orden legislativo, cuando se dirigen contra el ejercicio de huelga por parte de sus trabajadores. Manifestaciones de ello son los cierres patronales tendentes a impedir la huelga⁴⁷, o las órdenes que impiden a los trabajadores el derecho de reunión dentro de la empresa o las violencias y otras conductas coactivas ejecutadas contra los huelguistas por los ser vicios de seguridad de la empresa, etc. Todas estas conductas, de llegar a la justicia penal, resultarían meras coacciones comunes. Sin embargo, son conductas especialmente tipificadas en otros ordenamientos como expresión de una tutela privilegiada de la libertad sindical y del derecho de huelga⁴⁸.

47 Vid. el comentario al artículo 222 *in fine*.

48 Particularmente en Derecho francés, con su delito de “entraves” a la libertad de los representantes sindicales (vid. Goddard: *Droit pénal du travail*, cit., páginas 262 y ss.). Para Italia, vid. Smuraglia: *Diritto penale del lavoro*, cit., páginas 120 y ss.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LA PRESUNCIÓN DE HABITUALIDAD EN LA RECEPCIÓN (ART. 546 BIS B CP.). COMENTARIO A LAS SENTENCIAS DE 25 DE ABRIL Y 21 DE DICIEMBRE DE 1985 T.S.

I. LA HABITUALIDAD EN LA RECEPCIÓN

La sentencia del Tribunal Supremo de 21 de diciembre de 1985 (Pon. Soto Nieto), que reitera la doctrina contenida en la de 25 de abril de 1985 (Pon. Díaz Pablos) viene a estimar que la presunción de habitualidad establecida por el art. 546 bis b comporta una presunción de culpabilidad que conculca los principios constitucionales de culpabilidad y presunción de inocencia, por lo que, al tratarse de un precepto anterior a la Norma Fundamental, lo declara derogado por fuerza de la disposición derogatoria tercera de la Constitución.

En lo que sigue se procede a analizar la naturaleza de la habitualidad en la recepción, para poder determinar con exactitud el significado de la presunción de habitualidad del art. 546 bis e identificar el principio o principios constitucionales que tal presunción pueda vulnerar. A partir de tales resultados se valorará la metodología seguida por el T.S. para declarar la inconstitucionalidad del precepto y la subsiguiente derogación.

El art. 546 bis a, castiga con prisión y multa de 30 mil a 600 mil pesetas, al que con conocimiento de la comisión de un delito contra los bienes se aprovechara para sí de los efectos del mismo. En el último párrafo del mencionado artículo se establece la pena superior en grado para los “reos habituales de un delito”.

La habitualidad es, en principio, una circunstancia o elemento objetivo que caracteriza el comportamiento del autor. Su concurrencia en una persona puede ser tomada en cuenta por la Ley penal con fundamento y fines diversos. La Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social la toma en consideración como síntoma de una particular peligrosidad criminal del sujeto y configura con ella la definición de varios estados peligrosos a fin de disponer la aplicación de medidas de seguridad¹. Se trata en estos casos de una cualidad de la personalidad del sujeto, que ha de entenderse como la costumbre adquirida por la repetición de actos delictivos, que viene a originar una determinada facilidad para la comisión de los hechos punibles y que constituyen un elemento integrante de la manera de obrar o conducta del sujeto².

Por su parte, el Código penal toma en cuenta a la habitualidad en la configuración de algunos tipos de delito: arts. 415.2º, dedicación habitual a la práctica de abortos por no facultativos, 542 (usura habitual), 402 (exacciones ilegales) y, el que nos ocupa 546 bis a, relativo a la receptación. En unas y otras figuras la presencia de la habitualidad opera de modo diverso. Así, en la usura del art. 542 la habitualidad del autor de préstamos usuarios es una circunstancia constitutiva del delito, sin habitualidad no existe el mismo, sino tan sólo ilícito civil, salvo que se presenta la usura de modo encubierto (art. 543). En el art. 415. 2º, la habitualidad aparece como una circunstancia meramente agravante, que no modifica de forma esencial la punibilidad, en tanto que no constituye un marco penal superior del delito básico. Sólo en la exacción ilegal y en la receptación la habitualidad opera como circunstancia “calificada”, en la exacción ilegal determinando la acumulación a la pena de multa de la inhabilitación especial, y en la receptación estableciendo una pena superior en grado a la del tipo básico y totalmente independiente de la pena del objeto de la receptación³. Por su parte en la receptación de faltas (art. 546 bis c) la habitualidad reaparece como elemento constitutivo esencial del delito, ya que éste existe tan sólo en presencia de la habitualidad.

No resulta fácil identificar la ratio del recurso a la circunstancia de habitualidad para determinar tan diferentes efectos de penalidad en el marco de los delitos en que aquella se toma en cuenta⁴. Es más, de entre el catálogo de circunstancias o elementos agravatorios que se contienen tanto en la Parte general como en la espe-

1 Así, en los estados peligrosos previstos en los párrafos 1º, 4º, 6º y 12º del art. 2 y en el art. 4 de la LPRS y el previsto en el art. 100 de la Propuesta de Anteproyecto de Código Penal de 1983.

2 Vid. Mir Puig, “La habitualidad criminal del artículo 4º de la LPRS”, en *R.J. Cat.* 1974, p. 1

3 Cfr. Rodríguez Devesa, voz “Encubrimiento” en *NEJ VIII*, 1956, p. 468.

4 Vid. P. ej., las dificultades que ofrece el fundamento de la punición de la usura habitual, García Aran, “Sentido actual y contenido material de la incriminación de la usura”, en *Rev. F.D.U.C.* monogr. 6, 1983, p. 275 y ss

cial del Código, la de habitualidad es la que mayores dificultades ofrece a la hora de determinar su naturaleza jurídica en la relación de su pertenencia al injusto o a la culpabilidad, a su función en orden a determinar su lugar en la clasificación de delitos autónomos, sui generis, cualificados o circunstanciados. Así, Alonso Álamó, en su estudio monográfico sobre las circunstancias, no llega a decidir si nos encontramos ante un elemento esencial adicional y, por tanto, ante un tipo cualificado, o ante una circunstancia especial y, por ello, ante un delito circunstanciado⁵.

En lo que respecta a la receptación puede entenderse que el fundamento de esta causa de formación de una pena diversa y más grave que la del delito básico se encuentran en la mayor peligrosidad para el bien jurídico tutelado —el patrimonio público y el privado⁶— que comporta la dedicación a negociar con los bienes procedentes de la comisión de delitos patrimoniales, en cuanto estimula la comisión de tales delitos y dificulta su descubrimiento.

Se trata, pues, de un elemento o circunstancia portador de un grado mayor de injusto que la receptación simple, lo que justifica la formación de un marco penal superior y distinto del propio de la receptación no habitual. Tal proceder no resultaría legítimo si se tratase de una circunstancia configurada como mera característica de mayor culpabilidad y, en su caso, peligrosidad del sujeto. Esta consideración se asienta en una concepción material del delito, que se postula como propia del sistema penal del Estado social y democrático de Derecho⁷. A esta idea material del delito, en la que se le concibe como acción peligrosa determinante de un resultado lesivo o peligroso para un bien jurídico fundamental⁸ repugna la formación de tipos diferenciados frente al tipo base o troncal en base únicamente a características de la culpabilidad⁹.

La configuración expuesta de la habitualidad en la receptación como elemento de la conducta típica portador de un mayor peligro para el bien jurídico y, en consecuencia, como elemento del injusto puede no resultar pacífico para quienes, en paralelo a lo que afirman de la reincidencia, atribuyan la habitualidad a la culpabilidad. En realidad, las sentencias que se cometan parecen compartir tal punto de

5 Vid. Alonso Álamó, *El sistema de las circunstancias del delito*, Valladolid, 1981, p. 269 y ss., 285 y s. y 317.

6 El bien jurídico protegido es el patrimonio. La referencia típica a los “delitos contra los bienes” y su previsión en un capítulo autónomo sirve a extender el radio de la incriminación más allá de la receptación de los delitos de malversación de caudales públicos, cfr. Rodríguez Devesa, *Parte especial*, 1983, p. 545.

7 Vid. Mir Puig, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, 2ª ed. Barcelona, 1982

8 Cfr. Torio Lopez, “Estudio de la reforma de los delitos contra la vida (parricidio-asesinato)”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, Deusto 1983, 9. 79.

9 Cfr. Torio Lopez, ob. Cit., p. 80.

vista, en tanto que estiman que la presunción de habitualidad es una presunción de culpabilidad. En todo caso, y el margen de la polémica sobre la reincidencia en general¹⁰, el elemento de la habitualidad en la receptación tiene más que ver con un juicio de mayor reproche por lo que la habitualidad de la conducta pudiera representar de “actividad espiritual interna” del autor o de un “modo de ser” más censurable.

II. LA HABITUALIDAD PRESUNTA EL NULLUM CRIMEN SINE INIURIA

Ahora bien, lo verdaderamente singular de la regulación de los delitos de receptación es la presunción de habitualidad que establece el artículo 546 bis b: “se reputan habituales, a los efectos de este capítulo, los reos que fueren dueños, gerentes o encargados de tienda, almacén, industria o establecimiento abierto al público”. Se contiene en este precepto una presunción de concurrencia de una circunstancia —la habitualidad— determinante de una mayor penalidad, que ha sido criticada desde su introducción en 1950. De la misma pudo decir Conde Pumpido que habría de ser “fuente inagotable de perplejidad”, por ser su regulación “incompleta, incorrecta, paradójica, incongruente y peligrosa”¹¹.

Para Quintano mereció el precepto las máximas censuras expresadas en su lozano castellano: “por sentar una presunción de iure, por el aberrante procedimiento del ciego objetivismo y hasta por las injuriosa asimilación tácita que supone de las conductas receptoras a las comerciales, retomando el mitológico doble patronazgo de Mercurio a los ladrones”¹².

Lo que la presunción viene a establecer es la aplicación de la pena prevista para el receptor habitual al receptor que no lo es —es decir, por ej., el autor de un único hecho de receptación— por el mero hecho de que sea dueño, gerente o encargado de establecimiento mercantil. Expresado de otro modo: acreditada la condición de titular, gerente o encargado de establecimiento mercantil del autor de un único hecho receptor se la presume por ello receptor habitual y se le impone superior en grado a la que materialmente le corresponde.

Se puede convenir con Rodríguez Devesa en que el fundamento de la presunción se encuentra en la mayor facilidad que los receptores les proporciona su posición mercantil para negociar impunemente con las cosas provenientes del delito cuando estas pertenezcan al género de cosas con las que se trafican¹³, posición favorecedora de la repetición de los mismos y determinante de una mayor dificultad para su descubrimiento. En la cita del mencionado autor se contiene una precisión que constitu-

10 Vid. Ampliamente Mir Puig, *La reincidencia en el Código penal*, Barcelona 1974.

11 Conde Pumpido, *La presunción de habitualidad en la receptación de Ley de 9 de mayo de 1950*, en *Anuario de Derecho Penal*, 1953, p.275 y ss.

12 Quintano, *Tratado de la Parte Especial*, III, p. 417.

13 Rodríguez Devesa, voz “Encubrimiento”, ob. Cit. En nota 3, p. 469.

ye un presupuesto material del fundamento lógico de la agravación: sólo hay mayor facilidad y en consecuencia mayor peligro para el bien jurídico, cuando las cosas objeto de receptación “pertenecen al género de cosas con que trafican legalmente”.

Pues bien, en la medida en que el precepto del art. 546 bis b no requiere de tal característica ya por sí mismo opera presumiendo implícitamente en el comerciante la mencionada mayor peligrosidad para el bien jurídico. La doctrina y la jurisprudencia han incorporado por vía hermenéutica la exigencia de que el establecimiento mercantil se encuentre dedicado al tráfico de objetos semejantes a los que provienen del delito receptado¹⁴. De este modo, el reproche apuntado se puede considerar que resulta neutralizado. Pero en todo caso y con él eso no se resuelve el problema que plantea la presunción de habitualidad que el art. 546 bis b establece respecto del comerciante. En efecto, la mayor penalidad respecto del tipo básico que se establece para el receptador comerciante —en relación a los objetivos que pertenecen al tráfico de su empresa— sólo resulta materialmente justificada si la receptación del comerciante representa un mayor peligro para el bien jurídico que la que comporta la receptación del no comerciante. Puede admitirse que, en abstracto, la condición comercial del receptador comporta mayor peligro que la del receptador común, pero lo que fundamenta ese juicio abstracto de peligrosidad es el indicio de que el comerciante está en mejores condiciones que él no lo es para dedicarse habitualmente a la receptación. Es decir, lo que el art. 596 bis b viene a establecer es una presunción de un plus de peligrosidad abstracta de la conducta del comerciante, peligrosidad abstracta que sólo se plasma en concreto si la receptación del comerciante se presenta en la realidad de modo habitual. La presunción impide, pues, una comprobación en concreto de que concurren efectivamente las propiedades materiales de la conducta que se considera más peligrosa: la receptación habitual. En este sentido puede decirse que la función del art. 546 bis b se asemeja a la propia de los delitos de peligro abstracto y en su dimensión más negativa, de peligro presunto, toda vez que al ser presunción de iure proscribire la comprobación de la peligrosidad concreta.

Si reconducimos las consideraciones expuestas a los principios fundamentales que rigen en materia penal podemos convenir que lo que la presunción de habitualidad del art. 546 bis b vulnera es el principio de *nullum crimen sine iniuria*, es decir el principio que proscribire la incriminación de una conducta si esta no lesiona un bien jurídico, principio que, proyectado sobre los tipos cualificados respecto del básico, si tal incremento de la penalidad no se acomoda a un incremento de lo injusto de la conducta. Expresado de otro modo: no hay —no debe haber— pena agravada —en el sentido de pena superior en grado— sin

14 Cfr. Conde Pumpido, ob. Cit., p. 289 y Rodríguez Devesa, Parte Especial, cit. P. 547.

la presencia de una circunstancia o elemento que comporte un plus de lesión o peligro concreto para el bien jurídico. El artículo 546 bis b representa la vulneración de dicho principio, en cuanto que establece un plus de penalidad sin exigir que concurra un correlativo plus de injusto de la conducta, a través de presumir de iure que en los supuestos de autoría de comerciante se da ese plus de injusto que presenta la habitualidad.

El problema consiste ahora en determinar si el principio de *nullum crimen sine iniuria* tiene o no rango constitucional. La cuestión no ha sido abordada por la doctrina hasta el momento con detalle suficiente, aunque está implícita en la discusión sobre el principio del bien jurídico y el correlativo concepto material de delito¹⁵. A mi juicio, la respuesta es positiva, aunque requiera una amplia fundamentación, necesariamente en otro lugar: el principio de lesividad y se encuentra implícito en el propio artículo 25.1 de la Constitución, en la medida en que exige acciones u omisiones como presupuesto de la intervención penal; en el apartado 3 del mismo artículo, en tanto que proscribte el recurso a técnica formales en la configuración de penas; en el principio de proporcionalidad y no arbitrariedad del art. 9.3 a cuya luz se ha de interpretar también el art. 25.1, etc.

III. HABITUALIDAD PRESUNTA Y PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

El Tribunal Supremo en sus sentencias de 25 de abril y 21 de diciembre de 1985 opera con una configuración de la presunción de *habitualidad del art. 546 bis b, distinta a la aquí mantenida, como* presunción de culpabilidad y supuesto de responsabilidad objetiva.

Sobre el principio de culpabilidad o, mejor¹⁶, sobre las consecuencias dogmáticas que de él derivan, existe una profunda elaboración y amplio acuerdo doctrinal¹⁷. Su plasmación y desarrollo ha tenido lugar en el plano jurisprudencial a partir de la

15 Vid. Además de lo citado en notas 7 y 8: Escrivá Gregori, *Consideraciones sobre Derecho penal y Constitución*, en *Papers* 13, 1980 p. 141 y ss. Esp. P. 157 y s. Gonzalez Rus, *Teoría de la pena y Constitución en Estudios penales y criminológicos*, VII, 1984, p. 248 y ss. En especial sobre el *nullum crimen sine iniuria* vid. Mantovani, *Diritto penale*, Padua 1979, p. 183 – 252; Bricola, *Legalità e crisi: l'art. 25 della Costituzione rivisitato alla fine degli anni 70*, en *La Questione Criminale*, 1980, p. 179 y ss; Neppi Modona, *Il principio di lesività ed i rapporti con la Parte speciale*, en Vassalli, ed. *Problemi generali di diritto penale*, Varese 1982, p. 77 y ss.

16 Con esto quiero eludir la dimensión del principio de culpabilidad como “fundamento” de la responsabilidad criminal, cuestión sobre la que la doctrina española se halla escindida, vid., al respecto Mir Puig, *Función de la pena y Teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*, Barcelona 1982, p. 91 y ss.; Muñoz Conde, *Derecho penal Control social*, Jerez 1985, p. 31 y 33; Córdoba Roda, *Culpabilidad y pena*, Barcelona 1977

17 Vid. Bacigalupo, “Tienen rango constitucional las consecuencias del principio de culpabilidad”, en *La Ley*, 8-VI-85, con amplias referencias.

doctrina del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el art. 24.2 de la Constitución¹⁸ y, en el plano legislativo, con la reforma del Código penal de 1983¹⁹. Así y para el plano del derecho penal sustantivo puede ser propuesta como *communis opinio* la que expone Cobo y Vives²⁰ “el principio de culpabilidad resulta infringido cuando se castiga por actos presuntos o por hecho de otro, cuando se establecen supuestos de responsabilidad objetiva, esto es, de responsabilidad por el resultado y cuando las conminaciones penales no tiene en cuenta la medida de la culpabilidad”²¹.

A los efectos que nos ocupan, lo más problemático del principio y de su catálogo de consecuencias no es la identificación del precepto o precepto de la Constitución en los que pueda venir incorporado. Resulta evidente que en nuestro derecho no existe una proclamación expresa del principio de culpabilidad con rango constitucional²², pero no es menos cierto que puede inferirse de preceptos diversos de la Norma Fundamental y, entre ellos, de los que reconocen los derechos fundamentales recogidos en los arts. 14 al 29 de la Constitución²³. En mi opinión el principio de culpabilidad en toda su extensión debe entenderse consagrado en el art. 24.2., en su proclamación del derecho subjetivo público a la presunción de inocencia, pues entiendo que ni la esfera de tal derecho puede reducirse al procedimiento sancionador ni los destinatarios del mandato implícito en el precepto agota en los Jueces y Tribunales el círculo de sus destinatarios. Bien al contrario el precepto se extiende al derecho penal sustantivo y el legislador también queda a él vinculado en la configuración de los tipos penales²⁴.

Todo ello resulta, claro está, discutible y requiere una amplia fundamentación, propia de otro momento. Pero, a los efectos del problema que ahora abordamos, importa destacar que, más allá de lo que pueda ocurrir con la fundamentación constitucional del principio de culpabilidad en general, la consecuencia concreta de éste, que puede denominarse prohibición de *iure* hechos o circunstancia

18 Vid. Vázquez Sotele, *Presunción de inocencia del imputado e íntima convicción del Tribunal*, Barcelona 1984, y, el mismo, “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 2ª, de 16 de septiembre de 1985”, en *La Ley*, 19-II-1986, con las referencias doctrinales y jurisprudenciales hasta el momento. También Guerra /Belloch /Torres, “El derecho a la presunción de inocencia”, en *La Ley* 1984, IV, p. 1183 y ss

19 Vid. Quintero Olivares/Muñoz Conde, *La reforma penal de 1983*, Barcelona 1983, p. 22 y ss

20 Cobo/Vives, *Derecho penal, Parte general*, Valencia 1984, p. 88.

21 Que en la concepción más moderna se entiende como expresión autónoma del principio de proporcionalidad.

22 Cfr. Cobo/Vives, ob. Cit., p. 86.

23 Vid. Bacigalupo, ob. Cit., en nota 17; Escriba Gregori ob. Cit., en nota 15, p. 159 y los mismos Cobo y Vives, eod. Loc.

24 En el mismo sentido Rodríguez Ramos, Presunción de inocencia no minimizada, en *La Ley*, 29-XI-83.

agravatorias de la penalidad en los tipos penales, es un principio que encuentra fundamentación y reconocimiento autónomo y suficiente en el art. 24.2 de la Constitución, integrando uno de los contenidos del derecho a la presunción de inocencia²⁵.

En efecto, si se entiende que el derecho a presunción de inocencia exige que todos y cada uno de los elementos y las circunstancias constitutivas de la infracción penal ha de ser objeto de prueba y que su concurrencia no puede presumirse²⁶, corolario lógico es que el derecho se vulnera cuando ya el propio tipo penal presume de iure un hecho determinante del art. 546 bis b del Cp., en el que se presume la concurrencia de la habitualidad, causa de mayor penalidad respecto del tipo básico de receptación.

En consecuencia, debe compartirse la tesis del Tribunal Supremo cuando afirma la oposición frontal entre la presunción legal de habitualidad del art. 546 bis b y el derecho a la presunción de inocencia (Cdo. 3º S. 25-IV-85 y Fundamento 2º S. 21-XII-85), lo que basta y sobra para justificar la posterior declaración de inconstitucionalidad y correlativa derogación del precepto en cuestión, extremo éste que debe examinarse en el siguiente apartado.

Pero el T. S. fundamenta su tesis además de en la vulneración de la presunción de inocencia, en otra consideración consistente en afirmar que la presunción de habitualidad constituye un supuesto de responsabilidad objetiva y, en consecuencia, es contraria al principio de que no hay pena sin dolo o culpa, recogido en el art. 1º del Código tras la reforma de 1983 y derivado de la presunción de inocencia del art. 24.2 CE (Cdo. 2º S. 23-IV-85 y Fd. 2º S. 21-XII-85)²⁷. Parece evidente que esta argumentación no puede compartirse, pues la presunción legal de habitualidad nada tiene que ver con la responsabilidad objetiva, ya que el sentido propio de esta

25 Así lo entiende el propio T.S. en la sentencia de 25 de abril de 1985, primera de las que nos ocupan, cuando afirma que el principio proclamado por el actual art. 1 del Código “si bien se mira, estaba implícito en el art. 24.2 de la C.E., en cuando es una derivación del de presunción de inocencia”, con lo que el T.S. se aparta de la tendencia a la adscripción de esta principio en exclusiva a la órbita procesal, vid. Vázquez Sotelo ob. Cit., p. 425 y ss.

26 Cfr. Fernández Entrelago, “Presunción de inocencia, libre apreciación de la prueba y motivación de las sentencias”, en *II Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid 1985, p. 319, con referencias jurisprudenciales en nota 61.

27 Cfr. Rodríguez Ramos, Presunción de inocencia no minimizada, cit. En nota 25. Entre quienes entienden que el derecho a la presunción de inocencia puede resultar violado por normas penales sustantivas que establecen presunciones culpabilidad pueden citarse Almagro en Comentarios a las Leyes Políticas, Constitución española 1978, III (Edersa) Madrid 1983, p. 58 y s.; Guerra /Belloch / Torres, ob. Cit. Nota 18, p. 1188; Fernández Entrelado, ob. Cit. En nota 27, p. 316 y ss. En el mismo sentido Escudero Del Corral, voto particular a la STC 28-VII-1981, donde afirma que el derecho a la presunción de inocencia permite determinar hasta qué punto están o no en contraste con él presunciones inversas establecidas en normas penales.

expresión es el de atribuir o imputar ex lege al autor de un hecho un resultado o consecuencia adicional del mismo, sin que este último le resulte imputable objetiva y subjetivamente a título de dolo o imprudencia²⁸. La habitualidad que la ley presume no es consecuencia o resultado adicional de la conducta del receptor, sino una circunstancia preexistente al hecho recepticio objeto de incriminación.

Con todo, el argumento primero del T.S. resulta acertado y, por lo demás, suficiente para afirmar la rotunda contradicción entre la presunción de habitualidad del art. 546 bis b y el principio-derecho de presunción de inocencia y, en consecuencia su inconstitucionalidad.

IV. DEROGACIÓN POR INCONSTITUCIONALIDAD DEL ART. 546 BIS B DEL CÓDIGO PENAL

Al tratarse de una norma preconstitucional, el juicio de inconstitucionalidad al que los Tribunales se ven abocados en cumplimiento de su deber de vinculación a la Norma Fundamental y de interpretación del ordenamiento de conformidad con ésta, lleva a declarar su derogación por fuerza de lo dispuesto en la Disposición derogatoria tercera de la Constitución.

Así lo hace el T.S. en dos sentencias de referencia. En la de 25-IV-85, manifiesta que el precepto del art. 546 bis b “adolece de inconstitucionalidad sobrevenida, con posibilidad de declararla por los Tribunales ordinarios”, a cuyos efectos se remite al Auto del Pleno del T.S. de 3 de abril de 1985. Por su parte, la S. de 21-XII-85 desarrolla en su Fundamento 3º con mayor precisión y mejor técnica este extremo y así, tras señalar el carácter de norma directa y primaria de la Constitución, manifiesta que los Tribunales ante la incompatibilidad material entre la Ley vieja y la regla constitucional deben responder con la declaración de la primacía de la Constitución, “exigiéndose no sólo una hermenéutica de las viejas disposiciones favorable al reconocimiento y efectividad de los derechos fundamentales proclamados en la Constitución, sino también, como drástica solución y cuando el mero giro interpretativo choque con el riesgo e inflexibilidad del precepto, optar por su inaplicación, no tanto por la inconstitucionalidad sobrevenida como por el efecto abogador dimanante de la Disposición Derogatoria de la Constitución que,

28 Sobre las responsabilidades objetivas pueden verse las contribuciones de Mantovani, Díaz Palo, Mir Guis, Quintero, Ruiz Vadillo y otro en *II Jornadas Italo-franco-luso-españolas de Derecho Penal*. Ávila-Alcalá de Henares, Ávila 1981. La razón de la opinión del T.S. se encuentra quizá en la cierta tradición que tiene el abordar las presunciones de culpabilidad en el contexto del problema general de la responsabilidad objetiva, pues, por una parte, esta y sus manifestaciones constituían hasta 1983 el grueso de las lesiones del principio de culpabilidad y, por otra, numerosas presunciones de culpabilidad responden al pensamiento del versari. Cfr. Díaz Pablos, en ob. Cit., p. 165 y 172. Un catálogo de las presunciones de culpabilidad que perduran tras la reforma de 1983 puede verse en Fernández Entralgo, *Presunción de inocencia*..., cit. En nota 27, p. 316-318.

surgida con irrefrenable brío normativo y vinculante, establece la derogación del ordenamiento precedente en el tiempo, bajo un prisma crítico, impregnado del nuevo sentido que el cambio jurídico aporta, atendiendo a parámetros de temporalidad —*les posterior derogat priori*—, lo que propicia la competencia de jueces y tribunales ordinarios para la verificación del juicio confrontador y, en su caso, dictado de ineficacia de una norma”.

El Tribunal Supremo formula así con nitidez y tras las variaciones de los primeros años de vigencia de la Constitución²⁹ la competencia y *modus operandi* de los Tribunales ordinarios ante las normas preconstitucionales. Lo novedoso de la esta formulación lleva a la Sala 2ª a abundar en el fundamento de la misma en el siguiente considerando, con cita de las Sentencias del T.C. de 2 de febrero y 29 de abril de 1981 y de la doctrina en ellas contenida.

El T.S., por último, precisa que los Tribunales deben proceder de oficio a declarar la inoperatividad de los preceptos anteriores a la Constitución que colisionen frontalmente con la misma, aunque no se hayan impugnado por las partes en el proceso, como ocurre en el caso de la Sentencia que nos ocupa, lo que a juicio del T.S. se fundamente “no sólo en base a razones jurídicas atinentes al juego de las leyes en el tiempo, sino, también y principalmente, a imperativas prescripciones constitucionales indicativas de que los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del Título I vinculan a todos los poderes públicos (art. 53, 1, de la Constitución), lo que supone un mandato insoslayable que alberga, a la vez un propósito de logro de unidad del sistema y una decidida aspiración de justicia.

V. RECAPITULACIÓN

El contraste entre Constitución y legislación penal ha venido siendo reducido —lo que no ha sido poca cosa— en la práctica jurisprudencial al conflicto entre presunción de inocencia y enjuiciamiento criminal. Las sentencias de 25 de abril y 21 de diciembre de 1985 de la Sala 2ª del T.S. proyectan de modo directo la norma constitucional sobre la legislación penal material anterior a la Constitución. La metodología empleada y los resultados a que se llegó, permiten augurar una profunda depuración jurisdiccional de la materia penal sustantiva que ha quedado indemne a la reforma del Código de 1983 y es de esperar, de igual modo, que, en lo que respecto al derecho penal material posterior a la Norma Fundamental, que no está exento de reparos de constitucionalidad, Jueces y Tribunales contribuyen a

29 Vid. Al respecto Cruz Villalón, “Dos años de jurisprudencia constitucional española”, en *Rev. De Derecho Político*, 17, 1983, p. 11 a 15. Una buena exposición del debate doctrinal y jurisprudencial al respecto puede verse en Fernández Entralgo, “Constitución, Derecho penal sustantivo y Derecho procesal: inconstitucionalidad sobrevenida e interpretación conforme a la Constitución”, en *II Jornadas de Derecho Judicial*, Madrid 1985, p. 247 y ss., con exhaustivas referencias.

su depuración mediante los dos instrumentos que en este campo están en su mano: la interpretación³⁰ conforme a la Constitución y, en su caso, el planteamiento de las cuestiones de inconstitucionalidad.

30 A cuyos efectos no debe dejar de advertirse de los riesgos de superación de los límites de la interpretación mediante la pura creación judicial de Derecho, particularmente grave cuando se trata de Derecho penal. Cfr. Arroyo Zapatero, “Control constitucional del Derecho y de la justicia penal”, en *C.P. Criminal*, 17, 1982, p. 388 y s. de sumo interés, Díez Picazo, “Constitución, Ley, Juez”, en *REDC* 15, 1985 p. 9 y ss.

DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 431, 432, 239 Y 566.5º DEL CÓDIGO PENAL (ORGÁNICA)¹

A la Mesa del Congreso de los Diputados

Al amparo de lo establecido en el artículo 124 y siguientes, v del 130 v concordantes, del Reglamento del Congreso de los Diputados, vengo en solicitar de esa Mesa la tramitación de la siguiente proposición de Ley Orgánica de Derogación de los artículos 431,432,239 y 566.5,” del Código Penal.

Exposición de motivos

La reciente aplicación de la figura del delito de escándalo público a hechos acontecidos en una localidad extremeña en circunstancias y con resultados desgraciados ha puesto de manifiesto la imperiosa necesidad de abordar de una vez por todas la reforma global del Código Penal y su sustitución por otro de nueva planta plenamente acorde con los valores del Estado social y democrático de Derecho. La reforma de 1983 limitó su alcance al de su propia intitulación: urgente y parcial. Ninguna justificación tiene que el Gobierno haya suspendido la promoción de la reforma, aún más cuando la experiencia muestra que la misma resulta imprescindible tanto por razones técnicas, para superar las incoherencias y antinomias de las

1 Publicado por primera vez en Boletín Oficial de la Cortes Generales, Congreso de los Diputados, III Legislatura, serie B, nº 57-1 (122/000046).

que adolece el tantas veces parcialmente reformado viejo Código, como, sobre todo, por razones políticas.

No son pocos los asuntos que reclaman una política jurídica de adecuación del orden punitivo al Estado democrático. Así, por ejemplo, la verdadera indefensión de los intereses sociales frente a la delincuencia económica, en lo que no puede olvidarse que el fracaso del proyecto de 1980 tuvo su principal causa en la enemiga que en los sectores empresariales suscitó el nuevo Título sobre los delitos contra el orden socioeconómico, y que quizá pervive todavía hoy. Es también un ejemplo de la necesidad de la reforma el hecho de que la promoción y la tutela eficaz de la libertad de expresión sufre hoy los efectos cruzados, por una parte, de una regulación insuficiente de los delitos de injurias y desacatos, cuyo literal escueto y autoritario carece de elementos de apoyo para una segura y progresiva línea jurisprudencial, y por otra parte, las consecuencias de una desgraciada protección civil del derecho a la intimidad, al honor y a la propia imagen que, en una aparente huida del Derecho Penal, ha patrimonializado el honor hasta extremos escandalosos, generando graves fenómenos de autocensura y arbitrariedad.

Los extremos indicados, junto a otros muchos, revelan la urgencia de un nuevo Código, pero algunas cuestiones, por la propia materia, o por la aplicación jurisprudencial de la misma requieren una inmediata modificación. Este es el caso de los delitos de escándalo público.

La sentencia condenatoria por los hechos acaecidos en la localidad extremeña de referencia no pueden responsablemente achacarse sólo a la singularidad de criterios de un juez concreto. La aplicación del delito de escándalo público a hechos similares es seguramente patrimonio común de todos los jueces que llevan más de diez años de ejercicio profesional.

Se ha hablado del “escándalo de la sentencia del escándalo público”, pero la responsabilidad última del mismo se encuentra, en la propia ley que acoge la figura delictiva desde que la reforma autoritaria del General Narváez la convirtiera de falta en delito en 1850. El Código ha protegido desde entonces con la pena de un delito una determinada concepción de la moral, que entre nosotros no ha aparecido más que como moral sexual, a la misma que se refería la exposición de motivos de la reforma de 1944, en la que podía leerse que las penas servían “para el vivir pacífico de los españoles y la eficaz sanción de la ley para los que se aparten de las reglas de la moralidad y rectitud, que son norma de toda sociedad iluminada en su marcha a través de los caminos de la Historia por los reparadores principios del Cristianismo y del sentido católico de la vida”.

La expuesta es la tradición de que es portadora la figura del escándalo público, radicalmente incompatible con un orden democrático y pluralista como el que la Constitución consagra como mandato al Legislador. El escándalo público es delito

no por la arbitrariedad judicial, sino porque así lo establece la ley y porque ésta la incrimina inevitablemente a través de términos valorativos, abiertos, contrarios a la seguridad jurídica. Un nuevo hecho desgraciado como el que da ocasión a esta propuesta no debe reproducirse. La idea de la justicia ha sufrido en demasía y ello es responsabilidad de los legisladores. Por ello deben suprimirse de inmediato del Código Penal las figuras de escándalo público.

Antecedentes

Decreto 3096/1973, de 14 de septiembre, por el que se publica el Código Penal, texto refundido conforme a la Ley 441/1971, de 15 de noviembre.

Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal, B. O. C. G. número 108-1, Serie A, de 17 de enero de 1980

Ley Orgánica 8/83, de 25 de junio, de Reforma urgente y parcial del Código Penal.

PROPOSICIÓN DE LEY ORGÁNICA DE DEROGACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 431, 432, 239 Y 566.5.° DEL CÓDIGO PENAL

Artículo único

“Queda sin contenido el Capítulo 11 del Título IX del Libro 11 del Código Penal, artículos 431 y 432, y los artículos 329 y 566.5.° del mismo Código.”

COUP D'ETAT EN EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL¹

Tal y como están las cosas este año no deseo conmemorar la Constitución con un texto preñado de análisis dogmáticos, que es campo al que he dedicado buena parte de mis trabajos durante casi los mismos años que cumple la norma fundamental. Es más, preparado para la imprenta mi libro Constitución y Derecho penal, no he logrado concluir el texto de la presentación, pues la vida constitucional de España y la del propio tribunal, durante al menos los últimos 15 años, no permitía un final inspirado por el optimismo y corre el riesgo de que resulte cínico. Por esta razón acudo al amable llamamiento del director de la Revista con un texto que resultará para muchos ciertamente iconoclasta. Lo titulo en francés para atemperar la impresión, pero tras el “procés” todos repasamos a Hans Kelsen y su idea del golpe de estado y también vale para lo que aquí acontece respecto a uno de los poderes del Estado. Advertidos quedan los lectores.

I. PROLEGÓMENOS

Para quien ha nacido y se ha criado en Valladolid no resulta difícil captar el aire de fronda y de palabras calientes que acompañan a la investidura del presidente

¹ Publicado por primera vez en *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, N°. 108-109 (Diciembre-Enero), 2023-2024 (Ejemplar dedicado a: La Constitución de 1978 cumple 45 años), pp. 14-19.

Pedro Sánchez, con el aparente motivo de su compromiso con la amnistía a los independentistas que huyeron y no pasaron por prisión. Se explica muy bien en el imprescindible libro para saber de dónde venimos de Jaume Claret, *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo. 1936-1945*².

Todo se explica en el capítulo dedicado a la represión en la Universidad de la ciudad del Pisuerga, la capital del alzamiento, capítulo que subtitula “El anticaltanismo como catalizador “. Resulta que, en 1932, un puñado de miembros del claustro solicitaba de este que se pronunciase contra el estatuto catalán, “plenos de los sentimientos patrióticos que se oponen a la ruptura y desquiciamiento de la unidad de la patria”. La moción se desestimó con un no ha lugar a discusión. Pero el acta de la reunión, con expresa colocación en columnas identificaba los votantes a favor y en contra y sirvió de base formal para todo el proceso represivo posterior a la rebelión militar. El asunto nos resulta cercano, no solamente por la supervivencia de los apellidos, como Vicente Guilarte, Emilio Zapatero y los de otros liberales que permanecen en la esquina del tiempo: Camilo Barcia, Felipe González Vicen, Emilio Alarcos, Vicente Gay o Emilio Gómez Orbaneja. Durante los expedientes de depuración Adolfo Miaja estaba ya en la cárcel desde 1937 y Federico Landrove fusilado. Lo significativo es que la represión se exacerbó sobre los que votaron a favor de no discutir el manifiesto denigratorio del Estatuto. Pues bien, el hoy vicepresidente de esa Comunidad, sin conocimientos ni educación, envenena la vida política en la vieja Castilla al punto de opacar la silueta de un presidente digno y, además, con el mismo argumentario de entonces dirige los asaltos contra las sedes socialistas.

Quizá convenga esclarecer que lo que en medio del barullo organizado se discutía era en realidad la opción entre un candidato a presidente que había de llevar necesariamente como vicepresidentes o ministros a personajes y retóricas como la del antes mencionado y otro candidato acompañado de la amnistía de media docena de delincuentes fugados y otros adláteres menores. Pero el asunto viene de lejos.

II. LOS PRECEDENTES DE LA CRISPACIÓN

Hubo un tiempo en el que un nuevo líder de la política española proclamaba su propósito de acometer una segunda transición, como si la primera le pareciera un exceso, a la vez que sorpresivamente conseguía la investidura gracias a entregar a los nacionalistas catalanes, además del oro y el moro, y sin que lo exigiera Constitución o Estatuto alguno el disponer de una fuerza armada que llegó alcanzar en 2017 el número de 17.000 miembros. Solo gracias a ellos se atrevieron entonces los nacionalistas a intentar la rebelión. Por fortuna, como se esclareció en el pertinente

2 Jaume Claret, *El atroz desmoche. La destrucción de la Universidad española por el franquismo . 1936- 1945*, Crítica, Barcelona, 2006.

juicio no hubo connivencia de los responsables de los Mossos y de la descarada dirección secesionista. Pero el siguiente presidente de la Generalitat explicó a quien quiso oírlo en tiempo y forma que lo que ellos pretendían era precisamente la “alternativa eslovena”, es decir, lograr un conflicto armado con varias decenas de muertos y en el subsiguiente caos pedir el reconocimiento de la independencia. Una rebelión como la copa de un pino y todo gracias a aquella investidura y a sus concesiones. Así lo expuse en esta Revista³.

En aquel tiempo surge la primera gran crispación política de nuestra corta historia democrática y constitucional. En una reunión de filósofos e historiadores en la imperial ciudad de Toledo, el gran hispanista francés Jean Pierre Dedieu pretendió aplacar el encendido debate con la advertencia de que, en realidad, para que un país disponga de un espíritu nacional poderoso, para que todos se levanten al unísono al escuchar el himno nacional, o cuando se iza la bandera, era condición necesaria que el país hubiese tenido más guerras de independencia que guerras civiles y nos recordó que España en menos de 150 años había tenido cuatro guerras civiles y solo una de independencia, que en verdad también lo fue civil, como bien lo supieron interpretar y sufrir Llorente, Moratín y Goya entre otros muchos. Viene esto a cuento del espíritu de fronda levantado alrededor de unas elecciones en las que se expresa el absoluto rechazo del histórico mal del carlismo, con sus actuales formas políticas, que ya se manifestaron como primera edición en Castilla y León y luego en numerosas Comunidades Autónomas. El resultado de las elecciones generales últimas supuso un amplio rechazo de los pactos de los conservadores con los extremistas que se cerraron inmediatamente antes de las mismas. La investidura de Sánchez era inevitable. La amnistía para los independentistas huidos y para los varios centenares de actores secundarios del proceso que ahora están siendo llamados a responder ante la justicia es algo sumamente injusto, pero muy especialmente respecto de los otros que purgaron entre dos y tres años de cárcel hasta que les llegó el indulto, también muy combatido entonces por conservadores y ultras, que constituyeron un verdadero pelotón del odio⁴.

III. LO QUE EN REALIDAD SE VIENE DISCUTIENDO

Hoy sabemos más sobre la teoría de las emociones y lo que representa navegar sobre los sentimientos⁵, además de lo fácil que resulta exagerar y manipular la rea-

3 Arroyo Zapatero, *El procés en la comprensión escénica de la sentencia del Tribunal Supremo en El Cronista del Estado social y democrático de Derecho*, diciembre 2019.

4 José Bono, *Los indultos y el pelotón del odio*, El País, 10 junio 2021.

5 Javier Moscoso, *La historia de las emociones, ¿de qué es historia?*, en “Vínculos de Historia Contemporánea” 4, 2015, págs.. 15-27 y REDDY, W. M., *The Navigation of Feeling. A Framework for the History of Emotions*, Cambridge University Press, New York 2001.

lidad, no solo mediante las redes sociales, sino mediante buena parte de la prensa y de las televisiones privadas y alguna pública constituidas en medios de partido. Pero en realidad, el problema no es la amnistía, sino el que va a gobernar Sánchez, lo que sin duda se acompaña de riesgos por parte de los nacionalistas, pero de seguridades en que se seguirá por el camino del progreso del empleo, del salario mínimo y del ingreso vital y, además, con la certeza de que en caso de una catástrofe sanitaria o de otra clase, tendremos un gobierno sin complejo de pedigrüño, y que sea capaz de liderar el reclamo de la ayuda a Europa y, sobre todo, un gobierno que ante una brutal crisis económica y de empleo como la de la pandemia no ponga la libertad de industria por encima de la salud pública y del aseguramiento de las empresas y los salarios. También es necesario un presidente que sea capaz de denunciar el terrorismo de Hamás y la acción criminal bien tipificada como crimen de guerra y contra la humanidad que promueve y ejecuta el gobierno de Israel. La manipulación por una oposición que se pretende responsable de las palabras del presidente, que son las mismas que las del presidente de gobierno de Bélgica o del secretario general de Naciones Unidas resulta obscena⁶.

Alguno dirá que hasta el momento todo lo expuesto son consideraciones políticas y no constitucionales, que son las que nos convocan en el Cronista del Estado social y democrático de Derecho en el aniversario de la Constitución, pero ya lo he advertido antes, aunque en el ámbito de lo constitucional la cuestión se presenta mucho peor.

IV. LA CONSTITUCIÓN Y EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La Constitución diseña un Estado social y democrático de Derecho con una clásica división de los tres poderes, pero con dos singularidades. Por una parte, atribuye el gobierno del poder judicial a un órgano cuya composición se ha discutido casi desde el principio, pero en lo que parecía que lo único que debía estar claro es que el Consejo no podía ser el consejo de administración de los intereses corporativos de los jueces y magistrados, como suelen reclamar algunas asociaciones judiciales, en especial, la hiper conservadora y, por supuesto, mayoritaria. El segundo pilar fundamental de nuestro Estado de Derecho es un Tribunal Constitucional, en el que pueda depurarse cualquier desviación de la letra o del espíritu de la constitución por parte de los tres poderes del Estado.

Es opinión común que el Tribunal Constitucional es la piedra dorsal de nuestra democracia constitucional. Para que el mismo pueda cumplir tal fin se requieren

6 Opinión a la que se han añadido después el secretario de estado norteamericano y el propio Biden, reclamando un cambio de gobierno en Israel, v. Pita/Vidal/ De Vega, *Biden y Netanyahu chocan abiertamente sobre Gaza por vez primera en más de meses de guerra*, El País, 12 diciembre 2023.

varios elementos. En primer lugar, que el tribunal sea integrado por juristas del máximo prestigio, lo que requiere que se trate de personas que en la opinión de cualquiera parezcan de extraordinario peso profesional propio y con capacidad para abordar la aplicación e interpretación más delicada de todas quedando sin sombra de duda sobre su autonomía personal. El primer Tribunal fue modélico en el sistema de elección, tanto por la calidad de los magistrados, como por su ajenidad al partidismo. La segunda condición para que el Tribunal Constitucional pueda ejercer sus funciones es que se constituya y se renueve como establece la ley, en los tiempos y en las formas, reproduciendo las calidades mencionadas. Pero ambos requisitos comenzaron a hacer aguas desde el momento de la llamada “segunda transición”. En efecto, entre los magistrados que correspondía nombrar al presidente del gobierno de entonces se emperrió este en nombrar a uno que todos cuantos le conocían sabían no solo de su falta de idoneidad jurídica, sino de su carácter de hombre de partido. Todo salió como se aseguraba, hasta llegar a encabezar la gran crisis del Tribunal en la época de las llamadas recusaciones. Merece recuerdo la tribuna publicada en aquel momento crítico de 2007 por José Bono, levantando un monumento de ejemplo cívico y jurídico de una “ética valiente” para el constitucional, que era a la vez un homenaje a Francisco Tomás y Valiente y un reclamo de la imprescindible autonomía de los magistrados⁷. Ciertamente es que aquello se resolvió milagrosamente, pero sigue siendo cierto que, como dejó dicho Cervantes, el diablo nunca descansa y todo la añasca, y la cuestión de los nombramientos de magistrados ha estado desde entonces sometida a una tensión difícilmente soportable. Esta increíble presión partidista sobre el Tribunal ha llegado a hacer perder el norte a la mayoría del mismo, incluido a su presidente eximio y culto catedrático de Derecho Constitucional. Cuando un valioso catedrático de Granada⁸ se quejaba de que a diferencia de otros tribunales europeos que habían abordado —aunque siempre momentos muy particulares— las medidas de emergencia dictadas por los Gobiernos europeos, nos sorprendió repentinamente el nuestro con una sentencia que declaró inconstitucional el recurso al estado de alarma para combatir las patologías derivadas del coronavirus y reclamando la aplicación del estado de excepción, como si el virus fuera susceptible de ser detenido por la Guardia Civil, a semejanza del antiguo y simpático caso del epicentro del movimiento sísmico. Pero la sentencia no fue solo una profunda estolidez, sino una ignominia. Somos ahora el único país europeo cuyo tribunal constitucional ha declarado contrario a la norma fundamental la base del sistema de aseguramiento de la salud y de la economía de los españoles en las condiciones de pandemia y constituye una muestra de actitud partidista de los magistrados

7 José Bono, *Una “ética Valiente” para el Constitucional*, El País, 1 noviembre 2007

8 Agustín Ruiz Robledo, *¿Existe control de constitucionalidad en España?* El País, 16 junio 2021.

nombrados por quienes dominaban entonces el espacio político conservador con una mayoría absoluta de ejercicio arbitrario.

V. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL: EL *COUP D'ÉTAT* PERMANENTE

Pero todo adquiere un estremecedor nivel cuando observamos lo que acontece con el órgano constitucional del gobierno del Poder judicial. Es posible al día de hoy que el atracón de noticias solo sirva para desasosegarse por la amnistía así como por la retahíla de admoniciones sobre los peligros para el Estado de Derecho que denuncian las asociaciones sindicales de magistrados, junto a las propiamente judiciales, a las que se suma el propio Consejo General, cuya mayoría sediciosa, caducada yalzada contra el gobierno, es contraria a la idea de su obligada renovación, todo ello en manifiesta y clara infracción de los preceptos constitucionales. Llevamos así ya diez años desde el nombramiento de los vocales del Consejo con la pervivencia durante cinco de los ocho vocales de la mayoría caducada, constituidos en un grupo de acción política y corporativa.

El colmo de la gravísima impostura de la Asociación mayoritaria es que ha reclamado a la Unión Europea que mientras no se les deje gobernar a ellos el Poder Judicial ¡se reduzcan o cancelen las ayudas europeas a España! ¿Pero es que alguien cree que después de esta barbaridad puede adoptarse un sistema que entregue la elección de CGPJ a semejantes protagonistas?⁹

La responsabilidad de tan insólita situación no puede achacarse a las Cortes en abstracto, pues es perfectamente conocido que se trata del grupo popular el que se niega a concertar la mayoría de 3/5 necesarios para sustituir a los magistrados en cuestión. Como se ha sabido, en algún momento de 2018 llegaron los grupos a alcanzar un acuerdo sobre el presidente —indebidamente— y los vocales, que se arruinó por el más torpe, vil y significativo wasap de la democracia, que se atribuye a un jabalí del congreso que cuando era senador había llegado a llamar terrorista a Gregorio Peces Barba. Desde entonces nada, el grupo conservador, unas veces con unas excusas y otras con otras, se niega reiteradamente a cumplir con la Constitución y con la ley¹⁰.

9 Gonzalo Quintero, *El enfado de los jueces y su idea de la independencia*, El Confidencial, 14 abril 2021, y Beatriz Parera, 12 abril 2021 en el mismo periódico. El Mundo de 12 de abril puede verse el texto casi completo de lo que titula: “Más de 2.500 jueces se dirigen a la Comisión Europea para alertar del “riesgo grave de violación del Estado de Derecho” en España

10 Un relato de lo pertinente en estos últimos años puede verse en Reyes Rincón, *Cinco años de bloqueo del PP en el Poder Judicial abocan a la justicia a su crisis más grave*, El País, 4 de diciembre 2023.

Quizá alguno se pregunte por las razones de ese empecinamiento y crea que responde a que tienen otra concepción de la Constitución o de la ley. Pero resulta suficientemente indicativo el hecho de que hartos de tamaña infracción constitucional, el propio presidente del Consejo y del Tribunal Supremo dimitiera, marcando a todos los vocales caducados el único camino digno: la dimisión inmediata. Su ejemplo no ha sido seguido. A estas alturas están ya bien claras las razones de esa sinrazón, que no son otras que la creencia de que el monopolio de la mayoría del Consejo otorga un cierto control sobre la acción de la justicia como manifestaba el *wasap* de marras, y eso es algo en lo que por razones desgraciadas están empecinados en conseguir, ya sea por acción directa, poco evidente, o indirecta, poco visible, o por omisión, manteniendo una composición del Consejo propia del tiempo de la última mayoría de los conservadores.

Desde el punto de vista formal poco habría de preocupar, pues lo que un juez hace o deja de hacer puede ser corregido si fuera procedente por un órgano superior. Pero la vida no es así, ya que lo que algunos jueces hacen mal no tiene solución y no solo porque no todo puede ser corregido por instancias superiores y porque no se puede asegurar la aplicación inexorable de la justicia ante jueces que olvidan los procedimientos y desoyen sistemáticamente al ministerio fiscal. Todo acontece porque no existe un verdadero sistema de depuración de responsabilidades profesionales, pues el órgano de disciplina del Consejo necesita de un liderazgo y de una legitimación que no puede proporcionar una composición corrompida.

VI. RAZONES DE UN EMPECINAMIENTO

Hemos de preguntarnos qué es lo que tendría que temer la facción conservadora de las Cortes de no poseer un efectivo control sobre el ámbito judicial que más les preocupa. Pero el caso es que hay mucha materia, como alardeaba el autor del malhadado *wasap*.

No hay que mirar más allá de la Audiencia Nacional. En la época del terrorismo y contra el crimen organizado la Audiencia se justificaba en la necesidad de concentrar la jurisdicción para poder proteger a los jueces y fiscales encargados de la lucha contra esa feroz criminalidad, que no solo asesinó a la fiscal Tagle y a otros magistrados, entre los que merece recordarse especialmente a Tomás y Valiente, eso sí, el día que perdió la protección y se encontraba indefenso en su modesto despacho de profesor de la Universidad Autónoma. Pero en cuanto a corrupción se refiere, que es el ámbito que puede más escocer en algún partido, cada éxito de la Audiencia lo es también para la democracia y cada fracaso es un éxito para los corruptos. Es posible que alguno haya olvidado la impresionante red de corrupción que rodeó al partido conservador en el cambio del milenio, un espectáculo intolerable de presidentes de

comunidades autónomas acarreando bolsas de billetes, con cónyuges pagando con fajos de 500, vestuario gratuito y un sinfín de zarandajas que nos avergonzaron a todos. Pero para la memoria de la infamia queda la conversación judicialmente interceptada entre dos presidentes de comunidad autónoma, reclamando entre ellos que el gobierno les nombrara un fiscal anticorrupción que fuera comprensivo, lo que no llegaron a alcanzar por más de 87 días solo por auténtico milagro¹¹. Ante tal asunto nadie de las asociaciones judiciales corporativas ni de la misma corporación fiscal se levantó y se fue a contarlo a Bruselas.

No es que el grupo conservador no reaccionara ante aquella marea de corrupción, pues lo primero que hizo fue achacarlo todo a un invento de Alfredo Pérez Rubalcaba, después alguien ordenó destruir a martillazos los ordenadores que contenían la contabilidad criminal y a nadie se investigó. Por último, se constituyó con fondos públicos una brigada especial por ministro y secretario de Estado de Interior con otros coautores que todos conocen para apoderarse de los secretos del antiguo tesorero del partido. Se investiga y todo el mundo sabe lo que pasó menos algún juez competente.

Conviene mencionar dos aspectos más: por una parte, si hubiere un Consejo responsable habría una política que evitara los nombramientos en la Nacional de jueces interinos y en situación de meritorios. Nada hace peligrar más la autonomía de un juez que el depender en su ejercicio de la concesión de una prórroga o de un ascenso cuando se enfrenta a verdaderos asuntos de Estado. Y por otra, si hubiere un Consejo responsable, no debería pasar lo que ocurre en el juzgado número seis de la Audiencia Nacional, donde entre otros muchos asuntos se sigue el “caso Villarejo”, contra quien se acumulan más de 47 piezas separadas¹² y en cinco años apenas se le ha condenado por una y, para colmo, no se le ha condenado por cohecho, a pesar de que todas las acciones criminales del sujeto las ha podido cometer porque sus superiores le trataban como funcionario de policía y los clientes le contrataban porque tenían la firme convicción de que lo era. Se podría acaso pensar que entre estas piezas separadas puedan encontrarse una relativas a aquel incendio veraniego del edificio Windsor, un daño valorado de 500 millones de euros, y que al parecer se realizó con el propósito de borrar pruebas de algún grave problema de algún pre-

11 Un ilustrativo y equilibrado relato puede verse en Ignacio Escolar en el *Diario.es* de 13 de mayo de 2017 y una lección para mexicanos, y españoles, en mi blog: <https://blog.uclm.es/luisarroyo-zapatero/2023/04/26/intervencion-de-luis-arroyo-zapatero-en-el-congreso-internacional-del-inacipe-en-mexico-nuevo-modelo-de-fiscalia-hacia-la-gestion-eficiente-de-la-justicia-penal-mexico-2018/>. Para completar el impacto del asunto vale conocer que el efímero fiscal anticorrupción fue encontrado idóneo para desempeñar el delicado cargo de promotor de la Acción Disciplinaria de la Fiscalía por el Fiscal General del Estado Álvaro García Ortiz, eso sí con el voto favorable de solo dos de los 11 integrantes del Consejo Fiscal, v. *Confilegal* de 1 de diciembre de 2022.

12 Isabel Vega en *Diario ABC* de 24 julio 2023.

sidente de alguna gran empresa. Deseo fervientemente que no sea así, ya pasamos suficiente disgusto y vergüenza cuando la al menos posible inductora de la “brigada patriótica 2” ha sido llamada a declarar únicamente como testigo tras reclamarlo la fiscalía en más de cuatro ocasiones y ordenarlo reiteradamente la Sala. Pero todos debieran saber que ya Von Hentig en su libro sobre el chantaje explicó que el peor y más grave enemigo de la sociedad es el policía que ha bebido la sangre de la extorsión y no puede cejar nunca en su adicción, ni siquiera tras los barrotes, más aún si como el de referencia está en su casa¹³.

VII. LAWFARE

Y para concluir una referencia breve pero imprescindible a los términos de *lawfare*. Como es sabido el término se aplica a la utilización de la justicia para neutralizar a los enemigos políticos¹⁴. Los casos más conocidos fueron la acusación y condena de prisión a uno y la inhabilitación a otra de las al parecer únicas personas incorruptas de Brasil, Lula da Silva y Dilma Rousseff. Dicho todo sin ánimo de comparar a gigantes políticos como los mencionados con las víctimas del *law fare* nacional se debe tener en cuenta que durante más de cinco años se ha perseguido con auténtica saña por determinados jueces de instrucción de la Audiencia Nacional a miembros directivos de Podemos. En todos los casos los procedimientos han sido archivados. También constituye *lawfare* la “policía patriótica” dirigida desde el Ministro del Interior para denunciar con pruebas falsas a los dirigentes nacionalistas, que no ha sido objeto de relevante intervención judicial, es *lawfare* policial asegurado por lo judicial, y la brigada fue refundada para nuevas tareas ya mencionadas.

Por último, no deja de sorprender la retahíla de pronunciamientos de órganos judiciales con feroces críticas al gobierno y a sus planes de adoptar una ley de amnistía. Carece de sentido en una Revista de juristas tener que explicar que ninguna amnistía mediante ley, y más aún orgánica, sustituye o anula la función de los jueces y mucho menos al poder judicial en su conjunto y es una falsedad decir que

13 Ilustrativo es Ernesto Ekaizer, *Operación jaque mate: cómo acabaron con el fiscal del caso Villarejo*, Penguin Random House, 2023. Hans von Hentig, *El Chantaje*, trad. Rodríguez Devesa, 4ª ed., Espasa, Madrid 1982, que se refiere al policía jefe que “ha lamido la sangre caliente de la sensación de poder que le impulsa como un estupefaciente a la repetición”.

14 Dunlap, C., *Lawfare Today: A Perspective*, en « Yale Journal of International Affairs », 2008 146 y sigs.; Mª Jose Pignatelli García, *Lawfare en español. ¿qué es la guerra jurídica? Aproximación teórica al fenómeno*, “Revista General de Derecho Penal”, p. 1698-1189, N.º. 37, 2022; Rodrigo Murad do Prado, *Lawfare. La guerra legal en Brasil y Argentina*, en *Garantismo Penal*, coord. por Javier Llobet Rodríguez, 2022, págs. 409-428; Gándara Pizarro, J. H. y Gándara Pizarro, F. H. *Lawfare*. “Eunomía. Cultura de la Legalidad”, 22 (2022), 267- 287 y el oportuno artículo de Alex Grijelmo, “*Lawfare*”, *palabra nueva para idea vieja*, en El País de 12 noviembre 2023 y el de Ignacio Sanchez Cuenca, *El ‘lawfare’ existe, hablemos de él*. En El País de 12 de diciembre de 2023.

con ello se ponen peligro el Estado de Derecho. A todos cuantos esto han dicho y proclamado debería retirárseles el título de licenciatura y, en su caso, el de máster. Una amnistía puede ser de más o menos gusto, pero si está inspirada en razones políticas y tiene una finalidad lícita, solo puede fracasar en alguno de sus flecos y, si los hubiere, lo hará sin duda ante el Tribunal Constitucional. Lo peor es que estas manifestaciones críticas están realizadas por jueces, a pesar de que la Ley orgánica del Poder judicial en aras de cumplimentar la independencia proclamada en el artículo 122,1 de la Constitución, prohíbe taxativamente a jueces y fiscales “dirigir a los poderes autoridades funcionarios públicos o corporaciones oficiales, felicitaciones o censuras por sus actos ni concurrir en su calidad de miembros del poder judicial a cualquier reunión pública que no tenga carácter judicial”¹⁵. No pocos son los que han incurrido en esta desmesura, desde la Sala de gobierno del Tribunal Supremo, el 13 de noviembre, antes de que se presentara la proposición de ley orgánica en cuestión. Más tempranamente aún, el 1 de noviembre, cuando lo hizo la Asociación Profesional de la Magistratura que anunció el fin de la democracia. Todas estas son conductas incardinables perfectamente en las infracciones graves a los deberes de los funcionarios judiciales e inclusive pueden ser constitutivas de alzamiento y de incitación a la sedición, tristemente desaparecida de nuestro Código. Todo constituye *lawfare* al menos por omisión. Ninguna comisión del Congreso puede ni debe sustituir o desplazar a los jueces, pero sí podría servir para esclarecer los aspectos políticos de asuntos que corrompen la democracia y que el actual Consejo General del Poder Judicial permite e incita.

VIII. CONCLUSIÓN

La situación ofrece un ambiente irrespirable desde el punto de vista democrático y de convivencia y nada es gratuito. Todo está inspirado por el augur de la segunda transición: “el que pueda hablar, que hable; el que pueda hacer, que haga; el que pueda aportar que aporte; el que se pueda mover, que se mueva”. Quien suscribe, desde su pasión por el orden democrático y la Constitución acuñada por el compromiso desde estudiante y labrada por el de jurista durante toda la vida profesional proclamo la necesidad imperiosa de otro lema: la Constitución debe inspirarnos en la vida cotidiana y “todos los que puedan hacerla cumplir, que la cumplan”, especialmente en lo que respecta al único eje del Estado de Derecho que esta directa y reiteradamente dañado: el Poder Judicial con su órgano de gobierno a la cabeza.

15 V. Ricardo Bodas, *Jaque a la imparcialidad judicial*, El País, 20 noviembre 2023.

POR ENCIMA DE LA LEY¹

Es bien sabido que no son los catedráticos, sino los jueces, quienes tienen la exclusiva responsabilidad de juzgar. Y en el desarrollo de esa noble y capital tarea del Estado que es juzgar los magistrados deben cumplir siempre la severa obligación de no aplicar la ley penal de manera caprichosa o arbitraria. La teoría reconoce que la aplicación de la ley comprende siempre su interpretación, pero es más verdad aún que, cuando la ley es clara y terminante, no es lícita labor creativa alguna. Solo cuando haya alguna oscuridad está llamado el juez a interpretar la ley penal y nunca más allá de su tenor literal posible. La creación de la ley penal por el juez está radicalmente prohibida y así lo proclama el principio constitucional de legalidad penal. Cuando el juez sustituye el tenor literal de un precepto penal por conceptos de su invención o aplica construcciones doctrinales a hechos a los que no corresponde, se pone por encima de la ley y se convierte en un político ilegítimo.

A veces los jueces recrean la ley penal por error. Pero lo malo es cuando lo hacen a propósito, por estimar que la justicia debería alcanzar a quien la ley no contempla. Cuando un juez incurre en uno de estos desatinos solo nos queda la esperanza de que lo corrija un tribunal superior y, especialmente, el Tribunal Supremo. Pero como la justicia tarda en concluir sus procesos, esta se aleja de nuestro mundo y durante años quedan sujetos a la persecución penal personas inocentes que, al cabo del tiempo, terminan siendo exculpadas sin que nadie responda de su calvario. A veces, algún juez puede pretender precisamente esto, llevar a alguien al calvario, aunque sepa que mucho después todo será probablemente anulado. Lo peor es cuando el despropósito

1 Publicado por primera vez en *El País* el 29 de julio de 2024.

o directo propósito es obra del propio Tribunal Supremo. Siempre creí que esto no podía pasar en nuestro Estado democrático de Derecho, pues uno debería poder confiar en que sus integrantes sean seleccionados con elevados criterios de calidad técnica y cívica, de modo que queden excluidos los candidatos desprovistos de la virtud de la templanza, que debe acompañar siempre a la justicia.

Un error no hace callo, pero sucesivas resoluciones en las que el Tribunal Supremo se pone por encima de la Ley dan razones para compartir una grave preocupación no solo entre los catedráticos, sino también entre los jueces y magistrados a los que les desagrada ver al Tribunal Supremo colocarse por encima de la ley.

Así ha ocurrido recientemente, en primer lugar, en relación con el delito de terrorismo. Los graves desórdenes públicos que conocemos como “tsunami” fueron solo eso, desórdenes públicos graves. En España todos sabemos bien, desgraciadamente, que el terrorismo es el tiro en la nuca, la bomba lapa, el secuestro y los estragos realizados con una organización terrorista detrás. Aunque la redacción del artículo cambiara algo en 2015 para incluir a los lobos solitarios, ello no autoriza a decir que aquello que no es terrorismo lo es. Convertir los desórdenes graves en terrorismo es una arbitrariedad en toda regla. No debería ser necesario esperar a que lo dijera Suiza, como efectivamente ha sucedido para nuestra vergüenza y para escarnio europeo de nuestra justicia. El despropósito se ha salvado por ahora porque ese juez de la Audiencia Nacional siempre tan protagonista, a quien había seguido increíblemente en su desafuero la sala del Tribunal Supremo, ha causado la total anulación del tan enojoso procedimiento, no por la razones antes aludidas, sino por excederse en el tiempo procesal, lo que no ha de extrañar a nadie pues se trata de un juzgado que parece que acumula los expedientes y los deja dormir hasta que algún hecho político de actualidad le reclama.

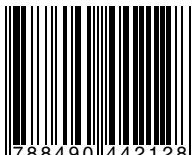
Saltarse la ley es también aplicar las figuras delictivas de la malversación y la prevaricación a los miembros del antiguo Gobierno andaluz. Todos los penalistas sabíamos sin necesidad de esperar al Tribunal Constitucional que no había malversación más que en el director general que había aplicado efectivamente los caudales públicos de modo personal y concreto. Tampoco había prevaricación, pues no puede consistir esta nunca en la remisión por el Gobierno de una iniciativa legislativa ni en la adopción por el Parlamento de una ley, que es algo que debería dar lugar a lo sumo a la responsabilidad administrativa contable. Pero se impuso el relato que adoptaron la Jueza instructora, la Audiencia de Sevilla y al final desgraciadamente el propio Tribunal Supremo, que confirmó la invención de una malversación y de una prevaricación que no eran tales. Pareciera que entonces se hubiera querido equilibrar sobre los unos esa balanza de la justicia que caía siempre del lado de los otros, aquellos que todo el mundo sabía que se habían llevado a su casa el dinero en bolsas de plástico.

La inmensa mayoría de los jueces y magistrados cumplen su tarea con dignidad y sin incursiones políticas. Pero sabemos también que últimamente hay jueces incansables que adoptan decisiones difícilmente comprensibles y con tintes políticos evidentes. Y es lógico que algunos actúen así, convirtiendo en ley su capricho, si el propio órgano del gobierno del poder judicial ha estado durante cinco años sin renovar en contra de la ley y el derecho, y no hay nadie a cargo de gobernar y de ejercer las medidas correctivas y las funciones disciplinarias que residen en dicho órgano. Los tiempos revueltos son malos para todo, pero todo será peor si los jueces hacen pasar por derecho lo que no es sino su comprensión de lo político, colocándose así por encima de la ley.



Tras la II Guerra Mundial y fruto de sus enseñanzas los países de la Europa continental –algunos, como el nuestro, con cuarenta años de retraso– se configuraron mediante sus Constituciones como un Estado social y democrático de Derecho, dotaron a sus normas constitucionales de vigencia directa y, para su garantía, establecieron Tribunales Constitucionales en la cúspide del ordenamiento. Todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y el Tribunal Constitucional garantiza que legislador, gobierno y magistratura se someten a ella. El sistema jurídico, incluido el Derecho penal sustantivo y procesal, también está sometido a las normas y principios constitucionales. En la vida se producen conflictos cuya resolución solo se alcanza por decisión del Tribunal Constitucional, a cuya teoría general y disputas constitucionales a lo largo de sus más de cuatro décadas de existencia (como las relativas a la violencia de género, la interrupción del embarazo y la eutanasia) se dedica este libro.

ISBN 978-84-9044-212-8



9 788490 442128