



Principio de legalidad penal

Carmen Lamarca Pérez

Universidad Carlos III de Madrid
carmen.lamarca@uc3m.es

Resumen

La autora estudia el significado político y las exigencias jurídicas que derivan del vigente principio de legalidad penal. Se analizan en primer lugar el contenido del principio de seguridad jurídica, del que derivan a su vez las exigencias de “lex certa” y “lex praevia” y del principio democrático-representativo o principio de reserva de ley, que exigiría que la ley sea escrita y determinaría la prohibición de la analogía. Se repasan, asimismo y en segundo lugar, los factores que desde el siglo pasado vienen contribuyendo a lo que se denomina en el trabajo la decadencia de la ley. Finalmente, el examen del concepto se completa con un análisis crítico de la regulación del principio de legalidad penal en España, atendiendo particularmente a la jurisprudencia constitucional en la materia.

Palabras clave

Seguridad jurídica, carácter taxativo de la norma penal, reserva de ley, imperio de la ley, decadencia de la ley

The rule of law in criminal justice

Abstract

The author studies the political meaning and the juridical requirements coming from the principle of penal legality in force. First, it is analyzed the content of the principle of juridical security, from which results at the same time the requirements of “lex certa” and “lex praevia” and the democratic-representative principle or the principle of reserve of law, which demands that the law should be written and would state the prohibition of the analogy. It is examined, at the second place, the factors which from the last century are contributing to what is known at work as the decline of the law. Finally, the exam of the concept is completed with a critical analysis of the regulation of the principle of penal legality within Spain, paying special attention to the constitutional jurisprudence on the matter.

Keywords

Legal security, strict character of the penal norm, law reserve, law empire, law decline.

El principio de legalidad suele formularse bajo el aforismo, atribuido a Feuerbach (1847), *nullum crimen, nulla poena sine lege*, es decir, no hay delito ni pena sin una ley que lo tipifique, una ley que debe ser previa a la comisión del hecho delictivo y una ley que debe serlo también en sentido formal, esto es, una norma emanada del Parlamento como órgano de la representación política.

La legalidad no es, sin embargo, un concepto reciente; al margen de precedentes más o menos remotos (Lamarca, 1987, 1: 45 ss.), cabe considerar al principio de legalidad como un “hijo de la Ilustración” que surge en los orígenes ideológicos del Derecho penal moderno como la primera consecuencia del fundamento contractual del *ius puniendi*, pero también, y al mismo tiempo, como el primero de sus límites. Como es sabido, para la filosofía política del contractualismo individualista la legitimidad del derecho a castigar y del propio Estado descansa o reside en la tutela de los derechos individuales objeto del contrato social; de ahí que, como señalaba Beccaria (1981: 13), sólo el legislador en cuanto que representa a toda la sociedad unida por un contrato social puede decretar los delitos y las penas. La legalidad se convierte así en garantía de la libertad de los ciudadanos frente al Derecho a castigar del Estado.

Desde estos presupuestos, ¿qué significado político y qué exigencias jurídicas se derivan hoy de la vigencia del principio de legalidad? En primer lugar, el principio de legalidad debe ser entendido como expresión del valor de la seguridad jurídica que permite al ciudadano saber lo que está prohibido. Este es, sin duda, el primero de los valores tal y como surgió en sus orígenes iluministas; la ley, ciertamente, no es una garantía en sí misma, ni asegura la justicia o moralidad del mandato, pero no cabe duda que la legalidad aporta un principio de limitación del poder, en especial si se trata de una legalidad abstracta y general como la postulada por la filosofía del siglo XVIII. Sobre todo, supone una limitación del poder judicial porque los jueces han de aplicar exclusivamente lo que viene determinado por la Ley, que debe ser lo más taxativa y precisa posible, pero implica también una cierta limitación de quien ostenta la facultad normativa, esto es del poder legislativo, por cuanto se prohíben las leyes *ex post facto* o su modificación o derogación singular. La legalidad, así entendida, satisface además la función motivadora de las normas penales pues mal se puede motivar desde la inseguridad jurídica.

Del principio de legalidad, entendido como expresión de la seguridad jurídica, cabe derivar entonces dos exigencias técnicas como son, en primer lugar, el carácter taxativo y preciso de las normas penales, la ley debe ser “*lex certa*” excluyéndose de las normas, en la medida de lo posible, los elementos de carácter normativo o las cláusulas generales y, en segundo lugar, la prohibición de las leyes “*ex post facto*”, es decir la ley debe ser “*lex praevia*”, o lo que es lo mismo, el hecho ha debido ser declarado delictivo con anterioridad a su realización, si bien es verdad que esta segunda consecuencia se halla modulada por el principio “*favor libertatis*” que permite la aplicación retroactiva de las leyes penales favorables.

En segundo lugar, el principio de legalidad debe ser también entendido como expresión del principio democrático-representativo (Arroyo, 1983: 12 ss.). Desde esta perspectiva, el principio de legalidad no sólo debe garantizar el imperio de la ley frente al activismo judicial y exigir la previa tipificación de las conductas delictivas sino que, además, debe asegurar que el contenido de la ley constituye una expresión de la voluntad general. Ello significa que son los propios ciudadanos, a través de sus representantes políticos, los que deben decidir lo que está prohibido o permitido, es lo que se denomina Principio de Reserva de Ley que supone que sólo el Parlamento, como órgano representativo, puede definir los delitos, establecer las penas, ordenar el

procedimiento para su aplicación y regular la forma de su ejecución; son las llamadas garantías criminal, penal, judicial y de ejecución.

Desde esta perspectiva, el principio de legalidad conlleva entonces dos exigencias o consecuencias jurídicas: de un lado, la prohibición del derecho consuetudinario, la ley debe ser *lex scripta* y, de otro, la prohibición de la analogía, esto es, el pleno sometimiento del juez al imperio de la ley, o, lo que es lo mismo, la prohibición de cualquier forma de creación judicial del Derecho mediante analogía o interpretación extensiva, la ley debe ser *lex stricta*.

A pesar de los valores que, como acabamos de ver, incorpora el principio de legalidad, no cabe desconocer, sin embargo, que la legalidad no goza hoy del prestigio que tuvo en sus orígenes; los síntomas de la decadencia de la ley son bien conocidos: la complejidad de las sociedades modernas provoca la multiplicación de las leyes que ya no son obra de la "volunté générale", sino de los tecnócratas; el decisionismo de la norma particular se impone sobre la generalidad y abstracción de los viejos Códigos y existe una rehabilitación de la función creadora del juez que deja de ser la boca muda que pronuncia las palabras de la ley como quería Montesquieu; en las conocidas palabras de Llewellyn "El Derecho es lo que hacen quienes se encargan de su aplicación, no lo que ellos dicen que hacen ni lo que los libros dicen que deben hacer".

Pero como señala Rodríguez Mourullo (1978: 884), el mayor golpe para la legalidad penal que se registró en el pasado siglo XX "provino del plano político". Baste así recordar, por ejemplo, que en la Alemania nacionalsocialista el Código penal reconocía expresamente el uso de la analogía para que el juez pudiera aplicar el auténtico sentimiento jurídico nacional y que en el Derecho Penal Soviético el famoso Proyecto de Krylenko de 1930 suprimió la Parte Especial del Código, es decir, la tipificación expresa de delitos (Lamarca, 1987, 1: 66 ss.).

En la actualidad, sin embargo, el panorama no resulta tan desalentador para la legalidad, aunque cabe decir que sigue siendo desde el plano político donde más golpes viene sufriendo pues las normas, en demasiadas ocasiones, se imponen sin más por las mayorías. Pero es verdad que si bien el juez desarrolla una cierta función creadora, a veces incluso imaginativa, esta actividad está generalmente sometida a leyes, y dentro de unos principios generales comunes y conocidos; pero, sobre todo, en la práctica se ha producido la consagración con rango constitucional del principio de legalidad en casi todas las naciones, estableciéndose además el criterio de un principio de reserva absoluta, es decir, la ley no es sólo norma superior sino norma primaria, esto es, vínculo ineludible para cualquier actuación de los órganos estatales.

En España, la regulación constitucional del principio de legalidad no es, a juicio de la mayoría de la doctrina, plenamente satisfactoria (De Vicente, 2004: 89). Garantizado genéricamente por el art. 9,3º de la Constitución de 1978, las básicas garantías criminal y penal no se hallan claramente recogidas y resulta dudoso si derivan de la referencia a la legalidad del art. 25,1, de la genérica reserva de derechos fundamentales del artículo 53,1 o, finalmente, de la reserva de ley orgánica prevista por el artículo 81,1 lo que, como seguidamente veremos, ha dado lugar a una amplia polémica doctrinal sobre el alcance de la reserva de ley en materia penal. En la legislación ordinaria, sin embargo, las garantías criminal y penal -no hay delito ni pena sin ley- se encuentran claramente recogidas en los artículos 1 y 2 del Código penal vigente de 1995. La garantía jurisdiccional, por su parte, puede hacerse descansar en el art. 24,1 CE si bien también en este caso resulta mucho más explícito lo previsto por



el artículo 3,1 del Código penal y el 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, finalmente, lo mismo puede predicarse respecto de la garantía de ejecución más claramente comprendida en el art. 3,2 del Código penal y 2º de la Ley Orgánica General Penitenciaria frente a lo previsto por el art. 25,2 de la Constitución.

En cuanto a las exigencias o condiciones que, según hemos visto, ha de reunir la propia ley, el juicio no puede ser mucho más positivo. Es cierto que la irretroactividad se halla reconocida por partida doble (arts. 9,3 y 25,1) pero, en cambio, los constituyentes desaprovecharon la oportunidad de consagrar el principio de taxatividad o certeza, así como de rechazar el razonamiento analógico que sólo puede hacerse derivar de la Constitución a través de la cláusula genérica de la seguridad jurídica del artículo 9,3º y que en la actualidad se halla manifiestamente prohibido según lo previsto en el artículo 4 del Código penal.

Con todo, el mayor problema que deriva de la regulación constitucional sobre la legalidad se ha suscitado en cuanto al alcance de la denominada reserva de ley pues, si bien partimos de que la materia penal queda claramente excluida de la acción del ejecutivo, esto es, existe lo que se denomina una reserva absoluta de ley (en este sentido, las STC 83/1984, de 24 de julio y 142/1999, de 22 de julio), se discute (Lamarca, 1987, 2: 104 ss.) si resulta suficiente con la ley ordinaria o, por el contrario, las leyes penales deben tener rango de ley orgánica, un tipo de normativa específica de la Constitución española que, según lo previsto por su artículo 81, está reservada para la regulación de determinadas materias y requiere para su aprobación mayoría absoluta del Congreso.

La doctrina del Tribunal Constitucional en esta materia tampoco ha resultado muy satisfactoria y, además, y lo que es más grave, no ha cerrado el debate. En un primer momento, la STC 25/1984, de 23 de febrero, que se pronunciaba sobre la constitucionalidad de la Ley de Control de Cambios que tenía carácter ordinario, declaró, en una sentencia bastante ambigua, que la reserva absoluta de ley en materia penal no implicaba necesariamente y en todo caso su regulación por medio de ley orgánica, esto es, que perfectamente se podía legislar en materia penal por medio de ley ordinaria; poco tiempo después, sin embargo, y precisamente en un pronunciamiento sobre la misma Ley de Control de Cambios (STC 140/1986, de 11 de noviembre), el más alto Tribunal viene por el contrario a exigir el carácter orgánico de las leyes que regulan la materia penal pero eso sí, siempre que afecten al derecho fundamental de libertad, es decir siempre que las normas penales tengan previstas penas privativas de libertad por lo que, en principio, si se tratara de otro tipo de penas, como las pecuniarias por ejemplo, no existirían obstáculos para su regulación por medio de ley ordinaria. Aunque lo cierto es que en la actualidad todas las leyes penales han tenido finalmente carácter de orgánicas, lo cierto es que, con la fundamentación antes expresada, el Tribunal Constitucional no ha dado por concluido el debate sobre la necesidad del rango específico de ley orgánica en materia penal; a mi juicio, sin embargo, el uso de esta categoría normativa no añade una garantía sustancial al ordenamiento punitivo pero creo que, en todo caso, sea cual sea la opción que se proponga debe tener carácter de inclusión o exclusión total del ámbito de las leyes orgánicas si no se quiere romper la idea de Código y la unidad de fuentes.

Bibliografía

- BECCARIA, C. (1981 [1764]), *Dei delitti e delle pene*, Einaudi, Torino.
 CUERDA RIEZU, A. (1991), *El legislador y el Derecho penal*, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid.

- CUERDA RIEZU, A (2001), "Innovaciones de la más reciente doctrina constitucional sobre el principio de legalidad penal", en F. Morales Prats y G. Quintero Olivares, *El nuevo derecho penal español: estudios penales en memoria del Profesor José Manuel Valle Muñiz*, Editorial Aranzadi, Pamplona, pp. 161-181.
- DE VICENTE MARTINEZ, R. (2004), *El principio de legalidad penal*, Tirant Lo Blanch, Valencia.
- DEDES, C. (2002), "Sobre el origen del principio 'nullum crimen nulla poena sine lege'", en *Revista de Derecho penal y criminología*, nº 9, pp. 141-146.
- DIEZ RIPOLLES, J.L. (2003), *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y Teoría*, Trotta, Madrid.
- FERRAJOLI, L. (1997), *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Trotta, Madrid.
- HUERTA TOCILDO, S. (1993), "El derecho fundamental a la legalidad penal", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 39, pp. 81-114.
- LAMARCA PEREZ, C. (1987), "Formación histórica y significado político de la legalidad penal", en *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, nº 2, pp. 35 ss.
- LAMARCA PEREZ, C. (1987), "Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, nº 20, pp. 99-138.
- PRIETO SANCHIS, L. (1981), "Las leyes orgánicas y el principio de jerarquía normativa en la Constitución de 1978", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense*, nº 62, pp. 125-160.
- PRIETO SANCHIS, L. (1983), "El sistema de protección de los derechos fundamentales: el artículo 53 de la Constitución", en *Anuario de Derechos Humanos*, nº 2, pp. 367-425.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1978), "Legalidad (Principio de)", en *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Tomo XIV, Seix, Barcelona.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G. (1987.1), "Delitos monetarios y reserva de Ley orgánica. Comentario a las SSTC de 11 de noviembre y 16 de diciembre de 1986", en *La Ley*, n. 1653.

