

# LA RESERVA CONSTITUCIONAL DE LEY EN MATERIA PENAL

(Ley, reserva de ley y legalidad penal,  
desde la perspectiva del constitucionalista español)

JUAN FERNANDO LOPEZ AGUILAR

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA: 1. *Principio de legalidad y Estado de Derecho.* 2. *Principio de legalidad y Constitución española.* 3. *Referencias obligadas para una lectura constitucional del principio de legalidad en el Derecho español.* 4. *Algunas referencias previas para una lectura constitucional de la reserva de ley sobre la materia penal.*—II. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LAS RESERVAS DE LEY: INCIDENCIA DE LAS MISMAS EN EL DERECHO PENAL: 1. *La reserva de ley.* 2. *Reserva constitucional de ley en materia penal.*—III. LA CONSTRUCCIÓN DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL: 1. *El debate doctrinal.* 2. *La construcción jurisprudencial del TC.* 3. *La persistencia de problemas de orden teórico y práctico en el manejo de las fuentes del Derecho penal.*—IV. CONCLUSIONES.

## I. INTRODUCCION: PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y CONSTITUCION ESPAÑOLA

### 1. *Principio de legalidad y Estado de Derecho*

No es necesario entretenerse en subrayar la idea de la que debe partir toda reflexión a propósito de la configuración adoptada por el principio ge-

#### ABREVIATURAS:

CE: Constitución española de 1978.  
DF y LP: derechos fundamentales y libertades públicas.  
LO y LL.OO.: Ley(es) Orgánica(s).  
RD-L y RD Leg: Real Decreto-ley y Real Decreto Legislativo.  
TC y TS: Tribunal Constitucional y Tribunal Supremo.  
STC y STS: Sentencia del Tribunal Constitucional y Sentencia del Tribunal Supremo.  
CP y CC: Código Penal y Código Civil.  
LECrím y LEC: Ley de Enjuiciamiento Criminal y Ley de Enjuiciamiento Civil.

nérico de legalidad en el marco del moderno Estado demoliberal: el sometimiento a la ley de todos los poderes públicos es un eje principal en la construcción histórica y dogmática de dicha forma de Estado (1).

Los sucesivos estadios que el, así formulado, principio de legalidad ha debido recorrer hasta adquirir su perfil más actual han sido objeto, en toda época, de innumerables estudios. Interesa, sin embargo, destacar un dato que no sólo no ha perdido actualidad con el tiempo, sino que la cobra en una medida perennemente ascendente: no es ya la *historicidad* de los conceptos jurídicos la más crucial limitación con que la ciencia del Derecho se enfrenta a la hora de dar cuenta de este principio estructural del Estado demoliberal, sino la propia ascendencia de su *positividad*. El itinerario histórico del Estado de Derecho encuentra, sí, *puntos fuertes* en ciertos *momentos* cronológica o circunstancialmente identificables con la llamada «emergencia» (*emergency*) del *gobierno de las leyes*: desde la proclamación del *imperio de la ley* (ideado, en su origen, como sujeción al dictado de la voluntad general reflejada en la Asamblea, conforme a la formulación francesa revolucionaria) hasta la acuñación de un ampliado principio de *juridicidad* como «sometimiento a la ley y al Derecho», se asiste a un decurso teórico de la *legalidad* que tiende a hacer de la ley una *forma* normativa, diversificada, empero, en sus manifestaciones. La principal limitación que empece actualmente al intérprete y al operador jurídico la aprehensión de la idea de legalidad reside, pues, en las muy varias y matizadas acepciones jurídico-positivas de las normas que la expresan (2).

---

(1) Véase, por todos, G. TARELLO, *Storia della cultura giuridica moderna*, vol. I, Il Mulino, Bolonia, 1976, espec.: «Assolutismo e codificazione del Diritto», pp. 383 y ss. Anticipando alguna idea en cuanto a la proyección de la ascendencia de la legalidad sobre la materia penal, recordaremos tan sólo un inevitable clásico: C. BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 3.ª ed., Alianza Ed., Madrid, 1982. Temprana expresión del principio en Derecho positivo la podemos encontrar en la Constitución de los Estados Unidos de 1787 (*Amendments*, V, VI y VIII, 1791).

(2) Es evidente que el ordenamiento asentado en la Constitución española de 1978 es un claro exponente del referido decurso histórico y de las dificultades que la recepción aluvional de las distintas acepciones culturales de la legalidad plantea a los poderes públicos con potestad normativa y, consiguientemente, a los operadores: baste, para probarlo, partir de una aproximación a la idea que de la ley y de la legalidad se desprende de los artículos 9 (1 y 3), 25, 66.2, 81, 82, 86, 97, 103 (1 y 2), 106.1, 150, 152, 153.a), 161.1.a) y 164.1 CE. Es, por su parte, el Preámbulo de la Constitución el único punto del texto en que el constituyente suscribe literalmente el dictado primigenio del principio al proclamar la voluntad de la Nación española de «consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular».

Sobre este aspecto introductorio, cfr. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, pp. 192-201.

En efecto, por encima de cualquier otro rasgo diferenciador, cada concreto ordenamiento constitucional se singulariza por la configuración positivizada de su sistema de fuentes del Derecho o *Constitución material* en sentido kelseniano (3). Por cuantos elementos estructurales compartan algunos sistemas familiares entre sí (así, Italia, Alemania, Austria, España y Portugal), acaso frente a algunos otros en principio distanciados en cuanto a la definición de las reglas de la dinámica política (así, Francia o Gran Bretaña), lo cierto es que la principal diferencia entre los mismos la encontramos en el campo de la determinación de las fuentes del Derecho y del reparto de poderes de innovación normativa a partir de unos preceptos constitucionales básicos (4).

Es, pues, en la fijación que recibe el principio de legalidad positivado en cada uno de sus ordenamientos donde hoy ciframos la medida del *imperio de la ley* y de la *juridicidad* por los que se rige la acción de los poderes públicos. Tal es también la medida de la congruencia interior (y la de la operatividad, más o menos conflictual) de cada Estado de Derecho individualmente observado. Pero si en cada uno de los citados exponentes del ámbito habitual para la comparación éste continúa siendo un problema capital para la ciencia jurídica, bien puede decirse que en España reviste especial relieve, y de manera muy intensa para los cultivadores de lo constitucional como disciplina provista de perspectiva y objeto propios y distintivos. Y ello por varias razones.

## 2. Principio de legalidad y Constitución española

No es un secreto que la formulación científica de la significación del principio de legalidad en el ordenamiento que instaura la CE de 1978 planteaba —y aún plantea— retos de envergadura. Muestra de ello lo es que, habiendo sido tempranamente diagnosticado como un desafío merecedor de prioritaria atención (5), su tratamiento por parte de la doctrina especializada se ha ve-

(3) H. Kelsen, *Teoría general del Derecho y del Estado*, UNAM, México, 1983 (2.ª ed., 3.ª reimp.), pp. 149-192. Como es sabido, la idea de «Constitución material» recibe diversas acepciones en función de las distintas culturas constitucionales, sobresaliendo, en este orden, la contraposición entre las lecturas germánica e italiana de los factores MATERIALES. Sobre el concepto alemán, véase K. HESSE, *Escritos de Derecho constitucional*, CEC, Madrid, 1983, pp. 16 y ss. (trad. de P. Cruz Villalón); para la lectura italiana, véase C. MORTATI, *La Costituzione in senso materiale*, Milán, 1940.

(4) Cfr., por todos, A. PIZZORUSSO, *Corso di Diritto comparato*, Giuffrè, Milán, 1983; R. DAVID, *Les grands systèmes de Droit contemporaine*, Dalloz, París, 1968.

(5) Cfr. F. RUBIO LORENTE, «Rango de ley, fuerza de ley, valor de ley», en *RAP*, núms. 100-102, vol. I, pp. 385 y ss.; del mismo autor, véase «La Constitución como

nido desgranando lenta y trabajosamente (6). De hecho, todavía hoy constituye un punto necesitado de elaboración, y en tal sentido se pronuncian autores que, recientemente, y sólo después de explorados muy abundantemente otros capítulos menores de la *Lex fundamentalis*, han abordado la cuestión —partiendo, precisamente, de sus dificultades— con el rigor que ésta merece (7).

Como punto de partida, me permitiré brevemente anteponer aquellos datos que, a mi entender, han condicionado *a priori* toda reflexión en torno a la construcción dogmática del principio de legalidad, debiendo notarse al respecto que tales condicionantes no dan cuerpo, en puridad, a las dificultades a las que me referiré a lo largo de este estudio. Son, antes bien, el substrato —el no muy remoto presupuesto— de los singulares costes que dicho esfuerzo ha comportado en la circunstancia específica del Derecho español:

1) Debe asumirse, en primer término, el carácter especialmente ecléctico de la cultura jurídica subyacente a la CE (8). Huelga aclarar que el origen de este condicionamiento se remonta a la influencia de diferentes corrientes de pensamiento jurídico sobre el constituyente: nuestra Carta ha incorporado resonancias literarias y aportaciones textuales e institucionales de muy diversas tradiciones constitucionales occidentales, sin que sea dable distinguir con precisión incontestable cuál de las mismas ha resultado hasta ahora la más influyente a la hora de dar complitud al perfil de sus instituciones. De la

---

fuerza del Derecho», en *Las fuentes del Derecho*, vol. I, IEF-DG-Cont, Madrid, 1979, pp. 53 y ss., así como «El procedimiento legislativo en España. El lugar de la ley entre las fuentes del Derecho», en *REDC*, núm. 16, 1986, pp. 83 a 113. Véase también J. JIMÉNEZ CAMPO, «Ley» (voz), en AA. VV., *Diccionario del sistema político español*, Akal, Madrid, 1984, pp. 481 a 489.

(6) Véanse, así, A. PREDIERI, «El sistema de las fuentes del Derecho», en A. PREDIERI/E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución española de 1978 (Estudio sistemático)*, Civitas, Madrid, 1980; A. GARRORENA MORALES, *El lugar de la ley en la Constitución española*, CEC, Madrid, 1980. Ya con posterioridad, véanse J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 81 y ss.; I. DE OTTO, *Derecho constitucional (Sistema de Fuentes)* [en adelante, *DC (SF)*], Ariel, Barcelona, 1987, pp. 102 y ss.

(7) Cfr., en efecto, las contribuciones suscritas por J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, pp. 513 a 687; I. DE OTTO, *DC (SF)*, cit., pp. 102 y ss.; L. M. DíEZ-PICAZO, «Concepto de ley y tipos de leyes. ¿Existe una noción unitaria de la ley en la CE?», en *REDC*, núm. 24, 1988, pp. 47-93; R. GÓMEZ-FERRER MORANT, «Competencia, jerarquía y función constitucional», en *RAP*, núm. 113, 1988, pp. 7 y ss.

(8) Cfr. M. HERRERO R. DE MIÑÓN, «Les sources étrangères de la Constitution», en *Pouvoirs*, núm. 8, París, 1979, pp. 97-107; S. VARELA, «La Constitución española en el marco comparado», en AA. VV., *Lecturas sobre la Constitución española*, UNED, 1979, pp. 13-30.

concepción francesa de la ley, como expresión de la voluntad general racionalmente expresada, tenemos, sin duda, resabios (9); no menor es la influencia de la concepción alemana del Estado de Derecho y del lugar de la ley en la afirmación del imperio de la juridicidad (10); de la construcción italiana de los principios democráticos y del *Stato di Diritto* tenemos análogos datos (11); en fin, no menos importante —por paradójico que ello hubiera parecido en un momento inicial— ha venido resultando la influencia doctrinal del constitucionalismo estadounidense, incorporada a los esquemas de interpretación del Derecho por vía jurisprudencial (12), y de forma muy notable en lo que hace a los *standards* de análisis hermenéutico sobre libertades públicas (13).

2) En la doctrina española contamos, en segundo término, con diferentes escuelas en materia de inserción y posición de la Ley en el esquema de fuentes del moderno Estado constitucional (14). Tal pluralidad de enfoques es, en puridad, trasunto de las varias influencias filosófico-jurídicas que recorrieron los trabajos de las Constituyentes. No es, pues, extraño que actualmente acusemos al respecto influjos no siempre armónicos, tributarios, de una parte, del legalismo francés (área administrativista) (15), y al mismo tiempo, de otra, del pensamiento alemán y normativista-austríaco [área penal (16) y, con matices, área constitucional (17)]. En unas coordenadas tales, la configuración que el principio de legalidad presenta en nuestro ordena-

(9) Probablemente, los más claros residan en el Preámbulo («... consolidar un Estado de Derecho que asegure el imperio de la ley como expresión de la voluntad popular») y en el art. 1.1, por el que se residencia la soberanía nacional en el pueblo español.

(10) Cfr. P. CRUZ VILLALÓN, «La recepción de la Ley Fundamental de la RFA», en *Anuario de Derecho Constitucional y Parlamentario*, núm. 1, Universidad de Murcia, 1989, pp. 65-90.

(11) Cfr. A. PREDIERI, *op. cit.*, pp. 196 y ss.

(12) Destacadamente, en lo que se refiere a la «Equal Protection of the Laws», de la XIV *Amendment* a la Constitución de 1787.

(13) Véanse, por todos, las obras de los Profs. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1981, y E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984.

(14) Véase A. GALLEGO ANABITARTE: «Ley y Reglamento en el Derecho público occidental», Madrid, 1971.

(15) Véase E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, 2.ª ed., Madrid, 1981, y, sobre todo, E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FDEZ. RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, 4.ª ed., Civitas, Madrid, 1983.

(16) Así lo prueba un repaso a la influencia ejercida, en el área penalista, por las construcciones germánicas: cfr. bibliografía citada en L. ARROYO ZAPATERO, «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *REDC*, núm. 8, 1983, pp. 11 y ss.

(17) Cfr. I. DE OTTO, *DC (SF)*, cit., *passim*.

miento se encuentra inevitablemente sujeta a variables que adquieren perfiles contradictorios, y dependiendo, obviamente, de los presupuestos teóricos y del enfoque adoptados en la resolución de los «problemas de fuentes».

3) En fin, las dificultades de conceptualización unitaria y congruente del principio en nuestro sistema jurídico se acrecen en relación con un tercer factor *de fondo* en el que, en medida importante, entroncan los precedentes, y del que traen última causa: en un país donde, hasta hace muy poco, los más conspicuos exponentes de la ciencia del Derecho han debido abrirse paso en un contexto ideológico e institucional ajeno a los presupuestos del Estado constitucional de Derecho, es imposible no acusar como situación *de facto* la ausencia de un común substrato de referencias compartidas acerca de lo que se entienda por «sometimiento a la ley» (18). Carecemos de una red indiscutida de conceptos propedéuticos —de una *teoría de la ley*— en la precisa medida en que hemos carecido, como no podía ser de otra manera, de una auténtica ciencia iusconstitucional (19).

Y, sin embargo, el «problema de las fuentes» (y, por ende, del valor y la situación de la ley) es, inequívocamente, problema constitucional. Así lo puso de relieve De Otto al hacer de la ley el eje vertebrador de su lúcido trabajo sobre el *Sistema de fuentes*, probablemente la obra que con más rotundidad optaría, entre nosotros, por una ciencia del Derecho constitucional *material*, en sentido kelseniano, y entendiendo por la misma una construcción rigurosa de los fundamentos teóricos y operativos del sistema integrado de las fuentes (20).

Como proyección de esta ausencia de tradición conceptual, el principio de legalidad no puede por menos que presentar *acepciones* y *matices* diversificados en función de las distintivas raíces —dogmáticas e ideológicas— de las distintas disciplinas de nuestro programa académico. No es sorprendente, por tanto, que el principio haya encontrado formulación diferenciada en el ámbito penal respecto del que recibe en el administrativo o en el procesal, en estrecha relación con la filiación escolástica de la(s) doctrina(s) prevalente(s) en cada una de esas áreas. Resulta, de esta manera, del todo reve-

(18) Se traen aquí a colación los ecos de un viejo debate cuyos puntos fuertes fueron, más que probablemente, el alegato *España, Estado de Derecho (Réplica a un Informe de la Comisión Internacional de Juristas)*, Madrid, 1964, y E. DÍAZ, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, 1.ª ed., Madrid, 1966.

(19) Cfr., por todos, F. RUBIO LLORENTE, «Nota introductoria» a E. STEIN, *Derecho político*, Aguilar, Madrid, 1973; A. GALLEGO ANABITARTE, «Las asignaturas de Derecho político y Derecho administrativo: el destino del Derecho público español», en *RAP*, núms. 100-102, vol. I, 1983, pp. 705 y ss.

(20) Véase I. DE OTTO, *DC (SF)*, cit., *passim*; para el concepto kelseniano, véase H. KELSEN, *Teoría general del Derecho...*, cit., pp. 149 y ss.

lador el que la idea de *reserva constitucional de ley en la materia penal* haya tendido a interpretarse como 'competencia objetiva' de los tratadistas penales, aun cuando sea evidente que la óptica y el objeto delimitado de esta ciencia imponen sesgos distintivos respecto a los que se plantean, en modo más acusado, desde la perspectiva iusconstitucional.

### 3. Referencias obligadas para una lectura constitucional del principio de legalidad en el Derecho español

No obstante estas dificultades, existe, con todo, un *minimum* en las nociones de ley y de legalidad. Un *minimum* que es alcanzable tanto desde la óptica de la pura teoría de la Constitución cuanto desde la lectura primal de toda *lex leguum* que realmente lo sea. Bajo la cobertura de su virtualidad subyace un mandato por parte del poder *constituyente* de cara a la sujeción de todo poder *constituido*. Puede afirmarse, así, que por *principio de legalidad* hay que entender la afirmación de la especial posición de primacía que caracteriza a las normas provistas de *rango, fuerza* o *valor* de ley —esto es, a toda norma directamente incardinada en el marco de opciones legítimas que el constituyente *reserva* al legislador democrático como *poder constituido*— en el moderno Estado constitucional de Derecho.

La ley es, así, en primer plano, el eje central del sistema constituido de fuentes. Pero es también, y además, norma legitimada, *directa* o *inmediatamente*, por el 'fluido' democrático que impregna el ordenamiento con base en las causaciones que con remisión última en la soberanía popular ha establecido la Carta. Es, pues, al prestar cobertura bajo esta forma normativa que el constituyente acciona la idea de legalidad como garantía formal de sujeción del poder ante el núcleo indisponible de las libertades y derechos de los ciudadanos.

A partir de dicho *minimum* van a jugar activamente todas las matizaciones rectamente desprendibles de las variaciones registradas en sus positivaciones y en sus decursos históricos dentro de las peripecias del Estado liberal (21). Sucede, empero, que en España dichas dificultades de análisis preliminar de la «legalidad» aparecen revestidas de señalados *rasgos propios*. Basta dedicar un tiempo a la impartición lectiva del «Derecho de las fuentes», según la Constitución de 1978, para comprobar hasta qué punto la estructura aquí prevista de las normas de algún modo conceptualizadas por «ley» —o equiparadas, si se quiere, a la «posición de la ley» en el tradicional esquematismo jerárquico— resulta particularmente inaprehensible y polémica. Entre

(21) Cfr., por todos, I. DE OTTO, *DC (SF)*, cit., pp. 133 y ss.

las dificultades que nos singularizan sería del todo impropio ignorar las siguientes:

1) El énfasis con que se ha operado la proclamación del principio del *Estado de Derecho* (22) ha cristalizado en la plurivocidad de las numerosas referencias constitucionales a lo que podría entenderse 'imperio de la juridicidad'; la sujeción a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico por parte de los ciudadanos y los poderes públicos (art. 9.1 CE), en combinación con la garantía constitucional de la legalidad (art. 9.3) y del sometimiento de la(s) Administración (es) pública(s) «a la ley y al Derecho» (art. 103 CE), empecen, en este sentido, a un entendimiento del principio en clave legal-formal (23).

2) La propia noción del *Estado constitucional de Derecho* (artículos 1, 9 y 53, Títulos IX y X, más la Disp. Derog. 3.<sup>a</sup>), en la que el legislador no es ya, en rigor, 'soberano', comporta inevitablemente el desdibujamiento de la categoría conceptual de la ley como *forma normativa* en la Constitución (24).

3) El pluralismo político-legislativo operado por la Constitución, y por el que aparecen no sólo una, sino varias instancias constitucionalmente legitimadas para la emanación de normas provistas de *rango*, de *fuerza* y de *valor* de ley. Y conste que hemos dicho *instancias* porque también en la clásica identificación del *órgano* constitucionalmente investido de la habilitación para producir normas con dicho carácter (*i. e.*, potestad legislativa) se han registrado variaciones de no despreciable entidad: repárese, para advertirlo, en la incorporación de las normas de origen supranacional o en la novedad que supone el proceso contemplado por la Constitución para la denominada

(22) Sobre la evolución del principio en la teoría constitucional europea-comparativa, véase S. ORTINO, *Diritto costituzionale (storia, ordinamenti, teoria)*, Florencia, 1988.

(23) Quizá el posicionamiento más expresivo de todos se encuentre en E. GARCÍA DE ENTERRÍA, «Principio de legalidad, Estado material de Derecho y facultades interpretativas de la jurisprudencia en la Constitución», en *REDC*, núm. 10, 1984, pp. 11-61.

(24) Por todos, véase F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho», cit. Por su parte, el problema, aquí tan sólo sugerido, ha llevado a concluir a un importante segmento del pensamiento constitucional la inexistencia de un auténtico *poder* o *instancia* «soberana» en el Estado fundado en una Constitución [cfr. I. DE OTTO, *DC (SF)*, cit., pp. 11-50 y 103 y ss.]. Naturalmente es también en consecuencia de ello que se produce el paralelo desdibujamiento del órgano Parlamento como órgano «soberano». Difícilmente entendemos a las Cortes Generales como sede virtual de un poder legislativo que pueda entenderse expresivo de la *soberanía* popular. Y en este mismo contexto es sabido que ni siquiera respecto del caso británico —histórico paradigma de la soberanía del Parlamento y de la inexistencia de Constitución escrita, provista de primacía y de rigidez formal— pueden seguir aplicándose actualmente esos esquemas.



«legislación de urgencia» (art. 86 CE), y en el que se imbrican actos del Consejo de Ministros y del Congreso de los Diputados —no las Cortes Generales— que quiebran, a todas luces, la visión tradicional del poder legiferante (25). Así, la categoría universal de la ley puede entenderse desplazada por la multiplicidad de las formas normativas revestidas de esa *fuerza activa y pasiva* ante el resto del ordenamiento jurídico. Sin entrar en la cuestión de la naturaleza y posición entre las fuentes de las llamadas normas *subconstitucionales* (26) —como, desde luego, tampoco en la integración de las normas de cuño internacional—, militan en este segmento las leyes orgánicas y ordinarias de las Cortes Generales (o de sus Comisiones, *ex art. 75.2*), las leyes de delegación, los decretos legislativos en los que se contiene la legislación delegada y los decretos leyes, por parte del Estado denominado *central*, así como las leyes autonómicas (y legislación delegada) por parte de las Comunidades Autónomas.

4) La plurificación, además, de las categorías formalmente expresivas del poder legislativo del Estado *central*, destacando, en este ámbito, la diferenciación entre la legalidad orgánica y la legalidad ordinaria (27).

5) La complicada estructura de las *reservas de ley* cristalizada en la Constitución española (28).

Sin duda, es este último punto el que mayor relevancia adquiere de cara al entendimiento del punto en el que se entrecruzan los diversos aspectos de un problema constitucional básico: el de la garantía de la legalidad en materia penal —esto es, en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado—. Es sobre esta cuestión que vamos a desarrollar un análisis tendente a entreverar, si ello es posible, el perfil de la *reserva constitucional de ley en materia de Derecho punitivo del Estado*, con el exclusivo apoyo del dato constitucional. Y me propongo abordarlo partiendo precisamente de la opacidad del carácter y alcance de esta reserva en la visión que del sistema constitucional de fuentes ofrece, pura y simplemente, nuestra Constitución, desde y con los instrumentos típicos del ejercicio de análisis que cumple a esta disciplina.

(25) Cfr., por todos, P. SANTOLAYA MACHETTI, *El régimen constitucional de los decretos-leyes*, Tecnos, Madrid, 1989.

(26) Véase E. ALONSO GARCÍA, *La interpretación de la Constitución*, CEC, Madrid, 1984, pp. 12 y ss.

(27) Una primera aproximación, en T. R. FDEZ. RODRÍGUEZ, *Las leyes orgánicas y el bloque de la constitucionalidad*, Civitas, Madrid, 1981. En la doctrina posterior, véase, por todos, J. PÉREZ ROYO, *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1984, pp. 82 y ss.

(28) Para una introducción a la cuestión de las reservas, véase R. GARCÍA MACHO, *Reserva de ley y potestad reglamentaria*, Ariel, Barcelona, 1988; un lúcido y somero análisis, en J. JIMÉNEZ CAMPO, «Ley» (voz), *cit.*, pp. 486-489.

4. *Algunas referencias previas para una lectura constitucional de la reserva de ley sobre la materia penal*

Por chocante que ello pueda parecer, siendo como es la penal —e, *in genere*, la materia de potestad sancionatoria— una de las causas históricas y dogmáticas que más destacadamente influyeron en la exaltación del principio de legalidad, no existe una formulación explícita e incontrovertida de esta concreta garantía en nuestra Constitución (29): su presencia entre los postulados esenciales de nuestra Ley Fundamental se entiende, por contra, destilada a través de un subsistema de proposiciones garanciales. Tal subsistema —que en buena parte no es sino un entramado de concatenaciones— ha de entenderse integrado cuando menos por los siguientes elementos:

a) La proyección del principio del Estado de Derecho y del principio genérico de la legalidad sobre la legitimación del poder sancionatorio y de represión penal (arts. 1, 9 y 25 CE).

b) La concreta proyección de las reservas de ley —de aquellas, naturalmente, constitucionalmente consagradas— sobre las materias habitualmente circunscritas al ámbito objetivo del Derecho punitivo (arts. 17, 25, 81, y, *negativamente*, arts. 82, 86.1 y 149.1.6 CE).

c) La proclamación del principio de legalidad penal dentro de las coordenadas del subsistema de DF y LP, beneficiarios, de la red de garantías reforzadas propias del 'núcleo duro' de la Ley Fundamental, en la medida en que el poder sancionatorio y punitivo puede comportar efectos restrictivos de derechos y libertades públicas (art. 25, en relación con los arts. 17.1, 53.1 y 53.2 CE) (30).

(29) En prueba de ello ha existido un persistente debate, tanto entre los exponentes de la doctrina penal como de la constitucional, acerca de la sede jurídico-positiva de la legalidad penal. También sobre la consistencia y alcance de dicha proclamación se ha discutido extensamente. Para una aproximación, cfr. M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, «Sobre la reserva de ley orgánica en materia penal y administrativa», en *Comentarios a la legislación penal*, t. III, Edersa, Madrid, 1984, pp. 7 y ss.; de los mismos autores, *Derecho penal (Parte general)*, vol. I, Univ. de Valencia, 1980, pp. 72 y ss.; L. RODRÍGUEZ RAMOS, «Reserva de ley orgánica para norma penal», en *ibidem*, t. I, 1982, pp. 299 y ss.; M. COBO/J. BOIX, «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», en *ibidem*, t. I, 1982, pp. 191 y ss.

(30) No debe ignorarse, en este punto, que aunque la categoría formal de los referidos DF y LP, receptores de tal red de garantías, ha sido progresivamente identificada con el subgrupo de derechos y libertades reconocidos en la sección 1.ª del cap. 2.º del Título I CE (arts. 15 a 29) —así, al menos, se decantan significativas Sentencias del Tribunal Constitucional—, lo cierto es que la doctrina continúa discutiendo sobre el ámbito objetivo de tal categorización. Véase P. CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los derechos fundamentales», en *REDC*, núm. 25, 1989, pp. 35 y ss., así como «El

d) La incardinación de la legalidad como 'derecho subjetivo al *rango* de la normación' de regulación del ejercicio de los citados DF y LF —un mecanismo, además, que permitirá al justiciable instar, llegado el caso, un verdadero control jurisdiccional del sistema de las fuentes del Derecho— (artículos 24, 25, 53 y 161 CE) (31), en relación con la reserva de ley de carácter orgánico para con su «desarrollo» (arts. 81.1 y 17 y 24 CE).

Examinaremos ahora algunos de los persistentes problemas interpretativos que todo ello suscita, partiendo de una apretada sobrevisión del concepto constitucionalizado de la *reserva de ley*.

## II. ESTRUCTURA CONSTITUCIONAL DE LAS RESERVAS DE LEY E INCIDENCIA DE LA MISMA SOBRE EL DERECHO PENAL

### 1. *La reserva de ley*

La posición de la ley en el Estado constitucional —Estado, por definición, regido por Constitución plenamente normativa y jurisdiccionalizada— no puede ser explicada más que a partir del lugar que el principio democrático asigna al titular del poder legislativo. Según la Constitución de 1978, y en lo que se hace a competencias del Estado *central* (art. 149.1.6 CE), este lugar es ocupado —en principio, y con matices— por las Cortes Generales (32), de acuerdo con los artículos 1 y 66 CE. Pero si bien el problema de la identificación del poder legislativo puede ser considerado como una cuestión basilar de la estructura interna del Estado/institución, la idea de *reserva de ley* incide, en cambio, sobre el núcleo del modelo de producción de normas. En efecto, toda reserva de ley encarna una precondition para el sistema de fuentes, en la medida en que exige la previa determinación de su ámbito objetivo

legislador de los DF», en A. LÓPEZ PINA (ed.), *La garantía constitucional de los derechos fundamentales*, Civitas, Madrid, 1991, pp. 125-137, y J. F. LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Minist. de Justicia, Madrid, 1990, pp. 61 y ss.

(31) Véase, sobre estas cuestiones, M. A. APARICIO, «La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional», en *REDC*, núm. 3, 1989, pp. 35-50, y E. ALONSO GARCÍA, «El control por el TC del sistema español de fuentes a través del artículo 24 de la CE», en *REDC*, núm. 24, 1988, pp. 191-209. Cfr., en ese mismo sentido, la relevante STC 62/84, de 12 de mayo, por la que se legitima el recurso al instituto del amparo ante el TC como instrumento de emergencia para crear soluciones de justicia *material* ante la deficiente o incorrecta aplicación del sistema de fuentes del Derecho por parte del Tribunal enjuiciador o de instancia, con base en la vulneración del art. 24 CE. Cfr., igualmente, STC 23/88, de 22 de febrero.

(32) Piénsese, sobre todo, en los problemas planteados para este punto de partida por la legislación delegada y por la denominada «legislación de urgencia» (*i. e.*, por los decretos legislativos y por los decretos-leyes). Cfr. I. DE OTTO, *DC (SF)*, cit., pp. 190 y siguientes.

(lo que se entiende por *ley*) y material (qué «reserva») para imponer la asignación a dicha forma normativa de una especial posición de preferencia respecto de las restantes normas.

Ambas cuestiones se presentan estrechamente entrelazadas. La antedicha posición se expresa, fundamentalmente, conforme a un sencillo esquema de prelación vertical —esto es, la jerarquía que cumple al RANGO de ley—. A esta primera lectura se suma ahora aquella otra a que se alude con la locución acuñada de la «fuerza de la ley», cualidad propia de las manifestaciones de voluntad de un órgano habilitado para la producción legislativa —o, con otras palabras, con capacidad para innovar el ordenamiento jurídico desde la característica de la ‘expansividad material ilimitada’— y vocacionalmente abocadas a integrarse en el segmento del Derecho positivo inmediatamente subordinado a la Constitución (esto es, al de las normas directas e inmediatamente infraconstitucionales) (33). A estas características vendría a añadirse, finalmente, la del «valor de ley» (34), en referencia al carácter «primario» de dichas normas, tanto en el plano *formal* (*i. e.*, sujeción directa a la Constitución) cuanto en el *material* (*i. e.*, «desarrollo» de ésta) (35).

Nos enfrentamos, en suma, a categorías del más nítido carácter *relacional*: es imposible establecer su significación sin el concurso de la idea de su relación con otras normas. Partiendo de las condiciones impuestas por el complejo esquema constitucional de fuentes y por la acción de los principios de jerarquía, competencia (en relación con la materia) y función constitucional de las formas normativas, una teoría *jurídica* de las reservas de ley no podía abordarse en forma enteramente apriorística, al margen de la jurisdiccionalización de concretos problemas político-legislativos. Ha sido, antes bien, por este cauce como el intérprete supremo de la Constitución ha debido desbrozar las estructuras de reserva recogidas en el texto, al hilo de sucesivos conflictos con tal carácter. Y es, por supuesto, en este trance en donde ha conformado su doctrina, discutida, de reservas «absolutas» y reservas «relativas» (36).

(33) La cuestión de la «fuerza de ley», en sus proyecciones *activa* (*innovadora y derogatoria*) y *pasiva* (*resistencia ante otras normas*) aparece planteada en la Constitución [ej.: art. 161.1.a)]. Su construcción dogmática no puede estimarse acabada, especialmente a la luz de nuestra inserción en estructuras jurídico-internacionales y, ahora, supranacionales, tal y como reconocen sus más notables exponentes. Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «Rango de ley...», *cit.*, pp. 417 y ss., e I. DE OTTO, *DC (SF)*, pp. 147 y ss.

(34) Véase art. 42 LOTC. A este segmento se incorpora, por señalar un ejemplo, el Estatuto del Personal de las Cortes Generales, norma directamente reportable a la CE (art. 72.1): cfr. STC 139/88, de 8 de julio.

(35) Véase L. M. DÍEZ-PICAZO, *art. cit.*, pp. 71 y ss.

(36) Véase SSTC de 30 de marzo y 7 de mayo de 1981 (noción de «reserva abso-

Dentro de estas coordenadas, existiría una reserva constitucional de ley cuando un precepto constitucional exige, expresamente, que sea *la ley*, y no ninguna otra forma de normación infraordenada, la que *entre a regular* (*regule*, efectivamente) determinada *materia*. Las reservas «absolutas» aludirían al supuesto en que todos los factores y criterios concurrentes en la operación hermenéutica de la Constitución permiten reconocer un reforzado y explícito compromiso garancial del poder constituyente en cuanto a la «regulación» (efectiva, material) de un instituto capital para el Estado de Derecho delimitado en la CE. Las «relativas», en cambio, consentirían, «en atención al diseño constitucional de potestades normativas», el concurso regulador de normas con rango o carácter diverso al de la ley *formal*, dando cuerpo, unas y otra, a la acepción *material* de «la ley» en tal reserva (y equivalente, en este plano, a «normación» o «legislación») (37).

Se comprende fácilmente que la construcción dogmática de la *reserva de ley constitucionalizada* haya sido, a grandes rasgos, uno de los puntos ayunos de un tratamiento provisto de cierta profundidad en nuestro sistema de Derecho. Aun el esfuerzo desplegado en este preciso sentido por el Tribunal Constitucional arroja, en puridad, un muy modesto balance: apenas se ha conseguido abrir paso a la noción de una desigual *estructura constitucional de reservas*, contenedora de un complejo de llamadas a la ley de impar configuración, de muy matizado alcance, y susceptible, por tanto, de análisis especial respecto a cada institución (38).

Procede, por tanto, ofrecer una síntesis sumaria del *status quaestionis* del tratamiento doctrinal y jurisprudencial de la reserva de ley en lo que hace estrictamente a uno de sus objetivos más claramente inexcusables: el que fundamenta el Derecho punitivo del Estado.

## 2. Reserva constitucional de ley sobre materias penales

Parece evidente que, a la luz de la teoría y la experiencia constitucional comparada, es en la legitimación de las potestades penales y/o sancionadoras, así como en cuanto atiene a exacciones o a limitaciones para con el ejercicio y disfrute de los derechos y libertades, donde surge la dogmática de la legalidad. La fundamentación de un Derecho penal *basado*, recorrido y

---

luta» respecto del art. 25.1 CE); 78/84, de 9 de julio (FJ 3.º: principio de legalidad penal como *species* del principio de legalidad genérica del art. 9.3 CE), y, fundamentalmente, STC 160/86, de 16 de diciembre. Con posterioridad ha vuelto sobre el problema la STC 3/88, de 21 de enero.

(37) Véanse SSTC 83/84, de 25 de julio, y 108/86, de 26 de julio.

(38) Cfr. L. M. Díez-PICAZO, *art. cit.*, pp. 82-93.

transido de aquellos principios y opciones definitorias del moderno orden constitucional —un *orden de libertades*— continúa siendo, por ello, problema teórico y práctico de primera magnitud.

Es palmario, por lo mismo, que todo Derecho penal que pueda conceptualizarse como verdadera expresión del Derecho democrático exige una reflexión en las que se conjuguen la legalidad penal, la reserva en tal materia y el régimen de ejercicio de derechos y libertades sobre los que inevitablemente incide todo *ius puniendi* (39). Este es, desde luego, el esquema que ilumina la cuestión en el sistema español.

El primero de los problemas que corresponde abordar se cifra en la localización de esta reserva de ley a la luz de nuestro Derecho constitucional *positivo* (40). Comúnmente asimilado como principio inexcusable en la edificación del moderno Estado constitucional (*nullum crimen nulla poena sine lege*), la legalidad de toda forma de potestad sancionatoria (41) (así como

---

(39) Sobre la Ley del Estado como derecho democrático, véase L. M. Díez-PICAZO, *art. cit.*, pp. 77 y ss. Sobre las dificultades que empecen la identificación del Estado de Derecho con la noción de «democracia radical» o «absoluta», véase M. KRIELE, *Introducción a la Teoría del Estado* (trad. esp.), Buenos Aires, 1980, pp. 315 y ss.

(40) Resulta patente, a estas alturas, que el adjetivo «positivo» nada añade al tratamiento de la *calidad* del Derecho que *realmente* lo es. Aun así, continúa utilizándose habitualmente en doctrina para aludir al fundamento textual-literal de una norma. Es en su formulación, tal y como estaba contenida en el documento/ley, compuesto de artículos/preceptos, donde a menudo identifica el lenguaje común el substrato «positivo» de las normas jurídicas. Acerca de la corrección de esta terminología, cfr. H. KELSEN, *Teoría pura del Derecho*, 2.<sup>a</sup> ed., Ed. Nacional, México, 1981, pp. 44-55; véase también *Teoría general...*, *cit.*, pp. 13-15.

(41) De acuerdo con la doctrina sentada por el TC, la proclamación en la CE del principio de legalidad penal no solamente incorpora la precitada regla *nullum crimen nulla poena sine lege*, sino también un verdadero *derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora*, la cual llega incluso a extenderse al ordenamiento sancionador de las Administraciones públicas (véase STC 42/87, de 7 de abril, FFJJ 1.º a 4.º). Este «derecho a la legalidad» comprende, según el TC (como hemos de ver *infra*), una doble garantía: *a*) la primera, de orden *material* y con carácter *absoluto* (extensible, pues, al orden penal y al de las sanciones administrativas), refleja la especial trascendencia del principio de seguridad (art. 9.3 CE) en los ámbitos limitativos de la libertad individual, y se traduce en la «imperiosa exigencia de predeterminación de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes»; *b*) la segunda, de carácter formal, se refiere al *rango* necesario de las normas tipificadoras de aquellas conductas y reguladoras de aquellas sanciones, por cuanto el término «legislación» del art. 25.1 CE es expresivo de una auténtica reserva de ley formal en cuanto se refiere a la delimitación de potestades sancionadoras.

Naturalmente, el solo hecho de aludir a «potestades» circunscribe este principio al ámbito de actuación de los poderes públicos, por lo que no cabe predicarlo de la aceptación de ciertas formas de *reprensión* o *sanción* en las relaciones privadas, siempre que

de restricción de las libertades públicas reconocidas *in genere*) recibe, en nuestra Constitución, una recepción controvertida: no existe, efectivamente, un claro consenso doctrinal acerca de tres cuestiones capitales de partida: a) ¿Dónde se encuentra localizado el principio de legalidad penal: en el artículo 25.1 y 2, en el 53.1 o en el 81.1? b) ¿Cuáles son, en consecuencia, los límites con que se acota el poder de disposición del normador democrático sobre las materias penales y/o sancionatorias, a la luz de los artículos 66, 81, 82, 86 y 149.1.6?; ¿cuál es, en definitiva, la extensión de la reserva? c) En la medida en que el *ius puniendi* del Estado continúa comportando una habilitación para la determinación de restricciones de la libertad de las personas (así como de otros derechos, como después comprobaremos), ¿cabe pensar que el Derecho punitivo del Estado «desarrolla» los derechos y libertades constitucionalmente reconocidos? Si no es así, ¿los «afecta»? Y, en ese caso, ¿dónde se encuentran los límites objetivos a que se enfrenta en todo caso el legislador penal: en el artículo 17, en el 25, en el 53 o en el 81 (y artículos conexos) CE?

Pasemos ahora a resumir las líneas más expresivas de lo que puede entenderse 'estado de la cuestión' desde las perspectivas científica y jurisprudencial, dos elementos sin los cuales difícilmente podríamos pergeñar de alguna forma una operación de contraste con lo que se estima presente en el dato constitucional.

### III. LA CONSTRUCCION DOCTRINAL Y JURISPRUDENCIAL DE LA RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL

#### 1. *El debate doctrinal*

He comenzado subrayando en qué elevada medida la construcción de una teoría de la ley (y de la legalidad) congruente con nuestro sistema positivo de Derecho constitucional entraña uno de los retos —quizá el más destacado— que la Constitución plantea a los juristas españoles. Tal era la situación en el momento fundacional del régimen constitucional y tal sigue siendo todavía, transcurridos doce años desde su promulgación (42).

Dados los puntos de partida anteriormente referidos, el acometimiento de una teorización acerca de la posición de la ley en nuestro sistema de fuen-

---

éstas no comporten una vulneración de la noción de orden público constitucionalizado. Cfr. J. F. LÓPEZ AGUILAR, *op. cit.*, pp. 61-83, espec. 71 y ss.

(42) Cfr. F. RUBIO LLORENTE, «La Constitución como fuente del Derecho», *cit.*, pp. 53 y ss.; L. M. Díez-PICAZO, *op. cit.*, pp. 91 y 92.

tes adolece en el presente de persistentes deficiencias, probablemente causadas por el carácter sectorial de los enfoques practicados. Se trataba, en cualquier caso, de dar respuesta a un desafío en el que desempeñaban un papel protagonista las concepciones *formal* y *material* de la ley —un debate que, aunque aún vivo, trae causa, esencialmente, de los publicismos francés y alemán del siglo XIX—, por lo que no es sorprendente que la teoría de las fuentes en las varias disciplinas haya presentado lecturas atentas a las especialidades *sectoriales* de la *rama* de que se trate. Tampoco lo es, por su parte, y por razones que escapan a estas consideraciones (43), el que el problema haya sido, en el ámbito genérico de nuestro Derecho público, más temprana ocupación de la ciencia administrativa (y, en buena parte, la penal) que de los cultivadores de lo constitucional (44).

Así, efectivamente, y dada la relevancia de la proclamación del principio de legalidad en todo cuanto concierne a la fundamentación y a la delimitación del *ius puniendi* del Estado, el estudio de las reservas de legalidad penal fue pronto objeto de atención dentro de la disciplina en ella especializada (45). En los términos inevitablemente generales impuestos por la revisión de los enfoques prevalentes, los rasgos de la doctrina mayoritaria al respecto pueden ser sintetizados conforme a la elaboración que de la misma suscribió L. Arroyo Zapatero (46):

1) El principio de legalidad en materia penal, sancionadora y restrictiva de ámbitos de libertad, atiende exigencias lógicas de los principios democrático y de seguridad jurídica, en su doble condición de garantía de los derechos del ciudadano frente al Estado y de instrumento al servicio del fin de prevención general. La ley es, en esta medida, la única instancia normativa legitimada para establecer la perseguibilidad de determinadas conductas y, consiguientemente, las sanciones y las penas que puedan corresponderles, con exclusión de cualesquiera otras fuentes del Derecho (47).

(43) Véase J. J. RUIZ-RICO, «Prólogo» a J. F. LÓPEZ AGUILAR, *La oposición parlamentaria y el orden constitucional*, CEC, Madrid, 1988.

(44) Desde el espacio científico del constitucionalismo, destacaron, por su soledad, los esfuerzos tempranamente desplegados por A. GARRORENA MORALES (*El lugar de la ley...*, cit.), F. RUBIO LLORENTE (Contribución al monográfico de la REDC sobre la ley y el procedimiento legislativo, núm. 16, 1984), J. JIMÉNEZ CAMPO («El control jurisdiccional y legislativo de los decretos legislativos», en *RDPol*, núm. 10, 1983) y, muy singularmente, I. DE OTTO, en su estudio precitado sobre el sistema de fuentes.

(45) Cfr. referencias bibliográficas aportadas *supra*, nota 29.

(46) «Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal», en *REDC*, núm. 8, 1983, pp. 9-45.

(47) Así lo afirmará después el TC en sus Sentencias 15/86, de 31 de enero (FJ 2.º), y 42/86, de 10 de abril (FFJJ 3.º y 4.º).



2) La ley —en sentido FORMAL— debe además «delimitar concreta y exhaustivamente la conducta punible y la pena con la que se la conmina» (principio de *tipicidad*) (48).

3) En el específico ámbito penal, cualificado por la gravosidad e intensidad de la sanción, opera concurrentemente una variedad de principios propios de la cultura del garantismo jurídico: *a)* prohibición de analogía; *b)* limitación de la interpretación extensiva de la norma contra el reo; *c)* proscripción de la eficacia retroactiva desfavorable al reo; *d)* proporcionalidad de la penalidad; *e)* prohibición de las penas y de los tratos inhumanos o degradantes, y *f)* exclusión de confluencia de sanción penal y administrativa para con un mismo hecho (*ne bis in idem*) (49).

4) Con su doctrina al respecto del alcance «absoluto» o «relativo» de las reservas de ley, el TC no ha pergeñado una doctrina concluyente sobre el significado concretamente atribuible al término «legislación» del art. 25.1 CE. Siendo ésta, como es, la localización más claramente especializada de la invocación a la ley en materia penal, es tarea de la doctrina formular su conexión con las previsiones constitucionales acerca de la «afectación» y «desarrollo normativo» de los derechos y libertades expresamente consagrados (50).

5) La vocación garantista de las disposiciones relativas al régimen de los derechos y las libertades públicas inducen a identificar (si se quiere, *ex negativo*), y por encima de aparentes divergencias terminológicas, los ámbitos objetivos recíprocamente excluyentes de los artículos 81 y 86. En una concepción amplia del espectro reservado a la legislación orgánica, cabe entender incluidas en su ámbito objetivo no sólo la «legislación penal», en la medida en que «desarrolla» los derechos públicos subjetivos establecidos en el

(48) Cfr. SSTC 159/87, de 12 de diciembre (FFJJ 1.º a 3.º); 122/87, de 14 de julio (FJ 3.º), y 133/87, de 21 de julio.

(49) Véase SSTC 131/86, de 29 de octubre (FJ 2.º), sobre «aplicación integral de la ley penal más beneficiosa»; 32/87, de 12 de marzo, y 160/87, de 27 de octubre (prohibición de eficacia retroactiva de la norma desfavorable o restrictiva de derechos); 66/87, de 23 de mayo, y 133/87, de 21 de julio (principio *non bis in idem*); 65/86, de 22 de mayo (FFJJ 2.º y 3.º: proporcionalidad); 65/86 (FJ 4.º) y 2/87, de 14 de enero (FJ 2.º), sobre prohibición de las penas y de los tratos inhumanos o degradantes (artículos 10.2 y 15), en relación con el art. 3.2 del Convenio Europeo para la Salvaguardia de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH, hecho en Roma en 4 de noviembre de 1950), y con la sentencia del TEDH de 25 de abril de 1978 (*caso Tyrer*). En cuanto a la limitación de la interpretación extensiva, no hay que ignorar el espacio que para la misma contemplan ciertos artículos CP (ej.: 131 y 528). Cfr. M. COBO/T. S. VIVES, *op. cit.*, p. 92. En todo caso, lo importante es no rebasar el sentido razonable de la norma en la determinación de la penalidad.

(50) Como veremos, *infra*, en la STC 140/86, de 11 de noviembre (FFJJ 3.º a 8.º).

artículo 25 CE, sino también cuantas normas «afecten» a dicho resorte de garantía a la libertad. Es necesario, por tanto, analizar qué medidas de reacción penal «afectan» a algún derecho cualificado por el aura de la *fundamentalidad* y cuáles —como, por ejemplo, las que se limitan a la suspensión del permiso de conducción de vehículos o a establecer una multa— se ciernen exclusivamente sobre derechos estimados como *no fundamentales* (51).

6) Debe estimarse que «afectan» los DF y LP cuantas normas «prohíben conductas tipificándolas como delitos y establecer penas criminales». Tal actividad ha de asumirse, por demás, como materia de ley orgánica (52), debiendo entenderse excluida la participación en la misma de las leyes autonómicas, de los tratados internacionales (salvo a los puros efectos de integración e interpretación), decretos legislativos, decretos-leyes, normas reglamentarias y, consecuentemente, de cualesquiera expresiones de la autoridad administrativa militar (bandos militares) (53).

7) En congruencia con estas posiciones, ha de estimarse disconforme con la Constitución tanto el recurso al instrumento del decreto-ley como al de la ley ordinaria (por ejemplo: RD-L 10/79 y Ley 40/79, de 19 de diciembre, sobre Régimen Jurídico de Control de Cambios, episodios normativos del primer desarrollo de la *Lex fundamentalis*, que, como es conocido, avivaron importantes críticas y reacciones en la ciencia penalista, siendo objeto de ulteriores pronunciamientos del TC) (54).

\* \* \*

(51) No cabe ignorar, a este respecto, que, aun a pesar de la doctrina consolidada al respecto —según la cual la categoría «derechos fundamentales» se reserva en exclusiva para el grupo de derechos reconocidos en la sección 1.ª del capítulo 2 del Título I CE, arts. 15 a 29—, promovida y respaldada, con matices, por el TC, continúa discutiéndose sobre el perfil dogmático de la misma en nuestro sistema constitucional. Personalmente, suscribimos la tesis elaborada por P. CRUZ VILLALÓN sobre la necesidad de una teoría «anfibológica» de la utilización de dicha categoría, pudiendo comprenderse en ella, a determinados afectos, al conjunto de derechos y libertades que integran el capítulo 2, arts. 14 a 38 CE. Cfr. P. CRUZ VILLALÓN: «Formación y evolución de los derechos fundamenatles», en *REDC*, núm. 25, 1989, pp. 37 y ss., y *art. cit.* en nota 30.

(52) Conviene recordar que, como quiera que sea, ésta ha sido *de facto* la opción del legislador en cuantas normas aprobadas por las Cortes Generales han concurrido a reformar parcialmente el actual Código Penal y el Código Penal Militar (por ejemplo, LLOO 9/80, 11/80, 2/81, 7/82, 8/83, 2/85, 3/88, etc.).

(53) Véase L. ARROYO, *op. cit.*, pp. 40 y ss.

(54) Como se infiere, esta Ley, hoy derogada, fue objeto de diversos procesos constitucionales. Las SSTC dictadas a este propósito resultan —votos particulares incluidos— de extraordinario interés. Cfr., así, SSTC 25/84, de 23 de febrero; 140/86, de 11 de noviembre (espec. FFJJ 3.º a 8.º y voto particular del magistrado E. Díaz-Eimil), y 160/86, de 16 de diciembre.

No obstante la rotundidad con que parece concluir este enfoque doctrinal, tanto las incertidumbres abiertas por pronunciamientos especialmente discutidos del Tribunal Constitucional —y entre los que sobresalen, como no podía ser menos, las sentencias relativas a la Ley 40/79 (55)— cuanto la propia reflexión autónoma de los teóricos, han venido a revisar esta concepción expansiva de la reserva penal. Desde el debate suscitado en esta disciplina académica, la aportación suscrita por C. Lamarca (56) vino en su día a reproponer un enfoque a la cuestión, cuyos relevantes matices respecto de las posiciones precedentemente expuestas le hacen merecedor de atenta consideración:

1) Del correcto entendimiento de la peculiar reserva de ley dispuesta en el artículo 81.1 se desprende que ésta no se dirige a preservar una auténtica «reserva de Parlamento» frente a otras potestades normativas, sino a la prolongación de un cierto nivel de consenso en la adopción de determinadas decisiones político-legislativas. En atención al diseño constitucional de poderes, dicha peculiaridad —i. e., la fuerza normativa de las leyes orgánicas— ha de entenderse *stricto sensu* predicable en exclusiva de las materias tasadas por la Constitución (57).

2) Ello comporta revisar la concepción, en absoluto excepcional en la ciencia penalista (58), de que todo el Derecho penal es materia de ley orgánica en la medida en que «incide» en el ámbito de los DF y LP. Si ha de seguirse en este punto la doctrina del TC, es de rigor interpretar que, si bien los respectivos ámbitos objetivos de las disposiciones contempladas en los artículos 81.1 y 82.1 se excluyen explícitamente, no cabe identificar esta exclusión con la que debe operar en relación con el dictado del artículo 86.2 de la CE. Los círculos materiales de cada una de las formas de producción normativa caracterizada por el rango, la fuerza o el valor de ley deben servir, pues, de objeto a una construcción doctrinal atenta a las condiciones de cada concreta reserva. En este sentido, el problema nuclear de la interpretación del alcance de la reserva de ley en la materia penal estriba en el significado que corresponda atribuir a los verbos «desarrollar» y «afectar» respecto, en

(55) STC 25/84, de 23 de febrero. Debe apreciarse que la Ley 40/79, de Régimen Jurídico de Control de Cambios, objeto del enjuiciamiento, fue derogada por la Ley Orgánica 10/83, de 20 de agosto.

(56) «Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución española», en *REDC*, núm. 20, 1987, pp. 99-135.

(57) SSTC de 13 de febrero de 1981 y 76/83, de 5 de agosto.

(58) Recuérdese, en este sentido, el representativo enfoque suscrito por algunos maestros de la disciplina, como son J. CEREZO, *Curso de Derecho Penal español*, Tecnos, Madrid, 1981; M. COBO DEL ROSAL/T. S. VIVES ANTÓN, *Derecho penal (Parte general)*, Universidad de Valencia, vol. 1, 1980; L. ARROYO ZAPATERO, *op. cit.*

el primer caso, de los DF y LP de la sección 1.<sup>a</sup> del capítulo 2 del Título I CE, y en el segundo caso, de la totalidad de los derechos y libertades del mencionado Título.

3) Razones de varia índole —entre las que sobresale la necesidad de dotar a los institutos previstos por el constituyente de un *minimum* necesario de operatividad práctica— impiden suscribir una interpretación expansiva de uno y otro verbos. Doctrina iuspublicista (59) y jurisprudencia constitucional (60) coinciden en dar a estos términos una proyección restrictiva (61) tendente a la provisión de un régimen general o de una regulación directa y frontal de las condiciones generales de ejercicio de los DF y LP cubiertos por la reserva del artículo 81.1 CE.

4) A partir de estos parámetros, ¿cabe en verdad interpretar que toda norma penal contiene algún «desarrollo» de DF y LP circunscrible al efecto irradiador del artículo 81.1 CE? Difícilmente podría ofrecerse una respuesta a esta cuestión capital al margen de los pronunciamientos al respecto del TC. Y, sin embargo, en este punto no han remitido por entero las dudas y los enigmas, cuando no sencillamente las contradicciones (62).

5) La construcción sobre el enlace de la reserva de ley en materia penal y la modalidad orgánica de producción normativa parte, como se ha dicho, del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad operado por la vía del artículo 163 CE por la Sala II del TS sobre la Ley 40/79, de 10 de diciembre, de Régimen Jurídico de Control de Cambios. La raíz de la cuestión se hallaba precisamente en la traducción de la llamada «reserva absoluta de ley» en relación con lo dispuesto en el artículo 81.1 CE. Al menos en «primer asalto»,

---

(59) Véanse, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA/T. R. FDEZ. RODRÍGUEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1981, p. 139; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Las leyes orgánicas: notas en torno a su naturaleza y procedimiento de elaboración», en *RDPol*, núm. 8, UNED, 1979, p. 49.

(60) La proyección restrictiva de la categoría de la ley orgánica viene siendo propugnada por el TC desde su primera jurisprudencia en la materia. Véase SSTC 5/81, de 13 de febrero; 6/82, 18/82 y 32/83.

(61) Así, la STC de 2 de diciembre de 1983, cuyo FJ 8.<sup>o</sup> consiente al decreto-ley la «afectación», de algún modo, de los DF y LP (y no sólo de «derechos y libertades», del Título I CE), siempre que ello no suponga la disposición para aquéllos de un «régimen general» o la lesión del «contenido o elementos esenciales de alguno de tales derechos», toda vez que lo contrario reportaría condenar a este instituto normativo a la más absoluta inviabilidad en la práctica. En esta misma línea militan las SSTC 83/84, de 24 de julio (función del Reglamento en la integración de regímenes reservados a la ley), y 108/86, de 26 de julio (explicativo del alcance de la legitimación reglamentaria).

De nuevo sobre el empleo con criterio restrictivo de la normación orgánica, véase STC 67/85, de 26 de mayo.

(62) C. LAMARCA, *op. cit.*, p. 128.

la primera sentencia constitucional pronunciada (STC 25/84) no despejó, sin embargo, las incertidumbres de fondo. En un emblemático ejemplo de pronunciamiento elíptico, el Tribunal se limitó a declarar que la «naturaleza» orgánica de la ley penal no puede deducirse sin más de la conexión entre los artículos 81.1 y 25.1, pero no entró a contemplar si el establecimiento de penas representa o no un «desarrollo» de los DF y LP, problema éste sobre el cual había venido girando la reflexión al respecto por parte de la ciencia penal.

6) De este primer pronunciamiento sólo se desprende un criterio: procederá la ley orgánica cuando de ella «sean objeto los derechos fundamentales». Pero ¿en qué sentido «objeto»? Lamarca plantea, a partir de ello, tres alternativas claras: *a*) que la pena constituya una lesión (restricción) del ejercicio del derecho (63); *b*) que el bien jurídico tutelado en el establecimiento típico del delito sea un DF (64), y *c*) que la conducta tipificada constituya un exceso (*i. e.*, un *abuso*) en el ejercicio de un DF (65).

7) Aun cuando las SSTC dictadas a este respecto no arrojan luz definitiva, cabe sostener que, con respecto a la segunda hipótesis, existe el inconveniente de propugnar rango orgánico para la tipificación de conductas que —como los atentados contra el derecho al honor (art. 461 CP) o la obstaculización del ejercicio del derecho a la libre sindicación (art. 165 CP)— ostentan menor relevancia para la conciencia penal que otras respecto a las cuales (como el robo con intimidación, art. 401 CP) se contempla mayor pena. Frente a la tercera hipótesis, tal disfunción se acentúa: se reservaría así forma de legislación orgánica para la tipificación de conductas que nada tienen que ver con los DF y LP, al constituir precisamente *extralimitaciones* del ámbito objetivo de realización de la libertad, cuyo *contenido* se encuentra, en verdad, garantizado por la Constitución. Expresado con ejemplos: ni la asociación paramilitar ni el delito electoral constituyen, en rigor, expresiones del derecho de asociación o del de participación. Son, antes bien, negaciones del régimen constitucional de garantía de esos derechos. Identificar la reserva de ley orgánica con este subgrupo de supuestos equivaldría, en este sentido, a equiparar la referencia positiva al «desarrollo» de los DF y LP a una lectura *ex negativo*

(63) Por ejemplo, toda pena privativa de libertad, como lo son el arresto, la prisión y reclusión en sus varias modalidades. Piénsese, así, en la contemplada para con la sedición (art. 223 CP).

(64) Por ejemplo, el delito de injurias (art. 461 CP), verosíblemente atentatorio contra el derecho al honor del artículo 18.1 CE.

(65) Por ejemplo, el delito de asociación paramilitar (art. 173.3 CP, en relación con el art. 22.5 CE) o el de desacato a la autoridad (art. 240 CP, en relación con el artículo 20.1 CE).

de su verdadero ejercicio (66). Cabe, sí, tener en cuenta la hipótesis formulada en primer término. Pero, en ese caso, ¿puede pensarse seriamente que la pena de privación de libertad judicialmente establecida constituya un «desarrollo» de la garantía de la libertad personal contenida en el artículo 17.1 CE? ¿Es la privación del derecho del sufragio impuesta en condena penal un verdadero «desarrollo» del derecho de participación del art. 23 CE? ¿Implica el reproche penal implícito en dicha condena una lesión al honor que «desarrolle» el artículo 18.1 CE?

Desde mi punto de vista, es probable que resida, sí, en la primera de las tres hipótesis formuladas —la de que la pena prevista comporte directamente privación de libertad— el verdadero *punto fuerte* de la reserva del carácter orgánico de la ley penal, en la que se conexionan los artículos 25.1 y 81.1 CE. Y ése es, probablemente, a la luz de lo que ha sido la doctrina del TC, el eje sobre el que pivota el tratamiento del tema desde la perspectiva iusconstitucional. Es difícil ignorar, en este orden de consideraciones, que el TC no se esforzó en suministrar cuanto antes una respuesta puntual y exacta a las cuestiones precedentes. Prueba de ello lo son las incertidumbres abiertas, y no despejadas entonces, con ocasión de su primera sentencia sobre la citada Ley de Control de Cambios (67). Sería en un posterior discurso jurisprudencial —volviendo, por cierto, sobre aspectos de la cuestionada Ley— cuando se decidiría a ofrecer apoyaturas para la doctrina que entiende que la privación de libertad judicialmente establecida supone, efectivamente, un concreto «desarrollo» del genérico derecho a la libertad personal —cuya localización, por cierto, es también objeto de polémica (68)—. Y así lo declara, entre otras, la STC 140/86, de 11 de noviembre (69).

---

(66) En este sentido resultan enormemente interesantes las reflexiones formuladas por el voto discrepante del magistrado E. Díez-Eimil a la STC 140/86, de 11 de noviembre. Aparte de discrepar sobre el fallo pronunciado, se pregunta el signatario si no cabe extender esa misma fundamentación aparente a la totalidad de la normación procesal, en la medida en que integre el derecho a la obtención de la tutela judicial del artículo 24 CE.

(67) STC 25/84, de 23 de febrero, cit.

(68) En efecto, quienes entienden que el dictado del artículo 17.1 CE concierne exclusivamente a la salvaguardia de la libertad personal frente a la Administración (privaciones o restricciones policial-gubernativas de la libertad deambulatoria) localizan la concreción especial de la garantía constitucional de la libertad en el propio artículo 25.1. Véase, en este sentido, J. M. SERRANO ALBERCA, en F. GARRIDO FALLA *et al.*, *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1980, pp. 210-211. Por contra, resulta perfectamente posible sostener que el artículo 17 CE es, como muchos otros, un artículo de estructura compleja, cuyos apartados 2, 3 y 4 se ciernen, efectivamente, sobre la garantía judicial de la posición del detenido, pero cuyo apartado 1 puede ser interpre-

Es dable afirmar, por tanto, que, aun mediando oscilaciones de vario cariz, la jurisprudencia constitucional en este punto ha generado problemas más o menos indirectos. Entre éstos sobresale la posibilidad, ahora inducida, de plantear por vía del recurso de amparo un verdadero (y novedoso) expediente de control de la corrección en el manejo de las fuentes del Derecho. En efecto, a partir de esta doctrina resulta difícil precluir una impugnación concreta sobre la exclusiva base de un «derecho subjetivo al 'rango' de ley orgánica de la norma penal», en el que se enlazarían los arts. 24.1, 25.1, 53.2, 81.1 y 161.1.b) CE (70). Correlativamente, cabría la posibilidad de instar el control por el TC de la adecuación o no a la reserva de ley con «rango» de ley orgánica —a la luz del entendimiento de la garantía constitucional de la libertad personal a que venimos refiriéndonos— de las normas que regulan los procedimientos del orden jurisdiccional penal, ¿existe, en este sentido, una reserva especial de *organicidad* para con la normativa de enjuiciamiento criminal, en la que ésta se distancia y cualifica con respecto a los restantes órdenes de la jurisdicción? Tanto estos problemas prácticos cuanto la necesidad de una construcción dogmática cuidadosa y ajustada a los condicionamientos y a las exigencias de nuestro concreto sistema constitucional de fuentes, apuntan, pues, no sólo la persistencia del problema como cues-

---

tado como garantía genérica de la libertad personal frente a cualesquiera formas de privación o restricción. Así parece entenderlo, además, el Tribunal en algún pronunciamiento (véase STC 140/86, de 11 de noviembre de 1986), bien que en otras ocasiones, pudiendo haber entrado al trapo, haya aportado sustento para una teorización claramente alternativa (así, SSTC 15/86, de 31 de enero, y 54/86, de 7 de mayo).

(69) Afirma el TC literalmente: «El derecho a la libertad del artículo 17.1 es el derecho de todos a no ser privado de la misma, 'salvo en los casos y en la forma previstas en la ley': en una ley que, por el hecho de fijar las condiciones de tal privación, es desarrollo del derecho que así se limita. En este sentido, el CP, y en general las normas penales... son garantía y desarrollo del derecho de libertad en el sentido del artículo 81.1 CE, por cuanto fijan y precisan los supuestos en que legítimamente se puede privar a una persona de libertad. De ahí que deban tener el carácter de orgánicas» (STC 140/86, cit., FJ 5.º; véase, en contra, voto particular del magistrado Díaz-Eimil). Lo que sí parece cierto e incontestado, en todo caso, es el carácter personal y subjetivo del derecho consignado en el artículo 17.1, frente a la concepción de quienes ven en el mismo un abundamiento a situar en conexión con los principios del artículo 9.3 CE.

(70) Sobre este problema, y partiendo de la relevante STC 23/88, de 22 de febrero, acúdase a E. ALONSO GARCÍA: «El control por el TC del sistema de fuentes del Derecho a través del artículo 24 de la Constitución», en *REDC*, núm. 24, 1988, pp. 191-210. El interés de esta apertura del juego de los arts. 24, 25 y 81.1 CE se acentúa, por lo demás, por el hecho de venir a modificar posiciones anteriormente adoptadas. Así, en el Auto 87/84, de 15 de febrero, el TC había afirmado la inexistencia de un «derecho al rango de ley orgánica» como un derecho inferible del art. 17.1 CE.

tión *abierta*, sino la conveniencia de revisar críticamente una doctrina crucial y, sin embargo, especialmente flaqueante y vulnerable.

Todo ello sin perjuicio, obviamente, del reconocimiento de que la cuestión medular trae causa de las opciones del propio constituyente, y entre las que la configuración de la categoría de las leyes orgánicas ha sido, como es conocido, objeto de perplejidades y de muy razonadas críticas.

\* \* \*

Como se desprende de lo expuesto, la aproximación de Lamarca sobresale, en primer término, por una fundada revisión de las vacilaciones de la doctrina elaborada a este preciso respecto por el intérprete supremo de la Constitución —oscilaciones que, recuerda, hincan su raíz primera en la oscuridad de intención con la que el constituyente aplicó la complicada red de fuentes al problema de la reprobación penal—. Pero, en segundo lugar, Lamarca viene a adelantar una teorización en torno a la reserva de ley sobre materias penales ajena a la modalidad de legislación orgánica contemplada en el art. 81 CE. Una teorización que encuentra su fundamento en una reinterpretación de la garantía constitucional de la penalidad, haciéndola ahora pivotar sobre la referencia a la «legislación» contenida en el art. 25.1 CE —en combinación, por cierto, con el art. 53.1 CE— y no sobre la garantía *procedimental* del art. 81.1 CE.

Debemos estar de acuerdo con este posicionamiento. Y ello aunque sólo fuera porque, de lo contrario, también los contenidos múltiples del artículo 24.1 CE reclamarían un «desarrollo» por estricta ley orgánica, al punto de hacer inviable cualquier otra fuente en materia de Derecho procesal y, yendo todavía más lejos, de Derecho judicial. La proscripción de toda norma ajena a la ley orgánica de este segmento claramente decisivo del alcance del derecho a la obtención de la tutela efectiva de jueces y magistrados produciría no sólo efectos francamente absurdos, sino también una extensión materialmente universal de la categoría de legislación orgánica sobre la estructura toda del Estado de Derecho.

En ese ámbito, el debate debe arrancar sin duda alguna de la construcción operada por el TC alrededor de las problemáticas dicotomías ley ordinaria/ley orgánica y «desarrollo»/«afectación» de los DF y LP (71). No podía ser

---

(71) Naturalmente, no se entra aquí a contemplar la problematicidad del régimen constitucional de la llamada a «regular» el ejercicio de los derechos y libertades del capítulo 2 del Título I CE, en el respeto a su «contenido esencial», que el constituyente plantea al legislador a través del artículo 53.1 CE. Y ello por la sencilla razón de que se parte de la base de la reserva de ley vertida positivamente sobre la materia penal,



de otro modo: desde un estadio inicial minado por las incertidumbres, el TC ha ido asentando una visión de la cuestión de la que ningún jurista, sea teórico, sea práctico, puede ahora prescindir. Será preciso detenerse en los jalones más señeros de esta edificación, en la medida en que comporta un elemento imprescindible para la intelección del perfil y del alcance de la reserva de ley para la materia penal en nuestro ordenamiento.

## 2. La construcción jurisprudencial del TC

Se ha subrayado a menudo hasta qué punto los enclaves del debate doctrinal son con frecuencia trasunto de los problemas prácticos a los que tiene que hacer frente la jurisdicción del TC. Parte de la pertinencia de algunas de estas cuestiones se explica en función de la naturaleza esencialmente *negativa* que caracteriza al grueso de dicha jurisdicción (como del hecho elemental de que el Tribunal vierta doctrina sobre el objeto —y con motivo— de controversias planteadas y no sobre muchos otros que podrían suscitarse a propósito del mismo); no así, obviamente, otra parte. Permítaseme, por tanto, que antes de sintetizar el actual estado de la cuestión en la jurisprudencia de nuestro más alto Tribunal recuerde las cuestiones clave que forman el ámbito objetivo de esta elaboración parcialmente inacabada:

- 1) La localización constitucional de la reserva de ley en materia penal.
- 2) El alcance de la reserva, en relación con la antepuesta plurificación de las formas normativas caracterizadas por el «rango», la «fuerza» o el «valor» de ley (72).
- 3) El engarce del principio de legalidad penal con la tutela del sistema de DF y LP, por medio de *modulaciones* del poder legislativo (arts. 53.1, 81-86 y 149.1.1, 1.5, 1.6 y 1.8 CE).

---

y por la que el legislador al que aluden los artículos 25.1 y 53.1 CE resulta, a estos efectos, identificable. Sobre la garantía de derechos frente al legislador consignada por el art. 53.1 CE, cfr. I. DE OTTO, en L. MARTÍN-RETORTILLO/I. DE OTTO, *Derechos fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, pp. 95 y ss.

(72) Debe notarse, en este punto, que la apelación al «rango» aparece utilizada con relativa frecuencia en la jurisprudencia del TC para expresar el diferente alcance de la ley ordinaria en relación con la orgánica. Parece que, correspondiéndose la alusión al «rango» con la posición de las mismas dentro de una escala jerárquica, difícilmente se cohonesta dicha terminología con la defensa de una lectura en clave estrictamente competencial-material de la modalidad orgánica de las leyes de las Cortes Generales. De hecho, la problemática de este subsegmento orgánico se ajusta a las categorías de «fuerza activa» y «pasiva», que, por otra parte, emplea, y de manera consistente, este mismo Tribunal en su jurisprudencia. Véanse, por todas, SSTC 5/81, de 13 de febrero; 11/81, de 8 de abril, y 76/83, de 5 de agosto.

4) La problemática doctrinal de las reservas *absolutas* en contraposición a las llamadas reservas *relativas* (73). Este extremo se conecta directa e inmediatamente con la posibilidad de proveer integración legítima a las disposiciones de la legalidad por vía de la normación subordinada a la ley (*i. e.*, el problema del concurso de normas reglamentarias para el desarrollo del régimen penal y penitenciario).

Pasemos ahora al tratamiento de la construcción del TC.

1) Sin perjuicio de otras consideraciones acerca de los respectivos alcances de referencia a la ley y a la legalidad en otros preceptos destacados, el TC ha declarado que debe afirmarse la existencia de un verdadero «derecho a la legalidad penal» en el artículo 25.1 CE. Este derecho, a su vez, comprende una doble garantía: *a)* Una, de carácter *formal*, vinculada a la necesidad de una ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, y que, en el ámbito penal estricto, hay que entender como «reserva absoluta de ley», e incluso, en lo que concierne a las penas privativas de libertad, como «reserva de ley orgánica»; y *b)* Otra, de carácter *material*, y referida también al valor seguridad, que exige una tipificación precisa de las conductas punibles y la predeterminación de sus penas (véase STC 127/90, de 5 de julio).

Por su parte, este último aspecto se manifiesta en tres exigencias: la preexistencia de la ley (*lex previa*), el carácter de la misma (*lex scripta*) y el contenido de ésta (*lex certa*) (STC 133/87, de 21 de julio, FFJJ. 3.º a 7.º).

2) Las exigencias expuestas no suponen que sólo la redacción de la ley formal penal acabada y descriptiva de los supuestos de hecho penalmente ilícitos pueda configurar la legislación penal *materialmente* entendida: la utilización de las llamadas *normas penales en blanco* (en las que la conducta o la consecuencia penal no se encuentre exhaustivamente agotada en las leyes, remitiendo para ello a disposiciones reglamentarias a las que se re-

---

(73) Véase STC 83/84, de 24 de julio. Sobre la aplicación de la teoría de la «estructura de las reservas» en la potestad punitiva y sancionatoria del Estado, véanse SSTC 42/87, de 7 de abril (cobertura de la potestad sancionatoria del Estado con norma de rango legal), y 77/83, de 3 de octubre (*interpretación del principio de legalidad sancionatoria de los arts. 9 y 25 CE*), y 2/87, de 21 de enero (legitimidad constitucional de la sanción administrativa dentro de las relaciones de sujeción especial: caso de sanción a interno en establecimiento penitenciario). Sobre los límites específicos de la potestad sancionatoria del Estado, véase STC 42/87, de 7 de abril (conformidad a la ley). En cuanto a la interdicción de la «arbitrariedad del poder legislativo», véanse SSTC 66/85, e 23 de mayo, y 108/86, de 26 de julio (doctrina: el legislador sólo actúa 'arbitrariamente' cuando genera discriminación irrazonable e injustificada). Sobre la arbitrariedad en la actuación sancionatoria de la Administración, véase STC 151/86, de 1 de diciembre.

envía) resulta constitucionalmente admisible si se dan los siguientes requisitos: *a)* reenvío previo, expreso y justificado en función del bien jurídico protegido, y *b)* que la ley, además de señalar la pena, contenga el núcleo esencial de la prohibición y sea satisfecha la exigencia de certeza y concreción (STC 122/87, de 14 de julio) (74).

3) Dadas la naturaleza y la configuración de la potestad punitiva y restrictiva de derechos constitucionalmente acogidos, el principio de legalidad adquiere en materia penal una dimensión estricta, especialmente gravosa para la instancia habilitada con potestad normativa: la legalidad penal *stricto sensu* entendida debe ser, en consecuencia, predicable de reserva ABSOLUTA de ley FORMAL aprobada por las Cortes Generales. En razón de la evitación de márgenes de incertidumbre, en lo que se refiere al establecimiento de penas privativas de libertad, tanto la delegación legislativa como los decretos-leyes aparecerían excluidos de este importante capítulo del Derecho penal (75).

4) ¿Significa ello extender idéntica garantía formal a la totalidad del Derecho del Estado sancionador o interventor/modulador del ejercicio de

---

(74) La doctrina de la «colaboración» internormativa (entre la ley y el Reglamento), en complitud de los regímenes prevenidos en los arts. 25.1 y 149.1.6 CE, trae causa, tan lejos como se nos alcanza, de la STC 35/82, de 14 de junio.

(75) Si bien, como ha sido puesto anteriormente de relieve, cabe aún la discusión en torno al polémico alcance de la «reserva absoluta de ley» en materia penal, según el juego que ofrecen los artículos 17.1, 25.1 y 81.1 CE (véase STC 140/87 y voto particular), parece, en cambio, fuera de duda que la contundente afirmación del carácter *absoluto* de dicha reserva de ley, por encima del debate en torno a la opción *orgánica* u *ordinaria* que corresponda adoptar a la *stricta* ley *formal*, no permite contemplar la posibilidad de proveer normaciones sustantivas en materia penal ni a la legislación delegada ni a la legislación de urgencia de los artículos 82-85 y 86 CE. Probablemente sea la STC 42/87, de 7 de abril (sobre Reglamento de Casinos de Juego) la ocasión en que el TC ha abordado más claramente la cuestión, declarando que la admisibilidad del concurso de las normas carentes del carácter de ley formal sólo resulta posible cuando éstas traen causa de preceptos de este tipo, absteniéndose de determinar tanto conductas punibles cuanto la penalidad de las mismas. En el mismo sentido, la STC 160/86, de 16 de diciembre, pronuncia con todo rigor la garantía inequívoca del «rango de ley orgánica» para la normativa penal de esta naturaleza y, destacadamente, de la integradora del Código Penal (FJ 4.º). No puede afirmarse, sin embargo, que los decretos-leyes y los decretos legislativos se encuentren *enteramente* proscritos de la integración del Derecho penal *material*: ello entraría en contradicción con la asunción por el TC de la validez de normas penales en blanco. Ciertamente, el supuesto de hecho *debe* venir definido por ley de carácter orgánico, por ello no excluye que decretos-leyes y legislativos puedan *integrar* el objeto de *normas penales en blanco* en las mismas condiciones en que lo hace un Reglamento, sin que este esquema principal redima al legislador de la obligación de atenerse a los presupuestos causales y normativos que *habilitan* el recurso a uno y otro expedientes, según preceptúan los artículos 86 y 82-85 CE.

derechos? El TC ha establecido que no cabe una interpretación del sistema de fuentes que suponga el vaciamiento de la figura del decreto-ley, dándole al verbo «afectar» un significado amplísimo (STC 111/83). La prohibición de «afectación» debe entenderse referida a la de contradicción frontal con el «contenido» o «elementos esenciales» de alguno de tales derechos (*ibidem*, FJ 8.º). El establecimiento de sanciones administrativas —como fue el caso del RD-L 3/79, en el que se preveían multas a establecimientos comerciales por incumplimiento de normas de seguridad—, en el respeto por el órgano impositor de los principios de legalidad *material* y de tipicidad, resulta, pues, coherente con la Constitución (STC 3/88, de 21 de enero, FJ 8.º). Ha sido afirmado que incluso a través del correcto ejercicio de la potestad reglamentaria puede concurrirse, en función del «modelo constitucional de distribución de poderes», a la predeterminación de las conductas ilícitas (STC 42/87, de 7 de abril). El concurso, por tanto, de la potestad reglamentaria puede estimarse «insuprimible» en determinadas materias (STC 2/87, de 21 de enero), sea por razones de «prudencia o de oportunidad», sea en atención a los ámbitos de ordenación territorial (STC 87/85, de 16 de julio).

Lo que de ninguna manera cabe entender admisible es que una remisión a normas infralegales «haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley» (STC 83/84, de 24 de julio), sin perjuicio, como se ha dicho, de la colaboración de la decretación de origen gubernamental o de norma de carácter y rango reglamentario en la configuración del régimen sancionador. E importa, además, significar muy remarcadamente que estas consideraciones acerca de fuentes ajenas a la ley *formal* conciernen sólo, en todo caso, a la integración del régimen administrativo sancionador —y dentro del cual, por cierto, se comprendería también la posibilidad de imponer sanciones disciplinarias (de carácter no penal) a los reclusos internados en establecimientos penitenciarios, de acuerdo con el principio de sujeción especial, tal y como se recoge en la STC 2/87, de 21 de enero—, no resultando de recibo en la interpretación del régimen de garantías penales *stricto sensu* entendidas —esto es, las relativas a las penas y sanciones impuestas en pronunciamiento jurisdiccional penal—, sobre el que gravita una reserva de legalidad reforzada, que identifica a ésta con la reserva de ley en su sentido formal (STC 2/87, de 21 de enero). No en vano el apartado 3 del mismo artículo 25 CE consigna explícitamente la prohibición de sanciones administrativas que impliquen privación de libertad (STC 19/88, de 16 de febrero), en garantía que se suma a las que recoge el artículo 17 CE [SSTC 2/81, de 30 de enero; 19/81, de 8 de junio; 41/82, de 2 de julio (naturaleza jurídica de la prisión preventiva); 31/85, de 5 de marzo, y 51/85, de 10 de abril].

5) Tal y como se ha expuesto, la doctrina relativa a la reserva de ley en su sentido formal afecta a la producción de normas materiales-penales *pos-constitucionales* por parte de los poderes públicos habilitados con potestad normativa. Quiere decirse con ello que no procede aplicar los *standards* garantistas en su vertiente *formal* sobre normas de carácter preconstitucional [SSTC 11/81, de 8 de abril; 15/81, de 7 de mayo; 42/87, de 7 de abril, sobre Reglamento de Casinos de Juego (RD 16/77, de 25 de febrero) y 101/88, de 8 de junio] (76). Y, por esa misma regla, tampoco procede aplicar los referidos *standards* en el enjuiciamiento de la legalidad de sanciones jurídico-privadas que puedan ser adoptadas por quien esté legitimado para ello (SSTC 69/83 y 190/88, de 17 de octubre) (77).

6) En la construcción del esquema operativo de las fuentes sobre materia penal juegan activa y plenamente los principios hermenéuticos y los mecanismos integradores propios y característicos de la jurisdicción constitucional: tratados internacionales [STC 199/87, de 16 de diciembre, así como STC 75/84, de 27 de junio (78), y 11/85, de 30 de enero (materia de extradición)] y convenios protectores de los derechos humanos (*ex art. 10.2 y 93 y ss. CE*), así como los principios generales de la interpretación constitucional en materia de libertades (*favor libertatis*, efectividad del derecho, tutela de la «esencia» del mismo... Cfr. SSTC 159/86 y 254/88, de 21 de diciembre), de acuerdo con los artículos 9, 10.1, 53.1 y 2 y 93-96 CE.

7) En fin, una anotación: el TC ha confirmado la admisibilidad constitucional de las «especialidades» y las «singularidades» del Derecho penal militar (actualmente, LO 13/85, de 9 de diciembre, de Código Penal Militar) y del correlativo régimen disciplinario y procesal militar (LLOO 12/85, de 27 de noviembre, y 2/89, de 13 de abril). Por medio de este segmento de normación «especial», el legislador inviste a la Administración militar —lectura, *contrario sensu*, del precepto relativo a la «Administración civil» en el art. 25.3 CE— de la habilitación para la imposición de penas que importen privación de libertad, de acuerdo con los supuestos predeterminados en la ley, y con las inexcusables garantías de adecuación al orden constitucional (SSTC 21/81, de 15 de junio, y 107/86, de 24 de julio, legitimadora de las especialidades de la legislación penal militar. Más recientemente, véase

---

(76) Sobre las dificultades que plantea la proyección retroactiva de preceptos constitucionales, véase la STC 35/87, de 18 de marzo.

(77) Véase J. F. LÓPEZ AGUILAR, *Derechos fundamentales y libertad negocial*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1990, pp. 37 a 42.

(78) En esta STC se abordan interesantes consideraciones acerca de la alegación, por la parte acusadora, en un proceso judicial anterior, de «fraude de ley» por aborto cometido en el extranjero (FFJJ 5.º y 6.º).

STC de 14 de marzo de 1991, en torno a la jurisdicción competente para el enjuiciamiento de supuestos de negativa a incorporación a filas).

### 3. *La persistencia de problemas de orden teórico y práctico en el manejo de las fuentes del Derecho penal*

Todos estos elementos auspician, en definitiva, una reflexión teórica (entramente oportuna, a la luz del peculiar desafío que representa la promulgación de un nuevo *corpus* de Derecho penal sustantivo) acerca de la proyección del principio de legalidad penal sobre las facultades dispositivas que en cuanto al sistema de fuentes invisten al legislador democrático como poder constituido. Dicho con otras palabras: una vez se ha constatado que la reserva de ley adquiere una definición cuando menos discutida en lo que atañe a la *forma* de la ley penal —a la *opción legislativa* que subyace al recurso a una u otra modalidad de normación con rango, fuerza o valor de ley—, ¿cuál es el margen de opción del que teóricamente dispone el legislador para promulgar un nuevo *cuerpo* de Derecho sustantivo en la *materia* penal?

Lo cierto e indiscutible es que, tanto si nos entusiasma como si aún nos parece opción errónea y criticable la de que insertar un subsegmento de legislación *orgánica* dentro del otrora compacto abanico de *las leyes*, dicha categoría «está-ahí-para-quedarse». No cabe, a estas alturas, otra actitud científica que la de tomarla en serio, tal como la ha construido la doctrina del intérprete supremo de la *Lex leguum*. Los enjundiosos debates a los que, en la circunstancia inmediatamente posconstitucional, dio pie la interpretación del origen, procedencia o funcionalidad de la heterogénea gama de llamadas a la ley orgánica en la CE, han perdido en buena parte su sentido: por criticable que parezca su instalación en el sistema de las fuentes del Derecho (especialmente en la medida en que comporte alguna suerte de «agravio comparativo» en la ulterior regulación de ciertas materias frente a otras quizá no menos importantes), lo cierto es que ya no es posible prescindir de esa presencia. El problema es atribuirle un campo constitucional de juego en la materia penal y asegurarse al mismo tiempo un estricto atenuamiento al empleo restrictivo y ajustado de la misma, en conformidad a la lectura *formal-material* de la LO propugnada por el TC. ¿Qué aspectos de dicho Derecho podrían, teóricamente, venir regulados por ley ordinaria y cuáles deberían, en cambio, siempre y en cualquier caso, serlo por ley orgánica? ¿Cabe algún margen de acción a la legislación delegada?, ¿y al decreto-ley?, ¿y al decreto y demás disposiciones normativas de rango reglamentario?

Se trata, como puede verse, de netos problemas de fuentes constitucionalizadas. La mayor parte de los mismos entroncan incluso en el área de la

*nomodinámica* como teoría pura y dura. Ello no impide entender —al menos yo así lo veo— que, desde la estricta óptica iusconstitucional, la respuesta a estas cuestiones deba venir inspirada en las siguientes referencias:

a) Aunque continúa, aún hoy, discutiéndose a propósito de la relación existente entre la ley orgánica y la ley ordinaria como modalidades diferenciadas de pronunciamiento de un mismo poder legislativo, hay que partir de un principio: de acuerdo con el estado actual de la cuestión, se reconoce al respecto que la inclusión de materias de legalidad ordinaria en el dictado formal de una ley orgánica no debe desembocar en un efecto de «congelación material de rango». A partir de ahí, el problema no es otro que de qué manera asegurar la certeza del Derecho positivo mediante el discreto recurso a una y otra modalidades (de qué modo hacerlo, al margen, naturalmente, de la posibilidad de intervención del TC, vía en la cual, por lo demás, tampoco han quedado resueltos en su totalidad los problemas interpretativos planteados por el juego dinámico de ambos tipos de leyes) (79). Se alude, en este sentido, al hecho de que un mismo y único órgano legiferante produzca un texto normativo en que yuxtapone preceptos de carácter ordinario junto a otros de carácter orgánico.

La técnica para la obtención de este producto complejo no es otra que la de incluir en disposiciones finales (en puridad, adicionales) *autorreferencias* que indican qué artículos del cuerpo sistemático de una misma ley deben ser considerados provistos de carácter orgánico y cuáles de carácter ordinario (80). Empero, la dúplice actuación del legislador en los planos orgánico y ordinario del entramado de las fuentes no salva, por su explicitud, la dificultad de fondo que supone el que en su autónoma calificación de preceptos no pueda obstar al monopolio de control legislativo que en el sistema español de *Verfassungsgerichtsbarkeit* (enjuiciamiento concentrado de normas de rango legal) corresponde en todo caso y en exclusiva al Tribunal Constitucional: éste puede, en el curso de un proceso impugnatorio, descalificar el dictamen del propio legislador acerca del vario carácter de sus productos nor-

---

(79) Acerca de los delicados conflictos nomodinámicos planteados por la contraposición de preceptos contenidos en una ley ordinaria respecto de los contenidos en una ley orgánica (y de las soluciones' enormemente problemáticas que nos propone la técnica de las «disposiciones adicionales» que actúan como *autorreferencia* 'aclaramentaria' del carácter ordinario u orgánico que deba atribuirse a distintos preceptos dentro de la sistemática de una misma ley), cfr. I. DE OTTO, *DC (SF)*, cit., pp. 118-122. Sobre el problema de las autorreferencias, véase L. M. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 80, nota 84.

(80) Compruébese en los ejemplos que prestan la Disposición Final tercera de la LO 11/83, de 25 de agosto, de Reforma Universitaria, o la Disposición Final segunda de la LO 11/85, de 2 de agosto, de Libertad Sindical.

mativos. Nada añade a la seguridad de cualquier régimen jurídico el que en vía previa se asevere la diversidad del carácter de preceptos integrantes de un mismo cuerpo sistemático, mientras que a los problemas de estricta técnica legislativa se suman ahora, eso sí, otros de teoría de la acción legislativa, de no fácil solución.

No bastando, sin embargo, retrotraer el diagnóstico a las innecesarias dificultades introducidas por la opción constituyente en cuanto a fuentes, no cabe otra cosa que hacer uso de la categoría orgánica en un sentido restrictivo, pero intentando proveer a los regímenes jurídicos materialmente concernidos de la mayor seguridad frente a las impugnaciones. Así lo ha entendido el TC y también, notablemente, el propio legislador en cada ocasión de reforma sustantiva del Código Penal vigente. Cabe pensar, en consecuencia, que, criticable como haya podido ser la introducción de este problema en nuestro sistema de fuentes, resulta del todo razonable recubrir bajo el manto de la «organicidad» toda legislación institutiva de delitos y previsor de penas (81).

Es, no obstante, otra cuestión la que concierne a la posible disección de la anatomía interna del Código en busca de aquellos preceptos que, teóricamente, pudieran (*ergo* debieran) revestir carácter ordinario. Sin duda, la respuesta depende de la concepción que se tenga de la idea de «desarrollo» de los DF y LP (82). Aun dentro de la hipótesis de su acepción más exten-

---

(81) Problema distinto, sin embargo —y aunque altamente sugerente, ajeno al objeto específico del presente estudio—, lo es el de la extensión de la debatida *reserva de organicidad* a toda la legislación *conducente* a la imposición de penas restrictivas de libertad. Tan es así, que ello explica, al menos con el solo texto de la CE en la mano, el que, con las excepciones de las Leyes 6/85 (supresión del requisito de autenticidad de documento para la interposición del recurso de casación penal) y 21/88 (también relativa a este recurso) la legislación procesal de reforma de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal —tan preconstitucional que es de 1882—, así como del proceso jurisdiccional militar, se haya venido instrumentando por vía de ley orgánica, mientras que en el enjuiciamiento civil (LEC de 1881) y en los restantes órdenes (así, el RD Legislativo 591/90, de 23 de abril, de Procedimiento Laboral, conforme a la Ley de Bases 7/89, de 12 de abril), se ha procedido a través de fuentes no orgánicas, provistas de rango y fuerza de ley.

(82) Se trata éste de un problema que podría reconducirse hasta límites extremos si contemplamos los aspectos *sustantivos* y *adjetivos* (*material* y *procesal*) de forma global e integrada: ¿comprende tal noción extensa de la idea de «desarrollo» la garantía procesal del enjuiciamiento en los varios órdenes jurisdiccionales? ¿Acaso no delimitan el ejercicio efectivo del fundamental derecho del 24.1 CE? No ha sido ésta la postura suscrita por el TC. Tal sería, sin embargo, el único criterio por el cual nos sería dable comprender, desde una perspectiva constitucional estricta, por qué las modificaciones del Derecho privado sustantivo y procesal (CC, LEC y leyes complemen-



siva cabría admitir, por ejemplo, que aquellos preceptos que informan el tratamiento de las faltas y la imposición de multas podrían ajustarse a la cobertura ordinaria de la reserva absoluta de ley, que garantiza por sí solo el artículo 25.1 CE. Habida cuenta, sin embargo, del predicamento que goza en doctrina penalista el rigor garantista —llegando incluso a entreverar en todo proceso penal una lesión del derecho al honor y de otros bienes del artículo 18 CE—, ni siquiera la salvedad relativa a este subgrupo de los contenidos arquetípicos de un texto penal sistemático quedaría libre de eventuales (y verosímiles) tachas de inconstitucionalidad.

b) En cuanto al margen de acción que cumple a los instrumentos de legislación delegada y legislación de urgencia sobre materias penales *stricto sensu* entendidas, la incertidumbre es, sin duda, sensiblemente menor: razones de todo orden (cultura jurídica, conciencia constitucional, seguridad jurídica e interpretación del sistema de fuentes positivado por la CE) (83) excluyen la viabilidad *prima facie* de uno y otro concursos en la integración de este régimen jurídico, incluso desde el prisma del concepto *material* de la «legislación a la que alude el art. 25.1» CE (84) en cuanto tarea *reservada* al *legislador formal postconstitucional*.

c) No es éste el tipo de análisis que corresponde al Reglamento, en cuanto norma que es *subordinada* a la ley y destinada a reglar el «desarrollo» o «ejecución» de los preceptos legales con carácter netamente aplicativo y, si se quiere, residual: cabe, efectivamente, su participación a los solos efectos del desarrollo y ejecución de la ley penal formal, no así a los de 'integración' o de 'especificación'. Importa, sin embargo, perfilar conceptualmente la diferenciación entre una y otra categorías, tratándose, en todo caso, de un problema sobre el cual el «correctivo material» impuesto por el TC a la concepción formal de la «legislación» del artículo 25.1 CE ha desempeñado un importante papel clarificador, aun cuando una de las precondiciones definitorias del concepto de «legislación» material estribe, como se ha visto, en la imposibilidad de proveer una construcción dogmática enteramente acabada de la

tarias) y las introducidas en el área laboral (ET y LPL) han resultado abordables por vía de ley ordinaria; no así las efectuadas sobre el Derecho penal sustantivo y procesal, por cuanto la afectación de éste al 17 CE no ha resultado siempre y en todo caso evidente.

(83) Ex arts. 9.3, 17.1, 25.1, 81.1, y su contraste con los arts. 81-85 y 86 CE.

(84) Sobre la lectura rigurosa de la «reserva absoluta» de legalidad *formal*, con exclusión de otras fuentes, en la materia penal, recuérdese la STC 79/84, de 9 de junio (FJ 3.º); para una lectura rigurosa de «reserva absoluta» de legalidad *orgánica* en cuanto hace a la materia medular del Derecho penal (*i. e.*, determinación de las conductas punibles y de las penas imponibles, conforme a criterios de seguridad y certeza), recuérdese la STC 160/86, de 16 de diciembre.

misma a partir de conceptos abstractos y puramente apriorísticos: ha de abordarse, por contra, en estrecha relación al análisis concreto del dilema operativo de la «estructura de reserva» (85).

#### IV. CONCLUSIONES

1) A la hora de identificar de la manera más precisa el perfil de la reserva que cubre la materia penal, debe partirse de un esfuerzo de interpretación que conjugue la proyección de la «legislación» (*certa, previa, scripta*) del artículo 25.1 CE y la noción de «desarrollo» de los DF y LP que corresponde estrictamente a la categoría de ley orgánica (artículo 81.1 CE). Localizar en el primero de los preceptos citados la formulación española del inexcusable principio de legalidad penal (*species* del artículo 9.3 CE) exige, en todo caso, perfilar doctrinalmente el alcance de la reserva: tanto los bienes protegidos cuanto la relevancia que en la materia penal adquiere la garantía procedimental-democrática implícita en la categoría de la ley *formal* prestan a esta reserva un carácter *absoluto* (así, STC 42/87, de 7 de abril). Localizarla, en cambio, en la garantía procedimental reforzada que presta el carácter *orgánico* a la legislación comporta identificar todo régimen penal con «desarrollo material» de los derechos conexos de los artículos 17.1 y 25.1 CE desde la perspectiva del artículo 81.1 CE. (Y así lo ha entendido el TC, no sin vacilaciones, en su STC 160/86, de 16 de diciembre.)

La doctrina perfilada no nos impide enfatizar la persistencia de problemas político-legislativos que reclaman la atención del constitucionalista.

• En primer lugar conviene no perder de vista el diferente rigor con que opera la reserva en la regulación de las potestades sancionatorias de la Administración con respecto de la normación *stricto sensu* punitiva. Cuando es posible distinguir el *ius puniendi* del Estado respecto de las facultades de «autoordenación» y «autotutela» propias de la Administración, la reserva despliega una eficacia claramente minorada (STC 2/87); en ese caso, no se excluye «la

---

(85) Recuérdese, por todas, la emblemática STC 122/87, de 14 de julio, acerca de la admisibilidad de las llamadas 'normas penales en blanco' (FFJJ 2.º, 3.º, 7.º, 8.º, 9.º y 10). Sobre la posibilidad de que «un mismo bien jurídico sea al mismo tiempo protegido por técnicas administrativas y por técnicas penales», en el marco de los límites del artículo 25.3 CE, cfr. STC 18/81, de 8 de junio. En el mismo sentido, STC 3/88, de 21 de enero (FFJJ 2.º, 3.º, 7.º, 8.º, 9.º y 10), por la que se enjuicia el concurso normativo que a un régimen sancionador concreto importa el RD-L 3/79, de 26 de enero, cuyo articulado contempla la imposición de multas a establecimientos comerciales por incumplimiento de medidas de seguridad.

posibilidad de que las leyes contengan remisiones a normas reglamentarias, pero sí que tales remisiones hagan posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la ley» (STC 83/84), cosa que degradaría la «garantía de reserva» como mecanismo tendente a asegurar que los ámbitos de libertad del ciudadano dependan exclusivamente de la voluntad de sus representantes. La normación infralegal de carácter sancionatorio sólo puede, por lo tanto, *traer causa* de otras normas de legalidad *formal*, sin perjuicio de la salvedad impuesta por la preservación de actos jurídicos normativos nacidos al mundo del Derecho con anterioridad a la promulgación de la Constitución (STC 15/81). Por contra, en ningún caso podría tipificar nuevas sanciones ni alterar las preexistentes al margen o en contradicción con lo predeterminado en norma provista de *rango* legal (STC 42/87).

• Es bueno, en segundo lugar, tener presente que, en rigor, la garantía que suministra la cobertura del artículo 81.1 CE no puede ser considerada estrictamente *sustantiva* o *material*, sino también *procedimental*: lo que intenta es asentar el «régimen de desarrollo» de DF y LP sobre bases de consenso político-legislativo. Es evidente, por su parte, que cualquiera que sea el ámbito objetivo atribuido a este grupo de derechos, lo cierto es que tanto el artículo 25.1 CE como el discutido concepto de libertad protegido por el artículo 17.1 integrarían el *núcleo duro* de dicho radio de acción. Cabe concluir, por tanto, que todo precepto penal que incida en el «desarrollo» de la libertad contemplada en dicho artículo 17 CE —como, al decir de una importante parte de la doctrina, del honor o de algún otro de los contenidos que entendemos pacíficamente adscritos al ámbito de las leyes orgánicas— debe revestir tal carácter de legislación orgánica.

Ello no empece a que cualquiera de las fórmulas pensables para crear *subsegmentos* de legalidad ordinaria en el cuerpo sistemático de un texto penal sustantivo (*i. e.*, un Código Penal) forzosamente resulte enormemente problemática. Las modalidades orgánica y ordinaria de la ley se hallan, a no dudar, plenamente disponibles al poder legislativo de las Cortes Generales. Y, sin embargo, el problema, con ser técnicamente abigarrado, es, sobre todo, conceptual.

• Existen, así, elementos de referencia bastantes para pensar no ya sólo que la reserva de ley en la materia penal es de carácter *absoluto* (STC 159/1986), sino también que, en cuanto pone en conexión los artículos 17 y 81, cumple distintivamente al legislador orgánico (STC 140/86). Pero los mismos dilemas conceptuales subyacentes al régimen *material* conducente a la imposición de penas vendrían a reproducirse, en teoría, en el examen del régimen *procesal*, del que es posible deducir jurisdiccionalmente la privación de libertad y la eventual afectación de otros DF y LP. Tal y como lo expuso el

magistrado Díaz Eimil (voto particular a la STC 140/86), la determinación de «los casos» y de «la forma» en que puede ser impuesta la privación de libertad puede entenderse —de seguir el punto de vista afirmado por la mayoría que sustenta la precitada STC— más propia de las leyes procesales, por las que se establecen las garantías formales, que de las leyes penales de carácter sustantivo, por las que se definen los tipos delictivos y las penas a los mismos.

Desde este punto de vista, el término «ley» empleado por el art. 17.1 de la Constitución, en conexión con el artículo 81.1 CE (como también del artículo 24 CE), resultaría, desde esa óptica, igualmente predicable de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la totalidad de la normación reguladora de los procedimientos del orden jurisdiccional penal.

Con tal extensión, sin embargo, se bordea francamente el desquiciamiento del radio originario de acción del artículo 81.1 de la CE, al mismo tiempo que se opera en contradicción abierta con la lectura «restrictiva» de la normación orgánica, que, en atención al esquema constitucional de fuentes, es necesario esgrimir si no se quiere reducir al límite de la impotencia al legislador *ordinario* como legislador *democrático*.

Este, en definitiva —y como ha declarado con rotundidad el TC (86)—, no es ni ha de ser otra cosa que legislador capaz de *decidir* por mayorías que no necesiten refuerzos porcentuales especiales. Tal es no sólo la teoría de la acción legiferante en el sistema democrático, sino también un enfoque perfectamente cohonestable con el esquema de fuentes previsto en la Constitución.

No ha sido éste, empero, el resultado hasta ahora cristalizado en la práctica de la legislación en la materia penal sustantiva, y en la generalidad de la procesal-penal, procesal, creando un estado de cosas ante el que, probablemente, no parezca razonable reclamar la marcha atrás; ello no debe ser óbice para el replanteamiento, en esta sede teórica, del rigor o corrección de las opciones suscritas en el capítulo de fuentes (87). En todo caso, y más

(86) De manera sostenida, desde la temprana STC 5/81, de 13 de febrero.

(87) Así, de la misma forma en que han sido leyes orgánicas las que han introducido reformas en el Código Penal, siendo leyes ordinarias de la modificación del texto del Código Civil, han sido también leyes orgánicas la mayoría de las que han venido reformando el texto de la LECrim (hecha la salvedad de las Leyes 6/85 y 21/88, sobre casación penal), no siéndolo las de reforma posconstitucional de la LEC ni las del enjuiciamiento en los restantes órdenes.

En concreto, han reformado el texto del Código Penal desde la Constitución las LLOO 7/82, de 13 de julio; 8/83, de 25 de junio; 10/83, de 16 de agosto; 3/88, de 25 de mayo, y 3/89, de 21 de junio. En cuanto a la regulación del enjuiciamiento penal, han introducido reformas las LLOO 10/80, de 11 de noviembre; 14/83, de 12 de diciembre; 6/84, de 24 de mayo; 9/84, de 26 de diciembre (hoy derogada); 1/86,

allá de la legítima crítica que algunos extremos suscitan, cabe y procede concluir sencillamente recordando que, en la actual construcción de la doctrina, la *organicidad* se predica de la norma sustantiva y procesal de que trae causa la imposición de la pena. Es, pues, en la imbricación de *legalidad penal* (artículo 25 CE) y *garantía constitucional de la libertad personal* (art. 17 CE) donde parece residir la clave por la que norma penal *sustantiva* y *procesal* conducente a la determinación de la privación de aquélla reclama carácter distintivo de legislación orgánica —siendo tal la de reforma tanto del Código Penal cuanto la de la LECrim—, mientras que, por el contrario, las manifestaciones de la libertad personal estrictamente circunscritas al tráfico jurídico privado (*i. e.*, libertad negocial como manifestación de la autonomía de la voluntad de los particulares) son susceptibles de trato por vía de ley ordinaria (así, CC, LEC y restante normación en lo civil y mercantil).

2) Parece posible afirmar, en razón a lo aquí expuesto, que, en teoría, es planteable subdividir nuestro cuerpo sustantivo de Derecho penal en una agregación de textos de vario «rango», carácter y forma procedimental: la novedad crucial estribaría en la coexistencia de artículos de «rango» orgánico junto a otros de «rango» ordinario, siempre dentro del espectro de expresiones

---

de 8 de enero; 4/88, de 25 de mayo, y 7/88, de 28 de diciembre. En el ámbito penal-militar, también las innovaciones se han acogido al carácter de legislación orgánica: LLOO 13/85, de 9 de diciembre (Código Penal Militar); 4/87, de 15 de julio (de Competencia y Organización de la Jurisdicción Militar); 2/89, de 13 de abril (Procesal Militar). En fin, también en el ámbito penitenciario se recurrió a la fórmula de legislación orgánica (LO 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria).

Las reformas del Código Civil han revestido, en cambio, carácter de ley ordinaria: Leyes 11/81, de 13 de mayo; 30/81, de 7 de julio; 49/81, de 21 de diciembre; 13/83, de 14 de octubre; 51/82, de 13 de julio; 21/87, de 11 de noviembre; 36/88, de 5 de diciembre; 3/90, de 21 de julio; 6/90, de 2 de julio, y 11/90, de 15 de octubre (siendo esta última «incidente» sobre el sistema de DF y LP, en la medida en que igualaba la posición de los cónyuges en una serie de extremos de sustancial importancia para el derecho de familia). En cuanto a la regulación del enjuiciamiento civil, han sido aprobadas las Leyes 34/84, de 6 de agosto; 21/87, de 11 de noviembre; 15/89, de 29 de mayo. Pendiente de nuevo tratamiento el procedimiento en el orden contencioso-administrativo —por vía, entendemos, ordinaria—, el procedimiento laboral ha sido también renovado en ocasión aún reciente, por medio de la Ley de Bases 7/89, de 12 de abril, y del RD-Leg. 521/90, de 27 de abril.

El cuadro aquí referido resulta, por otra parte, plenamente congruente con lo dispuesto en los artículos 149.1.6 y 149.1.8 CE, por lo que el Derecho privado (materias civil y mercantil) y su normación procesal pueden hacerse eco de las «especialidades» del Derecho sustantivo de las CC. AA., no así el Derecho penal ni el penitenciario, donde tanto el cuerpo sustantivo cuanto el tratamiento procesal permanecen reservados a la competencia exclusiva del Estado *central*.

normativas de legalidad formal abiertas a la potestad de las Cortes Generales/Parlamento democrático (88).

Tal situación no ayudaría, desde luego, a la primacía del principio de seguridad jurídica —principio éste situado por el constituyente en una posición pareja a la del principio genérico de legalidad, art. 9.3 CE (89)—, como tampoco apuntaría a la razonablemente exigible calidad de las normas. Por motivaciones de técnica legislativa y, a no dudarlo, políticas —si es que ha de tenerse en cuenta la prevención de los costes de la litigiosidad de la opción alternativa—, no sólo resulta razonable incorporar a un mismo texto los basamentos principales y valorativos que forman la teoría del delito y la teoría de la pena —*i. e.*, la «Parte General» del nuevo CP (Disposic. generales sobre delitos y faltas, determinación de personas responsables de las mismas, de la responsabilidad y régimen de ejecución y cumplimiento de las penas: libro I CP)— y la relación sistemática de los delitos, las penas y las eventuales medidas de seguridad imponibles —conteniendo en este tronco la delimitación precisa de las conductas punibles y sus respectivas sanciones de conformidad a los principios de tipicidad y de culpabilidad; *i. e.*, la «Parte Especial» reguladora «de los delitos y sus penas» (libro II CP) y «de las faltas y sus penas» (libro III CP)—, sino que ésta es también, a nuestro juicio, la solución más adecuada al actual diseño de competencias normativas sobre materias penales: no puede ser olvidado que es en el cuerpo unitario y sistemático de un Código de esta naturaleza donde, tanto en la diversidad de experiencias comparadas cuanto en nuestra propia historia, encuentra fundamentación la imposición de toda pena de privación de libertad por vía jurisdiccional, en el sentido conexo con el tenor del artículo 17.1 CE, en el que el TC ha detectado un virtual «desarrollo», a los efectos del art. 81.1 CE, de los DF y LP del núcleo duro de la Norma Suprema del ordenamiento jurídico (90).

3) Por último, y en la medida en que continúa siendo objeto de discusión, la dotación a este tronco unitario e integrado de fuerza de ley orgánica contribuiría igualmente a solventar los obstáculos que la disección interna de las distintas proyecciones objetivo-materiales de la reserva de ley plantearía al legislador. Un calvario que, por lo demás, podría reproducirse, en condi-

---

(88) Sobre la importancia de la ley como expresión del Parlamento democrático y sobre el *procedimiento* como garantía formal de democracia a través de las dialécticas de proposición/enmienda y mayorías/minorías, recuérdese la STC 108/86, de 29 de julio.

(89) Véase STC 15/86, de 31 de enero (FJ 2.º).

(90) Véase STC 160/86, de 16 de diciembre, reiterando la doctrina de la comentada STC 140/86 (anulatoria del art. 7.1 de la Ley 40/79) (FJ 4.º).

ciones análogas y con costes aún mayores, en sede de jurisprudencia constitucional con motivo de una impugnación —directa o incidental— ante el TC.

4) La certeza del Derecho, la precisión de la ley penal y la necesidad de abrigar el tronco penal sustantivo con un suficiente consenso político-legislativo son de por sí valores (91) que hacen recomendable la opción que, políticamente, resulta más exigente, pero que, técnicamente, es también la más *segura* y, por ende, *económica*. Hablamos, evidentemente, de una decidida apuesta por la futura ley orgánica de nuevo Código Penal, en la línea ya apuntada, desde presupuestos similares, por la Ley Orgánica 1/79, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, primera, por cierto, en adoptar dicho carácter orgánico en nuestro ordenamiento y, por tanto, en el desarrollo del régimen constitucional español, aun cuando ningún precepto —ni el desarrollo doctrinal en tan temprana fecha— permitían afirmar con pleno poder de convicción que tal (y no otra) era la *única* opción normativa por la que cabía al legislador abordar dicha materia.

---

(91) Véase STC 122/87, de 14 de julio (FJ 3.º), en la que se desarrolla la doctrina relativa a la obligada precisión de la normativa penal. Por su parte, en la STC 159/86, de 12 de diciembre (FFJJ 1.º a 3.º y voto particular), se incide en los mismos valores, aun cuando reiterando la necesaria remisión de la normación extraña a la categoría de ley *formal* (como lo era el RD-L 3/79, de 26 de enero, sobre Protección de la Seguridad Ciudadana, en el que se contemplaban previsiones relativas a la perseguibilidad de la apología del terrorismo) en todo cuanto se refiere a: *a)* definición de conductas; *b)* determinación de penas.