

JOSE M. LORENZO SALGADO

Profesor Titular de Derecho Penal.
Universidad de Santiago de Compostela.

La vigencia del principio de legalidad en el Código Penal español (Especial referencia a la Reforma de 25 de junio de 1983)*

(*) El presente artículo —ampliado para su publicación y con el añadido de las correspondientes notas— responde, en sus líneas fundamentales, al contenido de la Conferencia pronunciada, el día 3 de abril de 1987, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Coimbra, con motivo de la “VIII Semana Jurídica Española en Coimbra”.

SUMARIO

I. INTRODUCCION: EL PROCESO DE REFORMA DE LA LEGISLACION PENAL ESPAÑOLA. NECESIDAD DE LA MISMA. ESTADO ACTUAL:

- A) El proyecto de Ley Orgánica de Código Penal de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal de 1983.
- B) La Ley 6/1983, de 25 de junio. Su importancia. ¿Un avance del nuevo Código penal?

II. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ORDENAMIENTO PENAL ESPAÑOL. ESPECIAL REFERENCIA A LA REFORMA DE 1983:

- A) Consideraciones generales.
- B) La consagración formal del dogma legalista en el Código penal.
- C) Previsiones constitucionales en la materia.
- D) Presupuestos fundamentales de la vigencia real del principio de legalidad:
 - a) Términos descriptivos y normativos.
 - b) Las leyes penales en blanco.
 - c) Casuismo y generalización.
 - d) Determinación legal de la pena.
- E) La vertiente material del “nullum crimen, nulla poena sine lege” en el Código penal:
 - a) El incumplimiento de las exigencias resultantes del axioma de legalidad: sobre dos antecedentes próximos de la vigente regulación:
 - a’) Asociaciones ilícitas.
 - b’) Tráfico ilegal de drogas.

- b) Derecho positivo y principio de seguridad jurídica. Inobservancia de las garantías inherentes a dicho principio en el Código penal. Breve examen de algunos supuestos:
 - a) La sustitución de la pena y el internamiento establecido por el art. 65.
 - b) El delito de escándalo público del art. 431.
 - c) La modalidad delictiva del art. 432.
 - d) La figura de estragos del art. 554.
 - e) El art. 565 y dos de sus previsiones.
 - f) Casos como el del art. 343 bis.
- F) Novedades introducidas por la reforma de 1983 y principio de legalidad:
- a) La definición del delito.
 - b) El internamiento y otras medidas aplicables al “enajenado” y al que “tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad (arts. 8, números 1º y 3º, y 9, cª 1ª).
 - c) El número 2º del art. 8 (minoría de edad penal).
 - d) La supresión de la multirreincidencia.
 - e) La contribución de los artículos 15 bis y 69 bis a la vigencia del principio de legalidad en la justicia penal.
 - f) El nuevo contenido del art. 344.

I

Las relaciones entre las leyes penales y las constitucionales, indiscutidas por su obviedad (1), explican sobradamente la sentida y perentoria necesidad de contar con un nuevo Código penal español que venga a corresponderse adecuadamente con el marco social del presente y con los valores y principios consagrados en la Constitución de 1978 (2).

(1) Los ejemplos en España de la influencia de los cambios constitucionales en la legislación penal son abundantes y paradigmáticos. Así, el Código penal de 1822 responde al espíritu liberal de la Constitución de 1812; el Código penal de 1870 aparece determinado por la Constitución de 1869; el Código penal de 1928 se inspira en las leyes políticas implantadas, a partir de 1923, por la dictadura del general Primo de Rivera; el Código penal de 1932 es fruto de la Constitución republicana de 1931; y el Código penal de 1944 encuentra su base en las leyes fundamentales e ideas políticas en que se apoyó el régimen político dictatorial que se instauró tras la guerra civil.

El número de Códigos penales con que hemos contado —hasta siete con el Código penal de 1848— se entiende, pues, a la luz, como manifiestan Quintero Olivares y Muñoz Conde, de “nuestra, por otra parte triste, relación de vaivenes políticos, apenas comparable con ningún otro país europeo” (*La reforma penal de 1983*, Ed. Destino, Barcelona, 1983, p. 14). Vid. sobre este particular, ampliamente, Barbero Santos, M., *Política y derecho penal en España*, Ed. Tucur, Madrid, 1973, pp. 9 y ss. y 23 y ss.; Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. I, Ed. Losada, Buenos Aires, 1964, pp. 755 y ss.

(2) Como consecuencia de la evolución política que se produce a partir del 20 de noviembre de 1975, comienzan a ser introducidas en el

A tal razón, de índole social y política, fundamentadora por sí misma de la urgencia en la adopción de todas las medidas conducentes a la creación de un nuevo ámbito penal, se añade otra, de indudable importancia, y no alejada en el fondo de la anterior, apoyada en motivos de carácter técnico-jurídico: el vigente Código, formalmente denominado Código pe-

Código penal diversas reformas. La primera de ellas es la llevada a cabo por la Ley 23/1976, de 19 de julio, sobre modificación de determinados artículos relativos a los derechos de reunión, asociación, expresión de las ideas y libertad de trabajo. Esta Ley, aunque de signo aperturista, originó, por sus graves imperfecciones, generalizadas críticas en referencia, sobre todo, a la regulación de las asociaciones ilícitas, punto fundamental sobre el que había girado la reforma y que, consecuentemente, dió lugar a la mayoría de los trabajos doctrinales que se realizaron sobre el contenido de la Ley de 1976: Berdugo de la Torre, I., *El derecho de asociación política en la legislación penal española*, en *Doctrina Penal*, 1977, pp. 24 y ss.; Córdoba Roda, J., *Libertad de asociación y Ley penal*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1977, pp. 5 y ss.; García-Pablos de Molina, A., *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1977, pp. 111 y ss. y 274 y ss.; González Rus, J.J.: *La reforma del Código penal de 19 de julio de 1976, en materia de asociaciones*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, pp. 651 y ss.; Lorenzo Salgado, J.M.: *Algunos aspectos de la reforma del Código penal en materia de asociaciones ilícitas (Ley 23/1976, de 19 de julio)*, en *Estudios Penales*, I, Univ. de Santiago de Compostela, 1977, pp. 273 y ss.; Rodríguez Devesa, J.M.^a, *La reciente reforma del Código penal español (Ley 23/1976, de 19 de julio)*, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1976, pp. 209 y ss. La Ley Orgánica 4/1980, de 21 de mayo, de reforma del Código penal en materia de delitos relativos a las libertades de expresión, reunión y asociación, vino, al fin, a subsanar alguno de los defectos del régimen legal introducido por la Ley de 1976; sin embargo, la regulación que establece, que se completa por la Ley de 25 de junio de 1983, tampoco es totalmente satisfactoria. Cfr., en este sentido, García-Pablos de Molina, A., *Estudios penales (capítulo VI: Delitos cometidos por los particulares con ocasión del ejercicio de los derechos reconocidos por las leyes. Asociaciones ilícitas y bandas y grupos armados terroristas)*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1984, especialmente pp. 325 y ss.

nal, texto refundido de 1973, hunde sus raíces, como tantas veces se ha repetido, en las paredes maestras del Código penal de 1848, conservando, consiguientemente, todavía hoy, y en no escasa medida, a pesar de las sucesivas reformas a que se ha visto sometido, la sistemática y estructura de aquel viejo cuerpo legal. Se explica, así, la imposibilidad de que puedan ser acogidas en su seno, congruente y acabadamente, las exigencias que la moderna política criminal reclama de un Código que se pretenda respetuoso del Estado social y democrático de Derecho al que está llamado a servir.

A) Como respuesta a tal indeseable e insatisfactoria situación, y una vez en vigor la norma fundamental, los intentos para renovar nuestra legislación, con vocación explícita de sustituir el actual texto punitivo por uno de nueva planta, no se hicieron esperar.

En efecto, designada en abril de 1978, por el entonces Ministro de Justicia, Landelino Lavilla Alsina, una ponencia especial encargada de elaborar un Anteproyecto de Código penal, y concluida la articulación del mismo en 1979, se va a convertir éste, con ciertas modificaciones que no figuraban en el texto redactado por la ponencia, en Proyecto de Ley orgánica de Código penal. Al citado Proyecto, publicado el 17 de enero de 1980 (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados), se presentaron por los distintos grupos parlamentarios un total de 1.801 enmiendas que, por diversas causas —de signo esencialmente político, como señala Fernández Albor (3)—, no llegaron siquiera a discutirse en la Comisión

(3) Cfr. Fernández Albor, A., *La reforma penal y penitenciaria*:

de Justicia del Congreso. Quedaba arrumbada, de esta forma, la primera tentativa seria de cambio profundo en la legislación penal española, tendente a armonizar ésta con el nuevo orden social y constitucional imperante (4).

Pese a la paralización del mencionado Proyecto de 1980, no pareció, en principio, abandonarse el objetivo de lograr, a corto plazo, la reforma global de nuestro Código. Fruto de la proclamada inquietud en esta materia es el nombramiento en enero de 1983, por el actual Ministro de Justicia, Fernando Ledesma Bartret, de una Comisión a fin de que procediese a la elaboración de un nuevo texto articulado “sobre la base del Proyecto de Código Penal de 1980, de las enmiendas presentadas a ese Proyecto en su día por el Grupo Parlamentario socialista y de las líneas directrices del programa electoral de la mayoría parlamentaria que sostiene al Gobierno...”, y que tuviese también en cuenta “las enmiendas de los restantes grupos parlamentarios a aquel proyecto y las distintas aportaciones científicas sobre la reforma penal” (5). Surge, de

Proyectos y realidad, en *Cuadernos de Política Criminal*, 1981, pp. 460 y ss.; *La reforma penal en curso*, en *Revista Jurídica General Foro Gallego*, 1984, pp. 2 y ss.

(4) Al margen de los numerosos artículos existentes sobre el Proyecto de 1980, y de las frecuentes referencias al mismo en Manuales y Comentarios, se dedicaron varios libros a su estudio: *La reforma penal y penitenciaria*, Univ. de Santiago de Compostela, 1980; *El Proyecto de Código penal*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1980; *La reforma del Derecho penal*, Univ. Autónoma de Barcelona, Bellaterra, 1980; *La reforma del Derecho penal*, núm. monográfico 3 de la *Revista de la Facultad de Derecho de la Univ. Complutense de Madrid*, 1980; *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Instituto alemán, Madrid, 1982.

(5) Ledesma Bartret, F., en *Introducción, Propuesta de Anteproyec-*

esta manera, en 1983, la llamada Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal (6).

En contraste, sin embargo, con tales manifestados deseos de estructurar de un modo diverso al vigente la legislación punitiva española, y no obstante el esperanzador paso que, sin duda, constituyó la efectiva articulación de la Propuesta, la realidad del trascurso de más de cuatro años desde su publicación sin que se hayan realizado los trámites pertinentes orientados a su conversión en Proyecto, lleva al escepticismo sobre su porvenir inmediato y a cuestionar seriamente, en definitiva, la entidad del respaldo con que, ante a cualesquiera otros intereses, precía se iba a arropar el loable intento que había cristalizado en la publicación de la indicada Propuesta. Razones, nuevamente de matiz político, parecen haber actuado, a modo de poderoso contrapeso, frente a la evidente necesidad de una renovación total del sistema punitivo de nuestro país (7).

to del nuevo Código Penal, 2ª ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1984, p. 12.

(6) Al examen de la misma, se han destinado, en dos extensos volúmenes, los números 37 a 40 de la Revista *Documentación Jurídica: Monográfico dedicado a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código Penal*, 1983, enero/diciembre.

(7) "... uno tiene la desazonadora impresión —escribe Octavio de Toledo— de que la parálisis sufrida por la Propuesta de Anteproyecto de 1983 ha sido producto, más que de cualquier otra influencia, del temor. Del miedo a que, de una parte, las remodelaciones restrictivas —por evidentes razones político-criminales— de ciertos tipos y penas correspondientes a delitos que necesariamente han de permanecer en el texto punitivo, sumadas a la —también político-criminalmente imprescindible— supresión de otras tipologías delictivas, provocara, por efecto de la retroactividad de la ley penal favorable, un impacto a la baja entre la población reclusa o provisionalmente privada de libertad, que pudiera ser políticamente instrumentalizado (cual sucediera con las

B) Así las cosas, las innovaciones introducidas en el Código penal por la Ley 6/1983, de 25 de junio, de reforma urgente y parcial, cobran especial trascendencia en un doble sentido:

1) En primer lugar, por su considerable relevancia, en cuanto han afectado a ámbitos nucleares del Ordenamiento positivo. La reforma, como se destaca en su Exposición de Motivos, nace esencialmente, en efecto, con el designio de eliminar aquellos defectos que, proyectados sobre zonas sustanciales del Código penal, resultaban incompatibles con el Estado social y democrático de Derecho vigente en España, de acuerdo con lo declarado en el art. 1 de la Constitución: “Junto a la reflexión, que conduce a la necesidad de disponer de tiempo para redactar un nuevo proyecto, el Gobierno —se dice en el aludido proemio— ha contemplado la urgencia de abordar una serie de problemas existentes en nuestra realidad penal y penitenciaria, cuya trascendencia es de tal magnitud que su solución no puede dilatarse por más tiempo, y ello no sólo por la gravedad intrínseca de ciertas situaciones, sino también porque la tarea antes expuesta de revisión

denominadas reforma y contrareforma de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de prisión provisional) con impredecibles consecuencias en el terreno de la gobernación y de las elecciones. Y del miedo, por otra parte, a la forma de reaccionar de determinados grupos detentadores de gran capacidad de maniobra en los ámbitos económico e institucional del país ante la posibilidad, derivada de una reforma adecuada de la ley penal a la realidad criminológica de nuestros días (y de hace ya tiempo) en esos ámbitos, de que el instrumento punitivo pudiera llegar a emplearse en zonas actualmente inmunes respecto al mismo o en relación con las cuales se halla claramente infrautilizado” (Octavio de Toledo y Ubierto, E., *Prólogo*, en *Código Penal y Legislación complementaria*, Undécima ed., Ed. Civitas, 1986, p. 22).

del proyecto del Código Penal requiere un período de reflexión más profundo. Asimismo, existe la necesidad de satisfacer las más apremiantes exigencias de un Derecho penal ajustado al Estado de Derecho y, por lo tanto, asentado en las garantías del llamado principio de culpabilidad y el de la concreción al hecho...”.

2) En segundo término, y en correspondencia con la razón anterior, porque al implicar, efectivamente, las modificaciones operadas por dicha reforma un eficaz refuerzo para el Código penal, a modo de indudable apuntalamiento del mismo —habida cuenta de la notable mejora que suponen en importantes aspectos del texto legal—, puede ello producir, como efecto no conscientemente deseado, la pervivencia indeterminada de un *corpus iuris* cuya global estructura, como queda dicho, sometida a una continuada labor de parcheo, e irreducible a un sistema coherente, impide cobijar íntegramente, dándoles cabal acomodo, las nuevas demandas sociales, políticas y técnicas.

No obstante lo últimamente afirmado, se aborde o no, definitivamente, en un plazo razonable, a través de la decisión política correspondiente, la ya improrrogable tarea de llevar a término los intentos de renovar totalmente nuestra legislación, el contenido de la reforma de 1983, como se ha señalado —y sin estar exento de opiniones encontradas sobre alguno de sus extremos—, ha supuesto un sobresaliente avance en la regulación de temas básicos, con singular incidencia en el tratamiento de determinadas cuestiones del Libro I del Código penal, identificable con lo que doctrinalmente se denomina Parte general (8).

(8) La reforma de 1983 no se ha limitado, tan sólo, a consagrar en

El sensible avance que ha comportado la Ley de 1983, como antes se decía, y por el argumento apuntado, no ha de servir, empero, de pretexto para demo-

la Parte general del Código penal aquellos principios básicos que se consideraban de impostergable adopción. Ha extendido, además, la vigencia de alguno de ellos al resto del Ordenamiento penal a través de la incorporación al art. 7 de un párrafo 2º, párrafo con el cual el precepto se encuentra definitivamente redactado en los siguientes términos “No quedan sujetos a las disposiciones de este Código los delitos y faltas que se hallen penados por leyes especiales.— *No obstante, si les serán de aplicación las disposiciones de este capítulo*”.

Con la dicción del único párrafo que el art. 7 tenía hasta la Ley de 25 de junio de 1983, las posibilidades hermenéuticas sobre su alcance se circunscribían a dos: 1) estimar que la existencia de una ley especial impedía, en todo caso, la aplicación de instituciones no previstas en dicha ley, y 2) entender que, aun sin declararse explícitamente por el art. 7 el carácter supletorio del Código en relación con las leyes especiales, el Código penal común era supletorio de las leyes especiales, siempre que éstas no lo impidieren expresamente. Y aunque esta segunda posibilidad interpretativa era la acogida por doctrina y jurisprudencia (Así, por ejemplo, Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código penal*, I, por J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo, Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 202 y s.; Ferrer Sama, A., *Comentarios al Código penal*, I, Murcia, 1946, p. 96. Vid., también Quintano Ripollés, A., *Comentarios al Código penal*, 2ª ed. renovada y puesta al día por E. Gimbernat Ordeig, Ed. Rev. de Derecho privado, Madrid, 1966, p. 70; Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 1983*, cit., p. 60), seguía siendo claramente insatisfactorio que una ley especial pudiese adoptar principios básicos, de prevalente aplicación, contrarios a los establecidos por el Código penal común.

A la vista, pues, del nuevo contenido del citado art. 7, puede concluirse que se vienen a extender las garantías que se contemplan en el cap. I, tít. I, libro I del Código, a todas las leyes penales que disciplinan delitos y faltas, sin que nada obstaculice el seguir otorgando al Código común —salvo disposición especial en contrario— el carácter de ley supletoria en relación con las leyes especiales, y ello por más que esto último siga sin aparecer expresamente recogido en el texto legal, como hubiera sido deseable.

A pesar del evidente valor que ha de atribuirse al precepto en su actual redacción, así como al propósito que lo inspira, lo cierto es que se han puesto ya de manifiesto algunas consecuencias insatisfactorias a

rar por más tiempo el logro de un Código de nueva planta; por el contrario, debe suponer un paso hacia tal meta, en confirmación, así, de la aspiración —ampliamente compartida por la doctrina española— de que “la Ley 8/1983 no es un *accidente* en el proceso creador del nuevo y futuro Código penal, sino que en buena parte puede considerarse como la *obertura* de una nueva legislación penal, abertura que enuncia ya alguno de los temas rectores de esa inminente legislación penal” (9).

No conviene olvidar, sin embargo, en relación con este extendido deseco doctrinal, el dato, cumplidamente corroborado por nuestra evolución legislativa, de que reformas nacidas originariamente para desempeñar, por así decirlo, un papel transitorio, destinadas a constituir una suerte de adelanto de remodelaciones más profundas, han venido, finalmente, a tener un futuro de largo alcance en el tiempo. En este orden de ideas, y a la vista de los años transcurridos desde el anuncio efectuado en 1983 por el Ministro de Justicia sobre la presentación al Parlamento, “en pocos meses”, de un nuevo Proyecto de Código penal, las

que puede conducir su tenor y determinadas imperfecciones potencialmente desvirtuadoras, en parte, del alcance que al mismo, sin duda, se pretendió dar (Vid., en tal sentido, Sáinz Cantero, J.A., *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VII, Univ. de Santiago, 1984, pp. 420 y ss.; Cobo del Rosal, M.-Vives Antón, T.S., *Extensión a las leyes penales especiales de las disposiciones del Capítulo I del Título primero del Libro primero del Código penal*, en *La reforma del Código penal de 1983, Comentarios a la Legislación penal*, t. V, vol. 1º, Edersa, Madrid, 1985, pp. 120 y ss.).

(9) Quintero Olivares, G. - Muñoz Conde, F., *La reforma penal de 1983, op. cit.*, p. 17.

palabras de Sáinz Cantero, comentando la citada declaración, adquieren particular interés: “Confiemos —escribía este autor en artículo firmado a los pocos días de publicada la reforma urgente y parcial— que esos *pocos meses* no sean tantos como el *largo verano* que supuso anuncio análogo en la presentación al Congreso del que fue Código Penal de 1870” (10).

Sea como fuere, dese o no en esta legislatura prioridad al tema del Código penal, lo cierto es que la indubitable entidad de la reforma de 25 de junio de 1983 justifica plenamente la atención doctrinal que se le ha prestado (11). En este sentido, y como quiera, además, que la misma, conforme a lo ya indicado, trata de reflejar las grandes líneas que habrán de ser tenidas ineludiblemente en cuenta cuando se haga realidad la esperada reforma total, en fecha, según parece, absolutamente impredecible, puede resultar oportuno examinar —según reza el título de este trabajo— algunos aspectos de la proyección en el Código penal de uno de los principios, de capital importancia, que han informado el contenido de la Ley de 1983. Me estoy refiriendo, claro es, al principio de legalidad.

La valoración sobre la profundidad con que el mismo ha sido tenido en cuenta por esta reforma consti-

(10) El artículo, ya mencionado, al que se alude en el texto, firmado en julio de 1983, se publica con el título *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal en Estudios Penales y Criminológicos* del año 1984, pp. 395 y ss. (la cita corresponde a la p. 402).

(11) Así, y sólo por citar las obras en las que se ofrece un análisis completo de la reforma, pueden consultarse: Quintero Olivares, G. - Muñoz Conde, F., *La reforma penal de 1983*, cit.; Varios, *La reforma del Código penal de 1983*, en *Comentarios a la Legislación penal*, vols. 1º y 2º del tomo V, Edersa, Madrid, 1985.

tuirá, consiguientemente, uno de los objetivos, el objetivo central, de esta exposición. Y para ello, como parece aconsejable, conviene partir de una aproximación general a ciertos extremos de la significación de dicho principio, así como de un análisis acerca del modo en que se encuentra formalmente acogido por la Constitución y por el propio Código penal. La referencia a la vertiente material del principio de legalidad en el texto punitivo resulta también útil a tal fin.

II

A) Inherente a las garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución, que del principio de legalidad se derivan, es la exigida concurrencia —en cuanto que resulta consustancial a la vigencia real de las mismas— de una ley previa, escrita y estricta.

Del primero de los requisitos —*lex praevia*— se sigue la prohibición de retroactividad de las leyes que castigan nuevos hechos o que vienen a agravar la punición de los ya tipificados (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*). El fundamento de tal limitación a la voluntad decisoria del legislador se encuentra, esencialmente, en la protección o salvaguarda de la seguridad jurídica: las normas posteriores a la realización de la conducta, que establezcan delitos o agraven la penalidad de uno ya existente, conllevan, por ello mismo, la imposibilidad de que el sujeto conozca, al tiempo de la exteriorización de su voluntad, el carácter delictivo del hecho perpetrado o la mayor severidad con que la ley penal ha pasado a disciplinarlo. Por tal razón, como escribe Jescheck, “Uno de los princi-

pios rectores del Estado de Derecho es el de que las normas que regulan de forma concluyente un supuesto de hecho, no pueden modificarse posteriormente en perjuicio de la situación jurídica del ciudadano” (12).

La enunciada exigencia de que la ley sea escrita (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*), supone, por su parte, una importante limitación de las fuentes del Derecho penal. Determina no sólo la exclusión de la costumbre como fuente creadora de delitos y penas, sino, además, la insuficiencia de cualquier norma escrita para configurar el ámbito de lo punible. Es imprescindible, por el contrario, para colmar íntegramente el alcance que a esta característica debe atribuirse, que la norma, con rango de ley, sea emanada por el legislativo, de acuerdo con una elemental fundamentación democrática-representativa del principio de legalidad (13).

Finalmente, el límite a que se conduce el *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, del que dimana la prohibición de apelar a la analogía para afirmar la responsabilidad criminal (analogía *in malam partem*), obliga al legislador a delimitar con la mayor exactitud posible tanto el presupuesto o conducta

(12) Jescheck, H.H., *Tratado de Derecho Penal. Parte General*, vol. I, traducción y adiciones de Derecho español por S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1981, p. 184.

(13) Únicamente por medio del procedimiento legalmente establecido y por el órgano que representa la voluntad popular pueden ser creadas normas penales. Cfr. Jescheck, H.H., *T. de D.P. (P.G.)*, vol. I, *op. cit.*, p. 180. Vid., también, sobre el fundamento político-representativo del principio de legalidad: Arroyo Zapatero, L., *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, en *Revista española de Derecho constitucional*, 1983, mayo-agosto (núm. 8), pp. 12 y ss.

prohibida como la consecuencia o pena que se con-
signa para la misma: “La columna vertebral de la de-
terminación legal en un Estado de Derecho reside
—como sostiene Welzel (14)— en la descripción típi-
ca mediante la mención de las circunstancias del he-
cho y de características del autor. Esta descripción
típica tiene que ser tan clara y determinada que el
juicio de antijuridicidad del legislador sea señalado
inmediatamente a través de ella”.

Con el presente requisito, y ello es de la mayor
trascendencia, se viene a poner de manifiesto el inte-
rés que reviste la técnica legislativa en la asunción
material del principio de legalidad, porque sólo por
medio de una legislación de preciso alcance, sin cláu-
sulas vagas e indeterminadas, que evite, por tanto,
trasladar a los Tribunales de justicia tareas que com-
peten en exclusiva al Poder legislativo, se respeta, en
su sentido esencial, la seguridad jurídica. Por tal mo-
tivo, como significativa y certeramente ha resaltado
Rodríguez Mourullo (15), “Piedra de toque para
comprobar si en el plano penal se respetan o no las
exigencias del Estado de Derecho no es ya, según es-
to, el formal reconocimiento y consagración —inclu-
so a nivel constitucional— del principio de legalidad,
sino el de si las concretas disposiciones legales respon-
den; al enunciar tanto el presupuesto como la conse-
cuencia penal, al postulado de una precisa determi-
nación, que constituye la insustituible garantía de se-

(14) Welzel, H., *Derecho Penal Alemán. Parte General*, trad. por
J. Bustos Ramírez y S. Yáñez Pérez, Ed. Jurídica de Chile, 1976,
pp. 40 y s.

(15) Rodríguez Mourullo, G., *Legalidad (Principio de)*, en *Nueva
Enciclopedia Jurídica*, T. XIV, F. Seix Ed., Barcelona, 1971, p. 888.

guridad política para los derechos fundamentales de la persona, cuyo logro representa para un Estado de Derecho una verdadera exigencia ética.— Poco importa que se proclame programáticamente el principio de legalidad si luego no se determinan con precisión y certeza en las distintas disposiciones legales los presupuestos y las consecuencias. Sin esta segura determinación, el principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* queda privado de todo sentido. Dicho principio se reduciría —como indicó Pedrazzi— a una pura afirmación farisaica, proclamado de palabra, pero de hecho conculcado mediante la introducción de cláusulas omnicomprendivas en los particulares tipos”.

B) El legislador español no ha sido insensible, desde luego, a la implantación formal del dogma legalista. Es más, puede decirse, sin ningún género de dudas, que el mismo goza de una muy amplia acogida en nuestro Derecho positivo: “Probablemente —subraya Quintano Ripollés— no habrá ordenamiento jurídico penal que de modo tan reiterado y hasta redundante mantenga el principio de legalidad como el español” (16).

Prueba de lo anterior es, efectivamente, su consagración en el Código penal presidiendo, en el párr. 1º del art. 1, la definición de delitos y faltas: “Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la ley” (garantía criminal); en el art. 23: “No será castigado ningún delito ni falta con pe-

(16) “Desde que fue formulado el primero de nuestros Códigos, el de 1822, no ha cesado de reafirmarse, aun —indica Quintano— en las épocas y circunstancias políticas y doctrinales menos propicias para ello” (*Curso de Derecho Penal*, T. I, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1963, p. 124).

na que no se halle establecida por ley anterior a su perpetración” (garantía penal); en el art. 80: “No podrá ejecutarse pena alguna sino en virtud de sentencia firme” (garantía jurisdiccional) (17); y en el art. 81: “Tampoco puede ser ejecutada pena alguna en otra forma que la prescrita por la ley y reglamentos, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto” (garantía de ejecución) (18). Finalmente, en los párrafos 1º y 2º del art. 2 se ratifican inequívocamente las garantías criminal y penal (“En el caso de que un tribunal tenga conocimiento de algún hecho que estime digno de represión y que no se halle penado por la ley, se abstendrá de todo procedimiento sobre él y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser obje-

(17) Conforme al párr. 1º del art. 24.2 de la Constitución “Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario y predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia”. Y según el art. 1 de la Ley de enjuiciamiento criminal “No se impondrá pena alguna por consecuencia de actos punibles cuya represión incumba a la jurisdicción ordinaria, sino de conformidad con las disposiciones del presente Código o de Leyes especiales, y en virtud de sentencia dictada por Juez competente”.

(18) A tenor del art. 25.2 de la Constitución “Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria...”. Por su parte, el art. 2 de la Ley general penitenciaria ordena que “La actividad penitenciaria se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la ley, los reglamentos y las sentencias judiciales”.

to de sanción penal.— Del mismo modo, acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la ley resultare penada una acción u omisión, que a juicio del tribunal no debiera de serlo, o la pena fuera notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito”).

C) A nivel constitucional son abundantes, asimismo, las referencias al principio de legalidad (19), si bien no puede afirmarse que el texto fundamental contenga explícita y acabadamente una formulación del mismo, siquiera sea en su vertiente básica formal: la reserva absoluta de ley en materia penal. Únicamente, pues, a través de una interpretación integradora es posible asegurar la consagración de este elemental principio en todas sus manifestaciones.

(19) El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, en la dimensión en que actualmente es entendido, encuentra su punto de arranque, como es sabido, en las ideas provenientes de la Ilustración, y, singularmente, en las doctrinas del contrato social de Rousseau y de la división de poderes de Montesquieu. Nacido, pues, por el impulso de una ideología de corte liberal, y asentado a partir de la Revolución francesa, el principio de legalidad tiene un evidente origen político, y ello en el sentido de que la finalidad de su implantación era la de limitar el poder punitivo del Estado. Su definitiva consagración, por tanto, había de entrañar un eficaz obstáculo al sometimiento del ciudadano a penas no establecidas por el Poder legislativo.

La trayectoria histórica que lleva a la proclamación del principio tiene, ciertamente, como recuerda Rodríguez Mourullo (*Legalidad*, cit., p. 886), el significado de una lucha contra el *ius incertum*, una pugna tendente a conseguir la seguridad política de los ciudadanos. Esta vertiente política explica que el *nullum crimen, nulla poena sine lege* —más allá de su plasmación en lo jurídico-penal— aparezca elevado al rango de postulado constitucional.

Las dosis de incertidumbre que planean sobre el alcance de ciertos preceptos de la Constitución, que entran en juego en este ineludible proceso hermenéutico, debieran de haber sido evitadas con una consagración terminante y clara del principio de legalidad en sus diversas facetas, porque no deja de ser en verdad contradictorio con la propia significación de dicho principio, que se preste a dudas, precisamente, el contenido de alguno de los artículos dedicados a darle cabida.

En este sentido, el art. 9.3, según el cual “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica...”, no es más que una proclamación del *principio general de legalidad*; pero no, ciertamente, una concreción de las exigencias inherentes al dogma legalista (20).

No cabe tampoco colegir de lo dispuesto en el art. 25.1 de la Constitución la concurrencia de todos los requisitos fundamentales ínsitos al indicado principio, sino tan sólo, directamente, el que afecta al principio de irretroactividad en relación a la garantía criminal e, implícitamente, el que se refiere a la garantía penal. Una argumentación *a contrario sensu*, permitirá descubrir, asimismo, como veremos, el que concierne a la protección de la seguridad jurídica (21).

(20) Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *Derecho Penal. Parte General*, Univ. de Valencia, 1984, p. 71.

(21) La garantía penal, a diferencia de lo que ocurre en el Código penal, no está prevista expresamente en la Constitución, aunque pueda deducirse de su art. 25.1. Cfr. Cobo del Rosal, M. - Boix Reig, J.,

Resultan, así, plenamente suscribibles las palabras de Arroyo Zapatero cuando afirma que “el precepto del artículo 25.1 supone una pobre formulación del principio de legalidad” (22): “Nadie puede ser condenado o sancionado —reza este artículo— por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”.

En lo que atañe al tema central de la reserva de ley en materia penal, el art. 25.1 no cumple, evidentemente, el cometido de su consagración. El postulado de que sólo por ley pueden ser definidas las conductas delictivas y fijadas las correspondientes penas a imponer, escapa, como digo, sin el menor asomo de duda, a las previsiones del citado precepto, y ello sobre la base de que en el mismo se viene simplemente a proclamar —a los efectos que en este momento aquí interesan— que las acciones u omisiones para poder constituir delitos, faltas o infracciones administrati-

Garantías constitucionales del Derecho sancionador, en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, *Derecho penal y Constitución*, Edersa, Madrid, 1982, pp. 209 y ss.

La garantía jurisdiccional puede verse en parte tutelada en el art. 24.2 de la Constitución (reproducido en la nota 17) y el de ejecución, de forma un tanto indirecta, se especifica en el art. 25.2 de la Constitución en referencia a las penas privativas de libertad (este art. se ha transcrito en la nota 18). Cfr. Mir Puig, S., *Derecho Penal. Parte General*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1984, p. 68.

Sobre el art. 24 puede verse: Gimeno Sendra, J.V., *Los derechos de acción penal, al juez penal y de defensa y sus derechos instrumentales*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, vol. cit., pp. 141 y ss. Un análisis del art. 25.2 ofrecen Cobo del Rosal, M. - Boix Reig, J., *Derechos fundamentales del condenado. Reeducación y reinserción social*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, vol. cit., pp. 216 y ss.

(22) Arroyo Zapatero, L., *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, cit., p. 10.

vas, han de estar previstas como tales por la “legislación”. Y, ciertamente, el término “legislación” —que desborda, con mucho, el sentido asignable al de ley *stricto sensu*— no puede servir a la tarea de recoger el principio de reserva de ley en el campo penal (23).

(23) El término “legislación” se introduce a fin de extender al Derecho administrativo las garantías penales, y ello resulta en sí mismo encomiable. Sin embargo, la fórmula utilizada en el art. 25.1, para lograr esta apertura del principio de legalidad al campo administrativo, trae como consecuencia, tal como está redactado el precepto constitucional, que el mismo se muestre incapaz de recoger el principio de reserva absoluta de ley para el Derecho penal.

No puede sostenerse, desde luego, que el término “legislación” equivalga en el contexto del art. 25.1 únicamente a leyes en sentido estricto, esto es, aprobadas por el Parlamento, porque la significación usual que corresponde al citado término y el propio precepto que lo contiene, que alude a infracciones administrativas, vedarían semejante posibilidad. De admitirse esta vía interpretativa, que mal se compeadece con la realidad jurídica española, habría de llegarse a la conclusión de que el texto constitucional impide que del Poder ejecutivo emane la definición de las infracciones y sanciones administrativas. Quedaría, así, prohibida a la potestad reglamentaria la creación de infracciones administrativas y el establecimiento de sanciones incluso en el propio ámbito interno de la Administración (potestad sancionadora disciplinaria o de autotutela). Cfr., sobre tales extremos, Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P. (P.G.)*, cit., pp. 70 y s.; Cobo del Rosal, M. - Boix Reig, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, cit., pp. 194 y ss.; Mir Puig, S., *D.P. (P.G.)*, cit., p. 65; Prats Canut, J.M., en Quintero Olivares, G., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Gráficas Signo, Barcelona, 1986, p. 68. Bustos Ramírez, por su parte, señala que “legislación, necesariamente, tiene que ser igual a ley en el art. 25.1”, con lo cual, a su juicio, la ley orgánica estaría reservada para aquellos casos en que se afecten los derechos fundamentales. Las libertades (cap. II de la Constitución) sólo podrían regularse por la ley *stricto sensu* (art. 53.1) y bastaría —concluye este autor— ley en sentido amplio para los demás supuestos, siendo por ello posible en este ámbito (por ejemplo para las materiales del Cap. III del Título I) la ley penal en blanco, el decreto ley y la legislación delegada (*Manual de Derecho Penal Español. Parte General*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, pp. 73 y ss.).

Lo acabado de señalar, como afirma la doctrina, no quiere decir, sin embargo, que la Constitución deje de acoger tal básico principio. Por el contrario, el mismo se deduce del art. 81.1, a cuyo tenor “Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...” (24). Consecuentemente, de acuerdo con lo declarado en este precepto, y habida cuenta que la pena supone una limitación al desarrollo de tales derechos, ha de aseverarse la obligatoriedad de que las normas penales posean un determinado rango: el de ley orgánica (25), y no sólo el de ley formal.

De este modo, y aunque el citado art. 81 carece de una referencia expresa al Ordenamiento punitivo, se asegura el sometimiento de la materia penal a la nuclear exigencia de reserva de ley (orgánica) que el principio de legalidad conlleva, y ello en la medida en que la creación de delitos y, esencialmente, las penas que para los mismos se establezcan afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas que en la sección 1^a, capítulo II, título I, de la Constitución, se contemplan (26). Y tal reserva absoluta de ley orgánica

(24) Son leyes orgánicas, continúa este art., “... las que aprueben los Estatutos de Autonomía y el régimen electoral general y las demás previstas en la Constitución”. Según el art. 81.2 “La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto”.

(25) Sobre el concepto y significado de la ley orgánica, vid., con referencias bibliográficas, Rodríguez Ramos, L., *Reserva de ley orgánica para las normas penales*, en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, vol. cit., pp. 289 y ss.

(26) En la doctrina española se discute, principalmente, si la exigencia de ley orgánica se refiere a toda clase de penas o únicamente a aquellas que conciernen, limitándolos, al desarrollo de los “derechos fundamentales y libertades públicas” aludidos en el art. 81.1 y previstos en la sección 1^a del capítulo II del título I de la Constitución.

ca —para la generalidad de las normas penales, o para la mayoría de ellas, pero no para todas, según cuál de las posiciones expresadas en la nota anterior se adop-

Entre los autores que estiman que la regulación por ley orgánica es precisa para toda ley penal, pueden citarse a Cobo del Rosal y Vives Antón, *D.P. (P.G.)*, cit., p. 75. Boix Reig, tras aludir a diversas razones que abonan, a su juicio, esta tesis, mayoritaria en la doctrina, aduce a favor de la misma el siguiente argumento: “En la medida en que la realización de una conducta delictiva, de una conducta previamente considerada como tal en una norma penal, comporta la puesta en marcha de mecanismos jurídicos, por ejemplo de índole procesal, restrictivos de derechos o libertades fundamentales, habrá que concluir que aquélla norma penal debe adquirir el rango de Ley Orgánica... Naturalmente que, a su vez, la regulación jurídica de estos instrumentos jurídico procesales deben revestir también la forma de Ley Orgánica” (*El principio de legalidad en la Constitución*, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho penal*, Semana de Derecho penal en memoria del Prof. Julián Pereda, S.J., Univ. de Deusto, Bilbao, 1983, p. 67). Partidarios, también, de exigir para toda ley penal el carácter de orgánica, se manifiestan, entre otros, Arroyo Zapatero, L., *Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal*, cit., 26 y s.; Rodríguez Ramos, L., *Reserva de Ley Orgánica para las normas penales*, cit., pp. 303 y ss.

Por el contrario, Mir Puig (*D.P., P.G.*, cit., pp. 66 y ss.) estima preferible probar para cada clase de pena si la misma afecta o no a alguno de los derechos fundamentales reconocidos en la mencionada sección 1ª (capítulo II, título I) de la Constitución. Y a su juicio, es dudoso que ello pueda afirmarse en referencia a las penas de privación de la nacionalidad, inhabilitación especial para profesión u oficio, comiso de los instrumentos y efectos del delito y reprensión pública y privada. Consiguientemente, los casos en que no se limiten derechos fundamentales, pero sí afecten a algún otro derecho del capítulo II del título I, deberán regularse por ley ordinaria (Según el art. 53.1 de la Constitución “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161,1.a”). Bustos Ramírez (*M.D.P.E. (P.G.)*, cit., p. 82) se inclina por estimar que “... en general la ley que abarque materias penales deberá ser una ley orgánica, pues casi siempre estará referida a los derechos fundamentales y libertades públicas”, criterio al que alude nuevamente en la p. 85 de su *Manual*: “no siempre la materia penal exige ley orgánica”.

te— se ve reforzada por lo dispuesto, entre otros, en el art. 82.1 que veda la posibilidad de que a través de decretos legislativos se puedan regular materias propias de ley orgánica (“Las Cortes Generales podrán delegar en el Gobierno la potestad de dictar normas con rango de ley sobre materias determinadas no incluidas en el artículo anterior”) y por lo señalado en el art. 86.1: “En casos de extraordinaria y urgente necesidad, el Gobierno podrá dictar disposiciones legislativas provisionales que tomarán la forma de Decretos-leyes y que no podrán afectar al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I...” (27).

Para Cerezo Mir (*Curso de Derecho Penal Español. Parte General, I, Introducción. Teoría jurídica del delito/1*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 154) únicamente las leyes que en razón del bien jurídico protegido afecten a los derechos fundamentales y libertades públicas establecidos en la sección 1ª (cap. II, tít. I), habrán de tener el rango de orgánicas. A su entender, “Una ley penal que no tutele, como bien jurídico, uno de los derechos fundamentales y libertades públicas contenidos en la Sección 1ª del Capítulo II del Título I, por ejemplo, que regule los delitos o faltas contra la propiedad o los delitos relativos al control de cambios puede tener el carácter de ley ordinaria”.

Según Casabó Ruiz (*La capacidad normativa de las comunidades autónomas en la protección penal del medio ambiente*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, 1982, pp. 255 y s.) es exigible la ley orgánica para aquellos casos en que se vean afectados los derechos y libertades fundamentales “bien por la configuración del delito, bien por el contenido de la pena”. Sin embargo, a su juicio, “Cuestión distinta son las materias reservadas por el propio texto fundamental a la ley ordinaria en virtud de lo dispuesto en el art. 53.1 y que también pueden afectar al ámbito penal, como en el caso de los delitos relativos al medio ambiente castigados únicamente con pena pecuniaria, pues ambos derechos aparecen en el capítulo III del Título I de la Constitución”.

(27) Una opinión absolutamente minoritaria en la doctrina española es la sustentada por Rodríguez Devesa quien niega la necesidad de ley orgánica en el ámbito penal: “... para crear delitos o penas, o para

Pasando a un plano sustancial, y según ya se ha adelantado, el art. 25.1 —al margen de la criticable ausencia de mención a las medidas de seguridad (28)— no recoge, como hubiera sido deseable, una

modificar las leyes penales *no* se declara en lugar alguno que haya que acudir a las leyes orgánicas” (*Una versión aberrante de las fuentes del Derecho penal*, en *Estudios Jurídicos en honor del Profesor Octavio Pérez-Vitoria*, II, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1983, pp. 835 y ss.).

(28) Considera Quintero Olivares (*Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto del Código penal, en La reforma penal y penitenciaria, op. cit.*, p. 578) que “La Constitución en su artículo 25 establece dos principios fundamentales que resultan comunes a penas y medidas: a) el de legalidad de ambas (pues ambas se comprenden en el concepto de ‘condena’) y...”. Llega a la misma conclusión, pero con otros argumentos, Bustos Ramírez, J., *M.D.P.E. (P.G.)*, cit., pp. 75 y s. La medida de seguridad, desde la perspectiva literal técnico-jurídica, puede, a su juicio, estar incluida en el término “sancionado”. Por otra parte, y como razón de fondo, estima que lo decisivo estriba no en un problema de fundamento, sino en una cuestión de presupuesto. Siendo ello así, el art. 25.1, en cuanto se está refiriendo al delito como límite a la intervención sancionadora estatal, abarca la pena y la medida de seguridad: “Pena y medida de seguridad en un Estado social y democrático de derecho han de tener el mismo presupuesto, el hecho típico y antijurídico, y eso es lo que señala el art. 25.1 que no entra a resolver problemas de fundamentos metajurídicos o metafísicos”.

Mir Puig estima, por su parte, que “quedan fuera del texto examinado las medidas de seguridad” (*D.P., P.G.*, cit., p. 65). En el mismo sentido se manifiesta Terradillos Basoco (*Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 181 y ss.): las medidas de seguridad, además de fundamentarse en el estado peligroso y no en el delito, no se pueden incluir ni en el término “condena” ni en el de “sanción”: “Como las medidas de seguridad no se imponen por acciones u omisiones, sino por estados, y en cuanto que su causa no es la infracción sino la peligrosidad, es autorizada la tesis de que el principio de legalidad a que se refiere este artículo no alcanza a las medidas de seguridad”. Cobo del Rosal y Boix Reig señalan al respecto que “La distancia estructura del *estado peligroso* —generador de medidas de seguridad—, en relación con las conductas delictivas, hubiesen hecho imprescindible su expresa alusión en el art. 25,1^o, pues con ello se evitarían una serie de interpretaciones que pueden oscurecer la plena vigencia del

referencia específica al principio de taxatividad, principio que únicamente puede deducirse de su tenor a través de la vía interpretativa propuesta por Cobo del Rosal y Boix Reig (29): teniendo en cuenta que sólo por la legislación vigente pueden fijarse las acciones u omisiones constitutivas de delito-falta (o infracción administrativa), sólo por dicha legislación resulta posible determinar las características constitutivas de las referidas conductas, sin lugar, consiguientemente, como subrayan estos autores, a la intervención judicial en su configuración. Es dable, de esta suerte, a falta de su directo reconocimiento, alcanzar la fundamentación constitucional de la seguridad jurídica, que encuentra su acabado desarrollo en la inderogable exigencia de taxatividad en la redacción de las normas penales.

Como hasta ahora se ha podido comprobar, la legislación española, y así puede en este momento concluirse, pese a los defectos apuntados, está presidida por un estricto legalismo formal. Sentado, pues, cuanto antecede, la pregunta, de la máxima importancia, a que ha de tratar de responderse es la de si la consagración del principio de legalidad, tanto por parte de nuestro Código como por la Constitución, encuentra un adecuado reflejo material en las disposiciones penales. Tal indagación se muestra como absolutamente necesaria porque de lo contrario el planteamiento hasta ahora esbozado quedaría, en

principio de legalidad (*Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, cit., p. 207).

(29) Cobo del Rosal, M. - Boix Reig, J., *Garantías constitucionales del Derecho sancionador*, cit., p. 207. En este mismo sentido: Prats Canut, J.M., en Quintero Olivares, G., *D.P. (P.G.)*, cit., p. 71.

buena parte, incompleto. Se hace precisa, en suma, por encima de la vertiente o visión general del principio de legalidad a que se ha hecho mención —de forma, por lo demás, necesariamente inacabada—, la comprobación del grado en que cristaliza, efectivamente, el acogimiento teórico de dicho principio en los concretos tipos penales. Para efectuar una tal verificación, siquiera sea en sus aspectos más llamativos y sobresalientes, se analizarán, como es obvio —y a ello, como ha sido indicado, se prestará especial atención—, las innovaciones aportadas en este marco por la reforma de 1983. Previamente a tal examen, se impone, sin embargo, realizar una aproximación a los criterios básicos que deben regir en la estructuración de la norma penal, esto es, en el presupuesto de la misma y en su consecuencia.

D) Como certeramente señala Octavio de Toledo (30), la vertiente material del principio de legalidad “supone una constante fricción entre generalización y concreción, entre rigidez y arbitrio judicial, entre confianza en la Administración de Justicia y desconfianza hacia ella, entre potenciación del papel del juez en la aplicación de la ley y reducción del mismo al automatismo de la subsunción y la imposición de la pena sin margen de determinación”.

Si en tal permanente tensión se destaca, de una parte, la inexcusable necesidad de que el contenido de las leyes penales sea asequible a los ciudadanos

(30) Octavio de Toledo y Ubieta, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, Univ. Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1981, pp. 326 y s.

—con la consiguiente imposibilidad de adoptar legislativamente términos formalizados de signo enteramente inequívoco—, y se repara, de otra, en que la finalidad de las mismas es la de prevenir y solucionar conflictos sociales, siempre variables (31), puede comprenderse que el íntegro cumplimiento sustancial del principio de legalidad, en un sentido de seguridad jurídica total, es un ideal inalcanzable: “Hay una serie de factores —escribe con realismo Rodríguez Devesa (32)— que se conjuran para que aquellas ansias de seguridad tropiecen con barreras infranqueables, es decir, con elementos de imprecisión que vienen a insertarse necesariamente en las leyes”. Pero si el rigor absoluto no puede lograrse “no por ello —como, por su parte, manifiestan Cobo del Rosal y Vives Antón (33)— hay que renunciar absolutamente al rigor, sino que es preciso intentar lograrlo hasta donde sea posible, de modo persistente y fijándose, cada vez más, como meta a alcanzar, cotas más elevadas de seguridad y certeza”.

(31) Como exponen Cobo del Rosal y Vives Antón (*D.P., P.G.*, cit., p. 293), “La legislación utiliza un instrumento no formalizado, el lenguaje común, y el uso de ese instrumento es absolutamente necesario también desde una perspectiva garantista. Si las Leyes emplearan lenguajes formalizados, en los que los términos tuvieran una precisión absoluta, desaparecería la esencial garantía ciudadana representada por la posibilidad de conocimiento de la Ley que ofrece a todos el empleo en ella de los lenguajes naturales”. Además, según indican estos autores, “las leyes penales, como todas las leyes, pretenden resolver conflictos sociales. Y los conflictos sociales cambian constantemente de signo, lo que haría imposible una mínima duración en el tiempo de normas que se hallasen formuladas pétreamente, de modo absolutamente rígido”.

(32) Rodríguez Devesa, J.M²., *Derecho Penal Español. Parte General*, Ed. revisada y puesta al día por A. Serrano Gómez, Dykinson, Madrid, 1985, p. 183.

(33) Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P. (P.G.)*, cit., p. 293.

a) En esta línea de pensamiento, ha de indicarse, en primer lugar, la conveniencia de que sean utilizados por el legislador, preferentemente, y en la medida de lo posible, los denominados elementos o términos descriptivos (34), es decir, aquellos que hacen relación a procesos o estados del mundo real, corporal o anímico, que por ser más fácilmente apreciables, favorecen, o están en condiciones de favorecer, la certeza jurídica (35): “Aspirar a una mayor seguridad jurídica requiere —expresa Baumann (36)— el empleo de características del tipo netamente descriptivas”.

Con el recurso a los términos normativos, por el contrario, puede introducirse un cierto grado de incerteza y subjetivismo, en ocasiones altamente inquietante. Ha de propugnarse, por esta causa, un uso

(34) En el presente artículo se utilizará, por considerarse más correcto, la palabra “término” para referirse a lo que habitualmente la doctrina califica como “elemento”. Vid., sobre las razones que aconsejan hablar de *término*, Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P. (P.G.)*, cit., p. 286.

(35) En última instancia, todos los términos del tipo, incluidos los descriptivos, tienen algo de valorativo. Y es cierto, también, que la utilización de la técnica descriptiva no conduce, sin más, por sí misma, a la seguridad jurídica (ejemplo de esto sería el término *despoblado* a que se alude en la circunstancia agravante núm. 13 del art. 10 del Código penal). Ello no quita, por las razones aducidas en el texto, para considerar preferible el empleo de términos descriptivos y evitar al máximo, sobre todo en determinadas materias, el uso de los normativos o valorativos *stricto sensu*.

(36) “Una mayor adaptación al caso particular y una mayor intervención del juez —concluye este autor— se deducen de las características normativas del tipo. Es muy oportuno que el legislador tienda siempre a emplear circunstancias de hecho en lo posible descriptivas. Debe describir lo que de alguna manera puede describirse y emplear sólo excepcionalmente características normativas del hecho” (Baumann, J., *Derecho Penal. Conceptos fundamentales y sistema*, trad. por Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1981, pp. 79 y s.).

reducido de los mismos, reservando en exclusiva la oportunidad de su existencia para aquellos supuestos en que su empleo resulte claramente indispensable (37). Y al respecto, cabe afirmar, suscribiendo las palabras de Jiménez de Asúa (38), que al atribuir tales tipos al juez una función superior a la que ordinariamente les corresponde, los mismos “deben concebirse restrictivamente, en salvaguarda del derecho penal liberal”.

b) Ha de destacarse, en segundo lugar, la crucial importancia que reviste en esta materia el tema de las leyes penales en blanco (39). Porque si bien no puede

(37) Así ocurre, por ejemplo, en el ámbito de los delitos especiales propios e impropios. Matiza Cerezo Mir (*Curso de D.P.E., P.G.*, I, cit., p. 333) que el legislador si bien ha de huir de la utilización de elementos normativos de carácter indeterminado, a su juicio, sin embargo, hay algunos casos de elementos normativos que pueden ser apreciados con gran seguridad por el juez, y cita, como ejemplos, la ajenidad de la cosa, el concepto de documento público, oficial o mercantil, etc.

(38) Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. III, *El Delito*, Ed. Losada, 1963, p. 904.

(39) La categoría de “Leyes penales en blanco” (*Blankettstrafgesetze*) fue elaborada por Binding en denominación, como se sabe, de aquellas leyes en las que aparece determinada la sanción, pero el supuesto de hecho a que se asocia esa concurrencia queda encomendado en su fijación a una disposición de rango inferior al de la ley penal (*Die Normen und ihre Ubertretung. Eine untersuchung über die Rechtmässige Handlung und die Arten des Delikts*, I, Verlag von Felix Meiner, Leipzig, 1916, pp. 158 y ss.).

Tal categoría sirvió en su origen para explicar ciertas situaciones del régimen federal alemán, en las cuales la ley general del Imperio (Código penal del Reich) únicamente disponía la sanción correspondiente a un precepto genérico dejando la determinación del supuesto de hecho a las legislaciones de los Estados o de los Municipios (*Länder* oder *Ortspolizeibehörde*). Vid. Stampa Braun, J., *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, pp. 30 y ss.; Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1976, pp. 47 y ss. Aparte de ello, Binding se refirió a otros supues-

dejar de reconocerse que obedecen a la necesidad de soslayar la petrificación de las normas —dados los fuertes condicionamientos histórico sociales a que están sometidos determinados sectores a los que se dirige la regulación penal, de especial intensidad en alguno de ellos—, lo cierto es que su consagración en los textos punitivos despierta fundados recelos, puesto que a su través puede ponerse en riesgo el estricto legalismo que ha de imperar en el Derecho penal.

La doctrina científica española, que estimo cabe

tos en los cuales la norma reviste el mismo carácter: la disposición únicamente determina la sanción sin especificar en la prohibición genérica el supuesto de hecho concretamente. En definitiva, las leyes penales en blanco, según su concepción originaria, se distinguen de las demás básicamente por dos notas: 1^a por ser leyes que contienen únicamente la consecuencia que corresponde a un supuesto de hecho no descrito íntegramente en las mismas, y 2^a por ser leyes que encomiendan, de manera expresa o tácita, la elaboración concreta del presupuesto a una autoridad distinta y de categoría inferior a la que las dictó.

Según Mezger, cuya formulación amplía enormemente el concepto originario indicado, es posible distinguir dentro de la noción de leyes penales en blanco los tres siguientes supuestos: 1) cuando el complemento se haya en la misma ley, 2) cuando se encuentra en otras leyes emanadas de la misma instancia legislativa, y 3) cuando dicho complemento está contenido en otra norma procedente de otra instancia legislativa. A estas últimas las denomina E. Mezger leyes penales en blanco en sentido estricto (Mezger, E., *Tratado de Derecho Penal*, I, traducido, revisado y puesto al día por J.A. Rodríguez Muñoz, Ed. Revista de Derecho privado, Madrid, 1955, pp. 28 y ss.).

Sobre la base, principalmente, de estas dos fundamentales aportaciones, la doctrina española sustenta posiciones diversas al respecto. Vid., entre otros, Stampa Braun, J.M., *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, cit., p. 33; Rodríguez Mourullo, G., *Derecho Penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, p. 89; Cerezo Mir, J., *Curso de D.P.E., P.G.*, I, cit., p. 157; Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho penal*, cit., p. 49; Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1975, p. 19; Rodríguez Devesa, J.M^a, *D.P.E. (P.G.)*, cit., pp. 188 y s.; Octavio de Toledo, *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., p. 184.

calificar de mayoritaria, admite, por ello, su compatibilidad con el principio de legalidad siempre que la llamada norma complementaria, o fuente a la que se remite la norma penal, se limite simplemente a especificar detalles técnicos del tipo, cuyo contenido de desvalor ha de estar enteramente delimitado por la ley (40).

Fuera de la indicada nota —ausencia de fijación por la norma penal de los presupuestos que fundamentan la sanción, a modo de núcleo esencial de la materia prohibida—, no cabe sino ver en la técnica de las leyes penales en blanco un frontal ataque al axioma legalista.

c) Por último, cumple efectuar una al menos somera referencia a la descollante cuestión que se proyecta permanentemente sobre toda esta problemática: la concerniente a la dicotomía, y opción, entre un sistema casuístico y un sistema generalizador.

Y acerca de este punto, ha de señalarse, ya de partida, que aunque el recurso al casuismo favorezca, obviamente, la seguridad jurídica, el empleo de tal procedimiento es claramente desaconsejable “porque es difícil —como resume Mir Puig (41)— que la enume-

(40) Así, expresamente, por ejemplo, Bustos Ramírez, J., *Manual de D.P.E., P.G.*, cit., p. 85; Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 23; Rodríguez Devesa, J.M^a., *D.P.E., P.G.*, cit., p. 189, nota 31; Arroyo Zapatero, L., *Aspectos penales del tráfico de drogas*, en *Poder Judicial*, 1984, núm. 11, junio, pp. 22 y s. En la doctrina italiana, vid., por ejemplo, Palazzo, F.C., *La recente legislazione penale*, Cedam, Padova, 1982, pp. 202 y s., y en la alemana, Jescheck, H.H., *Tratado de D.P.*, I, cit., p. 151.

(41) Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 146.

ración casuística sea exhaustiva, y a menudo supone el olvido injustificado —e injusto— de supuestos equivalentes a los mencionados por la ley, sin que ello fuere querido por el legislador (lagunas legales)”, al margen, según apunta Muñoz Conde (42), “de la falta de sistema y las repeticiones innecesarias que provoca”. Consecuentemente, sobre la base de tal argumento, el decantamiento a favor del método de generalización aparece suficientemente fundamentado: es el único que, por ofrecer un alto grado de abstracción, está en condiciones de impedir la aparición de lagunas legales y, por ende, de servir a la justicia, habida cuenta que trae consigo un mismo tratamiento para todos los casos de igual entidad (43).

La conraindicación que, sin embargo, presenta la utilización de este sistema es, asimismo, evidente: la posible quiebra del principio de legalidad. Y, precisamente, al objeto de eludir tan notable inconveniente, resulta obligado que la fórmula generalizadora se vea acompañada, según concluye Mir Puig (44), por “una rigurosa diferenciación de los límites del supuesto de hecho, por medio del destaque de los elementos diferenciales de cada tipo legal a través de conceptos generales específicos. Generalización y diferenciación son, como se ve, los dos pilares de una técnica legislativa dispuesta a conciliar las exigencias de los princi-

(42) Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 95.

(43) Cfr. Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 145; Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 95; Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., p. 327.

(44) Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., p. 146.

pios antinómicos de justicia y seguridad jurídica”. O para decirlo con palabras de Wessels (45), “el empleo de *cláusulas generales* y de conceptos que necesitan ser llenados con valores es admisible en la legislación penal, pero el alcance y el ámbito de aplicación de los tipos penales deben ser suficientemente reconocibles”.

d) Analizados esquemáticamente hasta aquí los contornos y requisitos a que debe someterse la materia de prohibición, en aras del cumplimiento real del dogma de legalidad, forzoso es, para completar el desarrollo de esta visión general, versar sobre los límites que en la determinación de la pena han de ser observados por el legislador, porque también en este concreto sector pueden abrirse brechas importantes que pugnen con la vigencia sustancial del citado principio.

Pues bien, *conditio sine qua non* para el debido acatamiento del mismo en esta materia, es la de que las consecuencias jurídicas que se vinculan a la comisión del hecho delictivo se encuentren fijadas con precisión. Y esto, naturalmente, significa no la proscripción del arbitrio judicial, sino el destierro del arbitrio judicial desmesurado (46).

En este orden de ideas, ha de decirse que si el sistema de las penas absolutamente determinadas, como el

(45) Wessels, J., *Derecho Penal. Parte General*, trad. de Conrado A. Finzi, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1980, p. 14. Cfr., también, por ejemplo, Zipf, H., *Introducción a la política criminal*, trad. de M. Izquierdo-Picavea, Edersa, Madrid, 1979, pp. 90 y s.

(46) Sobre el arbitrio judicial y su evolución, vid. Fernández Albor, A., *Algunas observaciones sobre el arbitrio de los jueces penales*, en *Estudios Penales en Homenaje al R.P. Julián Pereda*, Univ. de Deusto, Bilbao, 1965, pp. 369 y ss.

implantado por el Código penal francés de 1791, no es, ciertamente, de recibo, por impedir la apreciación de las diversas circunstancias que concurren en la comisión de los delitos y hacer inviable, por tanto, el tratamiento punitivo diferenciado ante casos desiguales, el recurso al sistema opuesto —adopción de penas prácticamente indeterminadas— conculca abiertamente las exigencias de seguridad y certeza dimanantes del principio de legalidad. Y así sucede, según pone de relieve Stratenwerth (47), cuando el marco punitivo sea “tan extenso que tienda a una renuncia del legislador a establecer la especie y medida de la pena, abandonando esta tarea al juez.— La determinación de la sanción resulta igualmente lesionada cuando se establece la especie de pena, pero su medida se fija de tal modo que el marco formado por el máximo y el mínimo de la pena tiene una amplitud exagerada”. Por esta causa, las leyes penales a la hora de fijar la sanción han de determinar perfectamente la clase y características de la pena, así como la duración de ésta dentro de unos márgenes razonables (48).

La afirmación anterior no resulta irreconciliable, como es obvio, con las modernas tendencias de política criminal que reclaman un mayor arbitrio judicial, tanto por motivos de justicia como de prevención especial. En efecto, la adecuada conjugación del principio de proporcionalidad con las necesidades preventivo-especiales no se opone, en modo alguno, a la vigencia del principio legalista, pues, en todo caso,

(47) Stratenwerth, G., *Derecho Penal. Parte General*, I, *El hecho punible*, trad. por Gladys Romero, Edersa, Madrid, 1982, p. 23.

(48) Vid., sobre este extremo, Rodríguez Mourullo, G., *Legalidad (Principio de)*, cit., p. 890.

dada la existencia de un marco penal idóneo, con un límite máximo estricto, las exigencias derivadas de la idea de prevención especial se vendrían a colmar únicamente a través de la ampliación de las facultades atenuatorias del juzgador. O dicho de otra manera, las necesidades de prevención especial no pueden, en ningún supuesto, rebasar el límite máximo ordenado por razones de proporcionalidad (49).

Tal proporcionalidad, que, según Luzón Peña, responde a factores de eficacia e idoneidad de la prevención general, se deduce de la exigencia de seguridad jurídica, y esto comporta la imposibilidad de sobrepasar el *maximum* que la proporcionalidad impone. “Se trata por ello —explica este autor—, de una garantía irrenunciable, de tal modo que los intereses de prevención especial no pueden prevalecer sobre el tope que por esas razones de seguridad y garantía del ciudadano y de eficacia de la prevención general marca la proporcionalidad, de modo que el conflicto entre ambos fines de la pena es inevitable en la fase de imposición y, por consiguiente, también lo es la disfuncionalidad entre las partes del sistema: fases de imposición y ejecución de la pena” (50).

Los Códigos españoles (51) no se han mostrado

(49) Cfr. Luzón Peña, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, Publicaciones del Inst. de Criminología de la Univ. Complutense de Madrid, 1979, pp. 80 y ss.; Mir Puig, S., *Introducción a las bases del Derecho Penal*, cit., pp. 104 y s. y 158 y ss.

(50) Luzón Peña, D.M., *Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 81.

(51) Un pormenorizado análisis de las características que ofrecen al respecto los Códigos españoles, en García Arán, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, Ed. de la Univ. de Barcelona, 1982, pp. 22 y ss.

reacios, sino todo lo contrario, si atendemos a las reglas que al respecto figuran en sus Partes generales, a la adopción de normas que obligasen al juez a moverse dentro de unos márgenes de arbitrio. Nuestro Código penal, más allá del establecimiento de un máximo y un mínimo sobre los que el juez pudiera desarrollar su discrecionalidad, e imponer el concreto *quantum* de la pena correspondiente, ha optado —en una pretendida elaboración perfecta— por dividir la pena típica en los grados máximo, medio y mínimo, grados cuya aplicación se liga, en principio, a la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. De esta suerte, ha de imponerse en el grado mínimo la pena prevenida en el tipo procedente, si se da sólo alguna atenuante; en el grado medio o máximo, de concurrir únicamente alguna circunstancia agravante; y en el máximo si son varias las agravantes. En la hipótesis de concurrencia de circunstancias atenuantes y agravantes, se compensarán racionalmente, graduándose el valor de unas y otras para la determinación de la pena dentro de los topes de la misma. De no existir ni atenuantes ni agravantes, se aplicará la pena en el grado mínimo o medio en consideración a la mayor o menor gravedad del hecho y la personalidad del sujeto que haya delinquido. Finalmente, de ser dos o más las circunstancias atenuantes —o una sola muy calificada—, y no se estimase agravante alguna, se ha de imponer la pena inferior en uno o dos grados a la prevista para el delito perpetrado, pena así rebajada que se aplicará en el grado pertinente de conformidad con el núme-

ro de tales circunstancias y su entidad (art. 61 del Código penal) (52).

No es extraño que la doctrina, a la vista de esta pormenorizada reglamentación, que viene a complementarse por diversos artículos (49 y ss.) en “una muy compleja construcción”, como la califica Landrove Díaz (53), se muestre de acuerdo en subrayar el carácter marcadamente cerrado de nuestro sistema de determinación de penas. Se ha podido hablar, en este sentido, de su conformación “en extremo legalista” (54) y achacarle el defecto de que “peca... de una cierta rigidez en la medición de la pena” (55). Desde la perspectiva, sobre todo, de los marcos penales prescritos en la Parte especial del Código penal existe, no obstante, como hemos de comprobar a continuación, algún ejemplo ostensible que vulnera, sin la menor reserva, la elemental exigencia, inherente al principio de legalidad, del establecimiento de unos márgenes legales razonables y estrictos.

E) A la luz de los criterios básicos hasta ahora manejados, procede ya abordar el real alcance del principio de legalidad en relación con las concretas cualidades

(52) Vid. García Arán, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, cit., pp. 123 y ss. Sobre el alcance de la reforma operada por la Ley de 25 de junio de 1983 en el art. 61, vid. Boix Reig, J., *Reglas de determinación de la pena (Art. 61 del Código penal)*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, op. cit., pp. 431 y ss.

(53) Landrove Díaz, G., *Las consecuencias jurídicas del delito*, Ed. Tecnos, Madrid, 1985, p. 119.

(54) Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Sobre el concepto del Derecho penal*, cit., p. 328.

(55) Cerezo Mir, J., *Curso de D.P.E., P.G.*, I, cit., p. 169.

de las diversas disposiciones de nuestro Ordenamiento. ¿Responden siempre las mismas a los postulados de claridad y precisión? ¿Existe, en tal sentido, una adecuada instrumentación del arbitrio judicial?

Aunque haya podido sostenerse que nuestra legislación, apegada en lo formal a un riguroso legalismo, ha respetado y respeta también materialmente, en general, las exigencias resultantes del principio de legalidad, tal aserto quiebra, en buena medida, ante los no escasos ejemplos —alguno de ellos verdaderamente sorprendente—, en que tales premisas, de claridad y exactitud, han estado, y están, ausentes (56).

a) Sin necesidad, desde luego, de acudir a previsiones típicas demasiado alejadas en el tiempo para corroborar la primera de las afirmaciones, baste, simplemente, de entre las muchas modalidades a que sería posible referirse, con examinar dos supuestos que, por afectar a sectores de indudable relevancia, parecen especialmente significativos.

a') El art. 172, antes de la redacción dada al precepto por la Ley 23/1976, de 19 de julio, reputaba asociaciones ilícitas: "1º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública.— 2º Las que tengan por objeto cometer algún delito.— 3º Las prohibidas por la autoridad competente.— 4º Las que se constituyeren sin haber cumplido los trá-

(56) "Nuestras leyes penales —escribe Quintero Olivares— contienen demasiados ejemplos de inexactitud y vaguedad..." (*Represión penal y Estado de derecho*, Ed. Dirosa, Barcelona, 1976, p. 54). "El Código penal vigente —señala Muñoz Conde— deja en este sentido mucho que desear..." (*Adiciones de Derecho español a la Parte General. Tratado de Derecho Penal de H.H. Jescheck*, vol. 1º, *op. cit.*, p. 189).

mites exigidos por la Ley”. Con lo dispuesto en el art. 173 (57), que venía a ser una prolongación del artículo anterior, se completaba el catálogo de todas las asociaciones que merecían sanción penal.

Dejando a un lado el desaforado afán de limitar al máximo el ejercicio del derecho de asociación, fiel reflejo de la línea defensista inspiradora del denominado *nuevo Estado*, las reiterativas ilicitudes, vertidas en inconexa amalgama en tales artículos, revelaban una muy prosaica técnica legislativa, radicalmente incompatible con la precisión sistemática y conceptual que debe presidir un texto punitivo. Ni que decir tiene que el recurso a cláusulas como las de “moral pública”, “prohibidas por la autoridad competente”, “requisitos o trámites”, “que tiendan a la destrucción o relajación del sentimiento nacional”, “atacar en cualquier forma”, “tendencias análogas”, etc., no podían de manera alguna cohonestarse, siquiera de modo superficial, como es evidente, con el principio de legalidad. Había podido por ello estimar, con razón, García-Pablos de Molina

(57) Según el art. 173, se comprendían en el art. anterior: “1º Los grupos o asociaciones que tiendan a la destrucción o relajación de sentimiento nacional.— 2º Los grupos o asociaciones constituidos dentro o fuera del territorio nacional para atacar en cualquier forma la unidad o independencia de la Patria, la integridad de sus territorios, la seguridad nacional o el orden institucional.— 3º Las asociaciones, organizaciones, partidos políticos y demás entidades declaradas fuera de la Ley y cualesquiera otras de tendencias análogas, aun cuando su reconstitución tuviere lugar bajo forma y nombre diverso.— 4º Las que intentaren la implantación de un régimen basado en la división de los españoles en grupos políticos o de clase, cualesquiera que fuesen.— 5º Las formaciones con organización de tipo militar que tengan por fin algunos de los señalados en el número 2º de este artículo o que se hallen prohibidas por las Leyes”.

(58) que “La precisa descripción de las conductas prohibidas aparece como secundaria, porque sobre la seguridad jurídica, las exigencias de la tipicidad o la adecuada técnica legislativa priman consideraciones de otra índole... A este fin sirven elementos normativos de los diversos tipos, deliberadamente ambiguos o imprecisos...”.

Con la reforma llevada a cabo en esta materia por la Ley de 19 de julio de 1976, en vigor hasta 1980, se deroga el art. 173 y se da nueva redacción a los números 3º y 4º del art. 172, además de añadirse un número 5º (59). Y pese al avance que dicha Ley supuso en este ámbito, la regulación penal de las asociaciones seguía siendo insatisfactoria desde la perspectiva del principio de legalidad. Al margen de la subsistencia en el núm. 1º de la alusión a la “moral pública” —concepto calificado por García-Pablos de “auténtico enigma” (60)— esta reforma consagró un sistema, de muy imprecisos límites, que continuaba

(58) García-Pablos de Molina, A., *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, cit., pp. 70 y s. Vid., también, Rodríguez Ramos, L., *Libertades cívicas y Derecho penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1975, p. 184; Quintero Olivares, G., *Represión penal y Estado de derecho*, cit., pp. 55 y ss.

(59) Con las modificaciones que introduce la Ley de 1976, el art. 172 quedó redactado en los siguientes términos: “Son asociaciones ilícitas: 1º Las que por su objeto o circunstancias sean contrarias a la moral pública.— 2º Las que tengan por objeto cometer algún delito.— 3º Las que tengan por objeto la subversión violenta o la destrucción del orden jurídico, político, social o económico, o el ataque, por cualquier medio, a la soberanía, a la unidad o independencia de la Patria, a la integridad de sus territorios o a la seguridad nacional.— 4º Las que promuevan la discriminación entre ciudadanos por razón de raza, religión, sexo o situación económica.— 5º Las que, sometidas a una disciplina internacional, se propongan implantar un sistema totalitario”.

(60) García-Pablos de Molina, A., *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, cit., pp. 79 y s.

sin satisfacer mínimamente las elementales pretensiones de certeza y seguridad jurídica (61). Expresiones tales como “orden jurídico, social o económico”, “por cualquier medio”, “seguridad nacional”, “disciplina internacional”, eximen de cualquier explicación más concreta al respecto (62).

En definitiva, y como asegura Muñoz Conde (63), dicha reforma “no consiguió, sin embargo borrar plenamente las secuelas de la situación anterior. La regulación quedó confusa y, en modo alguno, dejó clara la materia de prohibición del tipo de la asociación ilícita”.

Finalmente, la Ley 4/1980, de 21 de mayo, pretendiendo adaptar el régimen penal de las asociaciones ilícitas a los imperativos constitucionales, además de otras innovaciones, introduce en el art. 173 del Código penal (que sustituye al art. 172 en la enumeración de las asociaciones ilícitas) la siguiente redacción: “Son asociaciones ilícitas: 1º Las que tuvieren por objeto cometer algún delito o, después de constituidas, promuevan su comisión.— 2º Las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, emplearen medios violentos para su consecución.— 3º Las organizaciones clandestinas o de carácter paramilitar”. La Ley 8/1983, de 25 de junio, adiciona a es-

(61) Por tal razón, la referencia efectuada en el preámbulo de la Ley de 1976 al principio de legalidad ha de ser calificada de meramente retórica (Así, por ejemplo, Lorenzo Salgado, J.M., *Algunos aspectos de la reforma del Código penal en materia de asociaciones ilícitas*, cit., p. 306).

(62) Cfr. García-Pablos de Molina, A., *Asociaciones ilícitas en el Código penal*, cit., p. 299.

(63) Muñoz Conde, F., *Derecho Penal. Parte Especial*, Univ. de Sevilla, 1985, p. 569.

te art. 173 un núm. según el cual han de considerarse también asociaciones ilícitas: “4º Las que promuevan la discriminación racial o inciten a ella” (64).

El tortuoso camino que en tan breve período de tiempo ha recorrido la evolución típica de las asociaciones ilícitas, no parece, sin embargo, haber finalizado en lo que concierne a su perfecto tratamiento técnico, como lo ponen, sin duda, de relieve las críticas que, en la mayoría de sus números, ha suscitado la vigente regulación. Y así, afirma García-Pablos (65), al comentar, por ejemplo, el núm. 4º del art. 173, que “La barroca *redacción* de esta figura, por otra parte, tampoco es convincente. ¿Qué ha de entenderse por *promover*, y qué por *incitar*? ¿Puede interpretarse —y es una de las varias opciones— que ‘promover’ la discriminación racial supone un objetivo básico, incluido en el programa fundacional de la asociación, mientras que ‘incitar’ es una actuación ocasional, eventualmente distinta de las metas originarias y esenciales de aquélla? En cualquier caso —concluye este autor—, esta incertidumbre pugna con la certeza que exige la función de garantía de los tipos penales”.

b’) Como ejemplo significativo de incompatibilidad con el principio de legalidad, por la amplitud en

(64) En relación con los grupos y bandas armadas, la Ley orgánica 2/1981, de 4 de mayo, introdujo en el Código penal los artículos 174 bis a), bis b) y bis c), etc. Todo ello ha sido en parte derogado, en parte refundido, por la Ley orgánica 8/1984, de 26 de diciembre. Vid. Muñoz Conde, F., *D.P., P.E.*, cit., pp. 751 y ss.

(65) García-Pablos de Molina, A., *Estudios penales*, cit., pp. 302 y s. y 369 y s.

la estructuración del marco sancionatorio, puede mencionarse el art. 344 en la versión que, dada al precepto por la Ley 44/1971, de 15 de noviembre, permaneció invariable hasta la reforma de 1983.

El párr. 1º de este art. disponía el castigo con las penas de prisión mayor y multa para una serie de conductas relativas al tráfico de drogas (66), concediendo facultades al Tribunal, en su párr. 3º, para imponer la pena inferior o superior en grado “atendidas las circunstancias del culpable y del hecho”. Se venía, pues, a conferir un arbitrio al juzgador, en lo que a la pena privativa de libertad respecta, que oscilaba entre seis meses y un día a veinte años (prisión menor a reclusión menor), con la indicación, eso sí, de que se habían de tener en cuenta por parte del Tribunal, para ejercer dicho arbitrio, circunstancias tan genéricas e indeterminadas como las tocantes al culpable y al hecho. Inútil, por evidente, sería insistir en la falta de pautas precisas de que adolecía el precepto para la medición de la pena, ausencia que desembocaba en la concesión de un desmesurado arbitrio judicial (67).

A través de tan imprecisa fijación de los presupuestos a tener en cuenta para la determinación de la concreta pena a imponer, se venían a trasladar a los Tribunales de Justicia, en terminante quiebra del princi-

(66) Se penaba en este párrafo a “los que ilegítimamente ejecuten actos de cultivo, fabricación, elaboración, transporte, tenencia, venta, donación o tráfico en general, de drogas tóxicas o estupefacientes o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten su uso”.

(67) La doctrina mayoritaria se había pronunciado en este sentido. Sobre ello puede verse: Lorenzo Salgado, J.M., *Las drogas en el Ordenamiento penal español*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1983, pp. 105 y s. y 132 y ss.

pio de legalidad, tareas en exclusiva reservadas a la competencia legislativa: “Si el legislador —como había subrayado Vives Antón (68)— preveía la existencia de supuestos en los que la pena de prisión mayor resultaba insuficiente y otros en los que era excesiva, debería haber realizado el esfuerzo de precisarlos, sin fiarlos a la instancia insegura del arbitrio judicial, extendido así indebidamente, no ya a concretar la extensión de la pena, sino a determinar la pena correspondiente a la conducta ilícita”.

El art. 344, en definitiva, era, hasta hace poco, un supuesto paradigmático del incumplimiento de la garantía de seguridad jurídica que al tipo corresponde (69).

b) Tampoco el vigente Código penal escapa a relevantes defectos de indeterminación, tanto al describir la conducta prohibida como al trazar el marco correspondiente a la sanción a aplicar.

En un afán simplificador, únicamente se van a destacar, y ello de modo esquemático, alguno de los casos más llamativos, denunciados por la doctrina, en que las notas de claridad y precisión, de imprescindible concurrencia para el efectivo imperio del axioma legalista, se encuentran ausentes.

(68) Vives Antón, T.S., *Problemas constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes*, en *Delitos contra la salud pública. Tráfico ilegal de drogas tóxicas o estupefacientes*, Univ. de Valencia, 1977, p. 556.

(69) Las novedades que introduce en esta materia la reforma de 1983 serán examinadas al efectuarse el análisis de las innovaciones que, en relación con el principio de legalidad, lleva a cabo la citada reforma.

a') El primer ejemplo patente, en tal sentido, lo proporciona la previsión que el art. 65, en correspondencia con la atenuante 3ª del art. 9, establece respecto al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho.

Se concede al Tribunal en este artículo la posibilidad de aplicar "la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la ley" o "en atención a las circunstancias del menor y del hecho, sustituir la pena impuesta por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable" (70).

El precepto —que carece, por lo demás, de límites en relación con la entidad de la pena a sustituir—, por ordenar, y ello literalmente, la absoluta indeterminación del internamiento, se halla en clara discordancia con el principio de seguridad jurídica.

De otra parte, la regulación quee tan desafortunadamente se viene a acoger para este importante sector de la delincuencia juvenil, puede dar lugar, hablando en términos comparativos, a situaciones materialmente injustas: el sujeto cuya edad cae dentro de los topes prevenidos en el citado artículo, puede resultar peor tratado que aquél que los ha rebasado. De esta suerte, quien al día de cumplir los dieciocho años co-

(70) Sobre este artículo, vid. Cobo del Rosal, M., *Atenuante de minoría de edad y sustitución de pena por medida en el art. 65 del Código Penal español*, en *Problemas actuales de las Ciencias penales y Filosofía del Derecho (Homenaje al Profesor Luis Jiménez de Asúa)*, Ed. Pannedille, Buenos Aires, 1970, pp. 433 y ss.; Casabo Ruiz, J.R., *Comentarios al Código penal*, II (por J. Córdoba Roda, G. Rodríguez Mourullo, del Toro Marzal y J.R. Casabó Ruiz), Ed. Ariel, Barcelona, 1972, pp. 288 y ss.

meta un hecho delictivo merecerá, de acuerdo con los requisitos señalados en los artículos 92 y ss. del Código penal, la suspensión condicional de la ejecución de la pena, mientras que si la misma conducta punible fuere realizada un día antes podía haber sido internado "sine die" en la llamada institución especial de reforma. Esta consideración puede llevar —y sería comprensible— a que se trate de conseguir del juzgador la imposición de la pena atenuada y no la criticable medida sustitutiva tal como se configura por el art. 65 (71).

La interpretación del artículo mencionado, por lo dicho, "debe estar orientada a reconducir, hasta donde sea posible (y lo es realmente poco), su vigencia y aplicación hacia el principio de legalidad" (72).

b') Otro de los más significativos supuestos de tipos de vago alcance lo constituye el contenido en el art. 431, dedicado a disciplinar el delito de escándalo público. En él se castiga "al que de cualquier modo ofendiere el pudor o las buenas costumbres con hechos de grave escándalo o trascendencia".

La redacción del precepto —plagada de cláusulas y referencias de impredecible complemento— no puede resistir el más ligero examen de cara a su hipotético acatamiento del dogma de legalidad. La primera crítica, pues, que al mismo ha de hacerse es que supone, como observa Díez Ripollés (73), "un atentado inad-

(71) Cfr. Quintero Olivares, G., *Represión penal y Estado de derecho*, cit., p. 55; Octavio de Toledo y Ubieto, E. - Huerta Tocildo, S., *Derecho Penal. Parte General. Teoría Jurídica del Delito* (II), Ed. Rafael Castellanos, Madrid, 1986, pp. 93 y ss.

(72) Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, cit., p. 176.

(73) Díez Ripollés, J.L., *La reforma del Derecho penal sexual*, en

misible al principio de legalidad y de seguridad jurídica”.

A la admisión de modalidades comisivas ilimitadas (74) se añade, en efecto, la utilización de expresiones de tan indefinido alcance que deviene prácticamente imposible determinar con un mínimo de rigor los márgenes de lo punible. Puesto que la ley no delimita cuáles son los actos que ofenden al pudor ni cuáles son los comportamientos que atacan a las buenas costumbres, ha de ser el juzgador, en suma, el que complete los términos pendientes de valoración: “Se corre así el peligro —como pone de manifiesto Muñoz Conde— de que éste rellene tales conceptos de acuerdo con sus propias convicciones morales que muy bien pudieran no coincidir con las dominantes en la sociedad” (75). Palabras estas que un reciente y lamenta-

Documentación Jurídica, monográfico dedicado a la PANCP, 1º, vol. cit., pp. 526 y ss.

(74) Tal indefinición de los medios comisivos ha conducido a la sentencia del T.S., de 6 de julio de 1968, a reconocer la posibilidad de incriminar por imprudencia el delito de escándalo público: “Que el exhibicionismo sexual... puede realizarse en este caso desnudo total o parcialmente, por inadvertencia, pero omitiendo deberes de cautela, que de guardarse lo impedirían, pues dentro de la expresión ‘de cualquier modo’ empleada en el artículo 431 del Código Penal, encaja, sin duda, la perpetración culposa (Sentencia citada por Córdoba Roda, J., *Consideraciones sobre la jurisprudencia penal*, en *Rev. Jurídica de Cataluña*, núm. 1, enero-marzo, 1974, p. 127).

(75) Muñoz Conde, F., *Introducción al Derecho penal*, cit., p. 96. Como indica Zipf (*Introducción a la política criminal*, cit., p. 91), “Se introduce un factor de inseguridad aún mayor en la aplicación de las normas penales cuando el legislador remite al respecto a conceptos de ordenación extrajurídicos... La remisión a las buenas costumbres significa que el legislador remite aquí a un complejo de normas extrajurídico, esto es, a la ética social... Dado, no obstante, que en nuestra sociedad pluralista no hay una ética social unitaria, sino sólo conceptos

ble suceso ha venido a confirmar plenamente, suceso de amplio eco en los medios de comunicación social y que, por su dramatismo, conmovió a muy importantes sectores de la opinión pública.

c') Reparos similares a los efectuados al art. 431 cabe hacer al tipo del art. 432, inserto, al igual que el anterior, bajo la rúbrica "De los delitos de escándalo público". Castiga este artículo al que "expusiere o proclamare por medio de la imprenta u otro procedimiento de publicidad, o con escándalo, doctrinas contrarias a la moral pública (76). Y lo mismo ha de decirse en relación a las faltas de los artículos 566.5º ("Los que de igual manera ofendieren levemente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública"), 567.3º ("Los que con la exhibición de estampas o grabados o con otra clase de actos ofendieren leve-

éticosociales específicos de grupos, no se fija una clara directriz de conducta para el ciudadano con la remisión a las buenas costumbres". Quintero Olivares (*Represión penal y Estado de derecho*, cit., p. 59) señala, por su parte, que "los conceptos 'moral' y 'buenas costumbres' son perfectamente opinables y no es lícito imponer un estilo de pensar y de vivir... Por si ello fuera poco, es indudable que los criterios 'públicos' sobre moral y buenas costumbres no son los mismos en toda la geografía española...". Cfr., también, entre otros, Rodríguez Ramos, L., *Compendio de Derecho Penal (Parte Especial)*, Ed. Trivium, Madrid, 1985, pp. 200 y s.

(76) Se ha subrayado por la doctrina el carácter superfluo de este precepto, porque la conducta típica por el contemplada resultaría inscribible, en todo caso, en la prevista por el art. 431. Y ello sobre la base, en primer lugar, de que la "exposición" y "proclamación" de las "doctrinas" constituyen *hechos*, y en razón, finalmente, de que el término "moral pública" no se diferencia sustancialmente de los conceptos de "pudor" y "buenas costumbres" Cfr. Díez Ripollés, J.L., *La reforma del Derecho penal sexual*, cit., pp. 528 y s.; Martínez Pereda, J.M., *Proclamación de doctrinas contrarias a la moral pública*, en *ADPCP*, 1981, pp. 656 y ss.

mente a la moral, a las buenas costumbres o a la decencia pública”) y 577.1º (“Los que se bañaren faltando a las reglas de decencia o de seguridad establecidas por la autoridad”) (76 bis).

d’) Un caso más acerca de la desarmonía en la vinculación de nuestro Código penal al principio de legalidad, lo ofrece la figura delictiva de estragos del art. 554 (77), que, por permitir la aplicación desde una pena mínima de un mes y un día (arresto mayor) hasta un máximo de veinte años (reclusión menor), supone, en acertada caracterización de Rodríguez Devesa (78), “prácticamente un retorno a la antigua y proscrita ‘pena arbitraria’”.

e’) Formulaciones como la que se contiene en el inciso segundo, párr. 5º del art. 565, facultando al Tribunal para elevar en uno o dos grados la pena, en atención a la extrema gravedad del mal causado, regla sólo mitigable por los párrafos 4º y último del precepto (79), o como la prevista en el párr. 6º de este

(76 bis) Sobre el contenido intercambiable de los diversos conceptos normativos empleados en los artículos 431, 432, y los previstos en las faltas correspondientes, vid. Díez Ripollés, J.L., *La reforma del Derecho penal sexual*, cit., pp. 527 y ss. Más extensamente en Díez Ripollés, *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1982, pp. 4 y ss.

(77) Según el último inciso del art. 554 “Los Tribunales, teniendo en cuenta las circunstancias que concurran en el culpable, en el hecho y en la gravedad de éste, podrán rebajar en uno o dos grados la pena a que se refiere el párrafo anterior, que podrá imponerse en su grado máximo o en la superior en grado, si se hubiere producido una situación de grave peligro para la vida o la integridad corporal de las personas”;

(78) Rodríguez Devesa, J.Mª, *Una visión aberrante de las fuentes del Derecho penal*, cit., p. 839. Así, también, Cerezo Mir, J., *Curso de D.P.E., P.G.*, I, cit., p. 169, y Muñoz Conde, F., *D.P., P.E.*, cit., p. 332.

(79) Conforme a este último párrafo “En ningún caso se impondrá

artículo, que consagra un marco punitivo para la pena de privación del permiso de conducir desde tres meses y un día hasta diez años (80), son también altamente cuestionables en orden a la debida sumisión de las normas al principio de seguridad jurídica.

f) Asimismo, en fin, leyes en blanco que no respeten, como ocurre por ejemplo en el art. 343 bis (81), el nuclear requisito que se impone en este singular ámbito, cual es, según queda dicho, el de la fijación por la norma penal, en fórmula suficientemente acabada, de la materia prohibida (entera delimitación por la misma del contenido de desvalor y simple, y estricta, especificación de detalles técnicos por la fuente a la que se reenvía), vulneran las exigencias propias del principio de legalidad (*).

pena que resultare igual o superior a la que correspondería al mismo delito cometido intencionadamente". Sobre las reglas penológicas contenidas en el art. 565, vid. Vives Antón, T.S., *La determinación de la pena en la imprudencia punible*, en *CPC*, 1977, núm. 2, pp. 177 y ss.

(80) Cfr. Rodríguez Mourullo, G., *Legalidad (Principio de)*, cit., p. 890.

(81) Se incrimina en este art. la expendición de "medicamentos de cualquier clase o de medios anticonceptivos sin cumplir las formalidades legales o reglamentarias". Vid., sobre ello, Bustos Ramírez, J., *Manual de D.P.E., P.G.*, cit., pp. 85 y s. Acerca de la procedencia de prescindir legislativamente de este delito de peligro abstracto, se ha pronunciado afirmativamente Torío López. En su opinión, el mero acto de expender un medicamento carece de peligrosidad y debería de hacer surgir únicamente una infracción administrativa por suponer, esencialmente, tal conducta una vulneración de medidas de policía farmacéutica, cuya finalidad es el mantenimiento del orden en este sector (*Los delitos de peligro hipotético*, en *ADPCP*, 1981, p. 837).

(*) Como puede comprobarse, se omite el análisis de otros problemas que, por su importancia, requerirían un examen particularizado. Tal es el caso, por ejemplo, del principio *ne bis in idem* o el que se refiere al principio de *lesividad* u *ofensividad*, principios que guardan estrecha vinculación con el sentido sustancial del principio de legalidad

F) Novedades introducidas por la reforma de 1983 y principio de legalidad

Uno de los principios inspiradores de la reforma que se introduce en el Código penal por la Ley orgánica de 25 de junio de 1983 es, sin duda, conforme a lo ya apuntado, el de legalidad (82).

Es de advertir, ante todo, que, dado el carácter *parcial* de la reforma, el tratamiento de esta temática aparece evidentemente incompleto, por más que hubiera sido *urgente* —al menos tan urgente como la nueva estructuración de ciertas materias— el retocar también la configuración de determinados preceptos, como alguno de los acabados de señalar, que, por su frontal oposición al citado principio, no debieran de haber permanecido, tal como están formulados, en el Código penal. Al margen de ello, la finalidad que anima a la reforma, de responder a las exigencias de la seguridad jurídica, se proyecta, y en general positiva-

(Sobre la íntima unión del *ne bis in idem* con el principio de legalidad, se ha pronunciado en diversas ocasiones el Tribunal Constitucional. Cfr., entre otras varias, las Ss. de 14 de febrero y 8 de julio de 1986).

Queda fuera también de las consideraciones de este trabajo, como se deduce de su título, la Ley sobre peligrosidad y rehabilitación social, ley cuya contrariedad a fundamentales dogmas jurídico-penales —en especial al de legalidad— ha sido reiteradamente señalada por la doctrina. Vid., por citar obras de carácter general sobre esta Ley, entre otros: Beristain Ipiña, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo (Teoría, legislación positiva y realización práctica)*, Reus, Madrid, 1974; Jorge Barreiro, A., *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Ed. Civitas, Madrid, 1976; Terradillos Basoco, J., *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, cit.

(82) Una indicación de los preceptos en que el principio de legalidad ha sido tenido en cuenta por la reforma ofrece M. Cobo del Rosal, *Introducción*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, vol. cit., pp. 2 y ss.

mente, sobre importantes zonas del texto punitivo; aunque —y vaya ya por delante— existen algunos defectos que arrojan sombras sobre el acierto con que se ha traducido el indicado propósito en todos los casos. A la exposición y alcance de estas innovaciones se dedican las consideraciones que siguen.

a) *La definición del delito*

Cuestión previa al desarrollo del examen particularizado de tales modificaciones, a la que en este momento conviene aludir, es la concerniente a la noción de delito que se consagra por la Ley de 1983.

Y al respecto, ha de señalarse que la reforma, pese a continuar el tradicional modelo español, de dotar de un contenido al párr. 1º, art. 1, del Código penal, que rebasa el de las puras *definiciones verbales o nominales* (83), introduce un notable cambio en esta materia consistente en sustituir la expresión “voluntarias” por los términos “dolosas o culposas” (84):

(83) Niegan que la definición contenida en el art. 1 del Código sea simplemente “formal”, entre otros, Cerezo Mir, J., *Curso de D.P.E., P.G.*, I, cit., p. 252; Muñoz Conde, F., *Teoría General del Delito*, Ed. Temis, Bogotá, 1984, p. 2; Rodríguez Devesa, J.Mª., *D.P.E., P.G.*, cit., p. 342. Vid., sobre este particular, la precisión que efectúan Cobo del Rosal y Vives Antón, *D.P., P.G.*, cit., pp. 218 y ss. y nota 16 de la p. 222.

A juicio de Bustos Ramírez, la función del art. 1, párr. 1, no es dogmático-conceptual, sino únicamente político-criminal (*Manual de D.P.E., P.G.*, cit., p. 177). De modo semejante, Mir Puig, estimando que el art. 1 no establece una definición del hecho punible en sentido dogmático sino que se refiere tan sólo a los tipos legales, afirma que el “principio de legalidad es, sin duda, el contenido fundamental del artículo 1,1” (*Los términos “delito” y “falta” en el Código penal*, en *ADPCP*, 1973, p. 345).

(84) Nuestro Código penal adopta el sistema —excepcional en el ámbito iuscomparatista— de integrar en el marco definitorio del delito no-

Son delito o faltas las acciones y omisiones dolosas o culposas penadas por la Ley (85).

Tal formulación, según se ha hecho notar por algún autor (86), está llamada a desempeñar una función conceptual, normativa y de garantía, funciones cuya evidente interrelación es innecesario destacar.

La finalidad de garantía, que aquí interesa especialmente poner de relieve, se manifiesta en que dicha definición viene a acotar el ámbito de lo punible, y ello en un grado que depende, claro es, de las exigencias que se estime contempla. Por tanto, y en este sentido, no parece indiferente al alcance del art. 1, párr. 1º, del Código, en su concreta referencia a la plasmación de la garantía criminal, el que se acojan, o dejen de acogerse, determinados elementos de la infracción. En definitiva, sólo una definición en la que se consignen todos los elementos del delito está en condiciones de asumir la tarea de recoger, en forma acabada, la indicada garantía y, consiguientemente, de contribuir, por sí misma, de modo decisivo, a

tas constitutivas del mismo. Desde el Código penal de 1848, se han venido definiendo los delitos y faltas, con muy ligeras variantes, como *acciones* y *omisiones voluntarias penadas por la ley*. Vid., sobre las definiciones de los distintos Códigos españoles, Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *Definición del delito y de la falta*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, cit., pp. 19 y ss.

(85) Sobre la oportunidad del cambio no existe unanimidad en la doctrina española. Entre los autores que se pronuncian críticamente sobre la nueva definición: Sáinz Cantero, J.A., *Reflexión de urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal*, cit., pp. 413 y ss.; Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *Definición del delito y de la falta*, cit., pp. 27 y ss.

(86) Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, cit., pp. 230 y ss.

la vigencia material del principio de legalidad, más allá, pues, del mero y reducido reforzamiento que se seguiría de una fórmula que no contase con los elementos claves, o cuando menos con especificaciones relevantes, que conforman la estructura de los delitos y faltas.

La afirmación anterior no quiere decir, naturalmente, que en caso contrario (definición más o menos incompleta) hubiera de concluirse que en nuestro Código no se comprende *enteramente*, a este nivel, la garantía criminal, puesto que la misma puede ser deducida, indudablemente, como también es obvio, por medio de una interpretación integradora de diferentes preceptos del texto penal.

El legislador español con el cambio de “voluntarias” por “dolosas o culposas” no ha pretendido, en verdad, incidir en esta singular perspectiva. Su propósito, según se pone de relieve en la Exposición de Motivos de la Ley de 1983, ha sido el de zanjar la larga discusión sobre el significado del adjetivo “voluntarias” (87).

El problema, empero, que, según un cierto sector de la doctrina, presenta la nueva delimitación es el de la falta de una referencia adecuada a la culpabilidad; porque, aunque es posible estimar que en la vigente definición la exigencia de culpabilidad se engloba en la frase “penadas por la Ley” (88), lo cierto es que

(87) En casi todos los Comentarios y Manuales, incluidos aquellos publicados con posterioridad a la reforma de 1983, se pueden encontrar amplias referencias en torno a esta polémica que dividió profundamente a la doctrina. Un detallado análisis sobre las diferentes concepciones del término “voluntarias” en Polaino Navarrete, M., *La voluntariedad de las acciones punibles*, Sevilla, 1977.

(88) En este sentido, por ejemplo, Sáinz Cantero, J. A., *Reflexión de*

no existe una alusión completa y específica a dicho elemento del delito, a no ser que se entendiesen los términos “dolo” y “culpa” como simples sinécdoques, que viniesen a mencionar a la culpabilidad como un todo a través del expediente de citar las que se consideran —no, desde luego, de forma unánime— las dos formas de la misma. Esta, en principio viable interpretación, sin embargo, y como dicen Cobo del Rosal y Vives Antón (89), además de no corresponderse con el concepto estricto del *dolo* y de la *culpa*, resulta inaceptable para todos aquellos autores que incluyen dolo e imprudencia en el tipo de injusto.

Dejando a un lado otras reflexiones que pudieran efectuarse en torno al cambio comentado, importa ahora subrayar que, en la medida en que para parte de la doctrina científica, al menos varios elementos constitutivos de la infracción criminal pueden entenderse comprendidos en la noción de delito que proporciona el párr. 1º del art. 1 del Código penal, el asentamiento de la garantía criminal vendría arropado en la propia definición por concreciones sustanciales que alejarían, consecuentemente, a la misma de ser una mera proclamación programática del principio legalista, peculiar de las nociones nominales. De reputarse, por el contrario, que el art. 1, párr. 1º, únicamente contiene una referencia a la tipicidad, la función del precepto quedaría circunscrita a establecer genéricamente la garantía criminal, garantía a completar, de esta suerte, casi de forma íntegra, en esta ins-

urgencia sobre la reforma parcial y urgente del Código penal, cit., pp. 418 y s.

(89) Cfr. Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *Definición del delito y de la falta*, cit., pp. 31 y ss.

tancia, por otros preceptos del Código penal, bien que, evidentemente, la exigencia de dolo o culpa supone ya un rechazo del *versari* y, por ende, una estimable restricción de la responsabilidad (90).

Como puede comprobarse, en fin, las dificultades que plantea el logro de un marco definitorio que pretenda permanecer neutral a las polémicas y construcciones dogmáticas, son prácticamente insuperables; concepciones diversas que repercuten, lógicamente, y en lo que aquí interesa resaltar, sobre el entendimiento acerca de la concurrencia de los diferentes elementos del delito en la noción legal, condicionando, por ello, la comprensión misma de la entidad en que, a partir ya de la propia fórmula adoptada al respecto, se limita la extensión de lo punible.

Sobre la base de tales dificultades, se ha abierto por algunos autores (91) el interrogante referente a la oportunidad de evitar toda definición y recurrir a otras vías para conseguir las ventajas que pudie-

(90) El párr. 2º del art. 1 insiste en esta exigencia. Dicho párrafo —de redacción idéntica a la del art. 3 del Proyecto de 1980, que a su vez tuvo como antecedente al parágrafo 18 del Código penal alemán— dispone que “No hay pena sin dolo o culpa. Cuando la pena venga determinada por la producción de un ulterior resultado más grave, sólo se responderá de éste si se hubiere causado, al menos, por culpa”. Vid. Suárez Montes, R.F., *Los delitos cualificados por el resultado y el párrafo 2º del artículo 1*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, vol. cit., pp. 35 y ss.; Díez Ripollés, J.L., *Los delitos cualificados por el resultado y el artículo 3 del Proyecto de Código penal español de 1980* (I), en *ADPCP*, 1982, pp. 627 y ss., y (II), en *ADPCP*, 1983, pp. 101 y ss.

(91) Cfr. Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *Definición del delito y de la falta*, cit., p. 33. Cfr., también, Jiménez de Asúa, L., *Tratado de Derecho Penal*, t. III, cit., pp. 76 y ss.

ran derivarse de la inclusión de aquélla en el texto punitivo.

b) El internamiento y otras medidas aplicables al "enajenado" y al que "tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad" (arts. 8, números 1º y 3º, y 9, circunstancia 1ª).

— El art. 8.1º del Código penal dispone en su párr. 1º la exención de la responsabilidad criminal para el enajenado, señalando en el párr. 2º —que concluía la redacción de este núm. 1º antes de la reforma de 1983— lo siguiente: “Cuando el enajenado hubiere cometido un hecho que la ley sancionare como delito, el Tribunal decretará su internamiento en uno de los establecimientos destinados a los enfermos de aquella clase, del cual no podrá salir sin previa autorización del mismo Tribunal”.

El precepto, así configurado, había dado lugar a severas críticas doctrinales que ponían el acento en la absurda consecuencia que de la innominada medida prevista —no sujeta, además, a restricciones temporales— se originaba: el preceptivo internamiento incluso para aquellos casos en los que el mismo podía resultar no ya beneficioso sino altamente perjudicial, por contraindicado, para el tratamiento (92).

Según la interpretación propuesta por Córdoba Ro-

(92) Cfr., entre otros, Antón Oneca, J., *Derecho Penal*, ed. anotada y corregida por J.J. Hernández Guijarro y L. Beneytez Merino, Ed. Akal, Madrid, 1986, p. 329; Beristain Ipiña, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, cit., pp. 176 y ss.; Quintero Olivares, G., *Represión penal y Estado de derecho*, cit., p. 54; Rodríguez Devesa, J.Mª., *Tratamiento psiquiátrico en la delincuencia*, en *Revista de Estudios Penitenciarios*, 1970, pp. 1122 y ss.

da (93), que venía a salvar el inconveniente del internamiento forzoso para toda clase de supuestos, la medida solamente podía aplicarse sobre la base de prevenir la peligrosidad del sujeto, entendida ésta como “estado de probabilidad de comisión de actos constitutivos de infracción criminal”. Si dicha peligrosidad no existiere, la aplicación de la medida carecía de fundamento.

La doctrina mayoritaria y el Tribunal Supremo, dado el tenor gramatical de la norma, mantenían, sin embargo, el criterio de tener al internamiento, sin excepción alguna, por medida de obligatoria imposición (94).

Así las cosas, la Ley de 1983, según se indica en su Exposición de Motivos, va a abordar esta problemática “atendiendo a las censuras que ha recibido la actual configuración del art. 8, núm. 1^o, que, como es sabido, no permite distinguir entre las múltiples va-

(93) Cfr. Córdoba Roda, J., *Comentarios al Código penal*, I, cit., pp. 222 y ss. Cfr., también, Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *Derecho Penal. Parte General: III*, Univ. de Valencia, 1982, p. 135; Mir Puig, S., *Adiciones de Derecho español a la Parte General del Tratado de Derecho Penal de H.H. Jescheck*, I, cit., pp. 617 y ss.

(94) Así, entre otras, en la Sentencia del T.S., de 6 de mayo de 1954, se manifiesta que se trata de “una medida que inexcusablemente debe adoptar el Tribunal de instancia sin que esté en sus facultades discrecionales decretarla o dejarla de acordar en consideración a determinada circunstancia del caso, por lo que, describiéndose por la Sala sentencionadora una situación de enajenación mental, al expresar que el procesado se hallaba al delinquir, privado de sus facultades mentales, siendo por tanto, una persona anormal, sin conciencia de la maldad de los actos que realizaba, no pudo acordar el no internamiento debido a que, a su juicio, por estar el reo en libertad no parecía ofreciera peligrosidad de clase alguna, razón que no excusa del cumplimiento de una norma imperativa”.

riantes de las situaciones de anormalidad, sino que conduce a una sola medida de internamiento hasta que el Tribunal sentenciador lo considere oportuno. Con la reforma de los Tribunales podrá (*sic*), de acuerdo con los informes que recaben, decidir la clase de medida que mejor se adecúe a las condiciones del sujeto dando mayor importancia al fin terapéutico de la misma, sin perjuicio del aseguramiento que sea preciso, que no siempre ha de requerir la total privación de libertad”.

Para ello, se adiciona al art. 8.1º un párr. 3º conforme al cual “Cuando el Tribunal sentenciador lo estime procedente, a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene, podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento, por alguna o algunas de las siguientes medidas” (95).

De acuerdo con la vigente versión legal, se viene a corregir uno de los más censurables defectos del precepto. El Tribunal dispone ahora de una amplia gama de medidas que evitan la irracional imposición obligatoria del internamiento en aquellas hipótesis en que resulte inoportuno (96).

(95) Las medidas que se prevén son: “a) Sumisión a tratamiento ambulatorio.— b) Privación del permiso de conducción o de la facultad de obtenerlo durante el tratamiento o por el plazo que se señale.— c) Privación de la licencia o autorización administrativa para la tenencia de armas, o de la facultad de obtenerla, con intervención de las mismas durante el tratamiento o por el plazo que se señale.— d) Presentación mensual o quincenal, ante el Juzgado o Tribunal sentenciador, del enajenado, o de la persona que legal o judicialmente tenga atribuida su guarda o custodia”.

(96) Vid., al respecto, Terradillos Basoco, J., *Tratamiento jurídico-*

La dicción del art. 8.1º (“decretará su internamiento”, párr. 2º; “podrá sustituir el internamiento, desde un principio o durante el tratamiento”, párr. 3º), parece, no obstante, dar a entender que, en cualquier caso, ha de imponerse dicho internamiento. Ahora bien, en aras de una comprensión de la materia que trate de soslayar un rodeo improcedente, ha de estimarse que si el internamiento únicamente puede estar basado en una peligrosidad tal del sujeto (probabilidad de delinquir) que lo haga inevitable, sería ilógico —sobre todo tras la consignación legal de medidas a aplicar en aquellos supuestos en que falte dicha peligrosidad— decretar el internamiento cuando no concorra semejante peligrosidad, por más que el mismo, en una tal hipótesis, haya de ser sustituido desde un principio. En razón de ello, ha podido sostenerse que el internamiento ya no es automático, sino que para ordenarlo es imprescindible una previa declaración apreciando la probabilidad de que el sujeto volverá a delinquir (97).

Dejando a un lado la importante cuestión, puesto que ha sido intocada por la reforma de 1983, relativa a la fórmula “enajenado” de que se vale el legislador desde su implantación por el Código penal de 1932 (fórmula de la que Torío López ha afirmado que no cumple una función protectora del enfermo mental en cuanto que, por su imprecisión y laxitud, “el

penal de la enajenación, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, *op. cit.*, p. 157.

(97) Así, por ejemplo, Octavio de Toledo y Ubieto, E. - Huerta Toçildo, S., *D.P., P.G.*, (II), cit., p. 85; Quintero Olivares, *La reforma penal de 1983*, cit., p. 73; Terradillos Basoco, J., *Tratamiento jurídico-penal de la enajenación*, cit., p. 157.

concepto de ‘enajenado’ puede ser colmado discrecionalmente” (98)), es conveniente preguntarse por la duración de las medidas que se prevén. Y ha de reconocerse, inmediateamente, que este relevante aspecto de la regulación ha sido descuidado por la reforma.

En efecto, como apunta Terradillos Basoco (99),

(98) Torío López, A., *La capacidad limitada de autodeterminación en la reforma del sistema penal*, en *Jornadas de estudio de la deficiencia mental en la región castellano leonesa*, Valladolid, 1981, pp. 20 y s. Suficientemente expresivas de la inseguridad jurídica a que conduce la fórmula *enajenado* son las palabras, que a continuación me permito reproducir, de Torío López en su trabajo *Las fórmulas legislativas sobre la enfermedad mental. Discusión del concepto de “enajenación”*, en *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria*, II, vol. cit.: “La evitación de anfibologías o equívocos en lo que concierne al tratamiento jurídico penal del enfermo mental constituye —señala Torío— una exigencia constitucional para el legislador ordinario” (p. 969). “... legislativamente debe definirse con precisión y firmeza la zona a que, en atención a la falta de capacidad de culpabilidad de la persona, no puede extenderse la pena criminal. Ha de ser trazado con exactitud por el ‘tipo de acción’ o el ‘tipo de garantía’, en el sentido del principio *nullum crimen sine lege*, el radio de acción de la pena criminal. Esta cuestión no debe abandonarla el legislador, dado su rango constitucional, a la discrecionalidad de la judicatura, sino ser resuelta por él proporcionando una base firme en la cual debe de producirse la convergencia entre los psiquiatras y los jueces” (p. 973). “La característica ‘enajenado’ —sigue indicando Torío— adolece de aquel grado de ambigüedad que hace jurídicamente cuestionables las cláusulas generales. El problema que éstas plantean ha sido objeto de consideración ante todo en lo que concierne a la fundamentación de la responsabilidad. Aparentemente se trata aquí de una cuestión diversa, que afecta, por el contrario, a la exclusión de la responsabilidad penal. Pero esto sólo sucede en apariencia. Pues la indeterminación de un concepto que opera seleccionando casos para sustraerlos a la pena criminal es apropiada para aplicaciones que, en último término —concluye Torío López—, ensanchan o amplían discrecionalmente la punición (p. 980).

(99) Cfr. Terradillos Basoco, J., *Tratamiento jurídico-penal de la enajenación*, cit., p. 158. Según Cobo del Rosal y Vives Antón (*D.P.*,

tanto el internamiento como el tratamiento ambulatorio y la presentación mensual o quincenal ante el Juzgado o Tribunal sentenciador, son medidas absolutamente indeterminadas sobre las que no se proporciona, de modo explícito, un criterio acerca de su duración. Es más, tampoco se reclama pronunciamiento alguno al respecto por parte del Tribunal al acordarlas. Y la indicación efectuada por el párr. 2º de que los exentos de responsabilidad por enajenación mental no pueden salir sin la previa autorización del Tribunal del establecimiento en el que están internados, no constituye, desde luego, una orientación lo suficientemente precisa que permita al intérprete moverse con seguridad en este singular sector.

Parecidas imperfecciones presenta la configuración de las medidas de las letras b) y c), que si bien pueden quedar sometidas a un plazo, ni el señalamiento de éste es obligatorio para el juzgador, ni se suministran pautas para optar por dicho sistema, ni, finalmente, como sigue subrayando Terradillos, en la hipótesis de elegir el Tribunal la vía de fijar el mencionado plazo, se da la menor instrucción sobre el límite máximo al que haya de contraerse.

Desde la estricta perspectiva del principio de legalidad, no se han sabido, pues, recoger con nitidez en el art. 8.1º las exigencias fundamentales que la seguridad jurídica ha de comportar (100).

P.G., cit., p. 173), "Parece intolerable, desde el punto de vista de la seguridad jurídica, que el internamiento y las medidas sustitutivas continúen fijadas de modo indeterminado, sin ningún límite máximo".

(100) Sobre la cuestión de los límites a que han de estar sometidas las medidas, en específica referencia al internamiento, vid., entre otros, Bustos Ramírez, J., *Manual de D.P.E.*, *P.G.*, cit., pp. 394 y s. (no hay

¿Existe, sin embargo —cabe preguntarse—, alguna salida en el derecho positivo que permita eludir la indeseable indeterminación de tales medidas? ¿Es

“fundamento para plantear la absoluta indeterminación de la medida tal como surge del texto, ya que toda *sanción* queda fijada en su marco por el injusto (delito) cometido y no puede sobrepasarse tal marco en forma discriminatoria por una pretendida peligrosidad que no se aplica (ni en caso alguno tampoco debería aplicarse) a los sujetos imputables”); Mena Alvarez, J.M.^a, *Sobre la inconstitucionalidad del internamiento psiquiátrico*, en *Estudios Jurídicos en honor al Prof. Pérez-Vitoria*, I, vol. cit., pp. 490 y ss. (“Si el internamiento indeterminado es una medida para evitar un comportamiento estadísticamente no comprobado (y no se diga que la razón de no reincidir es la eficacia del tratamiento de los enfermos mentales delincuentes) hay que convenir que es una medida inadecuada, o innecesaria, no justificada por su pretensión científica, sino tan sólo por sí misma”. “La duración debiera tener por coordenadas el objetivo terapéutico preferente, y la proporción con la alternativa punitiva”); Muñoz Conde, F., *Monismo y dualismo en el Derecho Penal Español*, en *Estudios Penales y Criminológicos*, VI, Univ. de Santiago, 1983, p. 237 (“Es, pues, fundamental que la gravedad del delito cometido, más que la de los que se puedan cometer en el futuro, constituya el límite máximo que no debe ser rebasado en ningún caso, aunque quizás la medida durante ese tiempo no haya logrado alcanzar sus objetivos preventivos”); Quintero Olivares, G., *Reflexiones sobre el monismo y el dualismo ante el Proyecto de Código Penal*, cit., p. 583 (“... es defendible la supresión de medidas de duración ilimitada, y que el principio de límite temporal del castigo es extensible y exigible también a las medidas de seguridad”); de Solá Dueñas, A., *Consideraciones críticas a las medidas de seguridad en el Proyecto de Código Penal de 1980*, en *Estudios Jurídicos en honor del Prof. Pérez-Vitoria*, II, vol. cit., p. 899 (“sólo puede ser determinante para limitar la magnitud de la medida a adoptar y su incidencia sobre el individuo la gravedad del delito cometido, así como sus circunstancias y las características personales del autor, para después, y a un segundo nivel, examinar si resulta probable que el sujeto vuelva a cometer nuevos delitos de entidad considerable”); Terradillos Basoco, J., *Tratamiento jurídico-penal de la enajenación* cit., p. 161 (“ningún perjuicio puede derivarse de adecuar la duración del tratamiento privativo de libertad a la previsible duración de la peligrosidad, que no será superior a la de la pena correspondiente, pues de otro modo se penalizaría más el riesgo temido que el realizado”).

posible, en definitiva, alguna interpretación que conduzca al precepto hacia el principio de seguridad jurídica?

Como observa Quintero Olivares (101), en relación al internamiento, que el Tribunal, constatado el éxito del tratamiento (“a la vista de los informes de los facultativos que asistan al enajenado y del resultado de las demás actuaciones que ordene”), está obligado a decretar la libertad del sujeto, no ofrece dudas. El problema puede plantearse en aquellos casos en los que el tratamiento ha de ser continuado por más tiempo del que duraría la pena por el hecho cometido. En este supuesto, de afirmarse que el tratamiento debe seguir realizándose, la inimputabilidad sería de peor condición que la imputabilidad y que la capacidad limitada de culpabilidad. Por tal motivo, propugna este autor —en solución que se podría derivar de la que el Código penal preceptúa para la concurrencia de la respectiva eximente incompleta— que la medida no podrá superar el tiempo máximo de la pena imponible, esto es, el de la señalada al delito perpetrado.

La Ley de 25 de junio de 1983 ha añadido, efectivamente, a la circunstancia 1ª del art. 9 un párrafo según el cual “En los supuestos de eximente incompleta en relación con los números uno y tres del artículo anterior, el juez o tribunal podrá imponer, además de la pena correspondiente, las medidas previstas en dichos números. No obstante, la medida de internamiento sólo será aplicable cuando la pena im-

(101) Cfr. Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 1983*, cit., pp. 82 y s.

puesta fuere privativa de libertad y su duración no podrá exceder de la de esta última. En tales casos, la medida se cumplirá siempre antes que la pena y el período de internamiento se computará como tiempo de cumplimiento de la misma, sin perjuicio de que el tribunal pueda dar por extinguida la condena o reducir su duración en atención al buen resultado del tratamiento”.

Como se ve, este párr. 2º, acogiendo el sistema vicarial, fija un tope preciso al internamiento: éste no podrá sobrepasar la duración de la pena privativa de libertad impuesta, y el período transcurrido en la aplicación de la medida se contabilizará como tiempo de cumplimiento de la pena. Ello, según pone de relieve Orts Berenguer (102), “además de lógico, era obligado en orden a su acomodo con el principio de legalidad. Un internamiento indeterminado es claro que lo cuestionaría, vulnerando la insoslayable seguridad jurídica”. En este sentido, al margen de las deficiencias que puedan achacarse a la formulación utilizada por el legislador (103), tal disposición resulta por completo plausible.

Así pues, habida cuenta de lo prevenido en el párr. 2º, cª 1ª, art. 9, resultan admisibles, ciertamente, los argumentos esgrimidos por Quintero. Y en este mismo orden de ideas, señalan Octavio de Toledo y Huer-

(102) Orts Berenguer, E., *La medida de internamiento para determinadas eximentes incompletas*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, vol. cit., p. 272.

(103) Cfr., por ejemplo, Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., D.P., P.G., *op. cit.*, pp. 847 y ss.; Orts Berenguer, E., *La medida de internamiento para determinadas eximentes incompletas*, cit., p. 273.

ta Tocildo (104) que si en los casos de semi-imputabilidad existe un límite al internamiento, dicho límite ha de regir, asimismo, en referencia a los supuestos de inimputabilidad plena, alegando en justificación de este aserto las siguientes razones: 1) si el dato de la curación no se considera para la eximente incompleta (el internamiento ha de cesar al llegarse al tope de la correspondiente pena privativa de libertad impuesta, se haya o no tenido éxito en el tratamiento), menos ha de influir respecto al enajenado incurso en la causa de total inimputabilidad; 2) de interpretarse que la medida del párr. 2º del art. 8.1º del Código tiene como límite temporal el de la curación del enfermo, podría resultar más beneficiosa la aplicación de la eximente incompleta que la completa, lo cual carece de sentido.

Por lo tanto, y recapitulando lo dicho, terminan afirmando estos autores que el internamiento del art. 8.1º sólo puede decretarse si se comprueba la tendencia a volver a delinquir por parte del enajenado. De no darse tal presupuesto, se aplicarán una o varias de las medidas sustitutorias previstas, cuya duración no podrá superar a la alcanzable por la medida de internamiento, internamiento que encuentra su tope temporal "en el límite máximo de la pena imponible por el hecho realizado al autor imputable del mismo" (105).

(104) Cfr. Octavio de Toledo y Ubieto, E. - Huerta Tocildo, S., *D.P., P.G.*, II, cit., pp. 86 y s.

(105) A juicio, sin embargo, de Gómez Benítez, la medida de internamiento sigue siendo de duración indeterminada en cuanto que se vincula únicamente a las necesidades del tratamiento: "Es esta una consecuencia inevitable. Carece de fundamento intentar limitar el tiempo

En suma, y retomando nuevamente la exposición de Quintero sobre este punto, el principio de igualdad ha de llevar, según este autor, a la aseveración de que las medidas de seguridad postdelictuales no pueden rebasar el máximo de pena prescrita para el delito, pues el principio de legalidad abarca a todas las medidas penales: “La solución que se propugna —finaliza Quintero Olivares (106)— entendemos que puede apoyarse en los principios constitucionales que orientan y limitan la intervención del derecho penal, y que, además, puede encontrar fundamentación sistemática a través de la interpretación comparativa entre la inimputabilidad y la semiimputabilidad. Negarse a ello será, una vez más, hacer del inimputable una persona de peor condición que los demás”.

La interpretación hasta aquí expuesta, respetuosa de los principios que han de gobernar esta materia, es la única que, en consecuencia, permite dar una salida

máximo del internamiento atendiendo a la pena máxima que está señalada en el C.P. para el delito cometido para el inimputable. Esta propuesta sólo puede mantenerse mediante la aplicación al ‘derecho de medidas de seguridad y rehabilitación’ de los principios propios del ‘derecho penal de la culpabilidad’. Tal confusión de planos no parece fácil de apoyar, en derecho positivo”. (*Lecciones de Teoría Jurídica del delito*, t. 2, Univ. Complutense, Facultad de Derecho, Madrid, 1983, p. 218, y *Teoría Jurídica del delito. Derecho Penal. Parte General*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 480 y s.). Para Sáinz Cantero, asimismo, la búsqueda por la doctrina de una duración máxima al internamiento supone olvidar “que estamos ante una medida de seguridad que se orienta a la prevención especial con la que se compaginan mal los límites temporales previos”. El único límite que hubiera sido deseable que la ley estableciera *expresamente* es, según este autor, el de la *necesidad* del internamiento (*Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, III, *Culpabilidad. Punibilidad. Formas de aparición*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1985, p. 37).

(106) Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 1983*, cit., p. 83.

satisfactoria a esta problemática (107). Pero ha de insistirse, todavía, de acuerdo con lo ya indicado, en el descuido con que se ha procedido al regular este trascendental sector (sin que ello implique, naturalmente, negar el muy positivo avance que ha supuesto la reforma), porque el legislador, en definitiva, está obligado a concretar al máximo todas aquellas disposiciones que conciernen a bienes tan básicos como los afectados por el art. 8.1º del Código penal, y el principio de seguridad jurídica queda malparado ante formulaciones que no ofrecen al intérprete, de forma terminante, pautas y orientaciones precisas. Y en este ámbito no existe, evidentemente, esta precisión. El tenor literal del art. 8.1º, desprovisto de claras matizaciones, deja al juzgador un campo en exceso abierto a la exégesis, que debiera de haberse suplido por cláusulas exactas de alcance determinado, a fin de evitar el procedimiento inseguro de intentar remediar en sede hermenéutica la falta de límites expresos y directos de los que adolece la presente materia (108).

– De acuerdo con el nuevo contenido que la reforma incorpora al núm. 3º del art. 8, queda exento de responsabilidad criminal “El que por sufrir alteración en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la rea-

(107) En la PANCP de 1983 todas las medidas de seguridad tienen una duración limitada. Así, por lo que hace al tema objeto de consideración, según su art. 95.1 “... El internamiento no podrá exceder del tiempo que hubiere durado la pena privativa de libertad, si hubiese sido declarado responsable el sujeto...”.

(108) Como con razón escribe Terradillos, “la solución no puede venir sólo por vía interpretativa, sino de la mano de la reforma legislativa global que nuestro sistema penal necesita” (*El tratamiento jurídico-penal de la enajenación*, cit., p. 162).

lidad.— Cuando estas personas hayan cometido un hecho que la ley sancionare como delito, se les aplicará la medida de internamiento en un Centro educativo especial, durante el tiempo necesario para su educación, del cual no podrán salir sin autorización del Tribunal.— Cuando la evolución del tratamiento lo permita, esta medida será sustituida por alguna o algunas de las medidas del último párrafo del número 1º de este artículo” (109).

La presente causa de exoneración de la responsabilidad criminal, en cuanto amplía el radio de acción en referencia a la antigua fórmula —que únicamente aludía al “sordomudo de nacimiento o desde la infancia que carezca en absoluto de instrucción”— y corrige notables defectos de la misma, merece, naturalmente, alabanzas. No puede, sin embargo, asegurarse lo mismo, como se indica a continuación, respecto al alcance de la medida que se ordena.

En efecto, aunque la reforma elimina el anterior sistema de indeterminación de la medida (110), ligándose ahora su duración al “tiempo necesario para su educación”, lo cierto es que ni se aclara el genérico concepto de “educación”, ni se vincula, cuando menos, el tiempo de internamiento a la peligrosidad del sujeto, ni es posible acudir, desde un principio, a las

(109) Un amplio examen de este número en Carmona Salgado, C., *Las alteraciones en la percepción dentro del marco general de la teoría de la inimputabilidad*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, *op. cit.*, pp. 187 y ss.

(110) Según la versión anterior a la reforma de 1983, el último párr. del art. 8.3 establecía en relación al sordomudo que “Cuando éste haya cometido un hecho que la ley sancionare como delito, será ingresado en un establecimiento de educación de anormales”.

medidas sustitutivas del mismo, sino cuando el tratamiento esté ya iniciado y lo permita su evolución. La determinación temporal, para decirlo de alguna manera, brilla, sencillamente, por su ausencia.

Por dichas razones, la doctrina, en general, ha enjuiciado críticamente los párrafos 2º y 3º de esta eximente. Así, según Mir Puig (111), aunque, a falta de toda explicitación legal, deba entenderse que si la finalidad de la medida es la de conseguir que el sujeto logre distinguir lo jurídico de lo antijurídico y afirmarse, en consecuencia, que la misma ha de cesar desde el momento en que alcance tal capacidad, “de todos modos, la absoluta indeterminación legal de la duración del internamiento es inadmisibles desde el prisma de las garantías que exige un Estado social y democrático de Derecho. Debería —concluye Mir— fijarse un tiempo máximo”. En este sentido, asimismo, señalan Cobo del Rosal y Vives Antón (112) que “Desafortunadamente, tampoco aquí se fijan límites temporales”. Para Bustos Ramírez (113), el precepto es en este aspecto “claramente violatorio de los principios constitucionales sobre las sanciones y sobre la igualdad de las personas”. Y como por su parte, en fin, subrayan Octavio de Toledo y Huerta Tocildo (114), al acentuarse *específicamente* la indeterminación del internamiento —cosa que no ocurre en el art. 8.1º—, resulta inviable una interpre-

(111) Mir Puig, S., *D.P., P.G.*, cit., p. 520.

(112) Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, cit., p. 477.

(113) Bustos Ramírez, J., *Manual de D.P.E., P.G.*, cit., p. 397.

(114) Octavio de Toledo y Ubieto, E. - Huerta Tocildo, S., *D.P., P.G.* (II), cit., pp. 90 y s.

tación paralela a la que puede proponerse en relación con el art. 8.1º (conectándolo al art. 9, 1ª) (115), imposibilitándose, de esta suerte, un entendimiento que permita la indispensable restricción temporal de la medida de internamiento que se acoge en el núm. 3º del art. 8 (116).

c) El número 2º del art. 8 (minoría de edad penal)

Uno de los supuestos en que se ha procedido con acierto con la reforma es el concerniente a la modificación que se opera en el núm. 2º del art. 8, dedicado a establecer el régimen legal aplicable para la minoría de edad penal.

Tras la redacción dada a este número por la Ley de 1983, queda exento de responsabilidad criminal “El menor de dieciséis años.— Cuando el menor que no haya cumplido esta edad ejecute un hecho penado por la Ley, será confiado a los Tribunales Tutelares de Menores” (117).

La novedad fundamental (118) ha estribado, pues,

(115) Quintero Olivares (*La reforma penal de 1983*, cit., pp. 81 y ss.) adopta también para este caso la misma solución que mantiene en referencia a los enajenados: la medida de seguridad no puede rebasar el límite temporal de la pena que la ley establece para el delito cometido por el imputable. En contra, entre otros, Sáinz Cantero, J.A., *Lecciones de D.P., P.G.*, III, cit., p. 50.

(116) A tenor del art. 97.1 de la PANCP de 1983, de forma paralela a la prevenida para los enajenados, “... El internamiento no podrá exceder del tiempo que hubiese durado la pena privativa de libertad, si hubiera sido declarado responsable el sujeto...”.

(117) Un extenso análisis del art. 8.2º en Polaino Navarrete, M., *Minoría de edad penal*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, cit., pp. 163 y ss.

(118) Según Gómez de Liaño y Cobaleda y otros (*Código penal. Comentarios y jurisprudencia*, Colex, Madrid, 1984, p. 28), con la utilización de la palabra “confiado”, que viene a sustituir a la que anterior-

en la supresión del último inciso del párr. 2º de dicho número, a cuyo tenor “En los casos en que excepcionalmente la jurisdicción tutelar declinare su competencia respecto a un mayor de dieciséis años por entender que por el tiempo transcurrido desde la ejecución del hecho, realizado antes de cumplirlos o por razón de las circunstancias del menor, no ha de ser conveniente la adopción de las medidas que pudiera aplicarle, confiará el menor —concluía este farragoso inciso— a la autoridad gubernativa para que ésta adopte las medidas de seguridad que la legislación autorice”.

Sin detenernos en la ardua polémica en torno al límite de edad penal (119) —que no ha sido tocado por el legislador, y ello resulta comprensible debido al carácter parcial de la reforma y a la clamorosa falta en nuestro Ordenamiento de un Derecho penal juvenil—, es preciso poner de relieve la indudable mejora que se ha experimentado en este campo en orden a la real vigencia del principio de legalidad.

mente se empleaba (“entregado”), se acentúa el carácter tuitivo de los Tribunales Tutelares de Menores. La supresión del término “especial”, con que se adjetivaba la jurisdicción de dichos Tribunales significa, por otra parte, que la reforma los considera integrados en la unidad jurisdiccional, principio de la Constitución consagra como “base de la organización y funcionamiento de los Tribunales” (art. 117.5).

(119) Vid., sobre este punto, González Zorrilla, C., *Minoría de edad, imputabilidad y responsabilidad*, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la PANCP, 1º, vol. cit., pp. 163 y ss., y la bibliografía citada por el autor. Un análisis de Derecho comparado ofrece Martínez González, M.I., *La minoría de edad penal*, en *CPC*, 1983, núm. 20, pp. 390 y ss. Un examen crítico de la regulación del Proyecto de 1980 en Vaello Esquerdo, E., *La edad en la Parte general del Proyecto de Código penal de 1980*, en *CPC*, 1981, núm. 13, pp. 137 y ss.

En efecto, la derogada previsión de la declinatoria de competencia por la jurisdicción tutelar de menores en favor de la autoridad gubernativa, de concurrir el presupuesto que el mencionado inciso señalaba, era radicalmente insatisfactoria y contraria a básicos imperativos constitucionales (120). Erradicada del texto penal la perturbadora posibilidad de que el sujeto incurso en el radio de acción del art. 8.2º pudiera ser confiado a la autoridad gubernativa para que ésta acordase imponer medidas de seguridad —medidas de seguridad de índole gubernativa, por otra parte, inexistentes en nuestra legislación (121)—, el vigente alcance del precepto es acreedor de un juicio positivo. Pese a esta mejora, conviene hacer notar, como reiteradamente ha denunciado la doctrina, que la legislación a la que se remite el Código penal —integrada, fundamentalmente, por el texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948—, no constituye, en modo alguno, un marco normativo idóneo para estimar a salvo la seguridad jurídica, en cuanto que en la misma no se proporcionan al juez de menores criterios precisos sobre las medidas a adoptar, ni se prefija la duración de las mismas (122).

(120) Cfr., por ejemplo, Gómez de Liaño y otros, *Código penal. Comentarios y Jurisprudencia*, cit., p. 28; Octavio de Toledo y Ubeito, E. - Huerta Tocildo, S., *D.P., P.G.* (II), cit., p. 88; Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 1983*, cit., pp. 85 y s.

(121) Cfr., entre otros, Beristain Ipiña, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, cit., p. 138; Casabó Ruiz, J.R., *Comentarios al Código penal*, I, cit., pp. 230 y s.

(122) Cfr. Beristain Ipiña, A., *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, cit., pp. 142 y ss.; Cantarero Bandrés, R., *Ley de Tribunales Tutelares de Menores (texto refundido aprobado por Decreto de 11 de junio de 1948) y Constitución*, en *ADPCP*, 1986, enero-

d) *La supresión de la multirreincidencia.*

Una de las modificaciones de más largo alcance de la reforma es la relativa a la regulación que se da a la reincidencia (123).

Al margen de la fusión, en la circunstancia núm. 15 del art. 10, entre reincidencia genérica y específica, con el consiguiente vaciamiento del núm. 14 del art. 10 (destinado hasta entonces a recoger la llamada agravante de reiteración o reincidencia genérica), y al margen, también, de ciertas modificaciones que se operan al efectuarse una tal refundición, y de la nueva disposición sobre los antecedentes penales (124), hay que poner de manifiesto, en lo que afecta al tema objeto de examen, que la principal finalidad del legislador al acometer la reforma en este ámbito fue, sin duda, el de someterlo al imperio del principio de legalidad, suprimiendo, a tal fin, la denominada multirreincidencia (125) y, por ende, el efecto enormemente agravatorio que de su apreciación se seguía:

abril, pp. 113 y ss.; González Zorrilla, C., *Minoría de edad penal, imputabilidad y responsabilidad*, cit., p. 169; Octavio de Toledo y Ubieta, E. - Huerta Tocildo, S., *D.P., P.G.* (II), cit., p. 89.

(123) Ampliamente sobre la nueva regulación: González-Cuellar García, A., *La reincidencia*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V., vol. 1º, *op. cit.*, pp. 281 y ss. Un pormenorizado estudio del tema en Mir Puig, S., *La reincidencia en el Código penal*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1974.

(124) Sobre el carácter supérfluo del último párr. de la circunstancia 15 del art. 10, dado el contenido del art. 118, vid. Baeza Avallo- ne, V., *La rehabilitación*, en *La reforma del Código penal de 1983*, *op. cit.*, pp. 595 y ss.

(125) Cfr. Quintero Olivares, *La reforma penal de 1983*, cit., p. 92. Con la desaparición de la multirreincidencia no había ya obstáculo, como afirma este autor, para unificar el tratamiento penal de la reincidencia genérica y específica.

la referida modalidad, conforme a la anterior versión de la c^a 15, art. 10 (126), hacía viable —según la ahora sin contenido regla 6^a del art. 61— la imposición de una pena que sobrepasaba el límite máximo previsto para el delito cometido (127).

Las razones que han llevado a la posición que se adopta por la reforma son, como se indica en la Exposición de Motivos de la Ley de 1983, de una parte, lograr la salvaguarda del principio *ne bis in idem* —que se conculca cuando un solo hecho produce consecuencias penales en más de una ocasión—, y evitar, de otra, en esta línea de observancia del axioma legalista, la posibilidad de aplicar un castigo que vaya más allá de los márgenes establecidos para la infracción realizada, porque ello —se señala textualmente en dicha Exposición de Motivos— pugnaría “con el cabal entendimiento del significado del principio de legalidad en un Estado de Derecho”. Abona además tal solución —se añade— la probada ineficacia del sistema de exasperación de la pena para el tratamiento de la habitualidad o profesionalidad delictiva (128).

(126) “Hay multirreincidencia —se establecía— cuando al delinquir el culpable hubiere sido ejecutoriamente condenado por dos o más delitos de los mencionados en el párrafo anterior en varias sentencias, siempre que en alguna de ellas se hubiere apreciado ya la circunstancia de reincidencia”.

(127) La regla 6^a del art. 61 facultaba a los Tribunales para aplicar la pena superior en grado en la extensión que considerasen adecuada.

Por más que a nivel formal no se rebasara el límite máximo de la pena típica, puesto que se ordenaba legalmente un marco penal superior, la eficacia “superagravante” de la multirreincidencia era —como indica Luzón Peña— por completo censurable (*Medición de la pena y sustitutivos penales*, cit., p. 85, nota 176).

(128) El nuevo tratamiento de la reincidencia es también una de las causas que conducen a la supresión del art. 530 y de los párrafos

En suma resultaba inexplicable que una circunstancia de fundamentación ampliamente controvertida (129), y por cuya desaparición del Código penal ha abogado un importante sector de la doctrina española (130), tuviese, precisamente, la virtualidad de originar, en su modalidad de multirreincidencia, unos efectos muy superiores a los del resto de las agravantes. Y ello sin especificación sustancial de la norma que permitía superar en un grado el marco de la pena establecido para el delito cometido.

El fenómeno de la recaída en el delito, de dimensiones cada vez más preocupantes, ha de ser considerado, según los autores que piden la supresión de la agravante, desde la perspectiva de un Derecho penal

2º del art. 340 bis a) y 6º del art. 565 (Cfr. la Exposición de Motivos de la Ley de 1983).

(129) Sobre la fundamentación de esta circunstancia, vid., entre otros, Alonso Alamo, M., *El sistema de las circunstancias del delito. Estudio general*, Univ. de Valladolid, 1981, pp. 669 y ss.; Cerezo Mir, J., *Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, en *Documentación Jurídica*, monográfico dedicado a la PANCP, vol. 1º, *op. cit.*, p. 50; Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T. S., *D.P., P.G.*, cit., pp. 762 y ss.; Mir Puig, S., *La reincidencia en el Código penal*, cit., pp. 523 y ss.; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código penal*, I, cit., pp. 741 y ss.; Rodríguez Devesa, J.Mª., *D.P.E., P.G.*, cit., pp. 745 y ss.

(130) Entre los autores partidarios de la supresión de la reincidencia como agravante, cabe citar a Bustos Ramírez, *Manual de D.P. E., P.G.*, cit., p. 430; Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, cit., pp. 764 y s.; García Arán, M., *Los criterios de determinación de la pena en el Derecho español*, cit., p. 164; Mir Puig, S., *La reincidencia*, cit., pp. 537 y ss.; Muñoz Conde, F., *Adiciones al Tratado de Derecho Penal de H.H. Jescheck*, vol. 2º, cit., p. 1226; Quintero Olivares, G., *La reforma penal de 1983*, cit., p. 93; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código penal*, I, cit., p. 744; Serrano Gómez, A., *La reforma del Código penal por Ley 8/1983, de 25 de junio*, Uned, Madrid, 1984, p. 51.

preventivo y de medidas de seguridad, atento a la realidad criminológica y no anclado en nociones puramente formalistas (131). De acogerse algún día en el Derecho positivo tal planteamiento —al modo, por ejemplo, de la PANCP de 1983— resultará de todo punto indispensable contar con una adecuada infraestructura personal y material, porque de no ser así se correrá el evidente riesgo de que el recurso a las medidas se convierta, desembocando en un auténtico fraude de etiquetas, en una simple privación de libertad en nada distinta a la que supone la pena.

Así pues, en definitiva, como se deduce de lo dicho, las innovaciones de la reforma, en una materia particularmente compleja, únicamente abren una vía que ha de ser completada en el futuro, con carácter ineludible, si se quiere alcanzar una acabada regulación de la delincuencia habitual (132).

(131) Cfr. Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, cit., p. 764; Mir Puig, S., *La reincidencia*, cit., p. 544; Rodríguez Mourullo, G., *Comentarios al Código penal*, I, cit., p. 744.

La PANCP de 1983, en sustitución de la agravante de reincidencia, crea la figura del delincuente habitual para el que se contemplan medidas de seguridad (vid. art. 100). Contrario a tal criterio se manifiesta Cerezo Mir (*Observaciones a la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal*, cit., pp. 50 y s.). A su entender, prescindir de la citada agravante “supondría un grave error desde el punto de vista político-criminal”.

(132) En el Código penal portugués la reincidencia se regula en los artículos 76 y 77. En los artículos 83 y ss. se establece la pena relativamente indeterminada para los delincuentes por tendencia, alcohólicos y equiparados. Vid., sobre ello, las interesantes consideraciones de Figueiredo Dias, J., *Les nouvelles tendances de la politique criminelle du Portugal*, en *Archives de Politique Criminelle*, 1983, núm. 6, pp. 206 y s. y, del mismo autor, *Liberdade-culpa-Direito penal*, Coimbra Ed., 1976, pp. 252 a 256 y p. 83, nota 5.

e) La contribución de los artículos 15 bis y 69 bis a la vigencia del principio de legalidad en la justicia penal

Un avance de indudable importancia en orden a evitar la vulneración del principio legalista en la justicia penal española, es tanto el consistente en la introducción en el Código de una regla genérica sobre la responsabilidad de directivos, órganos y representantes de la persona jurídica (art. 15 bis), como el que se produce con la incorporación al texto punitivo de la figura del delito continuado (art. 69 bis).

— Como es sabido, por más que en nuestro Derecho rija la tradicional máxima *societas delinquere non potest*, tal no provoca, obviamente, en todo caso, la impunidad para las personas físicas que obran como representantes de la personificación. Era y es posible, en efecto —cuando el tipo correspondiente no reclame en su descripción especiales notas para poder ser sujeto activo (estafa, falsedad, cheque en descubierto, etc.)—, que aquéllas cometan delitos, en el seno y en inadecuado desarrollo de las actividades de la sociedad, de los cuales han de responder como concretos individuos (133).

El problema, sin embargo, se planteaba, antes de la reforma de 1983, en referencia a determinadas hipótesis de delitos especiales, no cubiertos por una cláu-

(133) No existe obstáculo dogmático, según escribe Muñoz Conde, que impida castigar en este ámbito a los componentes de los órganos de las personas jurídicas por los delitos comunes realizados en relación, por ejemplo, con una insolvencia fraudulenta y que dan lugar a la declaración de la misma (*La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles*, en CPC, 1977, núm. 3, p. 154).

sula de extensión de la responsabilidad (134), en las que si bien era la persona física, como no podía ser de otro modo, la que realizaba el comportamiento que conducía al efecto aludido por la norma, no concurrían en ella las características requeridas por el tipo, características que sí se daban en la entidad en cuyo nombre o a favor de la cual había actuado. Uno de los supuestos en que esto podía acontecer —incesantemente manejado por la doctrina, al igual que el del alzamiento de bienes— era el del art. 520 del Código penal (135): si, por un lado, el principio *societas delinquere non potest* vedaba, y lo sigue haciendo, que la sociedad, a la cual realmente cabía calificar de “quebrado”, pudiese incurrir en responsabilidad criminal, y si, por otro, tampoco era posible deducir una tal responsabilidad respecto a quien obró, utilizando maniobras ilícitas, como directivo, órgano o en representación de la misma, por faltar en él la cualificación de “quebrado”, innecesario es decir que la única salida de recibo para dicha situación, atenta a la vigencia del principio de legalidad, era la de declarar la impunidad. Se hacía, por tanto, indispensable, desde un plano político-criminal, colmar tan grave laguna.

La Jurisprudencia, no obstante lo dicho, tratando

(134) Al modo, por ejemplo, de la recogida en los últimos párrafos de los artículos 238 ó 499 bis. Sobre las cuestiones que suscitan dichos párrafos, vid., por todos, Gracia Martín, L., *El actuar en nombre de otro en Derecho penal español*, II, *Estudio específico del art. 15 bis del Código penal español (doctrina, legislación y jurisprudencia)*, Univ. de Zaragoza, 1985, pp. 53 y ss.

(135) “El quebrado que fuere declarado en insolvencia fraudulenta, con arreglo al Código de Comercio, será castigado con la pena de prisión mayor”.

de alcanzar resultados justos, y sobre la base de una mera interpretación *fáctica* o *naturalística* de los términos insertos en los tipos a aplicar, sin plantearse directamente, en la mayoría de los casos que se ofrecían a su consideración (136), el nuclear tema de la carencia, por parte de la persona física, de la cualidad exigida por la norma para poder ser sujeto activo del delito —por ejemplo, la de su falta de la condición de “quebrado”—, procedía, sin mayores dificultades, a subsumir en el delito especial las conductas de sujetos que actuando en el ejercicio del dominio social eran, sin embargo, no cualificados (137).

(136) En alguna ocasión, el Tribunal Supremo, por ejemplo en la Sentencia de 19 de marzo de 1974, tras aludir a “la lamentable laguna normativa que en derecho español existe en torno a la quiebra de sociedades” no ha extraído de tal constatación, sin embargo, como señala Muñoz Conde, la impunidad de las personas físicas no cualificadas, acudiendo a una inadmisibile analogía *in malam partem*. En efecto, la citada laguna normativa obliga, según el T.S., “a recurrir a los principios generales que demandan la responsabilidad penal de las personas individuales, pero no de las jurídicas como tales, por lo que habrá de concretarse y personalizar la sanción en los directivos de la sociedad y demás personas que hayan tomado parte o dado lugar con su acción —u omisión decisiva y eficiente— a los supuestos de bancarrota originadores de la falacia patrimonial, salvo que se demuestre ser totalmente ignorantes o ajenos a la conducta fraudulenta o culposa, como se aprende en otros casos de personas jurídicas contemplados expresamente en el Código penal (arts. 238 y 265)”. Cfr. Muñoz Conde, F., *La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas...*, cit., pp. 160 y s.; Gracia Martín, L., *El actuar en nombre de otro*, II, cit., pp. 38 y s.

(137) Cfr. sobre este particular, Bajo Fernández, M., *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Ed. Civitas, Madrid, 1978, pp. 119 y ss. y 172; Córdoba Roda, J., *Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español*, en *III Jornadas de Profesores de Derecho Penal*, Univ. de Santiago, 1976, pp. 123 y s.; Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, cit., pp. 39 y s.; Muñoz Conde, F., *La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas...*, cit., pp. 161 y s.; y *El delito de alzamiento de bienes*,

Como ha estimado Córdoba Roda (138), el tratamiento dispensado al comerciante social se acostumbraba a resolver “en virtud de la aplicación de las dos premisas siguientes: a) la responsabilidad penal es aplicable únicamente a las personas físicas; b) de las infracciones llevadas a cabo en el seno de una sociedad mercantil responden los individuos integrantes de ésta”, con la consecuencia, como también señala Landrove Díaz (139), de aplicar los tipos de los artículos 520 y 521 a las personas naturales componentes de la sociedad. Tal responsabilidad, fundamentada por el Tribunal Supremo —según explica Bajo Fernández (140)— sobre el doble presupuesto de que dichas personas hubieren realizado alguna de las conductas descritas en los artículos 888 y siguientes del Código de comercio y de que ejerciesen funciones de cierta relevancia —como las directivas—, implicaba una recusable interpretación *contra legem*. De esta manera, pues, se quebrantaba, con toda claridad, el axioma legalista (141).

Bosch Casa Ed., Barcelona, 1971, pp. 102 y ss.; Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Las actuaciones con nombre de otro*, en *ADPCP*, 1984, p. 37.

(138) Córdoba Roda, J., *Consideraciones sobre los delitos de quiebra en Derecho español*, cit., pp. 121 y s. Acogen expresamente esta consideración de Córdoba: Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, cit., p. 19; Muñoz Conde, F., *La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas...*, cit., pp. 158 y s.; Octavio de Toledo y Ubieto, E., *Las actuaciones en nombre de otro*, cit., p. 37.

(139) Landrove Díaz, G., *Las quiebras punibles*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1970, pp. 162 y ss.

(140) Bajo Fernández, M., *Derecho penal económico*, cit., p. 172.

(141) Para un examen jurisprudencial del tema, vid. Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, cit., pp. 15 y ss.

La solución, por consiguiente, para impedir indeseables impunidades, contrarias a la justicia material, sólo podía venir dada, conforme a la insoslayable seguridad jurídica que ha de presidir el Derecho penal, a través de la reforma legislativa. Y en tal sentido, como indica Muñoz Conde (142), se abría, básicamente, la alternativa de optar: 1) por la consagración del sistema de la fórmula general de actuación en nombre de otro, ó 2) por la creación de cláusulas particulares a emplear en relación con cada delito o grupo de delitos en que la cuestión examinada pudiera presentarse (143).

La reforma de 1983, acogiendo parcialmente el primero de los procedimientos (144), incluye en el Código penal un nuevo art. —el 15 bis— redactado en los siguientes términos: “El que actuare como directivo u órgano de una persona jurídica o en representación legal o voluntaria de la misma responderá personalmente, aunque no concurren en él y sí en la entidad en cuyo nombre obrare, las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de deli-

(142) Cfr. Muñoz Conde, F., *La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas...*, cit., pp. 170 y ss.

(143) Muñoz Conde se muestra partidario de esta última vía (*La responsabilidad de los órganos de las personas jurídicas...*, cit., p. 172). A favor del sistema generalizador: Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, cit., pp. 9 y s.; Sáinz Cantero, J.A., *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*, t. II, *Ley penal. El delito*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1985, pp. 231 y s.

(144) “A esta elección —señala Octavio de Toledo— probablemente han contribuido dos razones: en primer lugar, el excesivo casuismo al que parece conducir el otro sistema y, en segundo lugar, la consideración de que, por más minuciosamente que se quiera operar, este sistema de previsión pormenorizada puede fácilmente desembodar en lagunas” (*Las actuaciones en nombre de otro*, cit., p. 39).

to requiera para poder ser sujeto activo del mismo” (145).

Aunque, ciertamente, el art. 15 bis, según se deduce de su lectura, haya cerrado un camino utilizado en detrimento del principio de legalidad —contribuyendo, así, decisivamente, a la vigencia del mismo en la justicia española, en la medida en que presta apoyo legal a pronunciamientos jurisprudenciales que antes no lo tenían (146)—, ha de decirse que el precepto, entre otras deficiencias (147), por circunscribir sus efectos al ámbito de representación de las personas jurídicas (148), no cubre, en su totalidad, posibles

(145) Un examen del precepto en Bacigalupo, E., *Responsabilidad penal de órganos, directivos y representantes de una persona jurídica (el actuar en nombre de otro)*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 1º, vol. cit., pp. 315 y ss.; Octavio de Toledo y Ubieta, E., *Las actuaciones en nombre de otro*, cit., pp. 39 y ss. Más ampliamente, Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, cit., pp. 81 y ss.

(146) El Tribunal Supremo en las Sentencias de 24 de febrero y 14 de mayo de 1984 descubre en este precepto, como señala Gracia Martín al comentar dichas Sentencias, una declaración de la irresponsabilidad de las personas jurídicas, afirmándose en la última de ellas que el art. 15 bis no ha venido “a llenar un vacío legal”. Tiene, pues razón Gracia Martín cuando escribe en referencia a estas apreciaciones que “La desorientación del TS español en esta materia es de un alcance sin precedentes...”.

(147) Críticamente sobre algunos extremos e insuficiencias del art. 15 bis, vid., por todos, Gracia Martín, L., *El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, cit., pp. 124 y ss.

(148) Estiman que el radio de acción del art. 15 bis únicamente se extiende a los delitos especiales propios Bacigalupo (*Responsabilidad penal de órganos...*, cit., pp. 325 y s.) y Octavio de Toledo (*Las actuaciones en nombre de otro*, cit., p. 52). En contra, afirmando que el precepto regula las actuaciones en lugar de la persona jurídica en referencia tanto a los delitos especiales propios como impropios, Gracia Martín (*El actuar en lugar de otro en Derecho penal*, II, cit., pp. 97 y ss.).

interpretaciones, paralelas a las antes denunciadas, que, fundamentadas quizás en plausibles postulados materiales, serían, sin embargo, de todo punto irreconciliables con la función de garantía de los tipos penales.

— Hasta la reforma de 1983 la aplicación de las figuras del delito continuado y del llamado delito masa (149) se efectuaba siguiendo una construcción jurisprudencial “sin asidero ni base legal alguna en la ley, al objeto —como ha señalado Córdoba Roda (150)— de dar solución a determinadas necesidades surgidas en la práctica de la justicia penal”.

El Tribunal Supremo, en efecto, de mediar ciertos requisitos, venía a sustraer de las reglas del concurso de delitos supuestos de pluralidad de acciones, cada una de las cuales integraba una infracción criminal, a través del expediente de considerar la existencia de un único delito.

La doctrina mayoritaria había puesto de relieve, repetidamente, la quiebra del principio de legalidad que comportaba el recurso al *delito único*, que a veces conducía —al desatenderse con el mismo los límites de punición propios del concurso delictivo— a la imposición de una pena superior a la que cabría aplicar de juzgarse las indicadas acciones por separado.

(149) Entre otras monografías sobre esta materia, pueden consultarse las de Castiñeira Palou, M^a. T., *El delito continuado*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1977; Landrove Díaz, G., *Los fraudes colectivos*, Bosch Casa Ed., 1978; Sáinz Cantero, J.A., *El delito masa*, en *ADPCP*, 1971, pp. 649 y ss. Vid., también, Fernández Albor, A., *Estudios sobre criminalidad económica*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1978, pp. 47 y ss.

(150) Córdoba Roda, J., en *Prólogo* a la obra *El delito continuado* de Castiñeira Palou, *op. cit.*, p. 1.

Como ha destacado Castiñeira Palou (151), “el perjuicio para el reo que frecuentemente resulta de su estimación es suficiente para considerarlo incompatible con el principio de legalidad”.

Así pues, la citada elaboración jurisprudencial, por demás oscilante, llevaba en ocasiones a la atenuación de la responsabilidad criminal; pero también —sin sustento legal para ello— a calificar como delito hechos que en la ley son faltas y a estimar a varios delitos como uno solo de mayor gravedad, resultando, en resumen, para el delincuente una pena más rigurosa que la que le correspondería si los diversos hechos hubieran sido contemplados aisladamente. Se incumplía, de este modo, el mandato, derivado de los artículos 23 del Código penal y 25 de la Constitución, de imponer las penas previstas para cada caso (152): con tal *operación dogmática*, según escribe Boix Reig (153), “se excedía del marco penal posible de acuerdo con las reglas concursales, contraviniéndose, en suma, los límites del art. 25.1”.

En definitiva, la admisión de las figuras extralegales de referencia representaba una simple creación judicial del Derecho proscrita por el axioma legalista, afirmación que ha de mantenerse pese al pronunciamiento en contrario del Tribunal Constitucional en su Sentencia de 2 de noviembre de 1983. Tal Sentencia, duramente censurada por un autorizado sector de la doctrina española, significa —como ponen de relieve

(151) Castiñeira Palou, M^a. T., *El delito continuado*, cit., p. 13.

(152) Cfr. Castiñeira Palou, M^a. T., *El delito continuado*, cit., p. 11.

(153) Boix Reig, J., *De nuevo sobre el principio de legalidad*, orig. mec., p. 11.

Cobo del Rosal y Vives Antón (154)— “un paso peligroso en el seno de un proceso de vaciamiento del contenido del principio de legalidad”.

El art. 69 bis (155) viene a acabar con esta situación al fijar expresamente las condiciones para apreciar la institución comentada y proporcionar los criterios a tener en cuenta para que los Tribunales concreten la pena en este ámbito. La definición del delito continuado, observa Gimbernat Ordeig (156), “supone una importante contribución a la seguridad jurídica, en cuanto que describe inequívocamente los requisitos de esta institución, dejando únicamente abierta —y con razón, porque la cuestión es una aún no resuelta definitivamente por la dogmática— la posibilidad de admitir o no la continuidad en los delitos contra el honor y, especialmente, contra la honestidad”.

Sin entrar en la problemática sobre la oportunidad de la existencia misma de la institución del delito continuado (157), con la regulación que establece el art. 69 bis —a la vista de lo que con anterioridad a su vigencia acontecía en la *praxis*— se ha producido un indudable avance en la real implantación del princi-

(154) Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, cit., pp. 663 y s., nota 103; Boix Reig, J., *De nuevo sobre el principio de legalidad*, cit., p. 11. Un amplio estudio de esta Sentencia en García de Enterría, E., *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1984, pp. 111 y ss.

(155) Vid., sobre este artículo, Díaz Palos, F., *Delito continuado*, en *La Reforma del Código penal de 1983*, cit., pp. 443 y ss.

(156) Gimbernat Ordeig, E., en *Prólogo* al Código penal de la Ed. Tecnos, Madrid, 1986, p. XIX.

(157) Cfr. Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, cit., pp. 664 y s.

pio de legalidad en la justicia penal española. Ha de añadirse, sin embargo, que, a tenor de la redacción del precepto, no pueden quedar excluidas, en modo alguno, según la opinión de Cobo y Vives (158), las críticas al mismo desde la perspectiva de las exigencias de taxatividad y certeza: “dados los factores de incertidumbre que presenta la nueva regulación —concluyen estos autores—, y los márgenes de arbitrio que, para la posible agravación, confiere, lo que resulta, sin duda, menoscabada es la seguridad jurídica”.

f) El nuevo contenido del art. 344 (159)

Como ya se ha expuesto (160), la configuración del art. 344 era, antes de la reforma, un claro ejemplo de ruptura legislativa con la función de garantía que el tipo ha de cumplir.

La nueva redacción que se da al precepto obedece, esencialmente, según la Exposición de Motivos de la Ley de 1983, a la perentoriedad de suprimir los más graves defectos que el mismo presentaba, defectos entre los cuales sobresalía el relativo al arbitrio concedido al juzgador en la determinación de la pena, que por su muy excesiva amplitud resultaba radicalmente

(158) Cobo del Rosal, M. - Vives Antón, T.S., *D.P., P.G.*, cit., pp. 663 y ss.

(159) En el momento de redactar este trabajo, se anuncia una reforma de la materia que, al parecer, no afecta a las consideraciones que aquí se harán. Si ello fuera así, se desaprovecharía una magnífica ocasión para adecuar, de modo íntegro, el contenido del art. 344 al postulado de la seguridad jurídica, seguridad jurídica no alcanzada, plenamente, por el precepto, tal y como se desprende de las opiniones doctrinales que van a ser citadas en el texto.

(160) Cfr., *supra*, el apartado II, E, a, b’).

irreconciliable con un correcto entendimiento del principio de legalidad.

A tal fin, se acoge en el precepto, dentro de un marco penal más reducido, la división de las sustancias, objeto de tráfico prohibido, atendiendo al grado de su nocividad para la salud, y se consignan, asimismo, a los efectos de fijar diferenciadamente la punición de las diversas conductas, ciertas circunstancias de agravación de la pena base correspondiente (161).

La reforma merece, pues, en el ámbito de la seguri-

(161) Según los párrafos 1º y 2º del art. 344 "Los que promovieren, favorecieren o facilitaren el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas mediante actos de cultivo, fabricación o tráfico, o las poseyeren con este último fin, serán castigados con la pena de prisión menor y multa de 30.000 a 1.500.000 pesetas, si se tratare de sustancias que causen grave daño a la salud, y de arresto mayor en los demás casos.— Se impondrán las penas superiores en grado cuando las drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas se difundan entre menores de dieciocho años, en centros docentes, unidades militares o establecimientos penitenciarios, cuando el culpable perteneciere a una organización que tuviera como finalidad difundirlas, así como cuando la cantidad poseída para traficar fuere de notoria importancia". El precepto se completa por otros párrafos en los que se establece la pena de inhabilitación especial (si los actos anteriores fueren realizados por facultativo o funcionario público con abuso de su profesión), se previenen determinadas medidas de seguridad (en los casos de extrema gravedad y cuando los hechos se realicen en un establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada a los fines del párrafo primero...), y se acoge la denominada "reincidencia internacional". Para un estudio del precepto, pueden verse las siguientes obras: A.A.V.V., *La problemática de la droga en España (Análisis y propuestas político-criminales)*, Ederasa, Madrid, 1986; A.A.V.V., *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, Generalitat Valenciana, 1987; Beristain Ipiña, A., *Delito de tráfico ilegal de drogas*, en *La reforma del Código penal de 1983*, t. V, vol. 2º, cit., pp. 743 y ss.; Prieto Rodríguez, J.I., *El delito de tráfico y el consumo de drogas en el ordenamiento jurídico penal español*, Bosch Casa Ed., Barcelona, 1986.

dad jurídica, una valoración positiva. No obstante, son varias las observaciones críticas que, desde la perspectiva de tan fundamental principio, se han efectuado a la redacción del art. 344, críticas que, esquemáticamente, paso, a continuación a relacionar.

En lo que atañe a la fórmula “drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas” (162), entiende Arroyo Zapatero (163) que el concepto de drogas —que ha de precisarse por la ley penal, con expresión de los datos típicos estrictos sobre el contenido y esfera de desvalor que la norma pretenda imponer— debería acompañarse, además, en respeto del principio de legalidad, de un catálogo general de sustancias limitado al exacto desarrollo técnico y de puesta al día de los objetos comprendidos en el significado de desvalor de la norma que realiza la remisión. Por su parte, Vives Antón (164), en esta línea de afianzar la salvaguarda de la seguridad jurídica, estima que “Las sustancias de que se trata deberían precisarse mejor aún en el tipo penal por una referencia expresa a las listas contenidas en los Tratados”.

También se ha cuestionado en la doctrina el acierto sobre el modo de establecer la distinción entre las “sustancias que causen grave daño a la salud” y aquellas otras que no causen tal grave daño. Si bien es ge-

(162) Una referencia a las distintas posiciones sobre la interpretación de dichos términos, en Lorenzo Salgado, J.M., *Reforma de 1983 y tráfico de drogas*, en *La problemática de la droga en España*, op. cit., pp. 32 y ss.

(163) Cfr. Arroyo Zapatero, L.A., *Aspectos penales del tráfico de drogas*, en *Poder Judicial*, 1984, nº 11, junio, pp. 22 y s.

(164) Vives Antón, T.S., *Presupuestos constitucionales de la prevención y represión del tráfico de drogas tóxicas y estupefacientes*, en *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, vol. cit., p. 251.

neralmente aceptada la oportunidad de dicha distinción, Arroyo Zapatero (165) subraya que el sistema elegido para definir y distinguir las sustancias en relación a su nocividad “resulta poco respetuoso con los principios de seguridad jurídica y de reserva de ley”. En su opinión, el obligado acatamiento de tales principios tendría que haber conducido a la clara diferenciación —dentro del catálogo general cuya confección propugna este autor— entre las diversas sustancias. En este sentido, Vives Antón (166) resalta la necesidad de que la ley señale “cuáles son las que causan grave daño a la salud y cuáles las demás o, al menos, el criterio en el que fundar el encuadramiento de una sustancia determinada en una u otra clase, sea el de la producción de dependencia física u otro más complejo”.

En otro orden de consideraciones, las dudas que se han suscitado en torno al carácter típico y ámbito de la donación de drogas (167) reclaman, igualmente,

(165) Arroyo Zapatero, L.A., *Aspectos penales del tráfico de drogas*, cit., p. 22.

(166) Vives Antón, T.S., *Presupuestos constitucionales...*, cit., p. 251.

(167) Según el Tribunal Supremo, la donación ha de seguir estimándose conducta típica, y ello porque, pese a que la misma, tras la reforma de 1983, no aparezca consignada en el precepto, el término *tráfico* comprende tanto la transmisión onerosa como la gratuita. En idéntico sentido se pronuncia la Circular núm. 1/1984, de 4 de junio, de la Fiscalía General del Estado sobre “Interpretación del artículo 344 del Código Penal”.

De modo contrario, señala Muñoz Conde que con la reforma de 1983 “la simple donación o invitación a consumir no es punible, salvo que se considere incluida en el concepto de tráfico, lo cual raya en la analogía *in malam partem*” (*La reforma penal de 1983*, cit., p. 200). En esta misma línea interpretativa, estima Arroyo Zapatero que con el vigente art. 344 se han de considerar impunes conductas tales como

una clara toma de postura por el legislador en una futura reforma: “La expresión legal —como escribe Fernández Albor (168)— debiera matizar, para mayor seguridad jurídica, la referencia al tráfico con mención específica al ánimo de lucro o a la intención de proselitismo”. En suma, y como también apunta García-Pablos (169), “La seguridad jurídica se ve seriamente menoscabada cuando una hipótesis harto frecuente en la vida cotidiana merece calificaciones penales inciertas... La actual incertidumbre —indica este autor— creo debe dar paso a una reforma precisa y terminante...”.

En lo que concierne a la *ratio* del tipo agravado del párr. 2º, ha de decirse, según afirma Rodríguez Devesa (170), que con el mismo se “intenta responder a la ineludible exigencia derivada del principio de legalidad, de una mayor concreción de los tipos penales y de proporcionar las penas a la gravedad de los hechos”. Siendo, ciertamente, esto así, interesa poner de relieve, sin embargo —al margen de la controvertible inclusión de alguno de los supuestos cualificados en dicho párrafo—, la incorrección de utilizar una

las de “donación” y, en suma, todas aquéllas, a excepción de las de cultivo o fabricación, en las que no concurra un móvil de lucro, móvil inherente a la conducta de tráfico cuya necesaria concurrencia, para afirmar la punibilidad de la misma, se ve reforzada por la supresión de la *donación* como acto típico (*Aspectos penales del tráfico de drogas*, cit., p. 23).

(168) Fernández Albor, A., *Otra vez sobre la droga: ¿Qué resuelve la reciente reforma del artículo 344?*, en *La problemática de la droga en España*, op. cit., p. 20.

(169) García-Pablos de Molina, A., *Bases para una política criminal de la droga*, en *La problemática de la droga en España*, op. cit., pp. 391 y ss.

(170) Rodríguez Devesa, J.Mª., *D.P.E., P.G.*, cit., p. 1016.

cláusula abierta como la de “notoria importancia”. Como advirtió Muñoz Conde (171), al poco tiempo de entrar en vigor la reforma, tal referencia puede originar una gran inseguridad en la *praxis* (172), y por ello —a juicio de Vives Antón (173)— se debería de haber establecido “qué cantidad poseída para traficar es de ‘notoria importancia’, aunque hubiera que hacerlo estipulando una cantidad distinta para cada clase de droga”. De ahí, como también concluyen Boix Reig y Mira Benavent (174), “que la posibilidad de incrementar un grado la pena en función de un elemento típico indefinido (‘notoria importancia’) sea más que criticable desde la perspectiva, de exigencias de concreción típica, del principio de legalidad”.

Finalmente, es fuente de incerteza, asimismo, la mención por el párr. 4º del art. 344 a los “casos de extrema gravedad”, fórmula que por su indeterminado alcance precisa una matización legislativa (175).

En resumen, la valoración global de la reforma en este punto ha de juzgarse acertada en cuanto que salva graves deficiencias de la regulación anterior. Se impone, sin embargo, una más decidida profundiza-

(171) Cfr. Muñoz Conde, F., *La reforma penal de 1983*, cit., p. 200.

(172) Y, en efecto, las Sentencias dictadas por los Tribunales acusan una clara falta de uniformidad en este importante punto. Cfr. Boix Reig, J. - Mira Benavent, J., *La reforma penal en relación con la problemática de la droga (Análisis jurisprudencial)*, en *Problemática jurídica y psicosocial de las drogas*, vol. cit., pp. 119 y s.

(173) Vives Antón, T.S., *Presupuestos constitucionales...*, cit., p. 251.

(174) Boix Reig, J. - Mira Benavent, J., *La reforma penal en relación con la problemática de la droga*, cit., p. 118.

(175) Vives Antón, T.S., *Presupuestos constitucionales...*, cit., p. 251.

ción en el principio de legalidad, tal como, sin duda, ponen de manifiesto las observaciones doctrinales reseñadas.