

Sobre la negación práctica de la doble naturaleza jurídica de la legalidad penal

Por MARÍA PERANDONES ALARCÓN
Colegio de Abogados de Madrid

RESUMEN

Partiendo de la complejidad de la cuestión relativa a la configuración de la naturaleza jurídica de la legalidad penal, este trabajo analiza, a través de las aportaciones de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina científica, algunas de las consecuencias que derivan de la actual consideración práctica de la legalidad penal exclusivamente como principio general y no en su doble naturaleza de principio y derecho fundamental. Lo cual genera no solo la incuestionable desnaturalización de su fundamento jurídico último, sino también la anulación de facto de una parte importante de su contenido con el consiguiente riesgo para la seguridad jurídica y para los derechos de la ciudadanía. En su segunda parte, el trabajo expone las principales líneas jurisprudenciales del TEDH sobre la cuestión, así como algunas de las diferencias existentes en la amplitud que ambas doctrinas jurisprudenciales otorgan a la legalidad penal.

Palabras clave: *Legalidad penal, doble naturaleza jurídica, garantías procesales, límites de los derechos fundamentales.*

ABSTRACT

Starting from the complexity of the question regarding the configuration of the legal nature of criminal legality, this work analyzes, through the contri-

butions of constitutional jurisprudence and scientific doctrine, some of the consequences that derive from the current practical consideration of criminal law exclusively as a general principle and not in its dual nature of principle and fundamental right. This generates not only the undeniable denaturalization of its ultimate legal basis, but also the de facto nullification of an important part of its content with the consequent risk for legal security and for the rights of citizens. In its second part, the work exposes the main jurisprudential lines of the ECHR on the issue, as well as some of the existing differences in the extent that both jurisprudential doctrines grant to the criminal legality.

Keywords: Criminal legality, double legal nature, procedural guarantees, limits of fundamental rights.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN: ¿PRINCIPIO O DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL? – II. *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*: EVOLUCIÓN Y SOMBRAS DE SU VIGENTE CONCEPCIÓN. – III. LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS. – IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN: ¿PRINCIPIO O DERECHO A LA LEGALIDAD PENAL?

Lejos de ser una cuestión más terminológica que jurídica, el problema relativo a la naturaleza última de la legalidad penal encierra importantes repercusiones prácticas. Efectivamente, aclarar si estamos ante un principio o ante un derecho o si quizás en la línea apuntada por Alexy resulta ser la legalidad penal un híbrido bifronte que goza de una doble estructura¹, implica determinar si es (solo) bueno que las normas penales sean vinculantes, mejor cuanto más precisas y desde luego irretroactivas, o si por el contrario a todo ello, además, han de adherírsele garantías materiales que supongan por un lado, una limitación efectiva a la acción normativa de los poderes públicos y por el otro, un medio seguro de satisfacción (subjetiva) del contenido (al menos *esencial*) del derecho.

Sin entrar ahora en la cuestión de cuáles son los rasgos que diferencian principios y derechos² y asumiendo, como señala Prieto San-

¹ ALEXY, R., «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2002, pp. 13-64.

² Véase en este sentido: DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984; PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre la separación entre derecho y moral y otras cuestiones relativas a los principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, T. X: pp. 545-553, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993; o PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre principios y normas. Problemas

chís, que si bien es cierto que los principios son fundamentales también lo es el que no todos lo son en la misma medida así como que igualmente existen normas que gozan de la naturaleza jurídica de normas fundamentales³, puede inferirse *grosso modo* que si la legalidad penal fuera técnicamente (solo) un principio podría ser atemperada y cumplida en diferentes grados dado que la medida de su observancia «no solo dependería de las posibilidades fácticas sino también de las jurídicas»⁴. Sin embargo, si por el contrario es concebida como derecho fundamental tal atemperación sería inadmisibles, por cuanto los derechos, como resultado que son del acuerdo básico de las diferentes fuerzas sociales a partir de relaciones de tensión⁵ no pueden ser cumplidos gradualmente, y o son respetados o simplemente no lo son.

Pese a la trascendencia práctica de la cuestión (o precisamente por ello) no parece existir unanimidad doctrinal en el tratamiento y en la concepción práctica de la misma en nuestro ordenamiento jurídico, –resultando igualmente heterogénea la forma en que en los distintos instrumentos internacionales se aborda su configuración, ora como derecho ora como principio⁶–. Y ello, sorprendentemente, pese a que la concepción constitucional de la legalidad penal no deja margen de

del razonamiento jurídico», *Cuaderno y Debates*, núm. 40, Centro de Estudios Constitucionales Madrid, 1992, pp. 419-438.

³ PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico», *Cuaderno y Debates*, núm. 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992, pp. 57 -59.

⁴ ALEXY, R., *Estudios sobre la teoría jurídica*, Comares, Madrid, 2002, p. 80

⁵ PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007, p. 102.

⁶ Así, artículo 11.2 DUDH: «2. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el Derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito»; artículo 15 PIDCP: «1. Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo se opondrá al juicio ni a la condena de una persona por actos u omisiones que, en el momento de cometerse, fueran delictivos según los principios generales del derecho reconocidos por la comunidad internacional»; artículo 7 CEDH: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas; artículo 49.1 CDFUE: «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta.»

dudas: la legalidad penal es un derecho fundamental reconocido⁷ en el artículo 25.1⁸ de la Constitución española.

En este sentido, además, ha de tenerse en cuenta que la Constitución no establece o define de forma primigenia la legalidad penal, sino que se limita a reconocer lo que de forma previa ya existe y es fruto de una profunda elaboración doctrinal. Lo cual debería determinar que su configuración no pueda distar mucho del contenido esencial que lo informa desde los albores de la codificación. Y por ello no deberían albergarse dudas acerca de su determinación (práctica) como derecho fundamental y de la consiguiente posibilidad de protección de la misma a través de la vía de amparo constitucional⁹.

Sin embargo, pese a ello, lo cierto es que, ni siquiera terminológicamente la legalidad penal es ha sido tratada como derecho¹⁰ siendo referida la inmensa mayoría de las ocasiones como principio¹¹. Efecti-

⁷ De lo cual derivan las garantías que se enumeran en los artículos 53, 54, 81, 161.1 y 168 CE: «Cualquier ciudadano puede recabar la tutela de los derechos subyacentes al principio de legalidad penal y los derechos de los condenados a penas de prisión recogidos en el artículo 25 de la Constitución española, ante los Tribunales ordinarios, por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad» (art. 53.2 CE); en segundo lugar, cualquier ciudadano puede acudir, tras el cumplimiento de los requisitos y tramitaciones establecidas para ello, al recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional para la protección de los derechos subyacentes al principio de legalidad penal y los derechos de los condenados a penas de prisión recogidos en el artículo 25 de la Constitución (arts. 53.2 y 161.1.b CE); en tercer lugar, cabe «el recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley» que lo vulneren (arts. 53.1 y 161.1.a CE); en cuarto lugar, el Defensor del Pueblo, «como Alto Comisionado de las Cortes Generales para la defensa de los derechos recogidos en el Título I de la Constitución» (art. 54 CE), sea competente para su defensa; en quinto lugar, «solo por ley, que en todo caso deberá respetar el contenido esencial» del mismo, «podrá regularse» su ejercicio (art. 53.1 de la Constitución Española); en sexto lugar, el desarrollo normativo del derecho, debe realizarse mediante Ley Orgánica (art. 81.1 CE), que requiere, a tenor del artículo 81.2 CE, un especial consenso parlamentario al exigirse, para su aprobación, modificación o derogación, mayoría absoluta del Congreso; en séptimo lugar, se prohíbe la adopción de Decretos-Leyes que le afecten (art. 86.1 CE); y en séptimo y último lugar, cualquier modificación de la regulación que establece la Constitución Española para el mismo debe canalizarse a través de la vía de reforma constitucional gravada que establece el artículo 168 de la Constitución Española (art. 168 CE).

⁸ Artículo 25.1 CE: «1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento».

⁹ Protección que es admitida con multitud de condicionantes. En este sentido: STC 122/1994, de 25 de abril; STC 65/1985, de 23 de mayo; STC 50/1980, de 5 de abril; STC 150/1989 de 25 de septiembre; STC 62/1982 de 18 de octubre o más recientemente STC 11/12, de 24 de febrero.

¹⁰ STC 24/2004, de 24 de febrero: «(...) Como contenidos de este derecho fundamental, se encuentra la garantía material que se manifiesta en la triple exigencia de *lex scripta*, *lex previa* y *lex certa*».

¹¹ STC 108/1986, de 26 de julio: «En el artículo 25 encontramos una concreción del principio de legalidad en el ámbito sancionador (...)».

vamente, como señala Lascuraín Sánchez no resulta familiar en la reflexión jurídica la expresión «derecho a la legalidad sancionadora»¹².

La razón de ser de esta desnaturalización o, si se quiere, de esta atrofia estructural de la legalidad penal, –que curiosamente habría de determinar tanto su practicidad como el que deba ser respetado en todo caso y en todos los casos–, proviene precisamente de una deficiente formulación constitucional, que guiada por la necesidad de extender su radio de acción al ámbito del derecho administrativo sancionador, como no podía ser de otra manera, ha devenido en una desnaturalización de aquél originario contenido esencial del derecho al punto de hacerlo irreconocible.

En este sentido subraya Huerta Tocildo cómo incluso la propia jurisprudencia constitucional ha incurrido, a este respecto, en ciertas vacilaciones «pudiendo comprobarse que las sucesivas garantías que el Tribunal Constitucional ha venido estimando incluidas en el artículo 25.1 CE, o excluidas del mismo, no siempre coinciden con la opinión mantenida por la doctrina penal respecto de los elementos integrantes del derecho subjetivo que en él se recoge.»¹³

II. *NULLUM CRIMEN NULLA POENA SINE LEGE*: EVOLUCIÓN Y SOMBRAS DE SU VIGENTE CONCEPCIÓN

Conviene en este punto para una mejor comprensión de la disyuntiva jurisprudencial existente, recordar brevemente el origen de la legalidad penal, que para el sentir mayoritario de la doctrina¹⁴ entronca con las monarquías absolutistas de la Edad Moderna que procuraron concentrar y reservarse para sí el *Ius Puniendi* (a través de disposiciones penales normalmente duras y desproporcionadas que permitían un amplísimo arbitrio judicial¹⁵) siendo en la Ilustración cuando la doctrina más autorizada reconoce por vez primera que solo las leyes pueden definir los delitos con sus correspondientes penas –*nullum crimen sine praevia lege poenali*– y que nadie ha de ser castigado con pena diversa a la establecida de forma previa por la ley

¹² LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Solo penas legales, precisas y previas: el Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009, p. 19.

¹³ HUERTA TOCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993, pp. 86.

¹⁴ Sin faltar asimismo los autores que sostienen sus orígenes en épocas anteriores: desde en el Código de Hammurabi (VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal, Parte General*, Editorial Temis, Bogotá, 1995, p. 230.) hasta en la Carta Magna *Liberatum* de Juan sin Tierra de 1215.

¹⁵ En este sentido: CUERDA RIEZU, A., «La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional», BALADO, GARCÍA REGUEIRO, J. A. (Dir.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998, pp. 275-290.

–*nulla poena sine praevia lege*–; fórmula que se condensa en el clásico *nullum crimen nulla poena sine lege* cuyo origen ha sido atribuido en la mayoría de las ocasiones¹⁶ a Feuerbach¹⁷.

De aquella originaria interpretación de Beccaria en que la legalidad penal se sustentaba fundamentalmente en el hecho de que solo las leyes podían decretar las penas de los delitos residiendo la autoridad de definir aquéllos únicamente en el legislador, puesto que ni el monarca ni «ningún magistrado *podía* con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad»¹⁸, se ha pasado en la actualidad a la concepción estricta a que antes aludíamos basada exclusivamente en la exigencia de que las leyes sean únicas, codificadas, claras, sencillas e inteligibles para todos los ciudadanos¹⁹.

La esencia, pues, de su evolución puede resumirse en la transformación de la legalidad penal de una originaria garantía de prohibición de la arbitrariedad subjetiva de las normas dirigida principalmente a los poderes del Estado encargados de crearlas, a una posterior configuración estricta de la misma como garantía contra la inseguridad jurídica objetivamente considerada, que encuentra como sujetos exclusivos de la relación al ciudadano y a la norma²⁰.

Sin entrar en la cuestión, basta señalar que el proceso transformador tuvo lugar en dos fases. La primera (ya expuesta) de cuya manifestación es muestra suficiente el pensamiento de Beccaria²¹ y del resto de autores que posteriormente fueron ampliando el ámbito de la legalidad penal a la consecuencia jurídica del delito, es decir, a la pena así como al proceso en sí –órganos persecutorio y judicial– y a la ejecución final de la sentencia²²–; y una segunda fase en la que su ámbito pasa a incluir también la prohibición de la aplicación retroactiva de las leyes penales en perjuicio del acusado y/o condenado a fin de impedir que puedan ser castigadas conductas anteriores a la entrada en vigor de las leyes; la exigencia de tipicidad y la consiguiente exclusión de la costumbre y de la analogía como fuente de delitos y penas y circunstancias de agravación de la penalidad; así como, por último, la necesidad de la taxatividad en la descripción de las conductas típicas.

¹⁶ En sentido contrario, sobre el origen griego del axioma y el curso y evolución de su génesis: DEDES, CH., «Sobre el origen del principio “*nullum crimen nulla poena sine lege*”», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 9, 2002, pp. 141-146.

¹⁷ FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, p. 63.

¹⁸ BECCARIA, C., *De los delitos y de las penas*, 3.ª ed, Alianza Editorial, Madrid, 1982, pp. 29-31.

¹⁹ CUERDA RIEZU, A., «La aplicación retroactiva de las leyes favorables y...», ob. cit., p. 289.

²⁰ En este sentido véase SCHREIBER, H. L., *Gesetz und Richter: zur geschichtl. Entwicklung d. Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, METZNER, A., Frankfurt am Main, 1976, pp. 233-265.

²¹ *Idem*.

²² GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de CC. Penales, México, 2004, p. 266.

Yuxtaposición de principios, que si en sus orígenes fue rápida y unánimemente admitida por la doctrina, en la actualidad vienen a integrarse y a conformar de forma indisoluble la legalidad penal como garantías de la misma inescindibles de su contenido esencial.

A propósito de esta yuxtaposición y de su reconocimiento en el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH)²³, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) ha manifestado que la legalidad penal «no se limita a prohibir la aplicación retroactiva de la ley penal con desventaja para el acusado, sino que consagra también de manera más general el principio de legalidad de los delitos y las penas –*nullum crimen sine lege*– y el que ordena no aplicar la Ley penal de manera más extensiva, en desventaja del acusado, principalmente por analogía»²⁴. Habiendo explicitado igualmente el TEDH que la definición previa del delito es una condición que se encuentra cumplida «cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y si fuera necesario con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometen su responsabilidad penal»²⁵.

Resulta especialmente significativa la cuestión apuntada por el TEDH sobre la «ayuda» que los Tribunales, en forma de interpretación, han de brindar en orden a la satisfacción plena de la garantía de la legalidad penal del justiciable. Y ello porque, en efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, la interpretación que los Tribunales efectúan sobre la legalidad penal viene de hecho a suponer un límite extrínseco de la misma, al no ser admitida como suficiente para fundamentar un recurso de amparo la confrontación que de la legalidad penal hayan realizado los distintos Tribunales²⁶.

En este sentido fue ya en 1994 cuando por vez primera el Tribunal Constitucional (TC) se pronunció acotando su ámbito y denegando el amparo solicitado²⁷ al establecer que «la simple discrepancia con la interpretación razonada que de la legalidad (penal) ordinaria realizan los Jueces y Tribunales integrantes del Poder Judicial no tiene cabida en el marco objetivo del recurso de amparo por no implicar dicha dis-

²³ Artículo 7 CEDH: «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas».

²⁴ Sentencia *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993.

²⁵ *Idem*.

²⁶ Sobre esta cuestión véase MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso de “La Manada”», *Revista Penal*, núm. 43, enero 2019, pp. 290-299, y MESTRE DELGADO, E., «No es abuso, es violación», *ABC*, 22 de junio de 2019.

²⁷ Declarado así, entre otras, en la reciente STC 11/12, de 24 de febrero.

crepancia, por sí sola, la vulneración de ningún derecho fundamental»²⁸. Contradiendo de esta forma la doctrina jurisprudencial anterior que establecía que «una controversia en el plano de la legalidad se convierte en materia constitucional si de ella se deriva la vulneración de un derecho fundamental»²⁹.

Lo que parece indiscutible es que si las controversias en el plano de la legalidad no pueden ser materia sobre la que gravite un recurso de amparo cuando de ello deriva la vulneración de un derecho protegible por esta vía, poca o ninguna virtualidad tiene en el plano fáctico el que la legalidad penal sea, como de hecho es y así recoge nuestra Constitución, uno de los más importantes derechos fundamentales. Lo cual, además, de fomentar la (también) errónea concepción de que jurisdicción constitucional y ordinaria son compartimentos estancos e intocables cuya proyección ni es ni debe ser es opuesta, igualmente contradice y parece anular importantes líneas jurisprudenciales anteriores que establecían, basándose en la inmutable unidad del ordenamiento jurídico, que la distinción entre jurisdicción constitucional y ordinaria era contraria a la propia Constitución y no podía ser establecida refiriendo la primera al plano de la «constitucionalidad» y la ordinaria al de la simple «legalidad» puesto que «la unidad del ordenamiento jurídico y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incommunicables»³⁰.

En la escasa jurisprudencia constitucional recaída a propósito de la legalidad, el TC la ha configurado sintéticamente partiendo de su evolución y así ha declarado que ésta ha pasado de relacionarse con una protección frente al monarca y por derivación frente al Estado a una «concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derechos estatal sancionador»³¹.

En la actualidad la legalidad penal se fundamenta en «el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado de Derecho sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, pero también con el derecho de los ciudadanos a la seguridad jurídica»³².

De su relación con otros preceptos y derechos fundamentales ha de destacarse su conexión con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales, garantizados respectivamente en los artículos 24 y 117.1 de la Constitución; y muy especialmente con la declaración acerca del sometimiento de los jueces y magistrados únicamente al imperio de la ley. Presupuesto básico éste del Estado de Derecho, en el que como ha expresado el TC, «se integran también las exigencias (legalidad, segu-

²⁸ STC 122/1994, de 25 de abril.

²⁹ STC 65/1985, de 23 de mayo.

³⁰ STC 50/1980, de 5 de abril.

³¹ STC 150/1989 de 25 de septiembre.

³² STC 62/1982 de 18 de octubre.

ridad jurídica, irretroactividad, interdicción de la arbitrariedad) enunciadas por el artículo 9.3 de la Constitución»³³.

De forma que en la actualidad, igual que ocurre en Derecho comparado, junto a la finalidad estrictamente «científica» identificada y plasmada como expone De Vicente «con las múltiples exigencias legales o subprincipios que vienen a conformar el contenido real del principio de legalidad»³⁴ de las que hablábamos antes (mandato de taxatividad; irretroactividad de la norma penal, prohibición de regulación de la materia penal por normas que dimanen del Ejecutivo, prohibición de analogía; prohibición de la de regulación de la materia penal por normas consuetudinarias...etc.) nos encontramos con una cada vez más clara y marcada fundamentación de corte político criminal.

En efecto, la legalidad penal está hoy día también llamada a cumplir una función motivadora de las normas penales que únicamente podrán ser «recibidas» debidamente por el ciudadano cuando su mensaje sea claro y público además de anterior a la comisión de los hechos que determinen el accionamiento de aquella.

Este último aspecto es el que a juicio de un importante sector doctrinal es el más destacable puesto que a fin de cuentas «lo imprescindible de este fundamento radica en constatar la irretroactividad de las disposiciones legales»³⁵. Pudiéndose colegir sin mucho esfuerzo que, al menos en el plano estrictamente científico, cuando el Derecho Penal es utilizado por los poderes públicos para satisfacer fines ajenos al mismo (como ocurre cuando se utiliza como instrumento político o partidista), no solo se está haciendo uso de un derecho fundamental indisponible por los poderes públicos (y quebrándose por ello garantías esenciales del individuo), sino que también se está dificultando enormemente el que el ciudadano pueda recibir aquél mensaje que las disposiciones penales en su conjunto deben transmitirle.

Sobre ésta problemática, para Sáez Rodríguez, se parte de un planteamiento tan inexacto como dañino, esto es, considerar que la seguridad constituye en sí un valor soberano cuya vigencia y trascendencia se miden en proporción inversa a la libertad. En este sentido afirma el autor parafraseando a Baratta, que «la seguridad es una necesidad humana y una función general del sistema jurídico pero, en ambos casos, no tiene un contenido propio; respecto del sistema de necesidades, es una necesidad secundaria, respecto al sistema de derechos, es un derecho secundario con relación a otras necesidades básicas que podemos llamar primarias»³⁶.

³³ STC 133/1987 de 21 de julio.

³⁴ DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pp. 89.

³⁵ LAMARCA PEREZ, C., «Formación histórica y significado político de la legalidad penal», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 1987, pp. 35 ss.

³⁶ SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *El Proyecto de Reforma del Código Penal: el orden público como instrumento de contención en el ejercicio de las libertades*, Plataforma

III. LA PERSPECTIVA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Como parte integrante de nuestro ordenamiento jurídico resulta necesario abordar siquiera brevemente la formulación de la legalidad penal en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE)³⁷, que no difiere en exceso de la realizada por el Convenio Europeo de Derechos Fundamentales (CEDH)³⁸, así como las líneas generales que a partir de ambos instrumentos traza el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH).

Tanto el CEDH como la posterior CDFUE basan la legalidad penal en tres aspectos: su proclamación en la forma clásica ya advertida, la prohibición de imposición de penas mayores a las previstas en el momento de la comisión y la advertencia de que la legalidad penal no es óbice para castigar acciones u omisiones consideradas criminales a la luz de los principios generales del derecho.

Este último enfoque colisiona con la consideración de la legalidad penal en la forma estricta en que tradicionalmente ha sido configurada en nuestro ordenamiento jurídico. Lo cual posiblemente tenga su origen en la incorporación por el TEDH de la configuración que de la legalidad penal ha venido realizándose por la *common law*, que ha obligado al TEDH a reelaborar una jurisprudencia cuya amplitud deriva necesariamente en la modificación de aspectos esenciales del principio³⁹.

Pese a la semejanza en la formulación de la legalidad penal en el CEDH y la CDFUE ambos instrumentos difieren sobremanera en lo relativo a su valor jurídico y efectividad. Mientras que en el CEDH la materialización efectiva de la legalidad debe realizarse necesariamen-

Otro Derecho Penal es Posible, <http://libros.otroderechopenal.com/elordenpublico.pdf>, p. 19.

³⁷ Artículo 7.1 CDFUE «Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o el Derecho internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. Si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta. 2. El presente artículo no impedirá el juicio y el castigo de una persona culpable de una acción o una omisión que, en el momento de su comisión, fuera constitutiva de delito según los principios generales reconocidos por el conjunto de las naciones. 3. La intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción».

³⁸ Artículo 7 CEDH «1. Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida. 2. El presente artículo no impedirá el juicio o la condena de una persona culpable de una acción o de una omisión que, en el momento de su comisión, constituía delito según los principios generales del derecho reconocido por las naciones civilizadas» (art. 7 CEDH).

³⁹ En este sentido CANOSA USERA, R., *Sinopsis del artículo 25 de la Constitución Española*, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>.

te a través de la aplicación que de la misma realice el TEDH (estando a su vez su ejecutividad condicionada a la decisión de los Estados parte, que son quienes tienen el deber «de comprometerse a acatar las sentencias»⁴⁰); la garantía que le otorga la CDFUE actualmente⁴¹ se sustenta en una obligación absoluta para el Estado que no tiene (como ocurre sí en el CEDH) posibilidad material de condicionarla u omitirla puesto que inexcusablemente debe «respetar sus derechos, observar los principios y promover su aplicación»⁴².

En resumidas cuentas la legalidad penal queda equiparada por lo que ahora interesa a los demás derechos reconocidos en los Tratados de la Unión Europea⁴³. Es decir, que pese a que teóricamente la vigencia de la legalidad penal en el CEDH es absoluta al no autorizarse ninguna derogación a aquella en tiempo de guerra u otro peligro público y al deber ser siempre interpretada y aplicada «de manera que se garantice una protección efectiva contra las dilaciones, las condenas y las sanciones arbitrarias»⁴⁴; en la práctica y en tanto no se generen mecanismos incondicionales y garantías plenas de respeto, protección y ejecutividad de las sentencias del TEDH, no puede predicarse una salvaguarda real y efectiva de la misma⁴⁵, quedando relegada por ello a una mera formulación programática.

En la interpretación actual de la legalidad penal por el TEDH resultan suficientemente expresivos sus dos ejes delimitadores fundamentales, esto es, el ámbito sobre el que se proyecta la legalidad penal «que engloba el derecho escrito y el no escrito, e implica condiciones cualitativas (entre otras las de accesibilidad y previsibilidad)»⁴⁶; y, en segundo lugar, el significado de la «infracción» a que la legalidad penal ha de extenderse, sobre lo que también con vocación de totalidad se ha pronunciado el TEDH en el sentido de que: «si bien teóricamente el ámbito de aplicación del artículo 7 CEDH ha de ceñirse a las «penas»; en el terreno práctico, y dada la imposibilidad de distinguir, en muchas ocasiones, «penas» y «modalidades de ejecución» ha de decidirse

⁴⁰ Artículo 46.1 CEDH.

⁴¹ Tras aquella primera etapa en que su contenido carecía de eficacia vinculante pese a los esfuerzos de las Instituciones en coadyuvar a ella mediante su inclusión en Reglamentos y Directivas o su cita en Sentencias, muy especialmente en la SSTJUE de 13 de abril de 2000.

⁴² Artículo 51 CDFUE.

⁴³ A excepción de lo previsto en el Protocolo núm. 30, Sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea para Polonia y Reino Unido.

⁴⁴ Sentencia S. W. v. Reino Unido, de 22 de noviembre de 1995.

⁴⁵ En este sentido, Garriga Domínguez, A. (Dir.), Álvarez González, S. (Coord.), «La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional» <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf>.

⁴⁶ Sentencia Milokavsky v. Reino Unido, de 13 de julio de 1995.

«caso por caso lo que la “pena” impuesta implica(ba) realmente en Derecho interno o, en otras palabras, cuál era su naturaleza intrínseca»⁴⁷.

Advirtiéndose así un tímido aunque claro cambio frente a la inicial postura en que ni siquiera eran objeto de escrutinio para el TEDH (sino más bien de rechazo en bloque) los asuntos que constituyeran no ya una pena sino su forma de ejecución. Y ello con independencia de lo que en el plano material implicara en realidad tal imposición.

La evolución en el concepto de «pena», materializada en la Sentencia *Del Río v. España*, de 21 de octubre de 2013, tiene origen en la Sentencia *Kafkaris v. Chipre*, de 12 de febrero de 2008 en la cual el TEDH establece la efectiva vulneración del derecho a la legalidad penal (al habersele entregado al demandante, tras la condena, un documento escrito en el que se le otorgaba una fecha concreta de salida que con posterioridad resultó ser inobservada al haberse declarado inconstitucional determinada normativa a resultas de una litigación ajena a su caso y verse incrementada la estancia en prisión del condenado, sin posibilidad de una liberación anticipada). Atrayendo de esta forma hacia el ámbito material de la legalidad penal cuestiones más propias de la ejecución penitenciaria, pero que despliegan un efecto material en la definición de pena desde el punto de vista de su impacto real afflictivo. De tal forma que se pone en juego una prolongación de la pena de prisión por la pérdida sorpresiva de la posibilidad de una liberación anticipada, pues como señala Landa Gorostiza: «las expectativas del demandante se quiebran y por ello la forma de endosar el problema es ampliar la definición material del concepto de pena tomando «en su conjunto» no solo una aproximación formal a su definición legal sino a su real y efectivo significado de acuerdo también a la normativa y praxis penitenciaria. El TEDH no lo quiere decir, incluso lo niega, pero, de hecho, aplica las garantías del artículo 7 CEDH a aspectos de ejecución»⁴⁸.

Fruto, entre otros motivos, de esta línea general de ampliación de su ámbito resulta el notable aumento del número de condenas⁴⁹ del TEDH por vulneración de la legalidad penal. Número mucho

⁴⁷ Sentencia *Del Río v. España*, de 21 de octubre de 2013.

⁴⁸ LANDA GOROSTIZA, J. M., «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2012 pp. 1-25.

⁴⁹ STEDH *Kononov v. Letonia*, de 24 de julio de 2008; STEDH *Korbely v. Hungría*, de 19 de septiembre de 2008; STEDH *Sud Fondi Srl y otros v. Italia*, de 20 de enero de 2009; STEDH, *Liivik v. Estonia*, de 25 de junio de 2009; STEDH *Scoppola v. Italia* de 17 de septiembre de 2009; STEDH *Gurguchiani v. España* de 15 de diciembre de 2009; STEDH *M. v. Alemania*, de 17 de diciembre de 2009; STEDH *Kallweit v. Alemania*, de 13 de enero de 2011; STEDH *Mautes v. Alemania*, de 13 de enero de 2011; STEDH *Schummer v. Alemania* de 13 de enero de 2011; STEDH *Jendrowiak v. Alemania* de 14 de abril de 2011; STEDH *O. H. v. Alemania*, de 24 de noviembre de 2011; STEDH *Mihai Toma v. Rumania*, de 24 de enero de 2012; STEDH *Alimucaj v. Albania* de 7 de febrero de 2012; STEDH *K. v. Alemania*, de 7 de junio de 2012; STEDH *G. v. Alemania*, de 7 de junio de 2012; STEDH, *Del Río Prada v. España*, de 10 de julio de 2012; STEDH *Camilleri v. Malta*, de 22 de enero de 2013; STEDH *Maktouf y Damjanovic v. Bosnia-Herzegovina*, de 18 de julio de 2013; STEDH *Del Río v. España*

mayor por lo demás desde 2008 (*Stedh Kafkaris*) hasta hoy que en los 14 años que comprende el período 1995⁵⁰ (año en que se produce la primera condena con la Sentencia Welch).

Aumento poco preocupante en el marco de los derechos fundamentales, pues si bien «quizás podamos permitirnos cierta incertidumbre jurídica cuando se trata del acceso a una subvención o de la imposición de una multa administrativa, (pero) nunca a la hora de prevenir cuándo podemos dar con nuestros huesos en la cárcel y cuándo podremos sacarlos de la misma. No a la hora de definir qué es un delito o cuánto se nos va a penar, si 20 años, si más, si esto depende de que el delito lo requiera a juicio del juez, si depende no del compromiso de que no vamos a delinquir sino de algo tan íntimo e inexigible como el arrepentimiento por lo ya hecho. Nos va en ello la seguridad más elemental; nos va en ello que el Estado sea de Derecho»⁵¹.

Es en la Sentencia *Kokkinakis v. Grecia*, de 25 de mayo de 1993 donde el TEDH perfilando la extensión del principio establece que el *nullum crime sine lege* obliga a no aplicar la ley de manera más extensiva en desventaja del acusado, principalmente por analogía, subrayando la necesidad de que el delito esté claramente definido; lo cual sucede «cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y si fuera necesario con ayuda de su interpretación por parte de los Tribunales, qué actos u omisiones comprometerán su responsabilidad penal». Sin olvidar tampoco, como recuerda en sentencias posteriores, que en materia penal es obligado siempre atender a la casuística (Sentencia *Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de julio de 1995) al ser obligado reservar el margen debido a la interpretación judicial⁵².

La necesidad de precisión de la ley penal no es solo una cuestión que tenga que ver con puras garantías del acusado, sino que entronca con la propia sustantividad y naturaleza de la norma en sí. En este sentido ha declarado en la Sentencia *Sunday Times* de 26 de abril de 1979 la tácita inclusión del principio de tipicidad en la legalidad penal puesto que: «una norma no puede considerarse ley a menos que se formule con la suficiente precisión que permita al ciudadano adecuar su conducta; debe poder prever, rodeándose para ello de consejos clarificadores, las consecuencias de un acto determinado. Estas consecuencias no tienen necesidad de conocerse con una certidumbre absoluta; la experiencia lo revela fuera de su alcance.». Pese a lo cual curiosamente la línea mantenida por el TEDH es la de desestimar como regla general las violaciones del principio de tipicidad con base

ña, de 21 de octubre de 2013; y, finalmente a fecha de hoy, STEDH *Varvara v. Italia*, de 29 de septiembre de 2013.

⁵⁰ LANDA GOROSTIZA, J. M., *Ejecución de penas y...* ob. cit.

⁵¹ LASCURÁIN, J. A., «Los males de la cadena perpetua revisable», *El Mundo*, 10 de junio de 2010.

⁵² «Por muy clara que pueda estar una disposición legal, sea cual sea el sistema jurídico, incluido el Derecho Penal, existe indudablemente un elemento de interpretación judicial» (Sentencia *Miloslavsky v. Reino Unido*, de 13 de julio de 1995).

en el principio de generalidad de las leyes, en base al cual, la redacción de éstas no puede presentar una precisión absoluta⁵³.

Por último resulta también esencial en la jurisprudencia del TEDH la inclusión dentro del ámbito de la legalidad penal de la prohibición de analogía, de forma tal que «queda vedada la interpretación que vaya más allá del tenor literal posible utilizado por el legislador para fijar los límites de la punibilidad»⁵⁴. Sin embargo y dado que en la actualidad puede resultar difícil elaborar leyes con una precisión absoluta igualmente ha afirmado (Sentencia *Baskaya y Okcuoglu v. Turquía*, de 8 de julio de 1999) que a los tribunales nacionales se les puede exigir una cierta flexibilidad: «para determinar si una publicación debe considerarse propaganda separatista contra la indivisibilidad del Estado» puesto que, según razonamiento del TEDH, por muy clara que esté redactada una disposición jurídica, hay inevitablemente una parte de interpretación de los tribunales, y por tanto: «siempre será necesario dilucidar los puntos oscuros y adaptar el texto, en función de las circunstancias».

IV. CONCLUSIONES

La legalidad penal, que fue en sus orígenes la plasmación concreta de la defensa frente al arbitrio del poder es hoy fruto posiblemente de la practicidad de su naturaleza jurídica «cambiante» o doble (de derecho y principio), una figura elástica en la que no se advierte un nivel de garantía acorde con su importancia y significado.

La debacle que supone el que la legalidad penal sea concebida y tratada las más de las veces exclusivamente como principio y resorte motivador de la recepción de las normas penales por la ciudadanía, que como derecho fundamental vinculante igualmente para los poderes públicos ha generado, por un lado, la errónea concepción de la separación de la jurisdicción constitucional y la ordinaria (como si fueran espacios ajenos e irremediabilmente separados) y por otro, la pérdida de la garantía de la efectividad última de la legalidad penal.

No resulta innecesario recordar por todo ello, que por encima de las directrices político criminales y absolutamente separado de éstas, además, se encuentran los derechos fundamentales indisponibles para los poderes públicos, cuya salvaguarda y garantía resulta ser precisamente la misión de aquellos.

⁵³ «Una de las técnicas tipo de reglamentación consiste en recurrir a categorías generales más que a listas exhaustivas. Así, numerosas leyes se sirven por la fuerza de las cosas, de fórmulas más o menos imprecisas, para evitar una rigidez excesiva y poder adaptarse a los cambios de la situación» (Sentencia *Sunday Times*, de 26 de abril de 1979).

⁵⁴ Sentencias *SW v. Reino Unido* y *CR v. Reino Unido*, de 22 de noviembre de 1995.

En tal cambio ha ejercido una influencia notable la jurisprudencia del TEDH, que si bien recientemente ha atraído hacia el ámbito material de la legalidad penal cuestiones de ejecución penitenciaria –pero que despliegan un efecto material en la definición de pena desde el punto de vista de su impacto real aflictivo, ampliando con ello el margen de garantías de la legalidad penal–, también entiende, con base en el CEDH, que la legalidad penal no es óbice para castigar acciones u omisiones consideradas criminales a la luz de los principios generales del derecho.

La concepción práctica de la legalidad penal exclusivamente como principio general y no como derecho fundamental es lo que posibilita que en la práctica esté siendo atemperada por otros principios e intereses, pues dicha naturaleza jurídica sí permite que pueda moldearse en función de la elasticidad o rigidez que la política criminal imperante le quiera otorgar.

No parece en ningún caso positivo que se admita el que a la legalidad penal le sean impuestos límites exógenos, como si de un mero principio general programático se tratara, pues en cuestiones relativas a derechos fundamentales y la legalidad penal lo es incuestionablemente, la única flexibilidad admisible es la que promueve una más amplia plasmación y garantía de los mismos y permite, en el caso que nos ocupa, una interpretación de la legalidad más acorde con su esencia y basada en consideraciones objetivas no dependientes de lo que la política criminal dicte. De lo contrario, además de vulnerarse su naturaleza jurídica también se impide que la legalidad penal haga plausible la materialización de la seguridad jurídica lo cual es grave tanto a nivel teórico como desde el punto de vista de los derechos e intereses individuales de los ciudadanos práctico, pues en última instancia, la inseguridad jurídica imposibilita no solo una planificación racional de la propia actividad personal, social y laboral, sino también «la tranquilidad mínima existencial que exige nuestra concepción de la calidad de vida»⁵⁵.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCÁZER GUIRAO, R., «El derecho a la legalidad penal y los límites de actuación del Tribunal Constitucional», Mir Puig, S.; Queralt Jiménez, J. (Dir.), Fernández Bautista, S. (Coord.), *Constitución y principios del derecho penal: algunas bases constitucionales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2010.
- ALEXY, R., *Estudios sobre la teoría jurídica*, Editorial Comares, Madrid, 2002.
- «Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 22, 2002.

⁵⁵ RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoia, 2013, San Sebastián, p. 221.

- CANOSA USERA, R., *Sinopsis del artículo 25 de la Constitución Española*, <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=25&tipo=2>.
- CUERDA RIEZU, A., «La aplicación retroactiva de las leyes favorables y el principio de legalidad penal en clave constitucional», Balado, M., y García Regueiro, J. A. (Dir.), *La Declaración Universal de Derechos Humanos en su 50 aniversario*, Bosch, Barcelona, 1998.
- DEDES, CH., «Sobre el origen del principio “nullum crimen nulla poena sine lege”», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 2.ª época, núm. 9, 2002.
- DE VICENTE MARTÍNEZ, R., *El principio de legalidad penal*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.
- DWORKIN, R., *Los derechos en serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
- FERRERES COMELLA, V., *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Civitas, Madrid, 2002.
- FEUERBACH, A., *Tratado de Derecho Penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989.
- GARCÍA RAMÍREZ, S., *La Corte Penal Internacional*, Instituto Nacional de CC. Penales, México, 2004.
- GARRIGA DOMÍNGUEZ, A. (Dir.); Álvarez González, S. (Coord.), «La controvertida eficacia directa de las sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: apuntes sobre el alcance de la violación del derecho a un proceso equitativo contemplado en el artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y las limitadas posibilidades de su restitución plena en el proceso español en relación con los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional» <http://www.tiempodelosderechos.es/docs/dic10/06.pdf>.
- HUERTA TÓCILDO, S., «El derecho fundamental a la legalidad penal», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 39, 1993.
- LAMARCA PEREZ, C., «Formación histórica y significado político de la legalidad penal», *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núm. 2, 1987.
- LANDA GOROSTIZA, J. M., «Ejecución de penas y principio de legalidad ante el TEDH», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 4, 2012.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J. A., *Solo penas legales, precisas y previas: el Derecho a la Legalidad Penal en la Jurisprudencia Constitucional*, Thomson Reuters, Pamplona, 2009.
- «Los males de la cadena perpetua revisable», *El Mundo*, 10 de junio de 2010.
- MESTRE DELGADO, E., «No es abuso, es violación», *ABC*, 22 de junio de 2019.
- MONEREO ATIENZA, C.; MONEREO PÉREZ, J. L., *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Ed. Comares, Granada, 2012.
- MUÑOZ CONDE, F., «La vinculación del juez a la ley y la reforma de los delitos contra la libertad sexual. Algunas reflexiones sobre el caso de “La Manada”», *Revista Penal*, núm. 43, enero 2019.
- PÉREZ LUÑO, A., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2007.
- PRIETO SANCHÍS, L., «Sobre principios y normas. Problemas del razonamiento jurídico», *Cuaderno y Debates*, núm. 40, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1992.
- «Sobre la separación entre derecho y moral y otras cuestiones relativas a los principios», *Anuario de Filosofía del Derecho*, nueva época, t. X: pp. 545-553, Centro de Publicaciones de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.

- RÍOS MARTÍN, J. C., *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*, Gakoia, San Sebastián, 2013.
- SÁEZ RODRÍGUEZ, C., *El Proyecto de Reforma del Código Penal: el orden público como instrumento de contención en el ejercicio de las libertades*, Plataforma Otro Derecho Penal es Posible, <http://libros.otroderecho penal.com/elordenpublico.pdf>.
- SCHREIBER, H. L., *Gesetz und Richter: zur geschichtl. Entwicklung d. Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, Metzner, A., Frankfurt am Main, 1976.
- VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, F., *Derecho Penal*, Parte General, Editorial Temis, Bogotá, 1995.