

Ⓟ
345.46
C 444ed
1996-
J.15
C.1

1-435675.

E

BUNSS

JOSÉ CEREZO MIR
Catedrático de Derecho Penal
Facultad de Derecho. Universidad de Zaragoza

CURSO DE DERECHO PENAL ESPAÑOL PARTE GENERAL

I
Introducción

QUINTA EDICIÓN
(Basada en el nuevo Código Penal de 1995)



EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

El principio de legalidad es uno de los principios fundamentales del Derecho penal moderno en los países del continente europeo. Su ámbito de aplicación se circunscribía inicialmente a los delitos y las penas, pero al introducirse en las modernas legislaciones penales las medidas de seguridad se extendió a ellas y a las categorías de estado peligroso.

El principio *no hay delito ni pena sin ley previa* tiene su origen en la filosofía de la Ilustración. La teoría del contrato social de Rousseau y de la división de poderes de Montesquieu constituyen su sustrato ideológico. Es cierto que se han señalado antecedentes del principio de legalidad en el Derecho romano⁴⁵, en el Derecho canónico⁴⁶, en los fueros aragoneses de la Edad Media⁴⁷, y en la *Magna Charta* otorgada en Inglaterra por Juan sin Tierra en 1215⁴⁸, pero se trata en realidad de preceptos de naturaleza y alcance distintos aunque reflejen la misma preocupación por la seguridad jurídica⁴⁹. Fueron también bastante numerosos los teólogos y juristas anteriores

⁴⁵ Véanse Ferrer Sama, *Comentarios al Código Penal*, I, p. 38; César Camargo Hernández, *Introducción al estudio del Derecho penal*, Bosch, Barcelona, 1964, p. 126; y J. M.^a Stampa Braun, *Introducción a la Ciencia del Derecho penal*, Valladolid, 1953, pp. 175-176.

⁴⁶ Véase Stampa Braun, *Introducción a la Ciencia del Derecho Penal*, p. 176.

⁴⁷ Véanse José Guallart y López de Goicoechea, «El principio *Nullum crimen, nulla poena sine previa lege* en los Fueros de Aragón», separata de *Homenaje a la memoria de D. Juan Moneva, Estudios de Derecho Aragonés*, 1957, pp. 670 y ss.; y Alfonso Guallart de Viala, *El Derecho Penal histórico de Aragón*, Institución Fernando el Católico, Zaragoza, 1977, pp. 79 y ss., que ven las primeras manifestaciones o atisbos del principio de legalidad en el Privilegio de población concedido a Barbastro por Pedro I, en el año 1100 («Semper volo quod habeatis iusticiam, et habeat hic Cortes Generales, et semper iudicet vestros fueros») y en la Compilación de Huesca de 1247, de Jaime I (donde el Monarca dice en el prólogo de la Compilación: «Fizo et estableció aquest libro por el qual libro des de uey de mas todas las iusticias judgen assi como fuero manda»).

⁴⁸ En el art. 39 se dispone que ningún hombre libre podrá ser condenado «misi per legale iudicium patrium suorum vel per legem terrae».

⁴⁹ En relación con los precedentes en el Derecho romano, Jiménez de Asúa, siguiendo a Vassalli, señala cómo la prohibición de la analogía existió únicamente en Roma en el marco del procedimiento de las quaestiones, pero en esa misma época, dado el limitado campo de aplicación de este procedimiento, experimentó una considerable ampliación el ejercicio de la *coercitio* de los magistrados, «función que se desarrollaba *extra legem*, y que sin crear crimina, ni desembocando en condenas, proveía igualmente a los fines represivos»; véase Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 383-384, nota 67 ter. Rodríguez Devesa se hace eco de las dudas existentes sobre la aplicación del apotegma del Decreto de Graciano (C. 3, CXXXII, q. 4: «Poena criminis ex tempore legis, et quae crimen inhibuit. Nec ante legem nulla rei damnatio est, sed ex lege»); véase Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 174, nota 6. Los preceptos que se invocan como precedentes del principio de legalidad en Aragón, reflejan una gran preocupación por la seguridad jurídica, pues ordenan a los jueces que juzguen conforme a los fueros, pero en éstos, aunque la pena está generalmente tasada, se deja en ocasiones al culpable al arbitrio o a la merced del Rey juzgador o del juez (véanse José Guallart y López de Goicoechea, *lug. cit.*, pp. 672-673; «El Derecho penal de la Compilación de Huesca, 1247», separata del *Anuario de Derecho Aragonés*, vol. IV, p. 64; y Alfonso Guallart de Viala, *ob. cit.*, pp. 81 y ss.). El alcance del principio establecido en el art. 39 de la *Magna Charta* inglesa ha sido también objeto de discusión. Se duda acerca del sentido de la palabra *vel* (si se trata de la conjunción copulativa «y», o de la disyuntiva «o»), del alcance del término «leyes de la tierra» (para unos, comprensivo del Derecho penal material y, para otros, referente sólo al procedimiento). La opinión más generalizada le atribuye un carácter predominantemente aristocrático (hombre libre) y el término «leyes de la tierra» comprende, sin duda, las cos-

al siglo XVIII que criticaron los excesos del arbitrio judicial⁵⁰, pero admitían que los jueces aumentaran las penas legales, en supuestos excepcionales, con fines de ejemplaridad⁵¹.

La formulación del principio de legalidad se debe a Beccaria en su famosa obra *De los delitos y de las penas*, que acusa la influencia de Montesquieu y Rousseau⁵² y a Feuerbach, que lo desarrolla en función de su teoría de la pena como coacción psicológica, y al que se remonta su formulación latina (*nullum crimen, nulla poena sine previa lege*)⁵³. En España fue defendido por primera vez por Lardizábal, aunque aceptaba sólo parcialmente la tesis del contrato social y rechazaba el principio de la división de poderes⁵⁴.

El principio de legalidad aparece recogido en las Declaraciones norteamericanas de derechos, como la de Filadelfia de 1774 y las de Virginia y Maryland de 1776 y en la Declaración francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 26 de agosto de 1789⁵⁵. Fue introducido también por algunos monarcas ilustrados, como José II de Austria y Federico II de Prusia⁵⁶.

Con el triunfo de la Revolución francesa el principio de legalidad de los delitos y las penas se convierte en uno de los pilares fundamentales del Derecho penal liberal y en un fino exponente del Estado de Derecho. A lo largo del siglo XIX fue incluido en casi todos los Códigos penales del continente europeo y en muchas Constituciones⁵⁷. En España figura en todos los Códigos penales, con excepción del de 1850, en el que se establece el principio de legalidad de los delitos, pero no el de las penas⁵⁸, y en todas las Constituciones⁵⁹.

tumbres y los usos judiciales. Véanse Rodríguez Mourullo, «Legalidad (Principio de) (Derecho Penal)», *N.E.J. Seix*, XIV, 1971, p. 883; Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, p. 385; y Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, pp. 175-176.

⁵⁰ Véanse P. Jerónimo Montes, *El arbitrio judicial*, Madrid, 1926; José Guallart y López de Goicoechea, «El principio *Nullum crimen nulla poena sine previa lege* en los Fueros de Aragón», *lug. cit.*, pp. 665-666.

⁵¹ Véase Antón Oneca, *Derecho Penal*, Parte General, p. 90.

⁵² Cesare de Beccaria, *De los delitos y de las penas*, traducción de Juan Antonio de las Casas, Introducción, apéndice («Beccaria en España») y notas de Juan Antonio del Val, Alianza, Madrid, 1968, Capítulo 3: «La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador que representa toda la sociedad unida por el contrato social [...]. Y como una pena extendida más allá del límite señalado por las leyes contiene en sí la pena justa más otra pena adicional, se sigue que ningún magistrado, bajo pretexto de celo o de bien público, puede aumentar la pena establecida contra un ciudadano delincuente» (pp. 29-30).

⁵³ Véanse Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 381-382; y Hans Ludwig Schreiber, *Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, A. Metzner Verlag, Frankfurt a. Main, 1976, pp. 102 y ss.

⁵⁴ Véase Capítulo IV, pp. 87-88.

⁵⁵ Art. 8.º: «La ley no puede establecer más que las penas estricta y evidentemente necesarias y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada con anterioridad al delito y legalmente aplicada.»

⁵⁶ En el Código austríaco de 1787 y en el *Allgemeines Landrecht* prusiano de 1794.

⁵⁷ Véase Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 387 y ss.

⁵⁸ En el art. 19 se disponía que: «No será castigado ningún delito ni las faltas de que sólo pueden conocer los tribunales, con pena que no se halle establecida previamente por la ley, ordenanza o mandato de la autoridad a la cual estuviera concedida esa facultad.»

⁵⁹ Véase Rodríguez Mourullo, *lug. cit.*, p. 884, nota 12.

En Inglaterra no se llevó a cabo el proceso de codificación y no triunfó, por tanto, el principio de legalidad, frutos ambos del racionalismo del continente europeo, de corte francés. En Inglaterra, como después en la mayor parte de los Estados Unidos, rige fundamentalmente el *Common law*, una especie de tradición jurídica judicial, completado por algunas leyes (*Statute law*) que regulan algunas cuestiones concretas de parte general, especialmente las sanciones y algunos delitos en particular. La seguridad jurídica se ve, no obstante, garantizada, en los países anglosajones por la vinculación de los jueces a los precedentes, así como por su independencia e inamovilidad⁶⁰.

A fines del siglo XIX se produce una reacción contra el principio de legalidad, especialmente el de las penas, por parte de los penalistas de la escuela correccionalista y de la escuela positivista italiana.

Röder fue un defensor del arbitrio judicial y de la sentencia indeterminada, pues no se puede fijar de antemano la clase y duración de la pena necesaria para conseguir el fin correccional⁶¹. Para los positivistas el fundamento de la pena se hallaba en la temibilidad o la peligrosidad del delincuente y la pena se orientaba principalmente hacia los fines de la prevención especial. Eran defensores también, por ello, del arbitrio judicial y de la sentencia indeterminada. El juez o tribunal debía poder elegir el tratamiento más adecuado a la personalidad del delincuente, variándolo si es preciso durante su aplicación y su término no podía ser señalado de antemano, sino sólo en el momento en que hubiera cesado la peligrosidad⁶². Dorado Montero, imbuido de las ideas correccionalistas y positivistas, consideraba que el fin del tratamiento era la corrección y tutela del delincuente y para conseguir su máxima individualización exigía una considerable ampliación del arbitrio judicial y llegó a rechazar el principio de legalidad de los delitos y de las penas⁶³. La sentencia (absoluta o relativamente) indeterminada⁶⁴ no ha sido admitida generalmente en el Derecho penal moderno para las penas, pero sí para las medidas de seguridad.

La crisis más profunda del principio de legalidad se produjo, sin embargo, con el advenimiento de los modernos regímenes totalitarios. En los Códigos penales rusos de 1922 y 1926 se admite expresamente y con una gran amplitud la aplicación de la ley penal por analogía⁶⁵. Es la primera vez que se produce la ruptura con la tradición del

⁶⁰ Véase Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 390 y 496 y ss. Sobre el Derecho inglés en general y en especial sobre el Derecho penal inglés, véanse Radbruch, *Der Geist des englischen Rechts*, Vandenhoeck-Ruprecht, Gotinga, 3.ª ed., 1956; *Introduction au Droit criminel de l'Angleterre*, obra publicada bajo la dirección de Marc Ancel y L. Radzinowicz y los auspicios del Centre français de Droit Comparé, Les Éditions de l'Épargne, París, 1959; y Agustín Fernández Albor, «Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos», separata del *Anuario de Derecho Penal*, Madrid 1966, pp. 50 y ss. En los Estados Unidos parece que actualmente la mayor parte del Derecho penal es Derecho estatutario, pero ello no implica la vigencia del principio de legalidad, como afirman Theresa Berlin Stuchiner y F. Díaz Palos. Véase Theresa Berlin Stuchiner, *Delitos y penas en los Estados Unidos*, trad., notas y prefacio comparativo por Fernando Díaz Palos, Bosch, Barcelona, 1959, pp. 7 y 30.

⁶¹ Véase Capítulo IV, p. 92.

⁶² Véase Capítulo IV, p. 96.

⁶³ Véanse, Capítulo IV, pp. 96 y ss.; y Antón Oneca, *La utopía penal de Dorado Montero*, pp. 44 y ss., 52 y ss. y 59 y ss.

⁶⁴ Se llama «sentencia absolutamente indeterminada» aquella en la que se indica la clase de pena pero no su duración; en la «sentencia relativamente indeterminada» se señala el mínimo y, o, el máximo de su duración.

⁶⁵ Según el art. 10 del Código penal de 1922: «En caso de ausencia en el Código penal, de precepto específico para algún delito en particular, las medidas penales o de defensa social se configurarán con-

continente europeo⁶⁶. En la Alemania nacionalsocialista, por la Ley de 28 de junio de 1935 se modificó la redacción del artículo 2.º del Código penal, de modo que pasaban a constituir delito no sólo las conductas comprendidas en las figuras delictivas, sino también aquellas que merecieran ser castigadas «de acuerdo con la idea fundamental de una ley penal y el sano sentimiento popular»⁶⁷. En el Derecho penal fascista italiano no se suprimió, en cambio, el principio de legalidad⁶⁸, así como tampoco en España, después de la guerra civil. Es cierto que en el Anteproyecto de Código penal de la Delegación Nacional de Justicia y Derecho de Falange, de 1938, estaba prevista la admisión de la analogía⁶⁹, pero este Anteproyecto no se convirtió en ley y no llegó a suprimirse el principio de legalidad, aunque fue infringido en alguna ocasión^{70, 71}.

Después de la Segunda Guerra Mundial se restableció el principio de legalidad en la Alemania ocupada, por varias disposiciones de las potencias vencedoras. El principio de legalidad figura en la Ley fundamental de la República Federal de Alemania (art. 103.II) y por la Ley de 4 de agosto de 1953 se restableció, con ligeras variantes, la redacción del artículo 2.º del Código penal anterior a la Ley de 28 de junio de 1935. El principio de legalidad figura asimismo en la nueva Parte General del Código penal alemán aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969 (art. 1.º). En la Rusia soviética se restableció el principio de legalidad de los delitos y las penas en los Fundamentos de Derecho penal de 1958 y en el nuevo Código penal de 1960⁷².

forme a aquellos artículos del Código penal que contemplen delitos análogos por su importancia y capacidad». En el art. 16 del Código penal ruso de 1926 se disponía que: «Cuando algún acto socialmente peligroso no esté expresamente previsto en este Código, se determinará el fundamento y extensión de la responsabilidad por el parágrafo de este Código que prevea los delitos más análogos.» Véase Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 503 y ss.

⁶⁶ La única excepción era el Código danés de 1866, que admitía, como el vigente de 1930, la analogía dentro de estrechos límites. Según el art. 1.º del Código penal de 1930: «Sólo cae bajo la Ley el acto cuyo carácter punible está previsto por la legislación danesa o una acción enteramente asimilable a ese acto.» Véase, a este respecto, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 500 y ss.

⁶⁷ Véanse Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., 1969, p. 21; Hans Ludwig Schreiber, *Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, pp. 191 y ss.; y Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 509 y ss.

⁶⁸ Véase Capítulo VI, p. 128.

⁶⁹ En el art. 1.º se declaraba: «Son delitos o faltas las acciones y omisiones voluntarias penadas por la ley y los actos enteramente asimilables a ellas.» Véase *El Anteproyecto de Código penal de 1938 de FET y de las JONS*, Estudio preliminar y edición de José R. Casabó Ruiz, Departamento de Derecho Penal y Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1978.

⁷⁰ Por la Ley de represión de la masonería y del comunismo de 1.º de marzo de 1940.

⁷¹ El principio de legalidad fue defendido por los penalistas españoles; véanse Cuello Calón, *Derecho Penal*, I, Parte General, 5.ª ed., 1940, p. 163; José Ortego Costales, «El principio *nullum crimen, nulla poena sine lege*, exigencia jurídica y no garantía política», *Revista de la Facultad de Derecho de Madrid*, julio-diciembre 1941, n.º 6-7, pp. 52 y ss., y especialmente 63 y ss.; Isaías Sánchez Tejerina, *Derecho penal español*, I, 3.ª ed., Madrid 1942, pp. 124 y ss.; José Guallart y López de Goicoechea, «El adecuado lugar de la tipicidad en la construcción técnica del delito», separata de *Estudios Jurídicos*, Madrid, 1943, pp. 29-30; A. Ferrer Sama, *Comentarios al Código penal*, I, Murcia, 1946, pp. 38 y ss., y Del Rosal, *Nuevo sentido del Derecho Penal*, Librería Santaren, Valladolid, 1942, pp. 205 y ss.; *Política criminal*, Bosch, Barcelona, 1943, pp. 124 y ss., y *Principios de Derecho Penal Español*, Parte General, tomo II, vol. 1.º, Valladolid, 1948, pp. 58 y ss., y especialmente pp. 67-68.

⁷² Véanse J. A. Sainz Cantero, *La influencia de las ideas políticas en las ideas penales*, Escuela Social de Granada, 1959, p. 18; *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, II, pp. 80-81; Agustín Fernán-

La preocupación por la seguridad jurídica ha llevado a formular en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 10 de diciembre de 1948 el principio de que «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.» En rigor esta declaración no coincide con el principio de legalidad, pues se alude al Derecho nacional e internacional y en algunos casos la fuente puede no ser la ley, sino la costumbre, o como en los países anglosajones, un Derecho judicial⁷³. Lo mismo cabe decir de la declaración contenida en el artículo 7.º de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y en el artículo 15 del Pacto internacional de derechos políticos y civiles de 19 de diciembre de 1966 (suscritos ambos y ratificados por España), donde se admite, incluso, como fuente los principios generales del Derecho reconocidos por las naciones civilizadas o por la comunidad internacional⁷⁴.

El principio de legalidad es una exigencia insoslayable de la seguridad jurídica en el Derecho penal de los países del continente europeo en los que se llevó a cabo el proceso de codificación. No está esencialmente vinculado, sin embargo, como suele suponerse⁷⁵ al Estado material de Derecho. En los países anglosajones, Inglaterra y los Estados Unidos, existe un Estado material de Derecho y la seguridad jurídica se

ve garantizada de otro modo⁷⁶. Por otra parte, aunque alcance únicamente su pleno significado en el Estado material de Derecho, al ser la ley emanación del poder legislativo, encarnado en unas Cortes o Parlamento elegidos democráticamente⁷⁷, no hay que desconocer la trascendencia de su mantenimiento o restablecimiento en los regímenes políticos no democráticos⁷⁸.

GARANTÍAS QUE IMPLICA

El principio de legalidad de los delitos y de las penas implica en primer lugar la llamada garantía criminal (*nullum crimen sine previa lege*), es decir, no puede castigarse como delito conducta alguna, si no ha sido previamente declarada como tal en una ley. Esta garantía está establecida en el apartado 1.º del artículo 1.º del Código penal español («No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración») y se ve reforzada por lo dispuesto en el artículo 10 («Son delitos o faltas las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley») y por el apartado 2.º del artículo 4.º («En el caso de que un Juez o Tribunal, en el ejercicio de su jurisdicción, tenga conocimiento de alguna acción u omisión que, sin estar penada por la Ley, estime digna de represión, se abstendrá de todo procedimiento sobre ella y expondrá al Gobierno las razones que le asistan para creer que debiera ser objeto de sanción penal»).

El principio de legalidad de los estados peligrosos se establece en el apartado 2.º del artículo 1.º del Código penal: «Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.»

La garantía penal (*nulla poena sine previa lege*) significa que no se puede imponer por los tribunales pena alguna que no se halle establecida previamente en una ley. Está formulada en el apartado 1.º del artículo 2.º del Código penal («No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su per-

dez Albor, «Aportación al estudio comparado de los sistemas penales europeos», lug. cit., pp. 62 y ss.; Rodríguez Mourullo, «Legalidad (Principio de)», lug. cit., pp. 884-885, nota 14; Hans Ludwig Schreiber, *Gesetz und Richter, Zur geschichtlichen Entwicklung des Satzes nullum crimen, nulla poena sine lege*, pp. 201 y ss.; *Le système pénal soviétique*, obra publicada bajo la dirección de Marc Ancel, A. A. Piontkovsky y V. M. Tchkhikvadze y los auspicios del Centre français de Droit Comparé, Lib. Gén. de Droit et de Jurisprudence, París, 1975, pp. 17 y ss.; e Igor Andrejew, *Le Droit pénal comparé des pays socialistes*, Ed. A. Pedone, París, 1981, pp. 54 y ss.

⁷³ Véase, a este respecto, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 175, nota 16.

⁷⁴ Según el art. 7.º de la Convención europea de salvaguardia de los derechos del hombre y de las libertades fundamentales: «1. Nadie puede ser condenado por una acción u omisión que, en el momento en que fue cometida, no constituía una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no puede ser impuesta una pena más severa que la que era aplicable en el momento en que se cometió la infracción. 2. El presente artículo no invalidará la sentencia o pena de una persona culpable de una acción u omisión que en el momento de ser cometida, constituía un crimen según los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas» (la cursiva ha sido añadida); véase Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal español*, Parte General, p. 175, nota 16. Este párrafo 2.º, que alude, sin duda, a la punición de los crímenes de guerra, no fue ratificado por la República Federal de Alemania por considerarlo incompatible con el art. 103, apartado II, de su Ley fundamental, que establece el principio de legalidad de los delitos y de las penas; véase Jescheck-Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts*, Allgemeiner Teil, p. 133, nota 25 (*Tratado de Derecho Penal*, Parte General, p. 118, nota 21). En el art. 15 del Pacto internacional de Derechos Políticos y Civiles de 19 de diciembre de 1966, se establece que: «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 con 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.»

⁷⁵ Véase, por ejemplo, Hans Ludwig Schreiber, *Gesetz und Richter*, pp. 213 y ss.

⁷⁶ Sólo en los países del continente europeo en los que se llevó a cabo el proceso de codificación puede considerarse también que el principio de legalidad de los delitos y de las penas es una exigencia insoslayable de la prevención general, como cree Roxin; véase Roxin, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, Grundlagen, Der Aufbau der Verbrechenslehre, 2.ª ed., Verlag C. H. Beck, Múnich, 1994, p. 99 (n.º 23). El principio de legalidad de los delitos y de las penas no puede hallar su fundamento, en cambio, en el principio de culpabilidad, pues ésta exige únicamente el conocimiento o la posibilidad de conocimiento del carácter ilícito, pero no de la punibilidad, de la conducta (véase el art. 14, apartado 3.º, de nuestro Código penal); de otra opinión, Roxin, *Strafrecht*, Allgemeiner Teil, I, pp. 99-100 (n.ºs 24 y 25), quien señala, frente a objeciones similares formuladas en la Ciencia del Derecho penal alemana, que en la mayor parte de los casos la conciencia de la antijuridicidad de la conducta sólo puede darse si el sujeto podía conocer la ley penal.

⁷⁷ Véanse, en este sentido, Rodríguez Mourullo, «Legalidad (Principio de)», lug. cit., p. 885; Muñoz Conde, *Introducción al Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1975, pp. 83 y ss.; y S. Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1976, pp. 141 y ss.

⁷⁸ Andrejew observa, respecto a la significación del principio de legalidad: «Cette valeur ne disparaît aucunement du fait qu'aujourd'hui, dans un Etat socialiste, il n'y a pas d'opposition entre le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire»; véase Igor Andrejew, *Le Droit pénal comparé des pays socialistes*, ob. cit., p. 54.

petración») y se ve reforzada por lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 4.º («Del mismo modo acudirá al Gobierno exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo»).

El principio de legalidad de las medidas de seguridad puede considerarse implícito en el apartado 2.º del artículo 1.º, aunque en él se establezca únicamente, de un modo expreso, el principio de legalidad en relación con los presupuestos de su aplicación⁷⁹.

Del principio de legalidad de las penas y las medidas de seguridad se deriva la ilegalidad de aquellas disposiciones de los decretos legislativos que establezcan penas o medidas de seguridad rebasando el marco de lo previsto en las leyes de bases o en las leyes ordinarias aprobadas por las Cortes. Al establecerse también, como vimos anteriormente, el principio de legalidad de las penas en la Constitución (arts. 25.1) y estar implícito, en la misma, el de las medidas de seguridad (art. 53.1), estos preceptos no amparados por la ley de bases o una ley ordinaria, tienen, además, carácter anticonstitucional. Casabó puso de manifiesto que el artículo 65 del viejo Código penal, que continúa en vigor⁸⁰, en el que se prevé la posibilidad de sustituir, para los menores de dieciocho años y mayores de dieciséis, la pena atenuada «por internamiento en institución especial de reforma por tiempo indeterminado, hasta conseguir la corrección del culpable», introducido en la reforma parcial del viejo Código penal de 1944, no estaba comprendido en la ley de bases⁸¹.

La garantía jurisdiccional, implícita en el artículo 24.2 de la Constitución⁸², está contenida en el artículo 3.º del Código penal, según el cual: «1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales»⁸³.

La eficacia del principio de legalidad se extiende hasta la ejecución de las penas y las medidas de seguridad y así vemos que, según el artículo 3.º, apartado 2.º, del Código penal: «Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.» Esta garantía de ejecución se reitera en el artículo 36.2 para las penas de prisión («Su

cumplimiento, así como los beneficios penitenciarios que supongan acortamiento de la condena, se ajustarán a lo dispuesto en las Leyes y el presente Código»^{84, 85}.

PROBLEMAS QUE PLANTEA

El principio de legalidad de los delitos y las penas es un principio que nunca es susceptible de plena realización. Esta exigiría un casuismo excesivo de las figuras delictivas y la utilización exclusiva de elementos descriptivos. Por grande que fuera el casuismo, que haría a los Códigos penales sumamente farragosos, nunca podría el legislador comprender la rica variedad de los hechos que ofrece la vida real. Las figuras delictivas se forman, por ello, en virtud de un proceso de abstracción a partir de los hechos reales. No puede renunciar tampoco el legislador a utilizar elementos normativos (que implican un juicio de valor o son sólo susceptibles de comprensión espiritual)⁸⁶ en la elaboración de las figuras delictivas (por ejemplo, el concepto de cosa mueble o de cosa ajena, en el hurto, art. 234; la referencia al carácter obsceno de la exhibición y a la pornografía, en los delitos de exhibicionismo y provocación sexual de los arts. 185 y 186, etc.)⁸⁷. La descripción de estas figuras delictivas ha de ser, sin embargo, lo suficientemente concreta para que queden satisfechas las exigencias de la seguridad jurídica. El mayor peligro para el principio de legalidad lo constituyen hoy, como ha señalado Welzel⁸⁸, las leyes penales indeterminadas⁸⁹.

La exigencia de concreción se refiere no sólo a la descripción de las conductas delictivas, sino también a la fijación de los marcos penales. Un marco excesivamente amplio es incompatible con el principio de legalidad⁹⁰.

Una limitación considerable en las posibilidades de aplicación del principio de legalidad se da en los delitos imprudentes, en los que es el juez o tribunal el que tiene

⁸⁴ «La actividad penitenciaria» —según el art. 2.º de la Ley General Penitenciaria de 26 de septiembre de 1979— «se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Ley, los reglamentos y las sentencias judiciales.»

⁸⁵ La infracción de la garantía ejecutiva está sancionada en los arts. 530, 531, 532 y 533 del Código penal vigente.

⁸⁶ Véase, sobre los elementos normativos del tipo, Capítulo XVI, en *Curso de Derecho Penal Español, Parte General*, II, *Teoría jurídica del delito*/I, 4.ª ed., de próxima publicación.

⁸⁷ La utilización de elementos normativos no es de por sí contraria al principio de legalidad, como ha señalado acertadamente el Tribunal Constitucional en su sentencia de 15 de octubre de 1982 (R.A. 70). Véase también, en este sentido, Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, pp. 189 y ss.

⁸⁸ Véanse Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11.ª ed., Walter de Gruyter, Berlín, 1969, p. 23; y Rodríguez Mourullo, «Legalidad (Principio de)», lug. cit., pp. 888 y ss.

⁸⁹ Sobre las limitaciones que se derivan para el principio de legalidad de la superación del concepto de la aplicación de la ley como un mero proceso lógico de subsunción, véanse las interesantes explicaciones de Juan Córdoba Roda, *Comentarios a la Jurisprudencia Penal*, lug. cit., pp. 122 y ss.; y de Hans Ludwig Schreiber, *Gesetz und Richter*, pp. 220 y ss.

⁹⁰ Éste era el caso del marco penal del delito de estragos del art. 554 del viejo Código penal, que abarcaba desde un mes y un día (arresto mayor) a veinte años (reclusión mayor). Véase, a este respecto, Rodríguez Devesa, «Una versión aberrante de las fuentes del Derecho Penal», en *Revista de Derecho Público*, n.º 87, abril-junio 1982, p. 246, y en *Estudios Jurídicos en honor del profesor Octavio Pérez-Vitoria*, II, p. 839.

⁷⁹ El principio de legalidad de las medidas de seguridad se establecía, en cambio, de un modo expreso en el primer inciso del apartado segundo del art. 1.º del Proyecto de Código penal de 1992: «Nadie puede ser sometido a medidas de seguridad que no se hallen establecidas legalmente con anterioridad [...].»

⁸⁰ Véase la disposición derogatoria única, apartado 1.a), del nuevo Código penal.

⁸¹ Véase J. R. Casabó Ruiz, en *Comentarios al Código penal*, por J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo, II, pp. 28-29.

⁸² Véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional de 18 de mayo de 1981 (R.A. 12).

⁸³ La infracción de la garantía jurisdiccional está castigada en el art. 529 del Código penal. Luzón Peña señala, con razón, que en rigor la garantía jurisdiccional es una garantía autónoma, inherente al Estado material de Derecho, derivada de los principios de división de poderes, seguridad jurídica y tutela judicial de los derechos de los ciudadanos y que existe en los sistemas jurídico-penales en los que no rige el principio de legalidad, como en el de los países anglosajones; véase Luzón Peña, *Curso de Derecho Penal, Parte General*, I, p. 135.

que fijar en cada caso el cuidado objetivamente debido al realizar una conducta determinada⁹¹. No es posible determinar en la ley el cuidado objetivamente debido al realizar la innumerable variedad de conductas que se da en la vida real. Aunque la ley podría y debería suministrar los criterios generales que han de guiar al juez en su actividad.

La aplicación del principio de legalidad a los estados peligrosos y a las medidas de seguridad sólo puede ser limitada. El legislador puede determinar los presupuestos de aplicación de las medidas de seguridad (por ejemplo, en los arts. 101, 102, 103 y 104 del Código penal) con cierta precisión⁹², pero la aplicación de una medida de seguridad exige no sólo que el sujeto esté comprendido en una de estas categorías, sino que se aprecie además en él una peligrosidad. El juicio de peligrosidad, es decir acerca de la probabilidad de que una persona determinada lleve a cabo una conducta delictiva en el futuro no es susceptible de realización sin la concurrencia de un factor intuitivo⁹³. Las tablas de pronósticos presentan un margen estadístico de error, no muy grande, pero no le sirven al juez de seguro punto de apoyo al enjuiciar la peligrosidad de un sujeto concreto⁹⁴.

La posibilidad de elección entre varias medidas de seguridad (véanse, por ejemplo, los arts. 101.1, 102.1, 103.1, 104, 105 y 97 del Código penal), así como la indeterminación de su duración, en función de la peligrosidad del delincuente representan limitaciones inevitables del principio de legalidad⁹⁵. La aplicación de las medidas de seguridad por los órganos de la jurisdicción criminal (prevista en el art. 3.1 del Código penal) es una exigencia insoslayable de la seguridad jurídica⁹⁶.

LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA

Es preciso distinguir la analogía de la interpretación extensiva. En la interpretación extensiva se aplica una ley a un hecho que no está claramente comprendido en su tenor literal, pero sí en su espíritu o voluntad. En la analogía, en cambio, la ley se aplica a hechos que no están comprendidos ni en su letra ni en su voluntad, pero son semejantes a los comprendidos en la misma^{97, 98}.

⁹¹ Véase Welzel, ob. cit., pp. 23-24.

⁹² Véase, a este respecto, Antonio Beristain, *Medidas penales en Derecho contemporáneo*, Reus, Madrid, 1974, pp. 84-85.

⁹³ Véase Rodríguez Mourullo, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, Universidad de Valencia, 1974, pp. 347 y ss., y especialmente p. 351.

⁹⁴ Véase Carlos M.^a Landecho, «Peligrosidad social y peligrosidad criminal», en *Peligrosidad social y medidas de seguridad*, ob. cit., p. 256.

⁹⁵ Véanse Rodríguez Mourullo, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», lug. cit., pp. 352 y ss., y ya antes, «Legalidad (Principio de)», lug. cit., p. 891.

⁹⁶ Véanse Rodríguez Mourullo, «Medidas de seguridad y Estado de Derecho», lug. cit., p. 372; Agustín Jorge Barreiro, *Las medidas de seguridad en el Derecho español*, Cívitas, Madrid, 1976, pp. 152 y ss.; y Juan Terradillos Basoco, *Peligrosidad social y Estado de Derecho*, Akal, Madrid, 1981, pp. 208 y ss.

⁹⁷ Según el art. 4.º, n.º 1.º, del Título Preliminar del Código civil: «Procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro semejante entre los que se aprecie identidad de razón.»

⁹⁸ Un sector de la moderna doctrina alemana considera que no existe una diferencia esencial entre in-

La interpretación extensiva es lícita, pues no se opone al principio de legalidad⁹⁹. El viejo aforismo *favorabilia sunt amplianda, odiosa restringenda* es contrario al fin de la interpretación, que consiste en descubrir el sentido o voluntad de la ley¹⁰⁰, que puede haber hallado expresión imperfecta en su tenor literal. De aquí que sea necesario, en ocasiones, realizar una interpretación restrictiva (si la letra de la ley va más allá de su espíritu) o extensiva (si el tenor literal de la ley no comprende todos los casos a los que se extiende su voluntad). Ahora bien, el sentido de la ley tiene que haber hallado expresión, aunque imperfecta, en su tenor literal. La interpretación ha de mantenerse dentro de los límites del sentido literal posible del precepto¹⁰¹. No se opone, por ello, a la interpretación extensiva lo dispuesto en el artículo 4.º del Código penal: «Las leyes penales no se aplicarán a casos distintos de los comprendidos expresamente en ellas.» No es correcto, por ello, el criterio mantenido por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, con carácter general, de prohibir la interpretación extensiva perjudicial para el reo¹⁰².

terpretación y analogía. Sax ha negado la distinción entre interpretación extensiva y analogía y ha afirmado la licitud de la última dentro de ciertos límites (dentro del marco de la interpretación teleológica) en el Derecho penal (Sax, *Das strafrechtliche Analogieverbot*, 1953, pp. 148 y ss.). Arthur Kaufmann (*Analogie und «Natur der Sache»*, *Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom Typus*, 2.ª ed., R.v. Decker-C. F. Müller, Heidelberg 1982) considera que la interpretación en general —y no sólo la extensiva, por tanto— presenta la misma estructura que la analogía, es siempre analogía, pero distingue, como Sax, una analogía lícita y otra prohibida («la analogía encuentra, por ello, su límite, en el Derecho penal, en el tipo de lo injusto que sirve de base al tipo legal», ob. cit., p. 52). Stratenwerth acepta el criterio de Sax y de Arthur Kaufmann, pero preocupado por los riesgos que entraña para la seguridad jurídica, considera que: «Sólo una descripción precisa de la idea fundamental de una ley penal, orientada en el contenido típico de lo injusto y de la culpabilidad puede marcar el límite de la interpretación lícita» (*Strafrecht*, Allgemeiner Teil I, Die Straftat, Carl Heymanns Verlag, 3.ª ed., 1981, pp. 48 y ss. (n.ºs 98-100)). Cuello Contreras considera también que interpretación extensiva y analogía «no representan métodos distintos de aplicación del Derecho (ambos se basan en la analogía valorativa de casos)» y propone, por ello, distinguir únicamente «entre aplicación del Derecho dentro del tenor literal de la ley (permitida y necesaria en Derecho penal) y aplicación del Derecho más allá del tenor literal de la ley (prohibida en Derecho penal con carácter general)»; véase *El Derecho penal español, Curso de iniciación, Parte General*, pp. 185-186 (la cursiva en el original). La analogía o conclusión analógica es, sin duda, un método de interpretación, pero no toda interpretación es analogía ni toda analogía es interpretación. Los límites de esta última quedan rebasados cuando la ley se aplica a hechos no comprendidos ni en su letra ni en su espíritu.

⁹⁹ Véanse también, en este sentido, Jiménez de Asúa, *Tratado de Derecho Penal*, II, pp. 458 y 469 y ss.; Quintano Ripollés, *Curso de Derecho Penal*, I, Madrid, 1963, pp. 197 y ss.; Juan Córdoba Roda, en *Comentarios al Código penal*, por J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo, I, pp. 58 y ss.; Miguel Polaino Navarrete, *Derecho Penal*, Parte General, I, 2.ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 412; S. Mir Puig, *Derecho Penal*, Parte General, p. 96, y Cuello Contreras, *El Derecho penal español, Curso de iniciación, Parte General*, p. 190 (aunque cree que debe prevalecer la interpretación más favorable en «los casos de duda no resolubles de otra forma por la vocación restrictiva del Derecho penal»); de otra opinión, Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 257, Rodríguez Mourullo, *Derecho Penal*, Parte General, pp. 111-112; y Sainz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal*, Parte General, II, *Ley penal. El delito*, p. 115.

¹⁰⁰ Véase Capítulo III, pp. 62 y ss.

¹⁰¹ Véase Capítulo III, p. 63.

¹⁰² Ha rechazado el Tribunal Supremo la interpretación extensiva, cuando era perjudicial para el reo, entre otras, en las sentencias de 28 de febrero de 1890, 23 de junio de 1928, 29 de septiembre de 1942, 26 de enero de 1945, 4 de junio de 1945, 5 de abril de 1946, 18 de enero de 1947, 6 de marzo de 1965 (A. 838), 26 de noviembre de 1965 (A. 5396), 22 de febrero de 1966 (A. 775), 5 de octubre de 1973 (A. 3555),

En la analogía es preciso distinguir entre la analogía favorable (*in bonam partem*) y la perjudicial para el reo (*in malam partem*). Sólo esta última es contraria al principio de legalidad y vulnera, por tanto, las garantías penales¹⁰³. La analogía *in bonam partem* no puede considerarse contraria, por ello, a lo dispuesto en el apartado 1.º del artículo 4.º del Código penal¹⁰⁴. La creación de figuras delictivas o de penas por analogía ha estado siempre prohibida en nuestros Códigos penales. La apreciación de agravantes por analogía estuvo permitida hasta la reforma de 1870, de nuestro viejo Código penal¹⁰⁵. No es posible, tampoco, crear categorías de estado peligroso o medidas de seguridad por analogía.

Nuestros tribunales, generalmente fieles al principio de legalidad¹⁰⁶, incurrieron, no obstante, en ocasiones, en la analogía prohibida, durante la vigencia del viejo Código penal de 1848.

En la reforma del Código penal de 1944 se separó de la estafa el delito de apropiación indebida (art. 535) sin que se creara, al mismo tiempo, la falta correspondiente a este delito. Cuando el valor de la cosa apropiada era inferior a 250 pesetas (límite entonces existente entre el delito y la falta) la conducta debería ser impune, pero fue castigada como falta de estafa¹⁰⁷. El Tribunal Supremo incurrió en analogía prohibida al castigar como inhumación ilegal (art. 339) el abandono de un feto en la playa (sentencia de 6 de marzo de 1942) y al incluir en el falso testimonio en causa civil (art. 329) el prestado en un expediente administrativo de quintas (sentencia de 10 de junio de 1883 y 20 de noviembre de 1875)¹⁰⁸. La equiparación

16 de noviembre de 1973 (A. 4440), 6 de junio de 1980 (A. 2512), 30 de mayo de 1987 (A. 4053) y 2 de enero de 1990 (A. 255).

¹⁰³ Cobo del Rosal y Boix Reig consideran, en cambio, que la analogía *in bonam partem*, al oponerse a las exigencias de taxatividad y reserva de ley, se opone al principio de legalidad y es, por tanto, inconstitucional, salvo que esté expresamente autorizada en un precepto legal y dicha autorización no fuera genérica; véase «Garantías constitucionales del Derecho sancionador», *lug. cit.*, pp. 202-203. La reserva de ley que establece el art. 25.1 de la Constitución afecta únicamente, sin embargo, a la creación de figuras delictivas y al establecimiento o agravación de las penas. No se extiende a las eximentes y atenuantes. De esta opinión es también Madrid Conesa: «Que esto es así se deduce de una interpretación teleológica de los preceptos constitucionales, confirmada por la licitud constitucional, basada en la misma teleología, de la retroactividad de las leyes penales más favorables»; véase F. Madrid Conesa, *La legalidad del delito*, p. 74, nota 228. Cuello Contreras admite sólo la analogía *in bonam partem*, dentro del tenor literal del precepto, es decir, admite sólo la analogía que es interpretación; véase *El Derecho penal español, Curso de iniciación, Parte General*, pp. 191-192. La aplicación de la ley penal por analogía (a los casos no comprendidos ni en el tenor literal ni en la voluntad de la ley) no se opone, como cree Cuello Contreras, sino que sirve al tratamiento igual (punibilidad) para casos iguales.

¹⁰⁴ Sólo a la analogía *in malam partem* se refiere, asimismo, el n.º 2.º del art. 4.º del Título Preliminar del Código civil, cuando declara que: «Las leyes penales, las excepcionales y las de ámbito temporal no se aplicarán a supuestos ni en momentos distintos de los comprendidos expresamente en ellas». Según la Exposición de Motivos: «No obstante las ventajas de la analogía, resulta justificada su exclusión de determinadas leyes. En las penales es la normal consecuencia del estricto principio de legalidad que ha de primar exento de incertidumbres o fisuras.»

¹⁰⁵ En el Código penal de 1848 (art. 10, n.º 23) se permitía la apreciación de agravantes por analogía.

¹⁰⁶ Véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de mayo de 1974 (A. 2263), 15 de junio de 1990 (A. 5310), 30 de enero de 1991 (A. 464), 26 de junio de 1991 (A. 4814), 27 de septiembre de 1991 (A. 6590), 25 de octubre de 1991 (A. 7382), 18 de noviembre de 1991 (A. 9448), 2 de octubre de 1992 (A. 8134), 17 de noviembre de 1992 (A. 9342) y 25 de junio de 1993 (A. 5249).

¹⁰⁷ La laguna no se colmó hasta la reforma de 1963.

¹⁰⁸ Sentencias citadas por Antón Oneca, *Derecho Penal, Parte General*, p. 102. Antón Oneca cita, además, la sentencia de 27 de noviembre de 1875, que aplicó a la falsificación de cédulas el precepto que cas-

de la privación del permiso de conducir a la prohibición de obtenerlo por el mismo tiempo, constituía una infracción del principio de legalidad de las penas, hasta que en el artículo 802.3.º, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (precepto introducido por la Ley de 8 de abril de 1967) se dispuso que «en el supuesto de que el condenado no fuera titular de permiso de conducción se dirigirá mandamiento a la Jefatura Central de Tráfico para que no se le conceda durante el tiempo de la inhabilitación fijado en la sentencia»¹⁰⁹. Incurrió también en analogía prohibida el Tribunal Supremo recientemente al castigar como lesiones corporales por imprudencia temeraria las causadas al feto, pues en el viejo Código penal no existían figuras delictivas de lesiones al feto, como en el Código penal vigente (arts. 157 y 158)¹¹⁰.

La analogía favorable para el reo (*analogía in bonam partem*) está sólo parcialmente permitida en nuestro Código penal. La apreciación de atenuantes por analogía está prevista expresamente en el número 6.º del artículo 21. No es posible, sin embargo, la apreciación de eximentes por analogía, pues a ello se opone lo dispuesto en el apartado 3.º del artículo 4.º del Código penal: «Del mismo modo acudirá al Gobierno [el Juez o Tribunal] exponiendo lo conveniente sobre la derogación o modificación del precepto o la concesión de indulto, sin perjuicio de ejecutar desde luego la sentencia, cuando de la rigurosa aplicación de las disposiciones de la Ley resulte penada una acción u omisión que, a juicio del Juez o Tribunal, no debiera serlo, o cuando la pena sea notablemente excesiva, atendidos el mal causado por la infracción y las circunstancias personales del reo.» No es posible considerar, como hacía anteriormente, siguiendo a mi maestro D. José Antón Oneca¹¹¹, en relación con el párrafo 2.º del artículo 2.º del viejo Código penal¹¹², que este precepto exija únicamente una aplicación rigurosa de las figuras delictivas y de los marcos penales establecidos en el Código, pero no haga referencia a la aplicación de eximentes o atenuantes por analogía. Cabía considerar, entonces, que el párrafo 2.º del artículo 2.º prohibía únicamente a los tribunales dejar de aplicar las figuras delictivas del Código, de un modo general o a grupos de casos comprendidos claramente en ellas, o alterar los marcos penales establecidos en el Código¹¹³. Ahora se hace referencia, sin duda, a las penas con-

tigaba la falsificación de pasaportes, y las de 13 de octubre de 1871 y 15 de enero de 1872, que castigaron como falsedad del n.º 1.º del art. 302 del viejo Código penal («Contrahaciendo o fingiendo letra, firma o rúbricas») el colocar en un documento la firma de una persona inexistente. Véanse, también, las sentencias citadas por Rodríguez Devesa-Serrano Gómez, *Derecho Penal Español*, Parte General, p. 256, nota 9; y Cuello Calón-Camargo, *Derecho Penal*, I, Parte General, vol. 1.º, p. 226.

¹⁰⁹ Casabó considera que la equiparación constituye aún, después de la introducción del art. 802, tercero, de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, una infracción del principio de legalidad; véanse Casabó, en *Comentarios al Código Penal*, por J. Córdoba Roda y G. Rodríguez Mourullo, II, 1972, pp. 31 y ss., y, en el mismo sentido, Cobo del Rosal-Vives Antón, *Derecho Penal*, Parte General, p. 648, nota 43 y Carlos M.º Romeo Casabona, «Los delitos culposos en la reforma penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, fasc. 2.º, pp. 472 y ss. La equiparación expresa, en el viejo Código penal, se produjo por primera vez con la nueva redacción del art. 516 bis (utilización ilegítima de vehículos de motor ajenos), introducida por la Ley de 28 de noviembre de 1974.

¹¹⁰ Véase la sentencia de 5 de abril de 1995 (A. 2882).

¹¹¹ Véase la edición anterior de este primer tomo de mi *Curso*, pp. 184-185.

¹¹² De acuerdo con dicho precepto: «Del mismo modo, acudirá [el Tribunal] 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 serlo, o la pena fuere notablemente excesiva, atendidos el grado de malicia y el daño causado por el delito.»

¹¹³ Sobre la polémica existente entonces, en la Ciencia del Derecho penal española, acerca de si el párrafo 2.º del art. 2.º era o no un obstáculo insalvable para apreciar eximentes por analogía, véase la edi-

cretas, pues, en otro caso, carecería de sentido la alusión a la posibilidad de solicitar el indulto¹¹⁴.

Me parece un grave error la exclusión de la posibilidad de aplicar eximentes por analogía, pues ello no es contrario al principio de legalidad y resulta imprescindible, incluso en el nuevo Código. No se regula, por ejemplo, el desistimiento de los actos preparatorios, de la conspiración, proposición y provocación para delinquir y sería preciso aplicar, por analogía (*in bonam partem*), lo dispuesto, en el artículo 16, para el desistimiento de la tentativa. Me parece más correcto, por ello, el criterio que seguían el Proyecto de 1980 y la Propuesta de Anteproyecto del nuevo Código penal de 1983, que admitían expresamente la analogía *in bonam partem* (según el art. 4.º de ambos textos prelegislativos: «No obstante, podrán aplicarse analógicamente los preceptos que favorezcan al reo»)¹¹⁵.

ción anterior de este primer tomo de mi *Curso*, pp. 184-185. El Tribunal Supremo no admitía, en jurisprudencia constante, la apreciación de eximentes por analogía; véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de marzo de 1872, 20 de abril de 1911, 23 de octubre de 1913, 24 de febrero de 1917, 3 de junio de 1948, 19 de junio de 1952 y 15 de marzo de 1956 (A. 786).

¹¹⁴ Sobre esta dificultad para hacer compatible la apreciación de eximentes por analogía con el tenor del apartado 3.º del art. 4.º del nuevo Código penal, llamó la atención mi discípulo Luis Gracia Martín, en el Seminario de profesores de Derecho Penal de la Universidad de Zaragoza sobre el nuevo Código penal, celebrado durante el curso 1995-1996.

¹¹⁵ Véase también, en este sentido, F. Bueno Arús, «La teoría de la ley penal en el Proyecto de Código penal español de 26 de septiembre de 1994», *La Actualidad Penal*, n.º 16-17, 23 de abril 1995, pp. 232 y 239.

CAPÍTULO VIII

LA LEY PENAL EN EL TIEMPO

La ley es, como vimos en el capítulo anterior, la principal fuente del Derecho penal, pues en virtud del principio de legalidad sólo pueden crearse figuras delictivas y establecerse o agravar las penas mediante una Ley. La Ley tiene, sin embargo, una eficacia limitada en el tiempo y en el espacio. En este capítulo nos ocuparemos de los límites temporales y en el siguiente de los límites de la eficacia de la ley penal en el espacio.

PROMULGACIÓN Y DEROGACIÓN DE LA LEY PENAL

La ley penal nace con su promulgación. La promulgación es un acto del Jefe del Estado que declara la existencia de la ley y ordena su ejecución. Una vez promulgada la ley es preciso que se publique para su general conocimiento. Según el artículo 91 de la Constitución: «El Rey sancionará en el plazo de quince días las leyes aprobadas por las Cortes Generales y las promulgará y ordenará su inmediata publicación.» De acuerdo con lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 2.º del Código civil: «las leyes entrarán en vigor a los veinte días de su completa publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, si en ellas no se dispone otra cosa». El período que media entre el final de la publicación de la ley y su entrada en vigor recibe el nombre de *vacatio legis*. El período normal de *vacatio legis* en nuestro Derecho es, pues, de veinte días. Su duración puede ser mayor. Así, la Ley de Peligrosidad y Rehabilitación Social de 4 de agosto de 1970 establecía un período de *vacatio legis* de seis meses (en su Disposición adicional 1.ª) que se amplió por otros cuatro meses por el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1971. Es frecuente y oportuno que el período de *vacatio legis* se amplíe considerablemente cuando se trata de la entrada en vigor de un nuevo Código penal, con el fin de facilitar su conocimiento. Así, el Código penal federal suizo de 21 de diciembre de 1937 entró en vigor el 1 de enero de 1942 y la nueva parte general del Código penal alemán, aprobada por la Ley de 4 de julio de 1969 entró en vigor el 1 de enero de 1975. En nuestro país el Código penal de 1928 se publicó el 13 de septiembre y entró en vigor el 1 de enero de 1929, el nuevo Código penal militar publicado el 11 de diciembre de 1985 no entró en vigor hasta el 1 de junio de 1986 y el nuevo Código penal común de 1995 entró en vigor a los seis meses de su publicación en el *Boletín Oficial del Estado*, el día 24 de mayo de 1996. Razones de urgencia mueven a veces al legislador a disponer la inmediata entrada en vigor de una nueva ley. Así, por ejemplo, la Ley de 19 de julio de 1976, que reformó los delitos de asociación ilícita, propagandas ilegales, reuniones y manifestaciones ilegales y creó tipos agravados de coacciones para el castigo de los piquetes de huelga, entró en vigor el mismo día de su publicación.