

## EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Si se ha llegado a definir el ordenamiento jurídico como conjunto de normas que regulan el uso de la fuerza, puede entenderse fácilmente la importancia del Código Penal en cualquier sociedad civilizada. El Código Penal define los delitos y faltas que constituyen los presupuestos de la aplicación de la forma suprema que puede revestir el poder coactivo del Estado: la pena criminal. En consecuencia, ocupa un lugar preeminente en el conjunto del ordenamiento, hasta el punto de que, no sin razón, se ha considerado como una especie de «Constitución negativa». El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar.

En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político, el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse. A partir de los distintos intentos de reforma llevados a cabo desde la instauración del régimen democrático, el Gobierno ha elaborado el Proyecto que somete a la discusión y aprobación de las Cámaras. Debe, por ello, exponer, siquiera sea de modo sucinto, los criterios en que se inspira, aunque éstos puedan deducirse con facilidad de la lectura de su texto. El eje de dichos criterios ha sido, como es lógico, el de la adaptación positiva del nuevo Código Penal a los valores constitucionales. Los cambios que introduce en esa dirección el presente Proyecto son innumerables, pero merece la pena destacar algunos.

En primer lugar, se propone una reforma total del actual sistema de penas, de modo que permita alcanzar, en lo posible, los objetivos de resocialización que la Constitución le asigna. El sistema que se propone simplifica, de una parte, la regulación de las penas privativas de libertad, ampliando, a la vez, las posibilidades de sustituirlas por otras que afecten a bienes jurídicos menos básicos, y, de otra, introduce cambios en las penas pecuniarias, adoptando el sistema de días-multa y añade los trabajos en beneficio de la comunidad. En segundo lugar, se ha afrontado la antinomia existente entre el principio de intervención mínima y las crecientes necesidades de tutela en una sociedad cada vez más compleja, dando prudente acogida a nuevas formas de delincuencia, pero eliminando, a la vez, figuras delictivas que han perdido su razón de ser. En el primer sentido, merece destacarse la introducción de los delitos contra el orden socioeconómico o la nueva regulación de los delitos relativos a la ordenación del territorio y de los recursos naturales; en el segundo, la desaparición de las figuras complejas de robo con violencia e intimidación en las personas que, surgidas en el marco de la lucha contra el bandolerismo, deben desaparecer dejando paso a la aplicación de las reglas generales. En tercer lugar, se ha dado especial relieve a la tutela de los derechos fundamentales y se ha procurado diseñar con especial mesura el recurso al instrumento punitivo allí donde está en juego el ejercicio de cualquiera de ellos: sirva de ejemplo, de una parte, la tutela específica de la integridad moral y, de otra, la nueva regulación de los delitos contra el honor. Al tutelar específicamente la integridad moral, se otorga al ciudadano una protección más fuerte frente a la tortura, y al configurar los delitos contra el honor del modo en que se propone, se otorga a la libertad de expresión toda la relevancia que puede y debe reconocerle un régimen democrático. En cuarto lugar, y en consonancia con el objetivo de tutela y respeto a los derechos fundamentales, se ha eliminado el régimen de privilegio de que hasta ahora han venido gozando las injerencias ilegítimas de los funcionarios públicos en el ámbito de los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto, se propone que las detenciones, entradas y registros en el domicilio llevadas a cabo por autoridad o funcionario fuera de los casos permitidos por la Ley, sean tratadas como formas agravadas de los correspondientes delitos comunes, y no como hasta ahora lo han venido siendo, esto es, como delitos especiales incomprensible e injustificadamente atenuados. En quinto lugar, se ha procurado avanzar en el camino de la igualdad real y efectiva, tratando de cumplir la tarea que, en ese sentido, impone la Constitución a los poderes públicos.

Cierto que no es el Código Penal el instrumento más importante para llevar a cabo esa tarea; sin embargo, puede contribuir a ella, eliminando regulaciones que son un obstáculo para su realización o introduciendo medidas de tutela frente a situaciones discriminatorias. Además de las normas que otorgan una protección específica frente a las actividades tendentes a la discriminación, ha de mencionarse aquí la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual. Se pretende con ella adecuar los tipos penales al bien jurídico protegido, que no es ya, como fuera históricamente, la honestidad de la mujer, sino la libertad sexual de todos. Bajo la tutela de la honestidad de la mujer se

escondía una intolerable situación de agravio, que la regulación que se propone elimina totalmente. Podrá sorprender la novedad de las técnicas punitivas utilizadas; pero, en este caso, alejarse de la tradición parece un acierto.

Dejando el ámbito de los principios y descendiendo al de las técnicas de elaboración, el presente Proyecto difiere de los anteriores en la pretensión de universalidad. Se venía operando con la idea de que el Código Penal constituyese una regulación completa del poder punitivo del Estado. La realización de esa idea partía ya de un déficit, dada la importancia que en nuestro país reviste la potestad sancionadora de la Administración; pero, además, resultaba innecesaria y perturbadora. Innecesaria, porque la opción decimonónica a favor del Código Penal y en contra de las leyes especiales se basaba en el hecho innegable de que el legislador, al elaborar un Código, se hallaba constreñido, por razones externas de trascendencia social, a respetar los principios constitucionales, cosa que no ocurría, u ocurría en menor medida, en el caso de una ley particular. En el marco de un constitucionalismo flexible, era ese un argumento de especial importancia para fundamentar la pretensión de universalidad absoluta del Código. Hoy, sin embargo, tanto el Código Penal como las leyes especiales se hallan jerárquicamente subordinados a la Constitución y obligados a someterse a ella, no sólo por esa jerarquía, sino también por la existencia de un control jurisdiccional de la constitucionalidad. Consiguientemente, las leyes especiales no pueden suscitar la prevención que históricamente provocaban. Perturbadora, porque, aunque es innegable que un Código no merecería ese nombre si no contuviese la mayor parte de las normas penales y, desde luego, los principios básicos informadores de toda la regulación, lo cierto es que hay materias que difícilmente pueden introducirse en él. Pues, si una pretensión relativa de universalidad es inherente a la idea de Código, también lo son las de estabilidad y fijeza, y existen ámbitos en que, por la especial situación del resto del ordenamiento, o por la naturaleza misma de las cosas, esa estabilidad y fijeza son imposibles.

Tal es, por ejemplo, el caso de los delitos relativos al control de cambios. En ellos, la modificación constante de las condiciones económicas y del contexto normativo, en el que, quiérase o no, se integran tales delitos, aconseja situar las normas penales en dicho contexto y dejarlas fuera del Código: por lo demás, ésa es nuestra tradición, y no faltan, en los países de nuestro entorno, ejemplos caracterizados de un proceder semejante. Así pues, en ese y en otros parecidos, se ha optado por remitir a las correspondientes leyes especiales la regulación penal de las respectivas materias.

La misma técnica se ha utilizado para las normas reguladoras de la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo. En este caso, junto a razones semejantes a las anteriormente expuestas, podría argüirse que no se trata de normas incriminadoras, sino de normas que regulan supuestos de no incriminación. El Tribunal Constitucional exigió que, en la configuración de dichos supuestos, se adoptasen garantías que no parecen propias de un Código Penal, sino más bien de otro tipo de norma. En la elaboración del Proyecto se han tenido muy presentes las discusiones parlamentarias del de 1992, el dictamen del Consejo General del Poder Judicial, el estado de la jurisprudencia y las opiniones de la doctrina científica. Se ha llevado a cabo desde la idea, profundamente sentida, de que el Código Penal ha de ser de todos y de que, por consiguiente, han de escucharse todas las opiniones y optar por las soluciones que parezcan más razonables, esto es, por aquéllas que todo el mundo debería poder aceptar.

No se pretende haber realizado una obra perfecta, sino, simplemente, una obra útil. El Gobierno no tiene aquí la última palabra, sino solamente la primera. Se limita, pues, con este Proyecto, a pronunciarla, invitando a todas las fuerzas políticas y a todos los ciudadanos a colaborar en la tarea de su perfeccionamiento. Solamente si todos de-seamos tener un Código Penal mejor y contribuimos a conseguirlo podrá lograrse un objetivo cuya importancia para la convivencia y el pacífico disfrute de los derechos y libertades que la Constitución proclama difícilmente podría exagerarse.

## TÍTULO PRELIMINAR

### De las garantías penales y de la aplicación de la Ley penal

#### ART. 1.

**1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito por Ley anterior a su perpetración. 2. Las medidas de seguridad sólo podrán aplicarse cuando concurren los presupuestos establecidos previamente por la Ley.**

## **MODIFICACIONES**

*Apdo. 1 modificado por LO 1/2015, de 30 de marzo.*

*Redacción anterior, vigente hasta el 30-06-2015: "1. No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por ley anterior a su perpetración."*

## **CONCORDANCIAS**

*Ver arts. 9.3, 25.1 y 81 CE; 2, 3, 4.1, 2 y 3, 6.10ª, 12 y 95 CP; 43 LORPM; 15 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 7 Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales.*

## **JURISPRUDENCIA**

### **1. Principio de legalidad**

Los Tribunales están sujetos al principio de legalidad y como se expresa en las STS 657/2013, de 15 de julio, y 300/2012, de 3 de mayo, la consideración ética sobre la reprochabilidad de los actos denunciados no puede determinar la sanción penal del hecho, con independencia de la opinión personal del Juzgador, si en la conducta enjuiciada no concurren rigurosamente los elementos típicos integradores de la figura delictiva objeto de acusación, pues el Derecho Penal se rige por el principio de legalidad estricta (art 4.1º del Código Penal) que prohíbe taxativamente la analogía in malam partem, es decir la aplicación del tipo penal a casos distintos de los comprendidos expresamente en él.

Así lo ha expresado nuestro Tribunal Constitucional (por todas, SSTC 123/2001, de 4 de junio; 120/2005, de 10 de mayo; 76/2007, de 16 de abril; 258/2007, de 18 de diciembre; y 91/2009, de 20 de abril), que de forma reiterada ha recordado que el derecho a la legalidad penal supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que no constituyan delito o falta según la legislación vigente en el momento de la comisión del hecho, quebrándose este derecho cuando la conducta enjuiciada es subsumida de un modo irrazonable en el tipo penal que resulta aplicado, añadiendo que en el examen de razonabilidad de la subsunción de los hechos probados en la norma penal el primero de los criterios a utilizar está constituido por el respeto al tenor literal de la norma y la consiguiente prohibición de la analogía in malam partem. Por tanto el respeto del principio de legalidad, en su exigencia de *lex stricta*, impide la aplicación del tipo en perjuicio del reo más allá de lo que consiente el propio sentido literal del precepto que configura el alcance de protección de la norma. **(STS 358/2016, de 26 de abril; STS 657/2013, de 15 de julio).**

El principio de legalidad, tal como viene formulado en el artículo 25.1 CE en cuanto al ámbito penal, supone que nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito o falta, según la Legislación vigente en aquel momento. Incorpora en primer lugar "una garantía de índole formal, consistente en la necesaria existencia de una norma con rango de Ley como presupuesto de la actuación punitiva del Estado, que defina las conductas punibles y las sanciones que les corresponden, derivándose una «reserva absoluta» de Ley en el ámbito penal". Esta exigencia formal debe extenderse, asimismo, al presupuesto de que la actuación punitiva del Estado se ejerza en el ámbito de su Jurisdicción, es decir que exista una norma con rango de Ley que faculte a los Tribunales penales españoles a ejercer su jurisdicción sobre una determinada conducta. En consecuencia, si la propia normativa legal limita el ámbito de nuestra Jurisdicción, desaparece el presupuesto para enjuiciar, y asimismo para continuar la tramitación del procedimiento penal.

El principio de legalidad penal incorpora otra garantía de carácter material y absoluto consistente en que las conductas constitutivas de delito deben aparecer contempladas en una norma escrita con rango de ley (*lex scripta*), que además les asocie una pena.

Asimismo determina la "imperiosa exigencia de la predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas, y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción". Por ello el principio de legalidad, en cuanto impone la adecuada previsión previa de la punibilidad, solo permite la sanción por conductas que en el momento de su comisión estuvieran descritas como delictivas en una ley escrita (*lex scripta*), anterior a los hechos (*lex previa*), que las describa con la necesaria claridad y precisión (*lex certa*) y de modo que quede excluida la aplicación analógica (*lex stricta*). Asimismo, el principio de legalidad contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable **(STS 297/2015, de 8 de mayo).**

## 2. Principio de tipicidad

Las exigencias del principio de legalidad tienen implicaciones no solo para el legislador, sino también para los órganos judiciales. En su labor de interpretación de las Leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la Ley penal, y por otro, les está vedada la interpretación extensiva y analogía *in malam partem*, es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al Legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (**STS 338/2015, de 2 junio**).

El relato de hechos probados debe ser lo suficientemente descriptivo como para descartar el riesgo de menoscabo del principio de tipicidad (**STS 298/2015, de 13 de mayo**).

En su labor de interpretación y aplicación de las leyes penales, estos últimos se hallan también sometidos al principio de tipicidad, en el sentido de que, por un lado, se encuentran en una situación de sujeción estricta a la ley penal y, por otro, les está vedada la interpretación extensiva y la analogía «*in malam partem*», es decir, la exégesis y aplicación de las normas fuera de los supuestos y de los límites que ellas mismas determinan. El que estas técnicas jurídicas, que tan fértiles resultados producen en otros sectores del ordenamiento jurídico, estén prohibidas en el ámbito penal y sancionador obedece a que en caso contrario las mismas se convertirían en fuente creadora de delitos y penas y, por su parte, el aplicador de la nueva norma así obtenida invadiría el ámbito que sólo al legislador corresponde, en contra de los postulados del principio de división de poderes (**STS 657/2013, de 15 de julio**).

3. Aplicación del principio de legalidad a las medidas de seguridad Dos son los presupuestos necesarios para que pueda ser aplicada una medida de seguridad: uno de carácter objetivo, que es la existencia de la peligrosidad criminal, y otro de naturaleza subjetiva, enlazado con el hecho de que no toda persona supuestamente peligrosa, sino sólo las que se encuentran en los casos previstos en los arts. 101 a 104 del Código penal, pueden ser sometidas a medidas de seguridad. Desde otro punto de vista, los presupuestos son también dos, uno, la comisión de un hecho delictivo por una persona; dos, la peligrosidad demostrada por la misma, esto es, la probabilidad de que vuelva a cometer otros hechos delictivos en el futuro (**STS 124/2012, de 6 de marzo; STS 65/2011, de 2 de febrero**).

## ART. 2.

**1. No será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por Ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las Leyes que establezcan medidas de seguridad.**

**2. No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario.**

## MODIFICACIONES

*Apdo. 1 modificado por LO 1/2015, de 30 de marzo. Redacción anterior, vigente hasta el 30-06-2015: “1. No será castigado ningún delito ni falta con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.”*

## CONCORDANCIAS

*Ver nota al artículo anterior y disp. trans. 1ª a 10ª CP.*

## JURISPRUDENCIA

**1. Retroactividad de la ley penal más favorable.**

1.1. En general. 1.2. Aplicación sobre las normas que regulan la prescripción. 1.3. Aplicación sobre normas que delimitan la jurisdicción. 1.4. No se aplica sobre los cambios jurisprudenciales. 1.5. Normas penales en blanco. 1.6. Normas que afectan a la responsabilidad civil.

## **2. Supuestos concretos.**

2.1. Sobre la consideración del art. 58 CP como ley penal más favorable. 2.2. El art. 77.3 CP como ley penal más favorable. 2.3. Artículos 138 a 140 –tras la reforma operada por la L.O. 2/2015–. 2.4. Tipo agravado de abusos sexuales. 2.5. Nuevo párrafo 4º del art. 579 bis C.P., introducido por la reforma operada por la L.O. 2/2015 de 30 de marzo. 2.6. Artículo 577.2 CP –tras la reforma operada por la L.O.2/2015–.

## **1. Retroactividad de la ley penal más favorable**

### **1.1. En general**

La justificación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra en razones de justicia, ya que es contrario a elementales criterios de justicia que se siga aplicando una ley penal reconocida como demasiado severa. También a exigencias del principio de necesidad de las penas en cuanto la derogación de una ley penal por otra más benigna indica que la ley derogada no era necesaria y también a razones de humanidad ya que sólo la aplicación retroactiva de la nueva ley favorece el principio de humanidad en la imposición de las penas. El problema surge a la hora de determinar qué norma es más favorable. A veces la cuestión es sencilla porque la norma posterior se limita a establecer una penalidad más leve, pero en otras ocasiones la cuestión es más compleja porque la nueva norma puede establecer penas de diferente naturaleza en las que no es sencillo determinar qué pena es más grave, o porque se establecen cambios en el régimen de sustitución o suspensión de la pena o incluso se modifican los presupuestos procesales que condicionan el ejercicio de la acción penal. (...) Ciertamente la determinación de la ley penal más favorable debe ser establecida mediante la valoración global de las normas del Código Penal para determinar en cada caso si la nueva regulación produce como consecuencia final un trato punitivo más beneficioso, y para realizar esa ponderación debe tomarse en consideración cualquier supuesto que vaya a ser tenido en cuenta en la realización del injusto culpable y que contribuya a fundamentar la condena **(STS 234/2019, de 8 de mayo)**.

El TC es reacio a vincular tal regla (art. 2.2 CP) con el art. 25 CE (STC 21/2008, de 31 de enero, y las que allí se citan), como igualmente lo fue el TEDH en relación al art. 7 CEDH (Asunto G. c. Francia, sentencia de 27 de septiembre de 1995), en posición ya más que modulada (Scoppola c. Italia, sentencia de 17 de septiembre de 2009). Y en los términos que es recogida por el art. 49.1 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (vid. STJUE de 3 de mayo de 2005, asunto Berlusconi y otros) o el artículo 15.1, inciso final, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (« Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello») se proyecta a una determinada conducta, no al régimen de determinación de penas derivado de plurales infracciones en diversos procesos, donde conlleva aquí como tercera vía, configurar un conjunto normativo con reglas de dos regímenes temporales punitivos **(STS 95/2017, de 16 de febrero)**.

El principio de legalidad contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable. El Código Penal vigente reconoce el efecto retroactivo de las normas penales más favorables al reo en el artículo 2.2º (STS 296/2015, de 6 de octubre).

No es argumento ocioso el del art. 2-2º del Cpenal que reconoce el principio de retroactividad de las leyes penales en cuanto favorezcan al reo “...aunque al entrar en vigor hubiese recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena...”, supuesto que es, cabalmente, el que nos ocupa. Al así razonar no se está postulando una sustitución del gobierno de las normas por el gobierno de los Jueces, fruto de un indeseado activismo judicial sino...