

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUOLA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL



**PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA DEL PRINCIPIO
DE LEGALIDAD PENAL
PROBLEMAS INTERPRETATIVOS ACTUALES**

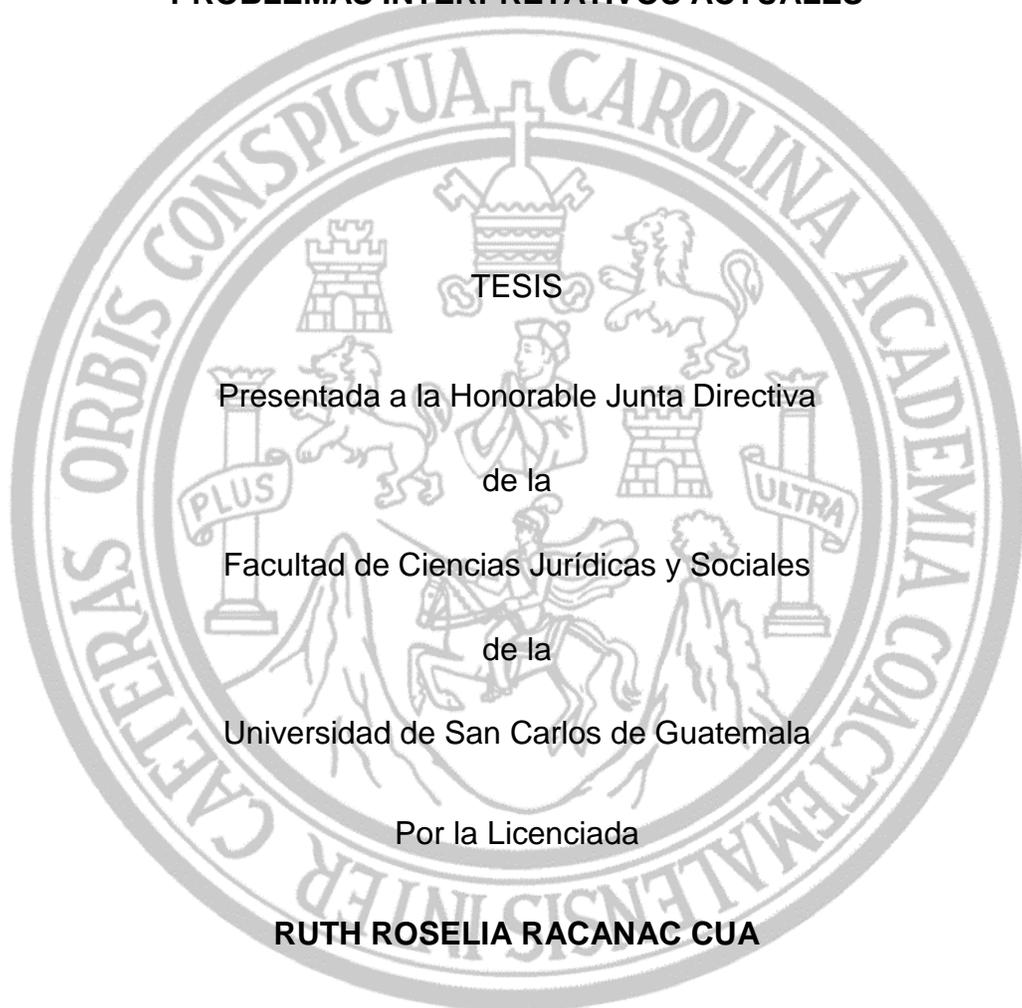
LICENCIADA

RUTH ROSELIA RACANAC CUA

Guatemala, septiembre de 2024

UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
MAESTRÍA EN DERECHO PENAL

**PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL
PROBLEMAS INTERPRETATIVOS ACTUALES**



Previo a optar al Grado Académico de

MAESTRA EN DERECHO PENAL
(*Magister Scientiae*)

Guatemala, septiembre de 2024

**HONORABLE JUNTA DIRECTIVA
DE LA
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES
DE LA
UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA**

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
VOCAL I: Vacante
VOCAL II: Lic. Rodolfo Barahona Jácome
VOCAL III: Lic. Helmer Rolando Reyes García
VOCAL IV: Lic. Javier Eduardo Sarmiento Cabrera
VOCAL V: Br. Gustavo Adolfo Oroxom Aguilar
SECRETARIO: Lic. Wilfredo Eliú Ramos Leonor

CONSEJO ACADÉMICO DE ESTUDIOS DE POSGRADO

DECANO: M. Sc. Henry Manuel Arriaga Contreras
DIRECTOR: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
VOCAL: Dr. Carlos Estuardo Gálvez Barrios
VOCAL: Dra. Herminia Isabel Campos Pérez
VOCAL: Dr. William Enrique López Morataya

TRIBUNAL EXAMINADOR

PRESIDENTE: Dr. Saúl González Cabrera
VOCAL: Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
SECRETARIO: Dr. Aníbal González Dubón

RAZÓN: «El autor es el propietario de sus derechos de autor con respecto a la tesis sustentada». (Artículo 5 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de San Carlos de Guatemala, Escuela de Estudios de Posgrado).

Guatemala, 10 de julio del año 2023.

Doctor
Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

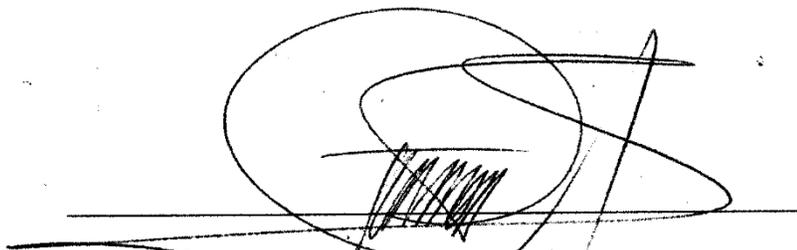
Estimado Doctor Cáceres Rodríguez:

Lo saludo respetuosamente deseándole bienestar en sus actividades al frente de la Escuela de Estudios de Postgrado.

Por medio de resolución **RES. D.E.E.P. D. P. 85-2023** de la Dirección de la Escuela de Estudios de Postgrado, de fecha cinco de junio de dos mil veintitrés, se me asignó para su tutoría, la **Tesis de Maestría en Derecho Penal** de la Licenciada **Ruth Roselia Racanac Cua**, titulada **“PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL. PROBLEMAS INTERPRETATIVOS ACTUALES”**.

Después de revisar y discutir el informe final que contiene la Tesis de Maestría en Derecho Penal de la Licenciada **Ruth Roselia Racanac Cua** y realizadas las observaciones correspondientes, es mi opinión que su contenido llena los requisitos que exige el Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado de la Escuela de Estudios de Postgrado, por lo que emito mi dictamen favorable a la misma, para que continúe el trámite correspondiente y pueda ser defendida en su examen privado.

Quedo a sus órdenes y me suscribo respetuosamente:



Dr. Anibal González Dubón

Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura en Letras
Correo electrónico: ortografiataller@gmail.com
Celular: (502) 50051959

Guatemala, 01 de septiembre, 2024

Doctor Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
Director de la Escuela de Estudios de Postgrado
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales
Universidad de San Carlos de Guatemala

Señor director:

Por la presente hago constar que he realizado la revisión de los aspectos de redacción, ortografía, sistemas de referencias y estilo, de la tesis denominada:

**PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL
PROBLEMAS INTERPRETATIVOS ACTUALES**

De acuerdo con lo anterior, considero que este documento académico presentado por la Lda. Ruth Roselia Racanac Cua, estudiante de la Maestría en Derechos Penal, de la Escuela de Estudios de Postgrado, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de San Carlos de Guatemala, puede imprimirse.

Atentamente


Dra. Gladys Tobar Aguilar
Revisora
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450

Dra. Gladys Tobar Aguilar
Doctorado en Educación y Licenciatura
en Letras
Colegio Profesional de Humanidades
Colegiada 1450



USAC
TRICENTENARIA
Universidad de San Carlos de Guatemala

D.E.E.P. ORDEN DE IMPRESIÓN

LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO DE LA FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS DE GUATEMALA, Guatemala, 23 de septiembre del año dos mil veinticuatro.-----

En vista de que la Licenciada Ruth Roselia Racanac Cuá, aprobó el examen privado de Tesis en la **Maestría en Derecho Penal** lo cual consta en el acta número 79-2023 suscrita por el Tribunal Examinador y habiéndose cumplido con la revisión gramatical, se autoriza la impresión de Tesis titulada **“PERSPECTIVA CONTEMPORÁNEA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL PROBLEMAS INTERPRETATIVOS ACTUALES”**. Previo a realizar el acto de investidura de conformidad con lo establecido en el Artículo 21 del Normativo de Tesis de Maestría y Doctorado.-----

“ID Y ENSEÑAD A TODOS”


Dr. Luis Ernesto Cáceres Rodríguez
DIRECTOR DE LA ESCUELA DE ESTUDIOS DE POSTGRADO



Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Escuela de Estudio de Postgrado, Edificio S-5 Segundo Nivel. Teléfono: 2418-8409

DEDICATORIA

A DIOS

Quien en todo momento me inspiro, guio y corrigió a través de su Espíritu, para la conclusión de esta tesis la honra y gloria sea para Él.

A MIS PADRES

A mis padres queridos, aunque no estén físicamente presente, sus enseñanzas siguen guiándome día a día.

A MI PADRE

Este logro es en su honor, porque fue gracias a su amor y dedicación aprendí a nunca rendirme, especialmente en las oraciones dirigidas a Dios de su parte y la preocupación de saber cómo me fue en cada examen. Me duele el alma al no poder tenerlo en mi graduación. Mi corazón aún llora por su ausencia, sé que está orgullosos de mí, lo extraño y siempre lo recuerdo.

A MI MADRE

Cuanto quisiera que estuvieses en este momento, pero Dios te quiso con Él, mi heroína, quien con su fortaleza, sabiduría y amor incondicional me guio en cada paso de mi vida. Gracias por ser mi luz y mi refugio en momentos oscuros y por creer en mí siempre, este logro es de ambas. Eres mi ejemplo de mujer en lo trabajadora y en lo espiritual, me siento orgullosa de ser tu hija.

A MI ESPOSO

Mi compañero de vida y mi apoyo incondicional. Tu ejemplo me ha dado la fuerza necesaria y mi

motivación para superar los desafíos de este logro. Gracias a tu apoyo incondicional yo he podido llegar hasta aquí, agradezco a Dios por todo lo que has hecho por mí.

A MIS HIJOS

Quienes han sido mi inspiración constante y la razón por la que nunca renuncié a mis sueños, con el fin de que ellos puedan seguir mis huellas. Agradezco su comprensión y apoyo. Espero que este logro sea un ejemplo para ustedes, que puedan lograr cualquier meta que se propongan y para mis tres nietecitos Samara, Alan y Oramel.

DEDICATORÍA GENERAL

Mi gratitud a la Escuela de Estudios de Postgrado Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales Universidad de San Carlos de Guatemala, mi agradecimiento sincero al asesor de tesis. Dr. Anibal González Dubón, a mis compañeros de estudio y a mis amigos, quienes sin su ayuda nunca hubiese podido obtener este logro.



ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	i
CAPÍTULO I	1
1. La función judicial y el principio de legalidad penal	1
1.1. Hermenéutica y principio de legalidad penal	1
1.2. Clarificación sobre el sentido del principio de legalidad Penal	2
1.2.1. <i>El papel del legislador en el contenido semántico de las normas</i>	2
1.2.2. <i>La claridad normativa y la aplicación de la ley penal</i>	6
1.2.3. <i>Incidencia del principio de legalidad en la Interpretación de la ley penal</i>	8
1.3. Justicia penal e interpretaciones desviadas	13
CAPÍTULO II	19
2. Los problemas interpretativos de la ley penal	19
2.1. Las interpretaciones equívocas	19
2.1.1. <i>El papel de las leyes</i>	22
2.1.2. <i>La función de la ley en la democracia</i>	22
2.1.3. <i>Formación de la ley</i>	22
2.1.4. <i>La ley y la representatividad política</i>	23
2.2. La eficacia normativa	23
2.2.1. <i>La sociedad como destinataria de las normas</i>	23
2.2.2. <i>Hermenéutica y seguridad jurídica</i>	25
2.2.3. <i>Legislación y aplicación judicial</i>	26
2.3. Hermenéutica y adjudicación	28
CAPÍTULO III	39



3.	Incidencia de la crisis del principio de legalidad penal en el derecho penal contemporáneo	39
3.1.	El pensamiento ilustrado y la génesis del principio de legalidad penal	39
3.2.	Kant y Feuerbach, su contribución a la construcción del Principio de legalidad penal	41
3.3.	El Principio de legalidad penal en Kant.....	43
3.4.	El Principio de legalidad penal en Feuerbach	46
3.5.	La crisis actual del principio de legalidad penal	48
3.6.	Los problemas de la teoría contemporánea de la ley penal	50
CAPÍTULO IV.....		63
4.	La pretensión de corrección de la crisis del principio de Legalidad penal	63
4.1.	Intentos de solución a la crisis del principio de legalidad Penal	63
4.2.	La interpretación legislativa.....	68
4.3.	Particularidades interpretativas de la ley penal	72
CONCLUSIÓN		79
REFERENCIAS		81



INTRODUCCIÓN

Los delitos y las penas constituían la parte sustancial del programa reformador de la Ilustración. Pero no menos importante era la parte formal o relativa al *quién* y al *como* de la propia tipificación penal; dos aspectos distintos que suelen englobarse bajo el nombre de *principio de legalidad*.

En relación con el primero, la respuesta del pensamiento ilustrado no aporta grandes novedades: competente para tipificar los delitos y las penas y para establecer la forma de los juicios es sólo el legislador soberano.

El principio de legalidad entendido simplemente como una exigencia de monopolio punitivo en manos del legislador, constituía una vieja aspiración presente en todo el proceso de formación del Estado moderno, que supone una paulatina concentración del poder por el monarca absoluto y en detrimento de cualesquiera otros órganos de producción jurídica.

Por eso no es extraño encontrar formulaciones de esa legalidad a lo largo del Antiguo Régimen, si bien no pocas veces desmentidas por una práctica jurídica que aún se alimentaba de tradiciones o elementos medievales. El despotismo y la filosofía ilustrada de la segunda mitad del siglo XVIII representarán, pues, la culminación de ese proceso y de ese pensamiento legalista y unificador.

La aportación verdaderamente original de la Ilustración se centra en lo que Ferrajoli denomina la *estricta legalidad*, que no significa sólo que la tipificación legal representa una condición indispensable para que el juez pueda castigar, sino que implica



una exigencia que pesa sobre el propio legislador a fin de que las prescripciones penales sean claras, precisas y dotadas de una denotación empírica taxativa.

Esto es, en sentido amplio, la legalidad constituye un límite que se alza frente a cualquier otro poder o fuente de creación jurídica, mientras que, en *sentido estricto*, es un límite al propio legislador, que ya no puede castigar de cualquier manera, sino sólo a través de un género de normas dotadas de unas cualidades formales que son garantía de la libertad y de la seguridad.

Si bien ese límite al legislador se traduce también en una barrera frente al arbitrio judicial, ya que dichas cualidades formales están en condiciones de asegurar una aplicación neutral, mecánica y uniforme del Derecho a los casos particulares.

Ahora bien, la *legalidad estricta*, a pesar de lo expuesto, está en crisis. Esta crisis ha sido provocada por factores políticos, económicos, sociales y, en gran medida por la globalización del derecho penal, traducida en leyes impuestas por la presión de los países dominantes en el ámbito internacional como instrumentos de dominación política provenientes de su política exterior.

La globalización penal no es sino uno más de los efectos del proceso de homogeneización que ha operado la globalización mundial. Y es que su signo básicamente económico y neoliberal, marcado por una *lex mercatoria* que asegura la hegemonía de imponentes poderes supranacionales y de sus políticas

imperialistas, no agota, sin embargo, otros espacios de influencia política, social y cultural que alcanzan, sin duda, al derecho y particularmente a la política criminal, que parece haber perdido sus componentes deontológicos tradicionales para convertirse en



un mero recurso retórico que se limita a describir la realidad nueva y los nuevos lenguajes que identifican la actualidad del castigo en nuestros países occidentales.

No es, en efecto, un secreto para nadie que la globalización neoliberal ha hecho estragos en el Derecho penal. De un Derecho penal vocacionalmente garantístico e incluyente propio de la Modernidad se ha pasado en muy poco tiempo a un Derecho penal de control, actuarial y excluyente de minorías y grupos que representan las nuevas clases peligrosas de la posmodernidad. Y su efecto expansivo parece incansable. Sería erróneo considerar, no obstante, que la delincuencia socio económica en ascenso constituye uno de los sujetos que han acusado las consecuencias indeseables de esa expansión punitiva.

Contrariamente, ellos siguen ocupando un estatus privilegiado en la legalidad y en la persecución penal y las transformaciones del Derecho penal de la globalización no les afectan de modo esencial, sino que encuentran a sus víctimas preferentes en los sectores sociales más oprimidos y margina les, que son los que ocupan el centro de los territorios coercitivos de exclusión.

Se trata de un mero ejercicio de coherencia si nos situamos en el contexto de las políticas neoliberales que promueven precisamente su segregación social. El capitalismo necesita administrar de alguna manera a los frutos de su exclusión y lo hace estableciendo límites físicos a la vida pública de quienes suponen una amenaza para la paz de los mercados. Para ello se sirve de la complicidad de los estados que, a lo largo de este proceso, han ido relegando sus funciones sociales y de intervención en la política y la economía territoriales para convertirse en meros gendarmes de su seguridad interior.



Como tan bien lo ha expresado Wacquant, su déficit de soberanía y de poder político y social lo han suplido con un desarrollo sin precedentes de su poder penal, de su mano derecha (policía, justicia, prisión) en detrimento de su mano izquierda (simbolizada por la educación, la salud, la asistencia social...), en un recorrido que afecta primordialmente a las zonas inferiores del espacio social. Al derecho se le reserva la función simbólica de legitimar ese ejercicio selectivo de sus medios de coerción.



CAPÍTULO I

1. La función judicial y el principio de legalidad penal

1.1. Hermenéutica y principio de legalidad penal

¿Debe el legislador dictar leyes precisas en materia penal?; ¿Garantiza la precisión de un enunciado legal la previsibilidad de la aplicación del Derecho?; ¿Tiene el principio de legalidad penal implicaciones para los intérpretes?

La respuesta mayoritaria de la doctrina penalista a cada una de las anteriores preguntas es: *sí, no, y depende*. Mientras que la respuesta a las dos primeras preguntas es correcta, la tercera debería ser *sí*, y ello es así precisamente por las razones que avalan la respuesta a la otras dos: los valores protegidos por el principio de legalidad, así como lo que hoy en día se sabe sobre la interpretación e integración de las disposiciones legales avocan a una estrategia interpretativa específica en Derecho penal, en concreto a una de restricción de la labor del intérprete. Sin embargo, ello no es así. A la hora de pedirle al legislador que cumpla con la taxatividad demandada por el principio de legalidad penal se es (como se debe ser) muy exigente, mientras que se es mucho más laxo cuando de lo que se trata de prescribir cómo ha de manejarse el intérprete frente a la disposición legal.



1.2. Clarificación sobre el sentido del principio de legalidad Penal

1.2.1. *El papel del legislador en el contenido semántico de las normas*

La respuesta es necesariamente afirmativa. Cualquier estudiante de Derecho penal sabe que el principio de legalidad así se lo exige y la doctrina y la generalidad de los operadores jurídicos reconocen unánimemente tal obligación. La precisión de la fórmula legal (*lex certa*) es un elemento básico del principio de legalidad penal, que por muy buenas razones es la piedra bascular del Derecho penal moderno. El respeto a la dignidad de las personas y su capacidad de decidir cómo actuar, exige que éstas puedan organizar sus vidas con libertad, para lo cual es necesario que puedan prever las consecuencias jurídicas de sus acciones.

“En esta garantía de previsibilidad *ex ante* consiste el principio de legalidad de la intervención pública, del que el principio de legalidad jurídico-penal no es sino una concreción” (Krev Volker y Weber-Linn, M., 1985, p. 125), que basa su especialidad en un dato obvio: las penas son las consecuencias más graves que puede tener la conducta de los ciudadanos, de modo que las exigencias del principio de legalidad han de extremarse en la rama del Derecho que disciplina su previsión e imposición, el Derecho penal.

La previsibilidad de las consecuencias jurídicas es una garantía que puede prestarse por diferentes tipos de Estado de Derecho, no sólo por los democráticos.

Es, sin embargo, consustancial a estos últimos que “la vida de las personas deba regirse por las decisiones del órgano con mayor legitimidad y representatividad popular, el parlamento (principio democrático)” (Prieto Sanchis, L., 2007, p. 65).



Si la disposición aprobada por el parlamento no fuese taxativa, serían los tribunales (con una legitimación democrática indirecta, en el mejor de los casos) los que finalmente decidirían qué conductas son constitutivas de delito y cuáles no. De la mayor legitimidad democrática del parlamento, y del hecho de que éste se pronuncie mediante leyes, se deriva así mismo la necesidad de que la tipificación penal se efectúe mediante este tipo de disposición escrita y se excluya la costumbre.

Finalmente, “la precisión de la norma, junto con su generalidad, avanzan el ideal de igualdad ante la ley y en su aplicación, puesto que una disposición laxa incrementa el riesgo de interpretaciones divergentes”(Navarro Frías, I., 2010, p. 23).

Además de la noción de previsibilidad, la de legitimidad democrática y la promoción de la igualdad, en la doctrina penal también se ha aludido a la conexión de la taxatividad con las necesidades preventivo-generales.

La noción, que según una opinión extendida fue introducida en la discusión con la obra de Feuerbach y ha sido impulsada en tiempos recientes por Schönemann y Roxin, parte de que sólo si el mandato legal es claro podrá la norma desplegar su eficacia preventiva.

A este planteamiento se le han hecho numerosas críticas. Algunas de ellas no aciertan su objetivo, pero otras son insuperables. Dentro de las posturas erradas se encuentra la de aquellos autores que han objetado que en realidad las personas evitan la realización de conductas delictivas por motivos distintos del temor a la sanción, de modo que el mayor o menor esfuerzo de precisión en la delimitación de los tipos o las penas es irrelevante, toda vez que no es ni una cosa ni otra la que mueve a quienes obedecen al Derecho.



La crítica acierta cuando afirma que “las personas que obedecen al Derecho lo hacen en parte e incluso de manera primordial por sus razones distintas del miedo a la sanción” (Tyler, T., 2006, p. 25). Pero esa proposición, que es válida para la mayor parte de los ciudadanos la mayor parte del tiempo, no afecta la validez de una proposición menos amplia que afirma que las conminaciones penales tienen efectos motivadores en ocasiones y sobre sujetos para los que otro tipo de incentivos no han resultado suficientes.

Como ocurre con la mayor parte de las cuestiones empíricas de las que se ocupan las ciencias sociales, la relativa a si la amenaza de pena previene o no, es una pregunta que no se puede responder con *todo o nada* (la cuestión no es si la amenaza de pena disuade siempre o si no lo hace nunca), sino que es una cuestión de grado: ¿añaden las conminaciones penales incentivos a observar la conducta legal?

Superados los excesos de ciertas orientaciones criminológicas de los años setenta y ochenta, hoy en día se tiene suficiente evidencia empírica para contestar esta pregunta de forma afirmativa: las penas, y en especial la existencia de un sistema de justicia penal que asegure una probabilidad relevante de condena, tienen eficacia preventiva. (Robinson, P. y Darley, J., 2004, pág. 173)

Si bien, ha de añadirse, menor que la postulada por teorías como la teoría clásica de la disuasión. Si la amenaza de sanción puede tener efectos preventivos sobre sujetos insuficientemente motivados a la obediencia por el resto de factores extrapenales, la objeción presentada se desvanece.

En realidad el problema de la tesis conforme a la cual el principio de legalidad y la taxatividad tienen que ver con la prevención general es otro, también de naturaleza empírica: la tesis es falsa porque lo cierto es que la prevención general sí puede funcionar sin necesidad de taxatividad, y de hecho puede hacerlo incluso con más eficacia (aunque



con menor legitimidad): si los contornos de un tipo penal no son claros pero la sanción por su quebrantamiento sí es lo suficientemente severa, los ciudadanos tenderán a omitir no sólo las conductas que piensan que puedan disgustar a los órganos encargados de la persecución, sino también otras dudosas. Así mismo, los órganos encargados de la persecución y sanción de las conductas delictivas podrán perseguir y sancionar comportamientos cuya punición no entraba dentro de los planes del legislador en el momento de emitir la disposición cuando posteriormente se piense que tal persecución o sanción es útil *para mandar un mensaje*.

La tesis que asocia la claridad del mensaje normativo con la prevención general se ancla en el irrealizable sueño ilustrado de unos ciudadanos que leen las disposiciones legales para guiar su conducta. Sin embargo, al menos en los ordenamientos jurídicos de las sociedades complejas, la mayoría de los ciudadanos tiene un acceso a la legalidad mediado por las normas sociales y en el que de modo por completo racional se presta especial atención a las pautas de persecución que fácticamente se dan en el ordenamiento jurídico en cuestión, antes que al mensaje que aparentemente contienen los textos legales y su grado de precisión.

Imagínese una dictadura que emitiera una disposición del tipo *serán sancionadas con penas privativas de libertad las personas que lleven a cabo actos contra el orden público*. No es razonable pensar que los ciudadanos sometidos a tal régimen serían proclives a tentar la suerte por el hecho de que los límites de la conducta prohibida y la sanción no sean precisos.

No, al menos, sin esperar a ver cómo se conducen los órganos de persecución y los jueces del sistema y qué tipo de conductas entienden constitutivas de *actos contra el*



orden público. Por supuesto, una estrategia político-criminal basada en la ausencia de taxatividad y la complicidad de los actores del sistema de justicia penal es completamente ilegítima. Sin embargo, la legitimidad de la disuasión y su posibilidad fáctica son cuestiones distintas, y lo único que se requiere para superar la tesis que exige la taxatividad como presupuesto de la disuasión es mostrar que, como cuestión de hecho, la taxatividad no sólo no es un presupuesto de la disuasión, sino que, antes bien, puede entorpecerla (y, pasando del terreno empírico al normativo, por razones de justicia se quiere que lo haga).

En definitiva, todo apunta a que sobran motivos para mantener el *sí* con el que se contesta a la pregunta inicial acerca de si el legislador debe dictar leyes precisas en materia penal. Sin embargo, estos motivos no se relacionan con ninguna característica específica del Derecho penal distinta a la de su condición de arma más poderosa del Estado: la especial exigencia de taxatividad en materia penal es consecuencia de la mayor gravedad de las consecuencias en este ámbito y por completo compatible con la consideración del principio de legalidad penal como una especificación del más general principio de legalidad de la intervención pública en la vida de las personas.

1.2.2. La claridad normativa y la aplicación de la ley penal

Por supuesto que no. En esta época post-formalista todo jurista que merezca tal nombre sabe que la aplicación de normas legales no es un proceso *lógicodeductivo* mediante el cual sin valoración alguna se extrae de la disposición escrita el significado literal de las palabras para conformar la norma aplicable al caso.



El único problema con la anterior respuesta es la distancia que pretende interponer entre el pasado y el presente. En realidad, que la aplicación de normas legales no es un proceso algorítmico de subsunción ya lo sabían también los *formalistas* (sean estos quienes fueran, y si los hubo). De otra manera no se explicaría que discutieran sobre los cánones y el objeto de la interpretación, y es evidente que todos los autores a los que alguna vez se ha considerado formalistas lo hicieron, y mucho.

Ahora, como antes, los juristas son muy conscientes de que una misma disposición puede dar lugar a interpretaciones y aplicaciones muy distintas según se interprete conforme a unos u otros cánones interpretativos y según cuál se considere que es el objetivo de la interpretación (históricamente se han defendido principalmente dos: desentrañar el fin de la disposición o el significado de su texto). De modo que también en este caso la respuesta a la pregunta es correcta: la precisión de un enunciado legal no garantiza la previsibilidad de la aplicación del Derecho.

La primera respuesta alerta acerca de la importancia de la previsibilidad de las consecuencias jurídicas por parte de los ciudadanos; sobre cómo la medida en la que una sociedad se rige por lo dispuesto por el órgano más representativo, tiene consecuencias para la legitimidad de los sistemas democráticos (principio democrático); y sobre cómo debe promocionarse la igualdad ante la ley y en su aplicación (principio de igualdad).

La segunda, por su parte, indica que la interpretación de las disposiciones puede dar al traste con la previsibilidad, con que sea el legislador el que decida sobre la punibilidad de los comportamientos y con la igualdad en la aplicación de la ley. Así pues,



las estrategias que se adopten en la interpretación de las disposiciones legales no pueden sino considerarse decisivas para el principio de legalidad.

1.2.3. Incidencia del principio de legalidad en la Interpretación de la ley penal

La observación de la doctrina y de la conducta de los operadores jurídicos, proporciona a la anterior pregunta una respuesta mucho menos rotunda que la que se obtendría al preguntar por las implicaciones del principio de legalidad para la labor del legislador.

En materia de interpretación, la respuesta no es un *sí* rotundo, como entonces, sino un *sí y no*. *Sí*, porque en abstracto se afirma que el intérprete no puede efectuar interpretaciones *extravagantes* y mucho menos interpretar analógicamente. *No*, porque los baremos con los que deba decidirse sobre la extravagancia de una interpretación o acerca de los límites entre la analogía y otras formas de interpretación se configuran con una gran laxitud y por tanto con un bajo grado de exigencia que nada tiene que ver con la decidida actitud con la que se exige el cumplimiento del mandato de determinación.

En primer lugar, la estricta prohibición de la analogía, convive con una patente falta de precisión conceptual a la hora de demarcar los contornos de este modo de integración del Derecho y de diferenciarlo de otras técnicas de interpretación e integración del Derecho.

En las acertadas palabras de Montiel:

La carencia de un modelo metodológico coherente ha expuesto permanentemente la prohibición de la analogía al ridículo y al fraude de etiquetas (...) un claro ejemplo lo encontramos cuando se



aceptan en ciertos casos interpretaciones extensivas y se niega rotundamente la analogía, para el acto seguido definir la interpretación extensiva mimetizada con esta última. (Montiel, J.P., 2009, p. 130)

Lo anterior ocurre, por ejemplo, cuando se define la interpretación extensiva como: “toda aquella interpretación que extiende la incriminación penal a conductas que están más allá del sentido literal posible, y que está proscrita” (Berdugo Gómez de la Torre, I. y Arroyo Zapatero, L., 2004, p. 54), pero luego se especifica que la interpretación extensiva es aquella en la que “el intérprete lo que hace es exceder el texto del precepto ampliando su alcance en función al espíritu de éste. Su límite se encuentra en la interpretación analógica, prohibida en Derecho penal (p. 54).

En este último lugar, parece que interpretación analógica y extensiva no son lo mismo, y que la interpretación prohibida es sólo la analógica; antes, sin embargo, se ha dicho que “la interpretación analógica es ir más allá de la literalidad de la ley penal” (Berdugo Gómez de la Torre, I. y Arroyo Zapatero, L., 2004, p. 54), algo que también se había dicho respecto de la extensiva.

Así pues, no se sabe exactamente en qué consisten uno y otro modo de interpretación (asumiendo a efectos dialécticos que la analogía es un modo de interpretación y no de integración), y por tanto no se puede diferenciarlos, ni se sabe si la interpretación que excede el texto del precepto en función de su espíritu es o no aceptable.

De modo equivalente, en ocasiones se enfatiza el valor del sentido literal frente a interpretaciones teleológicas, afirmando que estas últimas encuentran su límite en aquél, pero luego se admite que “la interpretación extensiva sí puede ir más allá del tenor literal



y se define la interpretación extensiva apelando a la letra y *al espíritu* de la ley, lo que la hace prácticamente indistinguible de la teleológica” (Landrove Díaz, G., 2000, p.99).

En segundo lugar, existe una amplia distancia entre el respeto al tenor literal de las disposiciones que inicialmente se proclama por una mayoría de autores y su dilución, cuando no desaparición, apenas unos párrafos después, mediante la admisión de interpretaciones *conforme al espíritu de la ley* que *corrigen* el resultado al que se llegó mediante la interpretación literal de la disposición.

La cuestión fue objeto de verificación empírica hace ya algunos años en una interesante investigación de Joachim Rahlf acerca de la jerarquía entre los cánones clásicos de interpretación (entendiendo por tales los cuatro definidos por Savigny: interpretación gramatical, sistemática, histórica y teleológica). En ella se estudiaban los pronunciamientos sobre el tema de los autores de once manuales y comentarios de Derecho penal y cuatro teóricos del Derecho/iusfilósofos. Entre los penalistas, nueve se pronunciaban a favor de la existencia de una jerarquía y otorgaban la primacía dentro de ésta al método teleológico, esto es, a la interpretación conforme al sentido y la finalidad de la norma.

Sin embargo, la constatación más importante tiene carácter negativo: ninguno de los manuales y comentarios indagados concedía primacía a la interpretación conforme al tenor literal. Y ello a pesar de que, como se afirmaba descriptivamente en otro lugar de la misma obra:

...el principio de que al menos en el ámbito del Derecho penal material *el sentido literal posible* sienta el límite de la interpretación pertenece al núcleo duro de la metodología jurídica que se siente comprometida con los principios de Estado de Derecho y separación de poderes. (Rahlf Joachim; Savigny, F.K.V. y Neumann, U., 1976, p. 42)



Lo que ocurre es que, en realidad, “el compromiso del penalista académico no es con el principio de Estado de Derecho y con la separación de poderes, sino con la limitación del poder punitivo del Estado, como demuestra la mayoritaria admisión sin tapujos de la analogía favorable al reo” (Roxin, C., 1997, p. 148).

Por supuesto, limitar el poder punitivo del Estado es sin duda alguna un objetivo loable. Sin embargo, en su consecución se corre el riesgo de desatender otros intereses que también son importantes, como, por ejemplo, la noción, esencial al Estado Derecho, de que las líneas maestras de la coordinación social las debe sentar el legislador, y o el aplicador del Derecho.

Sin duda, el legislador ha de establecer tales líneas dentro de los límites constitucionales, lo que exige un cambio de perspectiva (en ocasiones un tanto enfáticamente se habla de *un cambio epistemológico*) por parte del aplicador, que en su labor ha de considerar tanto la ley como la Constitución.

Sin embargo, lo anterior, que no deja de ser una obviedad en Estados que sitúan la Constitución como cúspide de su ordenamiento jurídico, no significa que cualquier desviación de la justicia material tenga relevancia constitucional. Y tampoco que cuando el legislador no respeta los límites constitucionales el juez ordinario quede automáticamente legitimado para corregirle por medio de la interpretación o integración del Derecho.

Las disposiciones jurídicas pueden conminar al intérprete a tener en cuenta circunstancias que no son adecuadas para la justa resolución de una controversia y a dejar de considerar otras que sí lo son. En terminología moderna lo anterior se resume diciendo que las normas que se obtienen mediante la interpretación de las disposiciones pueden ser tanto sobreinclusivas como infrainclusivas. (Schauer, F., 2004, p. 31)



De forma equivalente, en terminología más clásica, se afirma que la formulación de las disposiciones legales, desde luego también la de las penales, puede ir más allá de lo que quiso su creador, o es razonable (según el baremo sea la *voluntas legislatoris* o la *voluntas legis*).

Que puede haber soluciones legales injustas es algo que debe admitir todo aquel que no sea un partidario extremo del legalismo ético, el iusnaturalismo o el escepticismo en materia ética. Por fortuna todos estos planteamientos son muy minoritarios hoy en día, de modo que no hace falta negar la realidad del problema: hay soluciones legales injustas y esto plantea el problema de qué hacer en tales casos.

Históricamente, en ocasiones se ha propuesto que la injusticia de las soluciones a las que se llega con el texto de la disposición autoriza a pasar por encima de su tenor literal. “La necesidad de este movimiento se justificaba aludiendo a la necesidad de preservar *el espíritu de la ley* o la voluntad del legislador corrigiendo la desafortunada redacción de la norma en cuestión” (López Medina, D.E., 2008, p. 155).

La cuestión ha sido nominalmente distinta en el Derecho penal por la existencia de la prohibición de analogía y la apelación al tenor literal como límite insalvable de la interpretación. En realidad, sin embargo, se considera que este límite sólo rige para la analogía en contra de reo y que en ocasiones se entiende que la salvaguarda del espíritu de la ley o de la voluntad del legislador impone una corrección *extensiva* o *restrictiva* de la interpretación el texto que puede hacerse sin tener que acudir a la analogía.

En la actualidad:

la mayor sofisticación del método jurídico y la existencia de constituciones con un rico contenido normativo hacen todavía más fáciles las cosas (y mayores los riesgos), dado que para superar el



tenor literal de la disposición sólo hace falta saltar de la interpretación legal a la llamada *interpretación del Derecho*, que incluye la Constitución. (Lifante Vidal, I., 1999, p. 40)

El procedimiento no puede ser más sencillo: como son pocas las constituciones que dejan de aludir a la justicia, las soluciones que se consideran injustas se consideran contrarias a la propia Constitución, y por tanto obstáculos a superar mediante la interpretación que, si no puede ser la de la ley, será la de todo el ordenamiento (*el Derecho*).

De este modo, la superación de las posibilidades interpretativas del tenor literal se justifica como una *interpretación conforme a la Constitución*.

1.3. Justicia penal e interpretaciones desviadas

El carácter ilimitado de las posibilidades correctivas de la interpretación e integración del Derecho y el peligro de que se adopten no sólo para evitar injusticias clamorosas, sino también otras de mucho menor vuelo, se puede ilustrar con la argumentación contenida en algunas del Tribunal Supremo español, sobre el artículo 65.3 del Código Penal español.

Según tal precepto, en los casos de participación de *extraneus* en delitos especiales "(...) los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a la señalada por la Ley para la infracción de que se trate" (Robles Planas, R., 2007, p. 105).

El legislador utiliza el verbo *poder* (podrán), que, tanto en el lenguaje común como en el jurídico en general, y en el legislativo, alude en contextos de calificación deóntica al establecimiento de una facultad (y no de un mandato o prohibición). De este modo, "tanto el lenguaje común como el jurídico indican que la cláusula ha de entenderse en el



sentido de que los jueces pueden escoger entre bajar la pena un grado y no hacerlo” (Navarro Frías, I, 2010, p. 56).

Sin embargo, no es está la interpretación del Tribunal Supremo español, que en alguna de sus combinaciones de magistrados ha afirmado lo siguiente:

Aunque el art. 65.3 del Código Penal solo contenga una atenuación facultativa de la pena, nuestra jurisprudencia, apoyada en el art. 1 C.E., ha considerado que la pena del *extraneus* en delitos especiales propios debe ser necesariamente reducida respecto de la del autor, dado que no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor.¹⁸

Como puede verse, se reconoce sin titubeos que el tenor literal del precepto lleva a entender que el legislador ha establecido una facultad (aunque el artículo 65.3 del Código Penal español sólo contenga una atenuación facultativa de la pena).

Sin embargo, inmediatamente se explica que, a pesar de ello, la jurisprudencia del Tribunal Supremo español se pronuncia en sentido contrario.

La razón que le mueve a hacerlo es que el partícipe en los delitos especiales propios *no infringe el deber cuya infracción es determinante de la autoría, razón por la cual el contenido de la ilicitud es menor*, y el fundamento normativo que permite la transgresión del mandato legislativo se sitúa en el artículo 1 de la Constitución española.

Prescindiendo por ahora de la razón material que mueve al Tribunal Supremo español, resulta sorprendente que el fundamento normativo para prescindir del sentido literal del precepto sea el artículo 1 de la Constitución. En el primero de los tres apartados de tal artículo, el único del que se puede sospechar alguna relación con la cuestión, se establece que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que



propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Dada la amplitud de la cláusula *Estado social y democrático de Derecho*, no parece ilógico entender que el Tribunal Supremo español está refiriéndose a la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político que se proclaman como valores superiores del ordenamiento jurídico. Tampoco parece irrazonable entender que de estos cuatro valores sólo la justicia y la igualdad pueden verse afectados por la decisión del legislador de autorizar (y no imponer, como quiere el Tribunal Supremo español) una rebaja de pena para los partícipes en los delitos especiales propios.

Lo que, por el contrario, sí resulta irrazonable es entender que de la nuda alusión a la justicia o a la igualdad como valores superiores del ordenamiento jurídico se pueda extraer la autorización a los tribunales a omitir el mensaje normativo del legislador (y, aunque éste en ocasiones no sea claro, el Tribunal Supremo reconoce que en esta ocasión sí lo es).

La solución del Tribunal Supremo español no sólo se sitúa de espaldas a la comprensión absolutamente mayoritaria de lo que significa la ley en un Estado democrático. También emplea medios manifiestamente desproporcionados al fin perseguido y que además no está constitucionalmente autorizado a usar.

Sobre la primera cuestión, llama la atención lo poco que está en juego, dado que la distancia entre la doctrina del Tribunal Supremo español y la regulación legal es en realidad muy pequeña. Cualquier juez o tribunal que comparta la tesis del Tribunal Supremo español sobre la obligatoriedad de la rebaja de la pena del partícipe puede hacer uso de la facultad dispuesta por el legislador y por tanto *hacer justicia*.



La injusticia que lleva al Tribunal Supremo español a proclamar la necesidad constitucional de corregir al legislador consiste entonces en la posibilidad de que otros jueces y tribunales no compartan su opinión y decidan no rebajar la pena en un grado. Así pues, lo que pretende la interpretación del artículo 65.3 del Código Penal español conforme al artículo 1 de la Constitución española, es asegurarse de que ningún juez o tribunal pueda, como le autoriza el legislador, no rebajar la pena.

La interpretación conforme a la Constitución consiste en este caso no en la elucidación del significado de una expresión utilizada por el legislador (*podrán*), sino directamente en su supresión y sustitución por otra (*tendrán que*). Sin duda alguna, la Constitución marca límites al legislador y habilita a ciertos operadores jurídicos (pero no a todos) a expulsar del ordenamiento normas de rango legal e incluso sentar su interpretación en un determinado sentido.

Pero esta capacidad de corrección de la labor legislativa sin intervención del parlamento se reserva para la infracción crasa de preceptos constitucionales con un contenido más específico que la idea de justicia, y resulta desproporcionado utilizarlo para acabar con una injusticia de la magnitud de la que se está hablando (sí es que siquiera existe).

De alguna forma se puede argumentar que existe duda sobre la injusticia que mueve al Tribunal Supremo español a interpretar *contra legem* el artículo 65.3 del Código Penal español. En realidad, se concede demasiado al Tribunal Supremo español al admitir sin reservas que los partícipes en los delitos especiales propios merecen *siempre* menos pena que los autores. Afirmarlo con esta generalidad supone entender que la



infracción del deber específico del autor en los delitos especiales propios es un criterio de justicia con prioridad lexicográfica sobre cualquier otro, lo que no resulta razonable.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un millonario constructor que, aprovechando la situación de aprietos económicos del funcionario que ha de decidir sobre su petición de edificación, le ofrece una suma de dinero a cambio de dictaminar favorablemente, aunque es perfectamente consciente de que no se cumplen los requisitos legales. Tras un mes de intensa reflexión y ante su situación económica, el funcionario accede. Estamos ante una infracción del funcionario por inducción del millonario constructor, y sin duda quien infringe su deber específico es el funcionario. Sin embargo, no resulta en absoluto evidente que el millonario, que es quien empieza todo y se aprovecha de la situación de apuro económico del funcionario, no merezca al menos igual pena que éste.

En segundo lugar, la acción del Tribunal Supremo español resulta también errada por razón del sujeto activo que la lleva a cabo. En los sistemas de control de constitucionalidad concentrado o especializado, como el español o el alemán, la decisión sobre la adecuación a la Constitución de las disposiciones de rango legal aprobadas después de ésta no corresponde al Tribunal Supremo español, sino únicamente al Tribunal Constitucional español.

Si el Tribunal Supremo español considera que el artículo 65.3 del Código Penal español, introducido por una norma aprobada veinticinco años después de la entrada en vigor de la norma suprema, es inconstitucional, conforme al artículo 163 de la Constitución española, lo que debe hacer es presentar una cuestión de inconstitucionalidad y esperar la resolución del Tribunal Constitucional.



Se está ante un ejemplo de desprecio del texto de la norma en aras de la justicia, encarnada en la actualidad ya no en el *espíritu de la ley*, sino en el *espíritu del ordenamiento*, con apoyo retórico en las disposiciones más abstractas de los textos constitucionales. Y es también un ejemplo de la situación de descrédito de la legislación en el momento actual, a la que se reacciona por muchos juristas, teóricos y prácticos, como siempre se ha reaccionado en estos casos: incrementando el poder del intérprete. Si bien no se puede decir que la situación de descrédito de la legislación sea desmerecida, la estrategia escogida para enfrentarse a ella, el encumbramiento de la interpretación y de la libertad del intérprete frente al texto de la disposición, no resulta adecuada.



CAPÍTULO II

2. Los problemas interpretativos de la ley penal

2.1. Las interpretaciones equívocas

“La sobrevaloración de la productividad y la capacidad de rendimiento de la legislación es el error de base más significativo de nuestro Derecho”. (Binding, K., 1985, p. 7)

Hace más de 125 años que Binding acuñara la anterior frase, y hoy en día la mayoría de los penalistas académicos de habla hispana y alemana están de acuerdo con ella.

En realidad, existe calificada doctrina que afirma que tal afirmación es un error, tanto desde el punto de vista axiológico como el punto de vista fáctico, y también que lo que actualmente existe no es una sobrevaloración de la productividad y la capacidad de rendimiento de la legislación, sino antes bien una sobrevaloración de la productividad y la capacidad de rendimiento de la dogmática y de su influencia sobre la aplicación práctica del Derecho.

Es difícil negar que en el Derecho (no solo en el penal) las concepciones sobre la relación entre los textos legales y aquellos llamados a aplicarlos tienden a situaciones en los extremos. Con agudeza ha descrito García Amado cómo “cuanto más se ve como racionales a la ley y al legislador, tanto menos importancia se da al tema de la racionalidad judicial; y, a la inversa, cuando decae la idea de la racionalidad legislativa tanto más preocupa la del juez” (García Amado, J. A., 2000, P. 305).



En ocasiones se encumbra a la ley y al legislador a la vez que se denuncia el carácter *ideológico* de la función judicial, mientras que en otras se considera que el legislador es sencillamente incapaz (cuando no algo peor) y se prepara la defensa de *lo jurídico* mediante la alianza de la dogmática académica con el juez, al que se equipa de instrumentos con los cuales corregir el desacierto legal.

En la mayoría de los casos, sin embargo, “la confianza o desconfianza que se otorga a uno u otro operador jurídico, bien carecen de una base sólida, como ocurre en el caso de la judicatura, bien son -al menos en parte- el resultado de una profecía autocumplida” (p. 303). Esto último ocurre cuando se renuncia prematuramente a someter la legislación a criterios de racionalidad, incluso procedimental (se renuncia hasta a una pretensión tan básica como que los procesos legislativos incluyan información adecuada para quienes tiene que decidir).

El resultado de esta renuncia es que se hace imposible un control de la racionalidad legislativa por los órganos más apropiados (quizás los únicos) para llevarlo a cabo: los Tribunales Constitucionales. Alegando diversas razones con también distinto grado de justificación, el Tribunal Constitucional, integrado por juristas que participan de una cultura jurídica para la cual los pasos previos a la aprobación de la norma y su motivación son irrelevantes, se niega a indagar acerca de la calidad de las normas y los procesos previos a su aprobación, incluso en aquellos ordenamientos que contienen mandatos constitucionales sobre la elaboración de las leyes.

En la época contemporánea la dogmática penal se encuentra en un punto alto de estimación positiva de la racionalidad de la aplicación del Derecho y paralelo desprecio de las posibilidades de la legislación.



Ello quizás no sea de extrañar, dado su manifiestamente mejorable estado. La legislación, una actividad siempre sometida a la política, sigue estándolo en un momento en el que ésta se muestra cada vez más sometida a múltiples vaivenes, procedentes en su mayor parte de la vulgarización del discurso político como resultado de la profesionalización de los partidos políticos en un entorno presidido por la masiva existencia de información y la competición entre los medios por ofrecérsela a un público expectante. Sin embargo, en la evaluación del valor de la ley se comete un triple error:

a) *Desde el punto de vista axiológico*, la reflexión sobre el papel que ha de desempeñar el aplicador o el intérprete del Derecho legislado no puede olvidar que la legislación emana del Parlamento, representante de la soberanía popular, y que esto lo hace merecedora de un particular respeto (el matiz es importante: el respeto se le debe a la legislación como producto, y no al propio Parlamento).

b) *Desde el punto de vista fáctico*, en los análisis jurídicos al uso tiende a olvidarse la verdadera capacidad de rendimiento de la legislación acerca de cuya sobrevaloración prevenía Binding.

c) *En cuanto al modo en el que ha de pronunciarse la evaluación*, las posibilidades de la legislación no han de evaluarse según su manifiestamente mejorable estado actual, un dato coyuntural, sino conforme a sus posibilidades abstractas. Exactamente del mismo modo que las posibilidades de la dogmática jurídica no deben medirse conforme a los rendimientos que consigue en los tribunales de un determinado país en un concreto momento, sino de acuerdo con las posibilidades que tendría en un ordenamiento con un diseño institucional más adecuado.



2.1.1. El papel de las leyes

¿Por qué es tan valiosa la ley? Pocos autores han defendido con tanta claridad el valor de la ley en los últimos tiempos como Jeremy Waldron. Una de sus últimas contribuciones sirve para desarrollar este apartado.

2.1.2. La función de la ley en la democracia

En el entorno político, la legislación es un producto democrático, fruto de la actividad de parlamentarios electos y que se someten periódicamente al voto popular. Se trata de un rasgo coyuntural y graduable de la legislación, que puede darse en sistemas políticos no democráticos o en parlamentos imperfectamente democráticos (porque parte de sus miembros no sean elegidos, como la *House of Lords* británica o, más discutidamente, porque las reglas electorales privilegien a ciertos electores –por ejemplo, a los que viven en ciertas zonas–).

En sentido inverso, “hay ordenamientos que prevén la elección y remoción democrática de algunos órganos judiciales, así como otros en los que los ciudadanos participan en la aplicación del Derecho por medio de la institución del jurado” (Waldron, J., 2009, p. 335).

2.1.3. Formación de la ley

En segundo lugar, la legislación parlamentaria es producto de un órgano que se dedica de forma pública y expresa a la tarea de aprobar y modificar el Derecho. Tal es la labor que le asigna la Constitución y está perfectamente asumida por la ciudadanía, de modo que la percepción de la legitimidad del Parlamento no se ve alterada por este



hecho, como sí ocurre en el caso de la judicatura, cuya legitimidad en los ojos de la ciudadanía depende crucialmente de la percepción de que se dedica a aplicar una regulación previa y no a crearla o a modificar la existente.

Por supuesto, siempre se puede entender que “el problema está en que la ciudadanía no está adecuadamente informada y que lo que habría que hacer es colmar esta laguna de conocimiento” (p. 336).

Se trata de una posibilidad que abriría importantes debates, que no se librarían en revistas especializadas y tendrían imprevisibles consecuencias. En cualquier caso, no refleja el estado actual de la cuestión en nuestras sociedades.

2.1.4. La ley y la representatividad política

En tercer lugar:

la legislación se produce por un órgano compuesto por una elevada cantidad de miembros, lo que conforme a una importante tradición de pensamiento jurídico-político y científico-social mejora la calidad del producto normativo al pedir la toma en consideración de distintos puntos de vista, distintos conocimientos, experiencia e intereses. (p. 343)

2.2. La eficacia normativa

2.2.1. La sociedad como destinataria de las normas

Al contrario que los órganos judiciales, los órganos que participan en el proceso de elaboración y aprobación de leyes no están, por lo general, *jurídicamente* sometidos a la presión de decidir en un determinado plazo de tiempo, y de hecho la mayoría de las



veces ni siquiera están *jurídicamente* obligados a decidir, de modo distinto al juez, vinculado por el *non liquet*. Tampoco ven su labor constreñida por los términos en los que se les presenta una concreta cuestión litigiosa y *pueden* pedir consejo a expertos en las más variadas materias, tanto para obtener información como para ser asistidos en su procesamiento.

Es comúnmente admitido que las posibilidades de investigación de la realidad social de las que dispone el legislador superan con mucho a las del juez. El legislador no sólo cuenta con medios muy superiores, sino que además, y a diferencia del juez, no se encuentra limitado por los términos del caso que se le presenta y por la necesidad de alcanzar una resolución en un plazo de tiempo razonable. Si de lo que se trata es de lograr que el Derecho pueda servir mejor a la ordenación de una sociedad concreta, no tiene sentido prescindir del análisis de aquel momento en el que mejor se pueden tener en cuenta las características de esa sociedad.

Determinar las distintas necesidades sociales, establecer cuál es la situación fáctica y decidir el mejor modo de operar sobre ésta son tareas mucho más problemáticas para los órganos judiciales que para aquellos encargados de la producción de disposiciones generales.

Empezando por el primer aspecto, y volviendo por un momento a la argumentación de corte normativo, los órganos de la Administración de Justicia carecen en el sistema jurídico-político español de legitimidad para decidir qué es una necesidad o un interés social: su margen de actuación en este punto viene dado por las decisiones previas del órgano legislador.



En cuanto al conocimiento de la situación fáctica:

...por lo general los tribunales carecen de la información empírica necesaria, que habitualmente ni está disponible ni se puede obtener mediante los procedimientos seguidos para la resolución de controversias judiciales, dirigidos como están a conseguir la información fáctica necesaria para determinar la existencia o no de la premisa menor del silogismo judicial. En el caso de que dispusieran de tal información, por lo general los tribunales tampoco están preparados para su evaluación. (Noll, P., 1973, p. 27)

2.2.2. *Hermenéutica y seguridad jurídica*

Incluso aunque tuviesen tal información y estuvieran en condiciones de procesarla adecuadamente, los tribunales también encuentran importantes dificultades a la hora de generalizar criterios de decisión. La dificultad de generalización varía según el órgano de que se trate, siendo mayor para un tribunal de competencia territorial que para uno de competencia nacional, como los Tribunales Constitucionales.

Ello se debe tanto a razones fácticas (las decisiones de los tribunales inferiores son más numerosas y por tanto más difíciles de conocer en detalle), como de prestigio (los Tribunales Constitucionales suele ser considerados órganos con un mayor nivel jurídico), como prudenciales (incluso si no se tiene en mucho aprecio a los Tribunales Constitucionales o a su criterio específico en una materia, los tribunales inferiores pueden seguir sus decisiones para evitar la estimación de un recurso contra la propia resolución). Además, el sistema jurídico en cuestión puede facilitar la generalización de criterios otorgando carácter vinculante a la jurisprudencia de los tribunales superiores.

El problema de la generalización de los criterios es una cuestión fáctica que puesta en relación con algunas premisas normativas tiene importantes implicaciones de esta



última clase. Ello es así dado que las *soluciones* jurisprudenciales que no consiguen generalidad son cuestionables desde el principio de igualdad ante la ley.

Lo que interesa resaltar aquí es que, mientras la solución no venga por vía del legislador (y en menor medida del Tribunal Constitucional), se corre el riesgo, actualizado, de que ante hechos jurídica y axiológicamente equivalentes unos tribunales condenen y otros no, con la consiguiente lesión del principio de igualdad en la aplicación de la ley, y en algunos casos aún más graves, por tratarse de leyes que prevén la imposición de la consecuencia más grave del ordenamiento, la pena privativa de libertad.

2.2.3. Legislación y aplicación judicial

Si no hay razones para dudar de la superioridad abstracta de las facultades de los órganos legisladores, tampoco se puede poner en duda que entre éstas y su actualización hay una considerable distancia, y numerosos factores que dificultan su recorrido. (p. 94)

Pero esto no indica que sea prescindible ocuparse de la legislación antes de que ésta sea aprobada, sino que, por el contrario, demuestra la necesidad de hacerlo: la toma de medidas para tratar de superar este desfase entre posibilidad abstracta y realización concreta no puede basarse en principios generales, por acertados que estos sean, sino en el conocimiento de los problemas y las condiciones estructurales de aquello sobre lo que se quiere operar, en este caso la actividad legislativa.

Lograr este conocimiento, sin embargo, no parece estar entre las prioridades de los juristas actuales, menos aún de los penalistas. Por el contrario, se sigue comparando una institución, el Parlamento, descrita con todos los problemas que comporta su funcionamiento real, con un modelo idealizado de juez al que se le suponen unos



conocimientos teóricos y una disposición de tiempo y medios que claramente están fuera de su alcance.

Por si lo anterior fuera poco distante de la realidad, cada teórico actúa además como si todos los jueces fueran a seguir una única doctrina (que casualmente suele ser la por él propuesta), eliminando de un plumazo las importantes dificultades que supone la existencia de múltiples jueces con diversidad de pareceres, así como de una pluralidad de respuestas dogmáticas para muchos problemas.

La comparación entre una institución en funcionamiento y otra idealizada, proceder conocido entre economistas como *efecto Nirvana*, puede ser cómoda a la hora de proponer soluciones desde el sofá. Sin embargo, huelga decirlo, no es útil para la propuesta de políticas públicas. (Gómez Pomar, F. y Ortiz de Urbina, G., 2005, p. 155)

Para esto último no conviene fingir que los congresos están conformados por diputados sabios y justos como Salomón, pero tampoco que los tribunales los componen jueces audaces e incansables como el dworkiniano Hércules.

En lugar de esto, corresponde indagar las virtudes y capacidades de cada institución y compararlas con las de la otra, pensando en qué diseño institucional y qué relación de coordinación entre ambas instituciones sirve mejor a los valores que se quiere promover, en este caso los subyacentes al principio de legalidad. La respuesta no incluye una licencia para interpretar de cualquier modo la legislación que alcanza resultados que no agradan, y que de hecho esta alianza imaginaria entre teórico y aplicador en contra del legislador es perjudicial porque hace ingobernable el ordenamiento jurídico.



2.3. Hermenéutica y adjudicación

Casi un siglo antes de las palabras de Binding, otro genio con muy distintas inclinaciones intelectuales describía la existencia de lo que autores posteriores han denominado *el ciclo de la adjudicación*.

Refiriéndose a la evolución del *common law*, Bentham aludía a la existencia de un ciclo con tres fases: en la primera, los jueces actúan con libertad plena, dado que no existe un cuerpo jurídico estable ni la obligación de seguir los precedentes; en la segunda, y debido a la creciente percepción de arbitrariedad, aparece la doctrina del *stare decisis* y se produce un desplazamiento hacia el rígido seguimiento de los precedentes; pasado un tiempo, la impresión de arbitrio excesivo se ve sustituida por la percepción de otro exceso, en este caso de rigidez: el férreo seguimiento de los precedentes hace que se llegue a soluciones injustas y anacrónicas, generando una nueva insatisfacción de signo opuesto a la anterior que da paso a la tercera fase.

En ésta, los jueces justifican sus decisiones acudiendo a dos argumentos de naturaleza muy distinta: pueden seguir el precedente y aludir a la existencia la doctrina *stare decisis* o pueden separarse de éste apelando a la necesidad de resolver con justicia el caso concreto. En este momento, los jueces se han convertido en los señores del Derecho.

Bentham veía como única vía para superar esta insatisfactoria situación acudir a la legislación, dado que sólo ésta podía garantizar que las normas mediante las que se decidían las controversias fuesen tanto generales en su ámbito de aplicación como precisas en su formulación. “A los jueces, sin embargo, se les reservaba un papel



extremadamente restringido: aplicar el Derecho legal, aunque sea injusto, y en su caso poner de manifiesto su justicia” (Postema, G., 1986, p. 263)

Dos siglos más tarde, numerosas ramas del Derecho inglés tradicionalmente regidas por el *common law* han experimentado un muy intenso proceso legislativo. Si algo ha demostrado este *experimento natural* es que la legislación, por sí misma, no resuelve los problemas, sino que puede incluso agravarlos.

Para que la legislación mejore es preciso un cambio en la cultura jurídica, que reivindique el valor y las posibilidades de la legislación y que al tiempo plantee exigencias de procedimiento y motivación al legislador. Y para que tal mejora sea sostenible las leyes deben ser interpretadas en el sentido de la posición institucional del intérprete en el Estado de Derecho, lo que quiere decir con modestia en la interpretación *lege lata* y contundencia en la propuesta *lege ferenda*.

Analizar el tratamiento de la teoría de la interpretación en Derecho penal es una tarea magna. Pero sí pueden señalarse algunas líneas principales del modelo que se considera óptimo y que incluye una toma de postura sobre dos temas clásicos en la doctrina contemporánea: la cuestión de la aplicabilidad de los cánones interpretativos y su orden de prelación y la del objetivo de la interpretación, cuestión esta última que se puede resumir así: ¿ha de dirigirse la interpretación a desentrañar el significado de un texto, la voluntad de quien lo aprobó o a algo distinto?

Una propuesta de respuesta puede ser la siguiente: respecto a los cánones interpretativos y su prelación, ha de darse una prioridad absoluta a la no muy afortunadamente llamada *interpretación gramatical*, que bien entendida incluye la sistemática, admitir la teleológica sólo dentro del ámbito de sentidos posibles delimitado



por la interpretación gramatical y prescindir por complejo de la interpretación histórica.

Por lo que respecta al objetivo de la interpretación, en coherencia con lo que se acaba de decir, éste no puede ser sino la indagación del sentido del texto efectivamente aprobado, y no la de cualesquiera intenciones detrás del mismo.

La relevancia del intérprete en la tarea de la aplicación del Derecho forma parte del acervo metodológico del jurista contemporáneo. Por esto sorprende la poca atención que han recibido en la doctrina penal los cánones interpretativos y su posible jerarquización.

En muchas resoluciones judiciales, ni siquiera se alude a la existencia de estos cánones, mientras que, en otras, apenas se propone algún tipo de jerarquización y cuando se hace no suele ser muy clara.

En una amplia mayoría de autores se aprecia una evidente *promiscuidad hermenéutica*, conforme a la cual todos los cánones pueden utilizarse con intensidad y jerarquía variable y de forma individual o conjunta para alcanzar el resultado interpretativo perseguido por el intérprete. La situación no es distinta de la que rige en otras ramas del Derecho, pero resulta más objetable en el caso del Derecho penal por sus mayores exigencias de precisión.

Se entiende que, al menos en el Derecho penal y por sus mayores necesidades de precisión, es necesario jerarquizar los cánones interpretativos, en el sentido de conceder la primacía a la indagación del sentido literal posible (una formulación más adecuada para referirse al canon de interpretación gramatical si éste se expande para incluir el de la interpretación sistemática), autorizar las consideraciones teleológicas sólo



dentro de ese espacio de juego y prescindir por completo del canon de interpretación histórica.

La anterior propuesta se encuentra a menudo con el rechazo inmediato de quienes consideran que la llamada interpretación gramatical opera priorizando el *significado de las palabras* sobre el sentido del texto.

Al respecto, hay que recordar la advertencia de Engisch frente a “la tendencia a considerar la llamada interpretación gramatical como una interpretación de palabras y no de sentido” (Engisch, K., 1997, p. 92). Por el contrario, también en la interpretación gramatical se indaga un sentido, con la única limitación de que se exige que éste se busque sin acudir a fuentes distintas de las expresiones efectivamente utilizadas por el legislador, como puedan ser los discursos parlamentarios o la evolución histórica de la institución jurídica (objeto del canon histórico) o las necesidades sociales (objeto del canon teleológico).

Este modo de entender la interpretación gramatical la acerca a la interpretación sistemática, siempre y cuando con ésta no se aluda a la ubicación sistemática de la institución en la teoría jurídica del delito, sino a su tratamiento en el resto de pronunciamientos del legislador. En realidad, la interpretación sistemática, dado que dirige la atención a otras decisiones del mismo emisor, en no pocas ocasiones resulta decisiva para la elucidación del sentido del precepto.

La propuesta de ordenación de los cánones también ha de parecer inadecuada a quienes otorgan una mayor importancia al canon teleológico, entendiendo por éste “el que indaga la finalidad, la *ratio*, la *idea rectora* del precepto legal y a partir de ella comunica su *sentido*” (p. 88).



En esta propuesta, sin embargo, la argumentación teleológica sólo puede tener lugar dentro del campo determinado por el tenor literal posible (o, si se quiere, de los tenores literales posibles). En realidad, en ocasiones la contraposición es producto de una confusión sobre qué implica pronunciarse a favor de una interpretación que prime el sentido literal.

En concreto, la prelación del sentido literal *no* significa dos cosas:

No significa, en primer lugar, que se entienda que es posible alcanzar siempre y en toda ocasión un único sentido: por el contrario, se admite expresamente que en ocasiones es posible encontrar varios sentidos posibles a una expresión y que en estos casos hay que elegir, y se propone elegir entonces conforme a criterios teleológicos.

Tampoco significa que, entre las posibilidades que ofrece el sentido literal posible, haya de escogerse siempre la más estricta posible, sea ésta favorable o desfavorable al reo. En este punto, y para marcar distancias con otros planteamientos, resulta interesante volver sobre una conocida discusión entre magistrados de la Corte Suprema estadounidense que tuvo lugar en la sentencia *Smith vs. United States*.

En el caso, el texto legal relevante establecía que “Cualquiera que durante y en relación con la comisión de cualquier delito violento o de tráfico de drogas use o lleve un arma de fuego, además de la pena prevista para tal delito (...) será condenado, a la pena de prisión de cinco años”.

En el supuesto concreto, el acusado había permutado un arma de fuego por drogas, y la discusión se centraba en si dicha utilización del arma como objeto de intercambio en un supuesto de venta de drogas suponía o no *uso durante y en relación con la comisión de un delito de tráfico de drogas*.



La mayoría de la Corte Suprema así lo entendió, recibiendo tal decisión un voto particular del juez Scalia, quien años después volvió sobre el caso para ponerlo como ejemplo de las diferencias entre su teoría de la interpretación, el textualismo (*textualism*), y otra a la que se le suele adscribir, el interpretativismo estricto (*strict interpretativism*).

Según el *interpretativismo estricto*, en el caso el acusado debía ser condenado a los cinco años extra de prisión, porque utilizar el arma como moneda de intercambio es usarla. Por el contrario, Scalia, admitiendo que la utilización del arma constituía *uso* acudiendo al diccionario, argüía que, en el uso común del término *usar*, un arma es utilizada para atacar o intimidar, y no para intercambiarla.

Obsérvese que no se niega que *utilizarla para el intercambio* pueda encuadrar en el sentido posible de la expresión *usar*. Sin embargo, de forma decisiva se añade que también entra dentro del sentido literal posible la restricción del término *usar* a supuestos de uso agresivo o intimidatorio, y que esta última interpretación es más adecuada teleológicamente, motivo por el cual ha de ser preferida.

“Que se insista en la restricción de la interpretación a él o los sentidos literales posibles no significa que se piense que la mejor manera de indagar estos consista en hacer uso exclusivo del diccionario y las reglas de la gramática”(Alexander, L. y Shewin, E., 2008, p. 141). En la indagación de sentido comunicativo también es necesario acudir a la pragmática y los usos lingüísticos de la comunidad que, como muestra el ejemplo, pueden diferir de lo prescrito por la utilización conjunta del diccionario y las reglas de la gramática.

En cuanto a la propuesta de postergación del canon de interpretación histórica (dicho sin eufemismos: de la anulación completa de su relevancia). Bajo la denominación



canon de interpretación histórica suele aludirse a dos cosas distintas. Por un lado, se hace referencia a la evolución de la institución de que se trate, antes y después de la disposición que se quiere interpretar; por otro, a la tramitación del texto que finalmente resultó aprobado (normalmente a la tramitación parlamentaria, pero si de lo que se trata es de indagar intenciones no se puede excluir la relevancia de la fase de tramitación gubernamental).

El problema de la interpretación histórica es que, en el primero de los sentidos aludidos, no aporta gran información, y en el segundo se corre el riesgo de incentivar a los parlamentarios a aportar demasiada. En ambos casos se rebaja la importancia de la interpretación del tenor literal y no se le ofrecen al legislador incentivos adecuados para hacer bien su trabajo.

En el primer sentido, que indaga las diferencias entre la regulación actual y la anterior, puede ocurrir que las diferencias sean amplias, y entonces el canon pierde valor, dado que de lo que se trataría sería precisamente de determinar qué implica la nueva, o puede ocurrir que haya similitudes y diferencias, y en tal caso las diferencias entre la nueva disposición y la anterior pueden interpretarse como un signo de la distancia entre ambas y como el intento de introducir un cambio de sentido, pero también como un supuesto de *error* del legislador en la redacción de una disposición que pretende básicamente mantener el *statu quo* sin alejarse del sentido previamente determinado.

Piénsese, además, que, si el legislador hubiese hecho bien su trabajo, no habría necesidad de indagar más allá del texto: preguntándose por lo que quiso decir más allá de lo que efectivamente dijo, no se le ofrecen incentivos adecuados para manifestarse



con precisión, dado que siempre puede contar con la posterior investigación de su intención por el intérprete.

En el segundo sentido, la investigación del procedimiento de tramitación, la interpretación histórica tiene el enorme problema de que el texto finalmente aprobado constituye la decisión final, producto eventualmente de las negociaciones y transacciones que se hayan considerado necesarias. Si durante la tramitación se discutió acerca de si una cuestión debía integrar o no el tipo y es posible recuperar la discusión (en caso contrario, si no hay información, el canon discutido no sería de aplicación), ¿por qué no se escogió una redacción que la incluyera o excluyera expresamente? Tampoco se ve la utilidad de dar relevancia a los trabajos parlamentarios más allá de la indagación del sentido literal posible y, en caso de existir varios, al canon teleológico para decidir entre ellos.

De aceptarse la relevancia de las discusiones parlamentarias se incentivaría a los Parlamentos a utilizar estratégicamente sus intervenciones a lo largo del procedimiento para dejar constancia de sus opiniones sobre el ámbito de aplicación de la disposición. Se llegaría así a una situación insatisfactoria: si resulta que todos estaban de acuerdo, ¿por qué no llevaron la solución al texto? Y, si no hubo acuerdo y se recogen distintas intervenciones en diversos sentidos, ¿qué ayuda supone acudir a la tramitación?

En realidad, las cuestiones relativas al alcance de la interpretación histórica, como las relativas al resto de cánones, tienen que ver con otra cuestión, a la que tradicionalmente se alude como la del objeto de la interpretación: ¿debe indagarse la intención del legislador o el sentido del texto?



Entre la interpretación lexicográfica y la interpretación literal, al lector no le sorprenderá que el autor se pronuncie a favor del segundo de los términos de esta dicotomía, la indagación del sentido del texto. Es posible que, recordando lo mucho que se insistió en el valor de la legislación, esta apuesta pueda resultar sorprendente. Sin embargo, la sorpresa es aparente, dado que, como ya se advirtió, lo que merece especial respeto en los sistemas democráticos es la legislación, y no el legislador (en el sentido de la concreta configuración personas del Parlamento en un momento histórico concreto).

La distinción tiene objetivo ofrecerle al legislador incentivos adecuados para realizar su trabajo, que no es sólo aprobar leyes, sino aprobar buenas leyes. La potestad legislativa no es un derecho subjetivo que se ponga a disposición del legislador para perseguir sus propios fines, sino una potestad otorgada en beneficio de terceros: los ciudadanos. Si el legislador hace mal su trabajo y no logra plasmar su voluntad en el texto, no es deseable que el intérprete o el aplicador corrijan su labor apelando a su verdadera voluntad (cuando ella sea determinable), dado que esto no incentivaría al legislador a expresarla correctamente en el texto de la ley. Y menos aún puede procederse a la corrección apelando a la voluntad de un legislador ideal.

Si bien ello probablemente induciría al legislador real a ser más cuidadoso, anticipando la intervención de los intérpretes y aplicadores, la apelación a tal legislador ideal no es admisible por otro motivo: tal legislador ideal no existe y con su invocación en realidad no está aludiendo a lo que el propio intérprete o aplicador considera adecuado. Con el insuperable problema de que carecen de la legitimación democrática necesaria para tomar tal decisión.



El principio de legalidad sienta importantes exigencias al legislador, ¿debe entenderse que también se las sienta al intérprete? Se ha argüido que sí. No se trata en ningún momento de poner en duda la tesis descriptiva que afirma que los textos vinculan a sus intérpretes de forma menor. Se trata, por el contrario, y precisamente porque es cierto que los textos no pueden vincular estrictamente a quienes los interpretan, de defender una tesis de naturaleza prescriptiva conforme a la cual éstos *deben* vincularse con el principio de legalidad admitiendo restricciones a sus existentes capacidades interpretativas.

El camino para lograrlo pasa por una reflexión más profunda sobre los cánones interpretativos y su relación y por privilegiar los dos cánones que se vinculan directamente con el texto aprobado por el legislador: el denominado *canon gramatical* y el de interpretación sistemática.

En resumen: ¿al legislador ha de exigírsele la redacción de leyes taxativas?, sí, pero los intérpretes se han de exigir interpretarlas estrictamente y con atención al texto aprobado.





CAPÍTULO III

3. Incidencia de la crisis del principio de legalidad penal en el

Derecho penal contemporáneo

3.1. *El pensamiento ilustrado y la génesis del principio de legalidad penal*

Deviene importante la discusión y análisis de los fundamentos generales del principio de legalidad. Este tópico puede verse enriquecido desde diversas perspectivas, atendiendo a su carácter casi omnipresente en el Derecho. El análisis de esta institución jurídica debe hacerse tanto en clave histórica como según las diversas corrientes de pensamiento jurídico.

“Posiblemente una de las concepciones más influyentes en las últimas décadas sobre los fundamentos del principio de legalidad penal sea aquella que ha tomado como base sus raíces jurídico-políticas y jurídico-penales” (Roxin, C., 1981, p. 102)

Desde la primera de estas raíces, la legalidad es explicada como una pauta axial de todo el Derecho, conectada esencialmente con la división de poderes y el principio democrático. Desde esta perspectiva se está ante una consecuencia del Estado Derecho. A su vez, la segunda raíz otorgaría un sentido específico a las derivaciones de la legalidad en el Derecho penal, a partir de una regresión a la *teoría de la coacción psicológica*. En este último caso, “la existencia de una ley previa, determinada y escrita favorecería la prevención de delitos” (Feuerbach, P.J.A., 1997, p. 14).

Como puede apreciarse, por ambos caminos se llega al mismo destino: la Ilustración. Ello se sitúa frente a una realidad innegable: incluso cuando se recrimina



erróneamente la ingenuidad metodológica del modelo del *juez autómat*a y se insiste en las limitaciones del concepto de prevención de Feuerbach, el liberalismo político y los penalistas ilustrados son los referentes obligados de las *actuales* reflexiones sobre la legalidad.

Uno de los objetivos de destacar esta cuestión, es un viaje de regreso a los albores del Derecho penal liberal, esto puede ser valioso, no sólo por fines históricos, sino también para arrojar luz sobre las reflexiones actuales en torno a las bases de la legalidad. Joachim Hruschka, ha realizado una investigación que conduce de regreso al nacimiento de la legalidad en el Derecho penal moderno.

Su artículo *Kant, Feuerbach y los fundamentos del Derecho penal* contribuye a revalorizar debidamente el aporte de estos pensadores ilustrados al Derecho penal, en general, y al principio de legalidad, en concreto. Lejos de plantear cuestiones ya trilladas, Hruschka renueva el entendimiento de los orígenes del *nullum crimen nulla poena sine lege*, resaltando sus implicaciones con el principio de legalidad procesal, la presunción de inocencia y las bases teóricas del Derecho penal liberal.

Pero el estudio de los orígenes ilustrados de la legalidad también sirve para establecer conexiones con el presente del pensamiento jurídico, en otros términos. Una de las ideas más firmemente abogadas por los pensadores ilustrados fue la *certeza jurídica*. La incorporación tan firme de este valor, sumada al proceso de laicización del Derecho, “estableció una determinada relación entre el orden jurídico y el moral, según el cual se rechazaba la introducción de conceptos morales al Derecho” (Kelsen, H., 1995, p. 19).



Esta es, sin duda, una de las tesis defendidas por las primeras variantes del positivismo jurídico. Sin embargo, “el entendimiento de esta relación fue variando a lo largo del tiempo, hasta que, en nuestros días, desde el positivismo *inclusivo*, se explica y se fundamenta cómo el Derecho incorpora conceptos morales” (Ortiz de Urbina Gimeno, I., 2007, p. 55). En esta dirección va orientada la opinión de José Juan Moreso, al defender no sólo semejante incorporación, sino también al mostrar las repercusiones que ello tiene para la certeza jurídica y, en definitiva, para el principio de legalidad.

El principio de legalidad no sólo ocupa un lugar fundamental en las reflexiones *ius positivistas*, sino también en la teoría de sistemas.

La adaptación de un sistema normativo al entorno puede hacer peligrar su unidad autónoma relativa, de ahí que haga falta que esta apertura sea controlada por alguno de sus propios mecanismos formales. Entre ellos se encuentra la legalidad, que impondría su clausura normativa. (Calvo García, M., 1996, p. 271)

En su ensayo *La paradoja de la decisión judicial*, Ralph Christensen enfoca precisamente el problema de la decisión judicial desde la óptima de la teoría de los sistemas. Pero incluso cuando este trabajo aparece más vinculado a problemas de interpretación de la ley, a sus tesis subyace una muestra general del paradójico rol de la sujeción al Derecho dentro de esta concepción.

3.2. Kant y Feuerbach, su contribución a la construcción del Principio de legalidad penal

Las contribuciones que la filosofía de la Ilustración ha aportado al Derecho penal han sido valoradas de forma precaria hasta el momento. Kant es el primero que plantea



el Estado de Derecho y, como consecuencia de ello, también plantea los fundamentos del Derecho penal propios del Estado de Derecho. Esto sucede particularmente en la *Rechtslehre* (teoría legal) de 1797/98.

Paul Johann Anselm Feuerbach recogerá algunas de estas ideas en el *AntiHobbes* de 1798 y en la *Revisión de los principios y conceptos fundamentales del derecho penal positivo* de 1799, donde expone los fundamentos teóricos. Más tarde, se ocupará de la difusión de estas ideas en *El tratado penal común vigente en Alemania*. El *Tratado* tuvo 14 ediciones, 11 realizadas por el propio Feuerbach y otras 3 editadas y en parte comentadas detalladamente, por C.J.A. Mittermaier, lo que demuestra el éxito alcanzado en la difusión de los principios y fundamentos de la doctrina penal.

El reconocimiento de las aportaciones que Kant tiene para el Derecho penal en la actualidad requiere una interpretación de la parte de la *Rechtslehre* (teoría legal) que está referida al Derecho penal y que posee una racionalidad que habitualmente no presenta la literatura contemporánea.

Respecto del principio *no hay pena sin ley* que encontramos en Kant y en Feuerbach, Kant formula por primera vez el principio de legalidad que Feuerbach, dos años más tarde, retoma. Otro principio relacionado es el de que *el hecho debe ser probado antes de poder ser sancionado* y se relaciona en gran manera con la función del Derecho penal en el Estado de Derecho en Kant y Feuerbach. Asimismo, el compendio de los principios propios del Derecho penal en el Estado de Derecho en Feuerbach, debe remitirse a los principios de Kant.



3.3. El Principio de legalidad penal en Kant

En su *Teoría Legal* Kant parte de la *pena judicial*, que todavía expresa con el término latino *poena forensis*. La *pena judicial* es la pena impuesta por un juez en un fórum (tribunal). “Hay que distinguir la pena judicial de la amenaza de pena por el legislador, por un lado, y de la ejecución de la pena (impuesta por el juez) por el poder ejecutivo, por otro” (Sharon Byrd, B. y Hruschka, J., 2010, p. 146). La diferencia, que se apoya en la teoría de la división de poderes, es, una vez que se aprecia, de lo más evidente. Y es que cuando Kant habla de la *pena judicial* se refiere a la imposición de la pena por el juez y no se refiere, en cambio, ni a la amenaza penal, ni a la ejecución de la pena.

Si se quiere comprender correctamente la situación recién descrita, relativa a la pena judicial, se debe retroceder a un pasado en el que el principio *nulla poena sine lege* todavía no estaba vigente, exactamente hasta finales del siglo XVIII. Fue Feuerbach quien, en la primera edición de su *Tratado*, formuló por primera vez este principio en latín, que se repite en cada nueva edición de su *Tratado*, contribuyendo así decisivamente al asentamiento de este principio en la teoría y en la praxis. Una formulación en alemán del principio *nulla poena sine lege* se encuentra en la *Revisión* de 1799.

¿Qué apariencia tiene una praxis penal que no conoce el principio *no hay pena sin ley* o que, en todo caso, no lo reconoce? Schffstein la ha descrito. La teoría de los *delitos de excepciones* y otras doctrinas parecidas permitían a los jueces del siglo XVIII no someterse a los tipos legales ni a los marcos penales legales. Los *delicta*



extraordinaria y el *stellionatus* eran la denominación para aquellos delitos que no eran punibles según la ley, sino según la discreción judicial.

Asimismo, existía:

...la posibilidad ilimitada del juez de agravar discrecionalmente *extra ordine* la pena ordinaria cuando existan circunstancias especialmente graves, posibilidad que se hallaba acompañada, por otro lado, por un derecho de atenuación prácticamente ilimitado del juez. (Schaffstein, F., 1995, p. 39)

En lugar de utilizar tipos y marcos penales legales los jueces del siglo XVIII se sirvieron de un análisis de costos-beneficios. En esta situación escribe Kant:

La *pena judicial (poena forensis)*... nunca puede aplicarse como un simple medio para procurar otro bien, ni en beneficio del criminal, o de la sociedad, sino que siempre se debe imponer a aquel *porque ha delinquido*; porque el hombre nunca puede ser solamente tomado como un instrumento para los fines de otro, ni ser incluido entre los objetos del Derecho real... Debe haber sido juzgado *merecedor de castigo* antes de que se haya pensado en obtener de la pena alguna utilidad para él o sus conciudadanos. (Kant, I., 2005, p. 20)

Resulta evidente que Kant se dirige contra la práctica que ha explicado Schaffastein. Criterios utilitaristas no pueden tener prioridad o su papel, en todo caso, es subordinado. Y, sobre todo, las reflexiones de medio-fin no pueden proporcionar la base de una sanción, por ejemplo, a causa de la presunta peligrosidad de una persona.

En lugar de eso Kant exige que una persona sólo sea condenada por un tribunal cuando haya cometido un delito y de este modo se haya hecho *merecedora de castigo*. Se debe destacar que Kant se sirve de un lenguaje que hoy todavía se utiliza. De hecho, en la actualidad se acepta que uno de los requisitos para la condena es la constatación de que el autor *ha cometido* un *delito* (en el sentido amplio de la palabra) y por ello es *merecedor de sanción*.



Más adelante se encuentra en el texto citado aquello a lo que hace referencia Kant con *un delito*. Un delito es una *infracción de la ley pública*. Kant requiere así el concepto de ley penal tal y como lo hace Achenwall. Una ley penal, según Achenwall, es una “ley que impone, en el caso de que haya una infracción, una pena expresa, es decir, una ley reforzada con una sanción penal” (Achenwall, G., 1991, p. 191).

Por tanto, cuando Kant afirma, en el texto que se está interpretando, que una persona sólo puede ser sancionada cuando y porque *ha delinquido*, ello implica que una pena (judicial) únicamente está autorizada cuando el autor ha infringido una ley pública que amenaza con la imposición de una pena. Porque sólo entonces la persona habrá cometido un delito y, por consiguiente, *delinquido*.

Kant es el primero que idea el Estado de Derecho. “La palabra *Estado de Derecho* (*Rechtsstaat*), que en el momento de la redacción de la *Rechtslehre* (teoría legal) no existía, lógicamente no fue utilizada por Kant. En su lugar, habló de *situación de Derecho* (*rechtlichen Zustand*)” (Sharon Byrd, B. y Hruschka, J., p. 28). El concepto de una situación de Derecho implicaba la publicidad del Derecho objetivo vigente en esa situación de Derecho. El Derecho es público, como hoy se sabe, porque ha sido promulgado y, de este modo, es accesible a cualquier persona.

En palabras de Kant: “el prototipo de ley que requiere una publicación general para producir una situación de Derecho es la ley pública” (Kant, I., p. 8). Una *ley pública* es, por tanto, una ley que ha sido dada por el legislador en una situación de Derecho. Si la ley fuera penal, entonces la infracción de la ley sería un delito en el sentido de la definición de Kant. De ello se deriva el principio *nulla poena sine lege*. Sólo cuando se vulnera una ley penal puede sancionarse penalmente un hecho, lo que ya se exponía en



las clases de Kant sobre las *Lecciones de Derecho natural (Naturrechtslehre)* de Achenwall de 1784: “toda pena es coerción, pero no toda coerción es una pena. Pena es coerción que está bajo la autoridad de una ley” (Kant, I., p. 19).

3.4. El Principio de legalidad penal en Feuerbach

Feuerbach recoge en el *Anti-Hobbes* la idea de Kant de que una persona sólo puede ser penada cuando y porque *ha delinquido* (en el lenguaje actual: “porque ha cometido un delito” (Séneca, L.A., 2007, p. 7). Por supuesto que Feuerbach sabe que el *ha delinquido* se refiere a la famosa cita de Séneca, *nemo prudens punit quia peccatum est, sed ne peccetur* (nadie que sea prudente castiga porque se haya cometido un delito sino para que no se delinca) y además se vincula a esta cita. En un excursus al Derecho penal distingue entre la amenaza y la imposición de la pena, y distingue entre el fin y el fundamento de la amenaza y el fin y el fundamento de la imposición.

En este sentido, interesa de momento solamente la diferencia entre fin y fundamento de la imposición de la pena. El fin de la imposición de la pena no reside en otra cosa “que, por medio de ello, hacer eficaz la misma amenaza... La pena debe ser ejecutada, si no se podría vaciar la amenaza y destruir de forma inmediata el fin perseguido” (Feuerbach, A. V., 2010, p. 121).

Además, se indica en una nota:

...la sentencia de Séneca, *nemo prudens punit, quia peccatum est, sed ne peccetur*, tan a menudo utilizada por los filósofos criminalistas, es en diferentes sentidos verdadera y falsa. Aquella en cuanto se refiere al fin de la ejecución de la pena; ésta en cuanto se refiere a su justificación. (Feuerbach, A. V., 2010, p. 115)



Es decir, el fin de la ejecución de la pena es el *ne peccetur*, sin embargo, su justificación es la *quia peccatum, est*. La justificación de la imposición de la pena reside entonces en que el autor ha cometido un delito. En la *Revisión* se repite de nuevo: en relación con la ejecución de la pena la sentencia de Séneca es *absolutamente falsa*. Ello no se encuentra en torno al *ne peccetur*, sino únicamente respecto al *quia peccatum est*.

Ahora bien, en el *Anti-Hobbes*, Feuerbach todavía no presenta su principio *nulla poena*. Ello sucede por primera vez en la *Revisión*. En este texto Feuerbach parte de que las leyes penales sirven para disuadir mediante la amenaza de la pena a delincuentes potenciales de la comisión de hechos delictivos. Esta función disuasoria de la ley penal condiciona la *naturaleza de la pena civil*. De ello resulta, como *corolario*, el principio *nulla poena sine lege*. Señala Feuerbach en la *Revisión*:

La pena civil sólo se puede imponer por y conforme a una ley penal. En la ley penal y en su infracción por el hecho reside la única razón para la imposición del mal penal de naturaleza civil. Donde no hay ninguna ley en absoluto, no puede ser aplicable pena alguna. (Feuerbach, A. V., 1995, p. 63)

La fórmula latina se encuentra en la primera edición del *Tratado* de 1801.

De este modo sigue Feuerbach la línea marcada por Kant. Si el fundamento de la pena únicamente puede consistir en que el autor ha cometido un delito, ello implica que el hombre sólo puede ser sancionado cuando ha cometido un delito. Pero por otra parte significa, que las definiciones del delito se derivan de la ley penal y que una persona sólo puede ser sancionada cuando ha realizado el tipo de una ley penal. De este modo se ha arribado al principio *nulla poena*.

Por supuesto que Feuerbach conoce, tan bien como Kant, los correspondientes pasajes del *Leviathan* de Hobbes, en los que se expresa, ya en el siglo XVIII, la idea de



la *nulla poena sine lege*. Así mismo, los tres (Hobbes, Kant, Fierbach) conocen la mención de la *Carta a los romanos* de San Pablo: *donde no hay ley, tampoco hay transgresión*. De la que se puede deducir el principio *nulla poena sine lege*. No hay duda de que estos conocimientos resultaron de ayuda para el desarrollo de la idea *nulla poena sine lege*.

Esta requiere una clara distinción entre la amenaza legal, por un lado, su imposición y ejecución por un juez y los órganos de ejecución penitenciaria, por otro lado, y, así, reclama la distinción y separación de las diferentes funciones del poder del Estado, lo que Hobbes y Pablo todavía no conocían. Tal y como Feuerbach aclara, el poder penal del Estado “se reparte necesariamente entre el poder que legisla, juzga y ejecuta” (Feuerbach, A. V., 1995, p. 130). El principio *nulla poena sine lege* recibe por primera vez forma jurídica en el Estado de Derecho.

3.5. La crisis actual del principio de legalidad penal

“Cada vez se afirma con mayor intensidad que la ley penal y el principio de legalidad penal, en particular, se encuentran sumidos en una profunda crisis” (Palazzo, F., 2010, p. 104). De esta forma, se habla tanto de una pérdida continua de la importancia de la ley, a la vez que en el ámbito punitivo se menciona la expansión sin límites del Derecho penal mediante enunciados normativos que, entre otros aspectos, no respetan los mandatos implícitos en el principio de legalidad.

En este sentido, tradicionalmente se ha entendido que una de las consecuencias de este principio es el mandato de certeza, esto es, que el legislador debe redactar los tipos penales en forma clara y precisa de manera tal que el montaje contenido en ellos



sea entendido con facilidad por sus destinatarios. Este corolario, junto con aquellos que mandan que la ley debe ser previa, escrita y estricta, constituyen también un límite para la actividad de los jueces. Sin embargo, la realidad jurídica actual muestra día a día la proliferación de tipos penales redactados con fórmulas ininteligibles e interpretaciones de las leyes alejadas de aquel ideal ilustrado que pretendía vincular al juez a la ley, como una consecuencia natural de la división de poderes.

Frente a este panorama, en las últimas cuatro décadas se observa un renacimiento de los estudios legislativos con el objetivo de modificar la situación descrita y racionalizar el proceso de creación de leyes.

Desde otra perspectiva (pero de algún modo vinculada con la descripción anterior), el principio *in dubio pro reo* se ha desenvuelto en el ámbito de los hechos y ha sido excluido de la interpretación de la ley penal, con lo cual, la doctrina y la jurisprudencia han renunciado a una herramienta valiosa para limitar el poder penal del Estado.

Es relevante describir brevemente la crisis que padece la ley en general, incluyendo el ámbito penal, mencionando las propuestas para enfrentarla a través de una renaciente teoría de la legislación y a la vez, analizar las diferentes teorías de la interpretación de la ley, lo que permitirá adentrarse en el examen de la posibilidad de aplicar el *in dubio pro reo* en este ámbito.

Se trata de demostrar así que la crisis de la legalidad penal sólo podrá superarse con estudios que atiendan tanto a la creación de leyes penales como a su interpretación.



3.6. Los problemas de la teoría contemporánea de la ley penal

La preocupación por la ley no es nueva y remonta a mucho tiempo atrás. La palabra *ley* ha tenido a lo largo de la historia diferentes significados, pero en la actualidad cuando se hace referencia a ella, en el sentido más usual, de inmediato se piensa en una norma jurídica escrita establecida por el Congreso (los representantes del pueblo) a través de un procedimiento particular.

Esta idea de la ley como manifestación de una voluntad colectiva, expresada mediante una regla general y abstracta, se remonta a poco más de doscientos años, más precisamente a la Revolución Francesa y al surgimiento del Estado de Derecho. Junto con él, nació una ideología *legalista* que entronizó a la ley y la concibió como esencialmente justa, al margen de cualquier límite o control, por emanar precisamente de la voluntad popular. Así, se configuró un Estado esencialmente legislativo donde la ley primaba en sentido estricto.

“En definitiva, el Estado de Derecho se desarrolló en Europa como Estado legislativo de Derecho y en sus comienzos sólo significó la sumisión de la administración y del juez a la ley” (Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A., 2005, p. 19). Y por estas razones, la ley alcanzó una importancia preponderante.

Paralelos a la aplicación de estas ideas, se encuentran en Europa los primeros ensayos sobre la legislación y sus beneficios como límite al ejercicio arbitrario del poder, desarrollados por la ilustración del siglo XVIII (mediante las obras de Voltaire, Montesquieu, Beccaria y Rousseau). De esta época datan también estudios monumentales como *La ciencia de la legislación* de Filangieri, quien en siete tomos



intentó vincular las reglas con los medios y la teoría con la práctica y así construir una ciencia legislativa.

A lo largo del siglo siguiente en el mundo anglosajón se encuentran trabajos dedicados tanto a las técnicas de redacción normativa como preocupaciones doctrinarias por el tema. Para apreciar la importancia de estos estudios basta citar autores de la talla de Bentham, Austin, Llewellyn o Roscoe Pound, mientras que en el continente puede mencionarse a Ihering, y ya en el siglo XX a Geny, Ripert, Capitan o Carboneir.

El racionalismo aplicado a la política y la demanda de mayor certeza y seguridad ante el particularismo del Antiguo Régimen (*Ancien Regime*) sumados al monopolio del poder normativo en manos del Estado se expresaron de dos maneras: “la codificación para facilitar el estudio del Derecho vigente y el arte de la legislación que prometía mejores leyes” (Zapatero Gómez, V., 2009, p. 13).

Sin embargo, ya a mediados del siglo XX, entró en crisis este modelo estatal que comenzó a gestarse lentamente a fines de la Edad Media, se desarrolló en la Edad Moderna y alcanzó su apogeo en los siglos XIX y principios del XX. Otra vez, la situación hoy se caracteriza por la dispersión de las fuentes normativas, la pérdida continua de la soberanía estatal y la aparición de nuevos sujetos tanto en la creación como en la aplicación del Derecho, lo que recuerda el panorama que enfrentaron los ilustrados.

De esta manera, cada vez es mayor la dificultad para reducir el Derecho a Derecho estatal.

Particularmente en lo que a Europa se refiere, la internalización de la vida económica, política y social obliga a los Estados a importar de manera creciente normas y a que cada vez más se apliquen a sus ciudadanos reglas producidas más allá de sus fronteras. (Zapatero Gómez, V., 1994, p. 772)



Este fenómeno, vinculado con la globalización, conduce a que las empresas sean hoy, también, sujetos del Derecho internacional, algo totalmente impensado cincuenta años atrás. En cuanto a la producción de normas, los inversores se han colocado al mismo nivel que los Estados nacionales pues celebran tratados con ellos y someten sus disputas a árbitros. Aquí nuevamente se repite la discusión sobre quién es el creador y el aplicador puro del Derecho: si bien los Estados pueden modificar los tratados basándose en el Derecho internacional, la aplicación de aquéllos queda en manos de particulares –árbitros–, es decir, que asistimos a una *desestatización* de la interpretación de las normas; sin embargo, para ejecutar estas decisiones, los privados deben recurrir nuevamente al Estado.

En otros casos, puede observarse, además, un proceso de creciente dependencia de la legislación interna con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos e, incluso, de resoluciones emanadas de los organismos encargados de aplicar esos convenios. De esta forma, algunos autores han comenzado a hablar de la *convencionalidad* de las disposiciones internas, es decir, a analizar su conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

La aparición de estas nuevas fuentes normativas conduce, necesariamente, a que la doctrina de la soberanía del Congreso como único productor de normas y su infalibilidad sea puesta en duda y aparezca la necesidad de mejorar el producto legislativo.

Otro elemento importante para caracterizar la crisis de la legalidad es la creciente inflación legislativa, sumada a la oscuridad de las normas y la inseguridad provocada por la defectuosa redacción de las leyes, que obliga a la doctrina y a los propios legisladores a estudiar otras técnicas



normativas de control social más eficaces y a la implementación de procedimientos de redacción más respetuosos de los derechos ciudadanos. (Zapatero Guzmán, V., 1994, p. 773)

Si bien enumera diversas razones de este crecimiento legislativo (el *hambre normativa* de las modernas sociedades industriales, la creciente escasez de bienes que torna necesarias más regulaciones), Schuppert señala que:

...esta *catarata de leyes* es empíricamente difícil de demostrar. En el caso de Alemania, analizado el noveno período legislativo, no se observa un crecimiento del dictado de leyes, sino más bien de los decretos del Poder Ejecutivo y de las disposiciones administrativas; asimismo, la comparación de los distintos períodos en cuanto a la sanción de nuevas leyes, muestra cierto aumento de la actividad legislativa entre 1990-1998, motivada, fundamentalmente, por el proceso de reunificación alemana. (Schuppert, G.F., 2003, pp. 5-6)

Por último, también se menciona como otro de los elementos característicos de la legislación actual, la proliferación de leyes simbólicas que contradicen el ideal, según el cual ellas deben producir, al aplicarse, efectos óptimos.

Esta clase de leyes tiene una *forma aparente de ley*, es decir, desde un principio no apuntan a ser efectivas en la práctica. Pese a que medidas desde su efectividad deben ser consideradas irracionales, puede ocurrir que el legislador les asigne sentido y significado. Así, en algunos casos, el valor de estas leyes se encuentra en el campo político, pues a través de ellas se pretende reafirmar determinados valores (por ejemplo, una ley que penaliza el aborto). Están dirigidos a la conciencia del grupo social y no se dirigen directamente a obtener alguna clase de comportamiento.

En otros casos, se trata de leyes con una apelación moral, en las que el legislador expresa juicios de valor sin pretender obtener cambios de conducta con la norma prohibitiva. Un ejemplo es la legislación penal referida al medio ambiente. En el caso alemán, la reforma respectiva buscó mostrar el significado de las conductas incriminadas



como *criminalidad contra el medio ambiente* y, con el tiempo, desarrollar efectos educativos y preventivo-generales. Dentro de esta categoría de leyes, se incluyen también las denominadas *leyes imperfectas*, con las que también se evidencian decisiones valorativas: son leyes programáticas cuyo respeto y cumplimiento no se garantiza mediante sanción alguna.

Otra especie dentro de esta categoría son las leyes que Peter Noll llama *de reemplazo*. Las investigaciones sobre el comportamiento mostraron que algunos animales cuando son agredidos y son incapaces de defenderse o atacar (por su inferioridad física) se conforman con gesticular de forma amenazante. Dentro de estas *reacciones de reemplazo* se cuentan las *leyes coartada* y las *leyes de crisis*.

Tal como lo han demostrado diversas investigaciones empíricas, los fuertes estados emocionales de la población pueden activar el deseo de medidas legislativas, expresadas a través de tendencias criminalizadoras que buscan tranquilizar al pueblo y mostrar mayor capacidad de acción.

Por su parte, Ortiz de Urbina Gimeno caracteriza a la legislación simbólica como:

aquella producción normativa que busca antes incrementar las posibilidades de éxito electoral de quien la lleva a cabo que satisfacer las necesidades sociales que se dice atender; la finalidad de la ley no es regular adecuadamente la materia de que se trate, sino fomentar la imagen de la mayoría parlamentaria y del gobierno como sujetos atentos a los problemas sociales y activos en su solución. (Ortiz de Urbina Gimeno, I., 2013, p. 50)

Junto con la legislación simbólica también se menciona la *contaminación legislativa*, expresión con la que se describe el crecimiento sin control de un elemento (ley, decreto, reglamento, ordenanza, etc.) sin posibilidad de eliminar los desechos (abrogación). De esta manera, “el crecimiento descontrolado de las normas genera una



selva legislativa con residuos no desechados, todo lo cual conduce al tan temido resultado de la ignorancia del orden jurídico vigente” (Brenna, R. G., 2004, p. 17).

La situación descrita provocó que la atención sobre la legislación cobrara en los últimos cuarenta años un nuevo impulso, constatándose un verdadero resurgimiento del interés por estudiar y mejorar la tarea de crear leyes, plasmado en una teoría de la legislación. Es que:

...doscientos años después los problemas que intentaron resolver los ilustrados han reaparecido con todo su vigor: la multiplicación de las fuentes normativas, la enorme cantidad de leyes, reglamentos y disposiciones, los principios que rigen la interpretación, el imperio de la Constitución contrapuesto al de la ley. (Zapatero Gómez, V., p. 15)

Añadiendo a lo anterior, y en referencia a la teoría de la legislación, diferentes autores recomiendan algunas acciones en cuanto a cómo proceder, por lo que resulta relevante mencionar a Ortiz de Urbina.

La teoría de la legislación conceptualiza el procedimiento de creación de leyes como un proceso de decisión cuya racionalidad puede incrementarse siguiendo ciertos modelos de *legislador racional*; para ello, se aconseja cómo conformar las distintas fases del procedimiento legislativo y la evaluación de los resultados conseguidos. (Ortiz de Urbina Gimeno, I., p. 34)

Esta teoría, sin embargo, parte también de un cambio de paradigma en canto al ejercicio legislativo.

El jurista dogmático siempre encontró el punto de partida de su trabajo en la norma promulgada, desatendiendo así aspectos capitales de la génesis de la ley: qué es lo que determina el ejercicio de la iniciativa legislativa o la potestad reglamentaria, cómo se han de analizar las causas del problema a resolver, cuáles son los objetivos perseguidos, cómo conseguir que la norma alcance la racionalidad lingüística, lógico-formal, pragmática, teleológica y ética. (Zapatero Gómez, V., p. 769).



En este sentido, “las teorías de la argumentación jurídica centraron su atención casi exclusivamente en el aplicador de la ley, quizá debido a su áurea de pureza y a inevitable y siempre presente elemento político que rodea la tarea legislativa” (Zapatero Gómez, V., p. 769). Sin embargo, más allá de las diferencias apuntadas tradicionalmente por la teoría política (el juez sólo resuelve los conflictos particulares que le son planteados), resulta difícil establecer una diferencia tajante y absoluta entre las tareas del legislador y el juez, las que se ven todavía más difuminadas si pensamos en la labor de los tribunales constitucionales y el ejercicio del control de constitucionalidad difuso.

“Sin perjuicio de la discusión entre las diferentes escuelas sobre el alcance de la interpretación de la ley, lo cierto es que tanto el legislador como el juez crean y aplican Derecho”(Guastini, R., 2007, p. 225). Sin embargo, la actividad del legislador se encuentra reglada de manera menos estricta y él está en condiciones muy superiores a las del juez para apreciar la realidad social. Más recientemente se sostiene que quizás lo que diferencia más claramente al juez del legislador es el *procedimiento* al que está sometida la actividad del primero, de manera que debe ser objetivo, independiente, incorruptible, no puede ser reemplazado arbitrariamente y está limitado por las reglas procesales. Esto no ocurre con el legislador, quien, incluso, puede derogar las normas que coartan su actividad.

Se ha definido a la teoría de la legislación como la ciencia de la legislación, del legislador, del procedimiento legislativo y de la ley como producto de ese procedimiento. En la actualidad ya no se limita a las leyes formales, sino que abarca normas jurídicas lisa y llanamente; por consiguiente, se afirma que es la ciencia de la creación del Derecho. Como tal, analiza los comportamientos de los órganos legislativos, pero no se



conforma con ese examen, sino que busca establecer reglas de comportamiento. Por ello, se trata de una ciencia del *ser* y del *deber ser*, orientada a la práctica.

Su objeto no se limita a las normas jurídicas, sino que abarca también la realidad social a la cual la ley se refiere y en la que actúa, pues ambas se influyen recíprocamente.

La teoría de la legislación presenta cinco ramas o campos de trabajo:

- a) El análisis de las posibilidades y los límites de la elaboración y mediación de los conocimientos acerca de la ley (teoría de la legislación en sentido estricto).
- b) La investigación de los conceptos fundamentales de norma, ley y legislación (analítica de la legislación).
- c) El estudio de los órganos y los procedimientos de la legislación (“procedimientos legislativos externos”) y, a la vez, los métodos para influirlos y gobernarlos (táctica de la legislación).
- d) El examen de las consideraciones jurídico-políticas y teóricas sobre la decisión de legislar (procedimiento legislativo interno) y de cómo producir leyes buenas, correctas, completas y efectivas (metódica de la legislación).
- e) El desarrollo de reglas generales referidas a la configuración de las leyes, su estructura, sistemática, el lenguaje adecuado, etc. (teoría legislativa). (Ortiz de Urbina Gimeno, I., pp. 21-22)

Dentro de estas distintas ramas, adquiere particular relevancia la metódica de la legislación, pues ella puede construirse en un buen antídoto para evitar las leyes simbólicas antes mencionadas.



La *metódica de la legislación* entiende el procedimiento legislativo como un proceso de decisión cuya racionalidad puede incrementarse. El primer paso es mostrar que efectivamente resulta necesario aprobar la ley; el segundo, presupuesta la demostración de la necesidad de la norma, mostrar que el proyecto es una buena opción regulatoria. En ese sentido, muchas reformas legales son innecesarias y responden más a la intención de aparentar que se hace algo que a la creencia de que la nueva normativa puede cambiar la situación.

Por esta razón, y con el fin de evitar este tipo de normas, “la teoría de la legislación destaca la necesidad de evaluar la situación fáctica y jurídica antes de decidirse por una regulación legal” (Ortiz de Urbina Gimeno, I., p. 59). En cuanto a su método, la teoría de la legislación *per se* es una ciencia interdisciplinaria.

En este aspecto, resulta clásico el ejemplo brindado por Noll para mostrar cómo debería trabajarse de manera conjunta en el ámbito jurídico. El modelo lo brinda la ciencia médica. A diario, y sin ningún tipo de inconvenientes, se combinan en ese ambiente las tareas de los médicos internos, radiólogos, cirujanos y anestesiólogos. Quizás una de las razones de esta labor conjunta, carente de problemas, se encuentre en que todos trabajan dentro del mismo recinto y tratan a los mismos pacientes, para lo cual, cada uno juega un papel. Además, es importante que el objetivo de esta tarea común se encuentre fuera de discusión: el mantenimiento de la salud y la vida. A ello se suma que la medicina, a diferencia del Derecho, no se encuentra estrictamente dividida entre una ciencia puramente empírica-analítica y otra normativa; antes bien, diagnóstico y terapia están siempre estrechamente vinculados.



El ejemplo contrario lo brinda la ciencia jurídica: se ha orientado hacia una ciencia especializada, puramente normativa, preponderantemente dirigida a la aplicación del Derecho, comparable con un cirujano que opera sin diagnóstico previo.

El aporte interdisciplinario no se limita a las ciencias sociales (sociología del Derecho, psicología social, etc.) sino que abarca también, fundamentalmente, la contribución de las ciencias naturales y de diversas tecnologías. La integración de la biotecnología, la biomedicina y la bioseguridad son inevitables en los procesos de creación de normas referidas a la protección del medio ambiente, la seguridad alimentaria o la protección del consumidor, por citar algunos ejemplos.

Esta combinación entre ciencia, juicios científicos y creación de normas jurídicas puede analizarse temporalmente desde dos perspectivas:

en el momento de establecerse la regla (enfoque *ex ante*) o en una época posterior cuando se evalúan los efectos de la ley ya sancionada (enfoque *ex post*). En este último caso, el objeto de una evaluación científica *ex post* podría conducir a la sanción de una nueva norma u otra que la integre y complemente. (Ortiz de Urbina Gimeno, I., p. 23)

Todos estos factores confluyeron para que comenzaran a institucionalizarse los estudios legislativos.

En la doctrina contemporánea, además del trabajo precursor de Peter Noll deben agregarse los de Jurgen Rödig, Carl Böhret y Ulrich Karpen y una cadena de decisiones legislativas orientada a obtener una mejora en la calidad de las normas. En el ámbito académico y en la investigación, la teoría de la legislación se transformó en materia de estudio en distintas Escuelas Superiores de Europa. En algunos países se han sancionado directrices ministeriales para supervisar la legislación y se crearon oficinas



con profesionales permanentes dedicados al asesoramiento y el control de los proyectos legislativos, en cuanto a su necesidad, efectividad, congruencia sistemática y formulación jurídica.

A todo esto, se agrega la aparición de revistas especializadas y un gran número de manuales y monografías dedicados a la teoría de la legislación.

En el plano europeo existen también organismos e instituciones dedicados a los estudios de la legislación (así, la Asociación Europea de Legislación), mientras que en Inglaterra pueden mencionarse, entre otros: el Instituto Real de Administración Pública (*Royal Institute of Public Administration -RIPA-*) de Londres; la Oficina del Consejo Parlamentari (*Office of Parliamentary Counsel*), el Colegio de Servicio Civil (*Civil Service College*), la Sociedad de Ley Estatutaria (*Statute Law Society*), así como el Centro de Criminología y de Estudios filosóficos y sociológicos del Derecho de la Universidad de Edimburgo (Escocia) y los centros socio-legales de las Universidades de Sheffield y de Oxford.

En lo que a España se refiere, cobran particular relevancia los trabajos dirigidos por Salvador Coderch en el Grupo de Estudios de Técnica Legislativa (GRETEL) sumado a diversas disposiciones ministeriales destinadas a racionalizar la tarea legislativa.

En la Argentina se destaca la Maestría en Teoría y Práctica de la Elaboración de Normas Jurídicas que se dicta en la Facultad de Derecho (Universidad Nacional de Buenos Aires), bajo la dirección del Profesor Dr. Miguel Ángel Ciuro Caldani. En la misma Facultad, se ha creado también un Centro de Estudios sobre la Elaboración de Normas Jurídicas que entre otros objetivos se cuentan el de coadyuvar al mejoramiento de los



procesos de elaboración de normas jurídicas y el de favorecer la implementación de sistemas de gestión innovadores de la producción normativa.

Entre las tareas específicas que desarrolla pueden mencionarse las de recopilar y sistematizar información relativa a la teoría y la práctica de la elaboración de normas jurídicas, elaborar periódicamente reportes analíticos, estadísticos y de recomendaciones técnicas derivados de los estudios y programas de investigación implementados, asesorar a los agentes elaboradores de normas en cuestiones técnicas, desarrollar estudios y programas de investigación tendentes a orientar la construcción de la agenda legislativa, deslindando prioridades y definiendo las líneas de acción necesarias.

De esta manera, la teoría de la legislación se yergue como el intento más serio para superar la crisis actual de la ley.





CAPÍTULO IV

4. La pretensión de corrección de la crisis del principio de Legalidad penal

4.1. Intentos de solución a la crisis del principio de legalidad Penal

Por su parte, la crisis de la legalidad en el ámbito penal presenta diversas manifestaciones.

Desde hace bastante tiempo, se constata la existencia de una verdadera *inflación legislativa* del sistema punitivo, agudizada últimamente y que conduce tanto al denominado *Derecho penal simbólico* como a una expansión del Derecho penal.

Asimismo, se advierte que la pena ha ganado una nueva valoración social, que marca una separación profunda entre la mayoría de los juristas y la realidad que los circunda: a los dirigentes políticos se les exige severidad y capacidad para imponer penas en vez de tolerancia e indulgencia. A ello se suman los postulados de la *sociedad del riesgo* con su nueva interpretación de la libertad individual y los peligros, y las reclamaciones de más Derecho penal por parte de todos los sectores sociales. Cabe agregar a ello la aparición de la víctima desplazando del centro de la escena al *autor* (el *delincuente*) y provocando para algunos un verdadero cambio de paradigma. De esta forma, la imposición de penas se ha convertido en un modelo de reacción estandarizado.

Son susceptibles de sanción no sólo los *comportamientos desviados*, sino también las personas marginales y las situaciones molestas: en el argot de la disciplina todas estas conductas se han tornado *punibles*. Se extienden las quejas sobre la permisividad de la sociedad, los procesos blandos contra la *delincuencia* juvenil, contra los escrúpulos



constitucionales que impiden cumplir el reclamo popular de eliminar los delincuentes sexuales o violentos. Así, el Derecho penal se ha convertido en un *sanalotodo social*. Esto lleva a la paradoja de que, en realidad, ya no sea necesario meditar sobre la pena y justificarla. Al contrario, lo que debe legitimarse y justificarse es su cuestionamiento y crítica.

Por último, el principio de legalidad y sus consecuencias, el mandato de determinación de la ley penal, la prohibición de analogía y la consecuente interpretación restrictiva de las leyes penales se ven sacudidas por las denominadas por Naucke *cláusulas generales*, caracterizadas por:

- a) Su indeterminación, de tal forma que resulta imposible establecer su finalidad;
- b) Marcada generalización, que impide conocer el ámbito que regulan;
- c) Gran vaguedad. Se trata de un fenómeno que no es privativo del legislador contemporáneo, sino que es posible constatarlo en Alemania por lo menos desde la primera Guerra Mundial. (Naucke, W., 2006, p. 19)

Por su parte, la teoría de la legislación ha ocupado un lugar marginal en los estudios penales. Si bien puede considerarse superado el paradigma del jurista penal exclusivamente dedicado a la dogmática y a la aplicación del Derecho penal, apartado de su creación y de la política criminal, lo cierto es que los caminos para comunicar estas actividades distan de ser óptimos.

En este sentido, señala Monika Vob que:

...la idea de una teoría de la legislación general no significa que haya que limitarla al tratamiento unitario desde la perspectiva de una ciencia; antes bien, esos estudios generales deben integrarse en una parte especial que se ocupe de cada ámbito jurídico particular. Si se toma en cuenta, por



ejemplo, que las tareas y efectos del Derecho impositivo son distintos a los del Derecho penal, queda claro que los principios generales que pueda elaborar la teoría de la legislación deberán adaptarse necesariamente a cada campo donde pretenda aplicarse. (Vob, M., 1989, p. 12)

De esta forma, son pocos los trabajos que han intentado vincular la teoría de la legislación y el Derecho penal. De manera general y sin ánimo de exhaustividad puede decirse que estas obras se basan fundamentalmente en la teoría política de Jürgen Habermas.

Dentro de estos intentos, la teoría destaca que el regreso a la ciencia de la legislación penal se produce por la magnitud del desorden, del caos, de la ineficacia, de la manipulación y la falta de seriedad de la legislación punitiva del presente.

Las principales tesis propuestas son las siguientes:

1) “El Derecho constitucional no sólo impone un determinado contenido de la legislación penal, sino que también manda un tipo de metodología legislativa: la codificación (que de esta forma sería un corolario del principio de legalidad)” (Pastor, D., 2005, p. 12).

En este sentido Luigi Ferrajoli afirma que:

... hoy es el tiempo de una ciencia de la legislación que supere la actual tendencia descodificadora, que restablezca el papel de la ley en el Estado de Derecho y restaure la legalidad garantista, anclándola sólidamente en la tutela de los Derechos fundamentales... (Ferrajoli, L., 1995, p. 449)

2) Para que este retorno a la codificación sea efectivo deben cumplirse otras condiciones adicionales: “la reducción de las infracciones punibles a un mínimo tolerable y la fijación de una serie de garantías adicionales; así, el principio de reserva de código



actúa como una metagarantía de la sistematicidad de la codificación” (Pastor D., 2005, p. 171)

Al mismo tiempo, Pastor propone establecer diversos subprincipios:

...de esta manera, todos los preceptos penales, procesales y de organización judicial deben estar contenidos en un único código. Ninguna norma que esté contenida fuera de este código tendrá valor. Asimismo, el *numerus clausus* de delitos garantiza la vigencia de un Derecho penal mínimo.

(Pastor D., 2005, p. 171)

También debe respetarse el subprincipio de concentración de la reforma e inamovilidad del *numerus clausus*: los Códigos Penales, alumbrados según las exigencias mencionadas, sólo pueden ser reformados eventualmente mediante una ley. Además, el *subprincipio de quórum* implica la exigencia de una mayoría parlamentaria cualificada para la aprobación de la reforma de la legislación penal codificada.

Por último, la recodificación penal y sus reformas anuales deben ser discutidas y elaboradas fuera de las cámaras legislativas. Estas las aprueban cuando se haya conseguido el consenso necesario y sin posibilidad de reforma. “Los textos legales deberían ser encargados a los profesores universitarios de Derecho penal, Derecho procesal penal y criminología que tengan los mejores antecedentes (subprincipio de libro cerrado)” (Pastor D., 2005, p. 235).

Por su parte, Julio B. J. Maier (2003) en sus más recientes trabajos se ha ocupado de la crisis del Derecho penal y ha formulado propuestas para resolver la situación actual. Postula no sólo una reducción de los comportamientos punibles sino también su reunión en un código único (con la supresión del llamado Derecho penal complementario y especial) para de esta forma asegurar la aplicación racional de las normas penales y la vigencia efectiva del principio de legalidad. Propone, también, una mayoría calificada



para aprobar reformas legales de contenido penal, basándose para ello en la aplicación analógica de la Constitución para aquellos casos en los que se imponen sanciones a funcionarios públicos.

Marcelo Sancinett (2003) plantea una regulación de la parte general del Derecho penal que sea lo más breve posible, un patrón mínimo para permitir un desarrollo más libre de los postulados de la dogmática penal (p. 15).

Pastor propone el regreso a la codificación penal como método legislativo para enfrentar el actual Derecho penal, inflacionario, expansivo, multiplicado en subsistemas y *normas complementarias*, *sanalotodo social*, en fin, *neopunitivista* y *neoinquisitivo*, contexto similar al del Derecho que los ilustrados enfrentaron en su época.

Se está ante un Derecho penal alejado de los principios que inspiraron su reunión en un solo cuerpo legislativo: el empleo de una técnica precisa, la brevedad, la uniformidad y la fuente única, todo ello para facilitar su interpretación y reducir la arbitrariedad de los intérpretes (principalmente los jueces). Sin embargo, se cree que la sola recodificación penal es insuficiente, principalmente porque ella no pudo ni podrá eliminar la actividad interpretativa de la ley, uno de los puntos criticados por Pastor.

La lectura de cualquier repertorio de sentencias mostrará que, algunos Códigos Penales, considerados como un avance civilizado e ilustrado, en el que se exhibían aquellos ideales enumerados de la codificación penal, pese a su buena técnica legislativa, no pueden evitar la aparición de interpretaciones concurrentes de sus enunciados. Por eso, cualquier programa que pretenda limitar y racionalizar el Derecho penal deberá ocuparse al mismo tiempo tanto de la creación como de la interpretación de la ley penal.



En este aspecto, ni el principio de legalidad ni el *in dubio pro reo* deberían verse como dos principios que compiten entre sí. Y en la interpretación de la ley penal, el principio *in dubio pro reo* presta un servicio importante para decidir cuál resulta aplicable a un caso.

4.2. La interpretación legislativa

Modernamente se reconocen, a grandes rasgos, tres teorías sobre la interpretación de la ley, todas ellas condicionadas por la forma de concebir el sistema jurídico: la *formalista*, la *escéptica* que es su antagonista y la *intermedia*, llamada por algunos autores como la de la *textura abierta*. (Igartúa Salaverría, J., 1998, p. 41)

La teoría formalista considera que la interpretación es una actividad cognoscitiva y consiste en descubrir el significado objetivo de las disposiciones legislativas o la intención del legislador.

Sostiene que las palabras poseen un significado propio, que el legislador posee una voluntad unívoca y reconocible, que el sistema jurídico carece de lagunas, con lo cual a cada disposición legal le corresponde una única interpretación *verdadera*. Por eso, el objetivo de la interpretación es *descubrir* el significado objetivo de las palabras o la voluntad del legislador. De esta manera el juez carece de márgenes de decisión. (p. 42)

El origen de esta concepción se encuentra en el ideal ilustrado de evitar la arbitrariedad judicial, que exaltó la vinculación del juez a la ley como corolario natural del principio de la división de poderes. En este contexto, “el prototipo es el juez mero ejecutor de la voluntad legislativa, representado en la célebre expresión atribuida a Montesquieu de que los jueces son la boca por la cual se pronuncian las palabras de la ley” (Musco, E. y Fiandaca, G., 2006, p. 129).



La Ilustración pretendió extender la racionalidad a todas las actividades humanas, incluida la jurídica. Por eso se pensó que la solución de un conflicto se encontraba siempre en la ley (o en el ordenamiento jurídico completo) y que al juez sólo le correspondía hallarla: “todo está en la ley y nada hay que tener en cuenta fuera de ella” (Nieto García, A., 2000, p. 33). Sin embargo, en la actualidad este paradigma, que quizá fue válido en un determinado contexto histórico-político -caracterizado por la confrontación y la lucha contra un modelo inquisitivo, absolutista y arbitrario-, resulta muy difícil de sostener.

Sin ir más lejos, la existencia de sentencias contradictorias, interpretaciones totalmente diversas de un mismo texto legal, votos individuales discordantes o concurrentes y la revocación de sentencias por tribunales superiores, muestran la irrealidad de este deseo y la necesidad de reconocer este estado de cosas y brindar una solución diferente.

La teoría opuesta (escéptica) sostiene que los sistemas jurídicos ni son completos ni consistentes y que los jueces, en definitiva, son verdaderos legisladores. Para algunos sostenedores de esta postura, las reglas son juguetes vistosos, importantes sólo en la medida en que nos ayudan a predecir lo que harán los jueces.

Contemporáneamente, esta posición se toma en serio la equivocidad y la vaguedad del lenguaje y sostiene que antes de la interpretación los textos normativos carecen de sentido alguno. “Estos son susceptibles de interpretaciones diversas, pero no existe ningún criterio para distinguir entre la interpretación correcta y la incorrecta” (Guastini, R., 2008, p. 42).



Por último, se encuentra lo que algunos autores consideran una posición intermedia. Basada en la teoría de Hart sobre la “textura abierta del lenguaje” (Hart, H. L. A., 2011, p. 165) R., 2008, p. 42), “destaca la casi irreductible indeterminación de casi todas las disposiciones normativas formuladas en lenguaje natural mediante términos clasificatorios generales” (Igartúa Salaverría, J., 1998, p. 44). A partir de la distinción entre casos *claros* y *dudosos*, apreciables objetivamente, en estos últimos el intérprete decide el significado de un texto cuando soluciona un asunto de esta naturaleza. De esta manera, se justifican los votos en disidencia y los criterios diferentes que ante un mismo asunto sostienen dos tribunales en el caso de una apelación o de una casación.

De alguna forma, estas teorías disputan la controvertida cuestión de quiénes son los creadores del Derecho.

Al respecto, Riccardo Guastini distingue diferentes supuestos donde la interpretación equivale a crear Derecho; así, la llamada interpretación científica (en el sentido de Kelsen y Merkl) no sería un caso de creación, pues consiste en determinar (según las distintas técnicas de interpretación empleadas en la cultura jurídica existente) todas las normas expresadas por una disposición.

En cambio, se crea Derecho cuando los jueces asignan a una disposición un significado que no encaja dentro del marco de los significados posibles. Es una actividad de creación en sentido fuerte de una norma implícita: al parecido a la legislación, aunque no consista en la formulación canónica de una disposición. También cuando los jueces encuentran lagunas (que en realidad ellos mismos construyen) y las colman por medio de ciertas técnicas y normas implícitas, es decir, normas que no constituyen el significado



de ninguna disposición. En estos casos, no se trata de interpretación: es creación –en sentido fuerte– de una norma nueva.

En otros, los jueces aplican disposiciones que expresan no *reglas* sino *principios*. La aplicación de un principio normalmente exige dos cosas: primero, su concreción; segundo, su ponderación con otros principios en conflicto. Ahora bien, la concreción de un principio consiste en desprender de él normas nuevas (*reglas*) que se pretenden implícitas.

La ponderación de principios, por otra parte, consiste en establecer una relación jerárquica de cierto tipo –axiológica– entre los principios en conflicto. Dichas operaciones (de interpretación en sentido muy amplio), la concreción y la ponderación, son actividades creativas: de normas (la concreción) y de relaciones jerárquicas respectivamente (la ponderación).

“La discusión sobre los principios jurídicos ha dominado la *agenda* iusfilosófica de las dos últimas décadas” (Navarro, P., Bouzat, A. y Esandi, L., 2001, p. 16).

En ello ha influido tanto la obra de autores de la talla de Dworkin en su polémica con Hart, como la tarea de la doctrina y la jurisprudencia al interpretar las cartas constitucionales compuestas de textos generales y ambiguos, producto de complejos compromisos políticos.

Por último, “tanto la eliminación de normas preexistentes como las sentencias constitucionales interpretativas, aditivas y sustitutivas constituyen casos de genuina producción de Derecho” (Guastini, R., p. 228).



4.3. Particularidades interpretativas de la ley penal

Además de los problemas comunes, la interpretación de la ley penal enfrenta dificultades particulares.

Es así que, en lo referido al *mandato de certeza* derivado del principio de legalidad, ya con cierto escepticismo advierte Sancinetti (2007) sobre la escasa posibilidad de aplicarlo en la práctica (p. 228).

Muchos Códigos Penales están plagados de tipos que no sólo padecen la ambigüedad y la vaguedad propias del lenguaje natural que utilizan, sino que además adolecen de *cláusulas generales* o *conceptos valorativos* que sólo pueden ser completados por el intérprete. Algunos ejemplos de ello son, por ejemplo, ¿qué significa *abuso sexual gravemente ultrajante*? ¿El acceso carnal por cualquier vía incluye la llamada *fellatio in ore*? ¿qué se entiende por *arma*? ¿Y por *banda*? ¿Es lo mismo que la asociación ilícita?

En este sentido, un fenómeno de nuestro tiempo es la tendencia cada vez más acentuada del legislador a no expresarse con claridad y, de esa forma, trasladar a otros las decisiones que debe tomar; en otras situaciones, esta oscuridad surge como resultado de que las leyes son el compromiso de proyectos opuestos. Además, muchos ámbitos que la ley pretende regular son cambiantes por naturaleza (por ejemplo, el Derecho tributario), lo que obliga a adoptar fórmulas abiertas. Por lo tanto, existen buenas razones para pensar que resulta extremadamente difícil eliminar la ambigüedad y la vaguedad de los enunciados normativos.

Además, en función de los bienes que protege y la peligrosidad del instrumento que emplea (fundamentalmente la pena, pero también, por las consecuencias que



implica ya la promoción de un proceso), el Derecho personal se encuentra en una relación especial con el lenguaje.

A diferencia de otros ámbitos jurídicos, las normas penales deben expresarse de determinada forma; allí cumple una función especial el principio de legalidad dirigido no sólo al legislador sino también al juez. La aplicación de este principio constituye una de las tareas y objetivos de la justicia penal. Los valores que lo sustentan hacen que el principio de legalidad *actúe* en dos frentes: por un lado, se dirige al legislador y por el otro, al intérprete.

En el primer caso, el mandato más fuerte es el de certeza, sumado a la prohibición de crear leyes penales con efectos retroactivos; para el segundo, la prohibición de aplicar la analogía y la proscripción de la costumbre como fuente para resolver un caso. En virtud de la importancia de lo que está en juego al aplicarse el

Derecho penal se buscaron garantías en ambos lados de la creación del Derecho. En tal sentido, está claro que los jueces no crean Derecho de la misma forma que lo hacen los legisladores; pero sí lo hacen al decidir qué interpretación de una disposición normativa resulta aplicable a un caso.

Sin embargo, esta actividad creadora de los jueces está fuertemente limitada en el Derecho penal. El juez penal no puede elegir cualquier interpretación: debe hacerlo respetando todos los principios que rigen esta rama del Derecho y, entre ellos, también se encuentra el *in dubio pro reo*. Para este fin, debe considerarse una interpretación armónica de los principios de legalidad y el *in dubio pro reo*.

Si se acepta que la función de ambos es la protección del individuo frente al peligro que representa la persecución penal estatal (en la medida que el primero permite saber



cuáles son las conductas prohibidas y qué consecuencias se esperan en caso de realizarlas, mientras que el segundo es la contracara del principio de culpabilidad) se verá que en verdad no se oponen. En realidad, el *in dubio pro reo* es el fundamento de la exigencia de certeza de la ley penal, que actúa en caso de que se incumpla ese mandato y que permite, además, resolver a favor del individuo la disputa entre interpretaciones concurrentes.

Para desarrollar, sucintamente, tanto los argumentos que sustentan la aplicación del *in dubio pro reo* a la interpretación de la ley penal, como los que la niegan, se deben realizar algunas precisiones previas.

El significado de un enunciado normativo no se determina antes de la actividad interpretativa. Así, debe distinguirse entre texto y significado.

...Cada enunciado del lenguaje, contenido en los documentos normativos que comúnmente reciben el nombre de fuentes del Derecho, es de hecho entendido y utilizado de diversas y conflictivas maneras por diversos operadores jurídicos en diversos momentos y circunstancias. Esto quiere decir que los enunciados normativos, que constituyen el discurso de las fuentes, resisten no sólo una sino toda una pluralidad de interpretaciones. En otras palabras, las disposiciones legislativas incorporan no ya un solo significado, unívoco, sino separadamente tantos significados cuantas sean las diferentes interpretaciones. En síntesis, es necesario distinguir los enunciados de sus significados, por la sencilla razón de que no se da una correspondencia doblemente unívoca entre unos y otros... (Guastinni, R. y Rebuffa, G., 1995, p. 12)

Por otro lado, de manera general, en la interpretación de la ley se aplican fundamentalmente cinco métodos: gramatical, sistemático, histórico –subjetivo, objetivo–, teleológico, constitucional. Sin embargo, no se cuenta con ninguna regla que indique en qué situación debe adoptarse tal o cual canon hermenéutico; por esta razón, en línea



de principio, la elección y el resultado pueden tener un contenido arbitrario o al menos discrecional.

Si bien no resulta posible establecer de antemano cuál es el método correcto o adecuado para cada situación donde el intérprete debe decidir, es probable que métodos diversos conduzcan a soluciones distintas. El problema será entonces cómo decidir por una u otra interpretación. Y es allí entonces donde se propone aplicar el *in dubio pro reo* de tal forma que se transforme en una cautela más de las que ya rodean la interpretación de la ley penal.

Conviene detenerse, también brevemente, para analizar algunos de los argumentos contrarios a la posición que se viene desarrollando. En primer lugar, se identifica la *interpretación favorable al reo* con la *interpretación restrictiva*. “Se afirma, incluso, que en algunos casos podría estar mandada la *interpretación extensiva* o se autorizaría la analogía *in bonam partem* (fundamentalmente para las causas de justificación), pero nunca la aplicación *pro reo*” (B.J. Maier, J., 2003, p. 502).

La interpretación restrictiva no necesariamente resulta la más favorable al reo; en general, la interpretación restrictiva puede consistir en eliminar los casos de penumbra o en introducir en el texto legal algo que el legislador no dice (propio de la interpretación constitucional), para formular una distinción y reducir así el ámbito de aplicación del enunciado. Pero puede ocurrir que sea necesario hacer una *interpretación extensiva* o incluso *analógica* para ampliar el alcance, por ejemplo, de una causa que elimina la antijuridicidad. Y en este caso proceder así *también es decidir pro reo*. Por lo tanto, *in dubio pro reo* no significa necesariamente *interpretar restrictivamente*.



En muchos casos de problemas interpretativos en el ámbito penal “la pésima técnica legislativa empleada lleva a que coexistan dos interpretaciones científicamente posibles” (Alonso, J.P., 2006, p. 9), según lo explica Juan Pablo Alonso. En tales casos, un criterio para resolver la *paridad* entre interpretaciones contradictorias es aplicar el *in dubio pro reo*, pese a que algunas Cortes apelan al principio *pro homine*.

También se afirma que el *significado histórico* del principio impide aplicarlo a la interpretación de la ley, pues siempre se lo utilizó con respecto a los hechos. Este argumento no es decisivo para resolver la discusión. Que hasta ahora nadie lo haya aplicado en el ámbito de la interpretación de la ley (cuestión también discutible) no significa que hoy no existan buenas razones para hacerlo.

El rechazo al *in dubio pro reo* se basa, asimismo, en “la tajante división entre hechos y Derecho; sin embargo, esta separación artificiosa resulta en la actualidad muy difícil de sostener” (Pastor, D., 2001, p. 52). De esta manera, si esa disociación es insostenible, puede ser un fundamento para excluir la aplicación del principio. Por lo tanto, ninguno de los argumentos analizados es concluyente para descartar la aplicación del *in dubio pro reo* a la interpretación de la ley penal.

En definitiva, si se acepta la imposibilidad de reducir definitivamente la ambigüedad y la vaguedad de los enunciados normativos se observa que necesariamente en el ámbito penal se debe contar con principios que regulen y limiten la actividad del intérprete: así funcionan ya, entre otros, la eliminación de la costumbre, la prohibición de la analogía, la proscripción de la aplicación retroactiva de las leyes penales.



Agregar el principio *in dubio pro reo*, vinculado armónica y coherentemente con el de legalidad, no significa otra cosa que constreñir más la actividad de la interpretación de la ley penal. Las teorías jurídicas son instrumentos prácticos con respecto a las cuales debe preguntarse para qué sirven o deben servir. En el Derecho penal deben ser útiles para limitar su aplicación. Y esto significa, en la práctica, aceptar el empleo del *in dubio pro reo* para elegir aquella interpretación de un enunciado normativo más favorable al imputado dentro de las científicamente admisibles.

La legalidad penal se encuentra en crisis y la única forma de enfrentarla es trabajando tanto en la creación como en la interpretación de las leyes penales. De esta forma, quizás, se podrá hacer realidad el ideal de un Derecho penal limitado y racional.





CONCLUSIÓN

La calidad de los bienes jurídicos que debe proteger, y la peligrosidad de los instrumentos que puede utilizar para esa protección, colocan al derecho penal en una relación especial, no sólo respecto de los derechos fundamentales de los intervinientes en el conflicto penal, sino también respecto del lenguaje.

Es justamente el lenguaje el que ayuda a asegurar importantes principios del sistema jurídico. La seriedad que debe regir precisamente en el derecho penal acentúa la importancia de su dogmática.

La legalidad no es una característica del sistema de justicia penal, sino su misión y objetivo. Es un principio político, es decir, discutido y siempre lesionable, y los ejemplos de lesiones son numerosos y diversos. En cuanto al principio de legalidad penal, la violación que puede considerarse más grave, es la de la *lex stricta*, es decir, la de prohibición de analogía.

La prohibición de analogía es, por lo menos a primera vista, un mandato para el juez penal: ninguna condena ni agravación de las consecuencias jurídicas sobre la base de la aplicación analógica de la ley.

Pero también tiene que ver con la legislación: cuanto más la ley esté formulada de manera inteligente y clara, tanto mejor pueden -quizá no evitarse, pero cuando menos señalarse y corregirse- las infracciones contra la aplicación analógica de la ley. En la imagen ideal de una justicia penal exitosa, conforme al Estado de Derecho, legislador y juez, *lex certa* y *lex stricta*, se dan mutuamente la mano.



La crisis del principio de legalidad penal en el derecho penal contemporáneo, si bien tiene múltiples causas, se ve acentuada por la incertidumbre interpretativa promovida por el neoconstitucionalismo y las doctrinas de la filosofía del lenguaje, que se fundamentan en la argumentación y olvidan la teoría del derecho que fundamenta al derecho penal. Estas teorías, con su equivocada postulación argumentativa, son teorías de la argumentación vacías, es decir, sin teoría del derecho.

En estas teorías, se privilegian paradigmas argumentativos y se ignoran los principios garantistas producidos en la Ilustración y que fundamentan toda la estructura del derecho penal. Los principios penales de la filosofía ilustrada distan de ser la mera expresión de la voluntad política, la Ley es, ante todo, el instrumento de las Luces para hacer realidad los dictados de la razón y por ello, si se ignoran, más difícil será solucionar la crisis del principio de legalidad penal.



REFERENCIAS

Achenwall, G. (1991). *Iuris naturalis pars posterior*. Fondo de

Cultura Económica.

Alexander, L. y Shewin, E. (2008). *Desmitificando el razonamiento Jurídico*. Editorial Marcial Pons.

Alonso, J. P. (2006). *Interpretación de las normas y derecho Penal*. Ediciones Didot.

B. J. Maier, J. (2003). *Derecho procesal penal*. Editores del Puerto.

Berdugo Gómez de la Torre, I. y Arroyo Zapatero, L. (2004). *Curso de derecho penal. Parte general*. Editorial Tirant lo Blanch.

Binding, K. (1985). *Manual de derecho penal*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Brenna, R. G. (2004). El ordenamiento de las leyes. En: *Revista electrónica de teoría y práctica de la elaboración de las normas jurídicas*.

Calvo García, M. (1994). *Los fundamentos del método jurídico: Una revisión crítica*. Editorial Tecnos.

Engisch, K. (1997). *Introducción al pensamiento jurídico*. Editorial Tirant lo Blanch.



Ferrajoli, L. (1995). *Derecho y razón*. Editorial Trotta.

Feuerbach, A. V. (2010). *Anti-hobbes. O sobre los límites del Poder supremo y el derecho de coacción del ciudadano Contra el soberano*. Editorial Hammurabi.

Feuerbach, A. V. (1995). *Revisión de los principios y conceptos Fundamentales del derecho*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Feuerbach, P. J. A. (1997). *Tratado de derecho penal*. Editorial Tirant lo Blanch.

García Amado, J. A. (2000). Razón práctica y teoría de la Legislación. En: *Derechos y libertades*. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas. No. 9.

Gascón Abellán, M. y García Figueroa, A. (2005). *La argumentación En el derecho*. Editorial Palestra.

Gómez Pomar, F. y Ortiz de Urbina, G. (2005). Chantaje e intimidación: un análisis jurídico y económico. Editorial Civitas.

Guastini, R. (2007). Jurisdicción y sistema jurídico. En: Pérez Bermejo, J. M. y Rodilla González, M. Á. *Jurisdicción, interpretación y sistema jurídico*. Universidad de Salamanca.

Guastini, R. (2008). *Teoría e ideología de la interpretación constitucional*. Editorial Trotta.

Guastini, R. y Rebuffa, G. (1995). Introducción. En: Tarello, G. *Cultura jurídica y política del derecho*. Editorial Comares.

Hart, H.L.A. (1991). *El concepto de derecho*. Editorial Abeledo Perrot.



Igartúa Salaverría, J. (1998). *Teoría analítica del derecho (la interpretación de la ley)*.

Instituto Vasco de Administración Pública.

Kant, I. (2005). *Introducción a la teoría del derecho*. Editorial Marcial Pons.

Kelsen, H. (1995). *¿Quién debe ser el defensor de la constitución?* Editorial Tecnos.

Krey, V. y Weber-Linn, M. (1985). *Paralelismos y divergencias entre derecho penal y reserva pública*. Editorial Fondo de Cultura Económica.

Landrove Díaz, G. (2000). *Introducción al derecho penal español*. Editorial Tecnos.

Lifante Vidal, I. (1999). *La interpretación jurídica en la teoría del derecho contemporánea*.

Centro de Estudios Constitucionales.

López, Medina, D. E. (2008). *La letra y el espíritu de la ley. Reflexiones pragmáticas sobre el lenguaje del derecho y sus métodos de interpretación*. Editorial Temis.

Montiel, J. P. (2009). *La analogía in bonam partem en el derecho penal: Reflexiones sobre sus fundamentos y límites*. Editorial La Ley.

Musco, E. y Fiandaca, G. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Editorial Marcial Pons.

Naucke, W. (2006). *Derecho penal. Una introducción*. Editorial Astrea.

Navarro Frías, I. (2010). *Mandato de determinación y tipicidad penal*. Editorial Comares.

Navarro, P.; Bouzat, A. y Esandi, L. (2001). *Juez y ley penal. Un análisis de la interpretación y aplicación de normas penales*. Alveroni Ediciones.



Nieto García, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Editorial Ariel.

Noll, P. (1973). *Legislación*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales. Pp. 27.

Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2007). *La excusa del positivismo. La presunta superación del “positivismo” y el “formalismo” por la dogmática penal contemporánea*. Editorial Civitas.

Ortiz de Urbina Gimeno, I. (2013). Teoría de la legislación y derecho penal. En: *Compliance y teoría del derecho penal*. Editorial Marcial Pons.

Palazzo, F. (2010). *La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de regla iuris*. Instituto Nacional de ciencias Penales.

Pastor, D. R. (2001). *La nueva imagen de la casación penal*. Editorial Ad Hoc.

Pastor, D. R. (2005). *Recodificación penal y principio de reserva de código*. Editorial Marcial Pons.

Ponente Bacigalupo. STSA de 13 de julio de 2007.

Postema, G. (1986). *Bentham y la tradición del derecho del derecho común*. Fondo de Cultura Económica.

Prieto Sanchís, L. (2007). *La filosofía penal de la ilustración*. Palestra Editores. Lima.



Rahlf, J.; Savigny, F. K. V. y Neumann, U. (1976). *Teoría jurídica, dogmática y científica*.

Centro de Estudios Jurídicos y Constitucionales.

Robinson, P. y Darley, J. (2004). ¿Se disuade el derecho penal? Una investigación de la ciencia del comportamiento. *Revista de Estudios Legales*. No. 24.

Robles Planas, R. (2007). *Garantes y cómplices. La intervención por omisión y en los delitos especiales*. Editorial Atelier.

Roxin, C. (1997). *Derecho penal. Parte general*. Tomo I. Editorial Civitas.

Roxin, C. (1981). Nullum crimen, nulla poena sine lege. En: Muñoz Conde, F. y Luzón Peña, D. M. *Iniciación al derecho penal de hoy*. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Sancinetti, M. (2007). *Casos de derecho penal*. Parte general. Tomo I. Editorial Hammurabi.

Sancinetti, M. (2003). *Dogmática del hecho punible y ley penal*. Editorial Ad Hoc.

Schaffstein, F. (1995). *Las enseñanzas generales del crimen en su desarrollo por la ciencia del derecho penal común*. Editorial Tirant lo Blanch.

Schauer, F. (2004). *Las reglas en juego: un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*. Editorial Marcial Pons.

Schupert, G. F. (2003). Bloques de construcción de una teoría Legislativa crítica. En: *Revista general de legislación y Jurisprudencia*. Editorial Reus.



Séneca, L. A. (2007). *De la ira*. Editorial Artemisa.

Sharon Byrd, B. y Hruschka, J. (2010). *Comentario a la doctrina del derecho de Kant*.
Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Tyler, T. R. (2006). *¿Por qué las personas obedecen a la ley?* Centro de Estudios
Políticos y Constitucionales.

Vob, M. (1989). *Legislación simbólica. Preguntas sobre la racionalidad de los
expedientes de la legislación penal*. Editorial Tirant lo Blanch.

Waldron, J. (2009). *Legislación representativa*. Editorial Tirant lo Blanch.

Zapatero Gómez, V. (1994). De la jurisprudencia a la legislación. En: *Doxa, cuadernos
de filosofía del derecho*. No. 15-16.

Zapatero Gómez, V. (2009). *El arte de legislar*. Editorial Arazandi.