

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS GARANTÍAS MÍNIMAS: UNA
CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA GARANTÍA DE LA “LEX POPULI”

Luiz Flavio Gómes

Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos in memoriam. Ediciones de la
Universidad de Castilla – La Mancha, Ediciones Universidad
Salamanca, Cuenca, 2001

<http://www.cienciaspenales.net>

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL Y SUS GARANTÍAS MÍNIMAS: UNA CONTRIBUCIÓN AL ESTUDIO DE LA GARANTÍA DE LA “LEX POPULI”

Luiz Flávio Gomes

*Master en Derecho Penal por la Universidad de San Pablo,
Juez en Brasil de 1983 a 1998 y Doctorando en Derecho
Penal en la Universidad Complutense de Madrid.*

1. Introducción

Aunque la difusión de toda doctrina Iluminista (Beccaria, Montesquieu, Carrara etc.) está alejada más de dos siglos de nuestros días, sería un grave equívoco suponer que los derechos y garantías penales consagrados en aquella época ya habrían perdido actualidad. Cuando Beccaria escribió “*que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, quien representa toda la sociedad unida por el contrato social*”, ciertamente no imaginó que incluso y sobre todo en la era postindustrial su doctrina continuaría con incuestionable oportunidad. Basta recordar, para reconocerse el valor del pensamiento liberal, que con frecuencia, especialmente en el actual entorno cultural latinoamericano, se hace uso, o al menos se intenta, de medidas legislativas excepcionales (medidas provisionales, decreto ley etc.), de competencia exclusiva del Presidente de la República, para disciplinar materia penal. Precisamente porque eso constituye una gravísima ofensa al principio de legalidad, más concretamente a la garantía de la *lex populi*, es por lo que hemos escrito este trabajo, dedicado al Profesor Marino Barbero Santos, quien tanto ha escrito y defendido el Estado Democrático de Derecho y sus principios básicos, especialmente el de legalidad ¹.

¹ Disertando sobre “los delitos económicos en el derecho italiano”, por ejemplo (*en La reforma penal: delitos socio-económicos*, ed. de BARBERO SANTOS, Madrid: UCM, 1985, p. 251), señaló que la regulación

2. Origen del principio de legalidad o de reserva legal

Unos señalan el Derecho romano como el origen del principio de legalidad; otros, la *Magna Charta libertatum* del rey Juan Sin Tierra (1215)². Para Jescheck³, sin embargo, el verdadero fundamento histórico del principio de legalidad es la teoría del contrato social de la Ilustración, éste es su origen político y jurídico. No es diferente la doctrina de Welzel, que enfatiza: “sólo en la época de la Ilustración (Época de las Luces) se impuso el principio *nulla poena sine lege* en la lucha contra la arbitrariedad judicial y de la autoridad⁴. Es verdad que su formulación se debe al pensamiento ilustrado, habiendo sido recepcionado por la Revolución Francesa⁵ (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 y Constitución de 1791).

El principio de legalidad o de reserva de ley, *con el significado de que tan solamente el Poder Legislativo es el que puede decidir lo que resulta punible*, estableciendo los preceptos primario –descripción típica– y secundario –sanción penal–, tiene como fuente principal de inspiración la doctrina de la separación de los poderes de Montesquieu⁶. Desde entonces, se hizo definitivamente inadmisibles, particularmente en materia penal, en virtud de sus derechos reflejos con relación a importantes derechos humanos fundamentales, que el Poder Ejecutivo asuma la tarea de definir delitos y describir penas, puesto que cuida de legítima y exclusiva función del Legislador, que es el único representante del pueblo, autorizado para tanto.

Para fundamentar su pensamiento según el cual “estaría todo perdido si un mismo hombre ejerciese las funciones de hacer leyes, ejecutarlas y juzgar los delitos”, Montesquieu comienza por señalar⁷ que “*es una experiencia*

italiana del control de cambios “se opone al principio de legalidad (*nullum crimen nulla poena sine praevia lege penale*), en su doble exigencia de determinación precisa de precepto y sanción y de irretroactividad (...); ahora bien, el principio de legalidad en el plano de las fuentes impone la reserva de ley, que significa que, en términos sustanciales, la asunción en la norma penal de disposiciones legales de rango inferior o, incluso, de actos administrativos, es admisible tan sólo si estas disposiciones especifican o restringen el alcance de una regla de conducta individualizada legalmente”.

² V. LOPES Maurício Ribeiro, “Princípio da legalidade penal”, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1994, p. 37 e ss.

³ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, v. 1, trad. de Mir Puig y Muñoz Conde, Barcelona: Bosch, 1981, p. 177.

⁴ WELZEL, *Derecho Penal Alemán*, 2ª ed. cast., trad. de Bustos Ramírez y Yañez Pérez, Santiago: Jurídica de Chile, 1970, p. 37; así también QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal-PG*, Barcelona: Signo, 1986, p. 60; RODRIGUES RAMOS, *Compendio de Derecho Penal*, Madrid: Trivium, 1988, p. 35; COBO DEL ROSAL E VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-PG*, 4ª ed., Valencia: Tirant lo blanch, 1996, p. 61 e ss; RODRIGUEZ MOURULLO, “Principio de Legalidad”, *Nueva Enciclopedia Jurídica*, t. XIV, Barcelona: Francisco Seix, 1971, p. 882 e ss.

⁵ COBO DEL ROSAL y BOIX REIG, “Garantías constitucionales del Derecho sancionador”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I/192.

⁶ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, trad. de Pedro Vieira Mota, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1992, especialmente “Livro Décimo Primeiro”, p. 161 e ss.

⁷ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, cit., Livro Décimo Primeiro, Cap. IV (p. 163).

eterna que todo hombre que tiene poder es llevado a abusar de él. Va hasta encontrar los límites. ¡Quién diría! La propia virtud necesita límites. Para que no puedan abusar del poder, necesita que, por la disposición de las cosas, el poder frene al poder”.

Más adelante ⁸ subraya enfáticamente el riesgo de vivir bajo el régimen despótico, caso no se respete la separación de los poderes: *“Cuando el Poder Legislativo y el Ejecutivo coinciden en la misma persona o en el mismo cuerpo de Magistratura, no hay libertad. Porque se puede temer que el mismo Monarca o el mismo Senado haga leyes tiránicas para ejecutarlas tiránicamente. Tampoco habría libertad si el Poder de juzgar no estuviera separado del Legislativo y del Ejecutivo. Si estuviese junto con el Legislativo, el poder sobre la vida y la libertad de los ciudadanos sería arbitrario, pues el Juez sería Legislador. Si estuviese junto con el Ejecutivo, el Juez podría tener la fuerza de un opresor. Estaría todo perdido si un mismo hombre, o un mismo cuerpo de príncipes o de nobles, o del pueblo, ejerciese estos tres poderes: el de hacer leyes, el de ejecutar las resoluciones públicas, y el de juzgar los delitos o las demandas de los particulares (...). Los Príncipes déspotas siempre empezaron por reunir en su persona todas las Magistraturas”.*

Aún disertando sobre lo que hoy conocemos como “la garantía penal de la *lex populi*”, en el sentido de que las leyes penales deben emanar compulsoriamente del Poder Legislativo, Montesquieu advertía ⁹ sobre la posibilidad de haber arbitrio no sólo del Ejecutivo (*“Si el Poder Legislativo cede al Ejecutivo el derecho de detener ciudadanos que pueden dar caución por su conducta, no hay más libertad”*), sino también del Poder Judicial (*“Pero si los tribunales no deben ser fijos, sí deben serlo los juicios. A tal punto que estos no sean jamás sino un texto preciso de la ley. Si ellos fuesen la opinión particular de los Jueces, se viviría en la sociedad sin saber precisamente cuales los compromisos asumidos. Los Jueces de la Nación, como dijimos, son apenas la boca que pronuncia las palabras de la ley: seres inanimados que no le pueden moderar ni la fuerza, ni el rigor”*)¹⁰.

En Beccaria –a quien se considera el padre del pensamiento penal liberal, incluso porque resulta bastante probable que nadie como él haya logrado, en su época, retratar con tanta perfección las aspiraciones de la “burguesía liberal” contra los abusos y las arbitrariedades de los gobernantes y jueces, que juzgaban sin estar totalmente vinculados a la ley– el principio de legalidad encontró otro destacado y ardoroso defensor. Decía, a propósito:

⁸ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, cit., Livro Décimo Primeiro, Cap. VI (p. 165).

⁹ MONTESQUIEU, *O espírito das leis*, cit., Livro Décimo Primeiro, Cap. VI (pp.168 e 176).

¹⁰ Sobre esta censurable postura positivista-legalista del juez y su evolución para el sistema de lo *judicial law-making* v. GOMES Luiz Flávio, “A dimensão da magistratura no estado democrático de direito”, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, 1997, p. 128 e ss.

*“Para que toda pena no sea violencia de uno o de muchos contra un ciudadano en particular, debe esencialmente ser pública, rápida y necesaria, lo más pequeña posible en las circunstancias actuales, proporcional a los delitos y dictada por leyes ...”*¹¹; *“sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esa autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social”*; *“ningún magistrado puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad (...); cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo, se abre la puerta a la incertidumbre”*¹².

Más allá de la garantía penal de la *lex scripta* (ley escrita) y de la *lex populi* (ley formalmente aprobada por el Legislador), Beccaria se preocupó con otras dimensiones de legalidad penal. Cuanto a la *lex certa*, por ejemplo, señalaba¹³: *“Cuando la regla de lo justo y de lo injusto, que debe dirigir las acciones tanto del ciudadano ignorante como del ciudadano filósofo, es un asunto de hecho y no de controversia, entonces los súbditos no están sujetos a las pequeñas tiranías de muchos, tanto más crueles cuanto menor es la distancia entre el que sufre y el que hace sufrir, más fatales que las de uno solo porque el despotismo de pocos no puede corregirse sino por el despotismo de uno, y la crueldad de un déspota es proporcional a los estorbos y no a la fuerza”*.

Respecto a la garantía de la *lex clara*, Beccaria enfatizaba¹⁴: *“Si es un mal la interpretación de las leyes, evidentemente también lo es la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aún lo será más cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña para el pueblo, que la haga dependiente de unos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cual será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que transforma un libro público y solemne en algo casi privado y doméstico”* (...); *cuanto más elevado fuere el número de los que entendieren y tuvieran entre las manos el sacro código de las leyes, tanto menos frecuentes serán los delitos; porque no hay duda que la ignorancia y la incertidumbre ayudan a la elocuencia de las pasiones”*. *¿Queréis evitar los delitos?*, subrayaba el autor citado¹⁵, *“haced que las leyes sean claras y simples, y que toda la fuerza de la nación esté empeñada en defenderlas, sin que ninguna parte quiera destruirlas”*.

Si de un lado es verdad que el principio de legalidad se debe al pensamiento Iluminista, es innegable que la paternidad de la famosa fórmula

¹¹ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, 3ª ed., trad. de Juan Antonio de las Casas, Madrid: Alianza Editorial, 1982, p.112.

¹² BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 29-31.

¹³ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., pp. 32-33.

¹⁴ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 33.

¹⁵ BECCARIA, *De los delitos y de las penas*, cit., p. 105.

latina “*nullum crimen, nulla poena sine lege*”, que hasta hoy evoca dicho principio, se le atribuye a Feuerbach, quien, en su *Tratado*, resaltaba¹⁶: “*Toda imposición de pena presupone una ley penal (nulla poena sine lege). La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (nulla poena sine crimine). El hecho legalmente conminado está condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali)*”.

Otras dos dimensiones del principio de legalidad también son mérito de Feuerbach: la prohibición de la analogía en contra del reo (*lex stricta*) y la exigencia de que la descripción típica traduzca algo empíricamente verificable y pasible de comprobación en juicio ¹⁷ (*lex determinata*).

En suma, el principio de legalidad, cuya formulación latina –“*nullum crimen, nulla poena sine lege*”–, como acabamos de ver, se debe al citado autor alemán (Feuerbach, *Lehrbuch* de 1801)¹⁸, “es una conquista de la ideología liberal de los siglos XVIII y XIX y el paso de una concepción absolutista del Estado a una liberal (el Estado Liberal de Derecho), que se distingue, conforme Elias Díaz, por cuatro características: a) imperio de la ley; b) división de Poderes; c) legalidad en la actuación administrativa; d) garantía de los derechos y libertades fundamentales”¹⁹.

3. El principio de legalidad como patrimonio cultural de la Humanidad

La importancia transcendental del principio de legalidad hizo con que naturalmente las principales Cartas y Declaraciones de Derechos Humanos le diesen abrigo. Desde la *Bill of Rights*, firmada en Filadelfia en 1774, ningún documento internacional con carácter “penal” deja de hacerle referencia. Lo contemplaron también la Constitución americana de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (art. 8º), la Constitución Francesa de 1791, la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (ONU) de 1948 (art. 11, II), la Convención Europea para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950, el Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 15, I), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 9º), etc. Las innumerables menciones ponen en evidencia que el principio de legalidad es un patrimonio cultural de la humanidad, de la civilidad y de la ciudadanía. Además, revelan que cuando se trata de restringir los derechos fundamentales

¹⁶ FEUERBACH, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Eugenio R. Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires: Hammurabi, 1989, p. 63.

¹⁷ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto Penale*, cit., p. 19. ,

¹⁸ Así WELZEL, *Derecho Penal alemán*, cit., p. 37; QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal-PG*, cit., pp. 61 y 62; MIR PUIG, *Derecho Penal-PG*, Barcelona: PPU, 1985, p. 61.

¹⁹ *Apud* MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, Bosch, 1975, p. 83.

del individuo, el legislador es el único que puede hacerlo, porque solamente él representa la “voluntad general” (que está en la base del “contrato social”).

Aunque muy sumariamente, es necesario registrar que la principal consecuencia resultante de la “internacionalización” del principio de legalidad reside en la posibilidad de alcanzarse una tutela de la misma naturaleza, tutela esa que va más allá de la protección jurisdiccional interna. Por lo que se relaciona con el derecho brasileño, eso es posible por medio de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

4. Constitucionalización del principio de legalidad penal y sus exigencias formales y materiales mínimas

La consecuencia más importante derivada de la constitucionalización del principio de legalidad penal, contemplada en el ya mencionado art. 5º, inc. XXXIX, se asienta en su fuerza vinculante, inclusive y especialmente con relación a todos los poderes públicos. De este modo, incluso el mismo Legislador está subordinado a él. Esto significa sobretodo que no le es lícito abrir mano del monopolio “tendencialmente absoluto” de definir delitos y establecer sanciones²⁰. Eventuales y, muchas veces, inevitables remisiones (en el momento de la formulación del tipo penal) a actos del Poder Ejecutivo (leyes penales en blanco) o a valoraciones complementares del Juez (requisitos típicos normativos) no pueden alejarse de los límites de lo estrictamente indispensable. Es deber del legislador, que no se puede postergar, limitar lo máximo posible la discrecionalidad del juez o de la autoridad pública y eso debe ser concretado con la observancia de la garantía de la *lex certa* (precisión máxima posible en la descripción típica).

La elección y consiguiente decisión político-criminal de criminalizar o no criminalizar, de penalizar más intensamente o despenalizar, obviamente, es de exclusividad absoluta del legislador. Jamás podrán los demás poderes usurparle esa tarea. No obstante, muchas veces es imposible describir datos técnicos o conceptos de alcance prácticamente inagotable (v.g.: el concepto de negligencia en los delitos culposos). Es justamente en esas áreas muy restrictas en las que no hay manera de eliminar la integración de los demás poderes (ejecutivo y judicial) para la completa configuración del delito.

Desde la Época de las Luces (siglo. XVIII), sin embargo, se acepta que el principio de legalidad posee *exigencias formales y materiales*.

Desde el punto de vista *formal*, la primera y más elemental exigencia consiste en que la “ley” criminalizadora o penalizadora tiene que emanar del Poder competente para elaborarla, o sea, del Legislativo, siguiéndose

²⁰ Cfr. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto Penale*, cit., p. 30 e ss.

rigurosamente el *procedimiento legislativo previsto en la Constitución* (garantía del procedimiento legislativo constitucional). Con ello, se elimina la posibilidad de utilizar el decreto ley o cualquier otra fuente sublegal para atender tal finalidad. Cabe considerar que “el principio de legalidad no es la pura y simple incorporación del sistema penal a un aparato normativo escrito, pues, de ser así, podría admitirse que un Estado que implanta el terror penal, pero que lo hace mediante leyes escritas, se somete al principio de legalidad, lo cual no es verdad”²¹. La edición de medidas provisionales (antiguo decreto ley en Brasil) que eliminen o limiten cualquiera de los derechos fundamentales comprendidos en el Título II de nuestra Constitución Federal, en consecuencia, en la medida en que constituyen materia de exclusiva deliberación de los derechos representantes del pueblo, configura innominable abuso, particularmente cuando se trata de la creación de delitos, penas o agravamientos de la situación penal o procesal del acusado, como la prohibición de prestar fianza, de recorrer en libertad, de obtener libertad provisional, etc.

Nuestros Constituyentes se preocuparon con la eficacia de las normas definidoras de los derechos y garantías fundamentales, confiriéndoles “aplicación inmediata” (CF, art. 5º, § 1º). Por otro lado, se sabe que “no será objeto de deliberación la propuesta de enmienda tendiente a abolir ... los derechos y garantías individuales” (CF, art. 60, § 4º, IV). Pero de nada servirían todas esas garantías “formales” si se admitiese que el Presidente de la República pudiese “legislar” sobre Derecho Penal. Aunque el *ius positum* ya no posibilite ese poder al Jefe de la Nación, si bien que, de modo explícito, podríamos haber seguido el ejemplo español. Considerando que la Constitución Española fue uno de los modelos en los cuales se inspiraron los constituyentes brasileños, no les habría costado imponer a las medidas provisionales, de modo explícito e indudablemente, las mismas restricciones que el constituyente español impuso al decreto ley, que no puede afectar el ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos, el régimen de las comunidades autónomas ni el Derecho Electoral (Constitución Española, art. 86, 1).

Por otro lado, desde el punto de vista *material*, la ley tiene que ser justa, es decir, razonable (*lex rationabilis*). Cuando el art. 5º de nuestra CF dice que son inviolables el derecho a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la seguridad y a la propiedad, resulta inequívoco que no se están asegurando “materialmente” tales bienes jurídicos; así, uno de los significados fundamentales de tal inviolabilidad consiste precisamente en la imposibilidad del legislador de limitar o restringir el ejercicio de uno de los derechos allí consagrados,

²¹ V. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 61.

a no ser para la preservación de otro semejante valor (proporcionalidad o razonabilidad). En este sentido va la autorizada doctrina de Vives Antón: “La declaración constitucional de inviolabilidad de los derechos fundamentales significará, *prima facie*, que tales derechos no pueden ser disminuidos ni menospreciados en su contenido por la legislación ordinaria, que el legislador ordinario no puede imponer condiciones que no se encuentren sometidas a otra traba que la representada por el reconocimiento de los mismos derechos en otras personas”²².

En suma, para respetar el principio de legalidad no basta tan sólo editar una norma. Hay que sujetarse a todas sus exigencias. Si se tratase únicamente de editar un texto normativo, se podría concluir que el Presidente de la República puede legislar en materia penal por medida provisional; por otro lado, se podría decir que hasta el Legislativo (mediante la ley) puede elaborar norma retroactiva o imprecisa, o permitir analogía contra el reo. Todo eso, sin embargo, en un Estado que asume el modelo liberal del Estado de Derecho, está vedado.

Pero no es superfluo recordar que en la Alemania nazista y en la Unión Soviética (Código de Defensa Social de 1926) todas esas arbitrariedades fueron practicadas precisamente por intermedio de la “ley”: “en ambos casos, la suspensión del principio de legalidad y sus garantías se operó mediante “leyes”, lo que pone de manifiesto que “apoyar en la ley el sistema penal” no es lo mismo que “someter el sistema penal al principio de legalidad”²³.

En razón justamente de esta erosión de legalidad penal, después de la Segunda Guerra Mundial y del desaparecimiento ostensivo del nazismo, el principio de legalidad resurgió como pieza fundamental de los sistemas jurídicos en la mayoría de los países. Es cierto que, como bien señala Quintero Olivares, “con el tiempo, eso sería solo teórico, pues el desprecio al derecho y al individuo es una constante que se extiende por todo el planeta: como ejemplo, basta recordar que se sometieron al principio de legalidad los ordenamientos jurídicos de todas las dictaduras latinoamericanas que, por su parte, practicaron el terror penal sin límites formales de ninguna clase”²⁴. Si hasta en la actualidad nos deparamos con incontables violaciones al principio de legalidad, no es sin razón que la *burguesía ilustrada* haya intentado vincular la intervención del Estado en el ámbito del Derecho Penal –y de un modo especialmente estricto– a las leyes generales²⁵.

²² VIVES ANTÓN, “Estado-de-Derecho...”, en *Comentarios a la Legislación Penal*, t. I/11.

²³ V. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 63.

²⁴ Cfr. QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 64.

²⁵ HASSEMER, *Fundamentos del Derecho Penal*, trad. de Muñoz Conde y Arroyo Zapatero, Barcelona: Bosch, 1984, p. 313.

5. Las ocho dimensiones de garantía del principio de legalidad penal

La exigencia de un texto escrito es condición necesaria (*sine qua non*) pero no suficiente para atender al principio de legalidad. Se tiene que respetar, además, la competencia y la legitimidad exclusiva del legislador que, por su parte, debe observar estrictamente el procedimiento legislativo constitucional previsto para las leyes ordinarias. Sólo así, desde el punto de vista formal, la norma penal posee validez y eficacia. De cualquier manera, hay que señalar que las garantías inherentes al mencionado principio no se resumen a eso. Segundo Hassemer, “en su actual configuración, el principio de legalidad mantiene diversas exigencias, tanto frente al legislador penal como frente al juez. Del legislador se exige que formule las descripciones del delito del modo más exacto posible (*nullum crimen sine lege certa*) y que las leyes no tengan efecto retroactivo (*nullum crimen sine lege praevia*). Del juez se exige que sus condenaciones estén fundamentadas en la ley escrita y no en el derecho consuetudinario (*nullum crimen sine lege scripta*) y que no amplíe la ley escrita en perjuicio del acusado (*nullum crimen sine lege stricta*: la llamada prohibición de la analogía)”²⁶. En esta misma línea diserta Claus Roxin²⁷, enfatizando desde ya que el principio de legalidad sirve para evitar una punición arbitraria e incalculable o basada en una ley imprecisa o retroactiva. Para él, el principio de que “*no existe delito sin ley*”, desde que Franz Von Liszt llamó el Código Penal de “la Carta Magna del delincuente”, significa lo siguiente: así como en su momento la *Magna Charta Libertatum* británica (1215) protegía al individuo de intromisiones arbitrarias del poder estatal, el Código Penal encubre al ciudadano (tanto al honrado como al no honrado) de todo castigo por una conducta que no haya sido claramente declarada como punible antes del hecho. El principio anteriormente referido se completa con la fórmula “*no existe pena sin ley*”. Significa que: no basta la circunstancia de una determinada conducta ser ya punible, sino también la clase de pena y su cuantía han de estar legalmente fijadas antes del hecho.

Coincidiendo con la doctrina de Hassemer, Roxin²⁸ señala las cuatro consecuencias del principio de legalidad, plasmadas en forma de prohibiciones, de las cuales las dos primeras se dirigen al juez y las dos últimas al legislador. Tales consecuencias o repercusiones son:

- (1) la prohibición de analogía (*nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*): es necesario distinguir entre analogía legal y analogía jurídica. En la primera, la regla jurídica que va a trasladarse procede de

²⁶ HASSEMER, *Fundamentos*, cit., pp. 313 e 314.

²⁷ ROXIN, *Derecho Penal-PG* v.1, trad. de Luzón Peña, Díaz y García Conlledo y Vicente Remesal, Madrid: Civitas, 1997, pp. 137-139.

²⁸ ROXIN, *Derecho Penal-PG*, cit., pp.139-141.

un precepto concreto; en la segunda, la regla jurídica se desprende de varios preceptos. En caso de aplicación del derecho en perjuicio del sujeto, el poder del juez penal sobrepasa los límites de la interpretación;

- (2) la prohibición del derecho consuetudinario para fundamentar o agravar la pena (*nullum crimen, nulla poena sine lege scripta*): esta prohibición resulta de la consecuencia obvia de la norma que prescribe que la punibilidad sólo puede determinarse legalmente;
- (3) la prohibición de la retroactividad (*nullum crimen, nulla poena sine lege praevia*): es constitucionalmente inadmisibles la retroactividad, sin que la punibilidad (en su clase o cantidad) no esté declarada y determinada legalmente antes del hecho;
- (4) la prohibición de leyes penales y penas indeterminadas (*nullum crimen, nulla poena sine lege certa*): es inadmisibles la punibilidad y las penas totalmente indeterminadas.

Cuanto a la fundamentación del principio de legalidad, el referido autor pondera que el fundamento en el cual todavía hoy se basa el principio de legalidad reside en un postulado central del liberalismo político: la exigencia de vinculación del Ejecutivo y del Judicial a leyes formuladas de forma abstracta. La burguesía, en su enfrentamiento contra el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (éstos con frecuencia dependientes de aquéllos) no pudiesen ejercer el poder punitivo a su libre albedrío (y en su caso arbitrariamente) sino tan sólo en la medida en que hubiese una clara precisión legal de aquella.

La segunda fundamentación radica en el principio de la democracia basada en la división de poderes. La aplicación de la pena constituye una ingerencia tan dura en la libertad del ciudadano, que la legitimación para determinar sus presupuestos sólo puede residir en la instancia que representa más directamente al pueblo, como titular del poder del estado: el Parlamento como representación electa del pueblo. Mediante la división de poderes, expresada en el principio de legalidad, se libera al juez de la función de creación del derecho y se le reduce a la función de aplicación del derecho; mientras que al Ejecutivo se le excluye totalmente de la posibilidad de cooperar en la punición y, de esa manera, se impide cualquier abuso de su poder en este campo.

Una tercera fundamentación del principio de legalidad es de naturaleza jurídico-penal y, originariamente, tiene por base la teoría de la coacción psicológica de Feuerbach: si el fin de la conminación penal consiste en la intimidación de delincuentes potenciales, la determinación psíquica que se pretende sólo puede ser alcanzada si antes del hecho se fija en la ley, de la

forma más exacta posible. Es fundamental saber cuál es la acción prohibida. Si falta una ley previa o ésta es poco clara, no se podrá producir el efecto intimidatorio, porque nadie sabrá si su conducta puede acarrear una pena o no.

Actualmente, es frecuente considerar superada la teoría de la coacción psicológica y, por consiguiente, la fundamentación del principio de legalidad que de ella se deriva. Pero con eso se desconoce el “aspecto positivo” de la prevención general. La fundamentación del principio *nullum crimen* desde la teoría de la pena resulta más actual que nunca. Efectivamente, si la conminación e imposición de las penas también contribuyen substancialmente para estabilizar la fidelidad al derecho de la población, y en muchos casos a construir la predisposición a comportarse conforme las normas, eso solamente es posible si hay una clara fijación legal de la conducta punible, pues de lo contrario, el Derecho Penal no podría conseguir el efecto de formación de las conciencias, de lo que depende el respeto a sus preceptos.

Examinadas las diversas dimensiones de garantía del principio de legalidad, así como sus fundamentaciones, falta observar que no basta la garantía del citado principio en lo que se refiere al crimen (legalidad criminal) y a la pena (legalidad penal): dicho principio también alcanza todas las medidas de seguridad, toda la actividad procesal o jurisdiccional (principio de legalidad procesal o jurisdiccional o *due process of law*), así como la ejecución de las consecuencias jurídicas del crimen (legalidad en la ejecución)²⁹.

De todo lo expuesto hasta ahora, a manera de síntesis, se puede concluir que, en verdad, son ocho las dimensiones de garantía del principio de legalidad en el ámbito del Derecho Penal. Son ellas:

- 1^a) *Lex scripta*: considerándose que el sistema jurídico brasileño no está vinculado a la *commom law*, sino a la *civil law*, vale en nuestro Derecho Penal, al menos en lo que concierne a su aspecto represivo, sólo lo que está expresamente escrito en la ley. Están proscritas, de esta forma, las fuentes sublegales. Así, las costumbres y la tradición no pueden crear delitos ni penas. Son útiles para la interpretación de la ley, pero no constituyen fuentes formales del *ius poenalis*.
- 2^a) *Lex populi*: por fuerza del principio democrático, del valor de los derechos fundamentales y del sentido liberal y garantizador del Estado de Derecho, no hay como dejar de reconocer que el monopolio normativo, respecto a la decisión sobre qué será criminalizante o penalizante, es exclusivo del Poder Legislativo, porque ley (“penal”) es lo que el pueblo manda y constituye (*lex est quod*

²⁹ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 51.

populus jubet atque constituit). Es absolutamente inadmisibles que esa tarea, al menos en lo que concierne al momento de la decisión sobre si es criminalizante o penalizante, se encargue al Ejecutivo y al Judicial. El imperio de la ley, destaca Muñoz Conde, “supone que quien detenta el poder estatal ya no puede castigar a las personas arbitrariamente y que su poder punitivo está vinculado a la ley. Por ley se debe entender “la formalmente creada por el órgano popular representativo (Parlamento o Asamblea Nacional), como expresión de la voluntad general (...) En el ámbito del Derecho Penal eso quiere decir que los delitos y las penas solamente pueden ser establecidos por los órganos populares representativos que reflejan la voluntad popular, o sea, por el Parlamento. Todas las leyes penales que no se creen conforme este procedimiento infringen el espíritu del principio de legalidad”³⁰.

La edición de “medidas provisionales” en materia penal, en la medida en que retrata “la voluntad personal y exclusiva” del mandatario supremo de la nación, se encuadra bien en el modelo absolutista del Estado. Se impone, por eso mismo, la estricta observancia de la exigencia de reserva *de ley* en el campo de los derechos fundamentales, o sea, “la garantía de reglamentación del estatuto de las libertades como materia reservada al legislador y substraída a la injerencia limitadora del gobierno”³¹. Las normas que incriminan o penalizan tienen que emanar de la comunidad entera, no de una sola persona, que podría por esa vía transformarse en un tirano.

- 3^a) *Lex certa*: en esa garantía está contemplado el “principio de precisión” o de “certeza”, o sea, el tipo penal debe ser rigurosamente delimitado por el legislador, bajo pena de desconocerse el límite entre lo permitido y lo prohibido, entre lo lícito y lo ilícito. Ley incierta, como se sabe, no puede crear obligación cierta (*lex incerta certam obligationem imponere nequit*). La descripción del precepto primario (tipo incriminador), así como del precepto secundario (sanción), debe ser de tal modo patente y evidente que evite cualquier actividad “creativa” del juez. Esa exigencia se justifica³²: (a) en razón de la separación de los poderes; (b) porque la norma penal representa también una garantía y una seguridad para la libertad; (c) porque la motivación normativa individual (que es el funda-

³⁰ V. MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 83 e 84.

³¹ PÉREZ LUÑO, Antonio E, *Los Derechos Fundamentales*, 3^a ed., Madrid: Tecnos, 1988, p. 70.

³² A respecto del principio de precisión v. MARINUCCI y DOLCINI, *Corso de diritto penale*, cit., pp. 57-95.

mento de la culpabilidad y del juicio de reprobación personal) y la prevención general exigen preceptuaciones indiscutibles; (d) porque define con claridad los límites de la intervención estatal en el desarrollo de la *persecutio criminis*, así como el ejercicio de la defensa.

En suma, la garantía de la *lex certa*, en la medida que exige precisión y determinación en el contenido de lo que está prohibido o determinado, no se coaduna con las llamadas “cláusulas generales” (encontradas con frecuencia en los preceptos penales. Ejemplo: “cometer adulterio”) que no indican ni señalan las hipótesis reconducibles al ámbito de incidencia de la norma genérica y tampoco con los requisitos normativos de carácter ético-social (mujer “honrada”, acto “obsceno”). Las formulaciones vagas e imprecisas, como se ve, violan patentemente el principio de legalidad.

- 4^a) *Lex clara*: las leyes, particularmente las penales, deben escribirse de manera simple, inteligible, de tal forma que todos los ciudadanos puedan comprenderlas³³. Beccaria, como vimos, ya lo advertía: si queremos evitar delitos, debemos hacer que las leyes penales sean claras. La ley penal no cumple su función preventiva si su destinatario no comprende su mensaje. Cuando la letra de la ley es ininteligible, no hay como esperar que haya motivación normativa en el sentido de evitarse la conducta prohibida. La falta de claridad en el texto legal perjudica (y mucho) el reconocimiento de la culpabilidad (entendida, en el actual estadio, como capacidad de motivarse de acuerdo con la norma).
- 5^a) *Lex determinata*: por fuerza del principio de determinabilidad, las normas penales deben describir, tal como ya propugnaba Feuerbach, hechos pasibles de comprobación en juicio, es decir, “una fenomenología empírica comprobable en el curso del proceso bajo el imperio de las máximas de la experiencia o de leyes científicas: solamente así el juicio de conformidad del caso concreto a la previsión abstracta no será abandonado al arbitrio del juez”³⁴.
- 6^a) *Lex rationalis*: en los días actuales, cuando la preocupación central del juez debe orientarse para la solución justa de cada caso con-

³³ TUBENCHLAK, James, *Estudos penais*, Rio de Janeiro: Forense, 1986, pp. 206-207, a propósito señaló: “Tratándose de la conceptualización de acciones y omisiones a que se conminan las más severas penalidades, ya sea suprimiendo ya sea restringiendo el bien supremo del hombre –la libertad–, los términos y expresiones legales han de ser, lo más posible, claros, precisos, indúbios, a fin de que posibiliten la perfecta comprensión popular sobre lo que la norma penal está a ordenar o prohibir”. Más adelante, con propiedad, presentó sus críticas contra los delitos de aborto, riña, violación del derecho autoral, adulterio y motín de presos.

³⁴ Cfr. MARINUCCI/DOLCINI, *Corso de diritto Penale*, cit., p. 101.

creto, es absolutamente inatendible el viejo brocardo que dice: *lex quanvis irrationabilis, dummodo sit clara* (la ley, aunque irracional, siendo clara, tiene que ser aplicada). Lo que debe imperar hoy es exactamente lo contrario: la ley irracional no debe ser aplicada³⁵, porque es inconstitucional. En este caso, se aplica la ley Mayor, para negar validez a la inválida ley ordinaria.

- 7^a) *Lex stricta*: la ley penal debe interpretarse restrictivamente. Como consecuencia, para evitar el arbitrio judicial, por fuerza del principio de la taxatividad, se prohíbe la aplicación analógica de la ley en contra del reo. Analogía *in bonam partem* se admite; *in malam partem* es inaceptable. Pero el principio de la taxatividad también alcanza al legislador, que no debe jamás criminalizar una conducta admitiendo la analogía, que no se confunde con la interpretación analógica. Ésta se tolera siempre y cuando la situación concreta se pueda efectivamente reconducir al significado literal del dispositivo, que debe contemplar una serie de hipótesis homogéneas, con vistas a posibilitar, sin afectar de ninguna manera la legalidad, la adecuación del caso a la norma (léase: a la voluntad del legislador).
- 8^a) *Lex praevia*: la ley penal primero necesita entrar en vigor y sólo vale para hechos ocurridos a partir de su vigencia. Por eso el art. 1º del CP preceptúa que “no hay crimen sin ley ‘anterior’ que lo defina, ni penalidad sin ‘previa’ conminación legal”³⁶. Al principio de la anterioridad de la ley penal corresponde el de la irretroactividad de la ley penal nueva más severa. Por otra parte, nosotros lo tenemos incluso en el texto constitucional: “la ley penal no producirá efectos retroactivos, salvo para beneficiar al reo” (art. 5º, inc. XL).

De todas estas dimensiones de garantía del principio de legalidad, de ahora en adelante, nos interesa y efectivamente nos centraremos en la segunda, o sea , en la *lex populi*, que tiene el significado, como vimos, de que la ley penal criminalizadora o penalizadora debe obligatoriamente emanar del Poder Legislativo, como expresión de la voluntad general (*rectius*: de todos los que están vinculados al “contrato social”).

³⁵ Sobre la irracionalidad de la criminalización del arma de juguete v. GOMES, Luiz Flávio, *Estudos de direito Penal e processo penal*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 133 e ss.

³⁶ En el RHC 8.171-CE, STJ, rel. Min. VICENTE LEAL (in DJU de 05.04.99, p. 153), se asentó: “El principio del “*nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*, inscrito en el art. 5º, XXXIX, de la Carta Magna, y en el art. 1º, del Código Penal, consubstancia una de las columnas centrales del Derecho Penal de los países democráticos, y no admite cualquier tolerancia con el argumento de que el hecho imputado al denunciado puede eventualmente ser clasificado en otra regla penal. Si al reo se imputa un hecho que solamente en ley posterior vino a ser previsto como delito, la denuncia no tiene vigor por herir el principio de la anterioridad, y se impone la clausura de la acción penal”.

6. La garantía de la “lex populi” en el derecho comparado

6.1. Derecho alemán

Tanto la ley Fundamental de la República Federativa Alemana (arts. 103 y 104) como su Código Penal (art. 1º) contemplan el principio de legalidad. Conforme Jescheck, “al contrario de lo que sucede en el art. 103, II, GG, la libertad de la persona sólo puede ser limitada, según el art. 104, I, 1 GG, por una ley *formal*, porque las intervenciones en la libertad deben ser realizadas con base en un precepto jurídico que haya pasado por el procedimiento legislativo normal”³⁷.

La Ley Fundamental alemana permite la ley delegada en materia penal. No obstante, cuando se trata de establecer penas privativas de libertad, la ley entendida en sentido formal, y no la ley delegada, es la única que puede hacerlo³⁸. De cualquier forma, ley formal y ley delegada son las dos únicas fuentes formales del Derecho Penal. Resulta imposible utilizar cualquier otra vía (decreto ley, decreto legislativo etc.).

6.2. Derecho italiano

El art. 25, § 2º, de la Constitución Italiana, así como el art. 1º del CP italiano, prevén el principio de legalidad. Tales textos legales, así como los brasileños, carecen de interpretación. Gran parte de la doctrina italiana admite la ley delegada y, extrañamente, hasta el decreto ley como fuentes formales del Derecho Penal. Según Bettiol, basta advertir que, cuando se habla de fuentes formales, se hace referencia no sólo a *leyes formales en sentido verdadero y propio*, o sea, a las leyes aprobadas expresamente por los órganos legislativos (...) y publicadas en la *Gazzetta Ufficiale*, sino también a las *leyes materiales*, a aquellas normas jurídicas emanadas del Poder Ejecutivo con base en una particular delegación de parte de los órganos legislativos (decretos legislativos) o emanadas – según el art. 77 de la Constitución – en casos extraordinarios de necesidad y de urgencia (decretos ley)”³⁹.

Esa interpretación, que ya estaba lejos de ser aceptada en nuestros días, viene recibiendo implacable censura. Para Fiandaca y Musco, “es evidente que el concepto de reserva de ley remite inmediatamente a la ley en sentido formal, esto es, acto normativo emanado del Parlamento (...); las características de la ley delegada y del decreto ley parecen poco compatibles con la *ratio* mismo del principio de reserva legal”⁴⁰. La más nueva doctrina penal italiana, como se

³⁷ JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 158.

³⁸ Cfr. JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., p. 158.

³⁹ BETTIOL, *Diritto Penale*, 11ª ed., Padova: Cedam, 1982, p. 116.

⁴⁰ FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale-PG*, Bolonha: Zanichelli, 1985, pp. 24 e 25.

ve, ya no admite la interpretación antigua y antidemocrática, incluso porque, “en el moderno Estado de Derecho, la reserva del poder normativo en materia penal a la competencia exclusiva del legislador ordinario se justifica no como exigencia de certeza, sino como exigencia de garantía, sea formal, sea substancial”⁴¹.

El fundamento político e iluminista del principio de reserva de ley en materia penal, tal como señalan Marinucci y Dolcini⁴², requiere que se intérprete la palabra “ley” en el art. 25, § 2º, de la Constitución, como ley formal, quedando excluidos los decretos legislativos y los decretos ley de la fuente del Derecho Penal. Esto quiere decir que tan sólo el Parlamento, como expresión global del pueblo, es el que puede elegir sobre la punición, respetada la dialéctica entre mayoría y minoría. La praxis parlamentaria y gubernamental en Italia, como se sabe, se caracteriza por el uso y abuso de los decretos ley así como de las leyes delegadas. Una parte de la doctrina apoya ese procedimiento. Pero sus argumentos no son persuasivos. En efecto, con relación al decreto ley, en el caso de que no se convierta en ley, ya no serán reversibles sus efectos sobre la libertad personal.

6.3. Derecho español

Es muy probable que en España se haya establecido el más vivo debate sobre el principio de legalidad (en materia penal). Por lo menos, existen tres corrientes doctrinarias que pueden citarse a propósito de este asunto. La *primera*, fracamente mayoritaria, entiende que, en materia penal, sólo se puede legislar mediante *ley orgánica*, por exigencia del art. 81, 1 de la Constitución (la denominada ley orgánica española equivale a la ley complementaria brasileña, pues ambas exigen mayoría absoluta para su aprobación – v. el art. 81, 2, de la Constitución Española, así como el art. 69 de la brasileña). Una *segunda* corriente, que interpreta el art. 53, 1, de la Constitución, entiende que hay una reserva de *ley ordinaria*, y que no es siempre indispensable la *ley orgánica*⁴³. La *tercera* corriente considera que la Constitución no fue categórica al admitir el principio de legalidad, por eso, sigue admitiendo como fuentes formales del Derecho Penal también el decreto ley, los decretos legislativos, las bandas militares etc.⁴⁴.

La base jurídica de la exigencia de ley orgánica está en el art. 81, 1, de la Constitución, que dice: “*Son leyes orgánicas las relativas al desarrollo*

⁴¹ FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale-PG*, cit., p. 22.

⁴² MARINUCCI/DOLCINI, *Corso de diritto Penale*, cit., p. 203.

⁴³ COBO DEL ROSAL/ VIVES ANTÓN, “Sobre reserva de ley orgánica...”, in *Comentarios a la Legislación Penal*, t. III/9.

⁴⁴ Esta tercera corriente la defiende casi exclusivamente RODRÍGUEZ DEVESA, *Derecho Penal Español-PG*, 9ª ed., revista y actualizada por Serrano Gómez, Madrid: Dykinson, 1985, pp. 180 y ss.

de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...”. La pregunta central aquí es la siguiente: ¿la norma penal se relaciona con el “desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas...”? La doctrina penal española, casi unánimemente, responde que sí. Veamos, en líneas generales, las bases y los más relevantes despliegues de la polémica.

Para Antonio García Pablos⁴⁵ el *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege* es una garantía fundamental del ciudadano, siendo cierto que la ley representa la voluntad popular. Y puesto que la ley es la única que puede crear delitos y penas, ni el Poder Ejecutivo, ni el Poder Judicial están legitimados para sorprender al ciudadano, si la representación del poder soberano del pueblo —el Poder Legislativo— no define ciertas conductas como delito de una forma legal, estableciendo las correspondientes penas.

La Constitución Española reconoce el principio de legalidad, en sus diversas manifestaciones. En su art. 25.1 declara: “*nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que, en el momento de producirse, no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*”. Por su parte el art. 93 “*garantiza (...) la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, de la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*”.

Pero en los artículos anteriormente citados, tal como subraya con acierto el autor al que nos referimos, no se comprende cuál debe ser la categoría de la ley que establece los delitos y las penas (ley orgánica o ley ordinaria). La fórmula del art. 25.1, como se ve, es parcial, insatisfactoria y no soluciona el problema, ya que es genérica y comprende el conjunto de las normas estatales, incluidas las administrativas.

De cualquier forma, el problema de la categoría de la ley debe solucionarse de acuerdo con lo dispuesto en el art. 81 de la Constitución Española, que requiere ley orgánica⁴⁶, y no sencillamente una ley formal para aquellas normas “*relativas al desarrollo de los derechos fundamentales y de las libertades públicas*”. Estas leyes reclaman mayoría absoluta para su aprobación. De cualquier modo, existe una gran polémica respecto a esta exigencia: para unos las penas y las medidas de seguridad privativas de la libertad afectan siempre y en todo caso, de forma directa, los llamados derechos fundamentales y libertades públicas, concretamente el derecho a la libertad. La ley que establece penas o medidas de esa naturaleza requiere

⁴⁵ V. GARCÍA PABLOS, *Derecho Penal: introducción*, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1995, pp. 231-240.

⁴⁶ En ese sentido JAÉN VALLEJO, Manuel, *Los principios superiores del Derecho Penal*, Madrid: Dykinson, 1999, p. 10, que señala ser esa la posición también del Tribunal Constitucional (SSTC 140 y 160/1986).

la categoría de ley orgánica. Por otro lado, las penas y medidas de seguridad que no afecten derechos fundamentales podrán establecerse por leyes ordinarias. Las materias reguladas por ley ordinaria pueden ser objeto de “delegación legislativa”, en lo que difiere de las otras que, por afectar derechos fundamentales, exigen ley orgánica. Para otro sector de la doctrina, la exigencia de ley orgánica alcanzaría no sólo los casos antes expuestos, sino toda la ley penal, cualquiera que sea el tipo de pena que ésta imponga, pues el honor del condenado siempre quedará afectado y ella es un derecho fundamental.

Miguel Polaino Navarrete⁴⁷, al resaltar la imperiosa necesidad de ley formal, destaca que, en la clasificación sistemática de las fuentes del derecho, se parte de la consideración de que la única fuente de creación mediata o inmediata, directa o indirecta, principal o secundaria, en sentido estricto, del Derecho Penal, es la ley.

Al enfocar la “función política” del principio de legalidad, Cobo del Rosal y Vives Antón⁴⁸ proclaman que el referido principio representa la materialización de los valores fundamentales del Estado de Derecho. Pero más adelante subrayan: La Constitución Española de 1978 no contiene disposición específica sobre el principio de legalidad en el Derecho Penal. Dicha omisión creó una polémica doctrinaria, pero hoy resulta patente el que sea exigida, en consecuencia de las sentencias 140 de 11 de noviembre de 1986 y 160 de 10 de diciembre de 1986, de la Corte Constitucional, que declararon la inconstitucionalidad del art. 7.1 de la Ley Ordinaria 40 de 10 de diciembre de 1979, que imponía penas privativas de libertad. En virtud de estas sentencias, según los mencionados autores, se puede afirmar que las leyes penales, siempre y cuando se refieran a la privación o restricción de algún derecho fundamental, están sujetas a reserva substancial y absoluta de Ley Orgánica, tal como se establece en el art. 81.1 de la Constitución de España.

No es distinta la doctrina de Ignacio Berdugo Gómez de la Torre y Luis Arroyo Zapatero⁴⁹ y José María Luzón Cuesta⁵⁰. Por lo que se refiere particularmente a la garantía de la *lex populi*, la doctrina de Luzón Peña⁵¹ es muy oportuna, en el sentido de que el principio de legalidad supone que únicamente la ley (previa) aprobada por el Parlamento, y no por el Poder Ejecutivo o el Judicial, puede definir qué conductas se consideran delictivas

⁴⁷ Cfr. POLAINO NAVARRETE, *Derecho Penal-PG*, v. 1, 3ª ed., Barcelona: Bosch, 1996, pp. 395-403.

⁴⁸ V. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-PG*, 4ª ed., cit., pp. 61-74.

⁴⁹ BERDUGO GÓMEZ/ARROYO ZAPATERO, *Manual de Derecho Penal-PG*, v.1, Barcelona: Praxis, 1994, pp. 45-48.

⁵⁰ LUZÓN CUESTA, *Compendio de Derecho Penal,-PG*, 4ª ed., Madrid: Dykinson, 1990, pp.45-51.

⁵¹ LUZÓN PEÑA, *Curso de Derecho Penal-PG*, v.1, Madrid: Universitat, 1996, p. 81.

y establecer sus penas. Esta garantía de carácter predominantemente formal, pero con repercusiones materiales, tiene un evidente fundamento político-constitucional proveniente de la ideología liberal de la Ilustración y de su teoría de la separación de poderes, y se concibe como una garantía de libertad, certeza y seguridad jurídica del ciudadano.

En sentido contrario se encuentra, por ejemplo, la doctrina de Carlos María Landecho Velasco y Concepción Molina Blásquez⁵²: el texto constitucional español (art.81) habla de leyes referentes al desarrollo de los derechos fundamentales pero no de todas las leyes que incidan o limiten de algún modo un derecho fundamental *ex integro*.

Si se admitiese que toda ley que de algún modo limite o incida en algún derecho fundamental tuviese que ser orgánica, raramente habría espacio en la legislación española para una ley ordinaria. No hay que olvidar, argumentan, la necesidad de, en ciertas circunstancias, editar leyes penales de excepción: v.g., terremoto o incendio de gran magnitud en una ciudad, cuando se hace necesario y urgente editar disposiciones penales que frenen los saqueos. En tales circunstancias, ¿habría que esperar que se reuniese el Parlamento y votase una ley orgánica con todas las dificultades de su tramitación? Aunque el pensamiento de los autores se aleje de la doctrina mayoritaria, no niegan que el parlamento español ha procedido como si reserva de ley orgánica fuese una consecuencia indeclinable del texto constitucional español.

Acompañando el pensamiento mayoritario, Rodríguez Ramos dice que la respuesta a la indagación sobre si es o no necesaria una ley orgánica en materia penal tiene que ser positiva “porque toda pena o medida de seguridad, salvo excepciones, significa privación o limitación de derechos o libertades, tales como la libertad individual (art. 17), libre elección de residencia y circulación (art. 19) etc.; y, en segundo lugar, porque la criminalización y discriminación de conductas también inciden necesariamente en el ámbito de todos esos derechos y libertades, marcando límites. Conviene, además, destacar que las leyes penales contienen mandatos o prohibiciones imperativos, bajo amenaza de sanción. No se trata, pues, de incidencias indicativas, estimulantes o disuasivas, sino coactivas y, por lo tanto, plenamente configuradoras del desarrollo de uno o varios derechos fundamentales y libertades públicas”⁵³.

⁵² LANDECHO VELASCO/MOLINA BLÁSQUEZ, *Derecho Penal español*, 5ª ed., Madrid: Tecnos, 1996, pp. 121-124.

⁵³ RODRÍGUEZ RAMOS, “Reserva de ley orgánica...”, in *Comentarios a la Legislación Penal*, p. 304; IDEM, *Compendio de Derecho Penal-PG*, 4ª ed., Madrid: Trivium, 1988, pp. 36 y ss.; IDEM, “Hacia una teoría de las fuentes...”, in *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Sociales*, pp. 736 e 737; v. todavía: BOIX REIG, “El Principio de legalidad...”, in *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, p. 61; PRATS CANUT, *apud* QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal-PG*, cit., pp. 67 y ss.; MIR PUIG, *Derecho Penal-PG*, cit., pp. 66 e 67.

Conforme Cobo del Rosal y Boix Reig, el principio de legalidad no se encuentra en el art. 25, 1, de la Constitución Española que habla de “legislación vigente”; con todo, “semejante conclusión no es indicativa de que la Constitución no contenga una reserva de ley en esa materia (penal) y, por consiguiente, no se establezca en ella el principio de legalidad. Tan solamente se puede afirmar que dicha reserva de ley no se puede deducir de su art. 25, 1. Eso no impide que otros artículos de la Constitución contengan garantías suficientes en este punto. Así, es amplio el criterio doctrinario de que la Constitución cuida de una reserva de ley en materia penal. Y más, se trata de una reserva de ley orgánica. Efectivamente, en materia penal, cabe concluir que mediante ley orgánica pueden ser dictadas las correspondientes normas, excluyéndose no sólo la posibilidad de emplear el procedimiento de la legislación delegada o los decretos ley, sino también, la utilización de la ley ordinaria con dicha finalidad”⁵⁴. Además, no sólo la definición de delito exige ley orgánica, sino también la pena⁵⁵ y las normas procesales que restrinjan algún derecho o libertad fundamental⁵⁶.

En resumen, para el pensamiento español doctrinario predominante, hay una reserva absoluta de ley formal (aprobada por el Legislativo) en materia penal⁵⁷, y esta ley formal, “creadora de los delitos, de las penas o medidas de seguridad, tiene que revestir, además, la forma de ley orgánica”⁵⁸, siendo imposible la reglamentación de esas materias en decreto ley⁵⁹ o por ley delegada⁶⁰.

Toda esta construcción doctrinaria, como ya se señaló, vino a repercutir en el Tribunal Constitucional Español, que, en 1986, editó dos sentencias de idéntico contenido que declaraban la inconstitucionalidad de la Ley 40/79 (Ley de Cambios) por lo que se refiere a la creación de delitos y penas, pues se trataba de ley ordinaria; y la Constitución exige ley orgánica en materia penal, porque implica el desarrollo, es decir, la limitación de un derecho fundamental⁶¹. A partir de las referidas sentencias (140 y 160/86, del Tribunal Constitucional) “es posible afirmar que las leyes penales, tanto las que impliquen privación como restricción de algún derecho fundamental, se encuentran sujetas a reserva *substantial y absoluta de ley orgánica* establecida en el art. 81, 1, de la CF de 1978”⁶².

⁵⁴ COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, “Garantías constitucionales del derecho sancionador”, en *Comentarios a la legislación penal*, t. I, p. 197.

⁵⁵ COBO DEL ROSAL/BOIX REIG, “Garantías constitucionales”, cit., p. 211.

⁵⁶ BOIX REIG, “El principio de legalidad en la constitución”, en *Repercusiones de la Constitución en el Derecho Penal*, pp. 67 e 68.

⁵⁷ Así COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 52.

⁵⁸ Así MUÑOZ CONDE, *Adiciones de derecho español al tratado de Derecho Penal de Jescheck.*, p. 159.

⁵⁹ Así MIR PUIG, *Derecho Penal-PG*, cit., pp. 67 e 68.

⁶⁰ Así el art. 82, 1, de la Constitución española.

⁶¹ Cfr. *Jurisprudencia Constitucional*, XVI/279 y ss. (S. 140/86) y 489 y ss. (S. 160/86).

⁶² V. COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 55.

6.4. Derecho brasileño

Nuestra Constitución Federal, como ya se enfatizó, consagró el principio de legalidad en materia penal en el art. 5º, XXXIX (“*No hay crimen sin ley anterior que lo defina, ni pena sin previa conminación legal*”). El Código Penal le hace referencia en el art. 1º [“*No hay crimen sin ley anterior que lo defina, y tampoco hay pena sin previa conminación legal*”]. El problema de esos textos legales, como ya se señaló, consiste en la interpretación de la palabra *ley*; es decir, qué naturaleza tendría esa “ley”: el texto constitucional se refiere ¿a una *ley formal* aprobada por el Poder Legislativo de acuerdo con el procedimiento propio de las leyes ordinarias?⁶³ o, por otro lado, ¿sería también posible la utilización de medidas provisionales con fuerza de ley? Existe otra pregunta que resulta fundamental: ¿podría haber ley delegada en materia penal?

Para José Afonso da Silva “el dispositivo contiene una reserva absoluta de ley formal que excluye la posibilidad del legislador poder transferir a otro la función de definir el crimen y de establecer penas”⁶⁴. En materia de derechos fundamentales, el legislador es el único que tiene competencia para disciplinarla⁶⁵.

Hay que estar atento a la diferencia existente entre *legalidad* y *reserva de ley*, conforme la oportuna advertencia de José Afonso da Silva: “la primera significa el sometimiento y el respeto a la ley, mejor dicho, la actuación dentro del ámbito acordado por el legislador. La segunda consiste en estatuir que la reglamentación de determinadas materias ha de hacerse necesariamente por ley formal”⁶⁶. Esta interpretación refleja que el “espíritu del principio de legalidad”, se ajusta a los planteamientos del pensamiento ilustrado, de donde se derivó, y se *afina*, sobretudo, con la naturaleza democrática de nuestra Constitución.

La República Federativa del Brasil se constituye, a propósito y conforme el art. 1º de la Constitución, en un “Estado Democrático de Derecho”. Tiene como fundamentos la dignidad de la persona humana y el pluralismo político (art. 1º, III y V). Respetar la dignidad de la persona humana significa respetar los derechos fundamentales consagrados en la Carta Magna. Ya vimos que la declaración de inviolabilidad de tales derechos significa que sólo el legislador, en los casos previstos, está autorizado a limitarlos. Como consecuencia, ningún acto del Presidente de la República, aunque tenga fuerza de ley, puede sustituir

⁶³ Sobre la exigencia de ley formal en Derecho Penal v. PRADO, Luiz Régis, *Curso de Direito Penal brasileiro-PG*, São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 90; BITENCOURT, Cezar Roberto, *Manual de Direito Penal*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 40.

⁶⁴ SILVA, José Afonso da, *Curso de Direito Constitucional Positivo*, 5ª ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989, p. 370.

⁶⁵ STARK, *apud* SILVA, José Afonso, *Curso de Direito constitucional positivo*, cit., p. 364.

⁶⁶ Cfr. SILVA, José Afonso, *Curso de Direito constitucional positivo*, cit., p. 363.

al legislador en esta tarea, sobretodo cuando se trata de medidas relacionadas con el Derecho Penal, que es una forma de control social; sin duda, la más contundente en virtud de los instrumentos coercitivos que le son propios.

Hay que tener en cuenta, además, que toda Constitución que deriva de una Asamblea Constituyente, como la nuestra, constituye el resultado de los choques entre los diversos sectores que componen las modernas sociedades pluralistas (izquierda, centro, derecha etc.) y es precisamente de esos choques entre las diversas corrientes democráticas que emergen y se solidifican las bases del nuevo “contrato social”, que tiene como eje central los derechos fundamentales de la persona humana. Debido a la importancia capital de esos derechos, cualquier restricción, alteración o ruptura de ellos por acto exclusivo del Presidente sería flagrantemente inconstitucional e ilegítima, porque sólo los representantes del pueblo, respetándose tal pluralidad política, así como el juego entre mayoría y minoría, podrán hacerlo.

Cuando regía la anterior Constitución, Francisco de Assis Toledo señalaba: “Solamente la ley en sentido estricto puede establecer delitos y penas criminales... ni siquiera el decreto ley podrá hacerlo”⁶⁷. En este sentido, además, hay resolución del antiguo TFR⁶⁸. En el Supremo Tribunal Federal la cuestión todavía no fue examinada directamente, pero, de paso, señaló el Min. Moreira Alves que no tendría dudas y juzgaría inconstitucional un decreto ley creador de crimen⁶⁹. En la vigencia de la Constitución actual tenemos dos decisiones del TRF, 4ª Região, Ap. Crim. 451747 y 475534, Ponente Vladimir Passos de Freitas, que dicen: “El Poder Ejecutivo está prohibido de regular, por medida provisional, materia de Derecho Penal”.

6.4.1. Medidas provisionales

La medida provisional surgió en la Constitución Brasileña como sucedáneo del decreto ley. Puede decirse que es el antiguo decreto ley con un traje distinto. Competente para emitirla es el Presidente de la República, en caso de relevancia y urgencia (Constitución Federal, art. 62).

La moderna doctrina europea ha intentado demostrar la total improcedencia del “decreto ley” para la creación de delitos y penas. Conforme el jurista español Vives Antón, “cualquiera que sea el contenido del concepto de “urgencia”, es expresión de una necesidad del Estado (la necesidad de obrar con rapidez) que difícilmente ha de concurrir en materia penal... Y, desde luego, resulta inimaginable que se pueda recurrir a un decreto ley para modificar un texto codificado, pues es inconcebible que ocurran las indudables razones de urgencia que sirvan para justificar el uso de poderes legislativos

⁶⁷ TOLEDO (Francisco de Assis), *Princípios de Direito Penal*, 2ª ed., São Paulo: Saraiva, 1986., p. 23.

⁶⁸ TOLEDO (Francisco de Assis), *Princípios de Direito Penal*, cit., pp.23-24.

⁶⁹ TOLEDO (Francisco de Assis), *Princípios de Direito Penal*, cit., pp. 23-24.

por parte del Ejecutivo”⁷⁰. Otro español, Muñoz Conde, señalaba: “A la vista de estos preceptos, hay que entender que la materia penal, al versar sobre derechos fundamentales, no puede ser objeto de delegación legislativa. Con más razón, tampoco podrán ser objeto de decreto ley, que, según dispone el art. 86, 1, de la CF, no podrá afectar (...) los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos”⁷¹. En el mismo sentido se pronuncian Rodríguez Ramos,⁷² Mir Puig⁷³ y Gimbernat Ordeig⁷⁴.

Cuanto a la doctrina italiana, vale recordar, además de Marinucci/Dolcini⁷⁵, la respetada opinión de Fiandaca/Musco: “Las garantías inherentes al principio de reserva de ley se eliminan o se atenúan en el caso de expedición de normas penales mediante decreto ley: no sólo el derecho de control de las minorías se desconsidera, sino que las mismas razones de necesidad y urgencia que justifican el recurso al decreto ley contrarían aquellas exigencias de ponderación que no pueden ser eliminadas en sed de criminalización de las conductas humanas”⁷⁶.

Para la creación de delitos y penas o medidas de seguridad o para la restricción de cualquiera de los derechos fundamentales nunca estará presente –de modo estrictamente considerado– el requisito *urgencia* señalado en el art. 62 de la CF. Eso no significa que a veces no haya urgencia en la criminalización de una determinada conducta humana; lo que surge como fundamental es que toda norma con carácter penal tiene que seguir rigurosamente el procedimiento legislativo previsto en la Constitución para las leyes ordinarias (CF, arts. 61 e ss.), significa que el proyecto tiene que ser presentado, discutido, votado, aprobado, promulgado, sancionado y publicado, proporcionando la posibilidad de amplia discusión, incluso por parte de las minorías. Para la restricción de derechos fundamentales, establecidos democráticamente por el legislador constituyente, solamente esta vía es posible. Como se sabe, históricamente, estos derechos fueron reconocidos y pasaron a integrar las Cartas Magnas de todos los países civilizados justamente para evitar el abuso del Estado absoluto, del todo poderoso jefe de la Nación .

Por otro lado, se sabe que la medida provisional, como el mismo nombre lo dice, tiene el carácter de la provisoriedad, además porque si no se convierte en ley en el plazo de 30 días pierde la eficacia. Es inconcebible o aun inimaginable que una norma jurídico-penal (que regula y limita, siem-

⁷⁰ VIVES ANTÓN, *Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal*, cit., p.68.

⁷¹ MUÑOZ CONDE, *Adiciones de Derecho Español*, cit., p.159.

⁷² RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal*, p. 41.

⁷³ MIR PUIG, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 68.

⁷⁴ GIMBERNAT ORDEIG, *Introducción a la Parte General del Derecho Español*, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, 1979, p.23.

⁷⁵ MARINUCCI/DOLCINI, *Corso de diritto Penale*, cit., p. 203.

⁷⁶ FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale-PG*, Bologna: Zanichelli, 1985, p. 25.

pre, un derecho constitucional fundamental, que invade la libertad humana) tenga carácter provisional. La norma penal, por la transcendencia de su contenido, por la repercusión de sus mandamientos o prohibiciones, por la extensión de sus efectos, por las consecuencias nefastas que produce a la libertad humana jamás puede ser provisional. Nada de provisional puede haber en una norma penal. El Derecho Penal, por otro lado, siendo el más importante instrumento de control social, no puede quedar a merced de la cabeza de un sólo hombre, aunque sea el Presidente de la República. Es absolutamente intolerable el uso del Derecho Penal para dar una determinada configuración a la sociedad o para hacer más eficaces algunas medidas gubernamentales. Como resalta Zipf, el Derecho Penal “protege el orden social reconocido como correcto y no es la palanca de la reforma social, sino el escudo del orden social”⁷⁷.

En razón del mismo modelo de Estado que adoptó nuestro país (Democrático de Derecho) se impone compulsoriamente la conclusión de que la materia penal requiere obligatoriamente ley formal, aprobada de acuerdo con el procedimiento legislativo de las leyes ordinarias. Nunca es demasiado recordar, para terminar de una vez con la posibilidad de abuso, que falta, en el art. 62, una limitación explícita semejante a la del art. 86, 1, de la Constitución Española.

La sugerencia es pertinente porque permitir que el Presidente de la República, por acto exclusivo suyo, cree delitos y/o penas significaría transigir con la seguridad jurídica, admitir grave riesgo de inestabilidad y propiciar que, un día, algún Presidente, por razones políticas, económicas o cualquier otras, dictase medida provisional definiendo como crimen, por ejemplo, el acto de un juez que concede una orden de abstención, el acto de un grupo de diputados que se reúne para votar en contra de determinado interés gubernamental, etc.

No es disonante de esa firme posición que declara la inconciliabilidad de la medida provisional con el Derecho Penal incriminador o penalizador la doctrina mayoritaria nacional, entre los que coinciden, podemos citar a Francisco de Assis Toledo⁷⁸, Alberto Silva Franco⁷⁹, Walter Claudius Rothenburg⁸⁰ y Manoel Pedro Pimentel⁸¹.

⁷⁷ ZIPF, *Introducción a la política criminal*, Madrid: Edersa, 1979, p. 74.

⁷⁸ Cfr. TOLEDO, *Principios básicos*, 5ª ed., cit., pp. 21-25.

⁷⁹ FRANCO, A medida provisória e o princípio da legalidade, in *Revista dos Tribunais* v. 648, outubro/1989, pp. 366-368.

⁸⁰ ROTHENBURG, Medidas provisionales e suas necessárias limitações, in *Revista dos Tribunais* v. 690, abril/1993, pp. 313-319.

⁸¹ PIMENTEL, Medida provisória e crime, in *Repertório IOB de Jurisprudência*, n. 14, 2ª quinzena de julho de 1989, p. 246.

6.4.2. *Ley delegada*

En el derecho Penal alemán es posible la ley delegada en materia penal, siempre y cuando no esté en juego la libertad de la persona⁸². En el Derecho italiano también se admite⁸³. Ya en el Derecho español eso es imposible, en virtud de la prohibición expresa del art. 82, 1, de la Constitución⁸⁴. Y en el Derecho brasileño, ¿qué pasa? A mi juicio, también la vía de la ley delegada está vedada para la materia penal. El art. 68 de nuestra CF, en su § 1º, aleja la posibilidad de ley delegada en los casos de (...) legislación sobre nacionalidad, ciudadanía, derechos individuales, políticos y electorales (inc. II). En materia de derechos individuales, como se nota, no cabe ley delegada. Si se considera que toda norma penal siempre repercute en un derecho individual (libertad, patrimonio, etc.), es posible concluir que ni ley delegada ni medida provisional se muestran dentro de nuestro ordenamiento constitucional aptas para legislar en materia penal.

7. La garantía de la “lex populi” y el Estado de Derecho

Nos cabe a todos vivenciar y dar realidad al modelo de Estado adoptado por el Constituyente de 1988 (Democrático de Derecho). Será del entrecuque de los varios sectores pluralistas de la sociedad, de las ideologías y de las convicciones de cada grupo que saldrá el contorno substancial del sistema idealizado. Al STF, como guardián de la Constitución (art. 102 de la CF), está reservada la gran responsabilidad de delimitar el *substractum* del modelo antes expuesto. Y es fundamental comprender que “solamente en un Estado de Derecho se puede concebir el Derecho penal en su dimensión garantizadora de derechos y libertades. Por otra parte, el Derecho penal no es más que un instrumento del poder político que lo transforma en *terror* penal. Sin duda que, desde este punto de vista, el principio de legalidad, en la medida en que es el eje mismo sobre el cual gira el Derecho Penal concebido como protector de libertad, puede convertirse en el punto fundamental de un Derecho Penal respetuoso con las exigencias del Estado de Derecho, con un sistema político democrático y garante, a su vez, de las distintas libertades”⁸⁵.

De ese verdadero Derecho Penal sólo se puede hablar dentro del marco de un Estado de Derecho, donde el principio de reserva legal en materia penal sea rigurosamente respetado. La idea central, tantas veces aquí mencionada, es la de que únicamente el legislador, como ya propugnaba Beccaria, tiene autoridad

⁸² JESCHECK, *Tratado de Derecho Penal*, cit., pp.157 e 158.

⁸³ BETTIOL, *Diritto Penale*, cit., p. 116.

⁸⁴ MUÑOZ CONDE, *Adiciones de Derecho Español*, cit., p. 159; RODRÍGUEZ RAMOS, *Compendio de Derecho Penal*, cit., pp. 41 e 42

⁸⁵ BOIX REIG, *El principio de legalidad*, cit., pp. 53 e 54.

para imponer limitaciones a los derechos fundamentales. Se dirige hacia ahí la doctrina siempre precisa de Jescheck, que argumenta: “Según el principio de reserva de ley previsto en el art.20, III GG, todos los actos estatales gravosos para los ciudadanos deben apoyarse en una ley formal. Esto vale sobretudo para el Derecho Penal. En Derecho Penal las garantías formales del Estado de Derecho están más eficazmente aseguradas, porque nada puede amenazar más seriamente la libertad individual que un acto arbitrario de la autoridad que use las sanciones penales como instrumento del poder. La intervención penal tiene un efecto más profundo que cualquier otra “intervención en la libertad o en la propiedad”, porque, por medio de la desaprobación ético-social que lleva implícita, ostenta, además, un carácter especialmente gravoso. Por eso mismo, la ley penal, tanto en su creación como en su interpretación, no sólo debe satisfacer los principios jurídicos formales, sino que también debe corresponder, en su contenido, a las exigencias de justicia previstas en el principio material del Estado de Derecho”⁸⁶.

8. La garantía de la “lex populi” y el Estado Democrático

El Derecho Penal solo puede ejercitar su doble función de limitar la libertad y crear libertad (Jescheck) o constituirse en la Magna Carta del delincuente (von Liszt) si se sabe, previa y exactamente, qué está prohibido y qué está permitido. El ámbito de lo prohibido penalmente viene delineado en la ley, y sólo un Estado de Derecho, como lo hemos visto hasta ahora, puede garantizar el principio de reserva legal. Por otra parte, como decía Radbruch, “la Democracia es la única forma apropiada de gobernar para asegurar el Estado de Derecho”⁸⁷.

De lo expuesto se concluye: el Derecho Penal depende justamente del principio de legalidad, que por su parte depende del Estado de Derecho; este, a su turno, para que se desarrolle en sus varias dimensiones depende de la Democracia. Con eso se evidencia que el Derecho Penal tiene bases democráticas, o, dicho de otra manera, la fundamentación democrático-representativa del principio de legalidad, conforme Jescheck, reside justamente en que “las normas penales sólo pueden ser promulgadas por medio del órgano que representa la voluntad del pueblo y por un procedimiento legalmente establecido”⁸⁸. No divergen las lecciones de Mir Puig⁸⁹, Cobo del Rosal y Vives Antón⁹⁰ y Quintero Olivares⁹¹.

⁸⁶ JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 171.

⁸⁷ RADBRUCH, *apud* Vives Antón, *Introducción: Estado de Derecho y Derecho Penal*, cit., t. I/p. 4.

⁸⁸ JESCHECK, *Tratado*, cit., p. 180.

⁸⁹ MIR PUIG, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 62.

⁹⁰ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 101.

⁹¹ QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 65.

Es fundamental en la elaboración de cualquier norma penal que participen todos los partidos políticos, sobre todo los minoritarios, y, cuanto más mayoritaria en su aprobación, más democrática será. Cuanto más la ley penal sea de aceptación general, más fácil será el que cumpla su misión de motivar a las personas a respetarla. Se aconseja, eso sí, como lo sugiere Rodríguez Ramos, “que la actividad legislativa penal –criminalizadora o descriminalizadora– se acerque más a una política de Estado que a la de partido, requiriendo la formación de una amplia mayoría, solamente viable si se cuenta con los votos de otros partidos además del que está en el poder e, inclusive, principalmente de la oposición”⁹².

La fundamentación democrática del principio de legalidad, planteada desde Montesquieu y Beccaria, significa la prohibición del Ejecutivo y del Judicial de crear delitos y penas mediante sus actos, quiere decir, “sólo el Poder Legislativo, representando la soberanía popular, puede establecer estas normas, y sin que quede cualquier resquicio en el sentido de traspasar esta función al Poder Ejecutivo o, en su caso, al Judicial”⁹³.

Es de relevancia impar, de esta forma, la garantía del procedimiento legislativo previsto en la Constitución para las leyes ordinarias (arts. 61 y ss.). La ley penal, so pena de incurrir en patente inconstitucionalidad, obligatoriamente sólo puede tener vigencia cuando respetado dicho procedimiento. Otra no es la conclusión de los estudiosos italianos Fiandaca/Musco: “En el actual momento político constitucional, solamente el procedimiento legislativo, a pesar de sus inevitables imperfecciones e incertidumbres, surge como instrumento más adecuado para salvaguardar el bien de la libertad personal: lo que permite, entre otras cosas, tutelar los derechos de las minorías y de las fuerzas políticas de oposición, las cuales de esa manera tienen condiciones de ejercitar un control con relación a las decisiones sobre criminalización adoptadas por las mayorías. Al mismo tiempo, otorgar el monopolio de las fuentes al Poder Legislativo evita formas de arbitrio del poder, ya sea del Ejecutivo o del Judicial: con efecto, es razonable pensar que el organismo representativo de la voluntad popular recurrirá a la coerción penal solamente para tutelar intereses relevantes de la colectividad y para esa protección vale el sacrificio de la libertad personal conexo a la imposición de la pena”⁹⁴.

Eso nos permite concluir que la medida provisional, aun cuando convertida en ley por el Congreso Nacional, si cuida de materia penal, está contaminada, irremediablemente de inconstitucionalidad, por haber violado la garantía del procedimiento legislativo y también la fundamentación

⁹² RODRÍGUEZ RAMOS, *Reserva de ley orgánica...*, pp. 304 e 305; BOIX REIG, *El principio de legalidad*, cit., pp. 65 e 66.

⁹³ BOIX REIG, *El principio de legalidad*, cit., pp. 54 e 55.

⁹⁴ FIANDACA/MUSCO, *Diritto Penale-PG*, cit., p. 22.

democrática del principio de legalidad. La gravedad de los medios que el Estado emplea en la represión del delito, acentúa Muñoz Conde, así como “la drástica intervención en los derechos más elementales y, por eso mismo, fundamentales de las personas, el carácter de *ultima ratio* que esta intervención tiene, imponen, necesariamente, la búsqueda de un principio que controle el poder punitivo estatal y que confine su aplicación dentro de límites que excluyan toda arbitrariedad y exceso por parte de los que ostentan o ejercen ese poder punitivo. Este principio, tradicionalmente designado con el nombre de “principio de legalidad”, establece que la intervención punitiva estatal, tanto al configurar el delito como al determinar, aplicar o ejecutar sus consecuencias, debe estar regida por el “imperio de la ley”, entendida ésta como expresión de la “voluntad general”⁹⁵.

En suma, decisiones restrictivas de derechos y vinculantes para toda sociedad, siempre que la propia Constitución lo permita, es tarea exclusiva del legislador⁹⁶, además porque se sabe que el principio de legalidad nació para responder de dos preocupaciones centrales del individuo: por una parte, su seguridad y, por otra, su participación, por medio de representantes elegidos en la elaboración de la ley penal⁹⁷.

9. Consideraciones y conclusiones finales

Considerándose que el principio de legalidad está consagrado constitucionalmente, como bien resalta García de Enterría, “hay que comenzar por combinar la aplicación de la ley penal con el espíritu y la letra de la Constitución”⁹⁸. Por otro lado, como pone de manifiesto Rodríguez Ramos, “habrá que desterrar del ámbito de las fuentes formales del Derecho Penal tanto el decreto ley (léase, con relación al derecho brasileño, medida provisional) como las leyes de bases y demás modalidades de legislación delegada (los decretos legislativos...)”⁹⁹. Además, eso permitirá, como aduce el renombrado penalista, “una política criminal más consensual, que evite la utilización del Derecho Penal como instrumento de criminalización de la discrepancia política, social, económica o ideológica, o, si no se evita radicalmente tal peligro, al menos es disminuido en grande medida”¹⁰⁰.

Por eso, es de suma importancia, como ya se trató de proclamar, la posición firme del Poder Judicial ante cualquier violación del principio de

⁹⁵ MUÑOZ CONDE, *Introducción al Derecho Penal*, cit., pp. 79 e 80.

⁹⁶ COBO DEL ROSAL/VIVES ANTÓN, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 104.

⁹⁷ TOLEDO Y UBIETO, *Sobre el Concepto del Derecho Penal*, Madrid: Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 1981, pp. 316 e 317.

⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, *apud* QUINTERO OLIVARES, *Derecho Penal-PG*, cit., p. 65.

⁹⁹ RODRÍGUEZ RAMOS, *Reserva de ley orgánica*, cit., p. 305.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ RAMOS, *Reserva de ley orgánica*, cit., p. 305.

legalidad penal, y les corresponde a todos los jueces rechazar la aplicación de cualquier medida provisional que verse sobre Derecho Penal, por ser absolutamente inconstitucional. Al ilustre Supremo Tribunal Federal le está reservada la tarea de declarar esa inconstitucionalidad de modo definitivo¹⁰¹. Sólo así se contribuirá para la construcción del Estado Democrático de Derecho, fundado en la “dignidad de la persona humana”(CF, art. 1º).

Conclusiones finales: la ley penal *formalmente aprobada*, que sigue rigurosamente el procedimiento legislativo y que debe emanar impreteriblemente del Poder Legislativo, es la única fuente formal del Derecho Penal cuando se trata de crear delitos o de definir penas¹⁰² o incluso medidas de seguridad, así como del proceso penal y de la ejecución penal. Debemos hablar en monopolio de la ley, pero no de cualquier ley, sino de la ley *formal* del Legislativo. Están terminantemente excluidas de ese ámbito las medidas provisionales, leyes delegadas, decretos legislativos, reglamentos, resoluciones, órdenes, etc.

Por otra parte, hay que subrayar que “este monopolio de la ley (formal) como fuente del Derecho Penal cesa cuando se trata de atenuar o de eximir la responsabilidad penal. En este caso, pueden también ser fuentes del Derecho Penal las medidas provisionales, las costumbres e, inclusive, la analogía en favor del reo”¹⁰³. Una fuerte razón para admitirse la medida provisional en favor del reo es la siguiente: en Derecho Penal se admite inclusive causas de exclusión de la antijuridicidad o culpabilidad supralegales; son ejemplos de ello: el consentimiento del ofendido que en algunas situaciones excluye la antijuridicidad y la inexigibilidad de conducta diversa que excluye la culpabilidad. Si se admite en favor del reo causas que están incluso fuera de la ley, hay que admitir también otras fuentes sublegales en su beneficio.

¹⁰¹ En ese sentido, sobre el derecho español, v. VIVES ANTÓN, “Introducción”, cit., t. I/pp. 34 e 35.

¹⁰² En lo que se refiere a la definición inclusive del crimen de responsabilidad, v. ADIn 834-0, rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE (in DJU de 09.04.99, p. 2), (...) “lo cierto es que están todos de acuerdo en que se trata de cuestión sometida a reserva de ley formal, y no puede ser convertida en decreto-legislativo de la Asamblea Legislativa”.

¹⁰³ Cfr. MUÑOZ CONDE, *Adiciones de Derecho Español*, cit., p. 191. En sentido contrario, entendiéndose que ni siquiera en beneficio del reo puede haber medida provisoria, v. de los fallos del TRF, 4ª Región, Ponente Vladimir Passos de Freitas, Ap. Crim. N. 451747 y 475534.