

PRECISIONES SOBRE EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Edgardo Alberto DONNA*

SUMARIO: I. *Concepto de legalidad penal*. II. *Fundamentos del principio de legalidad*.

I. CONCEPTO DE LEGALIDAD PENAL¹

El principio *nullum poena sine lege*, *nulla poene sine crimene* y *nullum crimen sine poena legali*.²

El principio de legalidad en materia penal significa que la utilización precisa y cierta de la norma penal, al caso dado, descarta cualquier tipo de interpretación basada en la costumbre, en el derecho de los jueces y en la analogía con otras leyes.³ Esto implica que la única fuente del derecho penal es la ley dictada por el Congreso de la Nación. Carece de legalidad las normas dictadas por el Poder Ejecutivo y las que los jueces realicen avanzando sobre los tipos penales, creando analogía mediante conductas ilícitas que no se encuentren tipificadas anteriormente al hecho. A nuestro juicio este principio que no tiene excepción, surge de la

* Universidad de Buenos Aires.

¹ En general se sigue lo afirmado en nuestra obra *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2007, t. I, pp. 339 y ss.

² De esta forma lo señaló de manera expresa, y por primera vez Anselmo von Feuerbach, según Jiménez de Asúa de manera científica y unida a la teoría de la coacción psíquica.

³ Köhler, Michael, *Strafrecht, Allgemeiner Teil*, Springer-Verlag, Berlín, Heidelberg, Nueva York, 1997, p. 90.

Constitución Nacional, artículos 18 y 19, y los tratados internacionales sobre derechos humanos.⁴

Vale la pena citar a Naucke cuando afirma que:

la ley penal es la constitución de la libertad cotidiana... La ley muestra en pocas líneas el desprecio por la libertad que supone el homicidio, las lesiones, las detenciones ilegales —incluidas las violaciones y las coacciones—, y asigna enérgicamente penas limitadas y proporcionadas a dicho desprecio. La ley penal expresa, sin arrogancia ni brutalidad alguna, la fuerza moral de la pena. Y expresa el entendimiento de que dicha fuerza tiende a sobrepasarse; y por eso la propia ley penal también desea restringir el desprecio hacia la libertad del autor, para lo cual cuenta en muy relevante medida con las leyes procesales. La ley penal es un producto trabajosamente elaborado. Lo trabajoso reside precisamente en cómo se mantiene intacta dicha realidad a pesar del carácter dinámico de la política: para preservar a través de la ley frente a las corrientes políticas, para considerar por medio de la ley la libertad del ciudadano como un absoluto, para lograr el acuerdo. La ley penal se mantiene intacta en medio de las diversas formas de Estado. La ley penal es inviolable; esto es, escapa al alcance de la voluntad política de personas determinadas (concretamente de quienes influyen en la legislación y aplicación de las penas). Esta concepción de la ley penal como intocable determinación política de la libertad no es ninguna quimera jurídica propia de los románticos. El mundo de los penalistas vive de este entendimiento sobre la ley, tanto en la ciencia como en la praxis. De otro modo, ¿cómo podría si no sancionarse a alguien? La expresión “infracción de la ley” requiere una ley que refleje la voluntad política. Lesión de la ley, una hermosa expresión jurídica, resulta impensable sin no es bajo la condición de que existe un cuerpo de intereses humanos, ajenos a toda manipulación, susceptible de ser vulnerado. Sólo pueden estar (los jueces) sujetos a la ley, (artículo 97.I de la Ley Fundamental; § 1 GVG), si ésta expresa igualmente la justicia tanto al

⁴ La opinión es unánime: Cerezo Mir, *Curso de derecho penal*; Mir Puig, *Derecho penal, parte general*; Córdoba Roda, *Comentarios al Código Penal*, t. II, pp. 58 y ss.; Freund *Strafrecht Allgemeiner Teil*, § 2, p. 12; Bacigalupo, *Derecho penal, parte general*; Bacigalupo, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, pp. 9-14; Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 1999, pp. 37 y ss.; Hassemmer, Winfried, *Persona mundo y responsabilidad: bases para una teoría de imputación penal*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, pp. 79 y ss.; Urquiza Olaechea, José, *El principio de legalidad*, Lima, Gráfica Horizonte, 2000; Muñoz Conde, *Derecho penal, parte general, cit.*, Prunotto Laborde, Adolfo, “Principio de legalidad. Alcances y precisiones”, *Revista de Derecho Penal*, Buenos Aires, 2001-1, p. 359, entre otros.

sancionar como al absolver, por lo que puede necesitar de una autoridad. El principio de legalidad procesal (§152.I StPo) da forma a dicha legalidad y logra darle sentido en el plano procesal. El principio de legalidad penal está presente cuando el ciudadano, como víctima o como autor, en el trance de una lesión grave de la libertad, tiene esperanzas en la ley. El principio de legalidad penal entraña la idea de una justicia que acusa y juzga al dictador que en épocas de dictadura menosprecia a los hombres. La fuerza emocional e intelectual, necesaria para pensar en tal concepto de la ley, y para sostener cualquier posición jurídica particular, ha sido ciertamente minusvalorada; quizás se han temido los esfuerzos que tal concepto de la ley exigía.⁵

II. FUNDAMENTOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

1. *La relación del poder del Estado y los derechos fundamentales*

La idea de derechos humanos o fundamentales, empleando ahora ambos términos como sinónimos, reside en que existe una especie de juego dialéctico entre las dos expresiones: soberanía del Estado y derechos humanos. Frente al avance de uno retrocede el otro y es difícil que ambos términos queden en paz. Existe una pretensión del Estado moderno, en el sentido de avanzar sobre los derechos de las personas, a tal punto, que cierta doctrina ha sostenido la posición de que el infractor es un enemigo y de esa forma se lo debe tratar.⁶

De modo que se debe insistir en la función del derecho como forma de limitar la soberanía del Estado. Y en nuestra materia el principio de legalidad es esencial. Más allá que sus contornos se han visto dificultados debido a algunas instituciones del derecho penal internacional.

⁵ Wolfgang Naucke, “La insostenible situación de derecho penal”, en Romeo Casabona, Carlos María (dir.), *Estudios de derecho penal*, Comares, pp. 534 y 535.

⁶ Véase en este sentido las obras de Jakobs, en especial “Die Schuld der Fremden”, *Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 118 Band, 2006, Heft 4, pp. 831 y ss. Sobre el tema Gössel, “Réplica al derecho penal del enemigo”, *Revista de Derecho Penal*, 2006-2, p. 11.

2. *Antecedentes de la ley previa*

El principio, tal como está redactado en las constituciones modernas, es obra del liberalismo, especialmente la teoría del llamado contrato social, tal como la Ilustración lo ha expresado y de las constituciones revolucionarias modernas que —al igual que la idea de los derechos humanos o derechos fundamentales— tenían como fin limitar la soberanía, el poder del Estado frente al individuo y la sociedad. De esa forma, la burguesía consiguió un triunfo frente a la monarquía, por un lado, y al poder de la Iglesia, por el otro, al limitar el poder del rey y de la Iglesia, cuando ambos quedaron sujetos a la ley. Especialmente se concretaba la idea en el principio de la división de poderes ya que la ley debía ser dictada por el parlamento y aplicada por los jueces.⁷

El principio y sus consecuencias aparecen en distintos cuerpos legales, como el de prohibición de la retroactividad en las constituciones norteamericanas de 1776 (Maryland y Virginia), el Código Penal austriaco de 1787 y el artículo 8o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

El primer antecedente de prohibición de la analogía se encuentra en la parte I, § 13, de la Constitución Josephina (1787); más cercana en el tiempo, en la Convención de los Derechos Humanos de 1950 y, con posterioridad, en la Convención Americana de Derechos de Humanos.

La doctrina afirma que fue von Feuerbach quien acuñó la fórmula latina, que además la incorporó al Código Penal bávaro de 1871. Maurach y Zipf afirman que éste es el origen legislado, ya que el principio, prohibiendo la analogía, apareció a fines del siglo XVIII o principios del siglo XIX. La fórmula del principio de legalidad, ha sostenido Roxin, aparece en Feuerbach en razón de su teoría psicológica que fundamentaba la prevención general.⁸ La coacción psicológica tendrá efecto si el potencial autor del hecho podía saber que su conducta era castigada con pena y ello tenía como consecuencia que no tuviera interés en la comisión del delito. De este modo el principio de ley previa surge junto con el de culpabilidad, ya que la pena sólo se puede imponer en la medida de la culpabilidad de la persona.

⁷ Donna, Edgardo Alberto, *Teoría del delito y de la pena*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 2006, t. I, en especial capítulos I y II.

⁸ Roxin, *Derecho penal, parte general*, t. I.

Según Jiménez de Asúa, el principio de legalidad, a pesar de su formulación en latín, no tiene sus antecedentes en Roma, sino “que surge con universalidad, como consecuencia del liberalismo del siglo XVIII, y tiene sus primeras manifestaciones en la Edad Media, en que el hombre aspiró a la seguridad”.⁹ Fue entonces la filosofía del siglo XVIII la que le dio forma definitiva a este tipo de derechos individuales, y, además, le dio la universalidad que antes no tenían.¹⁰ El principio, tal como está redactado en las Constituciones modernas, es pues, obra del pensamiento de la Ilustración, que contenía la idea del contrato social, la limitación del Estado y por ende el reconocimiento del individuo como persona, como ente libre e igual, que es lo que posibilita, más tarde, las Constituciones llamadas modernas, creadoras del Estado de derecho. Como afirman Jescheck-Weigend:

sus raíces se cimientan sobre la idea de una razón común a todas las personas que ha encontrado su expresión decisiva en la Ley y que excluye la arbitrariedad estatal como una perturbación irracional, sobre el postulado del reconocimiento para toda persona de derechos y libertades naturales de carácter inviolable, sobre la limitación de la misión del Estado a la protección jurídica y sobre la exigencia de seguridad y certeza del derecho a favor de una burguesía cada vez más influyente.¹¹

Se puede, en este contexto, referirse al liberalismo político, cuyo fin era el de limitar el poder del Estado frente al individuo. El monarca, en este caso, quedaba limitado en su poder y sujeto al poder de la ley, cuestión no menor, si se analiza el momento histórico concreto. El principio de la división de poderes exigía que la ley penal fuese dictada por

⁹ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, t. III, pp. 383 y 384. El autor citado critica la opinión de que el principio surge del artículo 39 de la Carta Magna inglesa, que fue exigida por los nobles a Juan sin Tierra, en 1215. “Allí se decía que nullus liber homo podría ser penado nisi per legale iudicium parium suorum vel per legem tērrae”.

Sin embargo esta norma tiene un sentido aristocrático, ya que los pares no son la gente de pueblo, sino los preladados, condes, barones, y demás señores feudales. Sin embargo Coke fue quien atribuyó el sentido amplio que hoy día se le ha dado. (Véase otra opinión en Donna, *Teoría del delito y de la pena*, t. 1, §). La cuestión a nuestro juicio, y como se ha visto en el capítulo I, reside en que recién en la Ilustración se reconoce la idea que un hombre es igual a otro hombre, y esa idea, contenida en Kant, por ejemplo es la que favorece al hombre común.

¹⁰ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, t. III, p. 387.

¹¹ Hans, Thomas Weigend, *Tratado de derecho penal, parte general*, 5a. ed., trad. de Miguel Olmedo Cardenote, Granada, Comares, 2002, §15, II, 2.

el parlamento y aplicada por los jueces. No es menor el paso dado, ya que el ahora llamado Poder Ejecutivo quedaba limitado frente al ciudadano y esto llevaba a que éste pudiera exigir ante el juez, como órgano independiente, sus derechos.

El Código Penal francés, siguiendo esta orientación, lo expresó en el artículo 4o. del Código de 1810. Las derivaciones del principio de legalidad, como la prohibición de la retroactividad, existen en las Constituciones norteamericanas de 1776 (Maryland y Virginia), el Código Penal austriaco de 1787 y el artículo 8o. de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El primer antecedente de prohibición de la analogía se encuentra en la parte I, § 13, de la Constitución Josephina (1787); más cercana en el tiempo, en la Convención de los Derechos Humanos de 1950 y, con posterioridad, en la Convención Americana de Derechos de Humanos. Von Feuerbach, quien como se dijo, acuñó la fórmula latina, la incorporó al Código Penal de Bavaria de 1871.¹²

Debe tenerse en cuenta que junto al principio de legalidad se encuentra el principio de culpabilidad de la persona, en cuanto la pena sólo se puede aplicar en la medida de la conciencia de la persona de haber incumplido la ley, lo que lleva a que deba conocer la prohibición penal previa.

Los gobiernos autoritarios derogaron el principio, de manera explícita o implícita, una vez llegados al poder. El proyecto de Código Penal de Frank para el III Reich, y el Código Penal soviético de 1922-1926, buscaron la derogación de la ley previa dejando abierto el camino a la creación judicial del derecho, sobre la base de la idea que el derecho surgiría del sano sentimiento popular, especialmente en el primer caso y que esta garantía es un reflejo del mundo burgués, ajeno al espíritu del Tercer Reich. Esto es el principio de legalidad, así como las restantes garantías que sólo aparecen como defensoras del individuo, olvidando los intereses de la sociedad en su conjunto.¹³

¹² Maurach y Zipf afirman que éste es el origen legislado, ya que el principio prohibiendo la analogía recién apareció a fines del siglo XVIII o principios del siglo XIX.

¹³ Donna, "El pensamiento de Hans Welzel, entre la oposición al positivismo y al nacionalsocialismo", en Hans, Joachim Hirschm, Cerezo Mir, José y Donna, Edgardo Alberto (dirs.), *Homenaje a Hans Welzel, a 100 años de su nacimiento*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 67 y ss. y "En problemas capitales del moderno derecho penal", en Moreno

En igual sentido Muñoz Conde afirma refiriéndose a la China de Mao que “Tras los duros y caóticos años de la llamada «Revolución Cultural» (Wenhua-Dageming: 1966-1976), y de la inestabilidad de los años posteriores hasta 1976, la República Popular China acometió a partir de 1977 un proceso de reformas para su estabilización política y jurídica bajo la dirección e inspiración de su nuevo líder, Deng Xiaoping (1904-1997), quien personalmente había sufrido las arbitrariedades habidas en el régimen anterior, que él atribuía precisamente a la falta de un régimen jurídico definido. La aprobación de la Constitución en 1978 fue el primer paso de una serie de importantes reformas de orden político y jurídico, y entre ellas en 1979 la entrada en vigor de un código penal, aprobado el 1o. de julio de ese año en la Segunda Sesión del V. Congreso Nacional del Pueblo. Anteriormente a este código no existió prácticamente ninguno. Desde la instauración de la República Popular China en 1949, hasta la muerte de Mao, en 1976, sólo hubo leyes *ad hoc*, para castigar «crímenes contrarrevolucionarios», inspiradas en la legislación soviética de corte estalinista. Antes había habido un código penal de 1935, en la época nacionalista de Chang Kaiché, y aunque hubo otro en 1911, éste apenas tuvo vigencia con la caída de la Dinastía Qing en el mismo año, lo que supuso que todavía a principios del siglo XX rigiera un derecho penal precedente de la Edad Media, con frecuente aplicación de la pena de muerte y de las penas corporales (azotes con caña, leve o pesada, de bambú).¹⁴

3. *Los fundamentos del principio de legalidad*

Se puede entender, ahora, cuales son los fundamentos del principio de legalidad:¹⁵ El liberalismo político, la idea de división de poderes y —Roxin agrega— la teoría de prevención general de Feuerbach.

Hernández, Moisés (coord.), *Libro de homenaje a Hans Welzle con motivo del 100 aniversario de su natalicio (1904-2004)*, México, CEPOLCRIM, 2005, pp. 45 y ss.

¹⁴ Muñoz Conde, “La parte general del Código Penal de la República Popular China”, *Revista de Derecho Penal*, 2006-1.

¹⁵ En realidad los dos primeros son de todas las garantías penales y hasta se puede afirmar, procesales.

A. *El liberalismo político*

Para Roxin el principio de legalidad está unido al liberalismo político, y su postulado central:

la exigencia de vinculación del ejecutivo y del poder judicial a leyes formuladas de modo abstracto. La burguesía, en su enfrentamiento con el absolutismo, había conseguido la importante conquista de que los gobernantes y los jueces (a menudo dependientes de aquellos) no pudieran ejercer la potestad punitiva a su libre arbitrio..., sino sólo en la medida en que haya una clara precisión legal de aquélla.¹⁶

En este punto hay que hacer algunas aclaraciones. El liberalismo que comienza en el siglo XVIII, tiene su coronación en el siglo XIX, debido a una recíproca influencia entre el liberalismo inglés y el liberalismo continental. Como bien afirma Guido de Ruggiero, en ese sentido,

reproduce el uno las mismas fases que el otro ha atravesado en el siglo precedente, y así como en el primero toma como modelos la mentalidad racionalista y democrática del segundo, éste, a su vez, se inspira en las formas tradicionales y en los privilegios del otro. El resultado final será una compenetración recíproca de la vendrá a salir un liberalismo verdaderamente europeo.¹⁷

Se trata del rescate de la libertad del sujeto, devenido ahora conciencia, por obra de Descartes, Kant y Hegel. En este reconocimiento del hombre como conciencia reside el valor del liberalismo, que será sin duda alguna lo que quede en la historia como permanente. Es que la idea es muy sencilla de explicar: cuando se le reconoce la ser humano, que es conciencia, al mismo tiempo se le reconoce que es libre y por lo tanto, se reconoce al otro como tal y por ende libre e igual. Por eso se ha podido afirmar que

hay en este núcleo subjetivo de la libertad una fuerza de difusión y de organización, que atraviesa y anima gradualmente a toda vida social y política, para volver finalmente a su centro, enriqueciendo su libertad inicial

¹⁶ Roxin, *op. cit.*, § 5, IV.

¹⁷ Guido de Ruggiero, *Historia del liberalismo europeo*, Madrid, Ediciones Pegaso, 1944, p. XVI.

con la liberación de todo un mundo. Tal es el verdadero desarrollo del liberalismo, espíritu a su vez de todos los demás desarrollos.¹⁸

No hay duda alguna que en la base del liberalismo se encuentra la reforma, y en especial el calvinismo, debido a que

“La igualdad entre todos los miembros de la comunidad constituye un incentivo para la discusión y la crítica; favorece la espontánea energía de las capacidades mejor dotadas. Como ninguna investidura consagra desde lo alto a los ministros del culto, sino sólo la elección de los de abajo, ábrase camino una nueva manera de considerar la autoridad y el gobierno, de estimarlo más como una función que como un derecho trascendental. Se trata de toda una mentalidad democrática en embrión.¹⁹ Fácil es entender que detrás de la idea del contrato se encuentra la idea calvinista del mundo.²⁰

Es en este contexto que aparece la libertad de conciencia como el rechazo de la autoridad eclesiástica, pero en el fondo, no es otra cosa que devolver al hombre la capacidad de pensar y de decidir. Si ello es así, este hombre liberal puede oponer la razón al Estado y a toda autoridad que pretenda avanzar sobre su conciencia y por ende sobre su persona. De allí el rechazo de las monarquías, así como de la Iglesia. La ley ética termina surgiendo como un imperativo de la conciencia y no como un mandato externo. Por eso, “no es libre más que aquello que es propio, que es fruto de la propia actividad o de la propia elección, en contraste con aquella que se recibe con la autoridad del dogma o con la pasividad que supone la tradición”.²¹ No hay duda que este sentido de la libertad, oponiéndose siempre al poder del Estado o de la Iglesia termina en la concepción de la inviolabilidad de la persona y de su autonomía que “ofrecerán materia a la concepción kantiana y postkantiana de la libertad, la más alta contribución de la filosofía a la historia del liberalismo...”.²²

La importancia de la reforma religiosa es vital para la idea del nacimiento de la conciencia del sujeto.²³ A partir de las tesis de Wittenberg

¹⁸ De Ruggiero, *op. cit.*, p. XVII

¹⁹ *Ibidem*, p. XX.

²⁰ *Idem*; Villacañas Berlanfa, *op. cit.*, pp. 249 y ss.

²¹ De Ruggiero, *ibidem*, p. XXIX.

²² *Idem*.

²³ No hay que olvidarse que, como bien afirma... la confesión...

de Lutero el hombre rompe la relación con las instituciones y empieza el proceso gradual de refugio en la propia conciencia y con ello el embrión de la subjetividad, que ejercerá su influencia secularizadora hasta nuestros tiempos, encontrando en la tradición del discurso alemán y con ello con el proyecto de la llamada Aufklärung.²⁴

El proyecto liberal, en derecho penal —afirmaba Rivacoba y Rivacoba— tiene las siguientes características: *a)* la absoluta igualdad de todos los individuos ante la ley punitiva; *b)* la rigurosa legalidad de los delitos y de las penas, o sea su fijación minuciosa en la ley, como forma de hacer factible su conocimiento y garantizar por este medio la seguridad jurídica y la libertad individual; *c)* la consiguiente reducción del arbitrio judicial que, en momentos extremos, se pensó ingenuamente podía ser eliminado y, en todo caso, someterlo a reglas muy estrictas; *d)* el escrupuloso respeto por el fuero interno de los individuos, el derecho a la disidencia y la expresión de las ideas; *e)* la consideración básica del delito, como un ataque objetivo a bienes jurídicos de interés general; *f)* la proscripción de la responsabilidad sin culpabilidad, entendiendo ésta no por la conformación de la personalidad o del carácter, sino referida al aislado acto delictuoso de que se trate; *g)* la humanización de las penas, rechazando aquellas que, estimadas de acuerdo con la sensibilidad y las valoraciones de la época, se revelen crueles en exceso o repugnen a la dignidad humana; *h)* su proporcionalidad con la gravedad objetiva del respectivo delito; *i)* el fin retributivo de la penalidad desechando cualquier utilización del condenado, reconociendo que numerosas doctrinas y legislaciones liberales han asignado a la punición una función preventiva, si bien dentro de límites muy precisos, que impiden que se desconozca la dignidad del sentenciado y se desvirtúe la retribución penal.

B. La división de poderes

El tema de la división de poderes tiene directa relación con la libertad, tanto política como civil y como se sabe fue Montesquieu quien le dio la forma definitiva, por decirlo de alguna manera. La libertad política es la tranquilidad del espíritu que es posible en cuanto cada persona tiene

²⁴ Rossello, Diego, “Hans-Georg Gadamer in memoriam, Derivas de la hermenéutica filosófica”, *Revista Argentina de Ciencia Política*, núms. 7 y 8, 2004, p. 200.

la confianza de su seguridad, que juega como condición para la libertad civil. Ahora bien, la convicción de la propia seguridad no puede sino surgir de una Constitución que señale límites precisos e infranqueables a la acción del Estado.²⁵

El sistema fue extraído del funcionamiento que existía en Inglaterra y llamó la atención de Montesquieu, en el sentido de cómo un sistema que podía producir la inacción del aparato estatal, tiene un movimiento que obliga a los poderes ejecutivo, legislativo y judicial a marchar juntos constituyendo un sistema que se suele llamar de contrapesos.

Pero la libertad política no debe considerarse tan sólo en relación con la constitución, sino también con el ciudadano. Puede, en efecto ocurrir que la constitución sea libre y que el ciudadano no lo sea. Para que éste sea libre se necesitan buenas leyes generales y un poder autónomo que las aplique. Donde la administración judicial dependa del poder ejecutivo o se confunda con él falta la garantía de aplicación imparcial de la ley.²⁶

El principio de legalidad y las demás garantías de fondo, sin duda, tienen directa relación con la división de poderes, esto es, con la limitación del poder del Estado y con aplicación racional de esa ley. El derecho penal y su consecuencia jurídica principal, la pena, tiene en el principio de división de poderes su justificación política más importante, ya que la limitación de los bienes de tanta trascendencia para el sujeto sólo se justifica por una ley dictada por el parlamento, como representante del pueblo. Dictada la ley, el sistema exige que el juez quede ligado a ella. El problema está en el alcance de la interpretación de la ley y de evitar que por esa vía se cree derecho analógicamente y, en consecuencia, se utilice en contra del imputado. Es que, como bien ha dicho Bacigalupo,

inclusive principios aparentemente tan claros como el de legalidad requieren decisiones interpretativas sin las cuales no es posible fijar su contenido: como es sabido, las conclusiones que de él se deducen varían considerablemente según que se lo considere como la Carta Magna del delincuente o como la Carta Magna del ciudadano.²⁷

²⁵ Montesquieu, *El espíritu de las leyes*, pp. XVIII, 3, 5 12; XX, 4, 12; XXXIX, 1, V, 14.

²⁶ De Ruggiero, *op. cit.*, p. LXXII.

²⁷ Bacigalupo, Enrique, *Delito y punibilidad*, Madrid, Civitas, 1983, p. 15.

En este punto, por lo menos en el derecho basado en la formulación de leyes creadoras de tipos penales, —cuya fuente se encuentra en el derecho continental europeo—, se debe afirmar que sólo la dogmática, como ciencia sistemática, asegura la racionalización de la interpretación en tanto esté basada en los principios rectores de la Constitución y los tratados sobre los derechos humanos. Cómo ya lo hemos dicho en varias ocasiones, quien hace el derecho penal, sin una dogmática de fondo se presta a la decisión arbitraria. En palabras más claras, el juez que falla sin una dogmática penal, decide según el caso, lo que le lleva a que pueda modificar su decisión frente a situaciones iguales, y es más, en la decisión misma se encuentra la fuente de la arbitrariedad: decide según su buen entender y de acuerdo a su convicción, de modo que deja a las partes sin posibilidad de discutir los argumentos dados. De este modo no hay racionalidad posible. La cuestión frente a un determinado tema, vaya por ejemplo el caso de dolo eventual, sería del siguiente modo: frente al caso, el tribunal afirma que, de acuerdo a la teoría que se que se tiene sobre el dolo eventual, posición asumida en los fallos dictados con anterioridad, que se pueden consultar y en la resolución se citan, el caso puesto a su juzgamiento encuadra en ese concepto de dolo eventual, por lo cual así se lo califica. Con ello, las partes han podido analizar lo antes dicho, y preparar, en su caso, no sólo la defensa en esa instancia, sino en las apelaciones posibles. Por eso sigue vigente la afirmación de Hans Welzel: “Como ciencia sistemática (la ciencia del derecho penal brinda el fundamento de una administración de justicia igualitaria y justa, dado que sólo la comprensión de las conexiones internas del derecho elevan la aplicación del mismo por encima de la casualidad y la arbitrariedad”.²⁸

C. *La prevención general*

El principio aparece, —si bien ligado a una teoría de la pena— como uno de los tantos límites que se imponen al Estado para garantía de todos los individuos, y no como se ha dicho, y mal, como garantía de los delin-

²⁸ Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht*, 11a. ed., 1969, p. 1; Hans, Joachim Hirsch, “Existe una ciencia del derecho penal nacionalmente independiente”, Hans, Joachim Hirsch, *Derecho penal, Obras completas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2000, t. II, pp. 41 y ss.

cuentes.²⁹ La expresión de Liszt es “así de paradójico suena que el código penal es la magna carta del delincuente”.³⁰ Naucke afirma que en Feuerbach se encuentra en forma cabal la unidad de contenido y forma que el principio de legalidad requiere.

En el enunciado *nullum crimen, nulla poena sine lege* se hace referencia con crimen al injusto realmente grave (y sólo a éste) contra la persona y el Estado, y con pena a la condena soberana (que no es brutal) del injusto grave. La teoría de la coacción psicológica no sirve para los pequeños robos o estafas, sino para el homicidio, la violación y la alta traición. La fuerza con la que se amenaza, que da lugar a la prevención intimidatoria de Feuerbach, sólo será posible si se da un engarce entre injusto grave y el convencimiento de sancionarlo adecuadamente.³¹

En este sentido, agrega Naucke que:

El principio de legalidad, en el pensamiento de Feuerbach, es el recipiente que recoge dicho engarce y continuamente le da forma. En Feuerbach, principio de legalidad penal y dignidad de la ley son conceptos jurídicos complementarios. El principio de legalidad es para Feuerbach expresión y determinación de una organización jurídico-penal que no sanciona porque casualmente hay una ley penal, sino que sanciona necesariamente porque existe una ley que reproduce la justicia. El concepto de lesión del derecho merecedora de pena se presupone; y puede reconocerse sin instrucción sobre las leyes: la ley sólo puntualiza la infracción jurídica merecedora de pena.³²

Para Roxin la fórmula de von Feuerbach se debió a la teoría psicológica que sustentaba el autor, ya que la coacción psicológica tendrá efecto si el potencial autor del hecho podía saber que su conducta era castigada con pena y por ello no tenía interés en la comisión del ilícito.³³ La idea esencial se puede resumir en lo siguiente:

²⁹ Franz von Liszt, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, vol. II, p. 80. La crítica en Naucke, *op. cit.*, pp. 538 y ss.

³⁰ Liszt, *idem*.

³¹ Naucke, *op. cit.*, p. 535.

³² *Ibidem*, pp. 535 y 536.

³³ Roxin, *op. cit.*, §, 5,IV, 3, nm 22.

El principio del Estado de derecho exige una adecuada relación entre delito y pena. Con la pena se reprocha al autor una trasgresión al derecho; ello presupone la reprochabilidad, es decir, la culpabilidad. Una pena sin culpabilidad sería una represalia incompatible con el Estado de derecho para un hecho por el cual el no autor no tiene que responder.³⁴

Sin embargo, el problema de la pena y de la prevención, tanto especial, como general, es más compleja, y no creemos que el principio de legalidad esté unido de manera determinante al problema de la prevención, sino que está más ligado en ese aspecto al de culpabilidad. Si la pena se toma como retribución es más que obvio que el autor del hecho delictivo debe saber que su conducta está prevista como delito para que le sea imputada su acción reprochada su conducta.³⁵

4. *El principio de legalidad como garantía del individuo contra el Estado*

En un Estado de derecho se debe defender al individuo con el derecho penal, pero, además del derecho penal. En palabras de Roxin, el individuo debe quedar protegido de la intervención arbitraria del Estado Leviatán.³⁶

La ley previa proviene, tal como se ha insistido, de la Ilustración.³⁸³⁷ Por eso, si se quiere explicar el tema de una manera precisa, se debe ir a los autores que se han basado en la Ilustración. “Toda pena, afirma Beccaria, que no derive de la absoluta necesidad, es tiránica; y la proposición puede hacerse más general enunciándola así: todo acto de autoridad de hombre a hombre que no derive de la absoluta necesidad, es tiránico”.³⁸

³⁴ *Idem.*

³⁵ Donna, *op. cit.*, nota 7, p. 9; “Prólogo” al libro de Naucke, Hassemmer y Lüderseen *Principales problemas de la prevención general*, Buenos Aires, 2004, pp. 9 y ss. Véase en ese texto las argumentaciones de Naucke. Si se quiere ser crítico con este tema de la prevención no basta más que ir al § 99 de la *Filosofía del derecho* de Hegel.

³⁶ Roxin, *op. cit.*, nota 8; *Fundamentos. La estructura de la teoría del delito*, trad. de Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal, Madrid, Civitas, 1997, §5, I

³⁷ Cassirer, Ernest, *La filosofía de la Ilustración*, México, Fondo de Cultura, 2002, pp. 261 y ss.; más general véase Kant, Immanuel, *En defensa de la Ilustración*, traducción de Javier Alcoriza y Antonio Lastra, Barcelona, Alba Editorial, S.L., 1999.

³⁸ Beccaria, Cesare, *De los delitos y de las penas*, Buenos Aires, Ediciones Acayú, 1955, §II. En realidad la expresión, como bien se dice es de Montesquieu.

La idea esencial es que no hay delito, ni pena, sin ley previa, que en el caso argentino, teniendo en cuenta nuestra Constitución (artículos 18 y 76, inciso 13) hay que insistir que esa ley debe provenir del Congreso de la Nación. Esta expresión se condice con la idea contractual del derecho penal, motivo por el cual, agrega Beccaria:

Fue la necesidad lo que obligó a los hombres a ceder su propia libertad; y es también cierto que cada uno sólo quiere depositar en pública custodia la mínima porción posible, la suficiente para inducir a los demás a defenderle. El agregado de estas mínimas porciones posibles constituye el derecho de penar. Todo lo restante es abuso y no justicia, es mero hecho y no ya derecho.³⁹

Y agrega: “La primera consecuencia de dichos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas correspondientes a los delitos, y esta autoridad no puede residir sino en el legislador que representa a toda la sociedad unida por un contrato social”.⁴⁰

Cómo expresa Cassirer, al hablar del contrato social, “porque ahora se han convertido en individuos en un sentido supremo, en verdaderos sujetos de voluntad, mientras que antes no eran más que un haz de impulsos y de pasiones sensibles. La vinculación a voluntad general constituye la personalidad autónoma”.⁴¹

Y agrega:

este entusiasmo por la fuerza y la dignidad de la ley es lo que caracteriza la ética y la política de Rousseau y a él lo convierte en un autentico predecesor de Kant y de Fichte... En este terreno no vacila, pues ya en los primeros esbozos del contrato social califica a la ley como la más sublime institución humana, como verdadero don del cielo, en cuya virtud el hombre ha aprendido a imitar en su existencia terrenal los mandatos inviolables de la divinidad.⁴²

El principio de legalidad se refiere al deber ser y de ninguna manera al ser, y por ende es un principio fijo que la ley fundamental exige, con base en la valoración previa que ha hecho del hombre como sujeto y centro

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Ibidem*, III.

⁴¹ Cassirer, *op. cit.*, nota 37, p. 290.

⁴² *Ibidem*, pp. 290 y 291.

del orden jurídico. Esto implica que nunca se debe ceder a las exigencias de lo que es, ya que siempre se tenderá a avasallar las garantías básicas. Por eso se puede afirmar que el deber ser, en este punto es como una especie de horizonte al que nunca se llega, es más, nunca coincidirán el ser y el deber ser. Esto tiene estrecha relación con la idea de que la fuente inmediata de producción y de conocimiento del derecho penal es la ley, que es una manifestación de la voluntad colectiva expresada mediante los órganos constitucionales y publicada conforme a los preceptos vigentes. En estas leyes, se definen delitos, se establecen penas y medidas de seguridad.⁴³

El principio de legalidad queda vinculado esencialmente a la Constitución nacional, especialmente en los artículos 18, 19, 76, inciso 13 y a los tratados sobre derechos humanos incorporados a la Constitución mediante el artículo 75 inciso 22.45.⁴⁴

El Estado de derecho, visto desde esta perspectiva, aparece sometido a la Constitución. En consecuencia no deben existir leyes penales dictadas por los demás órganos del Estado —Poder Ejecutivo y Judicial—. El hecho de que existan en un ordenamiento jurídico las llamadas leyes dictadas por el Poder Ejecutivo es un caso de pura violencia del Estado, ya que no representa la expresión de la voluntad general.⁴⁵ En consecuencia, no es fundamento legítimo de la pena y no deben ser aplicados por los jueces los tipos penales que no hayan surgido del Congreso de la Nación, debido a que no son leyes. Esta interpretación surge de la obligación de los jueces de fallar de acuerdo al ordenamiento jurídico y en última instancia de ser ellos garantes de la Constitución.

El principio de legalidad, por estas razones, no está ligado directamente al derecho penal sino a la idea política del contrato social y a la de sujetar el Estado a la ley. La idea subyacente es la del derecho penal liberal y la limitación al Estado absoluto y, como consecuencia necesaria, la vinculación de todas las funciones del Estado, en especial la judi-

⁴³ Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Losada, 1964, t. I, p. 3.

⁴⁴ Quiroga Lavié, Humberto *et al.*, *Derecho constitucional argentino*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2001, t. I, p. 393; Sagüés, Néstor Pedro, *Elementos de derecho constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1997, t. I, pp. 611 y ss.

⁴⁵ Ya se verá, más adelante que la ley penal, además de ser obra del Congreso de la Nación, debe tener contenido material, a los efectos de la creación de delitos y de penas.

cial a la ley, como corolario de otro principio, que es el de la división de poderes.⁴⁶

A la pregunta de quién es el beneficiario del principio de legalidad, y por ende de las garantías que de él surgen, suele darse la respuesta que había dado en 1883 Franz von Liszt: “Según mi opinión aunque ello pueda parecer paradójico, el Código Penal es la magna carta del delincuente. No protege al orden jurídico, sino al individuo que se rebela en contra de éste. A él le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones establecidas en la ley y dentro de los límites legales”.⁴⁷

Sin embargo, esta afirmación de von Liszt no es acertada y ha contribuido a generar más inconvenientes que otra cosa, es más, hoy en día en donde se habla de distintos derechos penales, algunos con menores garantías,⁴⁸ la idea así expresada ha servido para que se rechace, en general, el principio de legalidad, haciendo notar que el hombre normal queda desamparado frente al hombre delincuente. La explicación es que el Estado avanza siempre sobre el individuo, ya está en la propia dialéctica del Estado, en el sentido de ampliar su soberanía a costa de los gobernados, de modo que la defensa es al hombre común, desvalido frente al poderoso Estado. Por eso son más que acertadas las palabras de Bacigalupo, cuando expresa: “En un Estado de derecho que garantiza la presunción de inocencia, el juez nunca tiene delante de sí a un delincuente, pues nadie puede ser considerado como tal mientras no se haya dictado una sentencia condenatoria en su contra”.⁴⁹

También Naucke ha entendido el problema de esta manera, al afirmar que esta idea sobre la Carta Magna, —que tiene su origen en la llamada Magna Carta Liberatum de 1215 de Juan sin Tierra— puede interpretarse en el sentido dado por von Liszt y, por ende, que el § 103, 2 de la Constitución Alemana, —similar al artículo 18 de la Constitución Nacional—, vendría a ser un mal necesario. Sin embargo, afirma Naucke, se puede dar una visión distinta del problema y ver el tema no, como un problema

⁴⁶ Fiandanca, Giovanni y Musco, Enzo, *Diritto penale, Parte generale*, 3a. ed., Bologna, Zanichelli Editore, 1995, p. 47 (capítulo 2, La funzione di garanzia della legge penale).

⁴⁷ Liszt, Franz von, *Strafrechtliche Vorträge und Aufsätze*, 1905, t. II, p. 80, citado por Enrique Bacigalupo, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 45.

⁴⁸ Véanse Silva Sánchez, *La expansión del derecho penal*, Madrid, Civitas y Gracia Martín, *op. cit.*, nota 13.

⁴⁹ Bacigalupo, *op. cit.*, nota 47, p. 46.

del delincuente, sino como la carta magna del ciudadano, en contra del Estado poderoso, con lo cual deja de ser un mal necesario, para ser todo lo contrario.⁵⁰ Naucke, refiriéndose a esta expresión de Liszt afirma que:

resulta difícil de desentrañar lo que estas frases pretenden expresar. Son confusas. Confunden código penal con derecho penal. La imagen de «barrera infranqueable» es vaga. Y la inversión del pensamiento de la Carta Magna, desde la protección de la libertad del ciudadano a una «carta magna del delincuente», resulta escandalosa para el jurista.⁵¹

En realidad es este uno de los problemas básicos de los derechos y garantías e inclusive del propio principio de legalidad. Si se puede comprender la idea esencial, los malentendidos desaparecen y el principio de legalidad y con ello los restantes derechos cobran su verdadera dimensión. Lo esencial es que el Estado moderno siempre tiende a tener mayor soberanía, como una especie de magma que avanza sobre y en contra del individuo. Frente a este problema real, que en la modernidad se ha hecho más violento, debido al llamado estado de excepción, que ha sido lo “normal”,⁵² no se trata de proteger al delincuente, —que por lo demás sólo aparece con la sentencia firme—, sino del hombre desnudo frente al poderoso Estado. La confusión es creer que los fines del Estado moderno coinciden con lo que se dio en llamar en el derecho político, como ser en Aristóteles, el bien común o el bien de todos. La modernidad ha demostrado que eso no es cierto y que el Estado, que tiende a ser totalitario, tiene sus propios fines que no siempre coinciden, ni con los fines de la sociedad, ni con los del individuo. Negar las garantías, en este caso el principio de legalidad, es negar al Estado de derecho, dejar al individuo sin defensa alguna y transformar la coerción del Estado en pura violencia y con ello regresar a un estado de guerra anterior al del contrato social que sitúa a las personas en absoluta inferioridad frente al Estado.

El principio de legalidad es el “contra-principio en la política criminal que recurre a la pena; es la Constitución, de contenido limitado, del dere-

⁵⁰ Wolfgang, Naucke, *Strafrecht, eine Einführung*, 10a. ed., 2002, hay traducción española a cargo de Leonardo Brond, Astrea, 2005.

⁵¹ Naucke, *La progresiva pérdida*, cit., p. 538.

⁵² Agamben, Giorgio, *Estado de excepción*, Hidalgo, Adrina (ed.), Buenos Aires, 2003, pp. 23 y ss. Como un claro ejemplo del problema véase Schmitt, Carl, *El Leviathan en la teoría del estado de Tomas Hobbes*, Granada, Comares, 2004.

cho criminal. El principio de legalidad penal no es así ninguna faceta del estado providencia. Es más bien un objeto que se mueve en las aguas de la corriente del desarrollo social”.⁵³

Con esta fundamentación, el principio de legalidad es una manera de limitación al poder del Estado. Ya Feuerbach había visto el tema al afirmar que era el más alto principio del derecho penal:

Toda pena jurídica en el Estado es la consecuencia de una ley fundada en la conservación del derecho exterior y que amenaza la lesión jurídica con un mal sensible. De ahí surgen las siguientes máximas no sometidas a excepción alguna: I. La existencia de una pena supone una ley anterior (nulla poena sine lege). Pues solamente la amenaza de un mal por la ley fundamenta el concepto y la sensibilidad jurídica de la pena. II. La existencia de una pena está condicionada por la existencia de la acción amenazada (nulla poena sine crimene). Pues la pena conminada está ligada por la ley al acto supuesto jurídicamente necesario. III. El acto legalmente amenazado (el supuesto legal) está condicionado por la pena legal (nullum crimen sine poena legali) Pues el mal, como una consecuencia jurídicamente necesaria, está ligado por la ley a la concreta lesión jurídica.⁵⁴

5. *La ley penal*

La ley es el fundamento del deber ser de la posibilidad de la imposición de la pena. La idea de ley previa que marca esta idea tiene una pers-

⁵³ Naucke, La progresiva., *op. cit.*, p. 546. En sentido similar al aquí tratado véase Zaffaroni, Eugenio Raúl *et al.*, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000; Alcocer Guirao, Rafael, *Los fines del derecho penal—Liberalismo y comunitarismo en la justificación de la pena*, Buenos Aires, Editorial Ad Hoc, 2001; Bacigalupo, Enrique, *El debido proceso penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 2005; Rodríguez Mourullo, Gonzalo *et al.*, *Comentarios al Código Penal*, Madrid, Civitas, 1997; Roxin, Claus, *Problemas básicos del derecho penal*, trad. de Luzón Peña, Madrid, Reus, 1976; García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Servicio de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, 2000; Muñoz Conde, Francisco, *Derecho penal y control social. Monografías jurídicas*, Colombia, Temis, 1999; *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999; Muñoz Conde, Francisco y García Aran, Mercedes, *Derecho penal. Parte general*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; Oneca, José Antón, *Derecho penal*, 2a. ed., Madrid, Ediciones AKAL, 1986.

⁵⁴ Feuerbach, Lehrbuch, p. 41, citado por Jiménez de Asúa, *op. cit.*, nota 43, pp. 381 y 382.

pectiva amplia, que va desde el concepto de ley, como fundamento posible de la creación de tipos penales, hasta la posibilidad cierta de fundamentar el error de prohibición en el artículo 18 de la Constitución Nacional.⁵⁵

El límite superior de la infracción penal es la culpabilidad del autor, en sentido amplio. En consecuencia, la seguridad jurídica exige la previsibilidad y la capacidad de medir previamente la pena, que exige una proporción entre pena y castigo, por una parte, y por otra, que la determinación y la delimitación de comportamiento punible se realice sobre la base de presupuestos constitucionales.

Es obvio que por aplicación del principio de legalidad pueden quedar impunes algunas personas, pero la verdadera interpretación significa que esta impunidad es el precio que el legislador se obliga a pagar a cambio de la seguridad jurídica.⁵⁶ Y en este punto no se debe ceder a cierto populismo antigarantista, en el sentido de querer invertir el principio a favor de la víctima.

El principio de la ley previa exige que la pena y todas sus consecuencias estén determinadas de antemano, es decir, en el momento de comisión del hecho delictivo. Y esto sólo se puede dar respetando lo que se ha dado en llamar la teoría del tipo penal, de modo que el destinatario de la norma pueda prever la conducta que el legislador ha penalizado.

La consecuencia más evidente es que la ley sólo regirá para el futuro. Así, cuando el Estado frente a un hecho criminal grave no castigado, según algún sector de pensamiento algo primario, cede ante las presiones de esas personas y de algún sector de la prensa unida a ellos, se produce una consecuencia contradictoria, no siempre vista: dicho monto de sanción no es de aplicación al caso por el que se protesta,⁵⁷ con lo cual o por ignorancia o por cualquier otra razón, la frustración social es mayor.

Es que el principio de legalidad tiene base no sólo en la Constitución Nacional, en su artículo 18, cuando expresa que: “ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso”, sino además, que esa norma es concordante con el

⁵⁵ Donna, *op. cit.*, nota 7, pp. 95 y ss.

⁵⁶ Roxin, *op. cit.*, t. I, §5,1.

⁵⁷ En el derecho argentino la pena de muerte no tiene posibilidad de ser sancionada debido a la ratificación del Pacto de San José de Costa Rica y su inclusión en la Constitución, en especial lo dispuesto en el artículo 74, capítulo 3, de dicho Pacto.

artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos; el XXVI de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; el 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Como una consecuencia directa e inevitable, del principio enunciado, el código penal, en su artículo 2o., estableció que sólo la ley más benigna es de aplicación a hechos anteriores a ella. Por estas razones, aunque la conducta de la persona sea social y éticamente reprochable, si no existe ley anterior que castigue el hecho como delito, un juez que base sus sentencias en la Constitución de un Estado democrático y social de derecho deberá aplicar pena.

Nuevamente Naucke acierta cuando afirma que el derecho penal del positivismo

no piensa en rígidas fronteras entre lo falso y lo cierto —ni siquiera en el homicidio o las detenciones ilegales—, sino que piensa en un libre juego de fuerzas que conduce a la sanción o a la impunidad. —«espacios de juego» —¿o debería decirse mercados?— son procesos de legislación y el proceso penal concreto; el número de jugadores resulta difícil de determinar. Las leyes son sólo reglas registradas de contenido casual que vienen o pueden venir asociadas a una coacción ciertamente contundente. Falta, sin embargo, una fundamentación para esta coacción. No puede encontrarse en el contenido de la ley, pues éste es relativo (debe reconocerse que relativo en la práctica significa arbitrario).⁵⁸

Por eso concluye que:

el principio de legalidad penal en el positivismo jurídico se ha degenerado. Y esta degeneración, que se mantiene pacíficamente por todas partes como opinión dominante, se designa con un término que resulta adecuado políticamente, el de oportunidad legal [...], restringido en cuanto al contenido, un principio que se empeña en hallar concretos contenidos de humanidad es lo que caracteriza fundamentalmente la idea de legalidad. Abierto en cuanto contenido, la idea de oportunidad legal absolutamente exorbitante es lo que caracteriza principalmente el rumbo tomado hacia un positivismo relativista sobrecargado de elementos políticos. El derecho penal ha que-

⁵⁸ Naucke, *La progresiva...*, cit., p. 547.

dado en una insostenible situación; ya ha nacido ese algo distinto del derecho penal, pero no es en absoluto algo mejor que el derecho penal.⁵⁹

6. *Análisis y alcance del principio de legalidad*⁶⁰

A. *Los problemas del principio de legalidad*

El principio de legalidad es el resultado de una elaboración del espíritu humano que acudiendo a su razón ha entendido el valor de la dignidad del hombre frente al Estado moderno. Por esa razón se trata de un proceso que no debe ser cerrado sino que está abierto a las nuevas circunstancias, no para adaptarse a ellas, sino para ser defendido frente a nuevas situaciones, que con ropaje aparentemente progresista intenten eliminarlo o limitarlo.⁶¹ En los gobiernos totalitarios el principio fue violado de una manera clara por el nacionalsocialismo en 1935, el proyecto de 1936 ya comentado y el Proyecto Krylenko de código penal.

Jiménez de Asúa ha hecho resaltar el problema del nacionalsocialismo con el principio de legalidad.

Ha sido sobre todo en el tercer Reich donde se ha operado más crudamente la destrucción de aquel principio liberal. Los trabajos escritos por Siegert, Henkel, Schaefer y Gleispach son harto demostrativos en este punto. El último complaciese en aquel juego de palabras que ya Guertner había hecho: en vez de *nullum crimen sine lege* hay que proclamar el principio de *nullum crimen sine poena*. Más precisamente por lo mismo que esto era airón de un régimen totalitario que entronizó la analogía y el derecho vivido, hijo del «sano sentimiento del pueblo», ha de ser condenado por todos los hombres que quieren renunciar a la libertad.⁶²

⁵⁹ *Ibidem*, p. 540.

⁶⁰ Además de los expresamente citados en cada nota debe verse Cerezo Mir, José, *Curso de derecho penal español, Parte general*, 6a. ed., Madrid, Tecnos, pp. 184 y ss.; Gribbohm, Günter, *Leipziger Kommentar*, 11a. ed., Berlín, Nueva York, Walter de Gruyter, 1992, § 1, pp. 65 y ss.; Lanckner, Kart, *STGB*, 16a. ed., Verlag C.H. Beck Manchen, 1985, § 1, pp. 7 y ss.; Dreher, Eduard, *Strafgesetzbuch*, 37a. ed., C.H. Beck Verlag Manchen, 1977, §1, p. 23; Schönke, *Schröder/Eser*, 22a. ed., §1, München, Verlag Beck, 1985, pp. 7 y ss.; Zaffaroni, *Derecho penal, parte general*, Buenos Aires, Ediar, 2000, pp. 104 y ss.

⁶¹ Bacigalupo, *Principios...*, *cit.*, pp. 41 y ss.; Soler, *op. cit.*: § 13, II, p. 137.

⁶² Jiménez de Asúa, Luis, *Tratado de derecho penal*, 3a. ed., Buenos Aires, Editorial Losada, 1964, t. II, p. 396.

Pero no se crea que esto haya sido obra de gobiernos llamados totalitarios. Prunotto Laborde cita a Gimeno Sendra en el caso de los juicios de Núremberg, quien afirma:

Dentro del primer grupo, la doctrina ha sido unánime a la hora de afirmar la infracción, por el tribunal surgido del acuerdo el 8 de agosto e 1945, suscrito por las cuatro potencias aliadas, de los principios de legalidad y de irretroactividad penales... una de las mayores violaciones cometidas por el tribunal de Núremberg, consistió en la infracción del presupuesto material de todo proceso penal justo, el cual es la garantía constitucional del *nullum crimen poena sine proevia lege*... Mediante tales prescripciones no sólo se tipificaban conductas *ex post facto*, se infringía el requisito de la *lex proevia* y se aplicaba retroactivamente una ley penal a hechos acaecidos con mucha anterioridad a la promulgación del acuerdo de 1945, sino también las potencias victoriosas incurrieron en un deplorable paradoja: vulneraron el principio de legalidad penal que el Consejo de Control Aliado, mediante ley 11 del 30 de enero de 1946, vino precisamente a restaurar en Alemania mediante la supresión el § 2 del Código Penal del Reich.⁶³

Más allá de la importancia del juicio de Núremberg para empezar con la evolución que termina con la actual Corte Penal Internacional, que tipifica delitos y crea un tribunal anterior a los hechos también teniendo en cuenta las atrocidades del nacionalsocialismo, está claro que el principio de legalidad fue dejado de lado. La cuestión pasó por razones políticas y no de derecho. Vale un ejemplo: afirma Jiménez de Asúa que “la lectura de los artículos 6o. y 27 de la Carta del Tribunal Militar que juzga a los criminales de guerra alemanes, dejan perplejos a los penalistas más arriscados : bien denuncia que en su redacción predominan países en los que el derecho penal no adquirió rango científico, como Gran Bretaña y los Estados Unidos, o en que no fueron demasiado respetadas las leyes, como en Rusia. La lista de “crímenes contra la paz”, de “crímenes de guerra” y de “crímenes contra la humanidad” que son los que han sido sometidos al tribunal internacional, no es otra cosa que un enunciado, sin descripción de tipos, que se hace después de cometido el hecho. Las penas se dejan en

⁶³ Gimeno Sendra, Vicente, *Ponencia presentada sobre el proceso de Núrenberg a los cincuenta años de su celebración*, Universidad de Leche, 5 al 7 de diciembre de 1997, citado por Prunotto Labore, pp. 385 y 386.

aplicación facultativa, desde la de muerte para abajo, en manos de esos supremos jueces, y también se establecen después de perpetrados los hechos a los que han de ser aplicados. El dogmático no sale de su asombro al ver que no están adscriptas a su concreto tipo legal de infracciones, como el derecho penal demanda. Y agrega Jiménez de Asúa que hay en la sentencia del tribunal de Núremberg una frase con la que se confiesa que el delito se creó después de ejecutados los hechos. Textualmente puede leerse en ella que “los jefes del ejercito no podrían saber que entraban en una organización criminal porque ésta no existía hasta que fue creada por el acta de acusación”.⁶⁴

Refiriéndose al derecho interno, afirma Soler que:

las maneras más insidiosas de derogarlo (al principio de legalidad) consisten en establecer delitos no definidos como tipos de acción, o trazados como tipos abiertos. Así ocurre cuando la figura legal está enunciada sin verbo, que es el nombre de la acción, como por ejemplo el crimen manifestatis romano (illud est quod adversus populum romanum ver adversus securitatem eius committitur) De la misma manera, es posible emplear un verbo y definir con él una acción, pero sólo en apariencia, escogiendo para ello una fórmula que haga referencia no ya a la actuación del sujeto, sino a algo le sea externo. En este sentido, es un excelente ejemplo el delito de derrotismo político: el que por cualquier medio... deprima el espíritu público ley 13985, de 1950, artículo 8o.; ya que la efectiva depresión del espíritu público en la que el delito consiste puede ser el resultado de las más variadas acciones. Finalmente, llamamos tipos abiertos a los que deliberadamente contienen referencias meramente ejemplificativas o totalmente vagas, indefinidas, equívocas, tendientes a alcanzar cualquier acción.⁶⁵

⁶⁴ Jiménez de Asúa, *op. cit.*, p. 1272. Es interesante en este libro de Jiménez de Asúa del cual no se puede dudar de sus ideas republicanas y liberales el análisis del juicio de Núremberg. Primero por lo completo que se encuentra desarrollado el tema y segundo por las opiniones a favor y en contra. También la bibliografía existente es útil. Actualmente, como se verá y con base en la Corte Penal Internacional el Derecho Penal parece querer encontrar su rumbo, aunque al no estar ratificada la Convención de Roma por las potencias más importantes, la cuestión se relativiza. Otra opinión tenemos de las Cortes de Ruanda y Yugoslavia. Sólo el gasto de 180 millones de dólares por año, aproximadamente por año en cada una de ellas siembra dudas, además de estar en jaque estos principios básicos.

⁶⁵ Soler, *op. cit.*, t. I, §13, II, pp. 137 y 138.

Como conclusión se puede afirmar que estos principios enunciados que son la base del derecho penal liberal, único posible dentro de un Estado de derecho. Por ello, con cierta ironía hay que afirmar que el triunfo del derecho penal totalitario, representado por el proyecto para el Tercer Reich, de Frank, ha tenido su triunfo justamente en la época democrática, con proyectos basados, conciente o inconscientemente en esas ideas.⁶⁶

B. *La formulación del principio de legalidad*

Maurach-Zipf-Gössel habían sostenido, con base en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán, que el principio de legalidad tiene una cuádruple significación: exclusión del derecho consuetudinario; prohibición de la analogía; prohibición del efecto retroactivo y de la analogía, principio de reserva legal para las leyes penales (*nulla poena sine lege scripta et stricta atque praevia*) (BVerfG, 14,174).⁶⁷

Sobre esta base y para precisar el principio de legalidad, Hassemer ha sostenido que “los estrictos instrumentos del derecho penal son restringidos no solamente mediante principios y posiciones jurídicas (como el principio de proporcionalidad el derecho de defensa), sino también mediante el modo del lenguaje jurídico-penal. A diferencia de otras ramas del derecho, el derecho penal tiene el deber de expresarse de una manera determinada. En la Constitución (artículo 103, II GG) y en la primera norma del Código Penal (§ 1. StGB), se dispone con las mismas palabras:

Un hecho solamente puede ser penado si la punibilidad estaba determinada legalmente antes de que el hecho fuera cometido. El precepto suena más inofensivo que como lo entienden los juristas penales. Pues se extrae de él —en un infrecuente acuerdo, y en coincidencia con la extensa tradición el principio *nullum crimen nulla poena sine lege*— cuatro estrictas instrucciones para el legislador y el juez penal. El legislador debe formular sus normas con tanta precisión como sea posible (mandato de certeza: *lex certa*); el legislador y el juez penal no pueden aplicar las leyes de forma

⁶⁶ Donna, *Prólogos a los libros reforma penales*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, pp. 9 y ss. y *Reformas penales actualizadas*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2006, pp. 9 y ss. Gerhard, Daniel, “El futuro del Código Penal del tercer Imperio”, *Revista de Derecho Penal*, 2003-1, pp. 639 y ss. Tales son los de tolerancia cero, los que afirman la eliminación del delincuente, la exigencia de menores garantías, entre otros.

⁶⁷ Maurach-Zipf-Gössel, *op. cit.*, §10, II, núm. 8, p. 157.

retroactiva en perjuicio del afectado (prohibición de retroactividad: *lex praevia*); el juez penal debe contar con una ley escrita para condenar o agravar penas (prohibición del derecho consuetudinario: *lex scripta* y no puede aplicar el derecho en forma analógica en perjuicio del afectado (*lex stricta*). El conjunto de todo esto es designado por los juristas penales como principio de legalidad. Del respeto de ello se espera una estrecha sujeción de la jurisprudencia a la ley, una mayor transparencia en la aplicación del derecho y en su justificación, y de este modo, controlabilidad, de aquello que sucede en la legislación y en la jurisprudencia penales.⁶⁸

Este contenido del principio de legalidad —*lex certa, scripta, stricta y praevia*— son, en el fondo, lo que hace del principio tenga su dialéctica propia, que vaya exigiendo nuevas formas restrictivas a la expansión del Estado posmoderno cualquiera sea su signo político.⁶⁹

También se puede formular la cuestión afirmando que del principio de legalidad se desprenden cuatro consecuencias, que son: 1) la prohibición de la analogía; 2) la prohibición de la retroactividad; 3) la prohibición de fundamentar la responsabilidad penal por el derecho consuetudinario, y 4) el mandato de certeza.⁷⁰

⁶⁸ Hassemer, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, 2a. ed., trad. de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad Hoc, 1998, pp. 21 y 22.

⁶⁹ Así, Roxin, § 5; Naucke, *Jescheck-Weigend*, Maurach-Zipf-Gössel, *op. cit.*, pp. 10 y ss.; Bacigalupo, *op. cit.*, pp. 10 y ss.; Donna, t. I, § 2.

⁷⁰ *Idem.*