

## CAPÍTULO PRIMERO

### ANTECEDENTES Y FILOSOFÍA POLÍTICA DEL MANDATO DE *LEX CERTA*

#### I. LA FILOSOFÍA DE LA ILUSTRACIÓN Y EL “PROBLEMA PENAL”

Lo penal conformó uno de los temas predilectos de los filósofos de la Ilustración, el vértice desde el que se articularon las bases del pensamiento político liberal.<sup>6</sup> La centralidad y el calado de las cuestiones del denominado “problema penal”<sup>7</sup> son tales que puede afirmarse que muchas de ellas están destinadas a permanecer irremisiblemente abiertas a la sensibilidad de cada época, como espejo que refleja el desarrollo pendular de la humanización de la sociedad. En ese sentido, el programa penal ilustrado sigue siendo un modelo plenamente válido para el atrofiado derecho punitivo actual.

<sup>6</sup> Una exposición notable puede verse en Prieto Sanchís, Luis, “La filosofía penal de la Ilustración”, en Peces-Barba, G. *et al.* (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2001, t. II, vol. II, pp. 127-243, ahora publicada por separado, con prólogo de Miguel Carbonell, por el Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2003, de donde provienen las citas.

<sup>7</sup> Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna. Absolutismo e codificazione del diritto*, Bologna, Il Mulino, 1976, p. 383, quien indica como constitutivas de dicho problema la siguiente serie de cuestiones: 1) El derecho de castigar y si éste debe ejercerse teniendo en cuenta una acción o un modo de ser de la persona; 2) Quién es el titular del derecho de castigar; 3) En relación a qué personas se ejercita el derecho de punir; 3) Cuáles castigos son admisibles, o qué tipo de males pueden infligirse a un sujeto como castigo; 4) Qué acciones o modos de ser pueden asumirse como presupuestos de un derecho de punir; 5) Si existe relación natural entre el tipo de punición y la acción o manera de ser objetos del castigo, de qué tipo es ésta y cómo se ejecutan los castigos.

Las preguntas sobre el poder punitivo —como lo ha señalado Tarello— no tuvieron respuestas globales y articuladas antes de la segunda mitad del siglo XVIII; previo a dicha época no eran formuladas en términos generales y abstractos, y, en todo caso, no se había establecido una relación entre ellas. La razón de todo ello la encuentra el filósofo italiano en que se trata de términos funcionales a exigencias culturales y organizativas de la segunda mitad del siglo XVIII.<sup>8</sup>

Basta observar la tradición filosófica de Hobbes a Kant, pasando por Montesquieu, Beccaria, Filangieri y Bentham, para percatarse de qué manera la reflexión política y filosófica que constituyó las bases del constitucionalismo se vincula con el problema penal.<sup>9</sup> La lucha por la racionalización y control del poder, nota esencial si la hay del constitucionalismo,<sup>10</sup> ha tenido uno de sus momentos más altos en la reflexión iluminista surgida en torno al *ius puniendi*.

El carácter contramayoritario que identifica a los derechos fundamentales puede atisbarse también en el pensamiento penal; sirven de ejemplo las célebres expresiones de uno de los precursores de la moderna dogmática penal, Franz von Liszt, quien en su famoso escrito de 1893<sup>11</sup> conceptuaba al Código Penal como “*Magna Charta del delincuente*” y al derecho penal como “barreira infranqueable de la política criminal”.<sup>12</sup>

<sup>8</sup> *Ibidem*, pp. 383 y 384.

<sup>9</sup> Barbera, Augusto, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, pp. 3-42.

<sup>10</sup> Fioravanti, Maurizio, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, p. 85, quien escribe: “El constitucionalismo es concebido como el conjunto de doctrinas que aproximadamente a partir de la mitad del siglo XVII se han dedicado a recuperar en el horizonte de la constitución de los modernos el aspecto del límite y de la garantía”.

<sup>11</sup> *Über des Einfluss der Soziologischen und anthropologischen Forschungen auf die Grundbegriffe des Strafrechts*.

<sup>12</sup> Según mi opinión, decía Von Liszt, aunque ello pueda parecer paradójico, el Código Penal es la Magna charta del delincuente. No protege al orden jurí-

La expansión del Estado de Derecho surge, antes que nada, como escudo contra los excesos y la arbitrariedad punitiva del antiguo régimen. Las razones que explican esa relación son obvias e intuitivas, si consideramos que el poder punitivo no sólo es el más *odioso* de todos cuantos el Estado ejerce, ni el más *terrible*, sino también el que compromete en mayor medida la ficción del pacto que le da origen, colocando de manera permanente en un punto límite de tensión la legitimidad de la intervención en los derechos y libertades de los ciudadanos por medio del uso del recurso más drástico: la pena.

Resulta palmario que el derecho penal es portador de un altísimo contenido político, y no resultaría exagerado señalar que bien pudiera tomarse mejor idea de la vocación democrática de una sociedad e informarse de la vigencia de los derechos en un momento histórico dado acudiendo a sus códigos de procedimientos penales que embarcándose en la lectura de bibliotecas de ciencia política.<sup>13</sup> Este contenido político es el motivo de la centralidad que la reflexión penal ha desempeñado en la construcción de la teoría del garantismo como una de las proyecciones más fructíferas del constitucionalismo de cuño liberal.

dico, sino al individuo que se rebela contra éste. A él le garantiza el derecho de ser sancionado sólo bajo las condiciones establecidas en la ley y dentro de los límites legales. Véase la cita en Bacigalupo, Enrique, *Principios constitucionales de derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi, 1999, p. 45.

<sup>13</sup> Por contenido político aludo a la intrínseca relación del derecho penal con los derechos fundamentales, en tanto derechos establecidos en el documento que condensa la decisión político-jurídica por antonomasia: la Constitución; creo que es en este sentido que, por ejemplo, el legislador español se ha referido al código penal en la exposición de motivos de la Ley Orgánica 10/1995 como “Constitución negativa”. Consideramos conveniente distinguir el “contenido político” del derecho penal del “uso político” del derecho penal; es a esto último a que se ha venido refiriendo recientemente el penalista Wolfgang Naucke, de la Escuela de Frankfurt, con la expresión “politización del derecho penal”, entendiendo por tal la utilización del instrumento punitivo (por los políticos en el gobierno, *of course*) para objetivos y fines extraños a sus valores y principios, empleo que califica de “enfermedad moderna” (la referencia a Naucke, en Donini, Massimo, *Riserva de legge e democrazia penale: il ruolo della scienza penale* (a cura di Gaetano Insolera), Bologna, Monduzzi Editore, 2005, p. 28.

La evidencia normativa que vincula la defensa de los derechos con el derecho penal se muestra incontestable desde la época de las declaraciones norteamericana y francesa, en cuyo contenido se aprecia en primerísimo plano la reivindicación de garantías tendentes a asegurar la vida y la libertad de los ciudadanos del ejercicio arbitrario y abusivo del poder punitivo.

En efecto, el contenido penal de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 es prolijo y de profundo calado. La administración de justicia aparece regulada en el artículo 7o., el cual establece el principio de legalidad de los delitos y de las penas, al mismo tiempo que proscribe las detenciones arbitrarias; el artículo 8o. prevé los principios de necesidad y proporcionalidad de las sanciones, así como el de irretroactividad de las leyes; el artículo 9o. consagra la presunción de inocencia y apunta la necesidad de observar un criterio de racionalidad en las detenciones.

Por su parte, el numeral cardinal de la declaración, el artículo 16, señala que: “Toda sociedad en la que la garantía de los derechos no esté asegurada, ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”, dogma político de donde desciende una nueva definición fuertemente restrictiva de los poderes soberanos, en lo que puede atisbarse la idea de que la sola ley como tal no es fuente de justicia, sino que precisa cumplir con características y requisitos *externos*. En la opinión de un prestigiado historiador del derecho, el florentino Maurizio Fioravanti:

Sin duda, la Declaración de derechos contiene principios de clara impronta liberal-garantizadora, los cuales han dejado una honda huella en nuestros sistemas políticos. Baste recordar, con este propósito, los artículos 7o., 8o. y 9o. que enuncian, en su conjunto, los principios fundamentales de todos los códigos penales y de procedimiento penal de los sistemas políticos modernos y contemporáneos orientados en sentido garantizador y liberal democrático... mirándolo bien, todas las garantías ofrecidas por la Declaración de derechos convergen sobre un solo punto, *sobre la*

*supremacía, en materia de derechos y libertades, de la ley general y abstracta.*<sup>14</sup>

Esta tendencia, que no es sino la lucha perenne del individuo por domesticar al *Leviatán*, es la historia del constitucionalismo desde sus orígenes hasta la actualidad. Basta asomarse a los textos de las Constituciones modernas para advertir el amplio “programa penal” integrado por principios y derechos fundamentales cuyo objetivo es fijar límites a la política penal del Estado, cuyo rasgo, histórica y empíricamente constatado, es su proclividad a la desmesura.<sup>15</sup>

De ahí que resulten acertadas las afirmaciones de Winfried Hassemer, quien conceptúa al derecho procesal penal como “derecho constitucional aplicado”,<sup>16</sup> y del catedrático de la Universidad de Munich, Claus Roxin, para quien constituye “el sismógrafo del derecho constitucional”.<sup>17</sup>

Esta relación, proveniente del pensamiento iluminista, patentiza el nexo indisoluble entre filosofía, política, Constitución, derecho penal y democracia.<sup>18</sup> Por ello es conveniente, siquiera

<sup>14</sup> Fioravanti, Maurizio, *Apuntes de historia de las Constituciones. Los derechos fundamentales*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 1996, p. 70.

<sup>15</sup> Sobre la relación entre derecho constitucional y derecho penal, entre otros, véase Tiedemann, Klaus, “Constitución y derecho penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 33, septiembre-diciembre de 1991, trad. de Luis Arroyo Zapatero, pp. 145-171. Con referencia al ámbito italiano, véase Nuvolone, Pietro, “La problematica penale della Costituzione”, *Il diritto penale degli anni settanta (studi)*, Padova, Cedam, 1982, pp. 468-477. Desde una perspectiva crítica, Donini, Massimo, “Un derecho penal fundado en la carta constitucional: razones y límites. La experiencia italiana”, *Responsa Iusperitorum Digesta*, vol. 2, Universidad de Salamanca, 2000, pp. 223-248.

<sup>16</sup> Hassemer, Winfried, *Prefazione* a Belfiore, Elio, *Giudice delle leggi e diritto penale. Il diverso contributo delle corti costituzionali italiana e tedesca*, Milán, Giuffrè, 2005, p. XIII.

<sup>17</sup> Hassemer, Winfried, *Derecho procesal penal*, trad. de Julio B. Maier, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004, p. 10.

<sup>18</sup> Este es el tema que atraviesa la monumental obra de Ferrajoli, Luigi, *Diritto e ragione. Teoria del garantismo penale*, Bari, Laterza, 1989, uno de los

sea de manera somera y ateniéndonos sólo a los puntos que dan sustento a conceptos claves para los objetivos de nuestro trabajo, enfocar las ideas del pensamiento penal ilustrado que plantaron la base del moderno derecho penal (y constitucional).

Bien es cierto que el pensamiento de la Ilustración estuvo lejos de constituir un bloque o doctrina uniforme; al contrario, fue la expresión de ideas de muy diverso cuño, algunas incluso de clara incompatibilidad entre sí, que sin embargo compartían una misma racionalidad de control que se trasluce en la idea de la existencia de límites. La doctrina de los derechos naturales, las teorías del contrato, el utilitarismo, la división de poderes y la supremacía de la ley tienen como denominador común la nota que supedita la acción a ciertos fines, a ciertos propósitos que trascienden la mera constatación de sus efectos.<sup>19</sup>

Nada extraño resulta que una filosofía que “en todos los campos lucha contra el poder de la mera tradición y la autoridad”<sup>20</sup> asumiera la reforma del derecho punitivo como el punto neurálgico desde el que debía de comenzar la transformación de la sociedad. ¿Podía haber acaso tema de mayor interés que la vida o la libertad de las personas, con tanta facilidad sacrificadas mediante penas inhumanas y procesos inicuos, convertidos en grotescos espectáculos públicos?<sup>21</sup>

La doctrina ilustrada del contrato social ofrece una racionalización de la relación entre derecho y poder desde una perspectiva

trabajos más importantes no sólo en materia de filosofía (y teoría) penal, sino de filosofía (y teoría) jurídica (y política) *tout court*, de los últimos años, la cual constituye sin duda alguna la reflexión penal más completa *desde los principios y desde los derechos*, que, en lo esencial, sigue girando en torno a los problemas abordados por el pensamiento ilustrado. (En lo sucesivo, se citará a través de la edición española: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez *et al.*, 2a. ed., Madrid, 1997).

<sup>19</sup> Sobre este punto *in extenso*, Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, pp. 33 y ss.

<sup>20</sup> Cassirer, Ernst, *La filosofía de la Ilustración*, trad. de Eugenio Imaz, 2002, p. 261.

<sup>21</sup> Véase el relato de la ejecución de Robert-François Damiens efectuada el 2 de marzo de 1757, con que Michel Foucault inicia su *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión*, México, Siglo Veintiuno, pp. 21 y ss.

que incorpora un factor de equilibrio. En el estado de naturaleza no existen derechos, sino únicamente individuos que se imponen por los medios que tienen para prevalecer. Sólo a partir de la ficción del contrato social cobra sentido hablar de derechos. Y no sólo eso: es a partir de entonces como es posible hablar del poder sometido al derecho. De aquí se obtendrían dos derivaciones cardinales del pensamiento ilustrado: la idea de la separación de poderes y la idea de que el Estado debe actuar a través de leyes.

Luis Prieto Sanchís ha señalado que más allá de la diversidad de los motivos que colocaron a los problemas penales en el centro de la reflexión ilustrada, las instituciones punitivas del antiguo régimen se encontraban en abierta pugna con los principios básicos de la filosofía ilustrada: con la secularización, que no se concedía con un derecho penal concebido como trasunto de la penitencia religiosa; con el racionalismo, a la luz del cual resultaba injustificable un sistema jurídico arbitrario y carente de proporcionalidad; con el utilitarismo, que rechaza una concepción expiatoria de la pena desprovista de utilidad social; con el espíritu humanitario y filantrópico, que habría de horrorizarse ante la iniquidad de los procedimientos y la crueldad de las penas.<sup>22</sup>

Uno de los pilares de la doctrina jurídica de la Ilustración fue la denominada “primacía de la legislación”, que se tradujo en un amplio movimiento que pugnaba por la sustitución de las fuentes consuetudinarias, doctrinarias y judiciales del derecho por la ley.<sup>23</sup> Más allá del interés por la sistematización, la primacía de la ley significaba la entronización del máximo poder político en el órgano facultado para su expedición, por lo que se encontraba conectada de manera indisociable del concepto de soberanía elaborado, en su versión liberal, principalmente por Rousseau. El poder legislativo soberano tendría la tarea de realizar en el plano concreto y traducir en términos positivos los principios absolutos y racionales de justicia. Como lo ha hecho notar Fioravanti:

<sup>22</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 6, p. 18.

<sup>23</sup> Cattaneo, Mario A., *Illuminismo e legislazione penale. Saggi sulla filosofia del diritto penale nella Germania del settecento*, Milán, LED, p. 16.

En la Declaración de derechos y, en general, en la revolución todo remite a la ley y a la autoridad del legislador... Todas las ideologías que sustentan a la revolución llegan a esta conclusión: la convicción de que la ley general y abstracta —más que la jurisprudencia, como en el caso británico— es el instrumento más idóneo para la garantía de los derechos. Se es libre porque se está gobernado de manera *no arbitraria*, porque en materia de derechos y libertades no vale la voluntad de un hombre contra la de otro, porque son abolidas las dominaciones de carácter personal, porque sólo la ley puede disponer de nosotros mismos.<sup>24</sup>

En línea de consecuencia con el principio de primacía de la ley, el pensamiento ilustrado formuló la tesis de la sujeción del juez a la legislación, rechazando cualquier actividad interpretativa por parte de éste, por considerarla usurpadora de la soberanía que solamente recaía en el parlamento. Sólo el hacedor de la ley puede determinar su sentido, de lo que se sigue que únicamente admitiera la interpretación *auténtica*. De aquí la institución del *référé législatif* en virtud de la cual los jueces eran obligados a consultar a comisiones legislativas especiales para elucidar el sentido de normas que adolecieran de claridad, con el fin de determinar su verdadero sentido, cuestión que únicamente cabría realizar a su propio artífice. Este hecho reconoce también circunstancias históricas y políticas concretas sobre las que pretendía actuar. Entre ellas es de resaltar el estado de desprestigio en que se encontraba instalada la judicatura, la que era percibida como un poder despótico y arbitrario, expresión de los peores intereses del *ancien régime*.

Como corolario de lo anterior, advino el surgimiento de la Escuela Exegética, la cual preconizaba como premisa fundamental que toda interpretación era desnaturalización, postura ahora insostenible, pero del todo congruente con el contexto histórico y con las ideas jurídicas y políticas nacientes de la Revolución francesa.

<sup>24</sup> Fioravanti, Maurizio, *op. cit.*, nota 14, p. 70.

## II. EL IDEAL DE CERTEZA JURÍDICA Y LA CODIFICACIÓN

Para la Ilustración, las leyes debían ser pocas, claras y simples, en lo que se encuentra el *leitmotiv* del movimiento de codificación que culminaría en los influyentes códigos napoleónicos que se expedirían en las primeras décadas del siglo XIX. Esta idea es una constante en prácticamente todos los pensadores ilustrados que se ocuparon de temas de filosofía política.<sup>25</sup> Hoy sabemos de la ingenuidad de esta afirmación, pero sabemos también de la pertinencia que conserva como principio regulativo de la producción legislativa.

<sup>25</sup> Cattaneo, Mario A., *op. cit.*, nota 23, p 17. Hobbes, “el precursor más completo del iluminismo jurídico” (Cattaneo, señala que “Una buena ley es aquella que es *necesaria* para el bien del pueblo, y, además, *clara e inequívoca*... la ley se entenderá mejor con pocas palabras que con muchas. Pues todas las palabras están sujetas a la ambigüedad, y, por tanto, la multiplicación de palabras en el cuerpo de la ley es una multiplicación de la ambigüedad... Pertenecce, por tanto, al oficio de un legislador... hacer el cuerpo de la ley misma en términos tan breves pero tan propios como sea posible” (*Leviatán*, cap. XXX). Montesquieu elabora un catálogo de recomendaciones para la elaboración de las leyes, insistiendo en que “Su estilo debe ser conciso... Es esencial que las palabras de las leyes susciten las mismas ideas en todos los hombres... Después que se han fijado bien las ideas de las cosas en una ley, no hay que explicarlas por medio de otras expresiones vagas... Las leyes no deben ser sutiles, pues están hechas para gentes de entendimiento medio. No son un arte de la lógica, sino el argumento sencillo de un padre de familia” (*Del espíritu de las leyes*, Cap. XXIX). “Que toda ley sea clara, uniforme y precisa: interpretarla es casi siempre corromperla”, sentencia Voltaire en el *Diccionario filosófico*; “Ése es el medio a través del cual, con unas pocas leyes claras y simples, e incluso con pocos jueces, la justicia puede ser bien administrada... Es necesario hacer tres códigos: uno político, otro civil y otro penal. Los tres claros, breves y precisos cuanto sea posible”, dirá por su parte Rousseau. Para Bentham, “El fin de las leyes es dirigir la conducta de los ciudadanos, y para que esto se verifique son necesarias dos cosas: 1) que la ley sea clara, esto es, que ofrezca el entendimiento de una idea que represente exactamente la voluntad del legislador; 2) que la ley sea concisa para que se fije fácilmente en la memoria. Claridad y brevedad son, pues, la dos cualidades esenciales”. Para estas citas, véase Ferrajoli, Luigi, *cit.*, nota 18, pp. 179 y 180, notas 9-14.

La centralización de las fuentes normativas constituyó una reacción contra el “particularismo jurídico” característico del Estado premoderno, el cual se traducía en falta de unidad jurídica y en un elevado grado de incertidumbre del derecho.<sup>26</sup> Detrás del movimiento de codificación se encuentra la piedra de toque, la idea matriz del pensamiento penal iluminista: el principio de que los límites de las libertades de los ciudadanos debían definirse legalmente.

La situación prevaleciente en el derecho penal del siglo XVII es descrita por Tarello, quien señala dos notas características: 1) extrema fragmentariedad e imposibilidad de reconducir dicha disciplina a principios claros, ya que las normas penales no preveían “figuras de delitos” (*rectius*: tipos penales) como diríamos hoy, sino una extensa serie de comportamientos que solían identificarse no tanto en función de la acción o la naturaleza del hecho cuanto de la calidad de la persona que la realizaba, de la calidad del bien dañado o del sujeto pasivo, y 2) enorme variedad en las penas conminadas, gravedad en su contenido afflictivo y falta de proporción entre delito y pena. Esta situación, a decir del mismo Tarello, se correspondía con un confuso y terrible sistema de inquisición y de juicios en los cuales el peso del caso y del arbitrio eran notables, de ahí que en los inicios del siglo XVIII los procedimientos penales aparecieran como “una máquina tan misteriosa e imprevisible cuanto peligrosa y tremenda”.<sup>27</sup>

Es importante subrayar cómo en sus orígenes la codificación no aparece asociada a exigencias puramente técnicas, aspectos que le serán atribuidos hasta una época posterior con el surgi-

<sup>26</sup> La expresión “particularismo jurídico” se debe a los juristas positivistas del ochocientos, quienes la empleaban con la finalidad de patentizar la feliz situación del **derecho codificado respecto de la desafortunada situación precedente**. Véase Tarello, Giovanni, *op. cit.*, nota 7, pp. 28 y 29. El mismo autor escribe: “Per *particolarismo giuridico* si intende la mancanza di unitarietà e di coerenza dell’insieme delle leggi vigenti in una data sfera spazio-temporale, individuata in seguito ad un giudizio di valore secondo il quale in quella stessa sfera vi ‘dovrebbe’ essere, o ‘ci aspetterebbe’ vi fosse, unità e coerenza di legge”.

<sup>27</sup> *Ibidem*, pp. 31 y 32.

miento de la escuela de la exégesis y del primer positivismo jurídico, sino, por el contrario, estrechamente vinculada a un modelo de sociedad liberal que, como han escrito Diez Picazo y Gullón Ballesteros, “se identifica inicialmente con un intento de insuflar en los ordenamientos jurídicos unos determinados ideales de carácter político, económico y social”.<sup>28</sup>

Es así como se entronizan ideas que en principio surgieron de manera separada como respuestas a situaciones también distintas. La teoría del control del poder a través de su separación propuesta por Montesquieu aparece como el resultado de llevar a sus últimas consecuencias la garantía de la certeza que para el barón de la Brède ocupa el más alto lugar en la escala de valores, y todo ello presupone, a su vez, la separación típicamente ilustrada entre derecho y moral como espacios autónomos. El principio de legalidad sería luego producto de la secularización como de la preconización la certeza como valor jurídico fundamental de la producción legislativa, especialmente la penal.

La secularización fue sin lugar a dudas la idea más vigorosa, en la que se hincó el “giro copernicano” que representó la Ilustración respecto de todo paradigma anterior. La separación del derecho de la moral tuvo su correlato en otra serie de separaciones igualmente trascendentales: entre razón y religión, entre Estado e Iglesia, entre delito y pecado, entre pena y penitencia. La delimitación entre el terreno de Dios y el terreno de los hombres es de todas la forma más primaria de separación de poderes, la tesis más revolucionaria si consideramos las consecuencias que importó en la configuración del modelo de Estado liberal naciente. La separación ilustrada entre derecho y moral implica un entendimiento del todo distinto de la ley, que pasa entonces a ser asumida como instrumento y puesta en práctica de la razón, y no

<sup>28</sup> Diez Picazo, Luis y Gullón Ballesteros, A., *Sistema de derecho civil*, Madrid, Tecnos, 1981, vol. I, pp. 41 y ss., citados por Vidal Gil, Ernesto Jaime, “Ilustración y legislación. Los supuestos ideológicos, jurídicos y políticos”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, t. VI, p. 209.

ya como código religioso, ni como decantado de la tradición, reivindicando la abstracción, la generalidad y la claridad como sus notas formales características.

La ley —y por lo tanto el Parlamento— se ungen como los nuevos protagonistas del escenario político de finales del siglo XVIII. La misma Revolución francesa fue caracterizada por Michelet, uno de sus más célebres historiadores, precisamente como “*l'avènement de la loi*”.<sup>29</sup> Todo el constitucionalismo, a decir de Alfonso Ruiz Miguel, se reconoce en las fuerzas que impulsaron la codificación.

Tales ideas fuerza pueden reducirse básicamente a tres: en primer lugar, la primacía de la ley y la creencia en su valor renovador y transformador de la realidad; en segundo lugar, la exigencia liberal de someter a límites preestablecidos al poder político, garantizando al mismo tiempo ciertas libertades individuales, mediante la clara y segura atribución de los derechos y deberes correspondientes; y, en fin, la búsqueda de la seguridad jurídica mediante el conocimiento general que permite un texto escrito simple y claro.<sup>30</sup>

En ese sentido, como recoge Marcilla Córdoba, el movimiento de reforma de la legislación aparece animado por un objetivo fundamental: la consecución de la seguridad jurídica y de la racionalización normativa; estas notas son enfatizadas como dique a la arbitrariedad y como garantía de la igualdad formal de los ciudadanos ante la ley. De ello derivan dos grandes postulados rectores de la legislación ilustrada: la unidad del derecho y la publicidad de las leyes.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> De Lucas, Javier, “Sobre la ley como instrumento de certeza en la Revolución de 1789”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, t. VI, Madrid, Ministerio de Justicia, 1989, p. 129.

<sup>30</sup> Ruiz Miguel, Alfonso, *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2002, pp. 275 y 276.

<sup>31</sup> Marcilla Córdoba, Gema, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, pp. 89 y 90.

### III. APROXIMACIÓN A LOS ANTECEDENTES FILOSÓFICOS Y POLÍTICOS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD PENAL

El principio de legalidad penal, como pieza clave del moderno Estado de derecho, reconoce entre sus fuerzas propulsoras a la separación ilustrada entre derecho y moral, así como la desconfianza, típicamente ilustrada, hacia el poder, cuya concentración desemboca irremisiblemente en su ejercicio abusivo, expresada en la exigencia de certeza y seguridad jurídica, que requería a su vez la delimitación de las fronteras de la libertad a través de la clara determinación de lo lícito y de lo proscrito.

#### 1. *Thomas Hobbes*

Aunque no suele ser citado, probablemente merced a su reputación de filósofo absolutista, Hobbes fue precursor en muchos aspectos del pensamiento iluminista y a quien se deben las primeras postulaciones teóricas acerca del principio de legalidad de los delitos y de las penas. “En los casos en los que el soberano no ha prescrito una norma, el súbdito tiene libertad de hacer o de omitir, de acuerdo a su propia discreción”,<sup>32</sup> escribió barruntando como corolario del principio de legalidad la autonomía del individuo tan preciada al pensamiento liberal.

La filosofía penal de Hobbes se encuentra diseminada a lo largo de su obra, pero es en el capítulo XXVII del *Leviatán* donde escribe: “Delito es un pecado que consiste en la comisión (por acto o por palabra) de los que la ley prohíbe, o en la omisión de lo que ordena. Así, pues, todo delito es un pecado: en cambio, no todo pecado es un delito”.<sup>33</sup> Esta idea se puede atisbar posteriormente también en Bentham, quien luego afirmará que “hay muchos actos que son útiles a la comunidad, y que sin embargo no

<sup>32</sup> Hobbes, Thomas, *Leviatán*, trad. de Manuel Sánchez Sarto, México, Fondo de Cultura Económica, 1998, cap. XXI, p. 179.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 238.

debe ordenar la legislación, como hay muchos actos nocivos que la legislación no debe de prohibir aunque los prohíba la moral: en una palabra, *la legislación tiene seguramente el mismo centro que la moral, pero no tiene la misma circunferencia*".<sup>34</sup> El núcleo del principio de legalidad es apreciable en la sentencia hobbesiana de que "Ninguna ley promulgada después de realizado un acto, puede hacer de éste un delito".<sup>35</sup>

Hobbes defiende una postura nominalista, que suele ser enunciada por la máxima *autorictas, non veritas facit legem*: "no es esta jurisprudencia o sabiduría de los jueces subordinados, sino la razón del Estado, nuestro hombre artificial, y sus mandamientos, lo que constituye la ley",<sup>36</sup> la cual es la piedra central sobre la que se erigirá el positivismo jurídico, corriente de la cual el filósofo inglés puede ser considerado con toda propiedad como el primer representante.<sup>37</sup> Polemizando con sir Edward Coke, Hobbes se hace cargo de esta idea, al señalar que "La autoridad de los escritores, sin la autoridad del Estado, no convierte sus opiniones en ley, por muy veraces que sean",<sup>38</sup> y que "Del hecho de que una ley es una orden, y una orden consiste en la declaración o manifestación de la voluntad de quien manda, por medio de la palabra, de la escritura o de algún otro argumento suficiente de la misma, podemos inferir que la orden dictada por el Estado es ley solamente para quienes tienen medios de conocer la existencia de ella".<sup>39</sup>

<sup>34</sup> La cita es tomada de Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 6, p. 27.

<sup>35</sup> Hobbes, Thomas, *op. cit.*, nota 32, p. 241.

<sup>36</sup> *Ibidem*, p. 222.

<sup>37</sup> Passerin d'Entrevès, Alessandro, *La noción de Estado. Una introducción a la teoría política*, trad. de A. Fernández-Galiano, Barcelona, Ariel, 2001, p. 137. Escribe el profesor de las universidades de Oxford y Turín: "En resumen, la teoría hobbesiana de la soberanía es una descripción del Estado en términos de poder, no de fuerza; constituye un intento de mostrar cómo el Estado puede ser entendido solamente como sistema legalizado... para él, el Estado moderno no descansa en el monopolio de la fuerza, sino en el de la ley", *op. cit.*, p. 138.

<sup>38</sup> Hobbes, Thomas, *op. cit.*, nota 32, p. 226.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 222.

Cattaneo, quien es sin duda de los mayores estudiosos del pensamiento iluminista, no duda en afirmar que Hobbes constituye uno de los referentes ineludibles de la moderna reflexión filosófica y jurídica: “La sua dottrina giuridica è fondata sulla certezza del diritto: il principio *nullum crimen e nulla poena sine lege* è da lui chiaramente stabilito; la libertà è fondata sul silenzio della legge”.<sup>40</sup>

La afirmación del historiador y jurista italiano puede ser compartida plenamente en cuanto se lee en el capítulo XXX del *Leviatán*:

Incumbe al soberano el cuidado de promulgar buenas leyes... En efecto, todas las palabras están sujetas a ambigüedad, y, por consiguiente, la multiplicación de las palabras en el cuerpo de la ley viene a multiplicar esa ambigüedad... Cuán breves eran las leyes de los tiempos antiguos, y cómo han ido creciendo gradualmente, cada vez más, me imagino que veo una lucha entre los redactores y los defensores de la ley, tratando los primeros de circunscribir a los últimos, y los últimos de escapar de tales circunloquios; y son estos últimos, los pleiteantes, quienes logran la victoria.<sup>41</sup>

Esta idea de certeza en la que Hobbes planta el basamento de su doctrina jurídica es con toda seguridad una preocupación que puede encontrarse en todo el pensamiento ilustrado, llegando incluso a constituir la *ratio essendi* de la teoría de separación elaborada por Montesquieu, a través del cual se trasladó luego al pensamiento de Beccaria.

## 2. Montesquieu

Aun cuando la conceptualización del Estado de derecho pertenece a un momento histórico posterior, obra fundamentalmente de la

<sup>40</sup> Cattaneo, Mario A., *cit.*, nota 23, pp. 17 y ss.

<sup>41</sup> Hobbes, Thomas, *op. cit.*, nota 32, p. 286.

doctrina del derecho público alemán,<sup>42</sup> el nombre Montesquieu, autor que abre el iluminismo,<sup>43</sup> tiene con esa noción una vinculación inescindible. La afirmación cobra pleno sentido si se considera la innegable impronta montesquieuniana del artículo 16 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, cuyo tenor hace depender la existencia misma de la Constitución al cumplimiento del principio de división de poderes.

Cattaneo ha puesto de relieve de qué manera la teoría de la separación de poderes es deudora de la idea de certeza, al grado de poder ser concebida como la consecuencia lógica de la primacía en que Montesquieu otorga a este valor.<sup>44</sup> Esto puede atisbarse de una lectura atenta de uno de los pasajes más famosos del capítulo IV del libro XI de *L'esprit des lois*:<sup>45</sup>

La libertad política de un ciudadano es la tranquilidad de espíritu que proviene de la confianza que tiene cada uno en su *seguridad*: para que esta libertad exista, es necesario un gobierno tal que ningún ciudadano pueda temer a otro.

Cuando el poder legislativo y el poder ejecutivo se reúnen en la misma persona o el mismo cuerpo, no hay libertad; falta la *confianza*, porque puede temerse que el Monarca o el Senado hagan leyes tiránicas y las ejecuten ellos mismos tiránicamente.

No hay libertad si el poder de juzgar no está bien deslindado del poder legislativo y del poder ejecutivo. Si no está separado del poder legislativo, se podría disponer arbitrariamente de la libertad y la vida de los ciudadanos; como que el juez sería legislador. Si no está separado del poder ejecutivo, el juez podría tener la fuerza de un opresor.

<sup>42</sup> Valadés, Diego, *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México, UNAM, 2002, p. 8.

<sup>43</sup> Barbera, Augusto, *Le basi filosofiche del costituzionalismo*, Bari, Laterza, 2000, p. 20.

<sup>44</sup> Cattaneo, Mario A., *Il liberalismo penale di Montesquieu*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2000, pp. 31 y ss.

<sup>45</sup> Cito por la versión castellana de Nicolás Estévez, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 1997, p. 104.

Todo se habría perdido si el mismo hombre, la misma corporación de próceres, la misma asamblea del pueblo ejerciera los tres poderes: el de dictar las leyes; el de ejecutar las resoluciones públicas y el de juzgar los delitos y los pleitos entre particulares.

El pasaje más explícito y donde mejor queda expuesto el papel central atribuido a la certeza del derecho penal en el pensamiento del barón de la Brède se localiza en el capítulo II del libro VI, donde Montesquieu contrapone las formalidades de la justicia civil, que deben ser reducidas al mínimo, a las de la justicia penal, que deben ser ensanchadas al máximo para garantizar los derechos de los acusados:

Si examináis las formalidades de la justicia y veis el trabajo que le cuesta a un ciudadano el conseguir que se le dé satisfacción de una ofensa o de que se le devuelva lo que es suyo, diréis que aquellas formalidades son excesivas; al contrario, si se trata de la libertad y la seguridad de los ciudadanos, os parecerán muy pocas. Los trámites, los gastos, las dilaciones y aun los riesgos de la justicia, son el precio que cada uno paga por su libertad.<sup>46</sup>

No son los referidos, sin embargo, los únicos pasajes en los que el autor patentiza el valor de la certeza legal. A propósito de la punición de los delitos de magia y herejía, sugiere al legislador obrar con cautela si no quiere introducir graves peligros para la libertad:

La acusación de estos dos delitos pudiera ser extremadamente peligrosa para la libertad y originar una infinidad de tiranías, si el legislador no sabe limitarla. *Como no va directamente contra las acciones de un ciudadano, sino más bien contra el concepto que se tiene de su carácter*, puede acentuarse en proporción de la ignorancia del pueblo. Siempre es un gran peligro para un ciudadano, pues no lo cubren contra la sospecha de semejantes delitos, ni la práctica de todos sus deberes, ni la conducta más correcta, ni la moral más pura.<sup>47</sup>

<sup>46</sup> *Ibidem*, pp. 51 y 52.

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 126.

Como bien anota Cattaneo,<sup>48</sup> Montesquieu subraya el peligro para la certeza del derecho proveniente de una legislación oscura e imprecisa con relación a determinadas hipótesis de delitos, presentes en el *ancien régime*, que presentan de por sí características de vaguedad e imprecisión, y formula una crítica anticipada a la doctrina de los *tipos de autor* que enarbolaban los regímenes autoritarios del siglo XX.

Similares críticas se observan cuando el autor se ocupa de los delitos *contra natura* y de lesa majestad, que por su indeterminación e incertidumbre dejan al puro arbitrio del juzgador la imposición de penas gravísimas, lo que lleva a Cattaneo a sostener que en la doctrina de Montesquieu la certeza del derecho no es solamente un deber del juez en la aplicación de la ley, sino también, y sobre todo, un deber del legislador: deber de formular la ley penal de modo claro y preciso que no dé lugar a equívocos y a dificultades interpretativas.<sup>49</sup>

La principal contribución de Montesquieu al programa reformador de los iluministas consistió en haber preconizado la existencia de leyes fijas y estables, preconstituidas al juicio y habitualmente (aunque no necesariamente siempre) emanadas de un órgano diferente del juzgador, como criterio de racionalización del sistema penal.<sup>50</sup>

### 3. Beccaria

Es Beccaria, con toda seguridad el máximo exponente del pensamiento penal ilustrado, quien elabora el programa completo del pensamiento penal de la Ilustración; en este sentido, vale decir con Abagnano que el suyo “representa el punto de vista del iluminismo en el campo del derecho penal”.<sup>51</sup>

<sup>48</sup> Cattaneo, Mario A., *op. cit.*, nota 44, pp. 39 y 40.

<sup>49</sup> *Ibidem*, p. 43.

<sup>50</sup> Tarello, Giovanni, *op. cit.*, p. 458.

<sup>51</sup> Abagnano, Nicola, *Historia de la filosofía*, trad. de Juan Estelrich y J. Pérez Ballestar, Hora, t. II, p. 393.

El valor de su obra señera, *Dei delitti e delle pene*,<sup>52</sup> no reside tanto en la originalidad de sus ideas,<sup>53</sup> sino en la unidad programática con que éstas fueron expuestas en un momento en que las condiciones prevalecientes eran del todo favorables a su acogida. Cuánto se deba a la coyuntura y cuánto al genio de Beccaria, no es algo que deba ocuparnos. Lo que resulta digno de mencionar en el inmenso valor de la obra del milanés para la cultura penal ilustrada y para la de nuestros días, cuyo carácter de clásico emerge en función de la vigencia que hasta hoy cobra su pensamiento.<sup>54</sup> Como ha escrito Adela Batarrita con palabras que no podemos menos que suscribir: “El nombre de Beccaria quedará unido al nacimiento de la moderna ciencia del Derecho penal, por haber acuñado las bases de un sistema penal garantista y limitador del poder punitivo sobre las que se desarrollarán las posteriores construcciones doctrinales”.<sup>55</sup>

Excede de nuestros propósitos analizar exhaustivamente y a detalle las ideas contenidas en la obra de Beccaria, por lo que nos limitaremos a las relacionadas con el principio de legalidad

<sup>52</sup> La obra fue publicado por primera vez en 1764, en Livorno. En este trabajo las citas provienen de la edición facsimilar de la traducción castellana de 1822, Madrid, Imprenta de Albán, *Tratado de los delitos y de las penas*, 14a. ed. facsimilar, México, Porrúa, 2004.

<sup>53</sup> Ha sido cuestión siempre abierta la posibilidad de que el famoso opúsculo *Dei delitti e delle pene* no haya sido de la autoría de Beccaria, sino de la de su amigo, el jurista Pietro Verri. Las dudas se han alimentado, en buena medida, en la posterior abulia del marqués milanés, quien después del pequeño tratado que le haría inmortal apenas escribió algunas páginas sobre un tema de economía de escasa repercusión. Como quiera, en la literatura no han sido infrecuentes los casos de escritores que han sido presa del denominado “síndrome de Bartleby”, como lo ha llamado el escritor catalán Enrique Vila-Matas, acudiendo al célebre personaje del cuento homónimo de Melville, Herman, *Bartleby y compañía*, Barcelona, Anagrama, 2002; sobre las sospechas en torno a la autoría de *Dei delitti e delle pene*, véase también Biagini, Enza, *Introduzione a Beccaria*, Milán, Laterza, 1992, pp. 29 y ss.

<sup>54</sup> Sobre el valor actual de las ideas de Beccaria, véase Batarrita Asúa, Adela (coord.), *El pensamiento penal de Beccaria: su actualidad*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1990.

<sup>55</sup> *Ibidem*, pp. 9 y 10.

de los delitos, de las penas y el ideal ilustrado de claridad y precisión de las leyes. El primero de los aspectos se preconiza desde las primeras páginas de su famoso opúsculo,<sup>56</sup> específicamente al inicio del capítulo III, en el que extrae la primera consecuencia de su adhesión a la postura contractualista y utilitarista en relación con el *ius puniendi*:

La primera consecuencia de estos principios es que sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos; y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa a toda la sociedad unida por el contrato social. Ningún magistrado (que es parte de ella) puede con justicia decretar a su voluntad penas contra otro individuo de la misma sociedad.<sup>57</sup>

Otra de las consecuencias (la cuarta) que Beccaria obtiene se refiere a la interpretación de las leyes penales, que en su entender “Tampoco puede residir en los jueces criminales por la misma razón que no son legisladores”,<sup>58</sup> en la que enuncia su conocida concepción mecanicista de la interpretación sobre la que se erigió en buena medida el modelo —hoy desde luego impensable— de juez “autómata” propugnado por la Ilustración:

En todo delito debe hacerse por el juez un silogismo perfecto. Pondráse como mayor la ley general; por menor la acción, con-

<sup>56</sup> Al respecto, Luis Prieto Sanchís ha dicho que “En cierto modo, los cimientos del derecho penal liberal se encuentran en las primeras páginas del *Tratado*: primero, el derecho de castigar no tiene otro fundamento que el pacto social, es decir, un acto libre y voluntario de sujetos autónomos que deciden en beneficio propio el establecimiento de las instituciones y el monopolio de la fuerza para garantizar su seguridad; segundo, sólo el soberano (el legislador) es depositario de ese derecho en la sociedad civil y lo ha de ejercer mediante leyes que reúnan ciertas condiciones, lo que supone una limitación para los demás poderes, en particular el judicial, pero también para el mismo soberano; y, por último, las penas han de ser las estrictamente necesarias para conservar la seguridad pública, pues los castigos que excedan de esa medida se convierten en inútiles y con ello en injustos”. Véase al respecto, *cit.*, nota 6, p. 73.

<sup>57</sup> Beccaria, *op. cit.*, nota 52, p. 12.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 14.

forme o no con la ley, de que se inferirá por consecuencia la libertad o la pena. Cuando el juez por fuerza o voluntad quiere hacer más de un silogismo se abre la puerta a la incertidumbre... No hay cosa tan peligrosa como aquel axioma común que propone por necesario consultar el espíritu de la ley. Es un dique roto al torrente de las opiniones.<sup>59</sup>

La reivindicación del empleo de un lenguaje llano y claro en la redacción de las leyes aparece vinculada estrechamente al principio de legalidad de los delitos y de las penas, del cual en Beccaria resulta corolario:

Si es un mal la interpretación de las leyes, es otro evidentemente la oscuridad que arrastra consigo necesariamente la interpretación, y aun lo será mayor cuando las leyes estén escritas en una lengua extraña al pueblo, que lo ponga en la dependencia de algunos pocos, no pudiendo juzgar por sí mismo cuál será el éxito de su libertad o de sus miembros en una lengua que forma de un libro público y solemne uno cuasi privado y doméstico... Cuanto mayor fuere el número de los que entendieren y tuvieren 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.<sup>60</sup>

Luis Prieto Sanchís<sup>61</sup> ha observado agudamente cómo en los planteamientos de Beccaria se perfilan tanto contenidos formales como sustanciales del principio de legalidad, en virtud de que no se reivindica únicamente para el legislador la potestad de fijar los delitos y las penas, sino que se puntualizan aspectos que aquél debe cumplir al momento de ejercer esa potestad. No se trata, pues, de cualquier ley, sino de una que reúna características específicas de generalidad y claridad, en donde se anticipan las exigencias de determinación como mandato dirigido al legislador penal.

<sup>59</sup> *Ibidem*, pp. 15 y 16.

<sup>60</sup> *Ibidem*, p. 23.

<sup>61</sup> Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 6, pp. 72 y 73.

En Beccaria se puede apreciar con nitidez la dualidad de caracteres que en buena medida se atisba en las formulaciones ilustradas del principio de legalidad. En efecto, modernamente se reconoce que dicho principio es, por un lado, portador de un contenido político como auténtico límite al *ius puniendi* que lo constituye en garantía de libertad;<sup>62</sup> y por el otro, es la clave de bóveda para la erección de un derecho racional y sistematizado en un sistema de fuentes que se reconduce hasta la norma fundamental del ordenamiento jurídico, que lo constituye en garantía de seguridad jurídica. Ambos caracteres se encuentran estrechamente relacionados, sobre todo si se considera que la propia exigencia de certeza es portadora de un claro e innegable valor político.

Con todo, en el pensamiento ilustrado, al menos hasta antes de Feuerbach, es visible la preeminencia del primer contenido, lo mismo en las formulaciones de Montesquieu que de Beccaria. Esta nota en parte se explica tanto por el contexto de sus obras como por el perfil de los propios autores. En el caso de Montesquieu, sabemos que se trata de un liberal aristócrata cuyo propósito es distinguir la naturaleza de las leyes —mejor aún, el *espíritu de las leyes*— de los gobiernos moderados y los despóticos, mientras que Beccaria es un sensible intelectual de clase media que escribe contra los excesos de un poder desenfrenado.<sup>63</sup>

<sup>62</sup> Lamarca Pérez, Carmen, “Legalidad penal y reserva de ley en la Constitución Española”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, núm. 20, p. 101.

<sup>63</sup> Según él mismo se presenta, en una carta dirigida a quien será su futuro traductor al francés, André Morellet, el 26 de enero de 1776: “Io sono primogenito di una famiglia benestante, ma tenuto ristretto da circostanze in parte necessarie e in parte veramente dipendenti dall’altrui volontà ed ho un padre, di cui devo rispettare la vecchiaia ed ancora i pregiudizi; io sono maritato a giovane dama sensibile e che ama di coltivare il suo spirito e mi è toccata la rara felicità di far succedere all’amore la più tenera amicizia. La mia unica occupazione è di coltivare in pace la filosofia e di soddisfare nel medesimo tempo a tre vivissimi sentimenti, l’amore della gloria, quello della libertà è la sensibilità ai mali degli uomini oppressi dall’errore. L’epoca di la mia conversione alla filosofia fu cinque anni fa leggendo le *Lettere persiane*”. El texto de la carta es tomado de la reproducción que hace Biagini, Enza, *cit.*, nota 53, p. 5.

En ambos autores el monopolio normativo penal se opone tanto a las costumbres sociales y a los privilegios feudales como a los cánones de la Iglesia, trasluciendo una determinada forma de concebir el ejercicio del poder: la ley no es ya solamente la expresión de la voluntad del soberano, sino también su límite.

En efecto, la teoría de la separación de poderes formulada por Montesquieu, cuya finalidad confesada es la garantía de la libertad de los ciudadanos, configura al juez como *la bouche qui prononce les paroles de la loi* considerando no únicamente el equilibrio entre los poderes, sino justamente como medio para lograr esa libertad de manera neta y precisa a través de la certeza de la ley, colocando al juez en una clara posición de subordinación respecto de la legislación.<sup>64</sup>

En esta línea se inscribe la opinión de Lamarca, para quien el “*nullum crimen, nulla poena sin lege* no nace como una regla técnica al servicio de un propósito ordenador o racionalizador, sino como un auténtico límite al *ius puniendi* y, por tanto, como garantía de la libertad”;<sup>65</sup> en parecidos términos, esta proyección política es reconocida por el catedrático de la Universidad Complutense, Antonio García-Pablos de Molina, quien apunta:

El principio de legalidad significa y proclama el *imperium* de la ley, la total supremacía de la ley, el necesario sometimiento de todos —del ciudadano, de las instituciones, del Estado— a la Ley. Pero una interpretación correcta del alcance genuino del *nullum crimen* fiel a los orígenes históricos de este principio y a la trascendencia política del mismo, obliga a entenderlo en el marco de una determinada concepción del origen de la sociedad civil y del Estado, de la legitimación del poder y de su ejercicio, esto es, de la doctrina del *contrato social*, de la *soberanía popular*, y de la *división de poderes*. Fuera del tal contexto, se incurriría en una

<sup>64</sup> Sobre este punto ha escrito Norberto Bobbio: “La separación de poderes sería vana si se debiera admitir que el juez no es la boca de la ley, sino su más o menos consciente manipulador”; véase “Quale giustizia, quale legge, quale giudice”, *Questione Giustizia*, núm. 1, 2004.

<sup>65</sup> Lamarca, Carmen, *op. cit.*, nota 62, p. 101.

lectura *formalista* inadmisibles, que desvirtuaría el significado político del *nullum crimen*. Porque si la Ley no expresa la voluntad de la mayoría social, la voluntad popular, sino la del príncipe o soberano, la de la minoría que controla el *Boletín Oficial del Estado*, la supremacía de la ley y el sometimiento de todos a la misma deja de ser garantía del ciudadano.<sup>66</sup>

#### 4. Feuerbach

Será un autor de la Ilustración alemana —de la *aufklärung*— Anselm von Feuerbach, quien consagra el principio de legalidad como base sistemática del derecho penal, y no ya únicamente como principio de incontestable valor político, como en el caso de Montesquieu y Beccaria, imprimiéndole el carácter técnico jurídico que daría pauta al nacimiento de la dogmática penal moderna.

Existe un dato que resulta pertinente mencionar, porque explica el cambio de orientación de este autor respecto de los que le precedieron y de quienes indudablemente tuvo noticia. Feuerbach, profesor de derecho penal, es el primero que se adentra en el tema con mirada de experto jurista —no lo eran ni Montesquieu ni Beccaria—, lo que sin duda le lleva a extraer consecuencias propias de quien se dedica de manera *profesional* a la ciencia jurídica.

La construcción de Feuerbach se dirige en el sentido de establecer la primacía de la ley penal, lo cual resultaba funcional, prioritariamente, a la realización de la idea del Estado de derecho. El “giro técnico” que el autor imprime al principio de legalidad como presupuesto necesario para desarrollar su teoría de la pena resultaba acorde con las exigencias político-jurídicas de claridad y precisión.<sup>67</sup>

Las tesis de Feuerbach tocan los aspectos más centrales del derecho penal y es considerado el auténtico fundador de la cien-

<sup>66</sup> García-Pablos de Molina, Antonio, *Derecho penal. Introducción*, Madrid, Universidad Complutense, 2000, p. 322.

<sup>67</sup> Sobre este punto, Moccia, Sergio, *La ‘promessa non mantenuta’. Ruolo e prospettive del principio di determinatezza/tassatività nel sistema penale italiano*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2001, pp. 14 y ss.

cia penal alemana. De su definición de pena jurídica se desprende el carácter externo del delito y la necesidad de materialidad de la acción para ser reputada como penalmente prohibida, afirmando que al Estado no le interesa la pecaminosidad, sino la dañosidad de una conducta.<sup>68</sup>

La distinción entre pecado y daño es consecuencia de la separación del derecho de la moral, presente en el autor al igual que en la mayoría de los pensadores ilustrados, lo que por un lado le conduce a afirmar la primacía de la legislación sobre el canon religioso, y por otro, a preconizar teóricamente un claro límite al legislador: sólo puede castigar acciones externas y materialmente dañosas, no actos internos o meramente inmorales.

Para Feuerbach, la legalidad de los delitos y las penas venía impuesta como corolario de su teoría de la pena como “coacción psicológica”, a propósito de la cual sostiene como mandato dado al legislador el cumplimiento de los principios *nulla poena sine lege*, *nulla poena sine crimine*, *nullum crimen sine poena legali*, que desde que fueron enunciados por el penalista de Jena suelen citarse condensados en la fórmula *nullum crimen, nulla poena sine lege*, aforismo con que se identifica el moderno principio de legalidad penal. Así se lee en su *Lehrbuch* de 1801:

- I) Toda imposición de pena presupone una ley penal (*nulla poena sine lege*). Por ende, sólo la conminación del mal por ley es lo que fundamenta el concepto y la posibilidad jurídica de una pena. II) La imposición de una pena está condicionada a la existencia de la acción conminada (*nulla poena sine crimine*). Por ende, es mediante la ley que se vincula la pena al hecho, como presupuesto jurídicamente necesario. III) El hecho legalmente conminado (el presupuesto legal) está condicionado por la pena legal (*nullum crimen sine poena legali*). Consecuentemente, el mal, como consecuencia jurídica necesaria, se vinculará mediante la ley a una lesión jurídica determinada.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Cattaneo, Mario A., *cit.*, nota 23, pp. 401 y ss.

<sup>69</sup> Véase Feuerbach, Anselm von, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, Giessen, 1801, cito por la versión castellana *Trata-*

Como puede advertirse, la pena en Feuerbach es la amenaza de un mal cuya finalidad es la disuasión de los delitos, por lo que resulta necesario que esa conminación exista previamente y sea conocida por sus destinatarios. En suma, la certeza de los delitos y las penas se convertía en un presupuesto indispensable para dar cumplimiento al fin atribuido a la sanción.

Esto implica el sometimiento del poder punitivo a los siguientes límites: en primer lugar, la necesaria tipificación de los delitos y las penas, pero más allá de eso la conminación de la amenaza debe ser de tal manera clara y precisa que pueda ser comprendida por todos aquellos a quienes se encuentra dirigida, lo que requiere la redacción por parte del legislador de los delitos en forma determinada, pues sólo de esa manera la sanción puede servir de contraestímulo al delito. Como ha escrito uno de los biógrafos más notables del penalista alemán:

Nel pensiero di Feuerbach dunque il legislatore ha una funzione chiaramente stabilità e riconosciutà: la sua supremazia rispetto al giudice è indubitabile. E tuttavia il legislatore deve la propria dignità, la propria significativa posizione, ai limiti invalicabili posti alla sua attività, limiti che concorrono in modo irrinunciabile a costruire lo stato di diritto.<sup>70</sup>

*do de derecho penal*, trad. de Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer, Buenos Aires, Hammurabi, 1989, p. 63.

<sup>70</sup> Cattaneo, Mario A., *cit.*, nota 23, p. 410.