

CAPÍTULO SEGUNDO

NOTAS CRÍTICAS SOBRE EL ESTADO ACTUAL DE LA LEGISLACIÓN PENAL

I. BREVE EXCURSO SOBRE LA ACTIVIDAD LEGISLATIVA EN EL TRÁNSITO DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL

El ideal ilustrado de unas “pocas leyes claras y precisas” se condecía con el concepto de “libertad negativa”, según la célebre nomenclatura de Isaiah Berlin, en la que se fundaba el Estado liberal clásico.⁷¹ El sitio de privilegio que se le otorgaba a la ley como la más importante de las fuentes del derecho no obstaba para que se considerara que la libertad cedía ante su proliferación; de ahí derivaba la existencia de un tácito principio político-regulativo que mandaba no acudir de manera injustificada a la legislación para no estrechar la autonomía de los ciudadanos, que debía ser tan expedita como fuera posible. Corolario de ello resultaba un ejercicio legislativo contenido y mesurado, sólo en lo necesario para fijar las reglas de la convivencia que debía discurrir libre de injerencias de parte del poder público.

El telón de fondo de todo ello lo constituía la separación entre Estado y sociedad que primaba en el pensamiento político liberal, donde ésta —la sociedad— era concebida como el lugar donde, siguiendo las leyes del orden natural, el hombre podía encontrar la felicidad en el mundo. La desconfianza hacia el poder que se encuentra en la médula del pensamiento liberal pugnaba por

⁷¹ Berlin, Isaiah, “Dos conceptos de libertad”, trad. de Julio Bayón, en *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza, pp. 187-243.

someterlo, por reducirlo hasta su menor expresión, creando de esta forma un Estado señaladamente abstencionista, un “Estado mínimo” que llegaría a ser ingeniosamente descrito por Lasalle como “guardián nocturno y mero vigilante del orden”.⁷²

Por lo dicho, la pretensión de un “derecho mínimo” era funcional y congruente con un Estado así también concebido; las exigencias de claridad y precisión de las leyes constituían no sólo indeclinables reivindicaciones de política jurídica, sino además demandas percibidas como factibles desde el punto de vista técnico. Tampoco puede perderse de vista que la dignidad y el prestigio político de la ley, en tanto que expresión de la soberanía popular representada en el Parlamento, se procuraba no extraviar con un ejercicio incontinente de la facultad de legislar; ésta, sin duda, era también una condición cultural que favorecía al “minimalismo legislativo”.

La relación Estado-sociedad sobre la que se erigía el Estado liberal clásico sufre una diametral transformación con el advenimiento del Estado social.⁷³ La separación entre Estado y sociedad se diluye, y los poderes públicos pasan de espectadores a protagonistas de la vida económica; su intervención en espacios que antes se consideraban del dominio de las libres relaciones

⁷² En su estudio clásico sobre este tema, Manuel García-Pelayo escribe: “Como es sabido, una de las características del orden político liberal era no solo la distinción, sino la oposición entre Estado y sociedad, a los que se concebía como dos sistemas con un alto grado de autonomía, lo que producía una inhibición del Estado frente a los problemas económicos y sociales... El Estado era concebido como una organización racional orientada hacia ciertos objetivos y valores y dotada de estructura vertical o jerárquica, es decir, construida primordialmente bajo relaciones de supra y subordinación. Tal racionalidad se expresaba capitalmente en leyes abstractas (en la medida de lo posible sistematizadas en códigos), en la división de poderes como recurso racional para la garantía de la libertad y para la diversificación e integración del trabajo estatal, y en una organización burocrática de la administración... De este modo, el Estado y la sociedad eran imaginados como dos sistemas distintos, cada uno de límites bien definidos, con regulaciones autónomas y con unas mínimas relaciones entre sí”. Véase *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Madrid, Alianza, 1985, pp. 21 y 22.

⁷³ *Ibidem*, p. 18.

personales o de la sola moral social comienza a intensificarse de manera ingente. La función del Estado deja de constreñirse a la de ser garante del orden público, y su acción se introduce en muchos de los ámbitos anteriormente sustraídos a su actuación; si el Estado liberal pudo caracterizarse como “Estado legislativo”, el Estado social lo ha sido como “Estado administrativo”, un Estado que debía ocuparse, según la expresión de un citado autor del derecho público alemán, de la “procura existencial”.⁷⁴

Con los pocos claros límites, entre sociedad y Estado, principia un proceso que afectaría a la forma legislativa preconizada por el liberalismo clásico, esto es, la reunión de las fuentes del derecho en cuerpos de normas homogéneos —los códigos—, que procuraban dejar el menor espacio posible a la interpretación judicial, lo que posteriormente sería denominado como “descodificación”. Así, escriben Pegoraro y Rinella:

El acuerdo existente entre el código y la sociedad se resquebrajó en cuanto el programa liberal recopilado en sus normas, se mostró insuficiente para enfrentarse a la nueva misión que el Estado se proponía en el campo social. La crítica de los códigos provenía bien de las corrientes políticas que reputaban inadecuada la introducción en sus textos de “contenidos sociales”, bien de parte de la Iglesia, la doctrina o la jurisprudencia; o bien de los que, con la *Freitrechschule* o Escuela del Derecho Libre, reivindicaban el papel creativo de la jurisprudencia (en el sentido de que era la única llamada a interpretar los códigos), que no podía corresponderle. Sin embargo, fue el mismo legislador quien propinó el golpe decisivo al modelo de codificación auspiciado por el Estado liberal.⁷⁵

⁷⁴ Forsthoﬀ, Ernest, “Problemas constitucionales del Estado social”, *El Estado social*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1986, pp. 43 y ss.

⁷⁵ Pegoraro, Lucio y Rinella, Angelo, *Las fuentes del derecho comparado (con especial referencia al derecho constitucional)*, trad. de Marta León, Daniel Berzosa y Jhoana Delgado, Lima, Centro per gli studi costituzionali e lo sviluppo democratico-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional (sección peruana)-LUMSA/G. Giappichelli Editore, 2003, pp. 112 y 113.

No es este el lugar para valorar todas las consecuencias que las transformaciones del Estado contemporáneo han supuesto en el renglón de la actividad legislativa.⁷⁶ Bastará señalar que el proceso de “inflación legislativa” que afecta a todos los órdenes (y, dentro de ellos, al penal, si bien en este caso con incidencia de factores específicos de los que nos ocuparemos en páginas posteriores) hinca sus más gruesas raíces en el mencionado proceso histórico, como consecuencia del nuevo papel promotor conferido al Estado, que asume de esta manera la tarea de “estructurar la sociedad” a través de la actuación de los poderes públicos.

Ángeles Galiana Saura, en una importante monografía,⁷⁷ ha hecho notar cómo ello conduciría a una “crisis del derecho” derivada del desenfrenado incremento en la producción legislativa, expresada, a su vez, en una pérdida de generalidad y abstracción de las leyes, así como a un amplio proceso de delegación legislativa y de descodificación; trasunto de ello ha sido una legislación fragmentada en una multitud de normas desordenadas, confusas, rápidamente cambiantes y cada vez más técnicas o especializadas.⁷⁸

⁷⁶ Sobre el punto pueden consultarse a Galiana Saura, Ángeles, *La legislación en el Estado de derecho*, Madrid, Dykinson, 2003; Menéndez Menéndez, A. y Pau Pedrón, A. (dirs.), *La proliferación legislativa: un desafío para el Estado de derecho*, Madrid, Thomson-Civitas, 2004; Marcilla Córdoba, Gema, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005.

⁷⁷ Galiana Saura, Ángeles, *op. cit.*, nota 76, pp. 24 y ss.

⁷⁸ En similar tenor de ideas, el profesor de la Universidad de Málaga, José Luis Díez Ripollés, señala, entre otras, las siguientes causas de la crisis de la ley: “En primer lugar, el papel que en el papel de la ley y la legislación han tenido las sucesivas reestructuraciones del estado de derecho moderno: su configuración *ilustrada y revolucionaria*, en la que la ley era el instrumento encargado de la racionalización mediante el traslado de las leyes de la naturaleza al orden social, y que tiene su apogeo en el proceso codificador, es sustituida más tarde por el *estado de derecho positivista*. En él, la ley, por un lado, alcanza el cenit de su importancia institucional, como producto de una voluntad contingente, no sometida a otros límites que la voluntad de los detentadores de la soberanía, pero, por otro, esa misma implícita arbitrariedad le priva de su estrecha vinculación a la razón, que se va desplazando paulatinamente de la creación a la aplicación del derecho; un buen reflejo de ello es el progresivo descuido en

Por cierto que el cambio operado no solamente atañe a aspectos cuantitativos; en el campo penal, por ejemplo, no sólo se asiste a un incremento en el número de leyes y a la agravación de las penas, sino que se observa también en la forma de las normas; paulatinamente, se muestran menos escrupulosas en concretar los ideales de claridad y precisión proclamados por el pensamiento ilustrado.

El modelo de leyes claras, precisas y sistematizadas, más allá de las concretas vicisitudes de su instrumentación, refleja una opción política proclive a la garantía de los derechos, y a los principios de certeza y seguridad jurídica como valores del ordenamiento jurídico. En ese sentido, resulta del todo compartible lo señalado por Pastor cuando apunta que

El desarrollo histórico del movimiento de la codificación demuestra, ante todo, que codificación significa mucho más que agrupación de normas de una misma materia. Tampoco se trata de una búsqueda ingenua y quimérica de perfección y permanencias normativas. Se trata, antes bien, de conseguir un producto capaz de limitar la arbitrariedad de manera realista.⁷⁹

De sobra está decir que la *nomografía* —la técnica de la legislación— alcanzaría su momento más alto con los códigos napoleónicos de principios del siglo XIX, los cuales eran verdaderos sistemas de normas dotados de un alto grado de racionalidad y completitud; en ello se expresaba la pretensión ilustrada, surgida como reacción al incierto derecho común proveniente de la autoridad de los doctores, de contener en sí “todo el derecho”, tan bien expresada en la conocida sentencia de Bugnet, quien

la ampliación o actualización de la empresa codificadora. La aparición y consolidación del *estado de derecho social* consagra un activismo normativo en el que a la pérdida de racionalidad de la ley se añade su desbordamiento por reglamentos y normas de inferior rango, instrumentos con mejores prestaciones en la nueva sociedad intervencionista”. Véase “Presupuestos de un modelo racional de legislación penal”, *Doxa*, Alicante, núm. 24, 2001, pp. 485 y 486.

⁷⁹ Pastor, Daniel R., *op. cit.*, nota 2, p. 144.

afirmaba “No conozco el derecho civil, yo enseño el código de Napoleón”.

Es sabido que la sobriedad y la impecable escritura del Code Civil, ejemplo insuperable de un estilo riguroso y claro, llegó incluso a constituir un modelo a imitar en el terreno de las letras, al grado de que el mismísimo Stendhal decía leer cada mañana algunos de sus capítulos para inspirarse en sus artículos y adquirir ritmo y elegancia narrativa. Este hecho ha llevado a un autor a escribir con exquisita ironía que “la lectura de los códigos contemporáneos podría arrastrar a la desesperación al gran escritor si tuviera que repetir hoy tal ejercicio”.⁸⁰

II. LA PROLIFERACIÓN LEGISLATIVA EN MATERIA PUNITIVA

En ningún otro momento de la historia se ha conocido un número tan elevado de normas penales como en nuestras sociedades actuales.⁸¹ En las últimas décadas se asiste en todo el mundo a un acrecentamiento del sistema punitivo, que lo ha convertido

⁸⁰ Monéger, Jöel, “De la ordenanza de Colbert de 1673 sobre el comercio al nuevo Código de Comercio de 2000. Un ejemplo de la evolución de la codificación”, trad. de Luis María Baldieri, *La codificación: raíces y prospectiva. El Código Napoleón*, Buenos Aires, 2003, p. 80.

⁸¹ La situación actual es descrita por Manuel Cancio Meliá en los términos siguientes: “...en el momento actual puede convenirse que el fenómeno más destacado en la evolución de las legislaciones penales del mundo occidental está en la aparición de múltiples nuevas figuras, a veces incluso nuevos sectores de regulación, acompañada de una actividad de reforma de tipos penales ya existentes realizada a un ritmo muy superior al de épocas anteriores. Desde el punto de vista de numerosos autores, en la evolución actual tanto del Derecho penal material como del Derecho penal procesal, cabe constatar tendencias que en su conjunto hacen aparecer en el horizonte político-criminal los rasgos de un “Derecho penal de la puesta en riesgo” o de características antiliberales”. Véase ‘Derecho penal del enemigo’ y delitos de terrorismo. Algunas consideraciones sobre la regulación de las infracciones en materia de terrorismo en el Código Penal Español después de la LO 7/2000”, *Jueces para la Democracia*, Madrid, núm. 44, julio de 2002, p. 19.

en una especie de factótum que interviene en prácticamente todos los ámbitos de la sociedad. El signo de nuestro tiempo parece ser el recurso a la tipificación penal como medida taumatúrgica capaz de exorcizar *per se* todos los problemas sociales. Esta recurrencia ha desnaturalizado el carácter fragmentario que antaño se le atribuía al recurso punitivo que de *ultima ratio* se ha venido transformando paulatinamente en *prima*, cuando no en *sola ratio* de la política social. El jurista argentino Daniel R. Pastor ha descrito la actual situación del derecho punitivo en una lograda síntesis en la que pone de manifiesto la necesidad —que compartimos— de un regreso no ingenuo a los principios del derecho penal liberal clásico, a lo que podríamos denominar un “iluminismo penal crítico”, como la única opción viable para atajar la profunda irracionalidad que ha puesto en crisis la operación del sistema penal y en riesgo los derechos y garantías fundamentales que resguardan al ciudadano del ejercicio discrecional y arbitrario del poder penal:

...resulta altamente llamativa la pobre realidad de nuestro tiempo: el derecho penal, que encarna ese método coactivo extremo para poner orden en la vida social evitando la venganza privada y en el que se debe confiar como regla de convivencia civilizada, está desordenado. Por lo demás, su expansión ha alcanzado tal grado de entropía que amenaza ruina. En efecto, a nadie escapa que actualmente sólo de un modo irónico —y hasta en cierta medida cínico— es posible hablar de orden jurídico penal. Muy lejos de ello, la realidad muestra que, en verdad, vivimos en un absoluto *caos jurídico*. Si simplificamos drásticamente el análisis veremos que esta situación responde a dos razones, cada una de ellas asentada en sendos modelos o estilos culturales: *a)* el acrecentamiento desmesurado e incontenible del número de conductas calificadas como delictivas por la ley (fenómeno denominado corrientemente como “inflación de la leyes”, “inflación penal”, “expansión penal”, “conformación paquidérmica” de las incriminaciones punitivas o “hipertrofia del derecho penal”) que se funda en la consideración simbólica del derecho penal como remedio exclusivo para todos los males sociales (panpenalismo), y *b)* la

deficiente calidad descriptiva de los tipos penales que, producto de la ilusión panpenalista, ha llevado a la legislación penal a desbordar los límites de la *lex certa* para tratar de comprender la mayor cantidad posible de desviaciones, aunque lo haga de un modo tan ambiguo e incierto como inconstitucional.⁸²

Se ha convertido en práctica común adosar a toda ley un catálogo de tipos penales como pretendida garantía de cumplimiento inexorable.⁸³ Ni el más avezado penalista podría hoy responder con puntualidad a la pregunta de cuántas conductas se encuentran tipificadas como constitutivas de delito, no ya en el país, empresa que linda en lo imposible, sino en una entidad federativa, sin antes embarcarse en una farragosa investigación de prácticamente todos los ordenamientos jurídicos vigentes en ese momento; el código penal es la ley penal sólo por antonomasia, pero cada vez lo es menos.

Es un hecho que el Estado moderno acude a la legislación penal de manera exagerada y además desarreglada, ya mediante la creación de delitos en leyes especiales, ya acudiendo a la técnica de las “leyes penales en blanco”, ya mediante el empleo de conceptos vagos e indeterminados que dejan en lo incierto los contornos de lo prohibido. Como bien lo ha señalado Mario Sbriccoli en un brillante recuento de la experiencia penal moderna,

⁸² Pastor, Daniel R., *op. cit.*, nota 2, pp. 17 y 18.

⁸³ Podríamos citar una lista de leyes lo suficientemente abultada como para llenar varias páginas de este trabajo, lo cual desde luego evitaremos, por resultar ocioso dada la obviedad del punto. Sólo por citar un ejemplo bien paradigmático y que patentiza de forma ejemplar la proclividad a acudir a la tipificación penal en casi cualquier tema, la Ley para Promover la Donación Altruista de Alimentos del Estado de Sinaloa, de escasos doce artículos, y cuyo objeto es, según el tenor de su numeral 1o., “promover las acciones altruistas tendientes a coadyuvar en la satisfacción de las necesidades alimenticias de la población económicamente débil”, contempla un título (tercero) de sanciones penales, en cuyo artículo 11 prevé que “Se impondrá de tres meses a tres años de prisión a los empleados o funcionarios de las instituciones de beneficencia privada con reconocimientos oficial, que dolosamente desvíen los alimentos que la propia institución reciba, destinándolos para su aprovechamiento personal o fomentar competencia desleal a comerciantes y productores”.

el Estado social, legislador por excelencia, abusa de lo penal como modo de advertencia, para señalar la importancia de esta o aquella disposición. Ha ampliado enormemente el campo de las contravenciones y ha inventado lo penal accesorio y lo penal optativo. Por ello, muchas leyes organizativas se rodean de obligaciones y prohibiciones acompañadas de penas para reforzar su cumplimiento. La segmentación y la atomización se convierten en regla.⁸⁴

Luigi Ferrajoli —el autor de las páginas más provechosas sobre estos temas, quien analiza dicho fenómeno con referencia al ámbito italiano, pero cuyas reflexiones resultan perfectamente aplicables a nuestro entorno— escribe que el desarrollo hipertrófico provocado por una legislación aluvial ha ampliado desmesuradamente la esfera de las prohibiciones penales, provocando una

producción en sentido reglamentista de la legislación penal, avocada a la *descodificación*, con el consiguiente incremento de incertidumbre, de antinomias, de concurso de normas y delitos; un incremento, en suma, de la irracionalidad del sistema, de modo que hasta los juristas tienen hoy dificultades para orientarse en la selva de leyes especiales que se hacen *extra codicem* y para devanar los innumerables problemas de definición, coordinación y diferenciación entre tipos de contenido análogo y, lo que es peor, formulados de manera vaga y oscura.⁸⁵

Esta proclividad del Estado moderno a lanzar al sistema penal todo tipo de asuntos ha llevado a los autores de un pequeño y famoso libro a calificarlo como “república penal”.⁸⁶ Se observa, señalan Garapon y Salas, una radical transformación de la demo-

⁸⁴ Fioravanti, Mauricio (ed.), “Justicia criminal”, *El Estado moderno en Europa. Instituciones y derecho*, trad. de Manuel Martínez Neira, Madrid, Trotta, 2004, p. 194.

⁸⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 18, p. 714.

⁸⁶ Garapon, Antoine y Salas, Denis, *La République pénalisée*, Paris, Hachette Livre, 1996, cito por la versión italiana, *La repubblica penale*, trad. de Serena Sinibaldi, Macerata, Liberilibri, 1997.

cracia como efecto de la dilatación de la esfera de intervención del derecho penal transformado en el principal mecanismo de control social, en una nueva clave de comprensión de las relaciones sociales.⁸⁷

El exceso de derecho penal abrumba a las democracias actuales transformadas en ese sentido en “democracias penales”.⁸⁸ Los tentáculos de la ley penal alcanzan, como nunca, ámbitos que tradicionalmente se consideraban confiados a la libre relación entre particulares, o, cuando mucho, a la regulación de materias desprovistas del carácter sancionatorio y estigmatizador de la pena, como el derecho civil o el derecho administrativo. Se constata la aparición, como auténticos sistemas de derecho punitivo dotados de un considerable grado de autonomía, del derecho penal tributario, del derecho penal de la salud, del derecho penal ecológico y otros.

La intervención del derecho penal, antaño concebida exclusivamente para proteger bienes jurídicos relevantes y sólo de aquellos ataques más graves e intolerables, con lo cual cumplía con una clara función de límite al poder punitivo, se ha transformado en un mandato de penalización en vez de ser un criterio negativo para la misma.⁸⁹ Todo debe ser asegurado mediante el derecho

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

⁸⁸ Sobre el punto, el profesor Carbonell Mateu escribe: “Los últimos años parecen caracterizarse por un desmedido protagonismo del Derecho penal. Basta asomarse a los medios de comunicación para comprobar que un elevadísimo porcentaje de sus contenidos está relacionado de manera más o menos directa con jueces, tribunales, crímenes, delitos, penas, policías, sobornos, prevaricaciones, etcétera. La vida política depende de sentencias judiciales y la amenaza con recurrir a los tribunales es constante. Que ello sea bueno o malo es discutible. Si bien es cierto que la situación descrita puede dar idea de un adecuado funcionamiento de la Justicia en un Estado de Derecho, también lo es que una presencia excesiva del derecho penal es un grave riesgo de asfixia para la libertad”. Véase Carbonell Mateu, Juan Carlos, “Reflexiones sobre el abuso del derecho penal y la banalización de la legalidad”, en Arroyo Zapatero, Luis y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos, In memoriam*, Cuenca, 2001, vol. I, p. 129.

⁸⁹ Hassemer, Winfried, *Persona, mundo y responsabilidad*, trad. de Francisco Muñoz Conde y María del Mar Díaz Pita, Valencia, Tirant lo Blanch, 1999, p. 48.

penal, pareciera ser el criterio que se impone a despecho de la irrefutable evidencia empírica que muestra la ineficiencia de un derecho que, ante la imposibilidad de cumplir *tout court* con los cada vez más ensanchados ámbitos de lo punible, no le resta más salida que operar de forma selectiva y de manera profundamente desigual en la determinación y en el tratamiento de los asuntos que ingresan a su esfera.

No le falta razón a Hassemer cuando observa que “las experiencias con los “déficit de ejecución” del derecho penal moderno, y con el “derecho penal simbólico” enseñan que el agravamiento del instrumental del derecho penal (*more of the same*) no siempre mejoran su idoneidad para la solución de los problemas; esto puede originarse en que la subsidiariedad del derecho penal en relación con otras estrategias de solución jurídicas, o en su caso, estatales o sociales, no es solamente un principio normativo, sino que, además, está bien fundamentado empíricamente: los medios del derecho penal sirven solamente para algunas soluciones problemáticas”.⁹⁰

La “huida al derecho penal” ha trazado nuevas fronteras donde del comportamiento virtuoso se pasa, sin estadios intermedios, a la conducta criminalizada. Hasta la familia, espacio en el que por definición se espera que la relación entre sus integrantes se auspicie bajo valores de amor y fraternidad del todo ajenos al consenso coactivo de la norma jurídica, se penaliza y resulta cada vez más difícil distinguir al buen padre del padre delincuente.⁹¹ Una línea demasiado tenue y en muchos casos borrosa e incierta se-

⁹⁰ Hassemer, Winfried, “El destino de los derechos del ciudadano en el derecho penal «eficiente»”, *Crítica al derecho penal de hoy*, trad. de Patricia S. Ziffer, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2003, p. 65.

⁹¹ Desde hace algunos años, impulsado paradójicamente desde organizaciones civiles promotoras de derechos humanos, se ha incluido en los códigos penales del Distrito Federal y de la mayor parte de las entidades federativas el tipo penal de “violencia (intra)familiar”, que criminaliza conductas cometidas por un miembro de la familia en contra de otro integrante de la ésta. En pureza, el tipo no hace sino “reforzar” la tutela de bienes jurídicos ya protegidos a través de otros tipos penales, por ejemplo el de lesiones, bajo una nota que

para al empresario audaz del delincuente económico. La llamada del derecho penal a ámbitos que le son ajenos está produciendo una escisión de la comunidad en santos y pecadores, sin que sea posible encontrar ya hombres de buena voluntad.

Con independencia del juicio que se profese acerca de este exacerbado protagonismo del derecho penal en las relaciones sociales actuales, es innegable que se trata de un hecho cierto y, desde hace algún tiempo, irrefutable.⁹² La excesiva confianza en el derecho punitivo como medio para solucionar conflictos sociales no puede menos que calificarse de irracional y de injustificada; irracional, porque desborda las funciones que puede desempeñar, incursionando en un espiral que ensancha sus competencias y agrava la forma de su intervención. No sólo existen más tipos penales, sino que las sanciones alcanzan cotas de violencia que en muchos casos llegan a superar la generada hacia la víctima por el autor del hecho criminalizado; injustificada, porque la intervención punitiva no es capaz de lograr los fines que se le atribuyen, sino que, por el contrario, genera un déficit de actuación que deslegitima y pone en entredicho el entero funcionamiento del Estado del que la justicia penal aparece como la cara más visible.

Se pierde de vista que la pena es un instrumento que debe ser empleado con moderación, que se trata —para decirlo acudiendo a una metáfora proveniente del mundo clásico— de un *phármakon* que puede curar cuando la dosis es apropiada y producir consecuencias nocivas si se administra de forma desmesurada.⁹³

le atribuye especial gravedad por el hecho de infligirse por quienes se vinculan —o deberían hacerlo— afectivamente en el seno de la familia.

⁹² Una exposición notable sobre la “juridificación de la sociedad” y la invasión de la legislación en ámbitos antes reservados a la ética y la moral se puede encontrar en Rodotà, Stefano, *La vita e le regole. Tra diritto e non diritto*, Milán, Feltrinelli, 2006.

⁹³ Sobre la metáfora del *phármakon*, proveniente del pensamiento de Platón, véase Resta, Eligio, *La certeza y la esperanza. Ensayo sobre el derecho y la violencia*, trad. de Marco Aurelio Galmarini, Barcelona, Paidós, 1995: “La conciencia de la necesidad del reconocimiento de la violencia como problema fundamental de la sociedad atraviesa toda la tradición de la modernidad; pero

Puede sonar tremendista, pero no lo es. No, si se considera que la función del derecho penal es la reducción de la violencia y no su sola continuación por otros medios. El monopolio del Estado para infligir las penas, aspecto que lo define según la conocida teorización de Max Weber, implica también la autocontención y la racionalización. No se trata sólo de impedir la venganza privada, sino de impedir la venganza *tout court*, la que no deja de serlo solamente por la sustitución de quien la cumple.

No puede omitirse observar un hecho sintomático que deja traslucir una inquietante orientación de la política criminal moderna: el neopunitivismo actual ha prorrumpido hilvanando su discurso con un vocabulario bélico que alcanza cada vez mayores ámbitos de vida pública y social, lo cual puede considerarse posiblemente como su mayor estropicio cultural. Se habla de “guerra” contra el delito, de “cruzada” contra los delincuentes, de “lucha”, de “combate” y otras referencias de cuño similar. Este vocabulario se ha instalado ya como “pensamiento único” de la seguridad pública; ha dejado de ser patrimonio de las campañas de ley y orden, tradicionalmente auspiciadas por la derecha, y ha ingresado en los programas de todas las opciones políticas. Presentar el “problema penal” como un “problema bélico” invierte

esta misma tradición se ve también atravesada por una tranquilizadora autoconfortación gracias a la cual, una vez desencarnada la violencia del conjunto del sistema social y encarnada en el sistema del derecho y de la política, habría sido posible la realización del orden social. La autodescripción de la sociedad en términos de código de la violencia encuentra muy pronto solución y confinamiento: de ella deriva la *certeza* de que la soberanía y el derecho constituyen la respuesta racional, exclusiva, moderna, la única posible a la violencia de toda la sociedad. Tanto la soberanía como su ley —de un rey, de una *máquina*, de una asamblea, de una mayoría— se justifican en virtud de la necesidad de interrumpir la violencia natural de los individuos” (p. 37); “La violencia en dosis justas es la violencia *legítima*, que sólo el soberano podrá poner en práctica, aunque sin exceder determinadas cantidades, so pena de confundir el remedio con el mal mismo y perder de vista la *diferencia* respecto de su objeto” (p. 47); “El *phármakon* de la punición opera con una dosificación muy precisa: castigar menos para castigar mejor. Una violencia punitiva excesiva no es un antídoto, sino el mecanismo de aceleración y de contagio del envenenamiento” (p. 55).

completamente el enfoque y traza una ruta de cuño claramente antiliberal y un programa contrailustrado donde las garantías constitucionales suelen percibirse como embarazosos obstáculos no funcionales que es preciso remover o evitar o, cuando menos, disminuir, relativizar.

III. SIGUE

La tinta empleada para explicar las (sin)razones de la situación actual del derecho penal es considerable, y proviene de distintos enfoques: históricos, criminológicos, politológicos, etcétera. No pretendemos hacer un estudio exhaustivo de todos ellos, sino apenas una elementalísima aproximación con el único propósito de centrar un marco de referencia que nos permita ubicar el contexto “cultural” en que se inscribe el mandato de determinación como expresión del principio de legalidad penal en el capítulo quinto de este trabajo.⁹⁴

No podemos esperar para señalar que es ante la inaceptable situación que atraviesa la hipertrófica legislación penal que se justifica esclarecer los alcances de los principios y derechos consagrados en la Constitución —el de legalidad penal, como el más importante de ellos por su función limitadora del poder punitivo— a fin de afirmarlos ante los riesgos que ocasiona una política

⁹⁴ En Alemania, los análisis más completos del tema provienen de autores pertenecientes a la denominada “Escuela de Frankfurt”, cuyo representante más emblemático es Winfried Hassemer, actual *Vizepräsident* del Tribunal Federal Constitucional Alemán; en el ámbito italiano (con amplia difusión en nuestro medio), del profesor de la Università degli Studi di Roma Tre, Luigi Ferrajoli; en Francia, del antiguo magistrado de menores y actual miembro de L’Institut des hautes études sur la justice, Antoine Garapon, mientras que en España los estudios más sobresalientes sobre el particular pertenecen a los profesores Jesús-María Silva Sánchez, de la Universidad Pompeu Fabra, y José Luis Díez Ripollés, de la Universidad de Málaga. Una valiosa investigación del profesor argentino Daniel R. Pastor ilustra de manera inmejorable acerca de las opiniones de los autores mencionados. Pastor, Daniel R., *op. cit.*, nota 2, pp. 22-82; nos hemos servido de muchas de las citas y referencias bibliográficas ahí mencionadas.

legislativa contingente, episódica y, a veces, de plano irracional. Se ha escrito que la tendencia hacia la hipertrofia del derecho penal es un fenómeno irreversible que acompaña al desarrollo tecnológico e industrial de las sociedades modernas. Señala Palazzo que las causas “hay que buscarlas en los complejos problemas sociales, más que normativos, que son característicos del modelo de Estado social y democrático de derecho propio del capitalismo postindustrial”. Para el catedrático de la Universidad de Florencia, es el incremento del riesgo al que se asiste en las sociedades modernas el que reclama una “significativa anticipación y extensión de la tutela de bienes jurídicos tradicionalmente protegidos por el derecho penal (vida, salud, seguridad)”, lo cual trae como consecuencia que “el ámbito parlamentario en el que se elaboran las leyes comporta dificultades de carácter técnico y político para diseñar “tipos” penales correctamente determinados y precisos; de ahí la frecuencia con la que las normas presentan un alcance casi *omnicomprensivo* capaz de castigar tanto los hechos realmente graves como aquellos que son pura bagatela”.⁹⁵

En la misma línea de opinión se inscribe el penalista catalán Jesús-María Silva Sánchez, quien rechaza que la deplorable situación de la legislación penal actual se deba (sólo) a la “perversión del legislador”, sino que “nos hallamos ante causas algo más profundas, que hunden sus raíces en el modelo social que se ha ido configurando durante, al menos, los dos últimos decenios y en el consiguiente cambio de papel del derecho penal en la representación que del mismo tienen amplias capas sociales”,⁹⁶ especialmente a la aparición (y percepción) de nuevos riesgos que han contribuido a generar una “sensación social” de inseguridad.

⁹⁵ Todas las citas en Palazzo, Francesco, “Principio de *ultima ratio* e hipertrofia del derecho penal”, en Arroyo Zapatero, Luis y Berdugo Gómez de la Torre, Ignacio (dirs.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos*, In memoriam, vol. I, Cuenca, 2001, p. 433.

⁹⁶ Silva Sánchez, Jesús-María, *La expansión del derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 19 y 20.

ridad que se traduce en fuertes demandas de protección dirigidas al Estado, y que éste debe satisfacer empleando todos los medios posibles, entre ellos el derecho penal.

Nada, desde luego, podría objetarse a que el Estado recurra al derecho penal para afrontar los retos que conllevan nuevas conductas que emergen en la denominada “sociedad del riesgo”; lo que sí resulta enteramente censurable es la fuerte recurrencia a los instrumentos punitivos como remedio a situaciones que exceden completamente la solución criminalizadora, que termina de esta forma instrumentalizada políticamente.⁹⁷

No resultaría desencaminado inscribir la fenomenología de la caótica expansión punitiva en un problema de mayores magnitudes que tiene que ver con desmejoramiento general de la política como actividad racional orientada a fines. Ésta es sin duda la razón que ha llevado a un autor tan atento como Baratta a señalar que

la legislación penal simbólica... es un ejemplo crudo de aquella tecnología del poder que ha sido denominada “la política como espectáculo”. En ella la relación entre políticos y ciudadanos asume la fuerza de una relación teatral entre actores y público; en vez de ser el consenso (sobre los valores constitucionales) la base de *legitimidad* de las decisiones legislativas, éstas se instrumentalizan con fines electorales, en un proceso artificial de *legitimación*, en un intercambio de ilusión de seguridad y votos.⁹⁸

⁹⁷ Sobre el punto, escribe Peter-Alexis Albrecht: “En el ámbito de la discusión pública sobre los problemas sociales puede considerarse como una tendencia generalizada en todos los partidos políticos la reacción permanente e inmediata mediante la llamada al Derecho penal... Aunque es más que cuestionable que el Derecho penal pueda solucionar éstos y otros problemas sociales tan complejos, sí puede constatar, sin lugar a dudas, que el derecho penal posee actualmente el carácter de *arma política*”. Véase “El derecho penal en la intervención de la política populista”, *La insostenible situación del derecho penal*, cit., Granada, 2000, pp. 472 y 473.

⁹⁸ Baratta, Alessandro, *Prefazione* a Moccia, Sergio, *La perenne emergenza. Tendenze autoritarie nel sistema penale*, Napoli, Edizione Scientifiche Italiane, 2000, pp. XV y XVI.

El *coyunturalismo* y la improvisación como notas actuales de la actividad legislativa apenas requieren de argumentación ante la evidencia abrumadora de leyes de todo cuño que se expiden como reacción inmediata a cualesquier demanda que adquiera relevancia en los circuitos mediáticos, en cuyo espacio pareciera discurrir toda la realidad de la política; la espada del derecho penal se blande con apesuración y ligereza ante la más mínima provocación, con el riesgo de que su uso desaforado termine mellando su filo y trocándola en instrumento inútil, haciendo caso omiso de la advertencia formulada hace más de un siglo por Franz von Liszt y a la instancia de prudencia y moderación que en el terreno de la literatura —siempre fecunda en enseñanzas— hacía Don Quijote a Sancho cuando éste se aprestaba a asumir el gobierno de la ínsula Barataria.⁹⁹

Basta una ojeada a los periódicos de cualquier país para advertir que prácticamente en todo el orbe se expresa una demanda de mayor seguridad pública; las causas generadoras de esta situación son harto complejas y rebasan el puro temor a ser víctima de un delito.¹⁰⁰

⁹⁹ “No hagas muchas pragmáticas, y si las hicieres, procura que sean buenas, y sobre todo que se guarden y cumplan, que las pragmáticas que no se guardan lo mismo es que si no lo fuesen, antes dan a entender que el príncipe que tuvo discreción y autoridad para hacerlas no tuvo valor para hacer que se guardasen; y las leyes que atemorizan y no se ejecutan, vienen a ser como la viga, rey de las ranas, que al principio las espantó, y con el tiempo la menospreciaron y se subieron sobre ella”.

¹⁰⁰ A este respecto, el sociólogo de origen polaco Zygmunt Bauman señala: “El problema contemporáneo más siniestro y penoso puede expresarse más precisamente por medio del término *Unsicherheit*, la palabra alemana que fusiona otras tres en español: ‘incertidumbre’, ‘inseguridad’ y ‘desprotección’... Las instituciones políticas existentes, creadas para ayudar a las personas en su lucha contra la inseguridad, les ofrecen poco auxilio. En un mundo que se globaliza rápidamente, en el que gran parte del poder político —la parte más seminal— queda fuera de la política, estas instituciones no pueden hacer gran cosa en lo referido a brindar certezas o seguridades. Lo que sí pueden hacer —que es lo que hacen casi siempre— es concentrarse en esa angustia dispersa y difusa de uno solo de los ingredientes del *Unsicherheit*: el de la seguridad, el único aspecto en el que se puede hacer algo y en el que se puede ver que se

La seguridad se ha independizado como necesidad y se ha convertido en un “concepto simbólico”¹⁰¹ que se ha colocado a la cabeza de los objetivos que la política —¡no sólo la política criminal, sino la política *tout court!*— debe procurar, transformándose, para todos los efectos, en exigencia de seguridad pública.

En este contexto, la idea de un derecho penal mínimo y protector, inscrito en la tradición cultural del pensamiento ilustrado, termina cediendo ante la idea de derecho penal preventivo y disuasivo, que actúe bajo criterios de eficiencia. Los apremios de “aquí y ahora” con que suelen expresarse las demandas de mayor seguridad pública suelen tener como respuesta una errática reacción política que se proyecta en una legislación penal concebida de manera casuística, *ad hoc*, a hechos inmediatos cuya nota acaso sea su capacidad para generar alarma social y recabar una amplia cobertura mediática.

Por otro lado, la presencia de fuertes grupos de presión mediáticos es una realidad de nuestros días que genera notables repercusiones en prácticamente todos los ámbitos de la política, naturalmente también en la política penal. En ese sentido, se ha dicho con razón que “una opinión pública favorable es capaz de desencadenar por sí sola respuestas penales”.¹⁰² Cada vez que se

está haciendo. La trampa es, no obstante, que aunque hacer algo eficaz para remediar o al menos para mitigar la inseguridad requiere de una acción conjunta, casi todas las medidas adoptadas en nombre de la seguridad tienden a dividir; siembran la suspicacia mutua, separan a la gente, la inducen a suponer conspiradores y enemigos ante cualquier disenso o argumento, y acaban por volver más solitarios a los solos. Y lo peor de todo: aunque esas medidas están muy lejos de dar en el centro de la verdadera fuente de angustia, sin embargo consumen toda la energía que esa fuente genera, energía que podría emplearse más eficazmente si se la canalizara en el esfuerzo de devolver el poder al espacio público gobernado por la política”. Véase *En busca de la política*, trad. de Mirta Rosenberg, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2001, p. 13.

¹⁰¹ Albrecht, Peter-Alexis, *op. cit.*, nota 97, p. 474.

¹⁰² Díez Ripollés, José Luis, *La racionalidad de las leyes penales*, Madrid, Trotta, 2003, p. 34. En otro lugar el mismo autor escribe que: “...la opinión pública activada por los medios de comunicación social, somete a los poderes públicos a una continua presión para que se emprendan reformas legislativas

repara la legislación penal que surge como respuesta a la “emergencia” de los delitos de cualquier cuño que visitan las páginas rojas de los diarios, se tiene la impresión de que su única finalidad es generar la idea de que “se hace algo”, no importa si ese algo sirva de mucho, de poco o de nada; en suma, de actuar en el ámbito de lo comunicativo y simbólico y no de lo objetivo.

Es posible advertir en los hechos cómo se desactiva una de las virtudes reconocidas al sistema representativo desde el famoso *Speech* de Edmund Burke —político, por cierto, conservador—, esto es, el procesamiento racional por parte de los órganos parlamentarios de los deseos particularistas y frecuentemente poco meditados de los electores, especialmente ante hechos que concitan un alto grado de alarma social, al trasladar sin mediación alguna las demandas de criminalización que se formulan por grupos y *lobbies* de la sociedad que de esta manera refuerzan su activismo.

Lo anterior, señala Díez Ripollés,

origina una serie de resultados negativos importantes: se da por buena una visión simplificada y superficial de la realidad social y de las consecuencias de su intervención en ella, lo que supone un notable descenso de las exigencias relativas al grado de análisis y reflexión de los problemas sociales preciso para poder justificar una intervención legislativa penal, en directa contradicción con la progresiva complejidad de nuestras sociedades.¹⁰³

que permitan al derecho, y al derecho penal en particular, reflejar en todo momento los consensos, compromisos o estados de ánimo en estos debates públicos sobre problemas sociales relevantes. A su vez, los poderes públicos conocedores de los significativos efectos socializadores y, sobre todo, sociopolíticos que la admisión de tales demandas conlleva, no sólo se muestran proclives a atenderlas sino que con frecuencia las fomentan. Así entremos en el reino del proceder legislativo declarativo-formal, cuya pretensión es plasmar en la norma legal del modo más fiel posible el estado actual de las opiniones colectivas sobre una determinada realidad conflictiva, y que está ayuno de cualquier consideración sobre la medida en que la norma en cuestión puede colaborar en la solución del problema”. Véase “El derecho penal simbólico y los efectos de la pena”, *Actualidad Penal*, Madrid, núm. 1, 2001, p. 3.

¹⁰³ *La racionalidad de las leyes penales, cit.*, pp. 34 y 35.

No resulta menor el papel que en esta espiral de crecimiento punitivo desempeñan los medios de comunicación masiva.¹⁰⁴ Al informar de los delitos cometidos en cualquier parte del mundo y difundir en forma repetida cascadas de imágenes sobre hechos —algunos gravísimos— no pocas veces captados en directo por medio de una prácticamente omnisciente cobertura a través de todo tipo de dispositivos tecnológicos, generan a menudo la sensación de que hoy ocurren más delitos, cuando la diferencia es que antes sólo conocíamos los que afectaban a alguna persona de nuestro círculo personal, familiar o laboral, a lo sumo de nuestro lugar de residencia.

IV. LA DESCODIFICACIÓN PENAL

Nacido de la pluma de un conocido jurista del derecho privado, Natalino Irti,¹⁰⁵ el término “descodificación” ha cobrado fortuna para distinguir una época —*la edad de la descodificación*— caracterizada por una actividad legislativa mucho más intensa que la observada en las que le precedieron. Partiendo de una metáfora tomada del escritor Stefan Zweig, Irti califica la época anterior a la Segunda Guerra Mundial, como el “mundo de la seguridad”,¹⁰⁶ que

¹⁰⁴ Sobre este punto es básico Barata, Francesc, “El drama del delito en los *mass media*”, *Delito y sociedad. Revista de Ciencias Sociales*, Barcelona, año 7, núms. 11 y 12, 1998.

¹⁰⁵ Irti, Natalino, *op. cit.*, nota 4, p. 28.

¹⁰⁶ La obra del escritor austriaco de la que proviene la metáfora aludida por Irti es *El mundo de ayer* (México, Porrúa, 1993, pp. 1 y 2), un panegírico a la cultura europea de la preguerra escrito en clave autobiográfica, en el que se lee: “Si me propusiera encontrar una fórmula cómoda para la época anterior a la primera guerra mundial, a la época en que me eduqué, creería expresarme del modo más conciso diciendo que fue *la edad dorada de la seguridad*. En nuestra casi milenaria monarquía austriaca, todo parecía establecido sólidamente y destinado a durar, y el mismo Estado aparecía como una garantía suprema de esa duración. Los derechos que concedía a sus ciudadanos eran confirmados por el Parlamento, representación, libremente elegida, del pueblo, y cada deber tenía sus límites exactos. Nuestro dinero, la corona austriaca, circulaba en forma de resplandecientes monedas de oro y aseguraba así su inmutabilidad. Cada perso-

sería “el mundo de los códigos, que traducen, en una ordenada secuencia de artículos, los valores del liberalismo decimonónico”.¹⁰⁷ La crisis de esos valores produciría la entrada en crisis de la codificación. Mucho se comprende del siguiente párrafo:

En el marco histórico trazado, la técnica legislativa es radicalmente modificada. La ley asume ahora las características de concreción y de individualidad, que eran propias del negocio privado: no más cánones abstractos y generales de acciones, sino respuestas a específicos y determinados problemas. Irrumpen así en el lenguaje legislativo, por un lado, indicaciones de programas y de resultados deseables para el bien común y la utilidad social; y, por el otro, terminologías científicas, económicas, industriales, conexas con los problemas de la edad contemporánea. *Las leyes se multiplican no tan sólo en el número, sino en las modalidades expresivas y sintácticas*, cada una adaptándose al léxico particular o a la simple jerga de la materia regulada. Cada vez se aleja más el mito de un lenguaje matemático, que se desarrolla sobre la base de significados convencionalmente preestablecidos y según precisas reglas de transformación. *Los lenguajes de las leyes, múltiples y discordantes, prolijos y ambiguos, declamatorios y programáticos, hacen imposible un lenguaje unitario del derecho civil, del cual el intérprete pueda inferir criterios constantes y unívocos de lectura.*¹⁰⁸

Si bien las reflexiones de Irti dan cuenta del estado de la cuestión en el terreno del derecho privado, específicamente del código civil, y aunque las consecuencias que este proceso ha implicado para el derecho penal requieren de una valoración distinta, a

na sabía cuánto poseía o cuánto le correspondía, *lo que le era permitido y lo que le estaba prohibido*. Todo tenía su forma, su peso y su medida determinados... Esta sensación de seguridad era el bien más digno de ambicionarse para millones de hombres, el ideal de la vida común. La vida sólo era considerada digna de vivirse si estaba basada en esta seguridad, y círculos cada vez más amplios reclamaban parte de aquel tesoro... Sólo el que podía contemplar el futuro sin preocupaciones disfrutaba del presente con buenos sentimientos”.

¹⁰⁷ Irti, Natalino, *op. cit.*, nota 4, p. 19.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 26. Las cursivas son nuestras.

las que tiene en el terreno que se mueve el autor, constituyen una aguda mirada a causas que son en gran medida comunes para las dos materias.¹⁰⁹

En efecto, *la edad de la descodificación* tiene como notas la irrupción de un número creciente de leyes especiales, la formación de microsistemas normativos lógicamente autónomos y de un conjunto de normas administrativas, en las que se acude a formulaciones vagas, equívocas y ambiguas. Como consecuencia de ello, apunta la filósofa del derecho de la Universidad de Bolonia, Carla Faralli, “se asiste a un sustancial retorno al particularismo jurídico, a tratamientos normativos diferenciados, lo que habría sido el blanco principal de los promotores de las codificaciones del ochocientos”.¹¹⁰

El derecho penal no ha escapado a esa fenomenología, con la circunstancia de que las consecuencias que conlleva la dispersión legislativa y la *flexibilización* del lenguaje de las leyes que tipifican delitos y señalan penas son notablemente más perniciosas en esta sede, en tanto que comprometen principios y derechos constitucionales y la racionalidad misma con que debe operar el sistema penal. Como señala Salvatore Senese, “Los mismos fenómenos que han llevado a la crisis de la codificación en los otros sectores del derecho han afectado también al derecho penal. La expansión de las funciones del Estado, la progresiva aparición de nuevas áreas de relaciones sociales y económicas, la complejidad creciente de la sociedad y de sus conexiones, la misma globalización, han hecho aumentar de forma desmedida los bienes a proteger mediante el recurso a la sanción penal”.¹¹¹

¹⁰⁹ Sobre las distintas consecuencias de la descodificación en los ámbitos civil y penal, véase Ferrajoli, Luigi, “Legalidad civil y legalidad penal. Sobre la reserva de código en materia penal”, *Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal*, Buenos Aires, Ad-Hoc, núm. 15, 2003, pp. 15-30.

¹¹⁰ Véase Faralli, Carla “La certezza del diritto nella età della decodificazione”, en http://www.cirsfid.unibo.it/murst40-97/40-97/SezioneII/ParteIII/3.3/Faralli_new.doc, pp. 9 y 10.

¹¹¹ Véase Senese, Salvatore, “La riserva di codice”, *Diritto penale minimo* (a cura di Umberto Curi e Giovanni Palombarini), Roma, Donzelli, 2002, p. 85.

Junto a la dispersión legislativa de los delitos generada por la inclusión de tipos penales en leyes especiales, esto es, fuera del código penal, podemos ubicar otra proyección del proceso de “descodificación”, acaso de mayores consecuencias que la primera, en tanto que no sólo afecta el aspecto sistemático de la ubicación de los delitos y las penas, sino su racionalidad intrínseca como actos de lenguaje cuya finalidad consiste en prescribir o prohibir conductas.

Como alternativa al primero de los problemas se ha propuesto la inclusión dentro de los textos constitucionales, de una garantía de “reserva de código”, como mandato que obligaría al legislador a prever exclusivamente *intra codicem* los delitos y las penas, a la par que se colocaría la materia penal fuera del alcance de mayorías parlamentarias coyunturales mediante la introducción de un procedimiento calificado de reforma.¹¹²

El aspecto que atañe al lenguaje de las leyes tiene notablemente implicaciones más profundas y complejas, cuyo estudio pormenorizado reservamos para otro capítulo, y aunque ciertamente no parece ser un fenómeno que deje sentirse solamente en el ámbito jurídico-penal, la gravedad de las consecuencias que tiene en esta materia exige de una reflexión más puntual que nos permita prever hasta donde sea posible los riesgos que trasunta para los derechos y garantías.¹¹³

¹¹² La propuesta de “reserva de código” se debe a Ferrajoli, Luigi, “Diritto penale minimo”, *Dei delitti e delle pene*, 2/91, pp. 493-524). Entre otros defensores de la propuesta, pueden citarse a Senese, Salvatore, “La riserva di codice”, *Diritto penale minimo* (a cura di Umberto Curi e Giovanni Palombarini), Roma, Donzelli, 2002, pp. 79-98; Pastor, Daniel R., *op. cit.*, nota 2.

¹¹³ En el ámbito de la literatura, la que comparte con el derecho su estrecha relación con el lenguaje, Ítalo Calvino hace algunos años formulaba el siguiente diagnóstico: “A veces tengo la impresión de que una epidemia pestilente azota la humanidad en la facultad que más le caracteriza, es decir, en el uso de la palabra; una peste del lenguaje que se manifiesta como pérdida de fuerza cognoscitiva y de inmediatez, como automatismo que tiende a nivelar la expresión en sus formas más genéricas, anónimas, abstractas, a diluir los significados, a limar las puntas expresivas, a apagar cualquier chispa que brote del encuentro de la palabra con nuevas circunstancias”. Véase *Seis propuestas para el nuevo*

Las diferentes consecuencias que la descodificación importa para los ámbitos civil y penal han sido puestas de relieve por Luigi Ferrajoli.¹¹⁴ En el caso de la materia civil —apunta el profesor italiano— la aparición de distintos “microsistemas” o “subsistemas” de leyes obedece a que se dirigen a una diversidad de sujetos o grupos —lo cual puede ser objeto de crítica o no, valorado como conveniente o inconveniente—, pero sin que pueda decirse que ello carezca de una racionalidad intrínseca como modelo de desarrollo del derecho civil, por lo que, a propósito de la descodificación civil, no se pueda hablar de crisis, sino en todo caso de una mayor diferenciación y articulación de la razón civilista.¹¹⁵

Por el contrario, en la materia penal la descodificación se ha desarrollado en una línea exactamente opuesta, manifestándose en una pura y simple derivación inflacionaria de la legislación especial, en la cual es difícil reconocer alguna lógica o racionalidad.¹¹⁶ La opinión de Ferrajoli, por resumir de manera inmejorable las consecuencias políticas y jurídicas de la descodificación penal, merece ser citada *in extenso*:

milenio, trad. de Aurora Bernárdez y César Palma, Madrid, Siruela, 2001, p. 68. Respecto a la relación entre derecho y literatura —y de ambas con el lenguaje— el profesor Diego Valadés escribe: “Las motivaciones de escritores y juristas no son excluyentes. Los creadores tienen una percepción privilegiada de la realidad. Con frecuencia hacen ver en ella lo que para muchos pasa inadvertido, o denuncian lo que otros también advierten pero callan o incluso ocultan. Son, las suyas, expresiones de fenómenos que cuando no ayudan a rectificar sí, al menos, contribuyen a identificar. Para los juristas el conocimiento literario no es un divertimento ni una postura de erudición; es una forma de precisar el contenido y la intención de las palabras. La palabra es el instrumento de trabajo de los escritores y los juristas”. Véase *La lengua del derecho y el derecho de la lengua. Discurso de ingreso a la Academia Mexicana de la Lengua*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 24; una magnífica mirada a las relaciones entre el derecho y la literatura sobre los problemas humanos puede verse en Magris, Claudio, “Letteratura e diritto. Strade opposte davanti al male”, *L'intervento*, publicado en *Il Corriere della Sera*, 16 de abril de 2006.

¹¹⁴ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 109, pp. 15-30.

¹¹⁵ *Ibidem*, p. 17.

¹¹⁶ *Ibidem*, p. 18.

A mi entender, esta diferencia reside en la diversa naturaleza de las dos clases de leyes y, precisamente, en el rol opuesto demandado por ellas en relación a las libertades de los ciudadanos. El derecho civil es esencialmente una producción de los particulares, expresión de sus poderes de autonomía de negociación. Respecto de las libertades civiles, por lo tanto, la ley y el principio de legalidad tienen únicamente una función de ‘límite jurídico’ a la autonomía privada... Por el contrario, el derecho penal, tal como lo escribiera Thomas Hobbes, es enteramente un artificio jurídico, producido por el Estado como expresión máxima de su potestad autoritaria. Depende enteramente de la proyectación jurídica y política. El principio de legalidad —y su corolario de certeza, asegurado por la codificación— tiene, por lo tanto, un rol exactamente opuesto al desempeñado por el mismo principio en materia civil: el de límite jurídico ya no a la autonomía privada en tutela de intereses públicos, sino, al contrario, el de límite a las potestades públicas, policiales y judiciales, en garantía de las libertades de los ciudadanos contra el arbitrio judicial.¹¹⁷

Es precisamente la nota de incidir negativamente sobre los principios de mínima racionalidad que debe recuperar el derecho penal de un Estado constitucional —expresión como lo es la máxima violencia que el Estado puede hacer al ciudadano cuando éste afecta de manera intolerable bienes y derechos de otros semejantes, y que, por tanto, precisa de ser rodeada de todos los recaudos que eviten su desmesura y su ejercicio arbitrario—, lo que obligaría considerar la creciente descodificación penal como un riesgo para la justicia penal, y —por la posición central que ésta tiene como institución límite— para la misma legitimidad del Estado como ejercicio racional del poder. En este sentido, Ferrajoli apunta que

...los costos de la descodificación penal van más allá de la debilitación de las garantías penales y procesales y de la parálisis de la justicia. Ellos se extienden a la conservación misma del Estado de Derecho, al poner en crisis la separación de los poderes y la

¹¹⁷ *Ibidem*, p. 20; el destacado es nuestro.

sujeción del juez a la ley. El colapso de la capacidad reguladora de la ley, y por tanto de la *artificial reason* que Thomas Hobbes había contrapuesto a la *iuris prudentia* o sabiduría de los jueces subordinados de su tiempo, equivale, de hecho, a la desaparición de todos los valores políticos sobre los que se basa el Estado de Derecho y que son asegurados por el principio de legalidad: la *certeza del derecho*, o sea, la previsibilidad de la intervención penal; la *sujeción del juez a la ley* y, por lo tanto, la igualdad de tratamiento y la inmunidad de los ciudadanos frente al arbitrio judicial; la *primacía de la legislación* y, por lo tanto, de la política y soberanía popular, en la definición de los delitos y —en consecuencia— de los bienes jurídicos merecedores de tutela penal.¹¹⁸

Es que la exigencia de certeza como nota definitoria del derecho en todas sus ramas alcanza sus más altas cotas en materia punitiva. La tutela de los derechos implicados exige del legislador penal un esfuerzo superior en la definición de los delitos y las penas, mandato del que no cabe abdicar ni supeditar a ningún fin de pretendida eficacia ante la emergencia del día. La invitación al “reposo del legislador” es siempre preferible a un legislador descompuesto y desaliñado.¹¹⁹ De ahí que resulte del todo pertinente lo señalado por un autor al escribir que “Al legislador debe exigírsele, pues, que siga la sentencia de Wittgenstein: «Sobre lo que no se puede hablar, debe guardarse silencio»”.¹²⁰

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 21.

¹¹⁹ Mantovani, Antonio, “Sulla perenne esigenza della codificazione”, *Valore e principi della codificazione penale: le esperienze italiana, spagnola e francese a confronto*, cit., p. 327.

¹²⁰ Véase Süß, Frank, “El trato actual del mandato de determinación”, *La insostenible situación del derecho penal*, cit., p. 234.