

¿Legalidad penal líquida?

En las últimas décadas, tanto el significado como el contenido del principio de legalidad penal se han visto expuestos a tensiones. Algunas de ellas afectan a su dimensión política, que lo asocia al principio democrático.¹ Al respecto, es cierto –en primer lugar– que las propias nociones de democracia deliberativa y de autolegislación de los ciudadanos se han teorizado en tiempos recientes.² Sin embargo, precisamente en estos años se ha intensificado la pérdida de calidad democrática de las leyes penales formales, que se muestran en amplia medida como un producto de las burocracias de los partidos políticos dominantes en cada caso.³ A ello se añade, en segundo lugar, el carácter limitadamente democrático de las disposiciones europeas de armonización de los Derechos penales nacionales. Éstas, no obstante su carácter asimismo burocrático, condicionan de modo significativo la evolución de la legislación penal de los Estados miembros de la Unión.⁴ Por fin, en tercer lugar, se ha producido una disociación de las nociones de democracia y garantismo. El contenido de la ley penal democrática no es necesariamente expresión de las garantías de un Derecho penal liberal. A veces sucede todo lo contrario: en ella se expresa un populismo autoritario. La protección de las garantías fundamentales acaba siendo, entonces, cuestión de los tribunales ordinarios y, en última instancia, del Tribunal Constitucional.⁵ En Estados Unidos, en vista de la tendencia de la legislación hacia la *Overcriminalization*⁶, así como del modo en que esto se apoya por parte de los *Prosecutors* del *Department of Justice*⁷, las expectativas de una restricción de lo punible se centran en el poder

¹ Sobre ello, FIANDACA, «Aspetti problematici del rapporto tra diritto penale e democrazia», en STILE (ed.), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, 2011, Edizioni Scientifiche Italiane, Nápoles, pp. 135 y ss.

² Aunque naturalmente sobre las bases clásicas de KANT o de ROUSSEAU.

³ Cfr. la crítica de BRAUM, *Europäische Strafgesetzlichkeit*, 2003, Vittorio Klostermann, Fráncfort del Meno, p. 38-39. Detalladamente sobre este aspecto GRANDI, «“Nullum crimen sine lege” parlamentaria y Derecho penal europeo», en DíEZ-PICAZO/NIETO (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, Aranzadi, Navarra, pp. 183 y ss., especialmente 195 y ss., con amplias referencias bibliográficas italianas.

⁴ GRANDI, en DíEZ-PICAZO/NIETO MARTÍN (dirs.), *Los derechos fundamentales en el Derecho penal europeo*, 2010, pp. 203 y ss. De todos modos, existe un cierto consenso en el sentido de que, si en un país existen estándares de legalidad más rigurosos que los acogidos por los tribunales europeos, deben prevalecer aquéllos: SCOLETTA, «El principio de legalidad europeo», en DíEZ-PICAZO/NIETO MARTÍN, *Los derechos fundamentales*, 2010, pp. 251 y ss., 256, 262.

⁵ Próximo FIANDACA, en STILE (ed.), *Democrazia e autoritarismo nel diritto penale*, 2011, p. 145. He aquí una de las fuentes del debate entre neo-constitucionalismo y “democratismo” (en terminología de FIANDACA, “*democrazia costituzionale inclusiva a carattere tendenzialmente universalistico*” frente a “*democrazia maggioritario-comunitarista-identitario*”), que, a mi juicio refleja un debate más profundo, a saber, el que tendría lugar entre una aproximación de filosofía moral (en donde caben aproximaciones filosófico-morales más individualistas o más holistas) y otra más demoscópica (empírica) a la cuestión de la criminalización.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, *La expansion del Derecho penal*, 3ª ed., 2011, BdeF, Buenos Aires-Montevideo, pp. 192 y ss., con referencia, entre otros, al texto de HUSAK.

⁷ Sobre este tema, cfr. el texto de REYNOLDS, «Ham Sandwich Nation: Due Process When Everything is a Crime», *Columbia Law Review Sidebar*, 2013, pp. 108-108 (http://columbialawreview.org/ham-sandwich-nation_reynolds/).

judicial. Por otro lado, el problema de la legalidad penal se está viendo directamente influido por el significado que se pueda atribuir al fenómeno del neoconstitucionalismo.

Otras tensiones afectan a la dimensión técnica del principio de legalidad: la seguridad jurídica. Es conocida la aspiración iluminista de que las leyes penales determinaran el comportamiento prohibido con tal claridad y precisión que permitieran la orientación *ex ante* de la conducta de los ciudadanos. Pero resulta más que dudoso que tal aspiración se haya hecho realidad en algún momento. En el caso de los *mala in se*, la orientación de los ciudadanos ha sido resultado del sustrato ético-social más que del tenor de la correspondiente ley penal. En cambio, en el caso de los *mala quia prohibita* lo razonable es partir de la idea de que la orientación de los ciudadanos por el tenor de las leyes resulta, sencillamente, una ficción. En las últimas décadas, los propios Tribunales constitucionales han reconocido la inevitable vaguedad del lenguaje ordinario así como la legitimidad del recurso del legislador penal a términos porosos, con la finalidad de lograr la adaptación de las leyes formales a circunstancias cambiantes o a las exigencias de justicia del caso concreto.⁸ La protección de la garantía de seguridad jurídica no vendría dada, entonces, por la ley penal en sí misma, sino por la estabilidad de las interpretaciones judiciales. Dicha estabilidad –previsibilidad– habría de ser garantizada, en última instancia, por el respectivo Tribunal constitucional.

Existen otros aspectos adicionales que no deben desconocerse. Por un lado, que la ley formal se percibe en determinadas ocasiones más como obstáculo que como instrumento de la justicia. Ciertos sectores doctrinales y jurisprudenciales han mostrado su oposición al hecho de que el formalismo de la ley positiva se convierta en un obstáculo para la realización de la justicia material.⁹ El tema no es en absoluto nuevo: de hecho, es común relacionarlo con la Fórmula de RADBRUCH sobre el “*gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht*”.¹⁰ Las divergencias tienen que ver con el alcance que se atribuye a la “excepción de justicia” frente a la vigencia de una determinada garantía formal del principio de legalidad. En el plano supranacional, el hecho de que el Convenio Europeo de Derechos Humanos utilice la expresión “*law*” (“*droit*”, y no “*loi*”) permite entrar a valorar si una disposición legal es o no derecho, esto es, si cuenta con legitimidad sustancial o no. En el caso de que tal legitimación se le niegue a una disposición nacional beneficiosa para el reo, surge obviamente la base para un conflicto con garantías del principio de legalidad. Con todo, en general la mencionada excepción se admite sólo en casos límite, en términos similares a los que el propio RADBRUCH estableciera.¹¹ Por otro lado, que

⁸ MURMANN, «Entformalisierung des Strafrechts – Eine erste Annäherung», en MURMANN (ed.), *Recht ohne Regeln? Die Entformalisierung des Strafrechts*, 2011, Niedersächsische Staats- und Universitätsbibliothek, Gotinga, pp. 5 y ss., 6 y ss., 8 („Anpassungsfähigkeit an die Besonderheiten des Einzelfalls“) y 10 („...werden überzogene Anforderungen an den Gesetzgeber zurückgewiesen und der Vernunft der Gerichte einiges zugetraut...“).

⁹ Sobre el modo en que el TEDH ha abordado esta cuestión (en los casos *Streletz c. Alemania y K.-H.W. c. Alemania*) señalando que una disposición nacional no puede ser considerada “*law*” cuando constituye una violación objetiva y absolutamente evidente de los derechos humanos, cfr. SCOLETTA, en DÍEZ-PICAZO/NIETO MARTÍN, *Los derechos fundamentales*, 2010, pp. 263 y ss.

¹⁰ *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1946, pp. 105 y ss.

¹¹ Así, en la tesis de la insoportabilidad: “*Der Konflikt zwischen der Gerechtigkeit und der Rechtssicherheit dürfte dahin zu lösen sein, daß das positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, daß der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Maß erreicht, daß das Gesetz als "unrichtiges Recht" der Gerechtigkeit zu weichen hat.*”. Y la tesis de la negación: “*[W]o Gerechtigkeit nicht einmal erstrebt wird, wo die Gleichheit, die den Kern der Gerechtigkeit ausmacht, bei der Setzung positiven Rechts bewußt verleugnet wurde, da ist das Gesetz nicht etwa nur "unrichtiges Recht", vielmehr entbehrt es überhaupt der Rechtsnatur.*”

tienden a integrarse en el contenido del principio de legalidad garantías que poco o nada tienen que ver con su naturaleza esencialmente formal-textual: entre otros, pueden mencionarse la aplicación retroactiva de la *lex mitior*; la observancia del principio interpretativo *in dubio pro libertate*; o, en fin, la adecuación de la interpretación de un determinado texto legal a la axiología constitucional o al canon metodológico propio de la ciencia jurídica, de modo que se salvaguarde la “orientación material de la norma”.

En fin, que las garantías del principio de legalidad se entienden como principios en sentido estricto¹². En esa medida, se admite: a) que se concreten de modo diverso en los distintos ordenamientos jurídicos nacionales; y b) la posibilidad de que esas garantías –entendidas como mandatos de optimización– entren en conflicto con otros principios del Derecho penal, debiendo ser objeto de la correspondiente ponderación razonable (*balancing*).

Todo lo anterior viene sucediendo en los distintos países como consecuencia de la propia evolución de la concepción de la legalidad. Partiendo del legalismo, o concepción formalista de la legalidad, parece haberse evolucionado hacia una concepción sustancial o material de ésta. Desde esta perspectiva, la exigencia de legalidad penal aludiría básicamente a la pretensión de lograr una interacción entre el poder legislativo y el judicial que redunde en la producción de interpretaciones judiciales legítimas y estables: interpretaciones previsibles y accesibles.¹³

Sobre las causas de esta modificación en la concepción del principio de legalidad puede discutirse; son seguramente varias y complejas. Pero lo que resulta prácticamente seguro es que a tal modificación no ha sido ajena la convivencia del sistema jurídico continental (*civil law*) y el clásico sistema anglosajón (*common law*)¹⁴. En cuanto a sus consecuencias, seguramente hay mucho de satisfactorio en esta evolución. Pero no todo el monte es orégano. De zarzas y malas hierbas habrá que hablar en otra ocasión.

Jesús-María Silva Sánchez

¹² Cfr. ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, 1986 (= *Teoría de los derechos fundamentales*, 2002, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, pp. 81 y ss.).

¹³ SCOLETTA, en DíEZ-PICAZO/NIETO MARTÍN, *Los derechos fundamentales*, 2010, pp. 258 y ss., subrayando cómo al “principio de legalidad europeo” le es extraña la dimensión democrática de la “reserva de ley”.

¹⁴ TEDH Scoppola c. Italia (núm. 2), Sentencia de 17 de septiembre de 2009, nm. 101: “... it is a firmly established part of the legal tradition of the States party to the Convention that case-law, as one of the sources of the law, necessarily contributes to the gradual development of the criminal law. Article 7 of the Convention cannot be read as outlawing the gradual clarification of the rules of criminal liability through judicial interpretation from case to case, provided that the resultant development is consistent with the essence of the offence and could reasonably be foreseen”. Ya mucho antes, TEDH Sunday Times c. Reino Unido, Sentencia de 26 de abril de 1979 (§ 47) indicando que la expresión “prevista por la ley” comprende tanto Derecho escrito como no escrito, puesto que excluir de su ámbito al *common law* implicaría de hecho privar de base a todo el sistema jurídico de un Estado miembro. La intención de los autores del Convenio no era, obviamente, esa. Similar, TEDH S.W. c. Reino Unido, Sentencia de 22 de noviembre de 1995 (§ 35).