

LA CRISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL NUEVO DERECHO PENAL: ¿DECADENCIA O EVOLUCIÓN?

Edición e introducciones de
Juan Pablo Montiel

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO
2012

ÍNDICE

	Pág.
ABREVIATURAS.....	17
PRÓLOGO.....	21

PARTE I

¿CRISIS DE LA LEGALIDAD EN EL NUEVO DERECHO PENAL?

I. INTRODUCCIÓN, <i>por Juan Pablo Montiel</i>	27
II. LA CRISIS DE LA LEGALIDAD, LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN Y EL PRINCIPIO <i>IN DUBIO PRO REO</i> : UNA PROPUESTA DE INTEGRACIÓN, <i>por Eugenio C. Sarrabayrouse</i>	31
1. Presentación de los problemas y objetivo del trabajo	31
2. La crisis de la ley en general y la renovada teoría de la legislación... ..	32
3. La crisis de la ley penal. Intentos por superarla.....	42
4. La interpretación de la ley	46
5. La interpretación de la ley penal y sus problemas específicos. Principio de legalidad, mandato de certeza e <i>idpr</i>	50
6. Conclusión	54
III. SOBRE LA JUSTICIA Y LA SEGURIDAD JURÍDICA EN EL DERECHO PENAL, <i>por Enrique Bacigalupo</i>	55
I.....	55
II.....	58
III.....	63
IV.....	68
V.....	72
VI.....	75
VII.....	77
VIII.....	79

PARTE II

**HISTORIA Y BASES FILOSÓFICAS
DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD**

IV. INTRODUCCIÓN , por <i>Juan Pablo Montiel</i>	83
V. KANT, FEUERBACH Y LOS FUNDAMENTOS DEL DERECHO PENAL , por <i>Joachim Hruschka</i>	87
1. «No hay pena sin ley» en la <i>Rechtslehre</i> de Kant.....	88
2. «No hay pena sin ley» en Feuerbach.....	91
3. Comentario posterior de Kant a «... porque ha delinquido».....	93
4. El principio de legalidad procesal en Feuerbach.....	96
5. El principio de legalidad procesal en Kant.....	98
6. «Nadie puede ser penado sin delito probado».....	100
7. Sobre la función del Derecho penal en un Estado de Derecho.....	101
8. Resumen de Feuerbach de los principios fundamentales del Derecho penal en el Estado de Derecho.....	105
VI. LA CIUDADELA DE LA MORAL EN LA CORTE DE LOS JURISTAS , por <i>José Juan Moreso</i>	107
1. Un caso hipotético, tres contemporáneos y una de romanos.....	107
2. La certeza del Derecho.....	110
3. Recuperando las intenciones del constituyente.....	110
4. La solución está en las encuestas.....	111
5. El positivismo jurídico excluyente (I).....	112
6. El positivismo jurídico excluyente (II).....	113
7. Interludio: pertenencia y aplicabilidad.....	114
8. La incorporación de la moral en el Derecho.....	116
8.1. Joseph Raz.....	116
8.2. Luigi Ferrajoli.....	117
8.3. Scott J. Shapiro.....	118
8.4. Andrei Marmor.....	119
8.5. Juan Carlos Bayón.....	120
8.6. Kenneth E. Himma.....	120
8.7. Ronald Dworkin.....	122
VII. LA PARADOJA DE LA DECISIÓN JUDICIAL. TEORÍA DE SISTEMAS Y RECONSTRUCCIÓN , por <i>Ralph Christensen</i>	127
1. La decisión se pierde en el Derecho.....	127
2. El Derecho desaparece en la decisión.....	130
3. La paradoja de la decisión.....	131
4. La lectura decisionista de la paradoja.....	134

	Pág.
5. La lectura deconstructivista de la paradoja.....	136
6. El Derecho como entimema	139

PARTE III

EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS DESAFÍOS DE SIEMPRE: LA DELIMITACIÓN DE LA ACTIVIDAD JUDICIAL Y DE LA DOGMÁTICA JURÍDICO-PENAL

VIII. INTRODUCCIÓN , <i>por Juan Pablo Montiel</i>	147
IX. SOBRE LA RELACIÓN ENTRE EL MANDATO DE CERTEZA Y LA PROHIBICIÓN DE LA ANALOGÍA , <i>por Lothar Kublen</i>	151
1. Introducción.....	151
2. El modelo fundamental del Derecho penal	151
3. El modelo fundamental del Derecho constitucional	153
4. Mandato de certeza	156
5. Prohibición de la analogía	159
6. ¿Prohibición de la analogía para el legislador?.....	160
7. ¿Deriva la prohibición de analogía del mandato de certeza?.....	162
8. ¿Mandato de certeza para los jueces?	163
9. Apéndice	169
X. ¿LEYES TAXATIVAS INTERPRETADAS LIBÉRRIMAMENTE? PRINCIPIO DE LEGALIDAD E INTERPRETACIÓN DEL DERECHO PENAL , <i>por Íñigo Ortiz de Urbina Gimeno</i>	173
1. El principio de legalidad penal: ¿un mandato para el legislador sin implicaciones para los intérpretes?	173
2. Tres preguntas, tres respuestas	174
2.1. ¿Debe el legislador dictar leyes precisas en materia penal? ...	174
2.2. ¿Garantiza la precisión de un enunciado legal la previsibilidad de la aplicación del Derecho?	177
2.3. ¿Tiene el principio de legalidad penal implicaciones para los intérpretes de las disposiciones legales?	179
3. ¿Qué hacer con las soluciones legales injustas?: un ejemplo de la jurisprudencia del Tribunal Supremo español.....	184
4. Ley e intérprete: la desconfianza de Binding, 125 años después.....	188
4.1. Normatividad: el valor de la legislación.....	190
4.2. Facticidad: las posibilidades de la legislación.....	192
4.3. Ni Salomón ni Hércules: cómo comparar instituciones.....	195
5. De Binding a Bentham: el «ciclo de la adjudicación» y la interpretación de disposiciones penales	197
6. Conclusión	205

	Pág.
XI. RELEVANCIA DE LAS DEFINICIONES LEGALES EN LA APLICACIÓN DEL DERECHO PENAL, por Pablo Sánchez Ostiz	207
1. Introducción y planteamiento	207
2. ¿Precisión legal mediante definiciones?	209
3. ¿Limitación del <i>ius puniendi</i> mediante la aplicación judicial de las definiciones?	216
4. ¿Para qué sirven las definiciones legales en el proceso de determinación del Derecho?	221
XII. EL LÍMITE DEL TENOR LITERAL, por Matthias Klatt	225
1. Límites semánticos como base irrenunciable de la metodología jurídica	227
2. Crítica desde la filosofía del lenguaje y la lingüística	229
3. Reconstrucción analítica de los límites semánticos	231
3.1. Normatividad semántica como fundamento de los límites semánticos	232
3.2. Crítica	237
3.3. Reglas de uso de las palabras y errores semánticos	240
3.4. La sentencia por lavado de dinero del Tribunal Federal Constitucional	242
4. Conclusión	247
XIII. JUSTIFICACIÓN Y CERTEZA, por Ingeborg Puppe	251
1. Introducción	251
2. Legítima defensa	252
2.1. El principio general de la legítima defensa	252
2.2. Las restricciones ético-jurídicas del derecho a la legítima defensa	256
3. El estado de necesidad general, llamado estado de necesidad agresivo	260
3.1. La positivización del estado de necesidad general en el Código Penal	260
3.2. El principio general del estado de necesidad justificante	262
3.3. La positivización de las restricciones al estado de necesidad	263
XIV. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL ÁMBITO DE LA DECISIÓN SOBRE LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD, por Franz Streng	267
1. Las consecuencias de la falta de capacidad de culpabilidad	267
2. La discusión sobre la <i>actio libera in causa</i>	268
2.1. Doctrina de la anticipación (modelo o teoría del tipo) (<i>Vorverlegungslehre-Tatbestandsmodell</i>)	269

	Pág.
2.2. Modelo de la extensión (<i>Ausdehnungsmodell</i>).....	272
2.3. Modelo de la excepción (<i>Ausnahmemodell</i>)	274
2.4. Rechazo del planteamiento de la <i>actio libera in causa</i>	276
2.5. Resumen: para la construcción de la <i>actio libera in causa</i>	277
3. Aspectos generales sobre la relación entre la interpretación legal y la prohibición de analogía	278

PARTE IV
**DESAFÍOS DEL PRINCIPIO
DE LEGALIDAD EN LAS NUEVAS CIENCIAS PENALES**

XV. INTRODUCCIÓN, por Juan Pablo Montiel	285
XVI. LA AUTORREGULACIÓN NORMATIVA EN EL DERECHO PENAL AMBIENTAL: PROBLEMAS DESDE LA PERSPECTIVA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD, por Raquel Montaner Fernández	289
1. Introducción.....	289
2. La autorregulación en la empresa	290
2.1. Aproximación al contexto de aplicación	290
2.2. Autorregulación y autorregulación regulada en la actividad empresarial: Delimitación conceptual	293
2.3. Las principales manifestaciones de la autorregulación normativa técnica: las reglas y normas técnicas.....	296
3. Las formas de autorregulación en el tipo penal del art. 325 del CP español.....	298
3.1. Introducción	298
3.2. El delito ecológico desde la perspectiva de la autorregulación.....	301
3.3. Los productos de la autorregulación normativa y su relevancia jurídico-penal	304
3.4. Las remisiones jurídico-penalmente admisibles a las formas de autorregulación	307
3.5. Reflexiones finales.....	312
XVII. LA LEGALIDAD COMO NORMA DEL DERECHO CONSUETUDINARIO INTERNACIONAL: LA IRRETROACTIVIDAD DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS, por Kenneth S. Gallant	315
1. Las normas esenciales sobre el principio de legalidad en el Derecho consuetudinario internacional.....	316
1.1. Limitaciones de este artículo.....	317

	Pág.
2. Los antecedentes al tiempo de la segunda Guerra Mundial: el principio de legalidad no era una norma del Derecho consuetudinario internacional.....	318
3. El cambio desde la segunda Guerra Mundial: la prueba de que la irretroactividad de los delitos y las penas se ha convertido en una norma del Derecho consuetudinario internacional	320
3.1. La práctica estatal: los Estados se obligan a la irretroactividad de los delitos y las penas mediante sus Constituciones, costumbres y tratados.....	320
3.2. Los tratados: tratados generales de derechos humanos, tratados de Derecho humanitario y otros.....	327
3.3. Las organizaciones internacionales y la práctica de los tribunales internacionales.....	330
3.4. <i>Opinio iuris</i>	332
4. Opinión doctrinal: la aceptación y una objeción	335
4.1. La aceptación general.....	335
4.2. Una objeción: el reclamo de que el <i>nullum crimen, nulla poena</i> no se aplica realmente en los delitos del Derecho internacional.....	337
4.3. El problema especial del <i>nulla poena</i>	343
5. Conclusión	351
5.1. La regla de la irretroactividad	351
5.2. Las fuentes para el Derecho consuetudinario internacional de los derechos humanos	352
5.3. ¿Es la irretroactividad de los delitos y de las penas una norma de <i>ius cogens</i> ?	353
 XVIII. EL CÓDIGO ALEMÁN DE DERECHO PENAL INTERNACIONAL (<i>VÖLKERSTRAFGESETZBUCH</i>) ENTRE LOS PRINCIPIOS DE LEGALIDAD Y COMPLEMENTARIEDAD, por Helmut Satzger.....	 355
1. Introducción.....	355
2. Trasfondo de la Corte Penal Internacional y del <i>Völkerstrafgesetzbuch</i>	355
2.1. La Corte Penal Internacional y el Estatuto de Roma	355
2.2. El principio de complementariedad, art. 17 del Estatuto de Roma	356
2.3. Motivos legislativos.....	357
2.4. El contenido del <i>Völkerstrafgesetzbuch</i>	359
3. El <i>Völkerstrafgesetzbuch</i> y el principio de legalidad	359
3.1. El principio de legalidad en el Derecho penal internacional.	359

	Pág.
3.2. El VStGB entre los principios de legalidad y de complementariedad	362
4. Resumen	369
XIX. EL «PRINCIPIO DE ADECUACIÓN LEGAL DE LAS PENAS» EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA, por Jan C. Schubr.	371
1. Tema y resumen	371
2. Derecho de la Unión y normas de sanción con carácter punitivo....	372
3. La denominación del principio de legalidad en el Derecho de la Unión.....	377
4. Plasmación escrita e interpretación conforme al Derecho de la Unión.....	381
5. Principios del TJUE, juicio y conocimiento.....	384
6. Tenor literal y determinación de los conceptos	389
7. El ámbito de aplicación del principio de adecuación legal de las penas.....	391
8. El principio de adecuación legal de las penas en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea	395
9. Resumen y perspectiva.....	397
XX. LA «MALA COSTUMBRE» DE VULNERAR DERECHOS HUMANOS: ANÁLISIS Y PRONÓSTICO DE LA COSTUMBRE COMO FUENTE DEL DERECHO PENAL INTERNACIONAL, por Juan Pablo Montiel.....	399
1. Introito: el principio de legalidad frente a los sistemas de fuentes del Derecho penal nacional e internacional.....	399
2. Tipología de normas penales internacionales y su génesis en la costumbre	404
3. Elementos de la costumbre y su reconocimiento en el Derecho penal internacional.....	406
4. El proceso de reconocimiento de la costumbre y su déficit de garantías en el Derecho penal internacional.....	414
4.1. La pérdida de objetividad y el empobrecimiento del proceso de identificación de la regla consuetudinaria jurídico-penal...	414
4.2. Algunos ejemplos especialmente problemáticos de reconocimiento de la costumbre como fuente de Derecho penal internacional: los crímenes de lesa humanidad, la doctrina de la <i>Joint Criminal Enterprise</i> y la imprescriptibilidad de los crímenes internacionales	417
5. ¿Puede la costumbre ser fuente del Derecho penal internacional? Terciando entre la «histeria penalista» y el «imperialismo internacionalista».....	427
6. El futuro de la costumbre como fuente del Derecho penal internacional (¿O una simple expresión de deseos?).....	430

	Pág.
XXI. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO PROCESAL PENAL (EN ESPECIAL, EN EL DERECHO PROCESAL PENAL ALEMÁN), por Hans Kudlich	435
1. Introducción.....	435
2. Síntesis del estado de la discusión sobre el principio de legalidad en el Derecho procesal (alemán)	437
2.1. La jurisprudencia.....	438
2.2. El estado de opinión en la doctrina	441
3. El art. 103 II GG y/o la reserva general de ley como punto de referencia del principio de legalidad en el Derecho procesal penal.....	442
3.1. ¿Validez directa del art. 103 II GG en el Derecho procesal penal?	442
3.2. El significado de la reserva de ley para la toma de decisiones jurídicas en el ámbito del Derecho procesal penal.....	447
4. ¿Consecuencias a partir de la validez del principio general de reserva de ley en el Derecho procesal penal?.....	449
4.1. Contenidos de la reserva de ley.....	450
4.2. Las posiciones jurídicas afectadas	452
4.3. Consecuencias.....	456
5. Resumen y conclusión.....	457
XXII. LOS FUNDAMENTOS TEÓRICO JURÍDICOS DEL PRINCIPIO DE RESERVA DE LEY EN EL DERECHO PROCESAL PENAL, por Matthias Jabn.....	461
1. Consideraciones metodológicas previas: las particularidades del Derecho procesal penal	461
2. Las particularidades del Derecho procesal penal	463
2.1. La relación entre el Derecho penal material y el Derecho procesal penal	463
3. Consecuencias para la aplicación del Derecho en el Derecho procesal penal	469
3.1. Prohibición de analogía en el Derecho procesal penal	469
3.2. Prohibición de retroactividad	470
RELACIÓN DE AUTORES, TRADUCTORES Y EVALUADORES	473

PRÓLOGO

Es una constante en la historia de la humanidad decir que el transcurso del tiempo trae consigo estados de *crisis*. En nuestros días asistimos a una crisis financiera que tiene en vilo a las principales potencias económicas del mundo, aunque también en las últimas décadas se viene hablando de una crisis de valores morales, de modelos familiares, de modelos políticos, etc. El común denominador de todas estas situaciones es la existencia de una coyuntura de cambios de gran calado, que viene a perturbar la normalidad del orden de cosas imperante hasta entonces. Las crisis, por tanto, traen consigo inevitablemente una profunda sensación de incertidumbre e inestabilidad ante el nuevo horizonte que se abre. Todo este panorama explica que cuando hablamos de las crisis tendemos a ver sólo su arista negativa y a asociarlas con momentos dramáticos de involución, decadencia y hasta incluso de «putrefacción».

Sin embargo, la propia etimología de la palabra «crisis» y su sentido en las lenguas orientales nos indican que detrás de esas rupturas y cambios siempre existe un lado sumamente positivo, traído por los desafíos o fenómenos que aparecen con motivo de los nuevos tiempos. De ahí que las crisis siempre estén vinculadas también con momentos de crecimiento y de gran vitalidad creativa. A modo de ejemplo, no es casual que de las crisis surjan grandes fortunas o movimientos culturales y políticos que dejan una marca indeleble en el devenir histórico posterior.

Estas *dos caras* de una crisis también explican que las reacciones frente a ella se polaricen: mientras que algunos se aferran a lo antiguo (pero seguro), al ver sólo una amenaza que los atemoriza y horroriza ante los cambios, otros aprovechan la coyuntura para evolucionar, redimensionarse y potenciarse.

También en el Derecho penal posmoderno estamos muy acostumbrados a escuchar que atravesamos desde hace décadas por un momento de crisis¹, como consecuencia de sus respuestas a las exigencias del nuevo orden social. Al tiempo que el Derecho penal protege nuevos bienes ju-

¹ Entre otros, SILVA SÁNCHEZ, *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2.^a ed., 2010, pp. 3 y ss.; MAIER, «Presentación», en MAIER y CÓRDOBA (comps.), *¿Tiene un futuro el Derecho penal?*, 2009, pp. 9 a 10.

rídicos y se provee de nuevas armas para combatir la nueva criminalidad o las nuevas manifestaciones de la clásica, se van desdibujando algunos elementos configuradores del modelo clásico. En este contexto, como ya es bien conocido por todos, han primado en la discusión posiciones que han oscilado entre el rechazo más acérrimo a la modernización del Derecho penal², pasando por su plena acogida³, hasta posiciones intermedias que dan margen para acoplar el Derecho penal con la nueva sociedad, aunque sin un desbordamiento punitivo⁴. No obstante estos posicionamientos, han predominado en la discusión visiones más bien críticas y pesimistas de la crisis que atraviesa el Derecho penal. Por ello, alcanzaría esta ciencia en la posmodernidad un estado de decadencia indeseable⁵.

El principio de legalidad no sólo se vio envuelto también en esta visión negativa de la crisis, sino que incluso fue uno de los principales afectados. El modo en que los poderes públicos afrontaron la delincuencia empresarial y medioambiental, al igual que los procesos de internacionalización y europeización del Derecho penal, evidenciaron un claro relajamiento en el seguimiento de los mandatos de *lex certa*, *lex praevia*, *lex scripta* y *lex stricta*. Desde la antigua perspectiva, estas derivaciones del axioma *nullum crimen nulla poena sine lege* se habrían flexibilizado hasta extremos intolerables⁶.

² Entre otros, HERZOG, «Sociedad del riesgo, Derecho penal del riesgo, regulación del riesgo», (trad. Demetrio Crespo), en ARROYO ZAPATERO, NEUMANN y NIETO MARTÍN (coords.), *Crítica y justificación del Derecho penal en el cambio de siglo. El análisis de la Escuela de Frankfurt*, 2003, pp. 249 y ss.

³ SCHÜNEMANN, «Del Derecho penal de la clase baja al Derecho penal de la clase alta: ¿un cambio de paradigma como exigencia moral?» (trad. Baza), en *Temas actuales y permanentes del Derecho penal después del milenio*, 2002, pp. 53 y ss.; KUHLEN, «La autocomprensión de la Ciencia del Derecho penal frente a las exigencias de su tiempo (Comentario)» (trad. García Álvarez), en ESER, HASSEMER y BURKHARDT (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo milenio*, 2004, pp. 72 y ss.; GRACIA MARTÍN, «¿Qué es la modernización del Derecho penal?», en Díez RIPOLLÉS, ROMEO, GRACIA e HIGUERA (eds.), *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Profesor Doctor don José Cerezo Mir*, 2002, pp. 359 y ss.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., 2006, pp. 165 y ss., 179 y ss.

⁵ Sin dudas, como referente de esta visión INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, *passim*.

⁶ En la discusión de lengua alemana, cfr. Süß, «El trato actual del mandato de determinación», (trad. Felip i Saborit), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 241 y ss.; NAUCKE, *Strafrecht, Eine Einführung*, 10.ª ed., 2002, § 2, nm. 52; *id.*, «La progresiva pérdida de contenido del principio de legalidad penal como consecuencia del positivismo relativista y politizado» (trad. Sánchez-Ostiz Gutiérrez), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 441 y ss.; HASSEMER, «¿Palabras justas para un Derecho justo?», *Persona y Derecho* (35), 1996, pp. 146 y ss.; ALBRECHT, «El Derecho penal en la intervención de la política populista» (trad. Robles Planas), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, p. 483; en la discusión hispanoparlante, entre otros, cfr. Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, pp. 67 y ss.; *id.*, «Presupuestos de un modelo racional de legislación penals», *Doxa*, (24), 2001, pp. 6 y ss.; CANCIO MELIÁ, «¿Derecho penal del enemigo?»,

Sin embargo, no siempre son puestos de relieve con el debido cuidado todos los nuevos desafíos que tiene ante sí el principio de legalidad frente a las manifestaciones del nuevo Derecho penal. Hasta ahora, ni los legisladores ni los jueces habían tenido que hacer frente a una criminalidad tan compleja —especialmente si se piensa en las modalidades comisivas y las estructuras delictivas— como la empresarial, ni tampoco había sido tan común ejercitar el poder punitivo frente a crímenes internacionales, donde la ausencia de un legislador y una jurisdicción universal dificultan enormemente dar cumplimiento cabal al principio de legalidad clásico. De este modo, así como, por ejemplo, la criminalidad empresarial ha oxigenado y planteado nuevos desafíos a las doctrinas clásicas de la imputación, la omisión y la participación, también la legalidad podría verse claramente favorecida por los nuevos problemas que asoman.

A la presente obra subyace esta dicotomía entre la *decadencia* del principio de legalidad en el actual Derecho penal y su evolución de cara al nuevo estado de cosas. Así, en la primera parte del trabajo son puestos de relieve los principales problemas que experimenta la legalidad, como consecuencia de los profundos cambios. Sin embargo, el libro busca resaltar el costado positivo de la crisis; pretende mostrar las coordenadas que deben seguirse para sacar provecho de las oportunidades que se abren con la ruptura de lo clásico. Para ello, se resalta en los capítulos subsiguientes la vigencia que el principio de legalidad conserva frente a los problemas clásicos del Derecho penal, al igual que se enseñan sus nuevos desafíos frente al Derecho penal económico, el Derecho penal internacional y el Derecho procesal penal, aportando soluciones —en general— intermedias, que adaptan sus exigencias clásicas a lo moderno. Por esta razón, el lector tendrá la oportunidad de advertir que el hilo conductor del libro está dado por los nuevos desafíos que debe enfrentar el principio de legalidad, los cuales, lejos de «pervertirlo» o «corromperlo», lo potencian y redimensionan. Por ello, en ninguno de los trabajos que aparecen en este libro se postula una renuncia al principio de legalidad, sino que se ensalza su trascendencia frente a los nuevos retos y se acercan algunas propuestas sobre cómo debe funcionar ante problemas concretos.

De lo anterior se deriva que el libro se estructura en cuatro grandes partes: una primera que indica los principales problemas que explican el costado negativo de la crisis; una segunda, dedicada a una lectura histórica y *iusfilosófica* de los fundamentos de la legalidad; una tercera, en donde se aborda la importancia actual del principio de legalidad frente a los problemas clásicos de la dogmática; y finalmente una cuarta parte, que se encarga de los nuevos desafíos del *nullum crimen nulla poena sine lege*. Cada uno de estos capítulos va precedido de una introducción de mi autoría, que, además

en JAKOBS y CANCIO MELIÁ, *Derecho penal del enemigo*, 2003, pp. 88 a 89; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, pp. 94 y ss., 163.

de presentar los artículos, busca mantener el hilo de la discusión sin solución de continuidad.

Por lo demás, quiero expresar mi profundo agradecimiento a todos los autores que participaron de este proyecto editorial. Todos los artículos contenidos en el libro son absolutamente inéditos en español y prácticamente todos lo son en su lengua original⁷. Por ello, agradezco inmensamente el especial esfuerzo hecho por los autores para escribir sus aportaciones especialmente para este libro. De un modo muy especial quiero agradecer a los traductores que participaron en el proyecto el magnífico trabajo que hicieron y por su extraordinaria rigurosidad: ello acaba siendo, en definitiva, una de las principales cosas en una obra de esta naturaleza. En especial, quiero destacar la labor de Juan Luis Fuentes Osorio. Asimismo, agradezco a todos los profesores que intervinieron como *reviewers* en el proceso de edición. Ha sido para mí un enorme placer, a la vez que un honor, haber trabajado con tan destacados académicos y que además se hayan compenetrado tan intensamente con este proyecto. Todo ello no hace más que atestiguar, una vez más, la importancia que tiene emprender proyectos *verdaderamente* colectivos, algo que, lamentablemente, suele ser bastante infrecuente en el campo jurídico.

Entre los agradecimientos generales ocupan un lugar especial la Vicerrectoría de Investigaciones y la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia) por haber hecho posible y apoyado esta publicación a partir de los fondos PAIPA, asignados a mi proyecto de investigación como profesor asistente. Asimismo, a Iñigo Ortiz de Urbina Gimeno y a Ramon Ragués i Vallès por el valor agregado que le aportan a esta obra, al permitir su publicación en esta colección y editorial tan prestigiosas.

Por último, este libro sirve para presentar ante la academia iberoamericana a CRIMINT —Centro Virtual de Investigación en Derecho penal—, que me honro en conformar junto a otros queridos y admirados colegas latinoamericanos y europeos. Prácticamente todos ellos han intervenido en este primer proyecto como autores, traductores o evaluadores. Éste es el primer producto de varios más que vienen en camino y que consisten no sólo en la edición de obras colectivas, sino también en la elaboración de proyectos de investigación y en la organización de eventos. Entre ellos, se incluye la versión alemana de este texto que será coeditada junto al Prof. Dr. Hans Kudlich.

Juan Pablo MONTIEL
Erlangen, 10 de febrero de 2012

⁷ Hasta la fecha, únicamente los artículos de los profesores Lothar Kuhlen (aunque en este caso el artículo cuenta con un apartado final inédito), Joachim Hruschka y Matthias Klatt ya habían sido publicados en alemán.

I. INTRODUCCIÓN

Juan Pablo MONTIEL

Ocupa ya un lugar bastante conocido en las discusiones jurídico-penales de las últimas décadas la referencia a la crisis de la legalidad en el Derecho penal posmoderno¹. Este cuestionamiento explícito frente a la nueva criminalidad (delincuencia medioambiental y empresarial, la delincuencia sexual violenta y multirreincidente, entre muchas otras) ocupó un lugar de gran trascendencia en obras centrales de finales del siglo pasado y que marcaron claramente la discusión político-criminal ulterior. Entre ellas, claramente descuellan *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*² (obra ampliamente conocida en español como *La insostenible situación del Derecho penal*³), del Instituto de Ciencias Criminales de Frankfurt y *La expansión del Derecho penal* de Jesús-María Silva Sánchez^{4,5}, sin perjuicio de las diferentes perspectivas asumidas en ambos trabajos. La ruptura con el principio de legalidad que se denuncia en todos estos trabajos es visto, en lo esencial, como un síntoma de decadencia y corrupción de los principios político-criminales clásicos del Derecho penal.

En abstracto, la legalidad es puesta en tela de juicio, al menos, por dos razones. La primera de ellas tiene que ver con el abusivo recurso a la ley penal, en la búsqueda de soluciones a los más variopintos problemas sociales. La ley penal pasa a ser la *primera* herramienta a la que acude el Estado para garantizar la seguridad ciudadana, la sustentabilidad del medio ambiente y

¹ Al respecto, cfr. nota 6 del Prólogo.

² INSTITUT FÜR KRIMINALWISSENSCHAFTEN FRANKFURT A. M. (ed.), *Vom unmöglichen Zustand des Strafrechts*, 1995, *passim*.

³ Edición española a cargo del Área de Derecho penal de la Universidad Pompeu Fabra, cfr. ÁREA DE DERECHO PENAL UPF, (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, *passim*.

⁴ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*, 2.ª ed., 2001, *passim*.

⁵ No obstante, no debe omitirse una referencia a otros artículos y monografías que resaltaron esta flexibilización del principio de legalidad. Entre otros, cfr., DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, *passim*.; MENDOZA BUERGO, *El Derecho penal en la sociedad del riesgo*, 2001, *passim*.

hasta para prevenir riesgos financieros, abusando así de la alta carga simbólica que tiene el Derecho penal⁶. En este sentido, brilla por su ausencia un debate político profundo sobre los medios de lucha contra la criminalidad (no necesariamente penales y represivos) y su concreta eficiencia, y se acaba haciendo frente a los flagelos sociales «a punta» de tipificación de nuevas conductas o de agravaciones de pena. Además, junto a este recurso a la ley penal como *prima ratio*, puede advertirse que no existe un verdadero estudio sobre las consecuencias políticas, sociales y económicas de una reforma legislativa o, en el mejor de los casos, aquél resulta claramente superficial. La segunda de las razones por las que se observa una crisis de la legalidad en abstracto se desprende de lo anterior. La liviandad que muchas veces caracteriza el debate legislativo con motivo de las reformas del Código Penal, ha llevado a que la legitimidad del parlamento en estos temas esté desacreditada y se vea una mejor guía en los preceptos y los valores constitucionales que, en definitiva, darían a la judicatura una pauta más fiable acerca de cómo resolver los problemas sociales⁷. Así, la ley pasa a estar constantemente ante la sospecha de su inconstitucionalidad, hasta tanto la magistratura constitucional no diga lo contrario⁸.

En concreto, la complejidad de la moderna criminalidad y las demandas de «impunidad 0» son algunas de las razones que han justificado ciertos relajamientos en el seguimiento del mandato de taxatividad⁹ —especialmente en lo que se refiere al Derecho penal económico— y ciertos actos de activismo judicial, que ponen en duda la prohibición de analogía¹⁰. También incidió notablemente en esta flexibilización del principio de legalidad el proceso de internacionalización del Derecho penal, profundizado con la instauración de tribunales penales internacionales *ad hoc* y consolidado luego con la entrada en vigor del Estatuto de Roma¹¹. La pretensión de trasladar los principales mandatos del principio de legalidad a un orden legal configurado esencial-

⁶ Díez RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales*, 2003, pp. 67 y ss.

⁷ Sobre estos problemas, cfr. ZAGREBELSKY, *El Derecho dúctil. Ley, Derechos y justicia* (trad. Gascón), 1995, p. 36; PRIETO SANCHÍS, «Neoconstitucionalismo y ponderación judicial», en CARBONELL (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 2003, p. 131; *id.*, «Del mito de la decadencia de la ley. La Ley en el Estado Constitucional», en *id.*, *Ley, principios, Derechos*, 1998, p. 28; LAPORTA, «Materiales para una reflexión sobre la racionalidad y crisis de la ley», *Doxa*, (22), 1999, pp. 321 y ss.

⁸ LAPORTA, *Doxa*, (22), 1999, p. 322. En mi opinión, este «interinato» constante de la ley arroja más problemas que soluciones al asunto. Se incurre en el error de sobrevaluar la capacidad de los principios y valores constitucionales para delimitar las competencias de los jueces y garantizar la certeza jurídica. Sin embargo, no se repara en su notable abstracción y generalidad, que requiere de la intervención del legislador para alcanzar un nivel de precisión medianamente satisfactorio.

⁹ SÜB, «El trato actual del mandato de determinación», (trad. Felip i Saborit), en INSTITUTO DE CIENCIAS CRIMINALES DE FRANKFURT (ed.), *La insostenible situación del Derecho penal*, 2000, pp. 243 y ss.

¹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *La expansión del Derecho penal*, 2.ª ed., 2001, pp. 48 a 50.

¹¹ Destacando esta flexibilización como consecuencia de la internacionalización del Derecho penal, entre otros, PASTOR, *El poder penal internacional. Una aproximación jurídica crítica a los fundamentos del Estatuto de Roma*, 2006, pp. 111 y ss.

mente por el derecho no escrito, ha puesto en evidencia innumerables inconvenientes y hasta ha llevado a poner en duda si realmente esta garantía rige en el Derecho penal internacional. Además, cierta jurisprudencia de, por ejemplo, el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia o para Ruanda, puso al desnudo una serie de prácticas judiciales que desconocen la prohibición de creación judicial de Derecho *in malam partem*¹².

Dentro de estas coordenadas se mueven las valiosas contribuciones de Eugenio Sarrabayrouse y de Enrique Bacigalupo en esta primera parte del libro. En el primer trabajo, nos ofrece Sarrabayrouse un completo análisis de los principales problemas en los que se ve envuelto el principio de legalidad, al querer responder a las demandas de la sociedad del riesgo; y además nos llama a la reflexión sobre el destacado papel que puede desempeñar el principio *in dubio pro reo* en la delimitación de la actividad judicial. En segundo lugar, Bacigalupo presenta un esclarecedor análisis sobre el controvertido modo de «aterizar» el principio de legalidad en los procesos de internacionalización y de europeización del Derecho penal.

¹² Al respecto, cfr. METTRAUX, *International Crimes and the ad hoc Tribunals*, 2005, p. 15; GRADONI, «Nullum crimen sine consuetudine. A Few Observations on How the International Criminal Tribunal for the Former Yugoslavia Has Been Identifying Custom», en *Agorae Papers of the ESIL Inaugural Conference*, 2004, p. 6.

II. LA CRISIS DE LA LEGALIDAD, LA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN Y EL PRINCIPIO *IN DUBIO PRO REO*: UNA PROPUESTA DE INTEGRACIÓN

Eugenio C. SARRABAYROUSE

1. PRESENTACIÓN DE LOS PROBLEMAS Y OBJETIVO DEL TRABAJO

Cada vez se afirma con mayor intensidad que la ley en general y el principio de legalidad penal, en particular, se encuentran sumidos en una profunda crisis¹. De esta forma, y tal como lo veremos, se habla tanto de una pérdida continua de la importancia de la ley a la vez que en el ámbito punitivo se menciona la expansión sin límites del Derecho penal mediante enunciados normativos que, entre otros aspectos, no respetan los mandatos implícitos en el principio de legalidad.

En este sentido, tradicionalmente se ha entendido que una de las consecuencias de este principio es el mandato de certeza, esto es, que el legislador debe redactar los tipos penales en forma clara y precisa de manera tal que el mensaje contenido en ellos sea entendido con facilidad por sus destinatarios. Este corolario, junto con aquellos que mandan que la ley debe ser previa, escrita y estricta, constituyen también un límite para la actividad de los jueces. Sin embargo, la realidad jurídica actual nos muestra día a día la proliferación de tipos penales redactados con fórmulas ininteligibles e interpretaciones de las leyes alejadas de aquel ideal ilustrado que pretendía vincular al juez a la ley como una consecuencia natural de la división de poderes.

Frente a este panorama, en las últimas cuatro décadas se observa un renacimiento de los estudios legislativos con el objetivo de modificar la situación descrita y racionalizar el proceso de creación de leyes.

¹ Así, PALAZZO, «La legalidad y la determinación de la ley penal: el significado lingüístico, la interpretación y el concepto de la regla iuris», (trad. Sánchez Melero y Barón Quintero), *RP*, (25), 2010, p. 104.

Desde otra perspectiva (pero, como veremos, de algún modo vinculada con la descripción anterior), el principio *in dubio pro reo* (en adelante, *idpr*) se ha desenvuelto en el ámbito de los hechos y ha sido excluido de la interpretación de la ley penal, con lo cual, la doctrina y la jurisprudencia han renunciado a una herramienta valiosa para limitar el poder penal del Estado.

Aquí nos proponemos, en primer lugar, describir brevemente la crisis que padece la ley en general, incluyendo el ámbito penal, mencionando las propuestas para enfrentarla a través de una renaciente teoría de la legislación. Posteriormente, analizaremos las diferentes teorías de la interpretación de la ley, lo que nos permitirá adentrarnos en el examen de la posibilidad de aplicar el *idpr* en este terreno. Trataremos de demostrar así que la crisis de la legalidad penal sólo podrá superarse con estudios que atiendan tanto a la creación de leyes penales como a su interpretación.

2. LA CRISIS DE LA LEY EN GENERAL Y LA RENOVADA TEORÍA DE LA LEGISLACIÓN

La preocupación por la ley no es nueva y se remonta a mucho tiempo atrás. La palabra «ley» ha tenido a lo largo de la historia diferentes significados² pero en la actualidad cuando nos referimos a ella, en el sentido más usual, de inmediato pensamos en una norma jurídica escrita establecida por el Congreso (los representantes del pueblo) a través de un procedimiento particular. Esta idea de la ley como manifestación de una voluntad colectiva, expresada mediante una regla general y abstracta, se remonta a poco más de doscientos años, más precisamente a la Revolución Francesa y al surgimiento del Estado de Derecho. Junto con él, nació una ideología «legalista» que entronizó a la ley y la concibió como esencialmente justa, al margen de cualquier límite o control, por emanar precisamente de la voluntad popular. Así, se configuró un Estado esencialmente legislativo donde la ley primaba en sentido estricto. *En definitiva, el Estado de Derecho se desarrolló en Eu-*

² El repaso de cualquier manual de filosofía o de historia del Derecho nos mostrará que las referencias a ella son constantes. Véase, por ejemplo, NAUCKE, *Rechtsphilosophische Grundbegriffe*, 4.ª ed., 2000, donde se analiza la «ley» según distintos autores. Su concepto aparece en el lenguaje ordinario con dos significados; el más utilizado es aquel que designa la ley dictada por el Congreso, es decir, un texto escrito, sancionado después de un procedimiento particular. Con un alcance mayor se designa toda norma jurídica escrita. También existe un concepto de «ley» propio de cada disciplina científica (así, las ciencias naturales, la sociología y la ciencia política, por citar algunas que poseen sus propias «leyes»). Nosotros nos referimos sólo al concepto jurídico. Sobre estos aspectos, véase, FRANZ, «Der Begriff des Gesetzes - Geschichte, Typologie und neuer Gesetzbegriff», en *Zeitschrift für Gesetzgebung*, 2008, pp. 140 a 141; también, NINO, *Introducción al análisis del Derecho*, 2.ª ed., 2001, pp. 148 y ss.; señala también ZAPATERO, que la preocupación por las buenas leyes se remonta a muchos siglos atrás; basta con mirar las obras de PLATÓN (*Las leyes*), ARISTÓTELES (*Política*), CICERÓN (*Sobre las leyes*) y SANTO TOMÁS (*Summa Teológica*); lo que ha variado es el contexto cultural, pues todavía no existía ni el Estado legislador ni la crisis de certeza ocurrida a fines del siglo XVII (cfr. ZAPATERO, *El arte de legislar*, 2009, p. 13).

ropa como Estado legislativo de Derecho y en sus comienzos sólo significó la sumisión de la administración y del juez a la ley³. Y por estas razones, la ley alcanzó una importancia preponderante.

Paralelos a la aplicación de estas ideas, encontramos en Europa los primeros ensayos sobre la legislación y sus beneficios como límite al ejercicio arbitrario del poder, desarrollados por la ilustración del siglo XVIII (mediante las obras de Voltaire, Montesquieu, Beccaria y Rousseau)⁴. De esta época datan también estudios monumentales como «La ciencia de la legislación» de Filangieri quien en siete tomos intentó vincular las reglas con los medios y la teoría con la práctica y así construir una ciencia legislativa⁵. A lo largo del siglo siguiente en el mundo anglosajón se encuentran trabajos dedicados tanto a las técnicas de redacción normativa como preocupaciones doctrinarias por el tema. Para apreciar la importancia de estos estudios basta citar autores de la talla de Bentham, Austin, Llewellyn o R. Pound, mientras que en el continente puede mencionarse a Ihering y ya en el siglo XX a Geny, Ripert, Capitan o Carbonier⁶.

El racionalismo aplicado a la política y la demanda de mayor certeza y seguridad ante el particularismo del *Ancien Regime* sumados al monopolio del poder normativo en manos del Estado se expresaron de dos maneras: la codificación para facilitar el estudio del Derecho vigente y el arte de la legislación que prometía mejores leyes⁷.

Sin embargo, ya a mediados del siglo XX, entró en crisis este modelo estatal que comenzó a gestarse lentamente a fines de la Edad Media, se desarrolló en la Edad Moderna y alcanzó su apogeo en los siglos XIX y principios del XX. Otra vez, la situación hoy se caracteriza por la dispersión de las

³ Cfr. GASCÓN ABELLÁN, y GARCÍA FIGUEROA, *La argumentación en el Derecho*, 2005, pp. 19 a 21 y ss.; sobre la evolución histórica y filosófica del concepto de ley, cfr. MARCILLA CORDOBA, *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, 2005, pp. 29 a 248.

⁴ En este aspecto destaca Peter NOLL que los tres autores citados con sus postulados establecieron los beneficios que la legislación podía brindar a la humanidad, pese a que sus análisis empíricos en gran parte eran incorrectos y cayeron en el olvido; cfr. NOLL, *Gesetzgebungslehre*, 1973, p. 60.

⁵ La cita dice: «... ninguno ha dado hasta ahora un sistema completo y racional de legislación, ninguno ha reducido esta materia a una ciencia segura y ordenada, uniendo los medios con las reglas, y la teoría con la práctica. Esto es lo que pretendo hacer en esta obra que lleva por título: La ciencia de la legislación...» (cfr. FILANGIERI, *La scienza della legislazione*, t. I, 1855 p. 6); también VOß, *Symbolische Gesetzgebung. Fragen zur rationalität von Strafgesetzgebungsakten*, 1989, p. 8.

⁶ Cfr. ZAPATERO, «De la jurisprudencia a la legislación», *Doxa*, (15 a 16), 1994, p. 770. Hans SCHNEIDER destaca con respecto a Alemania que las reglas que debían seguirse para sancionar buenas leyes eran objeto de estudio ya en la segunda mitad del siglo XVIII en las Universidades de Halle y Frankfurt am Oder; en el siglo XIX resalta las contribuciones de Robert von MOHL para el desarrollo de una teoría jurídica de la legislación; luego, la sanción del Código Civil a comienzos del siglo XX significó la aparición de importantes trabajos sobre el tema; más detalles sobre el desarrollo posterior en Alemania, Austria, Suiza, Estados Unidos, Gran Bretaña y Francia, véase autor citado, SCHNEIDER, *Gesetzgebung. Ein Lehr- und Handbuch*, 3.ª ed., 2002, pp. 3 a 9.

⁷ Cfr. ZAPATERO, *El arte de legislar*, 2009, p. 13.

fuentes normativas, la pérdida continua de la soberanía estatal y la aparición de nuevos sujetos tanto en la creación como en la aplicación del Derecho, lo que recuerda el panorama que enfrentaron los ilustrados.

De esta manera, cada vez es mayor la dificultad para reducir el Derecho a Derecho estatal. Particularmente en lo que a Europa se refiere, la internacionalización de la vida económica, política y social obliga a los Estados a importar de manera creciente normas y a que cada vez más se apliquen a sus ciudadanos reglas producidas más allá de sus fronteras⁸.

Este fenómeno, vinculado con la globalización, conduce a que las empresas sean hoy, también, sujetos del Derecho internacional, algo totalmente impensado cincuenta años atrás. En cuanto a la producción de normas, los inversores se han colocado al mismo nivel que los Estados nacionales pues celebran tratados con ellos y someten sus disputas a árbitros. Aquí nuevamente se repite la discusión sobre quién es el creador y el aplicador puro del Derecho: si bien los Estados pueden modificar los tratados basándose en el Derecho internacional, la aplicación de aquéllos queda en manos de particulares —árbitros—, es decir, que asistimos a una «desestatización» de la interpretación de las normas; sin embargo, para ejecutar estas decisiones, los privados deben recurrir nuevamente al Estado⁹.

En el caso argentino, puede observarse, además, un proceso de creciente dependencia de la legislación interna con respecto a los tratados internacionales de derechos humanos e, incluso, de resoluciones emanadas de los organismos encargados de aplicar esos convenios. Este movimiento que comenzó con la sentencia de la Corte Suprema en el caso «Ekmekdjian» se consolidó con la reforma constitucional de 1994 y se acentuó y profundizó a partir del 2004, con sucesivos fallos del máximo tribunal de la República¹⁰. De esta forma, algunos autores han comenzado a hablar de la «convencionalidad» de las disposiciones internas, es decir, a analizar su conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

⁸ Cfr. ZAPATERO, *Doxa* (15 a 16), 1994, p. 772.

⁹ Cfr. HOFMANN, «Modernes Investitionsschutzrecht. Ein Beispiel für entstaaliche Setzung und Durchsetzung von Recht?», conferencia pronunciada el 16 de diciembre de 2009, en el ciclo *Recht ohne Staat? Zur Normativität nichtstaatlicher Rechtssetzung*, Universidad Goethe, Frankfurt am Main.

¹⁰ Véase la sentencia de CSJN del 7 de julio de 1992, «Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo», documento *elDial.com* AA519; sobre las tensiones entre las decisiones supranacionales y el Derecho interno, véase la sentencia de la CSJN en la causa E.224.XXXIX, «Espósito, Miguel Ángel s/ incidente de prescripción de la acción penal promovido por la defensa», del 23 de diciembre de 2004, documento *elDial.com* AA26CD. A modo de ejemplo, menciona el «control de convencionalidad» BARRERA NICHOLSON, «El despido discriminatorio por violación de la libertad sindical», documento *elDial* - DC110E; HITTERS, «Control de constitucionalidad y control de convencionalidad», *Diario La Ley*, 2009, pp. 1 y ss.; véase también el trabajo crítico de MALARINO, «Activismo judicial, punitivización y nacionalización: tendencias antidemocráticas y antiliberales de la CIDH», en PASTOR (dir.), *El sistema penal en las sentencias recientes de los órganos interamericanos de protección de los Derechos humanos*, 2009, pp. 21 a 61.